



**UNIVERSITÀ
DI TORINO**

Università degli Studi di Torino

Corso di Laurea in Giurisprudenza

Guerra (stato di): tra vincoli costituzionali e obblighi internazionali

Analisi della disciplina dell'art. 78 alla luce dei mutamenti ontologici
del fenomeno bellico

Tesi di Laurea

Relatore

Grosso Enrico

Spagnolo Andrea

Candidata

Garouj Hanaa

Matricola 917677

Anno Accademico 2023/2024

*Se vuoi la pace
dicevano gli antichi
prepara la guerra.
Se vuoi la pace
Ha detto Turati nel 1909
prepara la pace.
Il problema non è la pace
ma il se.*

(G. PONTIGGIA)

INTRODUZIONE	1
L'EVOLUZIONE CONTEMPORANEA DEL CONCETTO DI GUERRA	8
1. Il principio di ripudio alla guerra: l'art. 11 Costituzione.....	8
1.1. L'idea di guerra prima della Costituzione	9
1.2. Il diverso concetto di "guerra" oggi.....	13
2. La partecipazione dello stato italiano ai conflitti armati.....	15
2.1. Gli interventi militari italiani	16
2.2. Il resoconto parlamentare del 2023	18
2.2.1. <i>L'aiuto militare all'Ucraina</i>	18
2.2.2. <i>Il caso del Burkina Faso</i>	19
LA PREVISIONE COSTITUZIONALE DELLO STATO DI GUERRA.....	22
1. L'idea dello stato di guerra dei Padri Costituenti.....	22
2. L'analisi testuale dell'Articolo 78	34
2.1. Le camere deliberano lo stato di guerra.....	36
2.1.1. <i>La mancata definizione costituzionale dello stato di guerra</i>	47
2.1.2. <i>I profili problematici della maggioranza richiesta</i>	50
2.2. Le camere "conferiscono al Governo i poteri necessari"	53
2.2.1. <i>Il conferimento di poteri al Governo</i>	58
2.2.2. <i>La questione dei poteri necessari</i>	64
2.2.3. <i>La mancata limitazione dei poteri necessari</i>	66
LE CONSEGUENZE DELLO STATO DI GUERRA: ANALISI DEI RAPPORTI ISTITUZIONALI E NORMATIVI	70
1. I rapporti tra gli organi di Stato	70
1.1. La questione della sovranità del popolo: il rapporto tra Governo e Parlamento	72
1.2. I limiti del potere giudiziario: il rapporto tra Governo e Magistratura	81
1.3. La questione del Presidente della Repubblica e il rapporto col Governo	89
1.4. La questione della Corte costituzionale: i limiti dei poteri del Governo	98
2. I rapporti tra le fonti dell'ordinamento italiano	104
2.1. La relazione tra la Costituzione e legge marziale	104

2.2. La legge marziale e le altre fonti normative primarie dell'ordinamento	109
I LIMITI TEORICI E PRATICI DEL MODELLO COSTITUZIONALE DELLO STATO DI GUERRA.....	117
1. L'assenza di riferimenti costituzionali allo stato di guerra	117
1.1. Il confronto con la costituzione francese	118
1.2. La questione dei diritti fondamentali	127
2. I limiti disattesi del principio di ripudio alla guerra ex art. 11 costituzione..	147
2.1. Il concetto odierno di neutralità come escamotage a tale rifiuto	154
2.2. La tutela dei diritti umani usata come giustificazione dell'uso della forza ...	161
3. La conformità al diritto internazionale secondo l'art. 10 costituzione.....	167
OBBLIGHI INTERNAZIONALI IN CASO DI CONFLITTO INTERNAZIONALE	171
1. Le conseguenze di un conflitto armato nel diritto internazionale	171
1.1. Le conseguenze sul piano della comunità internazionale.....	175
1.2. Le conseguenze nei confronti dei "cittadini nemici"	182
2. La conciliabilità dello stato di guerra con la Carta delle Nazioni Unite	186
3. L'applicabilità del Patto Atlantico in caso di dichiarazione di guerra	189
L'USO DELLA FORZA NELLA PRASSI CONTEMPORANEA	193
1. Zone d'ombra del divieto allo ius ad bellum.....	193
1.1. La nuova logica machiavelliana applicata nel diritto internazionale.....	196
1.2. Il concetto di guerra preventiva	203
2. La nozione asimmetrica della guerra e la questione dei conflitti armati.....	212
3. La partecipazione al conflitto di organizzazioni internazionali.....	220
LA NECESSITA' DI RIFORMA COSTITUZIONALE DELL'ARTICOLO 78 COSTITUZIONE	226
1. La pratica recente: la mancata attivazione dell'art. 78	226

2. L'adozione della legge 145 del 2016: una sistemazione organica delle missioni militari italiane all'estero?	227
3. La necessità di previsioni di stati emergenziali in Costituzione.....	233
CONCLUSIONI	237
BIBLIOGRAFIA	240

INTRODUZIONE

« Πόλεμος πάντων μὲν πατήρ ἐστι, πάντων δὲ βασιλεύς, καὶ τοὺς μὲν θεοὺς ἔδειξε τοὺς δὲ ἄνθρωπους, τοὺς μὲν δούλους ἐποίησε τοὺς δὲ ἐλευθέρους »

« Polemos [la guerra] è padre di tutte le cose e di tutte è il re: gli uni rende dèi, gli altri uomini, gli uni fa schiavi, gli altri liberi »

-Eraclito

Frammenti, *Sulla natura*

Frammento 53 (22 B 53

[44]. HIPPOL.)

La centralità che la guerra ha sempre assunto nella storia della civiltà umana è incontrovertibile. Questo fenomeno ha, infatti, contrassegnato da sempre l'umanità rappresentando spesso la pietra angolare dello sviluppo e del progresso dell'uomo.

Nonostante, invero, la guerra abbia rappresentato spesso il nodo focale del cambiamento, anche in positivo, delle scienze e della tecnologia, nonché essa sia stata il motore di propulsione dell'avviamento del meccanismo burocratico-amministrativo che ha portato alla nascita degli Stati, nella coscienza odierna la concezione comunemente intesa di questo accadimento è per lo più negativa.

Nel vecchio continente, da ricorrenza abituale e strumento generalmente riconosciuto ed accettato di *policy* dello Stato, la rappresentazione della guerra cambia irreparabilmente, assumendo connotati marcatamente negativi e repulsivi. Il grande trauma delle due Guerre Mondiali, il coinvolgimento destabilizzante della popolazione civile e l'impiego per la prima e ultima volta delle bombe atomiche sul campo di battaglia come strumento possibile per piegare una Potenza nemica, ha portato alla cognizione e alla sensibilità sia dell'opinione pubblica che dei Capi di Stato e di Governo, la necessità di porre misure preventive per evitare il ripresentarsi di situazioni potenzialmente distruttive.

Su questa stessa scia, difatti, si erigono le fondamenta della nostra società: il senso di avversione alla guerra è ben consolidato nella nostra Costituzione, che proprio nei suoi principi fondamentali afferma solennemente che «L'Italia ripudia la guerra come

strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali»¹.

Nonostante l'enunciazione grandiosamente proclamata di questo principio, la realtà dei fatti della politica estera italiana negli ultimi decenni si pone in chiaro contrasto con questa dichiarazione. Le forze armate italiane compiono operazioni al di fuori del territorio della Repubblica, spesso usando per l'appunto la forza bellica. L'istituzionalizzazione del fenomeno-guerra, e la sua formalizzazione attraverso l'atto solenne della dichiarazione, diventa labile e, invero, inattuata.

La dicotomia guerra situazione di fatto e guerra in diritto si risolve a favore della prima, portando alla non attuazione della normativa dello stato di guerra.

Quest'ultimo è cristallizzato nel nostro ordinamento all'articolo 78 Costituzione: la ritrosia dei Costituenti nel delineare giuridicamente questo fenomeno è ben evidente nella lacunosa, spesso ambigua, scelta dei termini nella stesura del sopra menzionato articolo ad opera dell'Assemblea costituente. Precisamente, il testo costituzionale si limita ad affermare che in caso di attivazione del meccanismo della partecipazione a un conflitto bellico, spetta alle Camere deliberare lo stato di guerra, conferendo al Governo i poteri necessari². Questo tentativo, elusivo nel disciplinare compiutamente un'eventuale partecipazione bellica della Repubblica, ne evidenzia, invero, l'avversione nel considerare una sua possibile riproposizione dopo il secondo conflitto mondiale, nonostante in quegli anni vi sia stata inconfutabilmente la volontà di trattare il *bellum* come situazione di diritto.

Tale ambiguità costituzionale determina, in effetti, tutta una serie di dubbi circa i rapporti istituzionali e normativi nel caso di verifica dello stato di guerra in Italia. Relativamente ai primi, difatti, rileva il rapporto tra il Governo e gli altri organi dello Stato, nello specifico con le Camere, la Magistratura, il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale.

In caso di attivazione del regime di cui all'articolo 78, la deroga al generale principio di rappresentatività, elemento cardine delle società liberali, agisce alla luce della celerità ed urgenza, che risultino indispensabili in caso di conflitto e che solo l'attività governativa può garantire: è da chiedersi se tale necessità incontri limiti nel suo spettro di azione, o se invece, le Camere mantengano una forma di controllo sull'operato del Governo.

Inoltre, questa analisi si pone come obiettivo anche lo studio dell'attività della Magistratura in tale contesto, alla luce anche dell'istituzione dei cosiddetti tribunali militari a cui, in tempo di guerra, la Costituzione attribuisce la giurisdizione secondo quanto previsto dalla legge³.

Altri interrogativi sorgono in relazione alle due nuove figure istituzionali emerse solo dall'entrata in vigore della Costituzione: il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale.

I rapporti tra il Consiglio dei ministri e il Capo di Stato sembrano controversi alla luce della lettura congiunta degli articoli 78 e 87 Costituzione. Lo stato di guerra, deliberato dalle Camere, viene, invero, dichiarato dal Presidente della Repubblica: tale dichiarazione comporta ai sensi dell'articolo 78 il conferimento dei 'poteri necessari' al Governo. L'indeterminatezza di tale espressione, ma la consentanea

¹ Articolo 11 Costituzione

² L'articolo 78 Costituzione recita «le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari»

³ Articolo 103 comma 3 stabilisce «I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate»

comprensione dell'esigenza di delegare al Governo la gestione dell'azione dell'esercito, fa sorgere dei quesiti in relazione allo stesso articolo 87 in quanto si riconosce il ruolo del Capo dello Stato a comando delle forze armate della Repubblica, nonché la sua veste di presidente del Consiglio supremo di difesa⁴.

Inoltre, l'eventuale dichiarazione dello stato di guerra determina anche dei dubbi in relazione allo scrutinio concesso alla Corte costituzionale. Infatti, l'eccezionalità che il conflitto bellico porta inevitabilmente con sé è tale da limitare un eventuale controllo in caso di illegittimità costituzionale delle leggi marziali, decise dal Governo. Tale quesito è, senza dubbio, ricollegabile alla più ampia domanda sul valore della Costituzione in caso di stato di guerra.

Difatti, alla luce della appena menzionata attuazione delle cosiddette leggi marziali, si apre la più generale questione del rapporto delle nostre fonti di diritto nel nostro ordinamento con i decreti legislativi in tempo di guerra. Dapprima tale indagine si occuperà di comprendere la relazione della Costituzione con la legge marziale, per poi approfondire il legame dei decreti legislativi in caso di guerra con le altre fonti primarie riconosciute nel nostro ordinamento.

La difficoltà nel rispondere a questi dubbi è determinata dall'ambiguità del testo costituzionale nel delineare, per l'appunto, lo stato di guerra: il modello costituzionale ex articolo 78 incontra di fatto l'esistenza dei limiti teorici e pratici che tale paradigma propone.

A differenza di altre Costituzioni, in specie quella francese in vigore dal 1958, vi è nella Norma fondamentale della Repubblica l'ingiustificata e pericolosa assenza di tangibili limitazioni costituzionali allo stato di guerra. Una tale situazione determina un pericolo per la salvaguardia dei diritti fondamentali, cui la Costituzione del '48 ha dedicato numerosi articoli.

In caso di dichiarazione comprovante la partecipazione dell'Italia ad un conflitto bellico si porrebbero dei dubbi relativamente al già citato ripudio della guerra.

Entrano in gioco, a questo punto, questioni attinenti al diritto internazionale pubblico e diritto internazionale umanitario.

In particolare, l'indefinitezza del concetto di neutralità nel contesto internazionale può determinare un abile *escamotage* al divieto dell'utilizzo della guerra «come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali»⁵. Inoltre, risalta la questione se l'intervento orientato alla tutela dei diritti umani rientri o meno in un uso della forza considerato legittimo ai sensi dell'articolo 11 Costituzione. Si sollevano, inoltre, interrogativi sul rapporto tra la prima parte del sopra menzionato articolo, laddove si prescrive un divieto assoluto dell'utilizzo della guerra, e la seconda parte dello stesso, allorquando consente all'Italia di far parte, in condizione di parità, delle organizzazioni internazionali che si prefiggono come scopo quello di assicurare «la pace e la giustizia fra Nazioni»⁶.

Essendo, precisamente, la dimensione del conflitto armato tipicamente, con l'esclusione delle cosiddette guerre civili (o meglio, conflitti armati non internazionali), afferente al dominio delle regole del diritto internazionale è inevitabile domandarsi se il diritto internazionale consuetudinario, laddove ad oggi la gestione del *bellum* possa o meno considerarsi una prassi consolidata degli Stati, ponga degli ostacoli al modello costituzionale italiano.

⁴ Articolo 87 comma 9 afferma «[Il Presidente della Repubblica] ha il comando delle Forze armate, presiede il Consiglio supremo di difesa costituito secondo la legge, dichiara lo stato di guerra deliberato dalle Camere»

⁵ V. *supra* nota 1

⁶ *Ibid.*

Il già richiamato contesto della Comunità internazionale, in cui l'Italia è indubbiamente pienamente iscritta, determina nel caso di dichiarazione di stato di guerra l'insorgenza di obblighi internazionali strettamente collegati allo status di Paese *in bello* riconosciuto alla Repubblica.

Tali obblighi attengono in un primo momento alle conseguenze che, in generale, coinvolgono il diritto internazionale sia nei confronti della Comunità di Stati, che, più specificamente, nei confronti di cittadini di paesi terzi, con particolare riguardo per i cosiddetti 'cittadini-nemici'.

In relazione al caso italiano, rileva poi l'eventuale conciliabilità che la dichiarazione, che determini l'entrata delle ostilità, possa o meno avere con la Carta delle Nazioni Unite, in specie relativamente al divieto dell'uso della forza ex articolo 2 (3) (4)⁷ della Carta, e i casi in cui tale uso sia invece permesso e considerato legittimo.

La ratifica da parte della Repubblica italiana di un'alleanza militare come quella del Patto Atlantico appare fin da subito rimarchevole, laddove il consenso degli Stati membri a tale accordo conduce inevitabilmente al rispetto di obblighi predeterminati. Sempre riguardo all'ordinamento internazionale, l'inizio delle ostilità delimita le norme di diritto internazionale da applicare; infatti, lo *ius in bello* sorregge la deroga del diritto internazionale a favore del riconoscimento, e dunque dell'applicazione, delle norme di diritto internazionale umanitario. La specialità e l'eccezionalità dello scoppio del conflitto produce come inevitabile conseguenza l'esigenza, da parte dello Stato italiano, di una condotta conforme agli obblighi derivanti dalle Convenzioni di Ginevra, nonché dai relativi Protocolli Aggiuntivi, e dalle norme consuetudinarie di diritto internazionale umanitario.

Alla luce degli obblighi di diritto internazionale, cui, a seguito di dichiarazione dello stato di guerra, l'Italia è chiamata a sottostare, rileva l'eventuale evoluzione dello *ius in bello* nel medesimo contesto internazionale.

L'uso della forza nella prassi contemporanea ha preso strade peculiari rispetto al tradizionale concetto di guerra stessa. L'accettazione di situazioni in cui la forza bellica viene generalmente dispiegata è, difatti, ormai accolta: tali circostanze, nel presentarsi come mere 'situazioni di fatto' ripropongono inevitabilmente la visione fenomenica del *bellum* come stato di fatto, sfuggente ed elusorio di una qualsiasi formalizzazione dell'azione intrapresa da parte degli attori in gioco.

In particolare, la guerra per esportare la democrazia e la guerra preventiva rappresentano indubbiamente dei quadri interessanti da analizzare alla luce della mancata attuazione della azione di difesa collettiva delegata, per l'appunto, al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

Inoltre, è fondamentale la più recente classificazione di missioni per la pace, di cui spesso si sente parlare. Le missioni per la pace, ad oggi nominate missioni di *Paece bulding*, *Paece keeping* e *Paece enforcement*, richiedono l'ausilio di interventi militari cui gli Stati, che vi aderiscono, devono sopperire.

Oltre a ciò, l'entrata nello scenario delle ostilità di soggetti non Stati ha, a partire dall'attacco del 11 settembre, problematizzato la questione della formalizzazione delle azioni di lotta contro il terrorismo ('*War on Terror*') in 'azioni di guerra'. Questa tendenza, dapprima singolare nel secondo conflitto mondiale, ad oggi è

⁷ In particolare, con riferimento ai paragrafi (3) e (4), la Carta prescrive che «I Membri devono risolvere le loro controversie internazionali con mezzi pacifici, in maniera che la pace e la sicurezza internazionale, e la giustizia, non siano messe in pericolo. I Membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall'uso della forza, sia contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, sia in qualunque altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite»

oramai ricorrente, ma comunque non appare ancora delineata giuridicamente. L'espressione emblematica in questo caso [*War on Terror*], seppur richiami direttamente lo scenario del(la) 'war', comunque non ha implicato e non implica il riconoscimento dello 'stato di guerra' per chi vi ha aderito.

Inter alia, sempre il contesto internazionale presenta un importante e riguardevole mutamento nella gestione del conflitto rispetto al contesto precedente alla Seconda Guerra Mondiale. A partire dalle guerre di religione del XVII secolo, e più compiutamente lungo l'Ottocento e la prima metà del Novecento, la guerra è stata prerogativa unicamente e precipuamente dello Stato: il conflitto vede tra i suoi protagonisti solo, invero, questi soggetti di diritto.

Eppure, lo scenario bellico odierno annovera tra i suoi personaggi anche altri più recenti soggetti di diritto internazionale, vale a dire le organizzazioni internazionali. Difatti, l'azione bellica viene spesso decisa in capo a questi soggetti, impegnando le forze armate degli Stati membri.

Tali osservazioni non possono che condurre inevitabilmente a una domanda: perché, nonostante il dispiego delle forze armate italiane in tali contesti, la normativa dello stato di guerra non è mai stata attivata dalle Camere? A questa prima perplessità, segue, inevitabilmente un'altra importante e specifica considerazione: qual è ad oggi, precisamente, il valore e l'efficacia del paradigma costituzionale ex articolo 78? Tale norma, non solo ad oggi, ma anche in futuro, è destinata ad una sua perenne inattuazione, alla luce dei mutamenti ontologici e fenomenici che il *bellum* ha, oramai, assorbito secondo i nuovi scenari internazionali?

Qualora la risposta fosse affermativa, immancabilmente, l'assenza di una disciplina del fenomeno bellico rappresenterebbe un pericoloso *vacuum*, cui bisognerebbe supplire.

Segnatamente, il più recente intervento legislativo del 2016, ovverosia la legge del 21 luglio del 2016 n° 215, rappresenta un primo tentativo di regolamentare la materia in maniera organica. L'analisi verterà, per l'appunto, sullo studio della disciplina stabilita da questa normativa e su quanto la stessa sia effettivamente capace di rispondere ai precedenti quesiti.

Quantunque la sopracitata legge sia atta a disciplinare organicamente la materia delle missioni militari italiane all'estero, lo studio non può che indagare gli eventuali rischi che, il rimando ad una fonte normativa primaria per la regolamentazione di questa materia, può comportare.

A tal riguardo, la necessità di una riforma costituzionale sembra inevitabile, al fine di poter ricomprendere nel testo costituzionale il fenomeno-guerra e di connotarlo come istituto più marcatamente giuridico e disciplinato. L'assenza di previsioni costituzionali dei cosiddetti 'stati emergenziali' ha già avuto modo di rappresentare un problema (più specificamente in relazione allo scoppio della pandemia da Covid-19 a marzo 2020) qualora una situazione di eccezione possa sfidare la nostra Repubblica: la necessità di disciplinare, dunque, questi casi eccezionali, tra cui rientra più specificamente lo stato di guerra, è quindi centrale e rilevante per rispondere al più generale quesito sul valore del testo costituzionale in caso di scoppio di un nuovo eventuale conflitto.

Questa ampia riflessione vuole, invero, ribadire la necessità di una disciplina coesa e completa in riferimento allo stato di guerra: il *bellum* ha subito un'evoluzione ontologica che ne travalica la mera natura di situazione di fatto, alla luce di una più spiccata sensibilità alla sua istituzionalizzazione. Cionondimeno, l'indifferenza alla mancata concretizzazione del dettato costituzionale è generalmente accettata.

Tale regolamentazione del conflitto ha, invero, subito un eclissamento a vantaggio di una gestione dell'azione bellica che mina, e potrebbe più seriamente compromettere, le stesse fondamenta della Repubblica.

CAPITOLO INTRODUTTIVO

L'EVOLUZIONE CONTEMPORANEA DEL CONCETTO DI GUERRA

SOMMARIO: 1. Il principio di ripudio alla guerra: l'art.11 Costituzione - 1.1. L'idea di guerra prima della Costituzione - 1.2. Il diverso concetto di "guerra" oggi – 2. La partecipazione dello Stato italiano ai conflitti armati - 2.1. Gli interventi militari italiani - 2.2. Il resoconto parlamentare del 2023 - 2.2.1. L'aiuto militare all'Ucraina - 2.2.2. Il caso del Burkina Faso

1. Il principio di ripudio alla guerra: l'art. 11 Costituzione

Di guerra, in Costituzione, si parla poco. Il testo costituzionale, infatti, utilizza espressamente il termine 'guerra' soltanto in pochi articoli¹ e senza mai darne in realtà una vera e propria definizione. Proprio l'assenza di una concezione costituzionalmente definita di tale fenomeno, ne determina, di fatto, un vuoto difficilmente comprensibile ed altamente rischioso.

La reticenza nel delineare tale istituto in Costituzione è ben comprensibile alla lettura dell'articolo 11². L'articolo 11 Costituzione esordisce, difatti, col l'assunto secondo cui «*L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali*»³: questa formulazione così chiara e perentoria delinea la profonda volontà, all'indomani del 1945, di evitare le atrocità e gli orrori commessi durante i due conflitti mondiali. I traumi delle guerre del Novecento hanno determinato nella coscienza italiana un forte senso di avversione per questo fenomeno, tanto da tradursi in un vero e proprio articolo per sancire il principio di 'ripudio alla guerra'. Non è un caso, tra l'altro, che questo principio venga posto nella parte della Costituzione riservata ai Principi Fondamentali, proprio a sottolineare nuovamente quanto sia profonda l'insofferenza ad un eventuale conflitto all'indomani della Seconda Guerra Mondiale⁴ e di quanto le basi della nostra Repubblica si fondino effettivamente su tale rifiuto.

¹ Il termine 'guerra' compare nel testo costituzionale soltanto sei volte. In particolare, agli Art. 11, 60, 78, 87, 103, 111

² Tale articolo, pur rappresentando una norma programmatica, non esaurisce il suo effetto in una mera dichiarazione enfatica. Infatti «è alla sua stregua che vanno interpretate le disposizioni degli art. 78 e 87 sulla deliberazione e sulla dichiarazione dello stato guerra», F. CUOCOLO, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, 1999, p. 97

³ Si avrà modo di analizzare più dettagliatamente questo articolo in un secondo momento, più specificamente al paragrafo 2 Capitolo Terzo

⁴ A tal riguardo, il trauma che condusse gli Stati a quel tempo ad evitare che un altro conflitto di quel genere si verificasse nuovamente, fu determinato dall'elevato numero di perdite riscontrato. Infatti, «Il secondo conflitto mondiale fu combattuto con ferocia inaudita, e scatenò sul finire una forte corrente pacifista, che condusse alla creazione delle Nazioni Unite», M. CAPASSO, "Guerra" in *Novissimo Digesto italiano*, A. AZARA, E. EULA (a cura di), Torino, 1962, p. 50

Eppure, dopo circa novant'anni dall'adozione del testo costituzionale, questa ferrea volontà e questo penetrante senso di intolleranza sembrano essersi in parte dissipati. Il diritto bellico ha subito nel corso degli ultimi cinquant'anni un processo modificativo, riflettente la «fase intensamente evolutiva»⁵ di cui è protagonista la Comunità internazionale a partire dalla seconda metà del secolo scorso: l'istituto della guerra, e conseguentemente, il diritto dello stato di guerra, rappresentano un settore dilaniato da profondi e irrimediabili mutamenti, vivendo l'indissolubile contraddizione tra la «sfrenata modernità della tecnologia militare»⁶ e il «carattere drammaticamente arcaico del rapporto di guerra»⁷.

Infatti, la Repubblica ha partecipato e partecipa a numerose missioni militari all'estero⁸, anche laddove tali operazioni non abbiano come connotazione quella della cosiddetta guerra difensiva per le minacce allo Stato. Sembra, dunque, opportuno comprendere perché, in qualche modo, questo principio di ripudio della guerra abbia perso parte della sua iniziale 'sacralità'.

A tal riguardo bisogna, innanzitutto, comprendere se e come questo principio cardine dell'ordinamento italiano sia legato ad un'evoluzione stessa della nozione centrale attorno cui ruota tutto questo discorso: la *guerra*.

Questo concetto ha subito nel corso del tempo una modificazione tale da condizionare il rifiuto dichiarato all'articolo 11 Costituzione? In che modo questa evoluzione può aver influito sulla condotta che viene ritenuta costituzionalmente legittima ai sensi del sopramenzionato articolo?

Per rispondere a questi interrogativi è opportuno, dunque, analizzare il fenomeno della guerra: tale concetto ha subito un'evoluzione concettuale e semantica nel corso del tempo, tale da doversi chiedere se e come le modificazioni verificatesi possano aver influito sul divieto dell'uso della forza come strumento di risoluzione delle controversie internazionali da parte dello Stato italiano.

Infatti, la dualità attribuibile al termine 'guerra'⁹ è riflessa nell'ambiguità dell'operato della Repubblica in tali operazioni e della conformità al dettato costituzionale. Proprio su questa indeterminatezza, è pertinente comprendere quanto la discrasia tra guerra-fatto e guerra-diritto sia individuabile, e quanto la caratterizzazione del *bellum* solamente come istituto sia, tuttavia e tuttora, estremamente labile e fluttuante.

1.1. L'idea di guerra prima della Costituzione

A tal punto, è importante comprendere qual era l'idea di guerra, cui si rifacevano i Costituenti durante la stesura del testo costituzionale. Difatti, solo cercando di analizzare questa stessa nozione, si può rispondere ai quesiti precedentemente sollevati.

⁵ A. CURTI GIALDINO, "Guerra (diritto internazionale)" in *Enciclopedia del diritto*, C. MORTATI, S. PUGLIATTI (a cura di), Milano, 1970, p. 849

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ Per una maggior analisi Paragrafo 2 Capitolo Primo

⁹ «Si ritiene generalmente che esso [il termine guerra] sia da intendere in due fondamentali significati: come situazione giuridica e come vicenda fenomenica», A. CURTI GIALDINO, "Guerra (diritto internazionale) in *Enciclopedia del diritto*", cit. p. 849

Fin dall'Antichità, la storia dell'essere umano è stata attraversata da conflitti di diversa natura. Infatti, il fenomeno della guerra è sempre stato presente, anche se con caratteristiche diverse da quelle a cui si è soliti pensare oggi.

Il conflitto, invero, si è sempre caratterizzato come una situazione di fatto, intrinsecamente inevitabile per la natura umana¹⁰ e come strumento di risoluzione di dispute tra tribù e popolazioni. Difatti, come sottolineò lo stesso Eraclito, *Polemos*¹¹ era la principale dialettica tra le genti antiche, artefice della resa in schiavitù di alcuni, e del godimento dei privilegi della conquista per gli altri.

Eppure, ai fini del nostro discorso, è importante sottolineare come la guerra diventi un fenomeno istituzionalizzato dal momento in cui a farla sono i nuovi 'Stati moderni'¹². Anche i sociologi, invero, sono generalmente concordi nel ritenere la guerra in quanto istituto, riconoscendole tale natura sia nel diritto consuetudinario, che nella legge¹³.

Effettivamente, la guerra, in quanto conflitto tra società umane, nell'Antichità era caratterizzata da lotte tra tribù e popolazioni; nell'età moderna, tuttavia, questo scontro muta rendendo protagonisti gli Stati¹⁴.

Questi sono, difatti, frutto delle guerre di religione¹⁵ del XVII secolo¹⁶. Durante questo conflitto si è reso necessario avviare un vero e proprio fenomeno di accentramento del potere e delle strutture burocratiche-amministrative per la gestione dell'azione bellica: per questo motivo è pacifico affermare che la guerra sia concretamente un fondamentale costituente¹⁷ nella formazione degli Stati moderni¹⁸. Per far fronte agli ingenti mezzi che un conflitto di tal genere richiede, la necessità di

¹⁰ A tal riguardo, «War [...] is ordained by nature and is an inevitable result of competition», J. VON ELBE, «The Evolution of the Concept of the Just War in International Law», in *American Journal of International Law* 1939, p. 665

¹¹ «Polemos [la guerra] è padre di tutte le cose e di tutte è il re: gli uni rende dèi, gli altri uomini, gli uni fa schiavi, gli altri liberi». Indipendentemente del pensiero stesso della filosofia eraclitea, basata prevalentemente dalla dialettica conflittuale degli opposti, quello che rileva ai fini del discorso è la portata che la guerra ha, secondo Eraclito, nella risoluzione dei conflitti nella storia.

¹² L'attribuzione dell'aggettivo 'moderno' alle nuove forme di organizzazione politico-sociale è rilevante nella distinzione delle precedenti «altre forme di dominio politico» precedentemente conosciute. Difatti, la concettualizzazione dello Stato come struttura di governo di un popolo è riferibile già dal XIII secolo in Europa, trovando l'effettiva sua attuazione nei suoi elementi tipici a partire dal XVII secolo, F. LANCHESTER, «Stato (forme di)» in *Enciclopedia del diritto*, G. LANFÌ, F. PIGA (a cura di), Milano, 1990, p. 800

¹³ «Sociologists usually apply the term [war] to such conflicts only if they are initiated and conducted in accordance with socially recognized forms. They treat war as an institution recognized in custom or in law», J. FRANKEL, «War» in *Britannica Online Encyclopaedia*, consultato il 29 febbraio 2024. Disponibile su www.britannica.com

¹⁴ Essenzialmente, la storia della guerra può tradursi come «a fight between human societies, in primitive conditions between savage tribes, in the civilized world between states» Encyclopaedia Britannica, 14th ed., Vol. 23, article «War», citato in J. VON ELBE, «The Evolution of the Concept of the Just War in International Law in American Journal of International Law», cit., p. 665

¹⁵ «After the ending of the wars of religion, about the middle of the 17th century, wars were fought for the interests of individual sovereigns and were limited both in their objectives and in their scope», J. FRANKEL, «War in Britannica Online Encyclopaedia», cit.

¹⁶ Nello specifico il Trattato di Westphalia pose fine all'illusione del modello dell'Impero in Europa. Infatti, il riconoscimento formale della rinuncia delle proprie illimitate prerogative, in favore dell'ormai indipendenza dei singoli re e signori, è stato espressamente previsto dallo stesso trattato. «L'impero dunque, a partire dal 1648, fu, sia pure in modo indiretto, il primo il primo stato costituzionale europeo», W. REINHARD, *Storia dello stato moderno*, Bologna, 2010, p. 37

¹⁷ «Le fondamenta degli stati sono state poste nelle guerre», *id.*, p. 9

¹⁸ La guerra, da situazione di fatto che coinvolse l'Europa in quegli anni, diventa motore del meccanismo di organizzazione statale. Tale organizzazione si risolve stabilmente in un ente stabile, anche se nato in risposta ad una crisi transitoria. «Lo Stato moderno, ed i suoi sistemi di legge, sono nati *effettivamente* dall'eccezione consistita da un conflitto armato religioso insolubile che ha distrutto l'ordinamento precedente, ma *questa eccezione è stata risolta in modo diverso*», P.G. MONATERI, «Morfologia, Storia e Comparazione. La nascita dei 'sistemi' e la modernità politica», in *Max Planck Institute for European Legal History*, 2018, p. 282

un organo specifico, adatto a convergere e ridistribuire le risorse¹⁹ di un determinato territorio, ove una determinata popolazione risiede abitualmente²⁰, è indispensabile e facilmente comprensibile²¹. In tal senso, il conflitto diviene la spinta di propulsione²² allo sviluppo di quel fenomeno di centralizzazione, fondamentale per la nascita degli Stati moderni²³.

Precisamente, la guerra da situazione di mero fatto diviene, dunque, un istituto giuridico²⁴, formalizzato attraverso l'atto della dichiarazione²⁵. A partire dai Trattati di Westphalia è chiaro che sono solo gli Stati che fanno la guerra²⁶: infatti soltanto una forma di organizzazione burocraticamente accentrata²⁷ può fornire le risorse per

¹⁹ «I crescenti costi di quest'ultime [guerre], tuttavia, costrinsero a prelevare risorse sempre maggiori, il che a sua volta determinò un ulteriore aumento del controllo del potere centrale», W. REINHARD, *Storia dello stato moderno*, cit., p. 11

²⁰ «La natura di elemento costitutivo della comunità statale, propria dell'ordinamento, risulta ancora più marcata in relazione alla sua specifica funzione, che è quella di dar vita all'unità di stato e quindi all'esistenza di esso come unità distinta dal complesso dei suoi elementi. Popolo, territorio e governo hanno ciascuno natura sostanzialmente diversa [...] Essi costituiscono un'unità nello stato, ma solo in forza dell'ordinamento che li lega e collega fra di loro secondo il suo specifico modo di agire, e cioè creando un sistema di rapporti giuridici fra popolo e governo anche riguardo al territorio» e ancora «Governo e ordinamento si presuppongono a vicenda», E. TOSATO, «Stato (dir. Cost.)», in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, S. LARICCIA, F. PIGA (a cura di), Milano, 1990, pp. 772-773

²¹ «Convien considerare coloro che hanno fatto le guerre e creato gli stati come dei gestori del potere egoisti e violenti, che certo non si erano mai prefissi di costruire uno stato, né tanto meno lo stato moderno. Tuttavia, [...] la politica di accrescimento del potere di tali gestori tendeva proprio a questo, nel lungo periodo» W. REINHARD, *Storia dello stato moderno*, cit., p. 9

²² «[...] Verosimilmente, è stato questo *coercion-extraction-cycle* [...] a innescare quella forza propulsiva che a sua volta ha determinato la nascita dello stato moderno. In quanto stato di potenza, lo stato moderno è, in origine, stato di guerra», *id.*, p. 11

²³ La definizione di Stato è difficilmente enunciabile. Eppure, viene caratterizzata, in qualunque sua forma, propriamente da tre elementi: popolazione, territorio e governo. Lo stato può intendersi «come società territoriale, cioè società con finalità indeterminate, e a base demografica territoriale. [...] in quanto società è stata costituita nell'esercizio di un potere di associazione [...] non derivato né illimitato, se non dall'ordinamento interno della stessa società; e tale carattere si identifica col concetto di sovranità [...] L'elemento territoriale è intuitivamente essenziale: è su un dato territorio, nell'ambito dello stesso, che lo Stato persegue essenzialmente i propri fini, ed esercita la propria autorità. [...] Già si è individuato quel carattere di società organizzata proprio dello Stato. Sennonché il concetto di organizzazione implica necessariamente anche quello di entità che cura e garantisce l'armonico esplicarsi delle attività dei vari e distinti organi che in tale organizzazione confluiscono. Nello Stato questo compito è assolto dal governo, inteso in senso lato, cioè da quel complesso di istituzioni attraverso le quali lo Stato esplica le sue funzioni in vista del raggiungimento dei suoi fini» «Stato», in *Grande dizionario enciclopedico del diritto*, B. SICLARI, P. PICARELLI (a cura di), Milano, 1964, p. 361-362

²⁴ La definizione in essenza della 'guerra' è indubbiamente problematica e, per certi versi, contraddittoria. Lo studio in questione ribadisce come l'ambiguità intrinsecamente correlata a tale concetto sia centrale nella piena comprensione delle difficoltà che il modello costituzionale incontra nella sua attuazione. Nondimeno «il tentativo di alcuni Autori [...] di porre la guerra al di fuori del diritto, l'opinione prelevante nel senso che la guerra sia un istituto giuridico disciplinato e limitato dall'ordinamento giuridico», M. CAPASSO, «Guerra Novissimo Digesto Italiano», cit., p. 48

²⁵ A dir al vero, ai fini del riconoscimento di conflitto internazionale è irrilevante ad oggi una tale dichiarazione. L'inizio delle ostilità tra due o più Stati, e la conseguente applicazione delle norme tra stati belligeranti, è riscontrabile laddove lo scontro sia caratterizzato da una soglia minima di intensità e di durata. C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, Milano, 2023, p. 451

²⁶ In tal senso, «le deduzioni implicite nello stesso vocabolo 'guerra', e da questo suggerite senza bisogno di un'approfondita analisi- tanto scopertamente esse affiorano alla superficie attraverso la rilevazione di quei fenomeni che della realtà considerata, segnando il passaggio dal metagiuridico al giuridico, portano univocamente ad individuare l'essenza giuridicamente qualificante dell'integrale fenomeno nell'intrinseca politicità di esso, e perciò riconoscere la guerra, valutata nel suo insieme, come 'fatto' essenzialmente politico», G. FERRARI, «Guerra (stato di)», in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, F. PIGA (a cura di), Milano, 1970, p. 823. Inoltre, C. TILLY, *Coercion, Capital, and European States AD 990-1990*, Oxford, 1990, p. 67 ff.

²⁷ In particolare, l'accentramento del potere si realizza in un primo tempo come potere del sovrano che diviene «il detentore del potere di ordine, di costituzione del suo stesso corpo politico, e lo esercita nel suo potere di legge, che riposa in ultima istanza nel suo potere sullo stato di eccezione, come mimesi interna del suo potere di guerra», P. G. MONATERI, «Morfologia, Storia e Comparazione. La nascita dei 'sistemi' e la modernità politica in Max Planck Institute for European Legal History», cit., p. 282

affrontare, per l'appunto, un conflitto armato con altri Stati²⁸. Essa diventa, invero, strumento di *policy* dello Stato²⁹: nel nuovo contesto della Comunità internazionale³⁰, i nuovi soggetti di diritto internazionale³¹ si relazionano anche, se non soprattutto, secondo la logica dello scontro³² per il raggiungimento dei propri obiettivi³³.

Dal XVII secolo fino al XX secolo, invero, la guerra rappresentò formalmente un vero e proprio istituto giuridico, sostanzialmente nelle mani dell'organo statale³⁴, conformemente alla tendenza precedentemente esposta³⁵. Partendo da questo presupposto si comprende come, col tempo, si sia sentita la necessità di disciplinare la condotta dei conflitti. La guerra da situazione di mero fatto, divenuta centrale e problematica nelle relazioni internazionali, si trasforma in situazione di diritto, necessitante di proprie regole e di limiti. Ne sono un esempio le prime convenzioni di fine '800, e le successive regolamentazioni, di cui si avrà modo di approfondire il discorso in un secondo momento³⁶.

Il riconoscimento della guerra in istituto nelle mani dello Stato è ben chiaro nel primo ventennio del Novecento. La *Grande Guerra*³⁷ (1914-1918) demarca questa palese impostazione: gli Stati utilizzano questo strumento al fine di raggiungere i

²⁸ «[La definizione di guerra] è comprensiva di tutti gli elementi del concetto di guerra, cioè il conflitto fra Stati», M. CAPASSO, "Guerra in Novissimo Digesto Italiano", cit., p. 49

²⁹ "Bellum est publicorum armorum iuxta causa" ALBERICO GENTILI, "De iure belli libri tres" in *The classics of international law*, Oxford, 1933, p. 12 citato in M. CAPASSO, "Guerra", in *Novissimo Digesto Italiano*, 1957, Torino, p. 49

³⁰ A partire da questo momento si può compiutamente cominciare a parlare di Comunità Internazionale: la nascita degli stati moderni determina, invero, la nascita del diritto internazionale. Infatti, «lo stato non è solo soggetto di diritto, è anche costruttore di diritto nell'ordine internazionale», "Stato", in *Enciclopedia Italiana Treccani*, Roma, 1949, p. 625

³¹ Il fondamento stesso del diritto internazionale è inseparabilmente legato alla sovranità riconosciutasi agli Stati. Il consacrimento del principio dell'uguaglianza degli stati, cardine della genesi e sopravvivenza della Comunità Internazionale, difatti si basa sulla nozione stessa di sovranità dello Stato. «La sovranità presenta dunque due aspetti, quello della supremazia interna e quello dell'indipendenza esterna», e ancora «i due aspetti sono strettamente connessi. Non vi è sovranità interna senza sovranità esterna, cioè indipendenza dagli altri stati [...] Essa è una caratteristica distintiva del potere statale», E. TOSATO, "Stato (dir. Cost.) in Enciclopedia del diritto", cit. p. 768

³² «Lo sviluppo politico de futuri stati fu promosso dalla rivalità reciproca tra 'fondatori di stati', che si tradusse in frequenti guerre», W. REINHARD, *Storia dello stato moderno*, cit., p. 11

³³ «According to Fearon (1995), given that wars are costly, if bargains short of war exist that will allow states to arrive at their goals without paying the cost of fighting, states should be able to identify and agree to these terms and avoid a costly war», J. FRANKEL, "War in Britannica Online Encyclopaedia", cit.

³⁴ «L'idoneità a manifestare una volontà cui consegue lo stato di guerra appartiene, per eccellenza, agli Stati, che sono i membri primari della Comunità internazionale, i soggetti di pieno diritto del suo ordinamento», A. CURTI GIALDINO, "Guerra (dir. Internazionale) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 879. Ancora "l'esercizio sovrano della guerra, secondo il diritto internazionale generale, ha costituito per secoli il supremo potere dello Stato moderno (*ius belli*)», M. PANEBIANCO, "Guerra (diritto internazionale)", in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1989, p. 1

³⁵ In realtà, alcuni studiosi sono soliti ritenere che la cristallizzazione e il consolidamento della struttura statale delle Nazioni europee si ebbe con la Rivoluzione Francese, che diede luogo a «quel modello definito, quasi per antonomasia, dai giusnaturalisti al fine dell'800 *Stato moderno*», P. BISCARETTI DI RUFFIA, "Stato", in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1992, p. 3. Tale impostazione è condivisa dalle stesse parole dell'articolo 16 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e del cittadini che consacra i capisaldi [principio di separazione del potere e dalla necessità di una costituzione per una società] della nuova struttura statale «Lo Stato che si andava a costituire si autorappresentava così, non tanto in chiave di affermazione di un nuovo modello politico, magari più giusto e ragionevole, ma come 'il' modello politico, che finalmente la rivoluzione faceva trionfare», M. FIORAVANTI, "Stato (storia)", in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, S. LARICCIA, F. PIGA (a cura di), Milano, 1990, p. 712

³⁶ Paragrafo 4 capitolo Quarto

³⁷ «Al sorgere del 1° conflitto mondiale deve, così, riconoscersi che in pressoché tutti i Paesi socialmente ed economicamente evoluti le strutture essenziali dello Stato s'ispiravano ad un modello sostanzialmente uniforme (accolto, di riflesso, anche nei vasti possedimenti coloniali ancora sussistenti a quell'epoca)», P. BISCARETTI DI RUFFIA, "Stato in Enciclopedia Giuridica", cit., p. 4

propri interessi³⁸ in quella stessa dialettica conflittuale di cui si è appena parlato. Effettivamente, durante la Prima Guerra Mondiale, la guerra si *sacralizza* come istituto dello Stato, il quale se ne avvale per raggiungere un proprio scopo secondo una linea di pensiero ben chiara: non è un caso che durante il grande conflitto partecipino soltanto i grandi Stati europei e, quei pochi al di fuori del Vecchio Continente, che però hanno raggiunto una struttura statale ormai consolidata, quali Stati Uniti d'America e Impero Ottomano. Questi rappresentano la concretizzazione della tendenza accentratrice e centripeta quivi analizzata, nonché [rappresentano] la testimonianza del più lungo consolidamento e/o continuazione dello Stato moderno sorto a partire del XVII secolo: la stretta dipendenza tra la partecipazione al suddetto conflitto e la specifica natura di questi soggetti, denota, esattamente, l'enfaticizzazione ed assestamento della natura statale-istituzionale della guerra nei primi decenni del Novecento.

Questa esclusività degli Stati a partecipare alle guerre cambia parzialmente con la Seconda Guerra Mondiale (1939-1945). La guerra, in questo caso, ha assunto delle sfumature più frastagliate³⁹, all'indomani dell'invasione nazista della Francia e della frattura in due blocchi della penisola italiana, oltre che l'occupazione da parte del Terzo Reich degli altri Stati europei. In questo contesto, movimenti di resistenza organizzata hanno partecipato al conflitto anche se *in senso lato*. Da una parte, benché la loro partecipazione al conflitto sia stata importante, l'intervento di questi movimenti di resistenza non è stata determinante nella risoluzione del conflitto e non se ne può minimamente parlare in maniera istituzionalizzante; dall'altro lato si evidenzia un'anomala presenza di nuovi personaggi-combattenti nella guerra, non riconducibili direttamente e rigorosamente alle forze armate o ad altro organo di uno Stato.

Quindi già a metà nel XX secolo si era coscienti del fatto che soggetti non-Stati potessero partecipare ad un conflitto armato: nonostante ciò, il presupposto rimaneva quello di ritenere che la *guerra* fosse un istituto sostanzialmente di competenza statale.

Ed è questa l'idea di guerra che i Costituenti hanno in mente quando pensano alla scrittura della Costituzione.

1.2. Il diverso concetto di “guerra” oggi

La seconda metà del XX ha visto una sostanziale separazione del concetto tradizionale di guerra⁴⁰, quale istituto giuridico, dai conflitti armati che vivacizzano

³⁸ «La guerra non è un mezzo di procedura vi è in essa il modo di far valere i propri diritti o ciò che gli Stati credono o pretendono essere i propri diritti», G. VITALI, “Guerra (diritto penale militare-marittimo)”, in *Enciclopedia Giuridica italiana*, A. ASCOLI, E. FLORIAN (a cura di), Milano, 1935, p. 672

³⁹ La frammentazione terminologica-concettuale della guerra, di derivazione dal legame dell'istituzione statale, riflette la crisi stessa dello Stato moderno. «La questione del pluralismo, che con fasi alterne accompagna tutta la vicenda dello Stato moderno [...] assume non per caso una rilevanza cruciale intorno all'inizio del Novecento, via via che l'immagine dello Stato-persona di derivazione ottocentesca viene rivelandosi in tutto il suo fragile eppure formidabile spessore di finzione giuridica», L. ORNAGHI, “Stato”, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, R. SACCO (a cura di), Torino, 1999, p. 37

⁴⁰ Non è un caso che la crisi di questo istituto sia ravvisabile in concomitanza della crisi stessa del concetto di Stato moderno. «[La] ‘storicità’ dei nostri paradigmi, tutti costruiti tra Ottocento e Novecento, in un momento particolare della storia politica europea che una storiografia assai autorevole indica anzi come momento di ‘crisi’, o comunque di forte accelerazione delle dinamiche politiche e sociali e del loro rapporto con le istituzioni statali», M. FIORAVANTI, “Stato (storia) in Enciclopedia del diritto”, cit., p. 710

lo scenario internazionale. L'espressione tradizionale della guerra è difatti, ormai generalmente e pacificamente sostituita, con riguardo al contesto sovranazionale e in riferimento all'emergente organizzazione delle Nazioni Unite, con la formula 'uso della forza'⁴¹. A dir il vero anche lo scenario internazionale propone diverse interpretazioni riguardo la dimensione bellica; mentre l'impianto delle regole di *ius in bello* sembra ruotare attorno al concetto di *armed conflict*, il diritto internazionale pubblico richiama più genericamente all'*use of force*. Ritornando più avanti del discorso su tale questione⁴², è opportuno comprendere ora quale sia stata l'evoluzione in generale della dimensione conflittuale internazionale nel corso dei decenni.

L'idea classica di guerra⁴³ non rispecchia più quella che è la realtà dei fatti oggi e, tale trasformazione, non può non essere considerata rilevante ai fini dell'analisi qui presentata.

Come si avrà modo di vedere in un secondo momento in maniera più approfondita⁴⁴, la condotta delle ostilità non vede più come protagonisti gli Stati secondo le modalità consuete che si erano affermate all'indomani delle guerre del XVII secolo. I conflitti non sono preceduti dalla consueta e formalizzata, oltre che spesso formalizzante, dichiarazione di guerra, prassi consolidata fino al Novecento. Inoltre, tali conflitti spesso non sono condotti dagli Stati, ma da fazioni armate o più in generale da soggetti non-Stati. Infatti, oramai, le guerre internazionali, quindi fra Stati, sono rare anche perché la guerra perde il suo significato originario⁴⁵.

In tale scenario, a seguito dei primi sviluppi del sistema delle Nazioni Unite, è fondamentale comprendere come tali ostilità possano essere qualificate.

Pare indispensabile chiedersi in che modo, infatti, tali situazioni possano rapportarsi con il concetto stesso di guerra.

Irrefutabilmente, il "conflitto" per antonomasia nella percezione collettiva dopo i trattati di Parigi, la cosiddetta *Guerra fredda*, sembra sfidare, precisamente, la nozione stessa di *bellum* fin qui delineata. L'uso della forza e la correlazione con atti violenti⁴⁶ ha da sempre imperniato, invero, la guerra: la qualificazione del *gelo* della rivalità russo-statunitense fino al crollo dell'impero sovietico ne manifesta una nuova faccia.

⁴¹ Più precisamente, l'art. 2 par. 4, stabilisce espressamente un divieto dell'uso della forza, palesando «l'avvenuta sostituzione dell'uso della forza a quello tradizionale della guerra», M. CAPASSO, "Guerra Novissimo Digesto italiano", cit., p. 50

⁴² In particolare, capitolo Quarto e Quinto

⁴³ Oggetto di una trattazione decisamente più minuziosa, rileva la creazione, all'indomani della Seconda Guerra Mondiale, del sistema delle Nazioni Unite e la stesura della Carta delle Nazioni Unite, più precisamente all' Art. 2 par. 4. L'uso della forza non è più prerogativa dello Stato, area oscura allo scrutinio degli altri Stati o delle Nazioni Unite stesse, ma diviene una materia limitata da regole, nonché non completamente rientrante nel *domaine réservé*.

⁴⁴ L'esame più approfondito, alla luce dei mutamenti dei conflitti armati nella Comunità Internazionale, sarà ampiamente studiato successivamente, nel Capitolo Quinto di questa dissertazione

⁴⁵ A tal riguardo come viene osservato «le grandi potenze del mondo non si combattono direttamente in guerra fin dalla seconda guerra mondiale [...]». Ciò è dovuto al fatto che la guerra da sempre rappresentò lo strumento per poter conservare le loro conquiste. All'indomani della guerra «furono annullate tutte le conquiste non riconosciute tranne una. [...] il patto di pace ha insomma costituito il retroscena di regole e presupposti sul quale operava il resto del nuovo sistema. Quando gli Stati si adattarono al mutato ordine legale, il fatto che vi si fossero adattati contribuì a rinforzare le nuove regole e divenne *motivo in sé e per sé* per agire in base ad esse», O. A. HATHAWAY, S. J. SHAPIRO, *Gli internazionalisti. Come il progetto di bandire la guerra ha cambiato il mondo*, Vicenza, 2018, pp. 391-393

⁴⁶ «Il significato più immediato che viene attribuito alla parola 'guerra' è quello di azione violenta, di impiego della forza, ma esso non va confuso con la nozione giuridica di guerra, cioè quella particolare situazione giuridica in cui viene lecito esercitare con forza esercitare con la forza i proprio diritti», M. CAPASSO, "Guerra Novissimo Digesto italiano", cit., pp. 51-52

Alla luce di questa evidente e spinosa complessità evolutiva da cui la natura della guerra ha assunto chiaramente recenti connotati, nuovi interrogativi sorgono spontaneamente. Quali sono le limitazioni che l'applicazione di tale istituto [guerra] incontra nel panorama internazionale degli ultimi decenni? Si può affermare che la nozione stessa di guerra ha subito, nel corso del tempo, un allargamento⁴⁷ tale da rispecchiare e ricomprendere il mutamento fattuale della condotta delle ostilità nella Comunità Internazionale?

Il rispondere a queste domande è essenziale per comprendere in che modo si delinea la partecipazione dello Stato italiano a tali conflitti. Laddove la nozione di guerra fosse capace di ricomprendere anche tali situazioni di fatto, ne conseguirebbe l'applicazione della disciplina costituzionale e legislativa riservata allo stato di guerra a tali ulteriori e originali cornici. Eppure, l'adeguamento dell'Italia al comportamento derubricato dallo stato di guerra, tipico anche delle altre Nazioni, risulta subito evidente. Invero, la stessa partecipazione dell'Italia a tali conflitti sembra far sorgere dei problemi di compatibilità col sopra menzionato articolo 11 Costituzione. Anche laddove non si ritenesse che tali ostilità possano configurarsi come 'guerre', la reale incidenza del rifiuto all'uso della forza come strumento di offesa dei popoli o di risoluzione delle controversie verrebbe in qualche modo eluso. A tal riguardo è, quindi, fondamentale chiedersi quale sia stata effettivamente questa partecipazione italiana ai conflitti e quanto essa sia effettivamente prassi regolare nella politica estera del nostro Stato.

2. La partecipazione dello stato italiano ai conflitti armati

Alla luce del principio enunciato ex art. 11 Costituzione si potrebbe pensare che la politica estera italiana sia sostanzialmente traducibile con un qualsiasi assenza del dispiegamento delle forze armate, come di fatto viene formalmente presentata. Eppure, l'intervento italiano, al di fuori dei confini della Repubblica, in contesti bellici, con operazioni e interventi militari, non è mai stato nascosto e viene, invero, generalmente annunciato.

La Repubblica ha preso parte a diversi conflitti, i quali hanno animato le vicissitudini della Comunità Internazionale, inviando delle proprie truppe all'estero. La partecipazione a queste operazioni internazionali risulta un fenomeno diffuso e spesso difficilmente conciliabile con i limiti del testo costituzionale⁴⁸.

Seppur, non attivando il meccanismo costituzionalmente e legislativamente sancito dello stato di guerra, l'Italia ha fatto uso della forza in relazione a delle dispute internazionali, come si avrà modo di analizzare a breve sinteticamente.

Tuttavia, pare ora essenziale fare una precisazione: la dicitura che la narrazione politica (e spesso giuridica) propone sembra assestarsi su una semplificazione di tale fenomeno. La presentazione della partecipazione e dell'adesione della Repubblica a

⁴⁷ In particolare, «dopo l'entrata in vigore della Carta delle Nazioni Unite, il termine guerra - come nozione giuridica - non viene cancellato. Ma accanto ad esso compare la nozione di conflitto armato ed ambedue i fenomeni vengono assunti come condizione di applicabilità di determinate convenzioni», N. RONZITTI, "Guerra", in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, R. SACCO (a cura di), Torino, 1993, p. 19

⁴⁸ «Le attività svolte dai militari all'estero sono un fenomeno plurale. Di fronte a questa varietà risulta molto chiara la difficoltà di inquadrare, dal punto di vista della Costituzione del 1948, queste attività. In particolare, già per le operazioni di imposizione della pace, quando i militari sono in una situazione di non stretta neutralità, devono intervenire per cercare di ottenere il cessate il fuoco, si pongono dei notevoli problemi di ordine costituzionale», G. CEVOLIN, "L'impiego di forze armate all'estero: profili", in *Convegno "Diritto e forze armate. Nuovi impegni"*, Padova, 2000, p. 3 ss. "disponibile su www.studiperlapace.it"

tali missioni sembra voler allontanare ogni dubbio circa un possibile coinvolgimento ad un conflitto armato...Ciononostante, sembra comunque opportuno riportare quali siano stati le operazioni cui lo Stato italiano ha preso parte.

2.1. Gli interventi militari italiani

È pacifico ritenere che la Repubblica non sia mai entrata in un conflitto diretto contro un altro Stato o un'Alleanza nemica dopo la Seconda Guerra Mondiale. Ciononostante, l'Italia ha dispiegato le proprie forze armate, sia terrestri sia aeree sia navali, al di fuori il proprio territorio sovrano. Un tale spostamento implica potenzialmente, dunque, un'interferenza con gli altri Stati.

In particolare, la prima missione militare italiana all'estero è riferibile a quella svoltasi in Somalia⁴⁹ (1950-1960), cominciata poco tempo dopo la fine dell'ultimo conflitto mondiale e l'entrata in vigore della Carta Repubblicana il primo gennaio del 1948. Indubbiamente, il principio di ripudio alla guerra era novizio in quanto recentemente ufficializzato, ma la questione somala denota in un primo momento le problematiche della presenza dell'esercito italiano al di là del Mediterraneo.

Ciononostante, questa missione militare risulta essere *sui generis*⁵⁰ rispetto alle più recenti, e conosciute, spedizioni militari all'estero degli ultimi anni.

Inoltre, questa operazione prevalentemente nazionale, apre la stagione all'interventismo militare italiano all'estero; questi si caratterizza, alla luce della nascita delle organizzazioni internazionali, specialmente con riguardo all'adesione dell'Italia al sistema delle Nazioni Unite. Per l'appunto, tale partecipazione ha assunto una crescente intensità in relazione alla gestione degli affari esteri della Repubblica, impiegando gradualmente, sia in termini di soldati che di mezzi, i contingenti militari italiani, che in relazione alla complessità delle missioni a cui ormai l'Italia partecipa regolarmente. Tale evoluzione è strettamente correlata all'impostazione assunta dalle nuove missioni umanitarie: se inizialmente queste si prefiggevano come obiettivo e come giustificazione il mantenimento della pace (missioni di *peace making*) o di costruzione della stessa (*peace building*), col tempo hanno travalicato questo iniziale obiettivo e oggetto, finendo per ricomprendere anche le situazioni di esecuzione e attuazione della pace (*peace enforcement*)⁵¹.

Alla luce anche dell'elevato numero⁵² di queste missioni all'estero⁵³, non si può che

⁴⁹ Informazione disponibile su "Il quadro delle missioni dell'Italia dal secondo dopoguerra ad oggi" riferibile alla XVI Legislatura, disponibile su www.camera.it. A seguito del Trattato di Parigi, la Repubblica si era impegnata a rinunciare al proprio dominio sulle proprie colonie. Un'eccezione era rappresentata dalla Somalia, che, fu affidata sotto Amministrazione Fiduciaria all'Italia (Afis) affinché sorvegliasse la transizione all'indipendenza del Paese. M. PANDOLFO, "La Somalia coloniale: una storia ai margini della memoria italiana", in *Diacronie (Studi di Storia Contemporanea)* 2013, par. 39-40, disponibile su www.journals.openedition.org

⁵⁰ Infatti, lo status della Somalia in quanto ex-colonia italiana e il tipo di compito affidato all'Italia caratterizza in maniera unica questa missione

⁵¹ G. CEVOLIN, "L'impiego di forze armate all'estero: profili in Convegno "Diritto e forze armate. Nuovi impegni", cit., p. 2-3

⁵² Secondo quanto riportato dal sito ufficiale della Camera dei deputati sopramenzionato, a conclusione della XVI Legislatura, il numero di tali operazioni corrisponderebbe a 120, con l'esclusione degli interventi del Corpo militare della Croce Rossa in Corea (1951-1955) ed in Congo (1960-1962). A queste bisogna aggiungere le più recenti missioni, le cui più importanti sono quelle che si avrà modo di analizzare con il Resoconto parlamentare del 2023 sulle missioni italiane all'estero, di cui si discuterà successivamente. Per ulteriori informazioni, si rimanda inoltre, al sito del Ministero della Difesa (Disponibile su www.ministerodelladifesa.it sez. "Operazioni militari")

⁵³ Per un approfondimento sulle missioni italiane all'estero, si consiglia la lettura del Rapporto collettivo "Le missioni internazionali" a cura Edoardo Greppi, Istituto per gli Studi di Politica Internazionale (ISPI) e Università

considerare discutibile il già più volte richiamato principio di ripudio alla guerra. Indubbiamente, tali operazioni non hanno assunto un livello di devastazione e violenza minimamente equiparabile alle guerre dell'Ottocento e Novecento; nondimeno, però, l'impiego dell'esercito e delle armi, tradizionalmente associato nell'immaginario allo scontro bellico, e il purtroppo elevato numero di vittime sia militari che civili, riapre la questione della qualificazione di tali missioni e, di conseguenza, del mutamento ontologico del *bellum*.

Inoltre, come già accennato in precedenza, l'utilizzo dell'esercito di uno Stato sembra in qualche modo mettere in crisi il concetto stesso di Stato laddove entra in gioco la questione del monopolio delle forze militari.

Infatti, delle missioni a cui lo Stato italiano ha preso parte, una cospicua parte⁵⁴ sono state promosse e condotte dalle organizzazioni internazionali (in specie Nazioni Unite, Patto Atlantico, Unione europea, Unione europea occidentale, Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa): una tale situazione è peculiare in comparazione con la visione tradizionale dell'uso della forza.

L'esercito è, invero, «l'organizzazione di uomini e di mezzi materiali, destinata ad assicurare con le armi, in via normale e primaria, la difesa esterna terrestre dello Stato; ed in via eventuale la tutela dell'ordine pubblico interno»⁵⁵. La definizione stessa delle forze armate ne evidenzia il suo carattere istituzionalizzato in quanto «organizzazione stabile e permanente nel quadro dell'ordinamento dello Stato»⁵⁶ poiché propriamente «forza armata dello Stato»⁵⁷: la gestione da parte di organizzazioni internazionali di queste missioni, spesso implicanti l'uso della forza, apre tutta una serie di perplessità rispetto a quanto l'esercito operi strettamente «per tutelare le istituzioni e le leggi nazionali»⁵⁸ e di conseguenza, rispetto alla premessa per cui l'esercito sia «istituto per difendere sino all'estremo l'onore e l'indipendenza della Patria»⁵⁹. L'esercito «non è solamente [...] un ente intrinseco ed estrinseco, ma piuttosto una forza organizzata per la più importante azione materiale del potere dello Stato, la guerra esterna»⁶⁰. Infatti, a capo di tale istituto, vista la sua «capacità d'uno Stato a tutelare i propri interessi»⁶¹, è posto il Presidente della Repubblica⁶², in quanto «Capo dello Stato»⁶³ e organo rappresentativo «[del]l'unità nazionale»⁶⁴, eletto per l'appunto dell'organo rappresentativo degli interessi⁶⁵ della cittadinanza⁶⁶.

degli Studi di Torino, con contributi di Francesco Costamagna, Ludovica Poli, Andrea Spagnolo, ISPI e Università degli Studi di Torino, Torino, 2010, p. 46 ss.

⁵⁴ In riferimento al già sopracitato Quadro delle missioni italiane all'estero disponibile sul sito ufficiale della Camera dei deputati è evidente la sproporzione delle missioni puramente nazionali in confronto con quelle delle organizzazioni internazionali. Sono 88 le missioni internazionali relative alle organizzazioni internazionali, che il sito ufficiale della Camera dei deputati riporta: nello specifico 34 dall'ONU, 24 dalla Nato, 22 dall'UE, 3 dall'UEO, 2 congiuntamente da Nato e UEO, 2 da OSCE, 1 da UE e UEO

⁵⁵ G. LANDI, "Esercito", in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, F. PIGA (a cura di), Milano, 1966, p. 600

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ A. MONTEROSSO, "Esercito", in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, R. SACCO (a cura di), Torino, 1991, p. 157

⁵⁸ *Relazione* del generale F. Landi in *Rassegna storica del Risorgimento*, 1960, p. 358 op. cit. G. LANDI, "Esercito", in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 600

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ A. BRUNIALTI, "Esercito", in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, P. S. MANCINI (a cura di), Milano, 1911, p. 59

⁶¹ *Id.*, p. 67

⁶² Art. 87 costituzione

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Propriamente il Parlamento cui spetta, ai sensi dell'Art. 70, la funzione legislativa, espressione della volontà generale riconosciuta già dall'Art. 6 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e del cittadino

Queste missioni, inoltre, impegnano ancora le forze armate della Repubblica. Sono 39 quelle ancora attive⁶⁷: tali operazioni sono la testimonianza di quanto l'uso delle forze armate sia ancora largamente accettato e presente nello scenario internazionale e dalle istituzioni repubblicane.

A riprova di ciò, fondamentale è, dunque, l'analisi del resoconto parlamentare del 2023 relativamente all' 'Autorizzazione e proroga delle missioni internazionali nel 2023', in quanto riflette quivi detto, ribadendo il coinvolgimento delle forze armate italiane all'estero.

2.2. Il resoconto parlamentare del 2023

La deliberazione del Consiglio dei ministri del 1° maggio del 2023, che autorizzava la protrazione delle precedenti missioni per l'anno corrente e determinava la partecipazione a quattro nuove missioni, è stata trasmessa ed esaminata dal Parlamento⁶⁸ in data 14 settembre 2023⁶⁹. Il dispiegamento delle forze armate coinvolge 11499 unità, gran parte in riferimento alle missioni in corso.

Nonostante il già elevato numero di unità impiegate, il Consiglio dei ministri ha dispiegato altre 153 unità per le nuove missioni: EUMAM Ucraina, EUBAM Libia, EUMPM Niger e la Missione bilaterale di supporto in Burkina Faso.

Tralasciando la missione in Libia⁷⁰ e Niger⁷¹, sembra opportuno soffermarsi sulle operazioni autorizzate in Ucraina e in Burkina Faso.

2.2.1. L'aiuto militare all'Ucraina

In data 22 febbraio 2022, la Federazione Russa ha intrapreso un'offensiva militare, invadendo il territorio ucraino e commettendo un illecito internazionale⁷². La

⁶⁶ Infatti, di regola, l'Art 83 Cost stabilisce che "Il Presidente della Repubblica è eletto dal Parlamento in seduta comune dei suoi membri"

⁶⁷ L'Italia è attualmente impegnata in 39 operazioni militari in 25 Paesi diversi. Disponibile su www.ministerodelladifesa.it sez. "Operazioni militari"

⁶⁸ Più precisamente, tale operazione è stata approvata prima in seduta dall'Assemblea del Senato in data 27 giugno 2023 e, poi dalla Camera dei deputati il 14 settembre 2023

⁶⁹ Per maggiori informazioni sull'iter procedurale si rimanda al sito ufficiale della Camera dei deputati - Politica estera e relazioni internazionali "Autorizzazione e proroga delle missioni internazionali nel 2023" disponibile su www.camera.it

⁷⁰ La missione Europea Union Border Assistance in Libia (EUBAM Libia) viene istituita dal Consiglio EU nel 2013 con il preciso obiettivo di aiutare le autorità libiche a rinforzare le strutture nazionali per il contenimento ed eliminazione della criminalità legata al traffico di essere umani, i flussi immigratori e al terrorismo. V. Provvedimento "Autorizzazione e proroga delle missioni internazionali nel 2023" in Documentazione Parlamentare, disponibile su www.camera.it

⁷¹ La missione EU European Union Military Partnership Mission in Niger (EUMPM Niger), approvata dal Consiglio EU nel dicembre 2022, impegna gli Stati membri ad adjuvare le forze armate nigeriane nella lotta contro i gruppi terroristici armati con lo scopo di proteggere la popolazione civile. Il sostegno delle truppe degli Stati EU si risolve essenzialmente, come si vedrà nel caso del Burkina Faso, in un compito di formazione specializzata a tal fine delle truppe nazionali. V. Provvedimento "Autorizzazione e proroga delle missioni internazionali nel 2023" in Documentazione Parlamentare (disponibile su www.camera.it)

⁷² A seguito della Seconda Guerra Mondiale, il divieto di non aggressione diventa un caposaldo dell'ordine internazionale. Infatti, «Now it seems to us that in a trial in which we seek to establish the principle juridically, as it has been established by treaties, conventions, and international custom, that the incitement of an aggressive war is a crime», *Trials of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Nuremberg, 14 novembre 1945-1 ottobre 1946. Tuttavia, alla luce di questa nuova invasione, commessa sul territorio del Vecchio Continente, tale divieto sembra essere stato compromesso. Alcuni, però, affermano che la forte reazione della Comunità Internazionale sia, senza dubbio, sinonimo di quanto invece questo divieto generale sia ancora un

reazione indignata della Comunità Internazionale è stata ben evidente, tanto da tradursi spesso sotto forma di veri e propri sostegni materiali per la difesa ucraina. Tra queste forme di assistenza rientra la missione istituita il 17 ottobre dello stesso anno dal Consiglio UE⁷³ per quanto concerne l'assistenza richiesta dall'Ucraina circa l'addestramento militare, sia individuale che collettivo, e il potenziamento delle forze armate ucraine per la difesa della popolazione civile. Tuttavia, tale missione si svolge a Bruxelles, quindi al di fuori del territorio dell'Ucraina, o sul territorio della Repubblica, per la durata del modulo di addestramento di cui è responsabile l'Italia. A tal riguardo, rileva la peculiarità della missione svolta dall'Italia, o più in generale dall'Unione europea: infatti «contribuire — seppure indirettamente — alle capacità di risposta militare, di carattere difensivo, dell'Ucraina, colloca probabilmente gli Stati occidentali in una posizione intermedia»⁷⁴ nel conflitto.

Questa, nella sua area di politica estera e sicurezza comune, ha assunto un ruolo sempre più invasivo nella gestione degli affari internazionali degli stati membri, istituendo un numero crescente di operazioni all'estero. Lo stesso articolo 42 (1)⁷⁵ TUE sottolinea, di fatto, l'importanza della politica dell'Unione, ormai pienamente proiettata nella rete internazionale, anche sotto il profilo della pace e sicurezza internazionale.

Oggetto di uno studio più dettagliato⁷⁶, rileva qua sottolineare la peculiarità di una tale azione esterna dell'UE e del suo rapporto con la discrezionalità sulla politica estera lasciata agli Stati membri, alla luce del principio del primato del diritto europeo su quello interno, cardine stesso del sistema EU.

2.2.2. Il caso del Burkina Faso

La missione bilaterale di supporto in Burkina Faso ha come obiettivo quello di “sviluppare e rafforzare le capacità di difesa e sicurezza delle forze armate del Burkina Faso”. Anche in questo caso la missione è relativa all'addestramento delle forze armate di uno Stato, a cui l'Italia promette aiuto nella fase di formazione e di supporto del *capacity building* dell'esercito Burkinabé.

La peculiarità in questo caso è l'obiettivo prefigurato dall'addestramento: le competenze attese dalle forze armate Burkinabé saranno indirizzate «al contrasto del fenomeno dei traffici illegali e delle minacce alla sicurezza», con particolare attenzione ai flussi migratori illegali e al terrorismo internazionale. Tali competenze attengono, di fatto, a questioni interne dello Stato in questione, quali sicurezza e

principio fondamentale del diritto internazionale. E. CHACKO, K. LINOS, “International law after Ukraine: introduction to the symposium”, in *Cambridge University Press* 2022, pp. 124-129

⁷³ La nuova missione EUMAM prevedeva un iniziale periodo di due anni a fronte dello stanziamento di 107 milioni di euro. Per quanto riguarda la politica estera e di sicurezza comune dell'UE (PESC), questa iniziativa riflette l'adesione dell'Unione «tradizionale impegno per il multilateralismo», nonché il consolidamento sempre più significativo dell'alleanza euro-atlantica. M. GNES, A. MAGLIARI, “Rassegne - Cronache Europee 2021-2022”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2023, pag. 1367 ss.

⁷⁴ F. PETRANGELI, “L'aggressione all'Ucraina da parte della Federazione Russa: una cronaca costituzionale tra Roma e Bruxelles”, in *Giurisprudenza costituzionale* 2023, p. 1216

⁷⁵ Tale articolo recita per l'appunto che «La politica di sicurezza e di difesa comune costituisce parte integrante della politica estera e di sicurezza comune. Essa assicura che l'Unione disponga di una capacità operativa ricorrendo a mezzi civili e militari. L'Unione può avvalersi di tali mezzi in missioni al suo esterno per garantire il mantenimento della pace, la prevenzione dei conflitti e il rafforzamento della sicurezza internazionale, conformemente ai principi della Carta delle Nazioni Unite. L'esecuzione di tali compiti si basa sulle capacità fornite dagli Stati membri»

⁷⁶ In dettaglio paragrafo 3 Capitolo Quinto

controllo delle frontiere, e non dispute che potrebbero minare la stabilità della pace internazionale. Questo potenziamento, operato da uno Stato terzo, delle capacità di gestione del territorio è peculiarmente bizzarro se in relazione alla nozione di Stato, in quanto definito propriamente dal suo controllo su un territorio⁷⁷.

L'arte di 'usare la forza' diventa parte di un mestiere, un'arte che diviene oggetto di accordi fra Stati. L'addestramento delle proprie truppe viene demandato all'esercito di un altro Stato, e la cooperazione e collaborazione dei due eserciti diventa cruciale per lo sviluppo di quello Burkinabé. Questo accordo denota la tendenza degli Stati di essere sempre più coinvolti nelle dinamiche, anche interne, gli uni degli altri, nonché l'indebolimento stesso della figura dello Stato-sovrano quale ente 'diffidente' verso altri Stati e, in generale, nei confronti della Comunità Internazionale.

Nodo fondamentale riguardo a questo coinvolgimento risulta l'eventuale limitazione secondo il principio dell'articolo 11, laddove questo agisca anche se, effettivamente, le forze armate italiane non usino direttamente le armi, ma si occupino semplicemente dell'addestramento delle truppe straniere affinché usino legittimamente la forza sul proprio territorio.

Infatti, laddove si ammettesse che l'uso della forza sia strettamente legato all'uso da parte di una Nazione delle proprie forze armate, ne conseguirebbe che l'utilizzo della forza si declina oramai in molti più modelli di quanto facesse un tempo.

Indipendentemente dalla missione in Burkina Faso, tra l'altro, sorge un altro interrogativo: la conformità del dettato costituzionale è compromessa laddove la Repubblica non partecipi direttamente alle ostilità, o non abbia nessun contatto diretto con le forze armate di Stati terzi; ma fornisca gli strumenti della guerra, vale a dire le armi⁷⁸. Questo è un caso⁷⁹, che per l'appunto, ripropone la difficoltà nell'individuazione del fenomeno, provando quanto sia labile la certezza della non bellicosità dell'azione italiana in contesti internazionali: nonostante tale difficile negazione, tuttavia, l'attivazione, e conseguentemente l'attuazione, del meccanismo costituzionale dello stato di guerra in queste operazioni non si è mai verificata.

In tal senso, è fondamentale comprendere quale sia, invero, il paradigma costituzionale, completato dalla disciplina normativa, per comprendere in che modo il binomio guerra-fatto e guerra-istituto sia stato inizialmente pensato: dall'analisi di tale rapporto, finora forse elusivo delle regole del nostro ordinamento, ne deriverebbe un'estensione dell'applicabilità dello 'stato di guerra', ancora ad oggi disattesa.

Difatti, la mancata attuazione di un qualunque modello di 'stato di guerra' è peculiare, in quanto proprio attraverso quest'ultimo si concretizza il superamento della dimensione del conflitto come conflitto di fatto, avulso dalla logica giuridica di regolarizzazione⁸⁰.

⁷⁷ E. TOSATO, "Stato (dir. Cost.) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 763 ss.

⁷⁸ Si veda per esempio il caso dello Yemen già denunciato da Amnesty international ("Stop alle armi italiane in Yemen- Amnesty International Italia", disponibile su www.amnesty.it) e Save the Children ("Stop all'esportazione di armi italiane usate contro i bambini in Yemen- Save the Children", disponibile su www.savethechildren.it)

⁷⁹ Una simile ipotesi non è poco frequente ed è disciplinata nel nostro ordinamento dalla legge del 9 luglio 1990, n. 185 concernente "nuove norme sul controllo dell'esportazione, importazione e transito dei materiali di armamento". Singolare come dalla lettura dello stesso articolo 1 della suddetta legge venga richiamata la necessità di conformità dei parametri costituzionali, fra cui quindi l'art. 11. Nonostante lo stesso principio di ripudio alla guerra venga evidenziato, l'oggetto di tale normativa può porsi in contraddizione con un tale criterio

⁸⁰ Questi è fondamentale in quanto «lo guerra-fatto si trasforma in guerra-diritto proprio ad opera dello stato di guerra», G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 834

CAPITOLO PRIMO

LA PREVISIONE COSTITUZIONALE DELLO STATO DI GUERRA

SOMMARIO: 1. L'idea dello stato di guerra dei Padri Costituenti – 2. L'analisi testuale dell'articolo 78 - 2.1. “*Le camere deliberano lo stato di guerra*” - 2.1.1. La mancata definizione costituzionale dello stato di guerra - 2.1.2. I profili problematici della maggioranza richiesta - 2.2. Le camere “*conferiscono al Governo i poteri necessari*” - 2.2.1. Il conferimento di poteri al Governo - 2.2.2. La questione dei poteri necessari - 2.2.3. La mancata limitazione dei poteri necessari

1. L'idea dello stato di guerra dei Padri Costituenti

Per comprendere quali siano stati gli elementi che hanno determinato la mancata attuazione del modello costituzionale dello stato di guerra ad oggi, facendo particolare riferimento alla gestione delle operazioni militari precedentemente esposta, è essenziale porsi un interrogativo: qual è, in primo luogo, il paradigma che la norma fondamentale stabilisce per la direzione di eventuali minacce alla Repubblica? La mancata attivazione del modello in questione dipende da caratteristiche insite nello stesso modello ex art. 78, le quali non sono più adatte e consone a fronteggiare l'evoluzione della dimensione fenomenica del *bellum* stesso? Può questo modello essere considerato superato alla luce degli sviluppi della gestione delle controversie nel contesto internazionale?

Per ultimo, una riflessione sorge spontanea: il problema legato all'istituzionalizzazione del fenomeno in questione, oltre ad essere attribuibile alle insufficienze di un modello ‘arcaico’, è scaturito dalla presentazione della guerra odierna come situazione di fatto, piuttosto che di diritto. Si rammenta, infatti, che la previsione costituzionale dello stato di guerra è propriamente atta a garantire l'inquadramento del fenomeno bellico dal ‘metagiuridico’ in una dimensione di legalità, qualora il paradigma in questione sia rispettato ed attivato¹, e laddove si riconoscano norme e procedure specifiche per lo stesso², tramite le quali la guerra-fatto apparentemente si trasforma in guerra-diritto³.

Il modello costituzionale dello ‘stato di guerra’ è alquanto scarno, privo di dettagliate regole da rispettare. Infatti, tale paradigma si limita a distinguere due momenti

¹ G. BASCHIERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA, C. GIANNASTASIO, *La costituzione italiana. Commento analitico*, Firenze, 1949, p. 306 ss.

² Indipendentemente dall'evoluzioni della prassi più recente, con particolare riguardo per gli avvenimenti della Seconda Guerra Mondiale, lo stato di guerra «comporta notevoli conseguenze giuridiche; sia sul piano internazionale [...]; sia di ordine interno (applicazione della legge di guerra; rapporti giuridici dello Stato con i cittadini nemici; entrata in vigore del codice penale militare di guerra, ecc.), e con conseguenze anche di portata costituzionale (cfr. ad esempio, art. 60, per la proroga della durata delle Camere [...])», *ibid.*, p. 308

³ Questi aspetti sono già stati delineati nel Capitolo Introduttivo

precipui dello stato di guerra, vale a dire la sua deliberazione e la sua successiva dichiarazione, per poi stabilire a quale organo dello Stato, ovviamente all'interno dell'ordinamento italiano, spetta il ruolo di provvedere a questi compiti: in particolare nel primo caso la funzione decisionale è assegnata alle Camere, nel secondo, vale a dire il momento enunciativo, al Presidente della Repubblica. Eppure, per comprendere questa bipartizione di istituti (deliberazione e dichiarazione) e di organi competenti, è necessario analizzare l'evoluzione dello stato bellico in Italia.

In particolare, ai fini dell'analisi qui condotta, si tiene in considerazione esclusivamente il conflitto armato internazionale, volutamente tralasciando il conflitto armato non internazionale, comunemente conosciuto come 'guerra civile'⁴.

Difatti, adoperando la distinzione dicotomica del *bellum* sia in quanto situazione di diritto, che come situazione di fatto, verrà più avanti effettuato⁵ un confronto con lo scenario internazionale, e si analizzerà in generale quale sia la prassi effettiva degli Stati, per comprendere, per l'appunto, quanto la dimensione ontologica della guerra sia ad oggi configurata come circostanza di fatto, estranea alla logica giuridico-istituzionale che invece era principalmente insita nella sua natura fino al secolo precedente. Concentrandosi, dunque, soltanto sul conflitto internazionale, è possibile comprendere realmente come e se il cambiamento ontologico del *bellum* abbia occasionato il fallimento del modello costituzionale italiano, o forse, più in generale, di un qualsiasi paradigma che vuole rientrare nell'alveo della logica giuridico-istituzionale.

Lo stato di guerra non è un istituto giuridico nuovo per la Penisola, tanto da affondare le sue radici in un'epoca antecedente alla nascita della stessa Repubblica⁶.

Già a suo tempo, lo Statuto Albertino specificava al suo Articolo 5 che «Al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il Capo Supremo dello Stato: comanda tutte le forze di terra e di mare; dichiara la guerra». Dapprima norma applicata limitatamente al Regno dei Savoia, in seguito alla nascita dello Stato italiano, la Carta costituzionale sabauda, e di conseguenza la stessa previsione qui precisata sullo stato bellico, è stata estesa a tutto il Regno d'Italia.

Dopo il 1848 questa disciplina è stata ampliata dalla legislazione primaria. Precisamente, oltre a questa norma, lo stato di guerra era regolamentato da alcuni

⁴ In generale sulla distinzione G. MOTZO, "Assedio (stato di)", in *Enciclopedia del diritto*, F. CALASSO (a cura di), Milano, 1958, p. 250 ss. Infatti, pur presentando delle caratteristiche simili, i due stati eccezionali differiscono in alcuni aspetti fondamentali. In particolare, «secondo la precisa definizione del codice penale per l'esercito (art. 246 e 247), lo stato di guerra è la condizione in cui trovasi una parte del territorio nazionale che sia 'invasa' da 'truppe nemiche' ovvero che abbia le truppe nemiche 'a distanza minore di tre giorni ordinari di marcia' [...] Adunque la pretesa identità giuridica dello stato d'assedio con lo stato di guerra non è punto scritta nelle nostre leggi; e ben a ragione, poiché le due cose differiscono sensibilmente. Nella guerra è tutto lo Stato, che si oppone con ogni sua forza alle forze dello Stato avversario. Tutto allora si subordina alle supreme necessità militari; la vita civile si arresta; sul comandante supremo aggrava l'immensa responsabilità d'operazioni da cui può dipendere la sorte dell'intero paese, e l'urgenza e la rapidità delle mosse non consentono, anche potendolo, ch'egli si riferisca al giudizio dei governanti lontani [...] Altra invece è la condizione delle cose in tempo di torbidi interni. Allora le operazioni non si rivolgono contro truppe nemiche, ma contro cittadini traviati; la situazione da fronteggiare è politica, prima assai che guerresca», F. RACIOPPI, "Lo stato d'assedio e i tribunali di guerra", in *Giornale degli economisti* 1898, pp. 139-140

⁵ L'analisi sul punto verrà ripresa nel Capitolo Quinto

⁶ In generale, lo stato di guerra, spesso concretizzato anche nell'istituto dello stato d'assedio, si caratterizzava dal fatto che «l'emergenza non veniva più considerata esistente al verificarsi di determinate circostanze di fatto, ma doveva anche essa venir 'proclamata' (portata a conoscenza della popolazione), senza tuttavia particolari modalità di deliberazione», G. MOTZO, "Assedio (stato di)" in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 251. Inoltre, anche l'istituto dello stato di pericolo pubblico, disciplinato dapprima dal T.U. del 6 novembre 1926, n. 1848 delle leggi di pubblica sicurezza, successivamente sostituito con il T.U. del 18 giugno 1931 n. 773, presenta delle similitudini con lo 'stato di guerra' come la concentrazione di tutti i poteri riguardanti la salvaguardia dell'ordine pubblico nelle mani delle autorità militari, S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933, p. 284

articoli del R.D. del 28 novembre 1869, n. 5378 (più comunemente conosciuto come Codice penale per l'esercito), specificamente dagli articoli 243-251, per quanto riguarda gli effetti della dichiarazione dello stato di guerra, e dagli articoli 540-547 e 574, per quanto riguarda la giurisdizione speciale e la competenza dei tribunali militari.

Nonostante la presenza di una norma di carattere organizzativo nello Statuto, «nessuna disposizione statutaria chiariva, in termini espliciti, a chi spettasse lo *ius ad bellum*, cioè la deliberazione dello stato di guerra»⁷. Tale deliberazione era il presupposto sia dal punto di vista logico sia da quello temporale della dichiarazione di guerra⁸: la mancata indicazione, da parte dello Statuto, delle modalità attraverso le quali tale provvedimento dovesse essere approvato o, ancor prima, a chi spettasse il compito di deliberare l'entrata in guerra, era quindi altamente problematica.

Inoltre, l'art. 5 Statuto presentava un inconveniente: la titolarità del potere di dichiarare l'inizio del conflitto era esclusivamente nelle mani del Re, in quanto capo dell'Esecutivo⁹, e tale prerogativa poteva essere esercitata in maniera altamente discrezionale¹⁰, considerando che per il capo di Stato l'unico limite procedurale posto in essere dalla disposizione statutaria era relativo, per l'appunto, all'obbligo di comunicazione¹¹ alle Assemblee rappresentative, vincolo tuttavia derogabile, per non dire in realtà circoscrivibile, in quanto poteva non essere rispettato laddove tale annuncio potesse compromettere l'interesse e la sicurezza dello Stato¹².

Un tale ampio, se non purtroppo, spesso assoluto, potere si giustificava in virtù del fatto che «non si dubitò [...] che la potestà decisionale in ordine alla guerra rientrasse fra le competenze governative»¹³: la competenza impareggiabile del Re in materia era ben salda, tanto che quest'ultimo poteva essere pacificamente considerato «arbitro della scelta tra pace e guerra»¹⁴.

La prassi prerепubblicana, sulla scia di quanto stabilito nello Statuto, riconfermava la centralità dell'Esecutivo¹⁵ nell'intraprendere e dichiarare l'inizio delle ostilità, a

⁷ A. VEDASCHI, «Articolo 78», in *La Costituzione italiana: commento articolo per articolo*, F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. ENEA VIGEVANI (a cura di), Bologna, 2018, p. 133

⁸ *Ibid.*

⁹ La confusione nel parlare del Potere Esecutivo deriva da una dualità funzionale presente nel Regno d'Italia. Il potere esecutivo era ripartito tra il Primo Ministro, scelto dal Re, e il Capo di Stato che esercitava attività di governo. Infatti, in questo articolo, come in generale, secondo l'ordinamento giuridico del tempo, la funzione esecutiva, come per la funzione legislativa, si adoperava secondo due accezioni diverse: la prima designa l'organo di Governo per indicare funzione di *governo stretto*; l'altra, invece, indica la potestà di operare per casi concreti entro i limiti del diritto, ma comunque in maniera discrezionale. F. RACCIOLI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, p. 238

¹⁰ «La guerra, come le nomine dei ministri militari, era nel cessato ordinamento prerogativa regia, di cui il re ed il suo governo abusarono ampiamente nel corso della storia», G. FERRARI, «Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto», cit., p. 839

¹¹ Si noti che l'obbligo ex art. 5 era solo relativo ad una 'comunicazione' e non quindi 'd'informazione' o 'di consultazione', sminuendo senza dubbio il ruolo delle Camere

¹² Art. 5 Statuto Albertino. Non manca sottolineare che questo grave rischio per l'interesse e la sicurezza nazionale era in realtà deciso da colui che deliberava lo stato di guerra, che quindi poteva decidere di non comunicare alle Camere la sua decisione laddove egli stesso ritenesse che potesse pregiudicare l'integrità dello Stato

¹³ G. FERRARI, «Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto», cit., p. 818

¹⁴ *Id.*, p. 821

¹⁵ «Ecco quindi che i mesi di neutralità fornirono *in nuce* il paradigma della legislazione di guerra: marginalizzazione del Parlamento con conseguente centralità dell'esecutivo, superamento di tutte le norme di garanzia, che servivano da contrappesi al governo e ingerenza statale anche nella sfera personale e dei diritti dei cittadini», G. FRANCISCI, «Pieni poteri e legislazione di guerra», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2014, p. 946

discapito delle Camere¹⁶, a cui era affidato il compito, solamente in un secondo momento, dunque dopo la decisione incontrollabile¹⁷ del Governo, di coprire i costi delle campagne militari, non avendo una reale scelta se non approvare le spese belliche sostenute¹⁸.

L'indiscussa assegnazione del potere di gestire l'emergenza bellica al potere Esecutivo¹⁹ è ravvisabile se si analizzano alcune delle guerre a cui il Regno d'Italia ha preso parte. L'indifferenza che il capo dell'Esecutivo dimostrava verso il Parlamento riscontra anche nella prassi con cui l'azione bellica veniva intrapresa.

Lo stato di guerra veniva deliberato e dichiarato dal Monarca con modalità senz'altro autoreferenziali: spesso, se non sempre, mancava la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale o nella Raccolta Ufficiale delle leggi e dei decreti dell'atto formale della deliberazione dello stato di guerra²⁰, «nonostante il suo valore di suprema decisione politica»²¹, e la conseguente (anche se i due istituti ancora si confondevano a quei tempi) dichiarazione dello stato di guerra veniva annunciata spesso in modi senz'altro discutibili²². Il momento decisivo e quello dichiarativo coincidevano nella volontà del Monarca, e l'ufficialità della pubblicità, e dunque l'iscrizione della decisione in una 'procedura legalizzata', veniva spesso a mancare.

Medesima problematica veniva riproposta anche dal Codice penale per l'esercito, il quale si limitava a stabilire che in caso di volontà di partecipare ad un conflitto «lo stato di guerra e la cessazione di esso saranno dichiarati con decreto reale»²³. Inoltre, il fatto che anche la fine della partecipazione alle ostilità, vale a dire la dichiarazione della cessazione dello stato di guerra, veniva lasciata alla discrezionalità del Monarca, o più generalmente dell'Esecutivo, ribadisce quanto questo istituto, in quanto strumento della *policy* del Regno e/o del Monarca, fosse estraneo a un effettivo scrutinio da parte dei 'rappresentanti della Nazione'.

¹⁶ «Inoltre, sollevandolo [il Re] dall'obbligo di informare integralmente le Camere, poneva le premesse per una politica regia indipendente da quella ufficiale del governo», R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, 2002, p. 41

¹⁷ «Il Governo in pratica è stato sempre più incontrollato in quella che è la sua tipica responsabilità verso le Camere, cioè per quanto riguarda i bilanci consuntivi, il che vuol dire che il Parlamento ha praticamente rinunziato alla sua precipua funzione, al suo tipico dovere, abdicando al controllo finanziario. Infatti i consuntivi 1905-1906 sono stati approvati con la legge 27 giugno 1909, n. 385; quelli dal 1906 al 1911 in blocco con la legge 14 marzo 1913; quelli del 1910-11 con la legge 19 giugno 1913; quello del 1911-12 con la legge 21 dicembre 1912; e tutti in blocco quelli dal 1912 al 1918, soltanto nel 1922. Il 21 dicembre del 1921 disse alla Camera l'allora Ministro del tesoro onorevole De Nava, parlando per l'esercizio provvisorio: 'Mi sia lecito constatare che colla giornata di oggi, discutendosi il bilancio del tesoro, tutti i bilanci sono pronti. E questo fatto, lasciatemelo dire, non si era verificato da parecchi anni, anche prima della guerra'. E poi? Poi venne il fascismo!», Intervento del 11 settembre 1947 dell'On. Clerici in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 29 luglio 1947 al 30 ottobre 1947", Camera dei deputati-Segretario generale, Roma, 1970, p. 2801

¹⁸ A. VEDASCHI, "Articolo 78 in La Costituzione italiana: commento articolo per articolo", cit., p. 133

¹⁹ In particolare, in riferimento ai poteri riconosciuti al Re. Questi indicato quale 'il capo supremo dello Stato', aveva, ai sensi dell'art. 5 Statuto, il comando delle armate di terra e mare. Infatti, «durante le emergenze belliche, la centralità dell'articolo 5 fu ulteriormente rafforzata dal conferimento al re di una delega legislativa a spettro ampio, mediante la quale il Parlamento aveva attribuito al sovrano 'tutti i poteri legislativi ed esecutivi', su proposta degli stessi ministri responsabili. Il regime dei pieni poteri caratterizza il sistema istituzionale sardo-italiano dalla concessione dello Statuto alla caduta del governo Facta (1922) in modo divergente rispetto alla tradizionale configurazione del governo parlamentare», R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, cit., p. 42

²⁰ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 818

²¹ *Ibid.*

²² Relativamente alla guerra di Crimea, lo stato di guerra venne decretato sostanzialmente da una circolare: la lacunosità dell'ufficialità della dichiarazione determinò una certa confusione tanto che in un documento del 5 febbraio 1855, lo Zar affermò «croit devoir déclarer la paix comme rompue, de fait et de droit», M. DE MARTENS (continuazione C. SAMWER), *Nouveau Recueil Général des Traités*, Gottinga, 1857, p. 565

²³ Art. 243 D.R. del 28 novembre 1869 n. 5378

Senz'altro la *ratio* di un tal sistema cozzava con la natura liberale del Regno d'Italia, visto che si basava sul fatto che «la rappresentanza nazionale non *delibera*[va] la guerra»²⁴; scelta giustificata perché si partiva dall'assunto per cui «il diritto di guerra [appartiene] al Re, col consiglio e l'assenso dei ministri»²⁵. La mera illusione che questo sia «sotto controllo del Parlamento»²⁶, e di conseguenza risponda alla Nazione, secondo lo schema della fiducia del Parlamento, si basava sulla velleità per cui era quest'ultimo che «regola[va] la durata e l'intensità»²⁷ del conflitto «mostrandosi liberale o avara nel concedere i mezzi occorrenti»²⁸.

L'indifferenza del Monarca nei confronti delle Camere non si esauriva in riferimento a questo primo momento iniziale della gestione dell'emergenza bellica, ma si protraeva per tutta la durata delle ostilità. Infatti, molto spesso la superiorità dell'Esecutivo sul Legislativo non si limitava al Capo dello Stato, ma coinvolgeva anche l'organo di Governo, le cui competenze venivano indubbiamente ampliate, compromettendo, tra le altre cose, il rapporto fiduciario con le Camere²⁹. In caso di stato di guerra, i poteri che venivano conferiti al Governo travalicavano le normali prerogative riconosciute in tempo di pace. Prova ne fu la gestione dello stato di guerra in occasione della prima guerra di indipendenza del Regno di Sardegna con la legge del 2 agosto 1848, n. 759 nel suo Articolo Unico, il quale stabiliva di fatto il trasferimento dei pieni poteri al Governo³⁰. L'attribuzione così ampia dei compiti riconosciuta all'Esecutivo è stata poi riproposta con la legge del 25 aprile 1859 n. 750 che all'art. 1 ribadiva che, in nome della difesa della Patria, il Re veniva investito sia della funzione legislativa che esecutiva³¹. Nonostante il parziale scombussolamento della normale suddivisione tra due dei tre principali poteri statali, l'art. 2 sottolineava che le istituzioni costituzionali di uno Stato dovevano essere preservate³².

La consueta preminenza dell'Esecutivo sul Parlamento è lampante³³ anche studiando l'iter procedurale della dichiarazione di partecipazione dello Stato italiano al Primo

²⁴ F. RACCIOLI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., p. 260

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Non si può negare che «Il Governo, che faceva tutt'uno con il re, non era più responsabile dinanzi al Parlamento, e la preclusione di ogni intervento di questo in ordine alla deliberazione dello stato di guerra, comportando il pieno misconoscimento della volontà popolare, restituiva il perduto smalto alla concezione della guerra come fatto che riguardava soltanto il (governo del) re». Una tale osservazione, come sottolinea Giuseppe Ferrari, non può che non portare alla conclusione che «non appare più possibile parlare di rapporto fiduciario» tra gli stessi, G. FERRARI, «Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto», cit., p. 821

³⁰ L'art. unico stabiliva che «Il Governo del Re è investito durante l'attuale guerra della indipendenza di tutti i poteri legislativi ed esecutivi: e potrà quindi per semplici Decreti Reali e sotto le responsabilità Ministeriale, salve le istituzioni costituzionali, fare tutti gli atti che saranno necessari per la difesa della patria, e delle Nostre istituzioni. I Ministri Segretari di Stato sono incaricati caduno, nella parte che lo riguarda dell'esecuzione della presente legge che sarà pubblicata ed inserita negli Atti del Governo»

³¹ «In caso di guerra con l'Impero d'Austria e durante la medesima il Re sarà investito di tutti i poteri legislativi ed esecutivi, e potrà, sotto la responsabilità ministeriale, fare per semplici decreti reali tutti gli atti necessari alla difesa della patria e delle nostre istituzioni» Art. 1 della sopramenzionata legge

³² «Rimanendo intangibili le istituzioni costituzionali, il Governo del Re avrà la facoltà d'emanare disposizioni per limitare provvisoriamente durante la guerra la libertà di stampa e la libertà individuale», Art. 2 della legge sopracitata

³³ «Nel 1915, alla vigilia della nostra entrata in guerra, il 22 del mese di maggio fu deferita al Governo una così ampia facoltà legislativa, che praticamente si può affermare aver da allora tutti i Governi legiferato senza controllo parlamentare. È questo un fatto storico, che non si potrà rimproverare ad alcuno, ma che è incontestabile e che perciò s'impone alla nostra meditazione», Intervento del 11 settembre 1947 dell'On. Clerici in «La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 29 luglio 1947 al 30 ottobre 1947», Camera dei deputati-Segretario generale, cit., p. 2801

Conflitto Mondiale: qui, addirittura, la legislazione bellica si è spinta oltre, tanto da arrivare a riconoscere un'invasione da parte del Governo³⁴ di una delle tipiche, e intangibili, prerogative dell'Assemblea rappresentativa, vale a dire la questione del bilancio di Stato. Di chiara tradizione anglosassone³⁵, passando per le più convinte rivendicazioni delle due Rivoluzioni del XVII secolo, la materia dell'approvazione delle spese pubbliche era di competenza parlamentare. Eppure, il potere riconosciuto al Re, che «ha facoltà, in caso di guerra e durante la guerra medesima, di emanare disposizioni aventi valore di legge per quanto sia richiesto dalla difesa dello Stato, dalla tutela dell'ordine pubblico e da urgenti o straordinari bisogni della economia nazionale»³⁶, ha ricompreso anche la possibilità di «ordinare le spese necessarie e di provvedere con mezzi straordinari ai bisogni del tesoro»³⁷, esercitando nell'evenienza anche i bilanci non approvati nel biennio 1915-1916³⁸. Il controllo del Parlamento era meramente 'di facciata' risolvendosi quasi sempre in un'approvazione in sede politica dell'operato dell'Esecutivo, ribadendo la tendenza ad esautorare il Legislativo stesso della sua stessa funzione, tramite la prassi dei decreti di stato d'assedio³⁹.

Col ventennio fascista, l'inarrestabile prevaricazione dell'Esecutivo⁴⁰ dapprima sul Parlamento, permessa anche dalla flessibilità dello Statuto⁴¹, e poi sullo stesso Capo di Stato, ha, ovviamente, riguardato anche la gestione del paese durante lo stato di guerra⁴². Nonostante ciò, per quanto concerne l'ordinamento giuridico sussistente durante il fascismo, il rovesciamento e la discontinuità dell'ordine politico rispetto al precedente 'regime', non si sono manifestati con evidenza sul piano della legalità, non coinvolgendo eccessivamente il sistema delle fonti del diritto⁴³, e non mancando di riconoscere, seppur fintamente⁴⁴, allo Statuto Albertino, di impronta liberale

³⁴ A dir al vero, in caso di guerra, come in caso di situazioni delicate, bisogna distinguere tra l'Esecutivo (vale a dire Primo ministro e consiglio dei Ministri) e il Gabinetto dei ministri. In merito a questa distinzione, l'On. E. Clerici rammenta «si dovrà cioè stabilire anche in Italia un Gabinetto, accanto, o, per dir meglio in seno al Consiglio dei Ministri come è praticato stabilmente in Inghilterra, e di quando in quando in Francia, come lo fu in Francia, e nel Belgio e in Italia durante la guerra del 1914-1918», Intervento del 11 settembre 1947 dell'On. Clerici in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 29 luglio 1947 al 30 ottobre 1947", Camera dei deputati-Segretario generale, cit., p. 2793

³⁵ Si ricordi il famoso «no taxation without representation»

³⁶ Art. Unico della legge del 22 maggio 1915, n. 671 (Riflettente il conferimento al Governo del Re di poteri straordinari in caso di guerra)

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Nel dettaglio si rimanda all'analisi dello stato d'assedio presente in G. MOTZO, "Le situazioni di emergenza e di grave necessità pubblica", in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Milano, 1967, pp. 567-591

⁴⁰ «La seconda [linee della storia costituzionale e giuridica italiana che coesistono nel sistema giuridico fascista] è linea di continuità: giustamente accentuata [...] sul nesso che legale istituzioni fasciste a quelle prefasciste [...] si intreccia e converge [...] permettendo di rilevare (analogamente a quanto avviene sul piano politico, sociologico, economico) quanto il fascismo abbia trovato una anticipazione», U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Lo stato liberale. Il regime fascista*, Cagliari, 1983, p. 314

⁴¹ M. MACCHIA, "Le 'instabili' fondamenta del bicameralismo costituzionale", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2018, p. 233 ss.

⁴² «Ad esempio è parso sintomatico rilevare, nel corso dell'evoluzione costituzionale italiana, come alla vigilia dell'ultimo conflitto mondiale il Governo fascista non avesse sentito l'esigenza di richiedere l'approvazione di una legge per il conferimento di attribuzioni eccezionali, simili a quelle votate dal Parlamento in occasione delle guerre anteriori», P. GRASSO, "Pieni poteri", in *Novissimo Digesto italiano*, A. AZARA, E. EULA (a cura di), Torino, 1966, p. 66

⁴³ U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Lo stato liberale. Il regime fascista*, cit., p. 319

⁴⁴ U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, 2014, p. 79 ss.

all'indomani della 'grande evoluzione subita dal costituzionalismo europeo'⁴⁵ nel corso dell'Ottocento, lo status di «fonte più importante»⁴⁶.

Ancorché la legge 31 gennaio 1926, n. 100 abbia delineato i rapporti tra Legislativo ed Esecutivo stabilendo che la delegazione dei pieni poteri a quest'ultimo dovesse essere limitata o nei tempi o nei contenuti, circoscrivendone dunque la portata⁴⁷, la medesima legge non fa espressamente riferimento allo stato bellico. Tuttavia, una possibile lettura estensiva dell'articolo 3 della stessa legge, tesa a ricomprendere anche la legislazione in tempo di guerra, pare plausibile. Laddove si stabilisce che «il giudizio sulla necessità e sull'urgenza non è soggetto ad altro controllo che a quello politico del Parlamento»⁴⁸, la qualificazione di situazione d'urgenza può far rientrare in questa casistica lo stato di guerra qualora il Parlamento lo ritenga opportuno. In realtà, la ricomprensione dello stato di guerra in queste ipotesi non è necessaria, alla luce del carattere eccezionale che da sempre ha contraddistinto il fenomeno bellico, ma accerta una chiara 'prepotenza' governativa nel sovvertire l'equilibrio fra gli organi dello Stato⁴⁹.

Ciononostante, il D.R. 18 giugno 1931 n.773 (Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), in pieno periodo fascista, ha stabilito che

«qualora sia necessario affidare all'autorità militare la tutela dell'ordine pubblico, il Ministro dell'interno, con l'assenso del Capo del Governo, o i prefetti, per delegazione, possono dichiarare, con decreto, lo stato di guerra. [...] La facoltà di emanare ordinanze spetta all'autorità che ha il comando delle forze militari»⁵⁰.

L'allargamento delle prerogative del Primo Ministro, a questo punto, è evidente se si analizza la normativa statutaria iniziale dell'articolo 5 sotto il profilo di chi sia competente a dichiarare lo stato di guerra. Infatti, l'ambiguità dell'individuazione del soggetto competente di una tale funzione rimane inevitabilmente una realtà di fatto.

Non è un caso, tra l'altro, che una più organica normativa concernente la struttura dello stato di guerra sia stata emanata in questo periodo: il R.G. del 8 luglio 1938 n. 1415 (anche conosciuto come 'Testi della legge di guerra e della legge di neutralità'), entrato in vigore solo un anno prima dell'invasione tedesca della Polonia ed efficace ancora ad oggi⁵¹, si è, invero, occupato di cercare di dare maggiori

⁴⁵ C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1994*, Roma, 2002, p. 25 ss.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ «Con decreto Reale, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, possono emanarsi norme aventi forza di legge: 1° quando il Governo sia a ciò delegato da una legge ed entro i limiti della delegazione; 2° nei casi straordinari, nei quali ragioni di urgente ed assoluta necessità lo richiedano», Art. 3 della legge del 31 gennaio 1926, n. 100. In linea generale, il periodo fascista ha visto un maggiore delegazione a favore dell'Esecutivo sotto diversi profili; basti ricordare la legge del 3 dicembre 1922, n. 1601 sul riordinamento del sistema tributario e della pubblica amministrazione del regno che venne interpretata in maniera estensiva anche per quanto riguarda l'ordinamento giudiziario e scolastico e la legge del 13 dicembre 1928, n. 2832. O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1937, pp. 364-366

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ «La legge n.100 del 1926, stabilendo una disciplina generale nel quadro della flessibilità della fonte statutaria, cambiò radicalmente la prospettiva e fornì alla decretazione d'urgenza il fondamento normativo che non aveva. Si trattava di una attribuzione molto ampia dell'esercizio del potere legislativo al Governo», M. CAVINO, «I poteri normativi del Governo nel Regno d'Italia», in *Federalismi.it* 2020, p. 173

⁵⁰ Art. 217 della sopra menzionata legge

⁵¹ Tale decreto regio complicava la questione poiché si stabiliva all'art. 11 Titolo I Capo II che «Con il provvedimento, con il quale è ordinata l'applicazione delle disposizioni di questa legge, o con altro separato, può essere dichiarato in stato di guerra, ai fini dell'applicazione della legge penale militare di guerra e a ogni altro effetto di legge, tutto il territorio, al quale si estende l'applicazione delle disposizioni suddette, o una o più parti di

precisazioni relativamente alle competenze e alla gestione del paese in caso di dichiarazione di stato bellico.

Questo medesimo scenario di eccessiva prepotenza, o anzi di prevaricazione, del Governo sugli altri organi dello Stato si è ripresentato poi col Secondo Conflitto Mondiale, laddove fu ammessa e concessa la possibilità per l'autorità militare di «emanare bandi con forza di legge e ad assumere anche i poteri civili»⁵² anche a discapito di diritti della persona⁵³.

La consapevolezza di una possibile tirannia da parte dell'Esecutivo, e l'emergente necessità, da un lato di un maggior controllo da parte delle Camere, e dall'altro di un equilibrio istituzionale tra i poteri dello Stato, sia per quanto riguarda la struttura della neonata Repubblica, che più specificamente per le più precipue questioni della gestione dell'emergenza bellica nazionale, è ben evidente in seno all'Assemblea costituente⁵⁴.

Non si può non ricordare che il *bellum* da sempre, come anche la storia del Regno ha già ampiamente mostrato, sia un «fatto, insomma, di rottura di equilibri, [...] in quanto suscettibile di travolgere la forma organizzativa, l'integrità e persino la stessa sopravvivenza dell'ordinamento»⁵⁵.

La guerra, in quanto situazione eccezionale e attinente alla continuazione dell'esistenza stessa dello Stato⁵⁶, rappresenta un'anomalia⁵⁷ all'interno dell'ordinamento giuridico⁵⁸: la prassi prerepubblicana ha fallito nel ricomprendere il fenomeno bellico all'interno dell'ordinamento, evidenziando, tra le altre cose, la sua incapacità nel porre dei limiti e delle garanzie concrete contro eventuali abusi da parte del potere governativo. L'importanza dello stato bellico in Italia, infatti, era materia di discussione che coinvolgeva per l'appunto l'assetto che si desiderava dare alla Repubblica in quanto «la guerra è la continuazione della politica con le armi alla mano»⁵⁹, come era ben chiaro ai Costituenti. Come si è già illustrato il *bellum* è stato un elemento fondante per la creazione degli Stati moderni. Così come i conflitti del XVII-XIX secolo sono stati essenziali per il consolidamento della struttura statale; l'ultima grande guerra del primo Novecento ha rappresentato un punto di svolta, non tanto in merito alla nascita di una nuova forma di organizzazione collettiva, ma piuttosto per quanto riguarda la riflessione politica all'interno dello Stato⁶⁰,

esso». Sostanzialmente, quindi, si prevedeva la possibilità di dichiarare lo stato di guerra con altra fonte che non fosse esclusivamente il decreto regio, aprendo, per l'appunto, tale dichiarazione, con un'espressione assai vaga, 'al provvedimento con il quale è ordinata l'applicazione delle disposizioni di questa legge, o con altro separato'. Stesso discorso vale per la cessazione dello stato di guerra, disciplinato all'art. 14 Titolo I Capo II della medesima legge, che afferma che «La cessazione, generale o parziale, dello stato di guerra è dichiarata dalla stessa autorità e con le stesse forme stabilite per ordinare la cessazione dell'applicazione di questa legge»

⁵² G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 820

⁵³ Il Governo era autorizzato a effettuare «requisizioni, a sottoporre a censura la corrispondenza, ad ordinare l'applicazione, totale o parziale, della legge di guerra all'intero territorio dello Stato od a parte di esso», *Ibid.*

⁵⁴ Per approfondimento: R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, cit., pp. 261-269

⁵⁵ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 823

⁵⁶ Precisamente, «per gli Stati la tendenza alla propria conservazione è rivolta ad assicurare il mantenimento e la continuità dell'ordine giuridico costituito - nel quale si compendiano la sopravvivenza e l'integrità materiale -, ne consegue che l'esigenza della salvezza di tale ordine è non solo la spinta, ma anche la giustificazione del ricorso a misure straordinarie», *id.*, p. 825

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Si veda nota 55

⁵⁹ Intervento del 13 marzo 1947 dell'On. Bencivenga in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947", Camera dei deputati-Segretario generale, cit., p. 374

⁶⁰ Il consolidamento dal punto di vista amministrativo degli stati, e i pericoli di una seria limitazione al potere esecutivo, hanno aperto degli interrogativi su quella che deve essere la struttura politica dello 'Stato

sollevando in Italia, come in generale negli altri Paesi coinvolti, dibattiti sulla struttura statale e le garanzie da porre a sua difesa.

Il valore giuridico della disciplina della guerra è stato, invero, fondamentale per l'assetto che si voleva dare alla Penisola all'indomani dei due conflitti e del ventennio fascista poiché è incontrovertibile che «la guerra riguarda, prima ancora e più che lo Stato-persona, lo Stato-comunità, e con ciò denuncia l'esistenza di un interesse della collettività, di un interesse generale, ben distinto dagli interessi dei singoli componenti la collettività stessa»⁶¹.

Le discussioni concernenti l'introduzione e la definizione di una disciplina in materia, determinate dalla ormai raggiunta consapevolezza della inadeguatezza di quanto stabilito dallo Statuto, erano quindi comprensibilmente inevitabili.

Frutto del dibattito in Assemblea costituente è, innanzitutto, l'introduzione per la prima volta, all'interno della Costituzione, di una distinzione tra la deliberazione dello stato di guerra e la dichiarazione dello stesso, merito della Carta costituzionale del 1948, che ne ha distinto la diversa natura in «due atti autonomi, quali essi sono concettualmente»⁶².

Infatti, come osservato dall'On. Tosato, la rottura dal precedente regime monarchico⁶³, in cui veniva riconosciuta la coincidente ed univoca competenza del Re per questi due istituti, si spiega anche nel differenziare i due poiché «sono due momenti distinti, quello della formazione della volontà, e quello della estrinsecazione della volontà»⁶⁴. La ragione di una tale necessità deriva dal fatto che

«negli Stati repubblicani si scinde la competenza in ordine a questi due diversi momenti, cioè si conserva al Capo dello Stato repubblicano il potere di dichiarare all'esterno lo stato di guerra, sia agli effetti internazionali, sia agli effetti interni, mentre, si riserva generalmente agli organi rappresentativi diretti del popolo, alle Camere, il potere di deliberare la guerra»⁶⁵.

Ciò è dovuto al fatto che

«La guerra [...] trova le sue origini nella politica ed è in questo campo che le Assemblee debbono mostrarsi attente e vigilanti ed a loro volta farsi interpreti della pubblica opinione non coartata da leggi che offendono la libertà, soprattutto di quella della stampa, che tanto più

contemporaneo'. Quindi è pacifico affermare che «Global wars and global power state making, therefore, are inextricably bound together», K. A. RASLER, W.R. THOMPSON, *War and State making: the shaping of the global powers*, Boston, 1989, p. 205. Un tale atteggiamento di critica e di novazione deriva da quel senso di «national catharsis [which] follows the conclusion of almost every major war, a sense of shared sacrifice, a desire to heal wounds and rebuild normal patterns of life, an awareness of the fragility of existence. This often translates into political pressures on the state to [...] improve domestic social and political conditions», B.D. PORTER, *War and the rise of the state: The military foundations of Modern Politics*, New York, 1994, pp.18-19

⁶¹ G. FERRARI, «Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto», cit., p.823

⁶² *Id.*, p. 821

⁶³ Invero, la coincidenza giuridico-sostanziale dei due atti è tipica dei regimi monarchici, mentre la distinzione tra deliberazione e dichiarazione è caratteristica dei regimi repubblicani, G. BASCHIERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA, C. GIANNASTASIO, *La costituzione italiana. Commento analitico*, cit., p. 307. Con la scelta del 2 giugno 1946, è parso naturale che la decisione della cittadinanza dovesse essere estesa anche su questo punto.

⁶⁴ Intervento del 21 ottobre 1947 dell'On. Tosato in «La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 29 luglio 1947 al 30 ottobre 1947», Camera dei deputati-Segretario generale, cit., p. 3407

⁶⁵ *Ibid.*

potrà agire con senso di responsabilità quanto più essa acquisti coscienza del proprio compito»⁶⁶.

Ritenendo che la decisione di entrare in guerra sia intrinsecamente una scelta politica⁶⁷, non si può che giungere all'inevitabile conclusione che debba essere il Parlamento, o come organo collegiale o come accordo delle due Camere individuali, ad avere l'ultima voce in capitolo sulla decisione di entrare in guerra, in quanto eletto direttamente dalla cittadinanza ed espressione della rappresentanza partitica della Nazione, nonché incaricato della difesa dei valori democratici della neonata Repubblica⁶⁸, ed in quanto in grado di coinvolgere, sulla cernita sulla stessa, non solo la maggioranza, ma anche le minoranze⁶⁹ a tutela di quest'ultime⁷⁰.

Una maggiore consapevolezza dell'importanza dell'attribuzione di un ruolo centrale alle camere delle Camere è quindi ormai consolidata, in chiara contrapposizione con la precedente prassi prerepubblicana⁷¹. In aggiunta, la decisione dell'eventuale partecipazione ad un conflitto comporta necessariamente delle conseguenze sui costi e le spese dello Stato, interessando, conseguentemente, la legge di bilancio: in tal senso, oltre al principio rappresentativo, entra in gioco un'altra funzione del Legislativo, il cui compito in materia è stato valorizzato e tutelato maggiormente dopo la Seconda Guerra Mondiale⁷².

Inoltre, questa diversificazione dei due momenti proposta nel testo costituzionale è fondamentale per arginare eventuali decisioni autonome dell'Esecutivo⁷³, il cui potenziale impatto negli equilibri costituzionali è già stato dimostrato dalla storia, anche se l'attribuzione della disciplina della deliberazione dello stato bellico al Governo è senz'altro più congeniale alle esigenze di rapidità e segretezza, cui il Parlamento difficilmente potrebbe sopperire. Invero, il fenomeno bellico non è generalmente *ex abrupto*⁷⁴, ma è preceduto da una serie di eventi attraverso i quali si

⁶⁶ Intervento del 13 marzo 1947 dell'On. Bencivenga in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947", Camera dei deputati-Segretario generale, cit., p. 377

⁶⁷ «Nella guerra risulta sempre dichiaratamente politico il motivo ispiratore, ed appare palese allora la coincidenza con la teoria della causa soggettiva o 'du mobile'; la guerra è originata in ogni caso dalla considerazione dell'interesse generale dello Stato nella sua unità», G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., pp. 823-824

⁶⁸ A. PATRONI GRIFFI, "Art. 78", in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, p.1532

⁶⁹ S. LABRIOLA, "Difesa nazionale e sicurezza dello Stato di diritto nel diritto pubblico italiano", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1979, p. 939

⁷⁰ Difatti, «nessuno negherà che il sistema del previo consenso del Parlamento appare più cauto, il più rispondente alla dignità di un popolo libero. Invero, a che giova informare il Parlamento dopo che la guerra fu già dichiarata?», F. RACCIOLI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., p. 259

⁷¹ «Occorreva superare il dogma della separazione tra Stato e società e ripensare lo Stato come ordinamento generale di pubblici poteri. In questo quadro, il governo acquisiva la titolarità dell'indirizzo politico con la fiducia dell'assemblea legislativa», M. MACCHIA, "Le 'instabili' fondamenta del bicameralismo costituzionale in Rivista trimestrale di diritto pubblico", cit., p. 237

⁷² Sul ruolo che il Legislativo ha assunto sia in merito alla rappresentatività della Nazione, che in materia di controllo sulle spese dello Stato, E. G. LEWIS, "Representative Legislature in Postwar Constitutions", in *Constitutions and constitutional Trends since World War II*, A. J. ZURCHER (a cura di), New York, 1951, pp. 67-80

⁷³ «Les états civilisés et libres, à l'époque actuelle, ont formulé, parfois à coup de révolutions, cet autre principe fondamental: toute mesure qui porte atteinte à la personne des individus, à leur propriété, [...] doit être préalablement discutée et approuvée par les Chambres législatives. La plus importante conquête politique des temps modernes n'est-elle pas, en effet, l'ancien régime de la police et des pouvoirs discrétionnaires des Ministres et des agents administratifs?», G. JÈZE, "L'Exécutif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs", in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1917, p. 7

⁷⁴ V. CARULLO, *La costituzione della Repubblica italiana*, Bologna, 1950, p. 255 in cui viene riportato l'intervento dell'On. Fuschini avvenuto il 21 ottobre 1947

manifestano le animosità fra Potenze, e queste con il corso del tempo sfociano in minacce d'attacco o aggressioni stesse: proprio per la discrezione richiesta nei rapporti internazionali coinvolti e per la necessità di tenere segrete le misure di precauzione e, possibilmente di una futura difesa e strategia, «non [...] sembra che sia opportuno portare innanzi alle Camere una questione tanto delicata come è quella della mobilitazione e sottoporla ad una discussione di carattere pubblico»⁷⁵. Nonostante le possibili contraddizioni della pubblicità di una tale scelta, nel nuovo testo costituzionale la competenza di deliberare lo stato di guerra spetta alle Assemblee rappresentative, mentre il potere di dichiarare il medesimo spetta al Capo di Stato, vale a dire il Presidente della Repubblica: il Governo invece viene escluso da quello che si può definire il momento decisivo e dichiarativo dello stato bellico, proprio ad evitare possibili ingerenze da parte dell'Esecutivo⁷⁶, che potrebbe deliberare o dichiarare lo stato di guerra per ottenere la delega da parte del Legislativo, ottenendo i 'poteri necessari' e creando, di conseguenza all'interno della Repubblica⁷⁷, i pericolosi squilibri⁷⁸ del passato. Infatti, i programmi dei maggiori partiti in seno alla Costituente⁷⁹, incarnarono questo «desiderio di escludere, nella massima misura possibile, ogni potere discrezionale dell'esecutivo»⁸⁰ tanto da estromettere il Governo in entrambi i momenti decisori dell'entrata in guerra del Paese. L'unica indicazione del ruolo dell'Esecutivo è presente nella seconda parte dell'articolo 78 laddove si subordina la sua funzione alla decisione del Legislativo; funzione comunque relegata al successivo momento di effettiva permanenza all'interno del conflitto e dello stato di guerra.

In aggiunta, questa limitazione duplice della gestione dello stato di guerra è rafforzata dal fatto che tale modello è previsto in una costituzione rigida. Ciò a differenza di quanto può dirsi in riferimento allo Statuto, indipendentemente dall'ambiguità terminologica che accompagnava il già più volte citato art. 5, la questione delle eventuali inosservanze delle disposizioni statutarie, era un fenomeno diffuso, alla luce della 'flessibilità' dello stesso Statuto.

Lo Statuto del 1848 vedeva nella flessibilità costituzionale⁸¹ uno strumento per salvaguardare la centralità del Parlamento, espressione della sovranità popolare: la possibilità, invero, di cambiare e correggere attraverso leggi ordinarie il testo costituzionale, rispondeva, secondo la concezione del tempo, in maniera più

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Nonostante la forte volontà di limitare i compiti del Governo dopo la fine del fascismo, vi era chi ancora in Assemblea cercava di ritagliare un ruolo all'Esecutivo relativamente all'esordio dello stato di guerra. In particolare, l'On. G. Fuschini proponeva di riservare al Governo il ruolo di decidere quando dichiarare la guerra. Intervento del 21 ottobre 1947 dell'On. Fuschini in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 29 luglio 1947 al 30 ottobre 1947", Camera dei deputati-Segretario generale, cit., p. 3395

⁷⁷ «Le riforme, specie quelle costituzionali, si fanno sempre contro qualcuno o qualcosa, prima che a favore di qualcuno o di qualcosa. In genere, è prevalente in esse la preoccupazione di seppellire il passato», G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 839

⁷⁸ I pericoli che il riconoscimento di questo ruolo al Governo sono stati evidenziati, ricordando la guerra in Etiopia, Intervento del 21 ottobre 1947 dell'On. Azzi in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 29 luglio 1947 al 30 ottobre 1947", Camera dei deputati-Segretario generale, cit., p. 3411

⁷⁹ In particolare, si fa riferimento alle volontà della Democrazia Cristiana e del Partito Comunista, in maggioranza in Assemblea costituente

⁸⁰ A. GIARDINA, "Art 78", in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1979, p. 96

⁸¹ A dir il vero la questione della rigidità o meno dello Statuto è stato oggetto di dibattito già prima delle Guerre del Novecento e già pochi anni dopo la nascita del Regno d'Italia, come dimostrato dalla cosiddetta mozione Bonghi, mai realmente discussa, in relazione alla possibilità o meno di modificare lo Statuto Albertino mediante legge ordinaria. A. PACE, "In difesa della 'naturale' rigidità delle costituzione scritte", in *Giurisprudenza costituzionale* 1995, p. 1211

conciliante e dinamica ai cambiamenti della coscienza sociale, adeguandosi, da un lato alle mutevoli esigenze sociali⁸², e dall'altro, garantendo un sistema più conforme a «una posizione politica di democrazia progressiva»⁸³. Infatti, su spinta della Democrazia Cristiana e in generale dell'ala cattolica della politica, vi era la convinzione che per dotare le norme costituzionali di un'efficace protezione e per creare dei concreti argini a tutela degli equilibri istituzionali, non bastasse scrivere delle nuove norme, ma bisognasse costruire le fondamenta della nuova democrazia dagli errori⁸⁴ dell'ereditato modello del costituzionalismo ottocentesco⁸⁵. Una tale occorrenza si spiegava dalla ormai più avvertita sensibilità e consapevolezza della dottrina costituzionalistica moderna di dover «temperare il predominio acquistato ad un certo punto dal formalismo»⁸⁶, svuotato di effettive garanzie sostanziali che hanno determinato, sia per quanto concerne l'edificazione del nuovo sistema repubblicano italiano, che più dettagliatamente riguardo alla discussione sulla nuova disciplina del fenomeno bellico, delle «indagini ricostruttive degli istituti con una parallela ed attenta considerazione della concreta esperienza»⁸⁷, vale a dire quella monarchica sabauda, portando a considerare lo stato di guerra secondo la sua «consistenza oggettuale, prima che nel dato normativo, nei risvolti interiori, prima che nei suoi aspetti esteriori, nella sua globalità, prima che nei suoi particolari»⁸⁸. All'indomani della pace del 1945, si prese inevitabilmente atto dei grossi limiti dello Statuto e della facilità con cui la legalità può diventare strumento dell'«antigiuridico», per cui emerse la necessità di attribuire un rango superiore, rispetto alla legge ordinaria, alla Costituzione, in quanto norma fondamentale dell'ordinamento, e di prestare attenzione alla difesa e alla tutela del pluralismo politico-sociale, secondo una prospettiva non solo italiana, ma anzi comune alle Costituzioni affermatesi dopo la Seconda Guerra Mondiale⁸⁹.

Ergo, la consacrazione della distinzione tra deliberazione e dichiarazione dello stato di guerra, e conseguentemente, l'assegnazione di tali competenze ai rispettivi organi istituzionali⁹⁰, in Costituzione ne determina una tutela significativa tenuto conto del fatto che eventuali modifiche delle previsioni ex art. 78 e 87 sono possibili solo attraverso il meccanismo di revisione costituzionale previsto dall'art. 138, e dunque l'inosservanza delle stesse costituisce una violazione del principio gerarchico laddove il Governo o altri organi costituzionali adottino atti contrari alle stesse.

Comprendendo quanto la disciplina della gestione dell'emergenza bellica sia fondamentale per gli argini di eventuali abusi del governativo e rappresenti baluardo di difesa del rilievo che si vuole riconoscere al Parlamento all'interno

⁸² M. MACCHIA, «Le «instabili» fondamenta del bicameralismo costituzionale in Rivista trimestrale di diritto pubblico», cit., p. 237

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ «Il costituente non ebbe la presunzione di inventare il futuro, ma, anzi, intese piuttosto colmare una lacuna del passato», G. FERRARI, «Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto», cit., p. 829

⁸⁵ P. POMBENI, «Il «cattolicesimo democratico» nella ricostruzione dell'Italia post-bellica, in *Quando i cattolici non erano moderati: figure e percorsi del cattolicesimo democratico in Italia*, L. GUERZONI (a cura di) pp. 29 ss.

⁸⁶ G. FERRARI, «Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto», cit., p. 822

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2022, p. 13 ss

⁹⁰ Con maggior riguardo per l'art. 78, si può concludere che «resta l'unica clausola costituzionale che interviene esplicitamente per stabilire quali siano gli organi e le procedure da utilizzare in caso di guerra internazionale. Essa appare quindi utile al fine di individuare in via di interpretazione sistematica quale sia il regime dei rapporti fra organi di vertice che la costituzione ha espressamente previsto per il caso guerra», G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, p. 229

dell'ordinamento, è opportuno soffermarsi sulla disciplina cardine, nonché precedente ineludibile per l'attivazione della regolamentazione costituzionale dello stato bellico. Tralasciando la dichiarazione dello stato di guerra, conviene quindi soffermarci su quello che è il momento decisivo dello stesso: è necessario a questo punto effettuare un'attenta analisi dell'art. 78 Costituzione, tenendo bene in mente per tutta la durata del discorso quale che fosse l'idea di *guerra* cui l'Assemblea costituente si rifaceva durante la stesura dell'articolo in esame. Infatti, il *bellum* nella concezione dei Costituenti riprendeva i connotati della *guerra totale* e/o della *guerra che potesse compromettere l'integrità del territorio dello Stato*, concezione ad oggi desueta e superata, come si avrà modo di analizzare nei capitoli seguenti e la cui trattazione viene ad ora rimandata ad un secondo momento.

2. L'analisi testuale dell'Articolo 78

«Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari»⁹¹.

Con questo articolo, il testo costituzionale ha finalizzato la disposizione sul momento decisivo dello stato bellico. Invero, l'art. 78 è stato frutto di numerose discussioni in seno all'Assemblea costituente a dimostrazione, da un lato, della difficoltà della materia, dall'altro, della paura di cristallizzare un modello preciso, nell'ansia che non venga rispettato al momento dei fatti, ponendo quindi anche dubbi sulla sopravvivenza della Costituzione repubblicana.

La questione delle modalità con cui la scelta di entrare in guerra potesse venire presa, venne per la prima volta concretizzata all'articolo 75 del Progetto per la Costituzione il 20 dicembre 1946 dalla seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione con il seguente testo: «*Spetta all'Assemblea Nazionale la mobilitazione generale, anche se territorialmente limitata, e l'entrata in guerra*»⁹².

La scelta terminologica appare diversa dalla disposizione ex art. 78: l'Assemblea Nazionale⁹³ avrebbe avuto la competenza di deliberare unicamente come organo collegiale, non si sarebbe utilizzato la formula dello 'stato di guerra' ma quella enfatica sì seppur poco giuridica della 'mobilitazione nazionale', si prevedeva la possibilità di ridimensionare l'entrata in un conflitto anche solo in riferimento ad una parte del territorio della Repubblica⁹⁴ e mancava un qualsiasi riferimento al Governo o ad una qualche delega allo stesso per quanto riguarda la gestione del conflitto. L'indefinitezza e l'ambiguità di questa disposizione embrionale è apparsa subito evidente, tanto da portare all'adozione da parte della Commissione per la Costituzione di un nuovo testo definitivo del Progetto di Costituzione.

L'utilizzo del termine 'mobilitazione generale' è nebuloso, rimandando senza alcun dubbio, ad una concezione della guerra quale «serie di attività molteplici e multiformi»⁹⁵, in quanto fenomeno complesso e per definizione non circoscrivibile ad un'attività specifica, che però si risolve nella «mobilitazione e nell'impegno totale di tutti i membri della comunità, privati e pubblici, e di tutte le risorse, in ogni campo

⁹¹ Art. 78 Costituzione

⁹² Art. 75 Progetto per la Costituzione

⁹³ Inizialmente era prevista l'istituzione di un organo collegiale a sé stante, per l'appunto l'Assemblea Nazionale, a cui era appunto prevista la deliberazione dello stato di guerra

⁹⁴ Tra l'altro una previsione di tal genere può apparire contraddittoria se rapportata con l'art. 5 del testo costituzionale in quanto si afferma che la Repubblica è 'una e indivisibile'

⁹⁵ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 823

- da quello economico - finanziario a quello scientifico e psicologico»⁹⁶, realizzabile unicamente allorché «qualsiasi settore sia rigorosamente preordinato, ordinato e coordinato, affinché nulla sia lasciato alla dispersione, al collettizio, all'improvvisazione»⁹⁷.

L'articolo 75⁹⁸ del progetto della Costituzione eliminava la possibilità di limitare lo stato bellico ad una parte del territorio, ma mancava ancora il riferimento allo stato di guerra, oltre che al ruolo dell'Esecutivo.

Tale previsione costituzionale è stata completamente stravolta nella seduta pomeridiana del 21 ottobre 1947. L'Assemblea costituente ha approvato, difatti, un nuovo testo che correggesse le imprecisioni del primo, con risultati senz'altro discutibili. Tale articolo 75 venne poi trasformato, eliminato il secondo comma sulla concessione dell'amnistia e dell'indulto, nell'art. 78 del Testo coordinato dal Comitato di redazione, distribuito ai Deputati il 20 dicembre 1947, poco prima della votazione finale sul nuovo dettato costituzionale, tenutasi in Assemblea in data 22 dicembre 1947. La votazione ha poi confermato quello che è ancora ad oggi l'art. 78. Dall'analisi del periodo dell'art. 78, si nota come la disposizione costituzionale in questione si possa dividere in due frasi principali, legate da una coniugazione copulativa: già dalla sintassi della norma costituzionale emerge la simultaneità, elemento su cui ci si soffermerà nel prosieguo⁹⁹, tra la deliberazione dello stato di guerra e il conferimento dei poteri necessari al Governo. La scelta dei Costituenti, senz'altro intenzionale e ben ponderata alla luce dell'iniziale differente stesura della regola, si spiega sia considerando che l'Esecutivo debba subentrare tempestivamente al Legislativo e a prendere le redini della gestione del conflitto, tenuto conto tra l'altro della tempestività d'azione che spesso è richiesta in occasione dell'entrata in guerra, che comprendendo il timore dei Costituenti e la decisione volta ad evitare che le assemblee rappresentative, temendo una forse troppo ampia delegazione a favore del Governo, non conferiscano a quest'ultimo i poteri per poter effettivamente far fronte alle esigenze della guerra¹⁰⁰.

In aggiunta, pare opportuno riprendere quanto già accennato in precedenza, in riferimento alle divergenze rispetto alla formulazione dell'art. 5 Statuto: sono separati e formalizzati prima il momento decisivo che spetta esclusivamente alle Camere¹⁰¹, poi il momento di devoluzione allargata al Consiglio dei ministri dei cosiddetti poteri necessari. Nonostante la distinzione di questi momenti, una tale discrepanza è solamente organizzativa vista la coincidenza temporale dei due, come

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Il nuovo articolo stabiliva che «Spetta all'Assemblea Nazionale deliberare la mobilitazione generale e l'entrata in guerra». Continuava poi al secondo comma «L'amnistia e l'indulto sono deliberati dall'Assemblea Nazionale»; oggi l'amnistia e l'indulto sono previsti e disciplinati dall'articolo 79 Costituzione

⁹⁹ Capitolo Primo paragrafo 2 sub paragrafo 2

¹⁰⁰ Infatti, in linea generale «bisogna scendere dall'attività decisionale a quella tecnica, nelle distinte forme dell'attività consultiva e dell'attività organizzativa ed operativa», G. FERRARI, «Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto», cit., p. 826. Si noti che il discorso di Ferrari si concentra sullo studio del rapporto tra Presidente della Repubblica o, meglio, del Consiglio supremo di difesa che egli presiede, e il Governo: eppure, questa differenziazione di ruoli può essere tranquillamente estesa anche al discorso in atto

¹⁰¹ A dire il vero si è mossa in Costituente la possibilità di riconoscere che il potere di deliberazione dello stato di guerra. In particolare, «siccome noi abbiamo già votato un articolo in cui abbiamo detto che l'Italia rinuncia alla guerra e ammettiamo soltanto un'azione di difesa, è evidente che un'azione di difesa non può essere determinata da una deliberazione delle Camere, ma deve essere una deliberazione di urgenza che spetta al Governo», Intervento del 21 ottobre 1947 dell'On. Bozzi in «La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 29 luglio 1947 al 30 ottobre 1947», Camera dei deputati-Segretario generale, cit., p. 3389

si dimostrerà a breve¹⁰². Infatti «la garanzia della tempestività degli adempimenti necessari»¹⁰³ da parte della Camera e del Senato è enfatizzata dalla scelta sintattica dei Costituenti, sia nella pronta decisione delle stesse che nel conferimento dei poteri all'Esecutivo, doveri gravanti sulle Camere che però sono essenziali per l'inizio dello stato di guerra.

Oltre a ciò, l'individuazione di questi due compiti che spettano alle assemblee rappresentative si traduce nell'accentuazione di due profili peculiari della disciplina dello stato bellico: la deliberazione dello stato di guerra coinvolge, invero, il «funzionamento degli organi di stato in tema di relazioni internazionali»¹⁰⁴; laddove il conferimento dei poteri all'Esecutivo attiene all'«instaurazione di un assetto costituzionale straordinario per la gestione del conflitto»¹⁰⁵.

Per queste ragioni, una più attenta analisi dei due periodi è quanto mai indispensabile.

2.1. Le camere deliberano lo stato di guerra

La disciplina costituzionale riafferma il ruolo che le Assemblee rappresentative ricoprono nella scelta politica della deliberazione dello stato di guerra. Infatti, come già spiegato, «le Camere non possono rimanere estranee alla assunzione di decisioni che, per la rilevanza politica, economica e sociale, presuppongono un coinvolgimento dell'organo rappresentativo della volontà popolare»¹⁰⁶.

In quanto scelta politica, rileva, dunque, il ruolo della discrezionalità, di cui eventualmente godrebbe il Legislativo. Lo stato di guerra, la cui dimensione ontologicamente e necessariamente legata alla «politicalità e straordinarietà»¹⁰⁷ di situazione di fatto, deve essere estranea, quindi, alla logica del controllo giuridico e della compatibilità con le norme dell'ordinamento. Tuttavia, l'allargata e incontrollata discrezionalità lasciata al Parlamento non può che incontrare il vincolo/ostacolo di direzione pacifista, di cui all'articolo 11. La nozione di guerra, accolta nell'ordinamento repubblicano, è delimitata *ratione materiae*¹⁰⁸ dal principio di ripudio della guerra¹⁰⁹, e di conseguenza, la limitazione all'interventismo militare italiano¹¹⁰ è fortemente osteggiato nell'ordinamento italiano qualora non sia a scopo puramente difensivo. Il sopramenzionato articolo in Costituzione diviene, secondo alcuni, fondamentale nella definizione stessa di *bellum* che la norma fondamentale ha fatto propria, portando alla conclusione che lo stesso principio di ripudio alla guerra

¹⁰² Si veda nota 98

¹⁰³ A. PATRONI GRIFFI, "Art. 78 in Commentario alla Costituzione", cit., p. 1533

¹⁰⁴ A. GIARDINA, "Art 78 in Commentario della Costituzione", cit., p. 94

¹⁰⁵ P. PINNA, "Guerra (stato di)", in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, R. SACCO (a cura di), Torino, 1993, p. 50

¹⁰⁶ D. GIROTTO, "L'art. 78", in *Commentario breve alla Costituzione*, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), Padova, 2008, p. 716

¹⁰⁷ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 829

¹⁰⁸ D. GIROTTO, "L'art. 78", cit., p. 716. Il ruolo dell'articolo 11 nel nostro ordinamento sarà oggetto di una analisi più approfondita nel Capitolo Terzo

¹⁰⁹ «Noi non aggrediremo mai nessuno, ma se lo saremo ci difenderemo», Intervento del 8 marzo 1947 dell'On. Damiani in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947", Camera dei deputati-Segretario generale, cit., p. 282

¹¹⁰ M. RODRIGUEZ, "Art 78", in *Commentario breve alla Costituzione*, V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), Padova, 1990, p. 485

sia stato consacrato dall'Assemblea costituente quale «presupposto¹¹¹ necessario ai fini della delibera»¹¹².

A tal riguardo, la distinzione operata dal testo costituzionale si caratterizza nell'identificare due situazioni di conflitto internazionale: la prima, esplicitamente prevista e accettata in Costituzione nel già richiamato art. 11, la cosiddetta guerra difensiva; la seconda, il cui divieto è ben evidente, nonostante la perifrasi¹¹³ adottata, vale a dire la guerra d'aggressione.

Il vincolo costituzionale non si attiva nel primo caso, vista la sua compatibilità con l'impostazione pacifista¹¹⁴ 'sposata' dalla Repubblica¹¹⁵ all'indomani del secondo conflitto mondiale e le regole di diritto internazionale¹¹⁶, ma pone un possibile ostacolo nella seconda ipotesi. A questo punto è opportuno chiedersi se la condizionalità della scelta delle Camere ex art. 78 viene subordinata a tale principio? La 'Costituzione bellica italiana' si attiva solo nei casi previsti ex art. 11, o la politicità della deliberazione dello stato di guerra elude tale vincolo giuridico? La Costituzione osta all'entrata in guerra, anche laddove eccedente la mera difesa della Nazione, escludendo *a priori*¹¹⁷ dalla prerogativa riconosciuta al Legislativo ex art. 78 tale possibilità?

Si potrebbe argomentare in senso affermativo in risposta a tali interrogativi.

Eppure, questa posizione potrebbe essere obbiettata tanto da non essere condivisa da altri Autori, partendo dall'idea che la delibera «non si configuri come atto dovuto»¹¹⁸, alla luce della sua natura di decisione e atto politico, e quindi per sua definizione scelta metagiuridica, quanto piuttosto nel suo genuino «effetto di un

¹¹¹ «Si è osservato in precedenza, quando al ripudio della guerra di aggressione si è riconosciuto il valore giuridico di presupposto e, quindi, di limite nei confronti della potestà di deliberazione dello stato di guerra», G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 835

¹¹² D. GIROTTI, "L'art. 78", cit., p. 716. Ancora, «non soltanto il legislatore, bensì tutti gli organi in cui s'articola lo Stato-soggetto e quindi l'amministrazione, che in *subjecta materia* dev'essere anzi ritenuta la principale destinataria della disposizione costituzionale, il divieto in essa contenuto indirizzandosi precipuamente – com'è di tutta evidenza – agli organi responsabili della politica estera e della politica militare», M. BON VALVASSINA, *Il ripudio della guerra nella costituzione italiana*, Padova, 1955, p. 85

¹¹³ Una tale scelta si spiega anche nella volontà di eludere tale principio, ripresentando il fenomeno bellico nella sua veste di 'situazione di fatto', evitando l'utilizzo nel testo costituzionale di termini specifici. Infatti «si è voluto impedire che il principio pacifistico possa essere eluso mediante il ricorso ad un concetto di guerra, che, per essere troppo rigorosamente tecnico, lasci margine a pericolose sottigliezze interpretative. E la conseguenza è l'ampiezza dell'applicazione della norma secondo il suo spirito pacifistico», G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 831

¹¹⁴ L'impostazione pacifista adottata dalla Repubblica è esplicitamente prevista nell'articolo 11 come si è già discusso. Implicitamente il principio di ripudio alla guerra è riproposto all'articolo 10 Costituzione poiché «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» ricomprendendo quindi anche il divieto dell'uso della forza di cui l'art. 2 (4) e l'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite. Infine, sancito come sacro dovere, il cittadino all'obbligo ex art. 52 Costituzione di difendere la 'Patria' in caso di minaccia

¹¹⁵ A dire il vero l'articolo afferma che l'Italia ripudia la guerra proprio a sottolineare come tale principio di ripudio alla guerra sia riferibile non tanto allo Stato italiano o, meglio, lo stato-organizzazione quale entità soggettiva metagiuridica, quanto piuttosto allo stato-comunità, proprio ad eccettuarne la sua natura fondamentale per la Penisola. G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 830

¹¹⁶ Art. 51 Carta delle Nazioni Unite

¹¹⁷ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 831-832. Infatti, «poiché è costituzionalmente vietata la guerra che costituisce offesa alla libertà degli altri popoli, risulta ammissibile soltanto la guerra di difesa, conseguente ad attacco armato altrui. Analoga soluzione si impone per quanto attiene alla risoluzione delle controversie internazionali. In nessun caso l'Italia può ricorrere alla guerra per risolvere una controversia, anche quando la controparte non volesse addivenire ad una soluzione pacifica o, neppure, alla scelta concordata di un mezzo pacifico di soluzione», A. GIARDINA, "Art 78 in Commentario della Costituzione", cit., p. 103

¹¹⁸ D. GIROTTI, "L'art. 78", cit., p. 718

apprezzamento discrezionale delle Camere»¹¹⁹ circa la possibilità o meno «di aprire l'ordinamento allo stato di eccezione bellico»¹²⁰. Nonostante problemi di coordinamento con l'art.11, pare più congeniale alla realtà dei fatti¹²¹ la constatazione che «la linea di demarcazione tra guerra non aggressiva e guerra aggressiva non sempre risulta tracciata e tracciabile con segni così netti, da potersi riconoscere attraverso la caligine spesso artificiosa, del contingente e del presente»¹²²; portando alla conclusione che «il diritto deve astenersi dall'inviare il campo della politica, rinunciando a suggerire criteri distintivi»¹²³, la cui idoneità nell'identificare una valutazione corretta nel merito è valutabile solamente *ex post*¹²⁴, contrariamente a chi ritenga la categoricità dell'impostazione di cui all'art.11 artefice di un ridimensionamento drastico della discrezionalità politica delle Camere.

In aggiunta, laddove si riconoscesse l'art. 11 come condizione preliminare per la deliberazione dello stato di guerra, o più in generale come principio direttivo di politica estera¹²⁵, la scelta verrebbe denaturata della sua dimensione politico-discrezionale: mancherebbe, invero, in caso di attacco di una Potenza straniera, una vera e propria deliberazione¹²⁶ essendo naturale la decisione di una risposta militare, al contempo però il divieto di un qualsiasi intervento non scaturito da un atto di aggressione straniero determinerebbe un potere d'azione del Legislativo decisamente circoscritto. Inoltre, nonostante il principio fondamentale in esame, l'art. 11 è privo di consistenza giuridica vista la natura prettamente politica della gestione degli affari esteri mediante lo strumento bellico. La norma in questione risulta, quindi, priva di una qualsiasi garanzia sostanziale e procedurale in caso di attuazione, rendendo di fatto influente la vincolatività del principio di ripudio della guerra sia sul piano dell'ordine internazionale e della politica estera sia sul piano dell'ordinamento interno degli effetti sugli organi costituzionali per cui l'articolo in questione non può eleggersi a dovere inviolabile¹²⁷.

Inoltre, manca nel testo della disciplina della deliberazione dello stato di guerra, così come negli altri articoli correlati a questo speciale *status* eccezionale dell'ordinamento, un esplicito rinvio all'art. 11: nonostante sembri più opportuno dunque ritenere che la scelta ex art. 78 sia avulsa necessariamente da un presupposto

¹¹⁹ P. CARNEVALE, "Il ruolo del Parlamento e l'assetto dei rapporti fra Camere e Governo nella gestione dei conflitti armati. Riflessioni alla luce della prassi seguita in occasione delle crisi internazionali del golfo persico, Kosovo e Afghanistan", in *Guerra e costituzione. Atti del Convegno dell'Università degli Studi "Roma tre"*, P. CARNEVALE (a cura di), Torino, 2004, p. 123

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Il riferimento qui alla dimensione fattuale del *bellum* è evidente. In particolare, è incontestabile che la guerra-fatto agisce al di fuori della giustificazione in diritto potendo questa essere mossa qualora lo Stato intervenga anche solo per un interesse proprio. G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, Padova, 1954, pp. 44-54. Infatti, l'Autore conclude affermando che «la guerra non può quindi mai dirsi illecita secondo il diritto internazionale», *id.*, p. 51. Rileva però qui sottolineare che laddove ci si muove nel metagiuridico e le situazioni di fatto, il diritto è messo da parte. Inoltre, tra l'altro sottolineare come l'Autore, nell'approcciare la guerra meramente nella sua dimensione fenomenica, finisce per contraddirsi in quanto come egli stesso ha affermato «tutta l'attività bellica degli Stati non si svolge in un campo libero da norme giuridiche», *id.*, p. 4

¹²² G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 832

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2000, p. 130

¹²⁵ A. GIARDINA, "Art 78 in Commentario della Costituzione", cit., p. 94 ss.

¹²⁶ A maggior ragione, analizzando l'art. 78, la discrezionalità di cui godono le assemblee è chiara in quanto «si potrebbe obiettare che l'uso dell'indicativo non è decisivo; e rilevare che quando la costituzione dice [...] che le Camere deliberano lo stato di guerra non impone alle Camere di deliberare lo stato di guerra. In questo caso, però, si ha una attribuzione di competenza per compiere un atto di natura meramente eventuale», A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, p. 224

¹²⁷ G. VEDOVATO, "I rapporti internazionali dello Stato", in *Commentario sistematico alla costituzione italiana*, P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), Firenze, 1950, pp. 87-97

della qualificazione dell'intervento come guerra difensiva, in quanto pare chiaro che '*ubi voluit lex dixit*' e quindi, mancando un riferimento alla prima delle citate disposizioni costituzionali, non si possa ritenere indubbio che il Parlamento debba operare come se tale rinvio vi fosse, la perifrasi di cui all'art. 11 costituisce un limite difficile da ignorare qualora si ricordi che lo strumento bellico è ripudiato anche come *mezzo di risoluzione delle controversie internazionali*¹²⁸.

Precisamente, la guerra come *strumento di offesa ai popoli* determina la legittimità, in lettura con l'art. 10 Costituzione¹²⁹, come già detto, della guerra difensiva. Ma la perifrasi dell'art. 11 sopra ricordata, continua vietando l'uso della forza come mezzo di risoluzione delle controversie, in conformità, anche in questo caso con l'art. 10 comma primo Costituzione. Infatti, la distinzione tra guerra-fatto e guerra-diritto interviene a sostegno di tale argomentazione: laddove la prima è estranea alla logica giuridica, la seconda si iscrive nell'impianto costituzionale generale ricomprendendo, dunque, anche il principio di ripudio della guerra. L'art. 78 in quanto atto di ricomprensione della guerra-fatto nell'ordine costituzionale, è anzi indicativo «per ritenere effettivo il contenuto formale della norma di cui all'art. 11 Cost.»¹³⁰ in quanto questo ultimo costituisce «elemento di qualificazione del sistema»¹³¹.

Nonostante, quindi, la difficoltà nell'individuazione di procedure che effettivamente rendano il limite del ripudio della guerra rispettato¹³², oltretutto in seguito all'eventuale dichiarazione di guerra e/o la manifestazione dell'*animus bellandi*, il principio fondamentale costituzionale di cui all'art. 11 non accetta in nessun modo l'eventuale decisione della via conflittuale come possibile dialettica con *gli altri popoli* se non in nome della difesa della Patria. Infatti, laddove si discorra di guerra-diritto o di stato di guerra, tale qualificazione finisce per vincolare inevitabilmente «l'azione dei pubblici poteri sul piano dei rapporti internazionali»¹³³.

Tuttavia, tali interrogativi, vale a dire quelli sulla portata della discrezionalità del vincolo di cui all'art. 11 Costituzione, non sono gli unici che coinvolgono la natura dell'atto della deliberazione di guerra: numerosi sono stati gli argomenti riguardo all'identificazione dell'attività delle Camere ex articolo 78 quale attività legislativa, laddove altri contestano una tale interpretazione, ponendo l'accento sugli elementi che fanno di questa delibera un atto *sui generis*, non accostabile in nessun modo alla tipica ed ordinaria funzione legislativa del Parlamento. Una tale impostazione sembra più congeniale alla specificità dell'atto di deliberazione in esame, rispecchiando più compiutamente la natura sostanziale.

Per poter prender una posizione in un simile dibattito è, pertanto, essenziale e doveroso analizzare entrambe le posizioni.

La deliberazione, secondo alcuni Autori¹³⁴, vista la sua natura sostanzialmente

¹²⁸ Art. 11 Costituzione

¹²⁹ «L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» fra cui le norme consuetudinarie della legittima difesa

¹³⁰ S. LABRIOLA, «Difesa nazionale e sicurezza dello Stato di diritto nel diritto pubblico italiano in Rivista trimestrale di diritto pubblico», cit., p. 937

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Invero, «la disposizione [art. 11], non infrequente nelle costituzioni dell'ultimo dopo guerra mondiale, a differenza di altre tuttavia non derivata da obblighi internazionali, non appare di agevole interpretazione, tanto che da qualche parte si è sostenuto che sia priva di contenuto concreto, opinione tuttavia che non sembra persuasiva», *Id.*, p. 936. In realtà, vi sono nell'ordinamento alcune previsioni che effettivamente donano garanzie sostanziali e procedurali a tale articolo. Nello specifico, BON VALVASSINA M., *Il ripudio della guerra nella costituzione italiana*, cit., pp. 84-112

¹³³ *Id.*, p. 937

¹³⁴ In particolare, G. FERRARI, «Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto», cit., p. 839 ss. Ancora, «la dichiarazione del presidente della Repubblica equivale qui alla promulgazione di cui si è innanzi discusso, onde

politica, è per sua stessa definizione un atto legislativo laddove è ormai stato consacrato dai e in tutti i sistemi liberali che «la loi est l'expression de la volonté générale»¹³⁵: il riconoscimento stesso della deliberazione di guerra quale atto 'non dovuto'¹³⁶, ma voluto dalla maggioranza politica delle due Camere, lo accomunerebbe in generale all'attività legislativa tipica della Repubblica¹³⁷. Inoltre, la collocazione sistematica dell'art. 78 è indicativa della natura dell'atto in cui consiste questa deliberazione: l'appena citato articolo è posto nella Sezione II ('La formazione delle leggi') del Titolo I ('Il Parlamento') della Parte II ('L'ordinamento della Repubblica') del testo costituzionale, subito dopo gli articoli concernenti la procedura legislativa e la disciplina degli altri atti aventi-forza di legge (ovverossia il referendum abrogativo, il decreto-legge e la legge delega). Inoltre, alla luce della fortissima correlazione, già più volte evidenziata, tra il *bellum* e lo Stato-comunità

«la norma di cui all'art. 78, secondo cui 'le Camere deliberano lo stato di guerra', indagata la combinazione con l'art. 11, il quale fa esattamente e testualmente del popolo il vero protagonista della guerra, perviene, in fondo, ad una tale valorizzazione della sovranità popolare, che non può dirsi, alla stregua del sistema, pienamente appagata mediante un atto bicamerale»¹³⁸.

Invero, «Il Parlamento [...] è [...] organo rappresentativo del popolo - e, anzi, immediatamente rappresentativo»¹³⁹ risultando l'organo che anche in materia possa rappresentare la volontà popolare. Segnatamente la deliberazione dello stato di guerra, in quanto scelta più importante riguardo la sopravvivenza dello Stato e, avendo l'impatto più travolgente sul Popolo, non si estranea da un tale meccanismo rappresentativo, la cui consacrazione avviene mediante la discussione e successiva approvazione di una legge, né può essere indebitamente esclusa da tale sistema. Infatti, la natura prettamente legislativa della gestione dello stato bellico si esplica anche nella riaffermazione che il sistema rappresentativo, seppur non nella sua veste ordinaria, venga stemperato nell'atto della proroga delle Camere ex art. 60 Costituzione: questa «ivi prevista, supplisce sostanzialmente le elezioni, tiene cioè luogo dell'esercizio diretto della sovranità popolare»¹⁴⁰, giungendo alla conclusione

«che poiché tale proroga può disporsi esclusivamente con legge - e perciò, con il concorso del Parlamento che delibera, del Capo dello Stato che promulga, e del Governo che propone o controfirma - , si ha conferma positiva che solo la legge costituisce il valore che maggiormente si approssima all'istanza assolutamente suprema, e che solo essa ha l'idoneità ad interpretare, a soddisfare e, occorrendo, a surrogare la sovranità popolare»¹⁴¹.

lo stato di guerra sorge in virtù di una legge normale, ottenuta attraverso il voto delle due camere, a cui si aggiunge la dichiarazione, che qui serba questo nome, del capo dello Stato», G. BALLADORE PALLIERI, *La nuova costituzione italiana*, Milano, 1948, p. 103

¹³⁵ Art. 6 Déclaration de l'homme et du citoyen

¹³⁶ Si veda nota 117

¹³⁷ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1986, p. 421

¹³⁸ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 841

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

Una tale argomentazione, comprensiva della natura legislativa del medesimo atto di deliberazione dello stato di guerra, ribadisce il primo punto, ponendo in luce il ruolo del Capo dello Stato¹⁴², laddove una diversa impostazione finirebbe per svalutarlo.

A maggior ragione, l'iniziativa che spesso determina l'iter legislativo è quella propria della proposta dell'Esecutivo: in tal senso «il Governo, infatti, è nel nostro sistema il *primum movens*, e lo è, in quanto esso solo ha una cognizione *ex eventu* della situazione, per cui esso solo ha e può fornire tutti gli elementi necessari e sufficienti per la valutazione dello stato delle cose da parte delle Camere»¹⁴³. La questione della deliberazione di guerra, che, come la storia insegna, è stata prerogativa governativa¹⁴⁴, enfatizza la sua natura legislativa proprio per il forte legame che una tale decisione ha con l'Esecutivo; sicché «un'iniziativa parlamentare, viceversa, ha il difetto di aprire la via ad interrogativi e congetture piuttosto paradossali»¹⁴⁵, rappresentando un pericoloso 'intoppo' laddove la sopravvivenza stessa dell'ordinamento venisse compromessa.

Inoltre, la gestione del fenomeno bellico non si esaurisce con la mera deliberazione dello stato di guerra, coinvolgendo e interessando altri istituti giuridici, che «per espresso dettato costituzionale»¹⁴⁶ hanno natura legislativa, e di cui l'art. 78 costituisce senz'altro l'indiscusso presupposto. Rappresentando, dunque, la base giuridica di questi altri atti legislativi delle Camere, per coerenza sistematica, la deliberazione dello stato di guerra dovrebbe avere la stessa natura degli atti che ne derivano, e quindi 'implicitamente' essere connaturata come atto legislativo. Inoltre, elemento comune tra tutti gli atti sopramenzionati e la stessa deliberazione dello stato di guerra è l'insita durata limitata nel tempo¹⁴⁷: infatti, tutti questi istituti sono ontologicamente destinati alla non applicazione, una volta dichiarata la cessazione dello stato di guerra, proprio a sottolinearne la forte correlazione. In aggiunta, poiché l'atto che pone fine allo stato di guerra ha natura legislativa¹⁴⁸, tale fondamento, specularmente, deve essere condiviso dall'atto che lo realizza in quanto «si è già osservato come guerra e pace non siano, anche per la letteratura meno recente, che i due volti di una medesima realtà, e come perciò non sia concepibile che alla legge per porre fine alla guerra non corrisponda una legge per darvi inizio»¹⁴⁹.

Eppure, tali argomentazioni paiono lacunose, se non spesso tautologiche, prive di un vero fondamento giuridico: la natura della deliberazione dello stato di guerra sembra

¹⁴² «Ritenere il contrario è un po' come dire che la (deliberazione dello stato di) guerra è cosa troppo seria, perché il Capo dello Stato possa avervi alcuna parte», *ibid.*

¹⁴³ *Id.*, p. 840

¹⁴⁴ Ancora ad oggi l'influenza governativa, sebbene istituzionalizzata, sul tema è evidente. A. PATRONI GRIFFI, "Art. 78 in Commentario alla Costituzione", cit., p. 1535

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ L'autore continua elencando gli istituti in questione: in particolare, l'applicazione della pena di morte ex art. 27 Cost., la proroga delle Camere ex art. 60 Costituzione, il conferimento dei poteri necessari ex art. 78, la ratifica dei trattati costituzionali ex art. 80. G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 839

¹⁴⁷ «Ogni guerra, per quanto lunga possa esserne la durata, ha una fine, e questa è segnata giuridicamente da un trattato, che ha innegabilmente natura politica, e che importa solitamente variazioni (in più o in meno) del territorio, sia la guerra vinta o perduta, ed importa sempre oneri alle finanze, quando la guerra sia perduta. Insomma, il trattato di pace può essere ratificato solo in seguito ad una legge di autorizzazione», *Id.*, p. 842

¹⁴⁸ Vale a dire la legge di ratificazione del trattato di pace

¹⁴⁹ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 84. Eppure, una tale impostazione non è assolutamente condivisibile. Sul punto, «la fine della guerra, che è un fatto pratico, non coincide con la dichiarazione della fine dello stato di guerra, che costituisce invece un fatto giuridico», Intervento del 20 dicembre 1946 dell'On. Bozzi in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Sedute dal 26 luglio 1946 al 30 gennaio 1947", Camera dei deputati-Segretariato generale, Roma, 1971, p. 1618

andare al di là dell'attività ordinaria del Legislativo, abbracciando un impianto e natura diversa, alla luce della straordinarietà dell'atto stesso.

In particolare, la deliberazione ex articolo 78 sembra essere ricomprendibile nella eterogenea categoria degli atti bicamerali non legislativi, gruppo di atti del Parlamento già concepito in Italia a partire dagli anni '50¹⁵⁰. Tale tipologia di atti¹⁵¹, in contrapposizione rispetto alla posizione di chi ritenga che poiché «nei sistemi bicamerali la legge si caratterizzi per il fatto che le due Camere vi manifestano una volontà [...] coincidente, si finisce per pretendere che non sia possibile manifestare una coincidenza di volontà delle due Camere se non nella forma della legge stessa»¹⁵², ritiene, invero, che anche in questi atti «le volontà dei due rami del Parlamento siano destinate a confluire»¹⁵³.

Laddove si ritenga che l'ordinamento costituzionale abbia suddiviso gli atti del Parlamento in atti legislativi, con i quali si arriva alla legge, vale a dire «l'atto con il quale le Camere manifestano le rispettive, coincidenti volontà dirette a far nascere certe norme e nel quale le volontà espresse dalle due Camere si unificano nell'unica volontà dello Stato»¹⁵⁴, e atti monocamerali non legislativi, sostanzialmente atti di autogoverno disposti da ciascuna Camera singolarmente, non si può che giungere alla conclusione che una simile bipartizione sia insufficientemente attenta nel delineare le effettive prerogative che il testo costituzionale riconosce al Parlamento; difatti, manca una classificazione secondo queste due categorie di atti quali quelli previsti agli articoli 78 e 127 ultimo comma¹⁵⁵. Tralasciando la possibilità di riconoscere alla deliberazione dello stato di guerra la qualità di atto complesso¹⁵⁶, la nozione di atto bicamerale non legislativo ricomprende, come in questo caso, «quegli atti in cui potrebbe, cioè, sussistere anche quando le due volontà destinate a fondersi in una sola fossero risultanti da dispositivi coincidenti (un sì o un no) di deliberazioni»¹⁵⁷.

È indubbio che la deliberazione dello stato di guerra possa risolversi o con una risposta affermativa o con una negativa: infatti, il testo dell'articolo 78, nella sua

¹⁵⁰ D. NOCILLA, "Atti bicamerali non legislativi", in *Enciclopedia del diritto*, A. FALZEA, V. SGROI (a cura di), Milano, 1997, p. 183 ss.

¹⁵¹ Ad oggi la dottrina ha riconosciuto l'esistenza degli atti bicamerali non legislativi in due casi specifici: il primo riguardante la procedura seguita per le creazioni di commissioni bicamerali di inchiesta; il secondo concernente la concessione o al diniego dell'autorizzazione a procedere per vilipendio del Parlamento, *id.*, pp. 195-198.

¹⁵² *Id.*, p. 184.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Tale nozione viene più approfonditamente analizzata in D. DONATI, "Atto complesso, autorizzazione e approvazione", in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, Modena, 1903. In particolare, in tali atti «vengono così a trovarsi di fronte, per disposizione di legge, due soggetti o due organi. L'uno di essi è investito di un potere e della esclusiva potestà di esercitarlo, ma questa potestà non gli è attribuita puramente e semplicemente, ma sotto una condizione, la quale ha per oggetto la dichiarazione di volontà, fatta dall'altro. Non si ha quindi la partizione della facoltà di esercizio del potere, attribuita a un soggetto o a un organo, fra questi e il soggetto od organo autorizzante, la quale, dall'altra parte, come si disse a suo tempo, sarebbe possibile solo, quando oggetto del potere fosse il compimento di atti giuridici, ma semplicemente la dipendenza della facoltà di esercizio al primo in modo esclusivo riconosciuta dall'esercizio del potere di autorizzare di cui l'altro è investito. Onde, anche se oggetto del potere sottoposto all'autorizzazione accordata non rappresenterà una dichiarazione di volontà integrante della volontà espressa nell'atto del soggetto investito del potere e solo parzialmente della facoltà di esercitarlo, ma un atto per se stante, funzionante come condizione della potestà di compiere l'atto, e quindi presupposto dell'esistenza di questo», *ibid.*, p. 22. Ancora, «la legge nel diritto italiano appare come volontà collettiva del Re e delle due Camere: un atto complesso eguale, nonostante la competenza dei tre organi presenti delle diversità in parecchi punti, che però non riguardano i caratteri essenziali del loro consenso», S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, p. 241.

¹⁵⁷ D. NOCILLA, "Atti bicamerali non legislativi in Enciclopedia del diritto", cit., p. 186.

semplicità, ricollega il ruolo delle Camere ad una semplice decisione sulla statuizione o meno dell'entrata in guerra della Repubblica, demandando poi al Governo il ruolo di 'amministratore' dello stato bellico.

Nonostante, inoltre, la collocazione dell'art. 78 nella sezione in Costituzione dedicata alla formazione delle leggi, non si può che rammentare la genesi dello stesso articolo per confutare la tesi di chi ritiene che la mera ubicazione dell'art. 78 sia necessariamente indicativa della natura legislativa dell'atto in esame. Infatti, la scelta finale dell'Assemblea costituente di separare le prerogative dell'art. 75 del progetto di Costituzione, vale a dire la 'mobilitazione nazionale per l'entrata in guerra' e 'la concessione dell'amnistia e dell'indulto' risulta pertinente: solo a quest'ultima, infatti, i Costituenti hanno esplicitamente riconosciuto la forma di legge¹⁵⁸; di conseguenza l'esclusione relativamente alla deliberazione dello stato di guerra della medesima forma non può che portare alla conclusione che non sia un atto legislativo. Illuminante in tal senso è l'osservazione che l'On. Tosato fa: egli, invero, con forza ha ritenuto non possibile «la fusione degli articoli [...] perché, mentre nel caso della mobilitazione generale e dell'entrata in guerra si tratta di una deliberazione e non di una legge sostanziale, nel caso dell'amnistia si tratta di una legge vera e propria»¹⁵⁹. Inoltre, la mancata approvazione dell'emendamento proposto dall'On. Persico al fine di modificare l'articolo 75 esplicitando che la facoltà delle Camere di dichiarare lo stato di guerra sia esercitata con una legge¹⁶⁰: lo stesso On. Persico abbandona l'idea di riforma della prima parte dell'articolo, scelta che sarà poi condivisa volutamente dalla Costituente per evitare un formalismo che in caso di conflitto sarebbe complicato da seguire, e molto verosimilmente controproducente rispetto alla tutela della stessa sicurezza della Repubblica.

La stessa Costituzione, come si è visto precedentemente, non vincola direttamente l'attività del Parlamento (o più precisamente l'attività congiunta delle due Camere, le cui volontà vengono a confluire) alla pura e semplice funzione di creazione di norme; infatti «la costruzione della categoria degli atti bicamerali comprende anche l'aggruppamento della fattispecie di cui all'art. 78 con quelle ipotesi normative che pacificamente sembrano non postulare la forma di legge»¹⁶¹.

Laddove, per assurdo, si riconoscesse alla deliberazione in analisi natura legislativa, i paradossi che ne deriverebbero sarebbero incolmabili, pregiudicando irrimediabilmente l'efficacia della disciplina¹⁶².

La decisione da parte del Paese di entrare o meno in guerra è caratterizzata da un impellente bisogno di prontezza e velocità: per l'appunto, già in Costituente era chiaro che la deliberazione dello stato di guerra dovesse essere tempestiva tanto da rappresentare un *unicum* dell'attività parlamentare e del suo regolare, spesso lungo e travagliato, svolgimento¹⁶³. Una deliberazione che quindi si presta ben poco alla

¹⁵⁸ L. ELIA, *Gli alti bicamerali non legislativi*, Milano, 1958, p. 421 ss.

¹⁵⁹ Intervento del 20 dicembre dell'On. Tosato in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Sedute dal 26 luglio 1946 al 30 gennaio 1947", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 1617

¹⁶⁰ Nello specifico la modifica da egli proposta, in data 21 ottobre 1847, suggerisce la riscrittura dell'art. 75 col seguente testo «soltanto le due Camere possono con legge deliberare la mobilitazione generale e l'entrata in guerra. Ad esse solo spetta il diritto di accordare per legge amnistie e indulti»

¹⁶¹ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 837

¹⁶² Tale affermazione è condivisibile sia che la deliberazione sia presa, oltre che con la più lunga sede deliberante, questa sia presa in sede redigente o referente

¹⁶³ «Conclude esprimendo l'avviso che non si debba concedere, salvo il caso di guerra, la facoltà di delega, ma che si debbano nello stesso tempo prendere tutte le misure necessarie per affrettare la procedura dell'esame e dell'approvazione da parte delle Assemblee elette delle proposte di legge di iniziativa governativa», Intervento del 12 novembre dicembre 1946 dell'On. Nobile in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della

tortuosa pratica delle ‘navette’ tra le due Camere per giungere ad un accordo. Inoltre, l’ipotesi di riconoscere alla deliberazione dello stato di guerra la forma legislativa è, invero, assurda se letta unitamente all’art. 74: il riconoscimento della facoltà al Presidente della Repubblica di «chiedere una nuova deliberazione»¹⁶⁴ è in contraddizione con le necessità di urgenza e celerità, che forzatamente il fenomeno bellico porta con sé, rappresentando, dunque, un’insanabile incoerenza sistematica sul punto¹⁶⁵. La decisione, proprio perché strettamente legata alla conservazione della Repubblica, non può non essere immediata¹⁶⁶, assolutamente non confacente con il lungo *ping-pong* tra Camera e Senato e in generale col lungo iter legislativo sancito in Costituzione, per non parlare della surreale attesa di quindici giorni prima dell’entrata in vigore della deliberazione, una volta pubblicata in Gazzetta Ufficiale¹⁶⁷. Quest’ultima criticità può essere risolta qualora la legge medesima, come stabilito dalla Costituzione stessa, preveda un diverso termine di entrata in vigore: nondimeno per la natura e finalità della deliberazione ex art. 78, una tale eccezionalità ne rappresenterebbe inesorabilmente la normalità, diventandone la regola, e facendo sorgere, di conseguenza, inevitabilmente interrogativi sulla conformità dell’atto di deliberazione dello stato di guerra con lo stesso iter legislativo¹⁶⁸.

Inoltre, considerando il compito del Presidente della Repubblica ex art. 74 Costituzione non si può che affermare che tale prerogativa risulterebbe inattuabile poiché «il Capo dello Stato non può sospendere col suo veto la legge, perché non può sospendere la guerra, e perciò eserciterebbe *inutiliter* la sua potestà»¹⁶⁹. Oltretutto, il riconoscimento di un tale privilegio al Presidente della Repubblica vanificherebbe la distinzione operata dai Padri Costituenti in merito alla separazione tra i due istituti, deliberazione dello stato di guerra prima, in quanto funzione affidata alle Camere, e dichiarazione dello stato di guerra successivamente, in veste di compito del Capo dello Stato. L’evenienza che il Presidente della Repubblica, sulla scia delle abitudini che il Monarca ha assunto nel periodo dell’Italia prerepubblicana, potesse diventare «Capo arbitro della pace e della guerra»¹⁷⁰, è stata volutamente scongiurata grazie, per l’appunto, alla distinzione tra i due momenti (decisionale e dichiarativo) ed evitando che il Capo dello Stato potesse interferire in alcun modo con la prerogativa parlamentare.

Inoltre, laddove si ammettesse che tale atto abbia natura legislativa, entrerebbe, inevitabilmente, in gioco la questione della conformità costituzionale a cui tale deliberazione deve allinearsi, e di conseguenza, la possibilità d’intervento della Corte

Assemblea Costituente, Sedute dal 26 luglio 1946 al 30 gennaio 1947”, Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 1294

¹⁶⁴ Art. 74 Costituzione

¹⁶⁵ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1965, p. 465

¹⁶⁶ Non è quindi condivisibile con chi ritenga che «non valgono però per questo atto le regole sulla promulgazione; in specie il capo dello Stato è obbligato a dichiarare quanto le camere hanno deliberato, e non può richiedere ad esse una seconda deliberazione. Decisioni di questo genere non possono essere tenute in sospenso», G. BALLADORE PALLIERI, *La nuova costituzione italiana*, cit., p. 103. Infatti, il sistema perderebbe la sua coerenza laddove si spiegassero tutte le anomalie del sistema ritenendo che ‘implicitamente’ si possa riconoscere delle regole diverse per ciascuna di esse. Infatti, sembra più ragionevole pensare che l’atto, che per sue caratteristiche intrinseche e ontologiche, non si presti all’iter legislativo proprio perché connaturato da natura diversa.

¹⁶⁷ Art. 73 Costituzione

¹⁶⁸ Si veda nota 157

¹⁶⁹ G. FERRARI, “Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto”, cit., p. 838

¹⁷⁰ Intervento del 13 marzo 1947 dell’On. Bencivenga in “La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente, Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947”, Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., pp. 374-378

costituzionale¹⁷¹. Effettivamente, la natura legislativa della deliberazione dello stato di guerra ne determinerebbe la possibile sottoposizione allo scrutinio della Consulta, in quanto atto avente forza di legge. Una tale conseguenza deriverebbe da un lato dall'inevitabile riconoscimento della forma di legge alla deliberazione ex art. 78, alla luce della sua collocazione nella Sezione II del Parlamento; e dall'altro dall'art. 134 poiché stabilisce la prerogativa a giudicare «sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge»¹⁷².

Nello specifico, secondo una prima ipotesi, tale deliberazione potrebbe, innanzitutto, essere sottoposta al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, che si realizza qualora la questione della legittimità costituzionale venga sollevata dal giudice *a quo* in un caso in cui tale disposizione impugnata sia rilevante; e di conseguenza, la Consulta, laddove ravvisi l'illegittimità della deliberazione, dovrebbe dichiarare l'accoglimento della questione portando come eventuale conseguenza l'annullamento *ex tunc* della deliberazione stessa. Come è facile immaginare, ovviamente, un tale scenario è impensabile, visto che il fenomeno bellico, presentandosi come situazione di fatto, non può cessare semplicemente a seguito di una sentenza, compromettendo la stabilità e la congruenza dell'operato degli organi costituzionali durante il periodo delle ostilità, proprio, quindi, nel momento in cui il Paese ha necessità di una compattezza e solidità maggiore. Oltre a ciò, la questione di legittimità costituzionale in via incidentale richiede, per poter essere sollevata, il requisito della rilevanza che inevitabilmente implicherebbe che la causa sia iniziata solo dopo che si sia concretizzato lo *status* di partecipazione del conflitto, rendendo la situazione ancora più paradossale in quanto l'annullamento della deliberazione risulterebbe assurdo.

La seconda ipotesi, ossia il giudizio di legittimità in via principale, porterebbe da un lato a una pronuncia più tempestiva, rispetto alla precedente supposizione, sulla legittimità costituzionale della deliberazione dello stato di guerra, visto il limite di 60 giorni lasciato alle Regioni per sollevare la questione di legittimità, ma dall'altro avrebbe sempre come sviluppo realizzabile l'annullamento della decisione del Parlamento.

Tralasciando l'improbabile evenienza di un effettivo accoglimento della questione in questi due casi, vista la difficoltà di provare la rilevanza della questione in un giudizio *a quo* nel primo caso, e l'improbabile proponimento da parte di una Regione di una denuncia di una violazione su una competenza pacificamente ritenuta statale¹⁷³, quello che rileva ai fini di questo discorso è l'impatto che la pronuncia d'accoglimento della Consulta produrrebbe sullo status delle cose, a conflitto ormai, molto probabilmente, deliberato e iniziato.

A dire il vero, lo scrutinio della deliberazione ex art. 78 sarebbe escluso qualora si riconoscesse a tale atto esclusivamente natura politica: infatti, ai sensi dell'art. 28 della legge del 11 marzo 1953 n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e

¹⁷¹ Ovviamente il discorso in questione si svolge in via meramente teorica e di ipotesi di scuola in quanto tali ragionamenti sono difficilmente verificabili in caso di situazioni straordinarie ed eccezionali, LABRIOLA S., "Difesa nazionale e sicurezza dello Stato di diritto nel diritto pubblico italiano in Rivista trimestrale di diritto pubblico", cit., p. 940

¹⁷² Art. 134 Costituzione

¹⁷³ Tuttavia, si ricorda l'iniziale possibilità di prevedere la mobilità nazionale a parte del territorio poteva effettivamente realizzare la possibilità da parte di una Regione di contestare l'eventuale mobilitazione parzialmente deliberata del suo territorio

ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Tuttavia, l'ammissione della sola natura politica della deliberazione, precisa l'assenza di un contenuto normativo dello stesso, visto che il contenuto della deliberazione dello stato di guerra si può declinare o in senso affermativo o in senso negativo, in contraddizione con la stessa definizione di legislativo, e dunque precluderebbe ogni controllo del Giudice delle leggi in quanto la valutazione politica alla base dell'atto coinciderebbe con la natura stessa della decisione in esame.

Sempre l'analisi dei limiti di contenuto in cui tale deliberazione viene iscritta, è significativa per affermare la natura non legislativa della prima parte dell'art. 78. Inoltre, la singolarità dell'atto in questione è lampante se si confronta l'articolo in questione con gli altri atti aventi forza di legge. Si è già visto, infatti, che l'ordinaria procedura legislativa mal si concilia con le impellenti urgenze che lo Stato deve affrontare in caso di minaccia di un conflitto; dunque, il paragone¹⁷⁴ dell'articolo in esame con gli altri atti aventi forza di legge è quanto mai illuminante per comprendere quanto questa ipotesi non sia solo surreale, ma anche non accostabile ad altre fonti primarie dell'ordinamento italiano. Invero, avendo escluso che la natura della deliberazione possa essere assimilabile a quella della legge ordinaria descritta in Costituzione, non resta che verificare se alla prima parte dell'art. 78 possa essere riconosciuta la natura di atto avente forza di legge, interpretazione che appare fin da subito problematica. Infatti, comparando la deliberazione dello stato di guerra con gli altri atti aventi forza di legge del sistema delle fonti italiano si notano fin da subito delle grosse differenze.

Trascurando la questione del referendum abrogativo, in quanto strumento di abrogazione di norme giuridiche e non impositivo¹⁷⁵, conviene in questa sede soffermarsi sulle altre forme di atti aventi forza di legge, vale a dire la legge delega, il decreto-legge, la legge di amnistia e indulto e infine, la legge di ratifica dei trattati internazionali. In questi casi, il riconoscimento della natura legislativa di questi atti è palese e non oggetto di contraddizione in quanto pacificamente riconosciuta in Costituzione e in dottrina. Studiando gli articoli¹⁷⁶ che disciplinano queste fattispecie è chiara la volontà di limitare le ipotesi di legislazione diversa da quella ordinaria; se da un lato circostanze particolari richiedono un adeguamento sostanziale e procedurale dell'atto disposto, dall'altro la natura singolare degli atti di cui si parla viene sempre ricondotta a una limitazione temporale o a una limitazione di contenuto. Infatti, tali atti possono differenziarsi in due macrocategorie: atti di delegazione¹⁷⁷ al Governo¹⁷⁸ e atti parlamentari peculiari. Eppure, nonostante il diverso organo che esercita tale attività rileva il limite espressamente posto in articolo, sia nel primo caso che nel secondo, a vincolare precisamente tali prerogative. Tale limite si esplica sia con riguardo alla durata temporale, qualora vi siano «circostanze straordinarie di necessità e urgenza che ne giustificano l'adozione»¹⁷⁹, che alla predisposizione di un contenuto delimitato in Costituzione,

¹⁷⁴ «Così, ad esempio, ove si abbia riguardo alla nozione di 'legge' (nel senso di atto normativo vigente a seguito dell'espletamento di una procedura all'uopo prevista da un complesso di norme sulla produzione giuridica), si avrà ovviamente riguardo alle norme sulla produzione giuridica proprie dell'ordinamento di riferimento, ma si guarderà verosimilmente anche ai concetti di portata generale», A. PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005, p. 43

¹⁷⁵ In realtà la capacità di creare norme del referendum abrogativo è ottenuta *a contrario*

¹⁷⁶ Rispettivamente art. 76, 77, 79 e 80 Costituzione

¹⁷⁷ Sulle problematiche che la delegazione determina già ai tempi dello Statuto, M. CAVINO, «I poteri normativi del Governo nel Regno d'Italia in Federalismi.it», cit., p. 168 ss.

¹⁷⁸ L'attività governativa di delegazione viene meglio regolata dalla legge del 23 agosto 1988 n. 400

¹⁷⁹ Art. 77 Costituzione ripreso poi dall'art. 14 legge del 23 agosto 1988 n. 400

con l'eccezione della legge delega permessa tuttavia solamente «per oggetti definiti»¹⁸⁰.

Da queste prime considerazioni è facile comprendere come l'attività delle Camere nel deliberare lo stato di guerra non sia minimamente paragonabile a queste fattispecie singolari. Precisamente, la prima parte dell'art. 78 manca di una qualsiasi delimitazione chiara sia dal punto di vista della durata che dal punto di vista del contenuto, e l'autonomia di cui godono le Camere sul punto non è conciliabile con la particolarità che giustificherebbe il ricorso a una fattispecie legislativa diversa da quella ordinaria. Ergo, la mancanza di specificazioni causata dall'indeterminatezza del testo dell'articolo compromette irrimediabilmente la ricomprensione di tale atto in questa categoria.

Per questi motivi, è ragionevole e provato ritenere che la deliberazione ex art. 78 sia un atto non legislativo che denota «più in generale l'esigenza di coordinamento, in un sistema bicamerale, delle volontà delle due Camere»¹⁸¹, essendo giammai un 'potere di previsione normativa'¹⁸², quanto piuttosto un 'potere d'azione'¹⁸³, con lo scopo di decidere di far entrare o meno in guerra la Repubblica.

Infatti, in merito a tale scelta, la Costituente ha optato per una piena fiducia alla Camera dei deputati e il Senato della repubblica di decidere in materia. Precisamente, «l'aver affidato una certa decisione alle Camere non significa, però, in un sistema bicamerale, aver rinunciato ad ogni collegamento tra i due rami del Legislativo [...] [,] non significa neppure aver imposto a questi ultimi l'adozione della forma legislativa»¹⁸⁴ in quanto «la disciplina lascia uno spazio libero all'autonomia degli organi interessati, [...] perché o in sede di regolamentazione attuativa o nella prassi si scelga se ed in che modo debbano o possano coordinarsi e collegarsi tra loro»¹⁸⁵: la materia in questione rientra, dunque, in questa casistica senza porre alcun rischio al compito primario affidato alle due camere rappresentative.

Non manca chi ricorda¹⁸⁶, pur riconoscendo che la deliberazione dello stato di guerra sia un atto non legislativo, che la stessa potrebbe essere un atto monocamerale, vale a dire sia il risultato di una comune volontà dei due rami del Parlamento derivante da accordi tra singoli parlamentari e partiti politici; tuttavia, l'interpretazione prevalente è quella di considerare l'istituto in questione quale atto bicamerale non legislativo¹⁸⁷. Conclusa, dunque, la discussione sulla natura dell'atto della deliberazione ex art. 78, non resta che analizzare il concetto stesso su cui tale decisione si basa e ruota, vale a dire lo *stato di guerra*.

2.1.1. La mancata definizione costituzionale dello stato di guerra

Dalla lettura della norma fondamentale italiana, è facile ricavare che il testo costituzionale non fornisce una definizione di stato di guerra. L'unica precisazione che la Costituzione ci offre, in tal senso, riguarda il conferimento, una volta deliberato lo stato di guerra, dei poteri necessari al Governo come enunciato dalla seconda parte dell'art. 78. Altre normative specificano altri aspetti dello stato di

¹⁸⁰ Art. 76 Costituzione

¹⁸¹ D. NOCILLA, "Atti bicamerali non legislativi in Enciclopedia del diritto", cit., p. 188

¹⁸² P. PINNA, "Guerra (stato di) in Digesto delle Discipline Pubblicistiche", cit., p. 55

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ D. NOCILLA, "Atti bicamerali non legislativi in Enciclopedia del diritto", cit., p. 192

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

guerra: lo stato bellico viene dichiarato dal Capo dello Stato, il comune meccanismo elettivo e l'usuale durata quinquennale del Parlamento vengono sospesi e in luogo del meccanismo ordinario viene disposta la proroga delle Camere ex art. 60 e la giurisdizione militare speciale viene estesa anche alla popolazione civile, laddove in tempo di pace è ad essa sottoposto solo il personale militare.

L'assenza di una compiuta definizione dello stato di guerra si accompagna alla mancata definizione della guerra in sé nel testo costituzionale. La presenza di un rimando alla guerra, senza che ci si soffermi su una più attenta e precisa definizione, è da intendersi come funzionale al soddisfacimento di due finalità: la prima, più garantista, come già detto¹⁸⁸, vede nell'inconsistenza costituzionale sulla materia una opportunità di proporre eventuali interpretazioni limitative che porterebbero alla non applicazione del modello così come stabilito in Costituzione in un momento critico; la seconda, invece, già cosciente, o forse preconizzante, delle rapide evoluzioni che il fenomeno bellico avrebbe attraversato, vede in queste *clausole in bianco*¹⁸⁹ essenzialmente un espediente per permettere all'ordinamento italiano di conformarsi ed adeguarsi agli sviluppi del *bellum* nella Comunità Internazionale¹⁹⁰.

Infatti, nel capitolo precedente¹⁹¹, si sono evidenziati i mutamenti che il fenomeno bellico ha subito a partire dalla Seconda Guerra Mondiale, attraversando una «fase intensamente evolutiva»¹⁹². Era ben evidente che tale evoluzione stesse iniziando già prima del 1945: il coinvolgimento della popolazione civile ai combattimenti, lo sviluppo della tecnologia militare, la partecipazione al conflitto di organizzazioni e movimenti di resistenza non ascrivibili direttamente al Governo, la creazione e l'utilizzo dell'arma nucleare avevano preannunciato la necessità di riferirsi alla guerra inevitabilmente non come fenomeno statico e definito, quanto piuttosto dinamico e indeterminabile.

La stessa indeterminatezza accompagna per le stesse ragioni l'espressione dell'articolo 78: la sostituzione della mobilitazione nazionale con la diversa espressione 'stato di guerra' risponde a due esigenze.

La prima, vale a dire la tecnicità del linguaggio giuridico, può dirsi raggiunta grazie alla decisione finale dell'Assemblea costituente di eliminare le espressioni 'mobilitazione' e 'nazionale'; parole che hanno una valenza senz'altro evocativa piuttosto che una vera e propria concettualizzazione giuridica. In effetti tali espressioni affondano le proprie radici nel passato, legandosi in un certo senso alla nascita e allo sviluppo dell'istituzionalizzazione del fenomeno bellico oggetto della presente trattazione. Il primo dei termini sopra elencati, vale a dire quello della mobilitazione, rimanda alla concezione del *bellum* come momento partecipativo di un gruppo che agisce per raggiungere uno scopo, di chiara derivazione romantica. Difatti l'idealizzazione della guerra come lotta che coinvolge una massa si ricollega alle rivoluzioni del XVIII secolo ed ai moti dell'Ottocento. La mobilitazione nazionale però non coinvolge soltanto il momento del conflitto vero e proprio, ma concerne anche l'attivazione di quello stesso meccanismo burocratico-amministrativo di canalizzazione delle risorse di cui si è discusso nel Capitolo introduttivo. Il primo conflitto mondiale è un esempio paradigmatico in tal senso

¹⁸⁸ Si veda nota 82

¹⁸⁹ A. PATRONI GRIFFI, "Art. 78 in Commentario alla Costituzione", cit., pp. 1531-1532

¹⁹⁰ Come osserva l'Autore anche nella sfera internazionale il *bellum* ha assunto numerose sfumature, ricomprendendo oramai fattispecie variegata. *Ibid.*

¹⁹¹ Capitolo Introduttivo paragrafo 1

¹⁹² A. CURTI GIALDINO, "Guerra (diritto internazionale) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 849

visto che il fenomeno bellico ha determinato certamente la mobilitazione dell'esercito, ma anche la circostanza per la quale ogni aspetto della società e della vita sociale era dedicato, se non consacrato o sacrificato, alla guerra stessa. In effetti, benché non fossero soggetti all'obbligo di leva e non fossero attivi in trincea, donne e bambini erano coinvolti dal conflitto vista la conversione di gran parte dell'industria, nella quale gli stessi erano impiegati come forza lavoro data l'assenza degli uomini che erano stati chiamati alle armi, per far fronte alle esigenze belliche. Inoltre, l'utilizzo del termine mobilitazione richiama alla mente l'idea di movimento e frenesia, che tra l'altro si estende a tutta la Nazione; lo stato di guerra non può che risultare in una serie di mobilitazioni, quindi somma di tali atti istantanei o duraturi¹⁹³. Invece, lo stato di guerra rinvia ad una situazione determinata nel tempo ma con una durata continua, specificandone la natura: l'istituto in questione è tipicamente legato al fenomeno bellico, che seppur inevitabilmente destinato ad avere una durata limitata, può protrarsi nel tempo anche per diversi anni. Proprio per questo motivo, derivando dalla decisione delle Camere «conseguenze giuridiche di grandissimo rilievo, sia nei rapporti dei cittadini all'interno, sia nei rapporti esteri con stati e cittadini esteri»¹⁹⁴, l'On. Ruini nella seduta pomeridiana del 21 ottobre 1947, affermò: «l'espressione 'stato di guerra' mi sembra la più esatta giuridicamente, e direi anche, psicologicamente»¹⁹⁵.

Stesso discorso è applicabile nella lettura la Seconda Guerra Mondiale, che, come già detto, ha visto il coinvolgimento diretto nelle ostilità anche di movimenti di resistenza di matrice spesso popolare e non governativa. Anche l'altro termine abbandonato con la nuova formulazione dell'articolo 78, vale a dire “nazionale”, è strettamente correlato all'idea stessa del *bellum*. Infatti, fin dalla sua origine, quest'ultimo si è caratterizzato come momento decisivo e critico di formazione e di delimitazione di una determinata comunità con valori e fini condivisi. La concettualizzazione della Nazione, più tardi concretizzata con la Rivoluzione Francese, ha continuato ad avere una forte valenza evocativa. In diritto, però, questo termine pone una serie di difficoltà interpretative.

La seconda relativa alla continua necessità di aggiornamento relativamente al fenomeno bellico. Come già spiegato, la genericità, ma al contempo la precisazione dell'espressione, ha come scopo preciso quello di concettualizzare in diritto il fenomeno in questione. Nonostante la riconduzione in diritto, nello specifico nelle strutture dell'ordinamento costituzionale, del fatto-*bellum*, lo stato di guerra rimane una mera «correttezza costituzionale»¹⁹⁶; lo stato bellico non può non costituire un «*posterioris* giuridico, logico e [...] cronologico»¹⁹⁷ in quanto il conflitto, inteso come situazione di fatto non può essere subordinato ad una costruzione giuridica. Inoltre, il participio passato sostantivato dell'espressione in parola ne delinea proprio questa consequenzialità: la deliberazione delle Camere verterà, dunque, sull'*esistente* e non su *ciò che esisterà*, poiché «lo stato di guerra di cui alla disposizione costituzionale in commento deve corrispondere ad una effettiva situazione di

¹⁹³ Si veda nota 94

¹⁹⁴ Intervento del 21 ottobre 1947 dell'On. Ruini in “La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 29 luglio 1947 al 30 ottobre 1947”, Camera dei deputati-Segretario generale, cit., pp. 3412-3413

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ M. RODRIGUEZ, “Art 78 “, cit., p. 486

¹⁹⁷ G. FERRARI, “Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto”, cit., p. 834

belligeranza a livello internazionale»¹⁹⁸.

Il concetto in esame rimanda, quindi, ad una costruzione giuridica la cui definizione non esiste se non una volta che la guerra-fatto sia stata iscritta nell'ordinamento costituzionale: la guerra-fatto si caratterizza per la straordinarietà ed incompatibilità con il proseguimento dell'attività ordinaria sia della popolazione civile che degli organi di Stato, estraniandosi dalle regole applicabili in tempo di pace. Lo stato di guerra, una volta reintegrata l'anormalità della situazione nel circuito ordinamentale costituzionale, rimanda quindi ad uno *status quo* delle cose che sia retto da specifiche regole *previste*, e non susseguenti, allo scoppio del conflitto. La guerra non è dunque più semplice fatto completamente alieno alla logica giuridico-legale della struttura del diritto, e lo stato di guerra accosta alla guerra-fatto la previsione della guerra-diritto.

Comprendendo la specialità che la deliberazione dello stato di guerra, quale strumento di conciliazione tra situazione di fatto e situazione di diritto, conviene ora soffermarsi sui meccanismi che reggono la procedura di scelta stessa, analizzando dunque la questione della maggioranza richiesta nella votazione parlamentare.

2.1.2. I profili problematici della maggioranza richiesta

La politicità della decisione di entrare o meno nel conflitto determina il configurarsi della decisione stessa come una manifestazione di volontà parlamentare; ma rispetto al precedente modello statuario, in cui la manifestazione di volontà era unicamente quella del sovrano o del capo di governo, nel nuovo sistema repubblicano la decisione di entrare o meno in guerra deve essere capace di esprimere il volere dei 'rappresentanti della Nazione'. Entra in gioco, dunque, la questione della regola di maggioranza nella votazione parlamentare in materia.

Laddove si parla di deliberazione parlamentare, non si può che chiedersi quale sia la regola che determina l'adozione di una soluzione o dell'altra. Se è certo che nell'ordinamento italiano sia in vigore la regola della maggioranza, a questo punto è opportuno domandarsi quale sia la maggioranza richiesta ai fini della deliberazione dello stato di guerra. Infatti, per quanto riguarda le deliberazioni parlamentari, la regola, applicabile nella generalità dei casi, ove non diversamente disposto, viene stabilita all'art. 64 Costituzione: il testo stabilisce che la regola generale della validità delle deliberazioni delle Camere tramite l'individuazione di due requisiti, un *quorum partecipativo* e un *quorum deliberativo*.

Innanzitutto, una deliberazione valida, per quanto riguarda sia la Camera dei deputati che il Senato della Repubblica, è tale laddove venga presa con la presenza in aula della maggioranza dei loro componenti. Il dettato costituzionale è impreciso su tale punto: è dubbio se la 'presenza della maggioranza dei componenti' venga considerata necessaria per tutto il tempo della discussione sull'oggetto della deliberazione (in questo caso, come evidenziato in precedenza, essendo l'oggetto limitato alla risposta affermativa o negativa a un quesito preciso di entrata in guerra del paese, manca il momento della stesura del testo normativo), o, invece sia richiesta soltanto per il

¹⁹⁸ A. GIARDINA, "Art 78 in Commentario della Costituzione", cit., p. 103. In aggiunta, «osservare, ad esempio, che il 'tempo di guerra' non è mera nozione di fatto, bensì di diritto ed è concetto rilevante nel diritto interno (in quanto può condurre ad ampliare le competenze delle pubbliche autorità o a modificare i diritti e i doveri dei cittadini) e che, invece, lo 'stato di guerra' (in quanto consistente nella belligeranza o costituzione di un rapporto giuridico bellico tra uno Stato ed un altro) è concetto proprio del diritto internazionale pubblico», G. D'ORAZIO, "Proroga delle Camere", in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, F. PIGA (a cura di), Milano, 1988, p. 418

momento finale della deliberazione, vale a dire il momento della votazione.

Il secondo prerequisite è quello rispetto al quorum deliberativo della maggioranza dei voti dei presenti, ossia la maggioranza semplice dei presenti. Quest'ultimo aspetto è alquanto peculiare: è innegabile che la deliberazione dello stato di guerra, trattandosi di una «decisione su un evento così rilevante nella vita nazionale»¹⁹⁹ ed essendo attinente all'esistenza e persistenza dello Stato, coinvolge interessi vitali di quest'ultimo, per cui l'assenza o la 'dimenticanza' di una deroga alla regola generale di cui all'art. 64 Costituzione, appare una mancanza curiosa, se non sconcertante. Infatti, per quanto riguarda le delibere di atti parlamentari particolari o speciali è lo stesso testo costituzionale che prevede la maggioranza assoluta (come, ad esempio, per il caso dell'approvazione della legge di bilancio o dell'autorizzazione al ricorso all'indebitamento ex art. 81 o della messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica per alto tradimento o attentato alla Costituzione ex art. 90)²⁰⁰ o particolari maggioranze qualificate (come, per esempio, nell'ipotesi dell'approvazione della legge di amnistia e indulto di cui all'art. 79²⁰¹ o delle prime due votazioni per l'elezione del Presidente della Repubblica)²⁰². Il silenzio dei Costituenti sul punto è inspiegabile visto che per deliberazioni parlamentari riguardanti interessi di rilievo della Repubblica, quali l'approvazione della legge di bilancio o l'elezione del Capo dello Stato, viene prevista l'eccezionalità dei procedimenti rafforzati per la loro approvazione, proprio a sottolinearne l'importanza che tali decisioni rivestono per lo Stato italiano. Eppure, nonostante la rilevanza e la serietà dell'oggetto della deliberazione ex art. 78, in Costituente si è convenuto che la decisione della partecipazione del paese alle ostilità non sia 'sufficientemente significativa' per stabilire un *quorum* superiore alla metà più uno. Una tale scelta può essere spiegata secondo diverse prospettive, giungendo a diverse conclusioni.

La previsione della maggioranza semplice, che coincide necessariamente con quella relativa, velocizza senza dubbio l'attivazione del meccanismo ex art. 78: infatti, per definizione, la maggioranza semplice è raggiunta con un quorum più basso rispetto a quello richiesto per una deliberazione con maggioranza assoluta o qualificata, così che una deliberazione in senso affermativo è più facilmente raggiungibile.

Questa maggiore semplicità decisiva è ovviamente legata all'oggetto stesso dell'istituto in esame: è immaginabile che lo stato di guerra insorga solo in caso di gravi e importanti motivi compromettenti la sicurezza nazionale o interessi vitali dello Stato²⁰³. Difficilmente la proposizione stessa dell'attivazione del meccanismo

¹⁹⁹ T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, 2017, p. 329

²⁰⁰ Non si citano, ma si ricordano le altre iniziali deroghe previste alla regola generale ex art. 64 di cui all'art. (modificato dall'articolo 2 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.) e all'art. 138 co. 1

²⁰¹ Inizialmente era prevista l'ipotesi di una delega legislativa relativamente ai decreti di amnistia e indulto (oggi soppressa dalla legge cost. del 9 marzo 1992 n.1) che richiedeva una maggioranza qualificata dei 2/3 per la delibera delle leggi di concessione di amnistia e/o indulto; una simile situazione mette in risalto l'incongruenza del sistema perché la deliberazione dello stato di guerra, deliberazione per certi versi *più importante* di quella sopramenzionata, comporta la di poteri più ampi rispetto a quelli che potrebbero essere trasferiti tramite una semplice delega legislativa, A. PIZZORUSSO, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1997, p. 434

²⁰² Si ricordano anche l'art. 138 co. 3

²⁰³ P. BARBERA, "Parlamento e politiche di sicurezza tendenze e prospettive", in *Quaderni Costituzionali*, Bologna, 1987, p. 340 ss. In particolare, «se oggi è ipotesi concreta la cancellazione di intere nazioni in un confronto nucleare globale; se oggi dobbiamo fare i conti con le minacce che incombono sull'intero pianeta e sulle generazioni future; se oggi i vincoli internazionali e le caratteristiche tecnologiche dei più moderni sistemi d'aria rischiano di vanificare come mai era accaduto nel passato i poteri di decisione attribuiti a qualsivoglia autorità nazionale, diventa ben comprensibile (anzi: indispensabile) una norma che sottragga il 'nocciolo duro' della politica di difesa e di sicurezza all'ordinaria dialettica maggioranza/opposizione. Anche perché il grado di irreversibilità ed irreparabilità delle scelte operate vanificherebbe ogni controllo *ex post* e ogni responsabilità politica», *id.*, p. 341

costituzionale oggetto di questa analisi sarebbe anche solo pensabile, laddove non si verificassero circostanze di tal specie. Proprio per questo motivo, dunque, qualora l'oggetto di una scelta delle Camere in questo senso presupponga un'urgenza decisionale, e forse un'ovvietà stessa della delibera. Portando alle estreme conseguenze tale ragionamento, la maggioranza semplice rappresenterebbe un mero 'passaggio di rito', un formalismo squisitamente lapalissiano di una scelta di cui si conosce già il destino e il contenuto.

Eppure, una considerazione di questo genere appare in contraddizione con la decisione stessa dei Costituenti di riservare alle assemblee rappresentative la prerogativa ex art. 78.

Proprio la politicità, quivi più volte sottolineata, intrinseca alla decisione di entrare o meno in guerra, ha determinato da una parte la separazione del momento decisionale, ontologicamente legato alla volontà politica dei rappresentanti eletti dalla cittadinanza, e il momento dichiarativo, inerente fondamentalmente agli effetti che la decisione assume nell'ordinamento interno ed internazionale, nonché, dall'altra parte, l'assegnazione ai due diversi organi dello Stato dei compiti di cui agli articoli 78 e 87. Infatti, la nozione stessa di 'politico', in questo caso pertinente alla finalità cui la deliberazione viene disposta²⁰⁴, richiama necessariamente un momento selettivo. Allorché si limitasse il meccanismo di deliberazione dello stato di guerra a un mero formalismo, necessario per disposizione costituzionale, ma in realtà 'vuoto' di una reale volontà, finendo per essere negata la stessa natura politica dell'atto stesso, così come la stessa scelta dei Costituenti in proposito.

Inoltre, sempre a riguardo alla decisione dei Costituenti, si rammenta anche la volontà in seno all'Assemblea costituente di limitare, se non escludere ostentatamente l'Esecutivo dalla determinazione dello stato di guerra. Ed invece, limitando la maggioranza ad una pura prevalenza dei voti in ciascuna Camera vi è il rischio che indirettamente la decisione sia 'pilotata' dal Governo²⁰⁵. Precisamente, in teoria, vi dovrebbe essere una forte correlazione tra la maggioranza parlamentare, direttamente eletta dal popolo, e la scelta del Presidente del Consiglio dei ministri e degli altri responsabili dei Dicasteri. Il condizionale della proposizione precedente dipende ovviamente dalle problematicità della stabilità del Governo che da sempre hanno contraddistinto l'ordinamento italiano. Infatti, il rischio di una sostanziale decisione del governo, che il Parlamento si limiterebbe a rispecchiare, è ipoteticamente insito nel silenzio del testo in esame: proprio per scongiurare tale pericolo, si è giunti alla previsione per particolari scelte di un consenso qualificato, o *bipartisan*²⁰⁶, in quanto il contrario comporterebbe una regola altamente rischiosa per i valori della democrazia e del pluralismo di cui la Repubblica si è fatta portavoce e difensore. Per deliberazioni concernenti un fenomeno destabilizzante, straordinario e travolgente quanto la guerra, sarebbe, dunque, opportuno ed indispensabile, un consenso che non sia limitato «alla approvazione da parte delle forze politiche di maggioranza»²⁰⁷, ma che coinvolga anche le minoranze, in particolare, diventando un

²⁰⁴ La difesa dello stato, sia da nemici interni, che soprattutto esterni, è elemento costitutivo per evidenziare la natura politica dell'atto in questione. C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio dei poteri sovrani*, Padova, 1983, pp. 97-103

²⁰⁵ In realtà parte della dottrina è concorde nel ritenere che una tale posizione sia coerente con il sistema in quanto il Governo ne risponderebbe, LABRIOLA S., "Difesa nazionale e sicurezza dello Stato di diritto nel diritto pubblico italiano in Rivista trimestrale di diritto pubblico", cit., p. 940

²⁰⁶ D. GIROTTO, "L'art. 78", cit., p. 717

²⁰⁷ *Ibid.*

atto esteso anche a tutte o almeno ad alcune forze di opposizione»²⁰⁸. Una tale scelta, poiché capace di «disporre un tale ‘passaggio’ di stato»²⁰⁹, coinvolgerebbe inevitabilmente e drammaticamente «la collettività statale nella sua totalità (o unità)»²¹⁰, e quindi «non può essere di parte, anche se della parte maggioritaria», risultando incompatibile «con la logica di un ordine costituzionale democratico, disomogeneo e pluralistico»²¹¹. Allo stesso tempo, nonostante le incongruenze di questa regola, «la sua trasformazione in consuetudine rischierebbe addirittura di collidere con il principio maggioritario che caratterizza il nostro sistema decisionale democratico»²¹².

Tralasciando quella che è la realtà ad oggi, non si può che improntare l’analisi del testo dell’art. 78, per i fini che l’indagine si prefigge, secondo un’ottica puramente astratta al fine non tanto di ignorare eventuali argomenti discordanti, quanto più per accentuare le contraddizioni che la stesura finale dell’articolo in esame ha originato, e i cui aspetti problematici sono stati trascurati e ignorati dal Legislatore perché privi, ad oggi, di conseguenze sul piano pratico, data la mancata attivazione del meccanismo di cui all’art. 78.

Pertanto, la mancata definizione di una maggioranza qualificata persiste anche nel regolamento della Camera dei deputati e nel regolamento del Senato della Repubblica: non vi è alcuna disposizione per la deliberazione dello stato di guerra così che si rimanda, di conseguenza, completamente alle disposizioni vaghe di cui agli articoli 64 e 78 Costituzione. Questi regolamenti, che dal punto di vista della gerarchia delle fonti possono essere considerati quali infracostituzionali ma comunque supralegislativi, non determinano quindi una regola di maggioranza specifica per la deliberazione di cui all’art. 78 non ponendo alcun argine al rischio di verifica dello scenario appena ipotizzato, vale a dire una scelta dettata dalla semplice maggioranza dei presenti al momento della delibera dei due rami del Parlamento.

Tuttavia, nonostante queste ultime considerazioni, il testo dell’art. 78 è cristallino o, meglio, è chiaro nei suoi silenzi: la maggioranza richiesta per la deliberazione dello stato di guerra è semplice, con tutti i rischi e le incongruenze del caso.

2.2. Le camere “conferiscono al Governo i poteri necessari”

Il ruolo delle Camere non si esaurisce con la deliberazione dello stato di guerra: infatti, sempre le stesse, hanno il compito di ‘conferire’ al Governo ‘i poteri necessari’. Precisamente, in tempo di guerra, è impensabile che l’attività legislativa possa essere condotta attraverso l’attività ordinaria delle assemblee rappresentative: la tempestività dell’azione e la coesione dell’indirizzo politico-militare sono indispensabili per la gestione dell’emergenza bellica²¹³. Per questo motivo, la deliberazione dello stato di guerra non è l’unico compito che la Costituente ha

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ P. PINNA, “Guerra (stato di) in Digesto delle Discipline Pubblicistiche”, cit., p. 55

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.*

²¹² D. GIROTTI, “L’art. 78”, cit., p. 717

²¹³ Consapevolezza da tempo condivisa sia per gli ordinamenti continentali, che i sistemi di Common Law, che seppur con caratteristiche specifiche, condividono l’idea che la gestione di un’emergenza richieda un conferimento di poteri per la sua risoluzione. G. MOTZO, “Assedio (stato di) in Enciclopedia del diritto”, cit., p. 252

rimesso alle Camere: queste devono, invero, occuparsi di rendere quell'attività eccezionale dell'Esecutivo, espressamente prevista nella seconda parte dello stesso articolo 78, possibile e definita.

Questa disciplina è, nonostante le differenze non di poco conto che si analizzeranno a breve, un chiaro lascito della consuetudine e della regolamentazione pre-costituzionale. Infatti, da un lato la prassi studiata a inizio Capitolo, dall'altro la normativa quale l'art. 217 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, sottendevano l'idea che la gestione del conflitto fosse chiaramente una prerogativa governativa. Questa stessa consapevolezza è emersa chiaramente in Costituente come emerge dalle parole con cui l'On. Clerici ricordò 'l'ampia facoltà legislativa' conferita all'Esecutivo con l'entrata in guerra dell'Italia il 24 maggio 1915²¹⁴. In generale, inoltre, l'art. 3 della legge del 31 gennaio 1926 n. 100 ribadiva la possibile attribuzione, anche molto ampia²¹⁵, dell'esercizio del potere legislativo al Governo.

Per quanto riguarda il rapporto tra la deliberazione dello stato di guerra e l'atto di conferimento dei poteri al Governo, la dottrina non è concorde nel ritenere che sia naturale ed immediata conseguenza della deliberazione la concessione della prerogativa di regolamentazione del fenomeno bellico all'Esecutivo.

Difatti, il riconoscimento dell'assoluta discrezionalità delle assemblee rappresentative sul tema della deliberazione comporterebbe la libertà di discernimento sulle tempistiche e sui contenuti di questa assegnazione al Governo. Infatti, in quanto scelta delle Camere senza alcun vincolo, queste «sono pienamente libere di valutare, in relazione alle circostanze, l'opportunità di conferire, o meno, quei poteri»²¹⁶, ovvero «di conferirli in uno o in un altro momento, in una o in altra misura»²¹⁷: alcuni anzi considerano implicita la separazione cronologica dei due atti in quanto «è abbastanza pacifico che il conferimento di nuovi poteri al Governo richiederebbe un'apposita legiferazione, visto che la portata dei poteri stessi non è definita né dalla Carta costituzionale né da una legge ordinaria successiva»²¹⁸. Ergo, l'apertura alla possibilità di differire il conferimento al Governo, vista la sua diversa funzione rispetto alla deliberazione²¹⁹, non solo sarebbe possibile e lecita, ma anzi rientrerebbe tranquillamente nello spettro di facoltà accordate alle assemblee parlamentari in materia di decisione sull'impegno militare. Di qui la condizionalità del fenomeno bellico, data dalla molteplicità e dalle incognite che caratterizzano la guerra-fatto, che renderebbe di fatto inverosimile e sterile²²⁰ la previsione di una «rigida consequenzialità tra le deliberazioni dello stato di guerra e l'instaurazione di un regime di emergenza bellica»²²¹, concretizzato e concretizzabile solamente con il conferimento di più ampi poteri all'Esecutivo.

L'unico limite espressamente riconosciuto riguarderebbe il profilo soggettivo di una tale concessione, sia dal lato del soggetto attivo che di quello passivo²²²: la

²¹⁴ Si veda nota 30

²¹⁵ Si veda nota 47

²¹⁶ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p.843

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 226

²¹⁹ A. PATRONI GRIFFI, "Art. 78 in Commentario alla Costituzione", cit., p. 1538

²²⁰ In tal senso «con queste precisazioni si nota che la disposizione sul *conferimento dei poteri necessari* dal parlamento al governo segue immediatamente quella riguardante la decretazione governativa a contenuto normativo con o senza previa delega governativa», G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, cit., p. 229

²²¹ P. PINNA, "Guerra (stato di) in Digesto delle Discipline Pubblicistiche", p. 57

²²² «L'istituto dei poteri necessari, se anche si presta a ricostruzioni concettuali diverse da quella sopra delineata, non lascia alcun margine all'opinabile per quanto riguarda invece il profilo soggettivo. Non occorre in proposito far richiamo alle considerazioni che precedono, risultando statuito a chiare note nell'art. 78 che, come dal lato

Costituzione prevede chiaramente che i poteri necessari all'emergenza bellica possono essere unicamente accordati all'Esecutivo, limitando in questo aspetto la discrezionalità delle Camere²²³.

Nonostante manchi una precisazione in merito alla continuità e contestualità degli atti in questione, pare decisamente conveniente ritenere che i due compiti di cui all'art. 78, siano da considerarsi implicitamente contestuali alla luce della lettura dell'articolo in esame. La sintassi del testo è chiara: la copulativa tra le due proposizioni determina non solo una pari importanza dei doveri parlamentari nella trattazione della gestione dell'emergenza bellica, ma anche una simultaneità temporale sottintesa.

È indubbio che lo stato di guerra sia prerequisite indispensabile per il conferimento di tali poteri, e che la coordinazione sintattica dei due periodi non sia da intendersi alla luce di un'eventuale autonomia²²⁴ dei due compiti delle Camere in caso di guerra: l'interdipendenza delle due operazioni è, invero, resa evidente dalla locuzione 'poteri necessari' specificamente da intendersi in relazione al fenomeno bellico²²⁵, caratterizzato dalla necessità «operante di per sé e validamente operante nel sistema in quanto indirizzata al fine di assicurarne [dell'ordinamento statale] la conservazione»²²⁶, prevedendo la Costituzione altri strumenti, all'uopo l'art. 76 e 77, in caso di altre forme di urgenze od esigenze. Inoltre, il richiamo alla necessità nell'espressione in parola, non deve intendersi solamente riferito al contenuto del conferimento²²⁷, di cui si avrà modo di discutere a breve, da parte delle assemblee elette, quanto anche all'idea di tempestività con cui tale atto debba realizzarsi.

Il rimando, tra l'altro, allo stato bellico, e quindi alle esigenze che vi si accompagnano, risulterebbe perciò in un impellente bisogno di potere d'azione del Governo traducendosi con la ricomprensione nel *giuridico* non solo in merito alla prima parte dell'art. 78, ma anche dell'atto in sé della deroga²²⁸ all'ordinaria distribuzione dei compiti istituzionali²²⁹. Oltretutto, la devoluzione iniziale simultanea alla deliberazione ex art. 78 non pregiudicherebbe la possibilità da parte

attivo del conferimento solo organo sono le Camere, così dal lato passivo unico ed esclusivo attributario dei poteri necessari può essere il Governo», G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 847

²²³ D. GIROTTI, "L'art. 78", cit., p. 721

²²⁴ Non pare condivisibile ritenere che «gli effetti propri della delibera ne giustificano la autonomia funzionale e, se del caso, anche temporale rispetto al conferimento al Governo dei poteri necessari», A. GIARDINA, "Art 78 in Commentario della Costituzione", cit., p. 98

²²⁵ «La delega generale deve essere concessa esclusivamente per i provvedimenti resi necessari dalla condotta della guerra, e non potrà estendersi a provvedimenti estranei alla condotta della guerra», Intervento On. A. CRISPO in Assemblea costituente in data 10 settembre 1947

²²⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 713

²²⁷ L'idea della necessità come giustificazione dell'attribuzione di tali prerogative al Governo è da riferirsi anche al contesto in cui le stesse verrebbero esercitate da P. PINNA, "Guerra (stato di) in Digesto delle Discipline Pubblicistiche", p. 57

²²⁸ Le deroghe al riconoscimento della funzione legislativa in un ordinamento al Parlamento, in quanto organo rappresentativo, e la sottrazione quindi della suddetta prerogativa al monopolio parlamentare risultavano fin dalle prime Costituzioni dell'Ottocento. La previsione, anche nella norma fondamentale, accomuna dapprima le Costituzioni flessibili, per poi essere conservata successivamente anche in quelle rigide. Infatti, la previsione di «devoluzione di consistenti poteri normativi dalle assemblee parlamentari all'esecutivo» è entrata nel testo costituzionale italiano naturalmente, «quasi senza discussioni - tanto in commissione quanto in aula [si parla dell'Assemblea costituente]», poiché era ormai consolidato che la delega all'Esecutivo fosse un fenomeno inevitabile. L. PALADIN, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1989, p. 179 ss.

²²⁹ «In pratica è quasi sempre avvenuto che, sinché si spera, o si ritiene possibile, circoscrivere e soffocare rapidamente l'insorgere di sommovimenti interni, si preferisce rinunziare alla 'dichiarazione' formale di uno stato di emergenza che importi la cosiddetta sospensione della Costituzione, utilizzando invece l'azione immediata e diretta, spesso lesiva delle situazioni garantite, ma tale da evitare il riconoscimento formale della eccezionalità ed anormalità dei poteri messi in opera», G. MOTZO, "Assedio (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 254

del Legislativo di continuare all'occorrenza a provvedere nuovamente con il conferimento di nuovi poteri necessari alla gestione del conflitto laddove vi siano nuove necessità da fronteggiare. La concessione di tali prerogative all'organo governativo provvede anche a individuare l'organo responsabile della gestione dell'emergenza bellica, ponendosi in realtà in continuità con la struttura repubblicana-democratica e a sua tutela.

La conclusione è che la necessità di tradurre la guerra-fatto in guerra-diritto non si limita alla deliberazione dello stato straordinario previsto per l'emergenza bellica, investendo anche la dimensione delle prerogative e delle funzioni riconosciute agli organi dello Stato. Invero, nonostante molti Autori sottolineino che rimanga aperto l'interrogativo sulla sussistenza di tali *poteri necessari* e sulla portata che gli stessi investono, la dottrina evidenzia il ruolo che la necessità, qui specificamente in relazione al fenomeno bellico, assume, riconoscendo ai poteri necessari parimente natura di *poteri necessitati*²³⁰: lo stato di guerra «non può altrimenti risolversi se non risalendo ad una fonte di legittimazione *extra ordinem* qual è 'la necessità'»²³¹, strettamente connessa alla lotta per la sopravvivenza dell'ordinamento, e quindi giustificazione della sua sospensione delle regole che ne definiscono il normale funzionamento.

Sembrerebbe potersi ritenere che la formalizzazione dell'allargamento dei poteri del Governo, ampliamento indispensabile e inevitabile per fronteggiare il pericolo alla base della deliberazione ex art. 78, concorra con la decisione stessa delle Camere in quanto momento di assimilazione della guerra-fatto nel diritto costituzionale al fine di «servire a legittimare l'uso scorretto; di poteri eccezionali»²³² almeno astrattamente, situazione che sarebbe comunque inevitabile perché tale conferimento è «in funzione della rapidità e della efficacia dell'azione repressiva ed in vista delle esigenze della ragion di stato»²³³. Alla luce del fatto che la deliberazione spettante alle Camere è saldamente connessa alla *raison d'état*, è logico comprendere la natura prettamente politica alla base della stessa: eppure un simile argomentazione non si può estendere al conferimento al Governo di tali prerogative in quanto tale 'concessione' trova unicamente il suo fondamento nella necessità. Partendo dal postulato per cui si considera «lo stato di necessità bellica come fatto rilevante soltanto qualora particolarmente qualificato»²³⁴, si comprende come la determinazione dello stato di guerra implica una «pregressa valutazione delle Camere (qualificazione)»²³⁵ che condiziona l'eccezionalità dell'ordinamento: è solamente in merito alla deliberazione dello stato di guerra che «la formula dell'art. 78 cost. [...] configura [...], a favore del Parlamento, perché questo organo ne disponga eventualmente, [...] facoltà diverse e di contenuto ben più ampio»²³⁶. Esattamente, la decisione delle Camere determina «a sua volta, a favore del Governo, facoltà diverse e di contenuto ben più ampio (conferimento ad hoc dei 'poteri necessari')»²³⁷: la scelta della deliberazione dello stato di guerra, il cui fulcro presenta una valutazione essenzialmente politica delle assemblee rappresentative, ha come inevitabile e naturale conseguenza la devoluzione al Governo di un potere

²³⁰ V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, p. 150

²³¹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 713

²³² G. MOTZO, "Assedio (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 255

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Id.*, p. 262

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid.*

d'azione allargato. La discrezionalità del Parlamento si consuma quindi interamente nella deliberazione dello stato di guerra, non coinvolgendo la sfera del giudizio politico del Legislativo ma configurandosi come mera iscrizione del fenomeno nell'ordine costituito²³⁸, reintegrazione concomitante con la trasformazione della guerra-fatto in guerra-diritto tramite la deliberazione ex art. 78: il Legislativo definisce a questo punto la portata del potere d'esercizio del Governo in accordo con la necessità fattuale valutata dal primo, riconoscendone però l'insita immediatezza. Per giunta il conferimento di un tale potere d'esercizio si coniuga in parallelo con la deliberazione dello stato di guerra anche in vista del successivo momento della dichiarazione ex art. 87 comma 9; si ritiene che la devoluzione al Governo delle allargate facoltà per affrontare l'emergenza bellica sia precedente alla dichiarazione dello stato bellico. Come sottolineato dall'On. Fuschini

«il problema, quindi, non consiste tanto nel fatto che le Camere facciano esse la dichiarazione di guerra, ma consiste piuttosto nel fatto che le Camere debbono dare i poteri necessari perché si possa dichiarare la guerra; cioè, in altre parole, quando le Camere hanno conferito al Governo che è in carica i poteri straordinari — poteri di ogni ordine e grado di carattere giuridico e, soprattutto, di carattere militare, economico e finanziario — sarà poi il potere esecutivo che sceglierà il momento preciso di fare la vera e propria dichiarazione di guerra»²³⁹;

portando all'inevitabile conclusione che affinché il Presidente della Repubblica possa adempiere al suo compito, vi sia già stata il conferimento di tali poteri all'Esecutivo. Da qui la deduzione che i due atti dell'articolo in esame siano separati, ma comunque simultanei.

Manca ancora in questo discorso forse la funzione più importante dell'atto oggetto d'esame, vale a dire la funzione limitativa che il conferimento ex art. 78²⁴⁰ svolgerebbe a tutela dell'equilibrio istituzionale tra organi di stato per scongiurare ogni eventuale prevaricazione dell'Esecutivo. La nuova disciplina costituzionale, che essendo posta in una costituzione rigida assume una forte valenza garantista, si connatura in una nuova veste limitativa contro possibili abusi dell'Esecutivo. Infatti, come si è già sottolineato, la preoccupazione maggiore in materia, col passaggio alla Repubblica, riguardava l'arginamento dei poteri governativi: è quindi chiaro che l'eventuale designazione da parte dei due rami del Parlamento al Governo funge da deterrente per il Governo e da assicurazione della salvaguardia dell'indipendenza degli altri organi dello Stato. Pare chiaro quindi, che il conferimento dei poteri necessari da parte del Legislativo debba intervenire appena sia formalizzato lo stato di guerra al fine di limitare appunto il potere d'azione del Capo di governo e per evitare che lo stesso richiami a sé ed eserciti prerogative non esplicitamente conferitegli dalle Camere.

Quindi, una volta dimostrato che il conferimento dei poteri debba essere immediato

²³⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 713-714

²³⁹ Intervento del 21 ottobre 1947 dell'On. Fuschini in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 29 luglio 1947 al 30 ottobre 1947", Camera dei deputati-Segretario generale, cit., p. 3395

²⁴⁰ Si fa riferimento alla nota 106 in G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 846

dopo la deliberazione dello stato di guerra²⁴¹, rileva ora comprendere, come fatto precedentemente per il primo degli atti attribuiti alle Camere ex art. 78, se tale prerogativa parlamentare abbia o meno natura legislativa. L'analisi del contenuto di questi poteri è essenziale in questo caso per capire se l'atto sia legislativo o meno: si deve quindi procedere con un più attento studio di tale contenuto.

2.2.1. *Il conferimento di poteri al Governo*

Parte della confusione suscitata dalla lettura dell'art. 78 è riferibile alla terminologia adottata in merito alla devoluzione dei poteri al Governo. Difatti, il testo costituzionale nel definire il compito delle Camere utilizza il verbo *conferire*: tale scelta lessicale pone, però, diversi profili problematici dal punto di vista giuridico. Invero, generalmente in diritto, si trova l'indicazione dell'attività delle Camere come 'delegazione', in relazione alla devoluzione della funzione legislativa all'Esecutivo, ovvero 'concessione', soprattutto in riferimento ai rapporti tra privati e pubblica amministrazione in diritto amministrativo. Il conferimento, invece, è un concetto maggiormente difficile da comprendere e per questo conviene analizzarlo in relazione a questi due istituti.

La discussione in questione potrebbe apparire superflua in quanto in entrambi i casi il «fatto giuridico fondamentale sta in una delegazione di poteri da parte del Legislativo all'Esecutivo»²⁴².

Invero, il termine in questione è particolare anche perché generalmente si declina o in termini di concessione²⁴³ di pieni poteri qualora questa sia una «delegazione [che] avviene talvolta in modo ampio e complesso»²⁴⁴; mentre la 'semplice' delegazione legislativa «si aggira in un campo più limitato»²⁴⁵. Dunque, la concessione e la delegazione legislativa in senso stretto sembrerebbero differenziarsi tra loro in primis per il contenuto e l'ampiezza della competenza governativa che ne deriva poiché «la prima avrebbe un contenuto generale, mentre la seconda avrebbe un contenuto speciale»²⁴⁶.

L'indagine del contenuto dell'atto in questione ne determina interrogativi circa la sua natura stessa come atto bicamerale non legislativo, al pari della deliberazione dello stato di guerra, o in quanto atto legislativo, differenziandosi quindi dal suo presupposto.

Infatti, la dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che il conferimento di questi poteri necessari sia da intendersi come forma particolare di delegazione legislativa²⁴⁷,

²⁴¹ G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, cit., pp. 229-231. L'Autore ricorda che sulle Camere grava «l'obbligo costituzionale di intervenire immediatamente per assicurare la sopravvivenza dei cittadini e delle istituzioni», *id.*, p. 230

²⁴² L. ROSSI, "I 'pieni poteri'", in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia* 1937, p. 345. Lo stesso Autore afferma successivamente che «tra i pieni poteri e le altre delegazioni legislative non passa una differenza fondamentale, trattandosi di due semplici sottospecie di un fenomeno giuridico più generale: l'attribuzione di alcune facoltà, più o meno larghe, da parte del parlamento al governo, come si è detto», *id.* p. 328

²⁴³ Si noti che il termine è usato 'impropriamente' in quanto generalmente in diritto la concessione è l'atto amministrativo a carattere negoziale «in quanto da un lato è posto in essere con una manifestazione di volontà proveniente dalla Pubblica Amministrazione, e dall'altro è munito di effetti innovativi nei confronti dei soggetti destinatari», "Concessione", in *Grande dizionario enciclopedico del diritto*, Milano, 1964, p. 334

²⁴⁴ L. ROSSI, "I 'pieni poteri'" in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, cit., p. 345

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ *Id.*, p. 347

²⁴⁷ M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli, 1969, p. 24 ss.

portando alla conclusione che anche l'atto in sé compiuto dalle Camere in questo caso condivide con la legge delega la medesima natura legislativa²⁴⁸.

Intervenendo nell'assetto costituzionale, più precisamente nella distribuzione delle funzioni tra organi costituzionali²⁴⁹, il conferimento ex art. 78 attua una forma di delegazione speciale con l'attribuzione al Governo di un potere d'esercizio o d'azione *sui generis*²⁵⁰ dotato però di *vis normativa*²⁵¹.

A dire il vero la discussione circa la natura legislativa dell'atto è meno impegnativa rispetto a quella sulla deliberazione²⁵², poiché la concessione di poteri speciali 'legislativi', compito riservato alle assemblee legislative, all'Esecutivo deve appunto avvenire tramite atto legislativo²⁵³.

Eppure, questa delegazione appare fin da subito unica nel suo genere: la delegazione del potere legislativo al Governo è da tempo ritenuta accettabile solo laddove sia limitata a circostanze specifiche e/o nel suo contenuto²⁵⁴. Tale possibilità è stata, infatti, inglobata nell'ordinamento italiano con la previsione, ad oggi in Costituzione agli articoli 76 e 77, delle fattispecie del decreto-legge e della legge delega. Un paragone più attento dell'istituto in esame con queste due figure giuridiche è quanto mai opportuno per comprendere le peculiarità che la delegazione ex art 78 comporta. Innanzitutto, considerando la delegazione legislativa di cui all'art. 76, emerge che la stessa, rappresentando un'anomalia rispetto alla separazione dei poteri, viene preventivamente delimitata: difatti, l'esercizio della funzione legislativa delegata al Governo, e si noti come la delegazione coinvolga l'esercizio di un potere d'azione e non la sua titolarità²⁵⁵ (affermazione quest'ultima non condivisa da tutti)²⁵⁶, non è

²⁴⁸ In particolare, alcuni autori come Paladin parlano espressamente di legge di conferimento dei poteri necessari. L. PALADIN, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 188

²⁴⁹ P. GRASSO, "Pieni poteri in Novissimo Digesto italiano", cit., p. 61 ss.

²⁵⁰ «Si parli di 'pieni poteri' di 'poteri necessari', è comunque innegabile che anche il nuovo ordinamento repubblicano, al pari di quello monarchico anteriore, ammette, attraverso la locuzione in esame, una certa alterazione dell'ordine costituito», G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 843. La questione dell'evoluzione terminologica verrà analizzata brevemente nel prossimo sub paragrafo; ciò che comunque rileva in questo discorso è sottolineare come l'attività straordinaria dell'Esecutivo in tempo di guerra sia incisiva nell'ordine e nell'equilibrio costituzionale che però viene in ammissa dall'ordinamento stesso

²⁵¹ Infatti, è indubbio che il potere di esercizio concesso al Governo abbia *vis normativa*. Quest'ultima è «la capacità di introdurre norme giuridiche, anche in deroga alle leggi in senso stretto, nonché di resistere ad atti diversi», C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1970, p. 330 ss.

²⁵² «A differenza della decisione dello stato di guerra, della quale, essendo controverso se ponga o meno norme innovative dell'ordinamento, è stata sostenuta la natura sia di legge sia di atto bicamerale non legislativo, il conferimento al Governo dei poteri necessari, sostanziandosi anche nell'attribuzione di competenze normative, non potrebbe che essere effettuato tramite legge del Parlamento, perciò secondo il paradigma della delegazione legislativa», M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti del diritto. Lezioni*, Padova, 1995, p. 69

²⁵³ Inoltre, «in verità non si è posto mai in dubbio che il conferimento cui sono chiamate le camere ha ad oggetto la funzione legislativa. D'altro canto la storia dell'istituto dei pieni poteri mostra che il governo si è sempre ritenuto legittimato, in forza della concessione, ad emanare atti legislativi delegati», M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, cit., p. 27

²⁵⁴ «La delega [...] inoltre può assumere diverse figure: può essere speciale per una determinata materia; può essere generica, come quando si concedono al Governo i c.d. "pieni poteri", che del resto sono limitati spesso sostanzialmente e sempre in ordine al tempo; può attribuire completa libertà circa il contenuto delle disposizioni da emanarsi, pure circoscrivendo il loro oggetto; può al contrario, imporre di tener conto di norme già approvate dal Parlamento, in modo che l'autorità delegata non possa modificarle o possa modificarle solo in quanto necessario per coordinarle», S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., p. 280 ss.

²⁵⁵ «Con l'istituto della 'delegazione' (disciplinato nell'art 76 Cost.) gli organi cui è *istituzionalmente* attribuito dall'art. 70 l'esercizio della 'funzione legislativa, ossia le Camere, trasferiscono tale esercizio al Governo [...]. Ci troviamo qui in presenza di due atti successivi tra loro collegati, quasi a formare, come da una parte della dottrina ritiene, un unico procedimento», V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1993, p. 89 ss. L'autore vuole sottolineare precipuamente che l'attribuzione del potere di esercizio della funzione legislativa è *istituzionalmente* (l'utilizzo di questo avverbio è posto proprio a evidenziare che la tripartizione dei poteri è insita nell'organizzazione stessa dello Stato) al Legislativo e che solamente in via eccezione il solo potere d'esercizio di tale funzione viene trasferito all'Esecutivo

ammessa «se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti»²⁵⁷.

La funzione legislativa appartiene alle assemblee legislative, che elette direttamente dal 'popolo' o, meglio, dalla cittadinanza, sono le uniche che possono avere la parvenza e l'ambizione di rappresentare gli interessi della società e quindi tradurre sotto forma di legge la *volontà popolare*. Questo principio è stato teorizzato fin dall'Illuminismo ed è stato sancito con forza, come già visto, dall'art. 6 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e del cittadino²⁵⁸.

In quanto principio fondante dello stato di diritto, e in quanto cardine della concezione contemporanea della divisione dei compiti istituzionali degli organi dello Stato, non può che essere la regola generale che può, sì, ammettere delle eccezioni, purché esse siano contenute.

Nel caso di specie, la delegazione legislativa all'Esecutivo è accettata in via generale solamente se lo stesso agisce sotto la 'direzione del Legislativo'; così facendo la rappresentanza politica, garante della democrazia rappresentativa e la sovranità popolare, viene parzialmente preservata. Comunque, la demarcazione di questa facoltà per il Governo non si esplicita meramente tramite l'individuazione dei 'principi e criteri direttivi' da parte del Parlamento e tramite la previsione di una durata necessariamente delimitata e di un contenuto della delegazione circoscritto ad 'oggetti definiti'. La delegazione legislativa in tempo di guerra si discosta, invece, dalla disposizione della delegazione legislativa 'ordinaria'. Infatti, manca una qualsiasi forma di direzione da parte del Legislativo. La delegazione dei poteri necessari all'Esecutivo risponde ad esigenze diverse rispetto alla delegazione ex art. 76 poiché nel primo caso la delegazione permette effettivamente una accelerazione dei tempi, ma il risultato sarebbe generalmente e astrattamente ottenibile anche dall'attività congiunta delle Camere con una dilatazione dei tempi che il Legislativo ritiene preferibile evitare; nel secondo caso la delegazione è indispensabile per la gestione dell'emergenza bellica e sarebbe assurdo ritenere che i meccanismi parlamentari possano supplire alle necessità di rapidità che la stessa sottende. Infatti, la gestione dello stato di guerra, come si è già discusso, è inconciliabile con la logica rappresentativa alla base della composizione e del funzionamento del Legislativo.

Inter alia, la gestione del fenomeno bellico non può essere subordinata all'individuazione di 'oggetti definiti'²⁵⁹ per l'esercizio del Governo dei suoi poteri necessari in quanto la guerra si realizza come fenomeno totale e completamente destabilizzante dell'ordine costituito²⁶⁰, coinvolgendo qualsiasi aspetto della società²⁶¹ e quindi per sua stessa essenza si concluderebbe che la limitazione dei

²⁵⁶ C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 335

²⁵⁷ Art. 76 Costituzione

²⁵⁸ Si veda nota 134

²⁵⁹ L. PALADIN, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 181 ss.

²⁶⁰ Le esigenze belliche richiedono ben altra elasticità normativa e la deliberazione dello stato di guerra è l'atto necessario «al fine di coinvolgere integralmente il paese nel conflitto in atto, mediante la formale decisione dello stato di guerra», A. GIARDINA, "Art 7878 in Commentario della Costituzione", cit., p.102. Infatti, la delegazione in tempo di guerra deve necessariamente evolversi secondo lo schema della delega generale. In Costituente, si è invero sottolineato che «Mi sembra infatti che, in caso di guerra, la delega non debba farsi caso per caso e sia opportuno, invece, ricorrere a una delega più generale per i provvedimenti resi necessari dallo stato di guerra. D'altra parte, anche la democratica Inghilterra, durante l'ultima guerra, si è attenuta suppergiù a questi criteri», Intervento del 11 settembre 1947 dell'On. Preti in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 29 luglio 1947 al 30 ottobre 1947", Camera dei deputati-Segretario generale, cit., p. 2786

²⁶¹ Come visto nel capitolo introduttivo, indipendentemente dal coinvolgimento o meno della popolazione civile al conflitto, elemento caratterizzante delle due grandi guerre del Novecento, il *bellum* si è sempre caratterizzato in

poteri dell'Esecutivo sarebbe controproducente²⁶² (giacché l'attesa di una nuova delegazione al Governo comprometterebbe la sicurezza nazionale) ovvero sterile dal momento che la gestione degli imprevisti e di eventuali problematiche, essendo intrinsecamente connesse alla sopravvivenza dello Stato, sarebbe comunque fronteggiata dall'Esecutivo, anche in mancanza di un titolo che ne giustifichi la facoltà²⁶³.

L'oggetto della delegazione legislativa in tempo di guerra è per suo stesso fondamento indeterminabile²⁶⁴. Precisamente, la potestà delegata al Governo ex art. 76 ha carattere *istantaneo*, esaurendosi nell'attività specificamente individuata. Al contrario, la potestà conferita tramite il meccanismo di cui all'78 Costituzione non può che riproporsi nel corso di tutta la durata del conflitto²⁶⁵.

Un elemento in comune a queste due fattispecie è la delimitazione temporale, limitazione che però presenta caratteristiche molto diverse: determinata ed esplicitamente prevista dalla legge delega ex articolo 76, indeterminata e collegata agli avvenimenti bellici quando si parla di poteri necessari per lo stato di guerra. Questa differenziazione è naturale, poiché dipende dalle diverse motivazioni a fondamento della volontà stessa della delegazione: nel primo caso è propria di una volontà 'pura' delle Camere e risponde a motivi di organizzazione e/o di celerità; nel secondo, invece, il conferimento è conseguente ad una valutazione politica, spesso legata ad un'emergenza effettiva, ma la volontà del Legislativo rimane legata comunque ad una «situazione giuridica oggettiva straordinaria»²⁶⁶. La delegazione in tempo di guerra essendo associata ad una situazione fattuale si pone al di fuori della dimensione volitiva dei rappresentanti della Nazione e, per questo motivo, si estranea a una qualsiasi predeterminazione del Legislativo²⁶⁷. Infatti, con la delegazione ex

quanto fenomeno il cui contrasto richiede la mobilitazione e il reindirizzamento di ingenti risorse, e ha quindi da sempre coinvolto l'apparato burocratico-amministrativo statale e, di riflesso, sull'insieme dei consociati

²⁶² Difatti, «le ragioni del mio emendamento [l'aggiunta del conferimento dei maggiori poteri al comma 2 dell'art. 75 del Progetto della Costituzione] si riferiscono all'esercizio provvisorio che dovrà stabilirsi in caso di guerra. Infatti esso si dimostra, in caso di guerra, come una necessità derivante dalle condizioni in cui viene a trovarsi il Paese e non solo il Paese, ma soprattutto l'esercizio del potere parlamentare. Quindi è necessario che, alla Commissione che dovrà precisare con apposito articolo i poteri che il Parlamento potrà dare al Governo in caso di guerra, sia presente la necessità di regolare la concessione dell'esercizio provvisorio per il periodo di guerra. Ecco perché ho proposto un emendamento, il quale dice che in caso di guerra l'esercizio provvisorio sarà regolato con la concessione dei maggiori poteri che la Camera darà al Governo. Mi pare che questa misura sia così evidente, che non sia necessario intrattenere ulteriormente l'Assemblea, con riferimenti di carattere storico, perché è stato sempre dimostrato che in caso di guerra non c'è la possibilità di discutere ed approvare bilanci, come avviene in periodo di pace», Intervento del 21 ottobre 1947 dell'On. Fuschini in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 29 luglio 1947 al 30 ottobre 1947", Camera dei deputati-Segretario generale, cit., p. 3395

²⁶³ Precisamente, per le eventuali deroghe alla Costituzione, bisogna distinguere tra *legalità* e *legittimità*: la prima deve essere intesa come «stretta osservanza della legge scritta»; la seconda come «in corrispondenza alle esigenze da essa [Costituzione] non previste, ma tuttavia così essenziali che ne condizionano la sopravvivenza», C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 715

²⁶⁴ L. PALADIN, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 189

²⁶⁵ *Id.*, p. 181.

²⁶⁶ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 844. Infatti, «anche i limiti posti implicitamente dalla legge di delegazione con riferimento allo stato di guerra, rimarrebbe l'anomalia della loro indicazione implicita e della loro determinazione *per relationem* ad una situazione extranormativa perdurante e variabile, che dilata, fino al limite della rottura, il modello già problematico delle delegazioni continue», M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, Milano, 2010, p. 126

²⁶⁷ Si ricordi che «la funzione legislativa delegata non è dunque libera ma discrezionale, appunto perché non dispone dei suoi fini ultimi, che debbono invece venire prefissati dalle Camere», L. PALADIN, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 180

art. 76 il Parlamento non si spoglia della titolarità della funzione 'di fare le leggi'²⁶⁸, essendo piuttosto una «delega di atti e non di funzioni»²⁶⁹, mentre nel caso dell'art. 78, vista l'eccezionalità della situazione bellica, l'attività ordinaria delle Camere viene notevolmente ridotta.

La delegazione legislativa in tempo di guerra pare più simile, invece, per certi aspetti, fra cui quello della mancata condizionalità del contenuto di tale esercizio al Parlamento, alla fattispecie del decreto-legge di cui all'art. 77 Costituzione. In entrambi i casi si parla di situazioni straordinarie, ossia di casi speciali di necessità e d'urgenza. Rispetto a tale seconda fattispecie l'unica significativa differenza riguarda il rispetto della tassatività a copertura dell'attività eccezionale dell'Esecutivo di cui all'art. 77.

L'urgenza che l'art. 78 deve fronteggiare è esclusivamente l'emergenza bellica, laddove l'art. 77 non prestabilisce perentoriamente i contesti in cui il Governo può usufruire della facoltà di decretazione.

Ciononostante, la divergenza di maggior rilievo tra questi due istituti non riguarda l'individuazione dei presupposti di fatto che giustifichino l'attività delegata (specifico nel primo caso, indefinito nel secondo²⁷⁰), quanto la questione degli effetti che quest'ultima determina. Infatti, i decreti-legge hanno una durata prefissata in Costituzione, in quanto «i decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione»²⁷¹; mentre gli atti derivanti dalla delegazione ex art. 78 diversamente non perdono efficacia e nemmeno decadono *ex nunc*. Infatti, il pericolo secondo cui la legge di conversione ponga problemi in merito alla delegazione legislativa di guerra non si registra nel possibile controllo successivo delle Camere, anche se l'eterogeneità e la cospicuità degli atti emanati dall'Esecutivo ex art. 78 ovviamente metterebbero a dura prova la capacità delle assemblee rappresentative di attivarsi prontamente per la conversione dei decreti in tempo di guerra entro il termine dei 60 giorni, quanto piuttosto nella mancata approvazione da parte del Parlamento che determinerebbe, molto probabilmente ancora in tempo di conflitto, la nullità della decisione del Governo: in tal senso il paragone tra i due atti di delega risulta pericoloso in quanto come per i decreti-legge, gli atti del Governo ex art. 78 potrebbero diventare possibili *fonti di illecito*²⁷². Una simile ipotesi sarebbe deleteria alla gestione dell'emergenza bellica in quanto la decadenza degli atti delegati ex art. 78 sarebbe irragionevole, oltre che causa di una situazione altamente caotica dal punto di vista della certezza del diritto. Infatti, il controllo delle Camere sul potere d'azione dal Capo del Governo può essere solo successivo in quanto potere *autoassunto*²⁷³ dell'Esecutivo; nel caso di specie, tuttavia, il potere viene *conferito* a quest'ultimo e quindi si presenta più simile alla delegazione legislativa piuttosto che alla decretazione d'urgenza. Inoltre, nonostante alcuni in dottrina abbiano ritenuto che l'art. 78 potesse essere a

²⁶⁸ La delegazione ex art. 76 non comporta un «trasferimento né della titolarità né dell'esercizio» della funzione legislativa, ma sviluppa nella «creazione di un potere legislativo nuovo» che le Camere demandano al Consiglio dei ministri, L. PALADIN, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 180

²⁶⁹ *Id.*, p. 185

²⁷⁰ «La considerazione che la guerra può mettere in pericolo l'integrità del territorio e perfino la stessa sopravvivenza dello stato inducono a far considerare il carattere straordinario delle misure che ad essa si riferiscono in modo diverso o più ampio di quello attribuibile all'ipotesi di cui all'art. 77», C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 723

²⁷¹ Art. 77 Costituzione

²⁷² L. PALADIN, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 195-198. Ancora, N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, pp. 96-100

²⁷³ M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti del diritto. Lezioni*, cit., p. 70

fondamento di un potere di decretazione del Governo, traducendo la delegazione in tempo di guerra nella forma di decreti-legge anomali²⁷⁴, è maggiormente condivisibile l'idea che il conferimento dei poteri necessari costituisca una *delega legislativa anomala*²⁷⁵ attuata «*per relationem* ad una situazione extranormativa perdurante e variabile»²⁷⁶.

Infatti, la delegazione di cui all'art. 78 difetta²⁷⁷ dei requisiti a salvaguardia dell'attività parlamentare posti nei due precedenti articoli: avendo presupposti diversi anche l'efficacia della delegazione agisce su due piani paralleli²⁷⁸, più invasivi rispetto a quelli prospettati dagli articoli 76 e 77 Costituzione²⁷⁹. Sebbene vi siano queste grosse differenze, pare, in virtù del fine che lo stesso conferimento si prefigge, considerare che l'art. 78 sottintenda una delegazione, benché una parte della dottrina ritenga che non si possa ritenere che il Costituente abbia implicitamente inteso accostare la devoluzione in tempo di guerra dei poteri necessari in nessun modo all'istituto della delegazione²⁸⁰. Questa conclusione è accettabile qualora si ricordi che il ruolo che tale conferimento gioca nell'ordine costituito riguarda, innanzitutto, la questione dell'accostamento tra guerra-fatto e guerra-diritto, e quindi la questione della limitazione dei poteri governativi in tempo di guerra: l'incorporazione nella struttura e logica costituzionale di tali prerogative determina quindi l'avvicinamento alle altre fattispecie di delegazione riconosciute, continuando tuttavia a presentare delle forme peculiari, indispensabili per fronteggiare al meglio le esigenze sottese alla previsione di tali diversi istituti.

Una volta stabilito che il conferimento dei *poteri necessari* si attua sotto forma di delegazione, bisogna comprendere in che modo questi poteri necessari siano definiti o definibili e quale sia effettivamente la correlazione degli stessi con l'istituto dello stato di guerra.

²⁷⁴ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., pp. 846-847. O ancora, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 714. La stessa impostazione viene ricordata in M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti del diritto. Lezioni*, cit., p. 70

²⁷⁵ L. PALADIN, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 190

²⁷⁶ M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti del diritto. Lezioni*, cit., p. 70

²⁷⁷ *Id.*, p. 69. L'Autore sottolinea che la delega ex art. 78 è *atipica* non essendo corniciata dai limiti ex art. 76 e 77

²⁷⁸ Anche se si avrà modo di analizzare il rapporto delle fonti in stato di guerra nel capitolo successivo, rileva qui evidenziare preliminarmente che la seconda parte dell'art. 78 «pur non sottraendo alle Camere né la potestà né la delegazione legislativa - come, del resto, al Governo il potere di emanare decreti-legge- la norma costituzionale conseguirebbe due effetti che sarebbero preclusi alla legge ordinaria: eliminerebbe la preferenza per la legislazione parlamentare relativamente allo stato di guerra per il quale fosse intervenuto il conferimento dei poteri necessari, in relazione al quale la valutazione del Governo verrebbe considerata assorbente e prevalente; consentirebbe la *subdelega* del potere normativo delegato al Governo, mediante la quale i bandi militari, ossia le fonti che la concretano, acquisterebbero l'efficacia formale delle leggi», M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti del diritto. Lezioni*, cit., p. 70

²⁷⁹ «La norma dell'art. 78 rivela il proposito di conferire alle Camere una facoltà diversa da quelle già stabilite negli altri articoli, non essendovi evidentemente bisogno di un espresso richiamo ai poteri che fossero esplicitazione dell'ordinaria competenza del parlamento», C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967, p. 620

²⁸⁰ «Dato, orbene, che detta delibera ed il conseguente (contestuale o meno) conferimento dei poteri devono essere effettuati con *legge formale* e non con atti diversi viene da chiedersi se in tale 'conferimento di poteri' si sostanzii una vera e propria delegazione legislativa e se essa debba conformarsi ai principi dell'art. 76. Ma ad entrambe le domande riteniamo debbarsi dare risposta negativa. Che non si tratti qui, infatti, di delega deriva non solo e non tanto dalla diversa terminologica, quanto dal fatto che non operano i limiti caratteristici della delega, come istituto positivamente disciplinato dall'art. 76. Può sembrare una petizione di principio, ma non lo è. Se il costituente, infatti, avesse inteso prevedere una 'variazione' alla delega per il caso di guerra, egli avrebbe regolato tale ipotesi riacciandola all'art. 76, se non materialmente (come comma), quanto meno logicamente. Viceversa ne ha trattato in una sede ed in una forma del tutto diverse, dimostrando di voler regolare un'*ipotesi tutto affatto distinta* e, come tale, esulante dall'istituto della delegazione legislativa, che resta disciplinato solo ed esclusivamente dall'art. 76 e dal 77 comma I°», C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 354-355

2.2.2. *La questione dei poteri necessari*

Una volta individuata la forma dell'atto del conferimento dei poteri necessari, è opportuno interrogarsi sul contenuto degli stessi: invero, «i problemi che l'interpretazione dell'art. 78 presentano sono quelli, dal punto di vista formale, dell'inquadrabilità dei poteri governativi *de quibus* in una o altra delle figure di trasferimento al governo dell'esercizio del potere legislativo e, sotto quello sostanziale, dell'estensione possibile ad essere assunta dall'esercizio stesso»²⁸¹. Infatti, l'indicazione di cui in Costituzione sembra essere alquanto enigmatica, frutto di un'evoluzione terminologica che da un lato ha limitato notevolmente la portata del riconoscimento del potere d'azione dell'Esecutivo, dall'altro ne potrebbe costituire un inconsistente limite costituzionale, finendo per svuotare di consistenza la disciplina normativa.

Inizialmente, invero, la dicitura del trasferimento del potere d'esercizio dell'attività legislativa in tempo di guerra era decisamente più ampia e squilibrata a favore dell'Esecutivo: la legge del 2 agosto 1848, n. 759 elargiva, infatti, al Governo la facoltà di «fare tutti gli atti che saranno necessari per la difesa della patria, e delle Nostre istituzioni»²⁸², rendendo il suo spettro d'azione pressoché privo di limitazioni prestabilite. L'espressione che spesso si utilizzava era, per l'appunto, *pieni poteri* a indicare la latitudine e l'ampiezza del potere d'azione riconosciuto all'Esecutivo; questi erano ricompresi nello stesso ordinamento²⁸³, in quanto «dotati di tante attribuzioni»²⁸⁴ oltre al fatto che «procedono e dispongono quasi sciolti da ogni vincolo»²⁸⁵.

Nel corso del tempo, tuttavia, la definizione, o meglio una possibile limitabilità, di queste competenze assolute del Governo ha subito uno sviluppo: inizialmente la locuzione indicava l'indiscussa attribuzione della funzione di indirizzo politico che spetta all'organo esecutivo in tema di scelte inerenti all'efficienza e continuità dello Stato fra le quali rientra la dichiarazione dello stato di guerra in quanto strumento di *policy* nazionale nell'ambito della politica estera, che poi viene temperato dall'iscrizione dell'istituto nell'impianto costituzionale ed istituzionale liberale, finendo per divenire attribuzione generale del Legislativo giustificabile solo in nome di un bene comune²⁸⁶.

L'intervento dell'On. Crispo ribadisce in Costituente quanto l'assimilazione dell'emergenza bellica ai cosiddetti *pieni poteri* fosse comune e allo stesso tempo temuta, tanto che lo stesso sottolineò i pericoli insiti in un'ampia delegazione all'Esecutivo, arrivando ad affermare che «non può non approvarsi il divieto della concessione dei così detti pieni poteri»²⁸⁷; tuttavia lo stesso deputato non poté che concludere che una competenza allargata del Governo è indispensabile in quanto «deve rilevarsi che la norma dell'articolo 74 obbedisce soltanto alle esigenze del tempo normale, e non a quelle straordinarie che possono presentarsi, per esempio, in

²⁸¹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 722

²⁸² Si veda nota 30

²⁸³ P. GRASSO, «Pieni poteri in Novissimo Digesto italiano», cit., p.62

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ In generale sulle linee evolutive di tale istituto, *id.*, pp. 61-62

²⁸⁷ Intervento del 10 settembre 1947 dell'On. Crispo in «La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 29 luglio 1947 al 30 ottobre 1947», Camera dei deputati-Segretario generale, cit., p. 2775

tempo di guerra»²⁸⁸.

L'iscrizione della normativa del conferimento di queste speciali prerogative al Governo ne circostanza, tuttavia, l'ampiezza d'azione. La disciplina in questione presuppone, invero, una risposta ad un'emergenza nazionale, poggiando le proprie fondamenta, come già affermato, nella necessità, ma al contempo riducendo questa fonte *extra ordinem* (o forse causa) del diritto a mero presupposto di atti eccezionali, che sono ricompresi in ogni modo nell'ordinamento: l'attribuzione di tali *pieni poteri*²⁸⁹ determina sì una funzione legislativa delegata svincolata da prefissati margini, ma al contempo è inevitabilmente insuperabile dal contesto bellico²⁹⁰.

Nonostante la motivazione che spinge a ritenere legittima la previsione di una simile ipotesi nell'ordinamento, è altrettanto evidente la nuova sensibilità riflessa in Costituzione che, all'indomani della fine della Monarchia, in chiara contrapposizione con la precedente prassi, sostituisce la locuzione dei 'pieni poteri' con quella dei 'poteri necessari'²⁹¹.

Questa transizione non è stata lineare e immediata, a dimostrazione della cautela che i Costituenti hanno adoperato durante i dibattiti per la stesura del nuovo testo costituzionale: la difficoltà di trovare una formulazione capace di cogliere lo spettro di prerogative assegnate all'Esecutivo in tempo di guerra, ma allo stesso tempo di arginare il pericolo di completo stravolgimento dell'ordine costituzionale a favore del Presidente del Consiglio dei ministri, in quanto rappresentante del Governo, è stata un'ardua impresa.

Ad esempio, in Costituente, il Presidente Conti nel ripresentare la proposta dell'On. Fuschini, si riferì allo stesso come «conferimento di *maggiori* poteri al Governo in caso di guerra»²⁹², incapace di trovare altra definizione a questo speciale potere d'azione governativo. L'espressione, la cui aggiunta in un secondo comma era stata proposta il 17 ottobre 1947, anche se poi diversamente adottata al momento della stesura del testo, riprende infatti l'idea della delegazione legislativa in quanto si paragonano queste prerogative a quelle in stato di pace (il termine 'poteri maggiori' ha senso solo se riferita ai 'poteri normali' del Governo), ma la formula mantiene una vaghezza mal tollerata in diritto, per di più se nel testo della norma fondamentale. Invero, nonostante «il dibattito in seno all'Assemblea Costituente dimostri come sia stata volutamente adottata una formula che rompe con la tradizione dei pieni poteri»²⁹³, i Costituenti hanno optato per l'utilizzo dell'espressione di cui all'art. 78 su proposta dell'On. Ruini²⁹⁴.

Tale formulazione, tuttavia ha posto dei problemi: in effetti, «mentre, però [...], i 'pieni poteri' sono suscettibili di una sicura definizione, essendo da essi escluso solo

²⁸⁸ Ibid.

²⁸⁹ In dettaglio, F. RACCIOLI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., p. 260. Sulla natura di questi *pieni poteri* gli Autori ne evidenziano tre profili particolari: accentramento di tutti i poteri in mano alle autorità militari, giurisdizione speciale dei tribunali militari di guerra ai tribunali militari territoriali, delegazione speciale alle autorità militari di emanare bandi e ordini con forza di legge

²⁹⁰ P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2002, pp. 261-263

²⁹¹ A. GIARDINA, "Art 78 in Commentario della Costituzione", cit., pp. 108-111

²⁹² Intervento del 17 settembre 1947 dell'On. Presidente Conti in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 29 luglio 1947 al 30 ottobre 1947", Camera dei deputati-Segretario generale, cit., p. 2894-2895

²⁹³ A. GIARDINA, "Art 78 in Commentario della Costituzione", cit., p. 108

²⁹⁴ «Il Parlamento avrà poi un altro compito — ecco il terzo punto — su cui ha richiamato l'attenzione dell'Assemblea l'onorevole Fuschini: accordare al Governo i necessari poteri. Non direi pieni poteri; né poteri adeguati; 'necessari' mi pare l'espressione migliore», Intervento del 21 ottobre 1947 dell'On. Ruini in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Sedute dal 29 luglio 1947 al 30 ottobre 1947", Camera dei deputati-Segretario generale, cit., p. 3412

quanto espressamente accentuato, i ‘poteri necessari’, sono meno facilmente definibili»²⁹⁵. Infatti, tale espressione è la più congeniale poiché «la locuzione ‘pieni poteri’ ha un significato abbastanza corretto, se è usata per designare la massima delegazione possibile di funzioni del Parlamento al Governo, in una data circostanza straordinaria, come per le guerre dell’indipendenza e per la guerra mondiale»²⁹⁶.

In aggiunta, nonostante vi sia chi sostenga una coincidenza dei due istituti²⁹⁷, soprattutto se si considera la realtà di fatto, la sostituzione terminologica non rappresenta tanto una «negazione del nesso storico»²⁹⁸ tra i due, quanto piuttosto la «volontà che l’istituto non rinnovasse quelle forme di attuazione dei pieni poteri che si erano concretizzate nell’abdicazione del parlamento all’esercizio della funzione legislativa e nello strapotere dell’Esecutivo»²⁹⁹. Invero, la sostituzione terminologica determina il nuovo ruolo che l’istituto assume nell’ordinamento repubblicano: i poteri del Governo sono subordinati chiaramente ed espressamente alla deliberazione parlamentare e dipendono nella loro realizzazione dalle Camere.

Dunque, benché l’espressione precedentemente utilizzata dei ‘pieni poteri’ sia più pregnante nel delineare compiutamente il ruolo dell’Esecutivo in tempo di guerra, l’uso della nuova formula rispecchia appieno la volontà repubblicana di tutelare in qualsiasi momento l’ordine costituzionale contro abusi da parte del capo del Governo.

Avendo quindi delineato le motivazioni dietro alla formulazione lessicale della seconda parte dell’art. 78, non resta che indagare più da vicino il contenuto stesso di tali prerogative speciali del governo nella gestione dell’emergenza bellica.

2.2.3. *La mancata limitazione dei poteri necessari*

La mancata delimitazione dei poteri necessari determina, invero, un problema nell’inquadramento della fattispecie all’interno dell’ordinamento e viceversa: laddove lo stato di diritto si regga sulla separazione dei poteri e una definizione degli stessi, la comprensione di quale sia la portata delle prerogative riconosciute all’Esecutivo a seguito della deliberazione dello stato di guerra e la funzione degli organi di Stato in caso di attivazione dell’art. 78 apre una serie di interrogativi sulla struttura stessa dell’ordinamento durante l’emergenza bellica.

Infatti, il Governo così delegato diviene titolare «degli atti normativi posti in essere nell’esercizio di questi poteri»³⁰⁰: di essi «si sa soltanto che sono destinati a derogare alle altre fonti»³⁰¹, ma non si conoscono «i modi e le forme, che sono pertanto oggetto di una ricostruzione quasi del tutto congetturale»³⁰².

È indubbio, come già accennato in precedenza, visto il legame con lo stato di guerra, che tali poteri necessari non possano che esercitarsi con atti ovviamente

²⁹⁵ A. GIARDINA, “Art 78 in Commentario della Costituzione”, cit., p. 108

²⁹⁶ L. ROSSI, “I ‘pieni poteri’ in Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia”, cit., p. 348

²⁹⁷ P. GRASSO, “Pieni poteri in Novissimo Digesto italiano”, cit., p. 68. O ancora, «Si parli di ‘pieni poteri’ o di ‘poteri necessari’, è comunque innegabile che anche il nuovo ordinamento repubblicano, al pari di quello monarchico anteriore, ammette, attraverso la locuzione in esame, una certa alterazione dell’ordine costituito. Insomma, se la Costituzione discosta i ‘poteri necessari’ dai ‘pieni poteri’, la guerra, comune matrice di entrambi, li accosta», G. FERRARI, “Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto”, cit., p. 843

²⁹⁸ M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, cit., p. 21

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti dell’ordinamento repubblicano*, cit., p. 126

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² *Ibid.*

temporanei³⁰³ sostanzialmente per la durata della gestione dell'emergenza bellica ma non oltre l'atto di cessazione dello stato bellico³⁰⁴.

Inoltre, un altro limite che incide sul contenuto degli stessi dipende dall'atto di delega su cui detti poteri si fondano. Invero, i poteri necessari conferiti al Governo non possono travalicare le prerogative assegnate dal testo costituzionale al Parlamento in quanto *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*; conseguentemente i poteri necessari non possono intaccare sulle sfere di competenza degli altri organi dello Stato come ad esempio quelle proprie del Presidente della Repubblica, tra cui il potere di dichiarare lo stato di guerra, o quelle della Corte costituzionale.

In aggiunta, anche se in passato la locuzione 'pieni poteri', sulla quale ci si è soffermati più ampiamente nel precedente paragrafo, veniva usata con leggerezza e la prevaricazione dei poteri d'azione del Governo era tutto sommato tollerata, la premessa condivisa in dottrina³⁰⁵ partiva dal ritenere che «i pieni poteri, appunto come le altre delegazioni legislative, oltre che per il tempo, ebbero limiti positivi o negativi anche per materia e per altri rispetti»³⁰⁶. Precisamente, mentre «i pieni poteri erano contrassegnati dall'illimitatezza»³⁰⁷, i poteri ad oggi riconosciuti in Costituzione all'art.78, tuttavia, «incontrano limiti, che non sono solo quelli posti esplicitamente dalla Costituzione, ma anche limiti logici, e limiti che di volta in volta il titolare del potere legislativo ritenga di porre in relazione alle circostanze»³⁰⁸.

Oltre a ciò, l'indeterminatezza della formula in questione dà adito, invero, ad un ulteriore interrogativo, sulla possibilità o meno di un controllo da parte del Legislativo sul rispetto, da parte dell'Esecutivo, dei confini posti, nell'esercizio dei poteri, dalla delegazione di cui all'art. 78³⁰⁹. Infatti, ritenendo che la necessità sia la motivazione a capo del conferimento di questi poteri necessari, nulla osta ad un controllo, *ex post* e dunque non pregiudizievole rispetto alle esigenze di tempestività e celerità, dell'effettivo esercizio da parte del Governo³¹⁰ di questa facoltà, anzi

«bien mieux, ce contrôle est plus nécessaire en temps de guerre qu'en

³⁰³ V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., p. 143 ss.

³⁰⁴ «Cessazione dello stato di guerra significa passaggio, o ritorno, allo stato di pace, cioè il convertirsi della situazione giuridica oggettiva straordinaria in quella ordinaria», G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 848. Tale ipotesi non crea particolari problematiche di compatibilità, come evidenzia l'Autore stesso, in quanto «in proposito la Costituzione contiene l'espressa norma di cui all'art. 80, secondo cui la ratifica dei trattati internazionali di natura politica - e di natura politica è certamente il trattato di pace - dev'essere autorizzata dalle Camere con legge», *ibid.*

³⁰⁵ «Tale premessa è necessario ricordare a proposito dei pieni poteri; poiché questo istituto era ed è inteso nei più vari significati. Già la frase è affatto impropria: i pieni poteri non sono né pieni né poteri. Non sono poteri nel senso tecnico dei poteri dello Stato, bensì particolari funzioni attribuite in casi particolari al potere esecutivo. Tanto meno sono pieni, perché [...] hanno limiti di vario genere», L. ROSSI, "I 'pieni poteri' in Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia", cit., p. 345

³⁰⁶ *Id.*, p. 348. Come ricorda lo stesso Autore, l'istituto dei pieni poteri investe in diritto una concezione che abbraccia altri rami, diversi da quelli dello stato bellico, ma quivi l'analisi è in riferimento a quelli del tempo di guerra

³⁰⁷ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 844

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ A. GIARDINA, "Art 78 in Commentario della Costituzione", cit., p. 109

³¹⁰ Ancora sulla distinzione tra la vecchia e nuova formulazione, «i 'pieni poteri', cioè gli atti emessi sulla loro base, sfuggivano sostanzialmente al sindacato del Parlamento, e gli organi che tali atti avevano adottato non ne rispondevano politicamente; i 'poteri necessari', al contrario, postulano l'assoggettamento dei relativi atti al controllo invalidante del Parlamento, e la responsabilità dei relativi organi di fronte a questo, pena altrimenti l'illegittimità costituzionale dell'esercizio del potere e degli atti su di esso fondati», G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 844

temps de paix, à raison des excuses quel les agents administratifs ne manqueront pas de chercher dans l'état de guerre, pour dissimuler leurs maladresses, leur négligences, leurs fautes les plus certaines»³¹¹.

Nei sistemi contemporanei, e in quello italiano soprattutto visto quanto accaduto in epoca fascista, l'Esecutivo continua a rispondere al Parlamento del suo operato³¹², rendendo vana una qualsiasi giustificazione che il primo altrimenti avrebbe potuto addurre, limitandosi ad argomentare «c'est la guerre»³¹³.

Tuttavia, per un'analisi adeguata del contenuto di tali 'poteri necessari', è imprescindibile contestualizzare la questione entro una più ampia trattazione, per la quale si rinvia al capitolo successivo, dei rapporti dell'esecutivo con gli altri organi dello Stato, al fine di comprendere come l'esercizio di questi poteri necessari influenzi e sia influenzato dalle altre fonti dell'ordinamento.

³¹¹ G. JÈZE, "L'Exécutif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs in Revenue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger", cit., pp. 8-9

³¹² Invero, «allorquando si esaminino l'interpretazione dottrinale delle disposizioni costituzionali disciplinari del fenomeno bellico, per la sopravvalutazione, [...] dell'esigenza 'garantista' del controllo parlamentare a discapito delle esigenze della difesa», A. BARONE, "La difesa nazionale nella costituzione", in *Diritto e società* 1987, p. 644

³¹³ *Ibid.*

CAPITOLO SECONDO

LE CONSEGUENZE DELLO STATO DI GUERRA: ANALISI DEI RAPPORTI ISTITUZIONALI E NORMATIVI

SOMMARIO: 1. I rapporti tra gli organi di Stato - 1.1. La questione della sovranità del popolo: il rapporto tra Governo e Parlamento - 1.2. I limiti del potere giudiziario: il rapporto tra Governo e Magistratura - 1.3. La questione del Presidente della Repubblica e il rapporto col Governo - 1.4. La questione della Corte costituzionale: i limiti dei poteri del Governo - 2. I rapporti tra le fonti dell'ordinamento italiano - 2.1. La relazione tra la Costituzione e legge marziale - 2.2. La legge marziale e le altre fonti normative primarie dell'ordinamento

1. I rapporti tra gli organi di Stato

Lo stato di guerra presuppone una sospensione delle ordinarie attività e prerogative degli organi di Stato. In particolare, come precedentemente esposto nel Capitolo Primo, il potere d'esercizio dell'Esecutivo si espande rispetto a quello ordinario, delineato dal testo costituzionale in tempo di pace. La guerra, in quanto stato patologico dello Stato-comunità, travolge l'ordine costituito e gli equilibri istituzionali e normativi reggenti una determinata collettività: nonostante la mancata attivazione del paradigma costituzionale e la scarsa attenzione dei Costituenti, e di rimando della dottrina¹, sull'indagine di eventuali cambiamenti prodotti sullo *status quo*, lo studio dell'ordinamento costituzionale dopo la deliberazione ex art. 78 risulta fondamentale ai fini di un'analisi completa del fenomeno bellico. Certamente, l'esame di tali profili potrà essere considerato aporetico mancando di un riscontro nella realtà, nondimeno un'indagine sistematica dell'ordinamento giuridico bellico non può mancare, anche se di natura prettamente teoretica.

A tal riguardo conviene, dunque, soffermarsi sui profili istituzionali e normativi coinvolti, e quindi domandarsi se l'ampliamento del potere d'azione governativo *in primis* incontri o meno eventuali limiti e, una volta fatto ciò, *in secundis* se e come l'attività straordinaria dell'Esecutivo interagisca con gli altri organi costituzionali.

Oltre a ciò, il paradigma costituzionale non si esaurisce con nella regola studiata nel capitolo precedente, ma anzi predispone alcuni specifici istituti, in caso di deliberazione dello stato di guerra, determinando uno *status* speciale che coinvolge parimente gli altri organi statali. A seguito della deliberazione dello stato di guerra, invero, è il Capo di Stato colui che deve proclamare lo stato di guerra, in virtù della sua funzione di rappresentante della volontà statale nei rapporti con gli altri Stati²; infatti, il Presidente della Repubblica è l'unico organo abilitato a rappresentare

¹ Infatti, scrive Cicconetti a proposito «rimane il dato di fatto della mancanza di qualsiasi decisione giurisdizionale a sostegno dell'una o dell'altra tesi, mancanza che evidentemente dipende dal non essersi mai verificata alcuna situazione di stato di guerra nell'Italia repubblicana. Com'è ovvio, è certamente meglio rimanere in pace piuttosto che sopportare una guerra per stabilire quale delle due interpretazioni dell'art. 78 sia quella giusta!», S. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2007, p. 298

² Art. 87 comma 9

l'intera nazione dal punto di vista del diritto internazionale³, manifestando quindi all'esterno, agli altri Stati, quella che è la volontà della cittadinanza.

Per di più, per quanto riguarda il funzionamento del Parlamento, l'art. 60 introduce una deroga alla prestabilita durata quinquennale delle Camere, prevedendo per l'appunto una proroga eccezionale in caso di guerra⁴.

In aggiunta, la giurisdizione dei tribunali cambia in caso di stato di guerra, riconoscendosi per l'esattezza la competenza a giudicare dei tribunali militari; la giurisdizione degli stessi, se in tempo di pace è limitata ai soli casi di 'possibili' reati militari commessi da soggetti facenti parte delle Forze armate, in tempo di guerra si allarga, ricomprendendo tutte le fattispecie previste dalla legge di guerra⁵ e applicandosi quindi anche alla popolazione civile.

Sempre a riguardo dell'attività giudiziaria, un'altra importante eccezione viene prevista dal testo costituzionale all'art. 111 comma 7 in quanto la competenza della Corte di Cassazione ex art. 65 del r. d. del 30 gennaio 1941 n. 12 (Legge sull'ordinamento giudiziario) di svolgere la sua funzione nomofilattica in caso di provvedimenti incidenti sulla libertà personale è derogabile in caso di stato di guerra⁶.

Questi istituti, abbozzati in Costituzione con poche e lacunose parole, sono quindi qua posti all'attenzione della presente analisi: lo stato di guerra supposto, perché ad oggi si parla ancora solo di ipotesi, ha come scopo principale quello di ricomprendere la guerra-fatto nell'ordinamento costituzionale affinché, benché il *bellum* sia a tutti gli effetti una situazione straordinaria da sempre estranea alla logica del *giuridico*, si possa in qualche modo preservare l'ordinamento stesso. L'idea a fondamento della previsione dello stato di guerra era ed è che, integrando la disciplina dell'emergenza bellica nella norma fondamentale, il conflitto venisse interiorizzato dall'ordinamento giuridico-legale convertendo, dunque, la situazione di fatto in situazione di diritto.

Conviene ora soffermarci su queste altre fattispecie costituzionali, al fine di comprendere se e come le disposizioni appena presentate possano adempiere alla funzione primaria che la norma assume, vale a dire la funzione predittiva, tenendo conto inizialmente del paradigma costituzionale riguardo al rapporto tra Esecutivo e gli altri organi di Stato e l'attività straordinaria di quest'ultimi in tempo di guerra, completato poi dall'esame dell'eventuale disciplina legislativa connessa.

Difatti, affinché si possa compiutamente realizzare il compito della disciplina normativa, questa deve essere idonea a dare previsione degli effetti giuridici in materia. La prevedibilità di tali effetti, peraltro, pur figurarsi solo in un'ottica completamente astratta, evidenzia l'eccezionalità del sistema, conformemente con lo scopo dell'analisi qui vi proposta. La pretesa, condivisa dai Costituenti, di quel fenomeno di «razionalizzazione che caratterizza[va] il moderno costituzionalismo»⁷ si spinge «nel prevedere e disciplinare in norme giuridiche puntuali i comportamenti

³ V. FALZONE F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti*, Milano, 1976, pp. 262-263

⁴ L'art. 60 Costituzione recita «La Camera dei deputati e il Senato della Repubblica sono eletti per cinque anni. La durata di ciascuna Camera non può essere prorogata se non per legge e soltanto in caso di guerra»

⁵ L'art. 103 comma 3 prevede per l'appunto che «i tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate»

⁶ Più specificamente, «Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra»

⁷ M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, cit., p. 90

degli organi costituzionali, i loro rapporti reciproci, la loro posizione nell'assetto ordinario»⁸, o forse come in questo caso straordinario si è cercato di disciplinare questi rapporti « negli assetti eccezionali del sistema»⁹.

Come si è già osservato, la guerra è l'avvenimento che maggiormente coinvolge lo Stato-comunità, per questo motivo la competenza della deliberazione dello stato di guerra è assegnata alla cooperazione dei due rami del Parlamento; una tale decisione, come già sottolineato, risponde, invero, alla necessità di coinvolgere in un qualche modo, poiché una partecipazione diretta e immediata della cittadinanza risulterebbe poco attuabile, la collettività nella decisione di entrare o meno in un conflitto, in contrasto quindi con la precedente scelta arbitraria del Capo dello Stato e/o dell'Esecutivo. Difatti, l'entrata in un conflitto, oltre che mettere in dubbio la continuità e la sicurezza dello Stato, compromette l'incolumità dei suoi cittadini e stravolge per certi aspetti la vita quotidiana degli stessi. Per questo, in nome del principio di rappresentanza, la Costituente si è orientata nel riconoscere alle assemblee direttamente elette l'ultima parola sulla deliberazione dello stato di guerra. Come è facile immaginare, l'attuazione del modello costituzionale dello stesso, concerne anche e soprattutto la salvaguardia dello stesso principio di rappresentanza e la regola della democrazia rappresentativa¹⁰, non solo per quanto riguarda la deliberazione ex art. 78 Costituzione, ma anche in merito ad una sua effettiva tutela (o al contrario ad una sua sospensione); su questo punto è, quindi, opportuno soffermarsi per una adeguata riflessione.

1.1. La questione della sovranità del popolo: il rapporto tra Governo e Parlamento

Oltre alla deliberazione ex art. 78, il testo costituzionale riserva alle Camere un'altra disciplina particolare, ovverosia quella della proroga della loro durata.

La durata 'fisiologica', aggettivo il cui utilizzo rimanda più che ad una prassi sviluppatasi in questi ottant'anni repubblicani a quella che astrattamente configura la previsione di cui all'art. 60 comma 1, è quella quinquennale. Infatti, una volta eletti, 'i rappresentanti della Nazione', sia per quanto riguarda la Camera dei deputati che in riferimento al Senato della Repubblica¹¹, hanno un mandato della durata massima di cinque anni.

Pur stabilendo questa regola iniziale, l'articolo sopra menzionato prevede al secondo comma una deroga speciale: la stessa durata quinquennale può essere estesa 'per legge' ma in caso di una specifica circostanza; questa può invero intercorrere 'soltanto in caso di guerra'.

L'incorporazione di questa disposizione in Costituzione concretizza specificamente l'unica fattispecie possibile di 'proroga delle Camere'¹², secondo uno schema ben

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ «Il conferimento dei poteri necessari previsto dalla Costituzione repubblicana non è assimilabile a tale istituto [il conferimento dei pieni poteri] del previgente regime monarchico: esso determina sì un assetto costituzionale straordinario, relativo soprattutto tra Governo e Parlamento, ma non la totale sospensione delle attribuzioni parlamentari, quindi la sospensione della democrazia rappresentativa», P. PINNA, "Guerra (stato di) in Digesto delle Discipline Pubblicistiche", cit., p. 58

¹¹ La cui durata è stata parificata a quella della Camera dei deputati dalla legge costituzionale 9 febbraio 1963, n. 2

¹² È fondamentale e cruciale ricordare che l'istituto della 'proroga delle Camere' è ben individuato nell'ordinamento costituzionale. Infatti, l'istituto in questione è distinto da quello della *prorogatio* formalizzato

definito: da un lato essa avviene attraverso lo strumento legislativo, dall'altra la circostanza che ne giustifica l'attivazione è specificamente prevista dal dettato costituzionale.

In merito al primo punto, il mezzo legislativo rappresenta, dunque, un punto fondamentale per l'attuazione di questa norma: laddove i Costituenti hanno mancato nella stesura finale dell'art. 78 di fare rinvio alla legislazione primaria, qui l'espressione 'per legge' non può che presupporre che l'istituto della proroga delle Camere possa concretizzarsi esclusivamente tramite l'attività legislativa del Parlamento stesso.

Conviene ora chiedersi che tipologia di rinvio opera all'art. 60 comma 2: la presunzione, quindi, in mancanza di una locuzione che faccia espressamente riferimento allo strumento legislativo di cui agli artt. 70-74, è quella di considerare tale riserva di legge come assoluta e quindi estendibile anche agli altri atti aventi forza di legge, quali i decreti-legge ex art. 77 Costituzione. In merito a questa disciplina rileva specificare che nel caso oggetto d'analisi non vi è una specificazione sulla tipologia di riserva di legge operata quindi bisogna chiedersi che cosa si intenda 'per legge' nella presente disposizione. Secondo alcuni¹³ solamente l'Assemblea stessa può disporre della proroga¹⁴, essendo quindi esclusa la possibilità per il Governo di stabilire l'estensione della durata delle Camere tramite decretazione¹⁵. L'esclusione del Governo dalla facoltà di procedere o meno alla protrazione della durata e del funzionamento della Legislatura è naturale in virtù della tutela dell'indipendenza e autonomia dell'organo parlamentare anche in tempo di guerra.

È evidente nella norma fondamentale la volontà dei Costituenti di preservare il più possibile l'ordine costituito, e di conseguenza preservare la libertà e autonomia dei due rami del Parlamento durante l'emergenza bellica: spetta alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica la decisione sulla loro continuità, riconoscendo anche in tempo di guerra la capacità e facoltà di governarsi da sé. Precisamente, attraverso questa norma costituzionale si preserva l'indipendenza del Legislativo contro eventuali abusi o invadenze dell'Esecutivo poiché la decisione del prolungamento del mandato dei rappresentanti eletti oltre la durata ordinaria quinquennale è sottratta al campo d'intervento del Consiglio dei ministri. Invero, anche in tempo di guerra, il

all'art. 61 Costituzione. Laddove la proroga delle Camere richiede che la stessa sia disposta per legge e *soltanto* in caso di guerra, la *prorogatio* non ha bisogno di una deliberazione specifica in quanto interviene autonomamente, alla luce delle esigenze che per cui è preposta, ovverosia non di carattere eccezionale o in contrasto ad eventi straordinari quanto più a fronte di necessità di continuità di svolgimento delle attività degli organi rappresentativi. G. M. SALERNO, "Art. 60", in *Commentario breve alla Costituzione*, cit., pp. 375-376. In aggiunta, un'altra differenza significativa risiede nella portata che l'estensione della durata determinerebbe: nel primo caso, vista la correlazione col fenomeno bellico, il periodo risulta indeterminabile e indeterminato, anche se si sostiene che la proroga non possa protrarsi per più di cinque anni; nel secondo caso la *prorogatio* non può avere una durata superiore ai 60 giorni in quanto l'art. 61 comma 1 esplicitamente rimanda a un termine di durata, S. TRAVERSA, *Proroga e "prorogatio" delle Camere*, Roma, 1983, p. 29. A dir il vero, lo stesso Autore sottolinea che l'istituto in questione avrebbe una durata complessiva di novanta giorni derivante dalla lettura congiunta dei due commi del citato articolo in quanto al termine dei sessanta giorni manifestamente apposto, si aggiungerebbero i venti previsti al secondo comma per la prima riunione. S. TRAVERSA, "Legislatura", in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, F. PIGA (a cura di), Milano, 1974, p. 5 ss.

¹³ S. TRAVERSA, "Riserva di legge d'assemblea", in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, 1969, p. 615 ss.

¹⁴ La legge del 10 maggio 1918, n. 634 è un esempio di come la disciplina della proroga delle Camere si è attuata quando ancora vigeva lo Statuto Albertino

¹⁵ «Accogliendo quest'ultimo orientamento, sarebbe preclusa la statuizione della proroga attraverso la via della decretazione d'urgenza (ai sensi dell'art. 15, co. 2, lett. b), l. 400/1988 (*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri*), la cui natura di fonte primaria non potrebbe però, di per sé sola, determinare l'incostituzionalità di un decreto-legge sul punto», M. MAGRINI, "Art. 60", in *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 575

Parlamento conserva la propria autonomia, allontanando dallo spettro del potere d'azione dei poteri necessari del Governo le questioni attinenti al funzionamento dell'organo rappresentativo stesso.

Inoltre, il riconoscimento dell'espressione 'se non con legge' quale riserva formale di legge risponde ad un'altra preoccupazione dei Costituenti, vale a dire la tutela della posizione della minoranza parlamentare nelle decisioni durante l'emergenza bellica, garanzia che acquisterebbe maggior rilievo e maggior preoccupazione «qualora si ritenesse di accogliere l'interpretazione, sostenuta da parte della dottrina, secondo cui la deliberazione dello stato di guerra, ex art. 78, si configurerebbe come un atto non legislativo»¹⁶. Pur configurandosi come *governo di unità nazionale*, lo stato di guerra funge da motivazione e giustificazione per eventuali sospensioni di disposizioni costituzionali, fra cui quelle relative alle garanzie dei diritti delle minoranze politiche¹⁷, risultando in una deroga della dialettica maggioranza-minoranza/opposizione. Come dimostrato nel capitolo precedente, il riconoscimento dell'atto della deliberazione dello stato di guerra quale atto bicamerale non legislativo è naturale e determinerebbe l'esclusione dell'atto ex art. 78 dagli schemi di controllo realizzati dagli art. 74 e 134 Cost.: nel Capitolo Primo sono stati già evidenziati le incongruenze e rischi di un possibile potere di rinvio della legge del Capo dello Stato e dell'eventuale scrutinio di legittimità da parte della Corte costituzionale. Dunque, il riconoscimento della forma legislativa di cui gli artt. 70-74 alla legge di proroga, la cui denominazione 'legge' è apertamente accettata dalla dottrina, ha come finalità secondaria, oltre quindi di salvaguardare l'autonomia e l'indipendenza del Legislativo¹⁸ nonché una relativa continuazione della funzionalità dello stesso¹⁹, basata anche sul dar voce anche all'opposizione e delle minoranze politiche durante l'emergenza bellica, che nel travolgere l'assetto costituzionale potrebbe maggiormente metterle in oscurità nella gestione della stessa finendo la guerra per essere di fatto completamente nelle mani dell'Esecutivo.

Esaurito il discorso sul primo dei requisiti, vale a dire lo strumento con cui viene disposta la proroga, requisito quindi necessario ma non sufficiente, non manca che analizzare il secondo e ultimo dei presupposti per l'attuazione dell'istituto in questione, quello della circostanza in cui la proroga delle Camere possa attivarsi, ossia cosa si intende per 'soltanto in caso di guerra'. L'espressione impropriamente giuridica²⁰ 'in caso di guerra' è senza dubbio riferibile allo stato di guerra, il quale è «presupposto necessario ed indispensabile»²¹ per l'attivazione della disciplina dell'ordinamento costituzionale bellico. Allo stesso tempo, non potendo proporre una lettura estensiva²² dell'articolo in esame ad altre situazioni di «pericoli o minacce di

¹⁶ A. SPERTI, "Art. 60", in *Commentario alla costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, p. 1179

¹⁷ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2022, pp. 709-711

¹⁸ «La discrezionalità di cui può avvalersi il legislatore non si riferisce soltanto all'*an* della proroga, ma anche alla misura, temporale e soggettiva, dei suoi effetti, potendo questi riferirsi sia ad una Camera [...] sia ad entrambe», G. D'ORAZIO, "Proroga delle Camere in Enciclopedia del diritto", cit., p.421 ss.

¹⁹ «Ad assicurare, per un verso, una qualche forma di continuità funzionale tra le vecchie e le nuove Camere induceva l'ipotesi di eventi che, per la loro eccezionalità e gravità, richiedono pronte ed adeguate deliberazioni degli organi parlamentari», *id.*, p.415

²⁰ «L'espressione atecnica *caso* di guerra altro non sarebbe se non il giuridico '*stato guerra*' deliberato dalle Camere [78] e dichiarato dal Capo dello Stato ex art 87⁹ cost.», P. PERLINGIERI, M. PARELLA, "Art. 60", in *Commento alla Costituzione italiana*, P. PERLINGIERI (a cura di), Napoli, 2001, p. 391

²¹ G. M. SALERNO, "Art. 60-61", cit., p. 376

²² Tale lettura si basa su un'interpretazione ampia del concetto di 'difesa', G. D'ORAZIO, "Proroga delle Camere in Enciclopedia del diritto", cit., pp. 425-428

guerra»²³, ma facendo l'art. 60 implicitamente rimando all'art. 78 e 87 co. 9²⁴, non si può che affermare che la proroga delle Camere assume consistenza solo laddove lo stato di guerra sia stato deliberato e dichiarato²⁵ (anche se in merito alla dichiarazione dello stato di guerra conviene soffermarsi in seguito). Tale conclusione, condivisa pacificamente dalla dottrina, trae la sua giustificazione dal fatto che, essendo la proroga delle Camere un «evento eccezionale di sospensione della normale dinamica degli organi costituzionali»²⁶, ricompreso dalla stessa Costituzione per evitare il ricorso di un nuovo potere costituente o riforma costituzionale²⁷, questa «debba interpretarsi restrittivamente»²⁸.

Invero, sulla portata dell'istituto la dottrina ha proseguito nell'analisi di questo secondo istituto affermando che la deliberazione ex art. 78 non possa essere sufficiente ad incontrare i requisiti di cui l'art. 60 co. 2: accanto alla sussistenza formale dello stato di guerra, vi è la necessità di constatare l'effettività di un conflitto²⁹ in atto giacché «la guerra non dovrebbe sussistere soltanto dal punto di vista meramente formale, ma dovrebbe essere concretamente ed effettivamente in atto»³⁰.

Si ribadisce quindi lo scopo della disposizione di cui l'art. 60 comma 2: l'istituto in questione ha come finalità precipua quello di donare legittimità all'organo rappresentativo, anche evitando il «ricorso alle elezioni in periodi di eccezionale gravità per la vita dello Stato»³¹, elezioni che sarebbero difficilmente organizzabili³² visti i pericoli della guerra³³.

Per quanto riguarda l'attività svolta in caso di proroga, la dottrina ritiene che la stessa sia svolta senza particolari limitazioni³⁴. Infatti, secondo alcuni «restano al

²³ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 816 ss. Ancora, la locuzione 'in caso di guerra' «non si riferisce né a minacce di guerra o di pericoli analoghi, né a fattispecie similari (come l'utilizzo di forze armate per missioni militari internazionali)», M. MAGRINI, "Art. 60", cit., p. 575

²⁴ «La proroga è quindi ammessa come eventuale dalla Costituzione nel solo caso in cui, secondo la maggioritaria interpretazione ristretta, sia stato precedentemente deliberato lo stato di guerra ex art. 78 cost. e 87 cost. Si tratta dunque di un'evenienza non solo remota e specifica, ma anche da interpretarsi in maniera assai stringente, contrariamente a quanto avrebbe voluto. Mortati, il quale propose in Costituente di estendere la previsione al verificarsi più generico di eventi straordinari», S. SILEONI, "Articolo 60", in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), Bologna, 2018, p. 40. Ancora, G. D'ORAZIO, "Proroga delle Camere in Enciclopedia del diritto", cit., p. 416

²⁵ L. BIANCHI D'ESPINOSA, "Il Parlamento", in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), Firenze, 1950, p. 22. Per un maggiore approfondimento si rimanda ad Ancora, G. D'ORAZIO, "Proroga delle Camere in Enciclopedia del diritto", cit., pp. 418-419

²⁶ M. MAGRINI, "Art. 60", cit., p. 575

²⁷ L. BIANCHI D'ESPINOSA, "Il Parlamento in Commentario sistematico alla Costituzione italiana", cit., p. 22

²⁸ M. MAGRINI, "Art. 60", cit., p. 575

²⁹ «Al presupposto giuridico della deliberazione di uno 'stato di guerra', parte della dottrina ritiene che sia opportuno aggiungere la sussistenza di un'effettiva conflittualità, ossia di uno stato di 'guerra effettivamente guerreggiata'. In questo senso spingerebbe non solo la [...] reiezione dell'emendamento Mortati, ma anche la stessa modifica formale operata in sede di coordinamento con cui fu respinta l'iniziale formulazione che ammetteva la proroga in caso di una 'guerra in corso', A. SPERTI, "Art. 60 in Commentario alla costituzione", cit., p. 1179

³⁰ G. M. SALERNO, "Art. 60", cit., p. 376. Ancora, L. BIANCHI D'ESPINOSA, "Il Parlamento in Commentario sistematico alla Costituzione italiana", cit., p. 22

³¹ G. M. SALERNO, "Art. 60", cit., p. 376

³² «L'impegno bellico è incompatibile con una vera vita democratica, con la normale dialettica dei partiti, con il ricambio della classe politica e la circolazione delle élites dirigenti, con una vasta consultazione elettorale», M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella costituzione italiana*, cit., p. 75

³³ I vari aspetti delle elezioni coinvolti sono ben illustrati in P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale. Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 283 ss.

³⁴ M. MAZZIOTTI DI CELSO, "Parlamento (funzioni)", in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, F. PIGA (a cura di), Milano, 1981, p. 775; questo rappresenta un altro punto di differenziazione con l'istituto della prorogatio in quanto lo stesso prevede delle limitazioni alle prerogative parlamentari

parlamento, ovviamente, tutti gli usuali strumenti di controllo politico sulla gestione in concreto delle decisioni relative allo svolgimento della guerra»³⁵.

Tale controllo si esplica in una varietà forme³⁶. Il tema dell'effettività e ampiezza del controllo parlamentare sull'operato governativo, come già delineato precedentemente, è stato centrale nella definizione della nuova disciplina: invero, la Costituente si posta in netta contrapposizione rispetto alla 'subalternità' delle assemblee rappresentative per quanto riguarda la titolarità della deliberazione dello stato di guerra, riconoscendo anzi il «primato del Parlamento in quanto abilitato a stabilire lo stato d'eccezione»³⁷, portando quindi a chiedersi se la tutela dell'autonomia del Legislativo si protragga anche durante il corso del conflitto³⁸.

Come si è già avuto modo di discorrere, l'attività politica del Parlamento, in materia di guerra, ricomprende la funzione decisionale di cui all'art. 78, subordinando di fatto l'impegno bellico italiano alla volontà parlamentare³⁹. Tuttavia, il ruolo delle Camere non si consuma in questo solo momento decisorio⁴⁰, ma anzi conserva, anche per il perdurare delle ostilità, delle prerogative proprie. Infatti la nuova denominazione dei 'poteri governativi di guerra' in 'poteri necessari' riconosce esplicitamente il ruolo del Parlamento nell'indicare quale siano le prerogative funzionali in ogni momento della durata del conflitto, indicazione presa in base alla 'situazione bellica determinatesi'⁴¹: spetta al Legislativo, invero, l'individuazione e la ponderazione⁴² dei poteri in capo al Governo, risultando un dovere⁴³ anzi dello stesso, che non può quindi in nessun modo accentrare i poteri nelle sue mani senza

³⁵ G. DE VERGOTTINI, "Nuovi profili della guerra e rapporti parlamento-governo", in *Rivista di studi politici internazionali* 2002, p. 392

³⁶ «E quando si parla di controllo ci si riferisce a una gamma variegata di possibilità di intervento parlamentare: capacità del parlamento di ricevere informazione, capacità di rendere partecipe l'opinione pubblica del paese circa l'andamento della politica della sicurezza, capacità di indagare chiamando il governo a rispondere politicamente, capacità di interdire le scelte governative, e, infine, capacità di imporre indirizzi sostitutivi di quelli governativi», *ibid.*

³⁷ F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*. Torino, 2000, p. 63

³⁸ Infatti, «le Camere, sulla base di valutazioni di opportunità politica, hanno piena discrezionalità quanto all'an della proroga e quanto alla durata della proroga», P. PERLINGIERI, M. PARELLA, "Art. 60", cit., p. 392. Tuttavia, lo stato di diritto è inconciliabile con l'idea di una prerogativa assoluta, sciolta da un qualsiasi argine: quindi a discrezionalità riconosciuta alle Camere in merito all'atto di proroga è libera «sia pure con alcuni limiti sistematici» quali la durata che non può essere indeterminata in quanto «non può comunque eccedere il limite temporale di cinque anni», *ibid.*

³⁹ Più in generale sulla competenza delle Camere nei rapporti internazionali, L. BIANCHI D'ESPINOSA, "Il Parlamento in Commentario sistematico alla Costituzione italiana", cit., pp. 45-47. Per una più attenta analisi si rimanda al Capitolo Primo

⁴⁰ La dottrina è anzi favorevole a che il Parlamento tendi a conservare il più possibile le sue funzionalità anche in tempo di guerra, G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, p. 307 ss.

⁴¹ F. SORRENTINO, "Le fonti del diritto", in *Manuale di diritto pubblico*, G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), Bologna, 1984, p. 173

⁴² Sulle ragioni che spingono questa affermazione «occorre invece tener presente che l'autorizzazione più o meno ampia data dal Parlamento al Governo dipende da un atto di volontà dei suoi membri, atto che deve ritenersi libero, cosciente, e ben ponderato, mediante il quale si accorda al potere esecutivo un'ampia fiducia e un mandato speciale quando lo si ritiene particolarmente adatto, in determinate circostanze e per determinate materie, ad emettere opportuni provvedimenti legislativi», G. CAPIZZI GIANGRECO, "La 'delegazione parlamentare' ed i 'pieni poteri' nella scienza e nella politica, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia* 1924, p. 296-307. Tale impostazione è tesa ad che l'impreparazione delle Camere possa portare ad« lunga ed inopportuna discussione di ordine tecnico, o per la necessità di tener conto in una legge di molti elementi di fatto e di diritto che non possono facilmente rendersi noti ad un'assemblea numerosa od essere formulati da essa, o per far contribuire al lavoro legislativo persone di speciale capacità nella materia, le quali alle Camere non appartengano, o per la natura stessa delle elaborazioni da farsi del materiale legislativo od anche per ragioni di tempo o di opportunità politica; deleghino al potere esecutivo di formulare vere legge», C. F. FERRARIS, *Diritto amministrativo*, Padova 1923, p. 86

⁴³ Il compito di conferimento dei poteri necessari, inoltre, si configura come un dovere del Parlamento, M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, cit., p. 87 ss.

andare contro il dettato costituzionale.

Innanzitutto, in merito all'istituto della proroga appena analizzato, si ricorda che lo stesso si configura come atto discrezionale solo del Legislativo, che mantiene la «facoltà - e non l'obbligo - di allungare la durata delle Camere»⁴⁴ valutando «l'opportunità del provvedimento eccezionale in relazione alle condizioni del Paese (le quali pur nel corso di una guerra possono consentire, o addirittura consigliare, la consultazione elettorale)»⁴⁵. Anche in tempo di proroga, le Camere continuano ad esercitare tutti i poteri ad esse attribuiti⁴⁶: gli unici limiti attesi all'esercizio delle ordinarie prerogative sono rappresentati dai cosiddetti poteri necessari di cui si è già parlato in precedenza⁴⁷. Infatti, partendo dall'assunto che le Camere possano conferire all'Esecutivo poteri maggiori di quelli governativi ordinari⁴⁸, si esclude la possibilità comunque di delegare «poteri maggiori di quelli necessari»⁴⁹, secondo una valutazione rimessa alle stesse assemblee rappresentative, che non possono delegare allo stesso competenze di cui non dispongono, poiché *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, e nemmeno pare possibile una delegazione di tutta l'attività legislativa al Governo, poiché « il Parlamento non può e pertanto non dovrebbe delegare in verun modo l'esercizio della funzione legislativa, perché esso stesso esercita detta funzione non già per diritto autarchico, ma per 'investitura' avutane dalla Costituzione dello Stato»⁵⁰: rimane l'interrogativo già precedentemente delineato sulla consistenza e portata dei poteri necessari ex art. 78. Laddove si riconosca all'atto di conferimento la forma della delega legislativa, delega che comunque rimane *sui generis*, si rimette in gioco la questione *in primis* del controllo esercitato dal Parlamento sull'attività del Governo, e *in secundis* della possibilità da parte del Legislativo di esercitare i poteri conferiti/delegati all'Esecutivo in tempo di guerra. Si rammenti che la volontà in Costituente era di salvaguardare anche in tempo di guerra il principio di continuità degli organi costituzionali, in specie del Parlamento quale organo a tutela della rappresentanza della cittadinanza. Come già detto, il *bellum* si caratterizza per essere una situazione di fatto che tende a stravolgere gli assetti normativi e istituzionali, presentandosi quindi come situazione *extra ordinem*⁵¹ e *contra ordinem*⁵². Infatti, la guerra è generalmente indicata come *funzione straordinaria dello Stato* che non può essere ricondotta pienamente né alla legislazione né alla giurisdizione né all'amministrazione dello Stato⁵³. Invero, la disciplina di cui all'art. 60 Costituzione è centrale in quanto riconosce espressamente la continuità del Parlamento, anche laddove le Camere siano già sciolte o scadute,

⁴⁴ G. M. SALERNO, "Art. 60", cit., p. 376

⁴⁵ L. BIANCHI D'ESPINOSA, "Il Parlamento in Commentario sistematico alla Costituzione italiana", cit., p. 22

⁴⁶ M. MAZZIOTTI DI CELSO, "Parlamento (funzioni) in Enciclopedia del diritto", cit., pp. 775-776

⁴⁷ «La sfera ordinaria delle competenze parlamentari non subisce, in via di principio, alcuna limitazione, ché, anzi, scopo della legge di proroga è di conservare al Parlamento (se non ancora scaduto) o di fargli riacquistare (se già in prorogatio), in tempo di guerra, non solo pienezza di poteri deliberativi e di controllo, ma, semmai, tendenzialmente ed indirettamente, di potenziarli, secondo l'indicazione riassuntiva e la carica espansiva di cui all'art. 78 cost. Il quale prevede il (temporalmente limitato) conferimento al Governo dei 'poteri necessari' in misura logicamente maggiore di quella ordinariamente possibile secondo il rapporto e i requisiti della delegazione legislativa», G. D'ORAZIO, "Proroga delle Camere in Enciclopedia del diritto", cit., p. 417

⁴⁸ P. PINNA, "Guerra (stato di) in Digesto delle Discipline Pubblicistiche", cit., p. 58

⁴⁹ M. CAVINO, M. MALVICINI, *Le guerre dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2023, p. 178

⁵⁰ B. PETRONE, *Il regime rappresentativo italiano nelle riforme del domani*, Roma, 1922, pag. 89

⁵¹ Il fatto che «la guerra si pone al di fuori del diritto in generale» è comunemente accettato tanto che «è degno di nota che la dottrina dominante affermi espressamente che la guerra si pone al di fuori della sfera giuridica», H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 2013, pp. 561-562

⁵² Lo stato d'assedio si configura come situazione *hors de la constitution*, G. MOTZO, "Assedio (stato di) in Enciclopedia del diritto", p. 253

⁵³ H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 561

arrivando a limitare anche le prerogative del Presidente della Repubblica, con particolare riguardo al potere di rinvio della legge di cui all'art. 74 Cost. e del potere di scioglimento delle Camere ex art. 88 Cost., in nome del principio di autonomia e continuità del Legislativo⁵⁴.

Allo stesso modo, il medesimo principio è estendibile anche agli altri organi dello Stato, potendo quindi argomentare che, in virtù della «logica di equilibrio nei rapporti interni alla forma di governo»⁵⁵, non possa essere proposta una mozione di sfiducia all'Esecutivo⁵⁶ e non possa essere revocato quindi il sostegno al Governo⁵⁷. Tuttavia, in chiara contrapposizione al regime monarchico e alla disposizione statutaria analizzata nel Capitolo Primo, la Costituente ha voluto chiaramente preservare il ruolo del Parlamento in quanto organo direttamente eletto dai cittadini, mettendone in luce la funzione di controllo dell'indirizzo politico anche durante l'emergenza bellica. Precisamente, «se si considera l'ampliamento delle attribuzioni dell'Esecutivo conseguente al conferimento dei poteri necessari, il rafforzamento della posizione del Parlamento nel rapporto fiduciario si pone a garanzia dell'equilibrio nel regime di governo»⁵⁸ concludendo che permea la possibilità da parte del Parlamento di revocare la fiducia a Palazzo Chigi poiché «la sua esclusione renderebbe del tutto inefficace il controllo parlamentare sull'azione del Governo e porterebbe inevitabilmente a snaturare i poteri necessari in pieni poteri»⁵⁹, eventualità tipica allo Statuto Albertino e fortemente contrastata oggi in quanto la delegazione dei pieni poteri instaurava un ordine costituzionale eccezionale «sospensivo delle attribuzioni del Parlamento»⁶⁰.

Una tale prospettiva è inaccettabile perché all'indomani della Seconda Guerra Mondiale e del Fascismo è parso chiaro che «il conferimento dei poteri necessari non deve provocare una modificazione dell'assetto costituzionale dello Stato»⁶¹ in quanto «non si autorizza né una rottura né una sospensione della Costituzione»⁶². Qualora si affermi che la previsione stessa di cui all'art. 78 sia orientata nell'incorporare la guerra-fatto nell'ordine costituito, è inimmaginabile pensare che lo stato di guerra possa stravolgere completamente i capisaldi dell'ordinamento della Repubblica, e ancor prima dello stato di diritto. Invero, la regola di maggioranza di cui deve godere il Governo non può essere derogata senza violare il principio di cui all'art. 1 Costituzione, ovverosia la supremazia della sovranità popolare. Ergo,

«la giusta esigenza garantista che sta alla base della costruzione esaminata [della normativa dello stato di guerra e più specificamente

⁵⁴ M. CAVINO, M. MALVICINI, *Le guerre dell'Italia repubblicana*, cit., p. 179 ss. In tal senso l'Autore evidenzia che «il principio di continuità dovrebbe inoltre costituire un impedimento al potere di scioglimento del Presidente della Repubblica (e non solo rispetto le Camere prorogate)», *id.*, p. 180

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ «Per tutta la durata dello stato di guerra, il principio di continuità dovrebbe inoltre costituire un impedimento al potere di scioglimento del Presidente della Repubblica (non solo rispetto alle Camere prorogate). Da ciò si potrebbe ritenere [...] che discenda, secondo una logica di equilibrio nei rapporti interni alla forma di governo, l'esclusione della possibilità, per le stesse Camere, di revocare la fiducia al Governo», M. CAVINO, «Il governo della guerra», in *Quaderni costituzionali* 2022, p. 722

⁵⁷ M. CAVINO, M. MALVICINI, *Le guerre dell'Italia repubblicana*, cit., p. 180

⁵⁸ *Id.*, p. 181

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ P. PINNA, «Guerra (stato di) in Digesto delle Discipline Pubblicistiche», cit., p. 58

⁶¹ P. PERLINGIERI, P. FEMIA, «Art. 78», in *Commento alla Costituzione italiana*, cit., p. 578

⁶² *Ibid.* Ancora, «non sembra che possa parlarsi di rottura della Costituzione, ma nemmeno di sospensione della Costituzione nel suo complesso a seguito della delibera dello stato di guerra e del conferimento al Governo dei poteri necessari», A. GIARDINA, «Art 78 in Commentario della Costituzione», cit., p. 110

del conferimento dei poteri necessari] potrà essere soddisfatta in modo più adeguato alla situazione mediante l'esercizio del normale controllo parlamentare sull'attività del Governo»⁶³.

Nonostante, dunque, in caso di attivazione dell'art. 78 Cost., il Parlamento incontrerà dei 'limiti funzionali insiti allo svolgimento delle esigenze belliche'⁶⁴ e benché il Governo «godrà di poteri nuovi e più ampi»⁶⁵, l'Esecutivo «rimarrà pur sempre politicamente responsabile di fronte alle Camere»⁶⁶.

La funzione di controllo del Legislativo è certa⁶⁷ in quanto, anche durante il conflitto e il fenomeno bellico, «l'attività delle Camere rivestirà pertanto in prevalenza una funzione di garanzia»⁶⁸. Esattamente, «[l'ordinamento repubblicano] ferma una sostanziale continuità storica»⁶⁹ rispetto al precedente modello statutario, riconoscendo tuttavia al Parlamento una «una posizione del tutto nuova rispetto a quella che esso occupava vigente lo Statuto»⁷⁰: la maggior rilevanza assunta dal principio di sovranità popolare, invero pietra angolare dell'ordinamento costituzionale italiano repubblicano⁷¹, determina di conseguenza una maggiore rilevanza del Parlamento in quanto quest'ultimo rappresenta «organo del popolo, cioè strumento attraverso cui questo esercita la sovranità»⁷².

Alla luce di queste considerazioni, e vista la preminenza del principio di sovranità popolare negli stati odierni, è chiaro come in linea teorica la funzione di indirizzo e controllo politico venga conservata dalle Camere anche in tempo di guerra: infatti, laddove la funzione di indirizzo politico venga considerata come «la determinazione dei fini generali cui tende l'azione dei poteri pubblici, dei mezzi per raggiungerli e l'attuazione di questi fini»⁷³ e si riconosca la natura discrezionale delle Camere per la funzione di controllo politico⁷⁴, il Parlamento continua a rappresentare sia il baluardo a difesa del principio di sovranità del Popolo e della democrazia rappresentativa, che un ostacolo ad eventuali prevaricazioni e atti arbitrari dell'Esecutivo.

Nello specifico, la guerra determina «il venir meno, in larga misura, del controllo dei governati sui governanti, [poiché] sono fenomeni sempre concomitanti, nei tempi nostri, alla guerra»⁷⁵ in quanto la vita democratica viene messa a dura prova durante l'impegno bellico⁷⁶. Precisamente, il rapporto di fiducia, su cui si basa il mandato stesso del Presidente del Consiglio dei ministri e dell'apparato governativo in generale secondo il binomio Parlamento-Governo, presuppone che in ogni momento l'operato dell'esecutivo sia sottoposto ad un giudizio delle Camere: la concessione

⁶³ A. GIARDINA, "Art 78 in Commentario della Costituzione", cit., p. 110

⁶⁴ P. PERLINGIERI, P. FEMIA, "Art. 78", cit., p. 578

⁶⁵ A. GIARDINA, "Art 78 in Commentario della Costituzione", cit., p. 110

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ La dottrina è concorde sul punto. Alcuni esempi: P. PERLINGIERI, P. FEMIA, "ART. 78", cit., p. 578 ovvero A. GIARDINA, "Art 78 in Commentario della Costituzione", cit., p. 110

⁶⁸ A. SPERTI, "Art. 60 in Commentario alla costituzione", cit., p. 1180

⁶⁹ M. MAZZIOTTI DI CELSO, "Parlamento (funzioni) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 759

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Art. 1 Cost

⁷² M. MAZZIOTTI DI CELSO, "Parlamento (funzioni) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 759. Infatti, anche laddove questa affermazione possa sembrare perentoria è indubbio che «le due Camere sono, fra gli organi costituzionali dello Stato, quelli più strettamente collegati col popolo e quelli in cui la volontà popolare più immediatamente ed efficacemente si esprime», *id.*, p. 760

⁷³ *Id.*, p. 799

⁷⁴ *Id.*, p. 801

⁷⁵ M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella costituzione italiana*, cit., p. 75

⁷⁶ *Ibid.*

stessa della fiducia, e di conseguenza la sua rimozione⁷⁷, rappresentano, a dir il vero, allo stesso tempo sia atto di indirizzo politico che atto di controllo parlamentare, corrispondenti a quel giudizio più o meno positivo che le assemblee rappresentative attribuiscono alla capacità di corrispondenza dell'azione governativa agli interessi della Repubblica⁷⁸. Certamente, il 'variopinto' scenario posto in essere dal fenomeno bellico presuppone un certo spazio di manovra determinato da una definizione di poteri necessari alquanto ampio e riconosciuto all'Esecutivo, il quale può essere l'unico che effettivamente può e potrà disporre delle misure che possano fronteggiare prontamente i pericoli e le necessità cui va in contro la Repubblica nel corso del conflitto⁷⁹, esigenze che «coinvolgono qualunque settore dell'ordinamento in cui possano porsi concrete esigenze attinenti alla difesa della Patria»⁸⁰. In tal senso il potere di indirizzo e di controllo parlamentare non potrà realizzarsi nella forma dell'individuazione di «un oggetto definito»⁸¹ o di «principi e criteri direttivi puntuali»⁸², ma piuttosto nell'indicazione da parte del Legislativo «di obiettivi che lasci al Governo un ampio margine di discrezionalità»⁸³.

Si realizza, per l'appunto, una *concentrazione del potere*, ammessa nei sistemi di stato liberale in casi eccezionali, che però è ammessa laddove la stessa, in deroga alla regola della separazione dei poteri, sia subordinata alla condizione «della necessità, temporaneità e proporzionalità delle misure adottate al mantenimento di controllo politici e giurisdizionali»⁸⁴: dunque, pur eccedendo il potere esecutivo rispetto ai suoi confini abituali, lo stesso viene controbilanciato dal potere di controllo del Legislativo e del Giurisdizionale⁸⁵.

Inoltre, la funzione del Parlamento rileva anche per quanto riguarda la legge di bilancio. Infatti, il Legislativo è chiamato ad approvare in linea generale la gestione finanziaria del Governo⁸⁶ delle spese pubbliche, spese che in tempo di guerra ricomprendono indubbiamente anche quelle belliche⁸⁷. Anche in caso di guerra, a dir il vero, il Parlamento conserva la sua funzione di indirizzo e controllo politico attinente alla gestione dell'erario; l'atto di deliberazione ex art. 78 configurandosi come atto in cui «la funzione di indirizzo politico delle Camere assume il suo più grande rilievo»⁸⁸, se non addirittura atto di indirizzo politico per antonomasia⁸⁹, ribadisce l'importanza delle sopra menzionati funzioni del Legislativo.

Un ruolo di rilievo del Parlamento in merito all'emergenza bellica si concretizza

⁷⁷ Ipotesi in realtà improbabile si veda nota 56

⁷⁸ M. MAZZIOTTI DI CELSO, "Parlamento (funzioni) in Enciclopedia del diritto", cit., pp. 800-806

⁷⁹ Si intende ancora in questo capitolo rifarsi al modello costituzionale bellico pensato in Assemblea costituente

⁸⁰ L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, p. 190

⁸¹ M. CAVINO, M. MALVICINI, *Le guerre dell'Italia repubblicana*, cit., p. 179

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 455

⁸⁵ In linea teorica questo controllo del Giurisdizionale si realizza in forme particolari come si avrà modo di analizzare in questo Capitolo al paragrafo primo sub paragrafo quarto

⁸⁶ La legge finanziaria è lo strumento con cui il Parlamento autorizza la gestione finanziaria del Governo per il futuro anno finanziario e approva il bilancio delle spese sostenute nell'anno corrente, L. BIANCHI D'ESPINOSA, "Il Parlamento in Commentario sistematico alla Costituzione italiana", cit., pp. 47-49

⁸⁷ «L'autorizzazione per il Governo a dare esecuzione, sotto l'aspetto finanziario, alle leggi sostanziali di entrata o di spesa implica infatti un giudizio favorevole delle Camere sulle modalità di esecuzione che risultano dal bilancio. Certamente il fatto che le Camere possano sospendere l'esazione di entrate o l'erogazione di spese previste in bilancio distribuire diversamente gli stanziamenti, quindi modificare, sia pur limitatamente, il bilancio stesso, attribuisce alla funzione d'indirizzo politico delle Camere maggior rilievo di quanto non abbia nel caso di autorizzazione alla ratifica dei trattati», M. MAZZIOTTI DI CELSO, "Parlamento (funzioni) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 806

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

inoltre ai sensi dell'art. 80 Cost.⁹⁰ per quanto riguarda la legge di ratifica del trattato di pace o armistizio a cessazione dello stato di guerra; questa a sua volta determina la cessazione dell'attuazione di tutti gli altri istituti quale la proroga delle Camere di cui si è discusso⁹¹. Difatti, la cessazione dello stato di guerra si configura come «passaggio, o ritorno, allo stato di pace»⁹² che ha come conseguenza «il convertirsi della situazione giuridica oggettiva straordinaria in quella ordinaria»⁹³: il compito di internalizzare questa modificazione dello *status* del Paese è lasciato al Parlamento ai sensi dell'appena citato articolo, il quale propriamente, a differenza degli accordi armistiziali che segnano la fine della guerra nel diritto internazionale, segna la fine dello stato di guerra nel diritto costituzionale⁹⁴. È questo il momento che segna la fine dell'ordinamento costituzionale bellico ed è sempre il Parlamento, quale organo rappresentativo, che approva la ratifica del trattato di pace: vi è in questo una simmetria poiché l'organo che ha deliberato lo stato di guerra e poi quello che vi pone fine, consacrando ancora una volta quanto la guerra, poiché afferente alla sopravvivenza dello Stato-comunità, sia materia decisa dai rappresentanti eletti dalla cittadinanza.

1.2. I limiti del potere giudiziario: il rapporto tra Governo e Magistratura

L'attivazione del modello costituzionale dello stato di guerra determina l'allargamento della giurisdizione speciale militare secondo quanto previsto per legge. L'art. 103 co. 3 stabilisce precipuamente che «i tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge». In particolare, i tribunali militari appartengono all'ordinamento giudiziario militare⁹⁵ e rappresentano in generale la giustizia militare secondo quanto istituito dal r. d. del 9 settembre 1941 n. 1022 (meglio conosciuto come Codice dell'ordinamento giudiziario militare) modificato dal d. P.R. del 14 febbraio 1964 n. 199, poi riformato dalla legge del 7 maggio 1981 n. 180 (Modifiche all'ordinamento giudiziario di pace) con lo scopo di conformare maggiormente la struttura giudiziaria in questione i principi costituzionali, e recentemente modificato dal d.lgs. 29 gennaio 2024 n. 8 (Disposizioni sul funzionamento del Consiglio della magistratura militare e sull'ordinamento giudiziario militare ai sensi dell'articolo 40, comma 2, lettere d) ed e), della legge 17 giugno 2022, n. 71); tali disposizioni sono state inoltre integrate in maniera più organica al d. lgs. del 15 marzo 2010 n. 66 (codice dell'ordinamento militare).

Ai sensi dell'art. 231 del r. d. del 20 febbraio 1941 n. 303 (i cosiddetti Codici penali di pace e di guerra), «lo stato di guerra ha per effetto l'esercizio della giurisdizione militare di guerra relativamente ai reati a essa soggetti, che siano commessi dopo la dichiarazione dello stato di guerra; o anche prima, se, al momento della dichiarazione stessa, il procedimento penale non sia stato ancora iniziato o sia tuttora pendente».

⁹⁰ La norma stabilisce che «le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi»

⁹¹ «La quale verrebbe decisa da un lato con provvedimento della stessa natura dell'atto che l'ha disposta, quindi attraverso legge formale; dall'altro dalla clausola risolutiva prevista dalla stessa legge di proroga», A. SPERTI, «Art. 60 in Commentario alla costituzione», cit., pp. 1180-1181

⁹² FERRARI G., «Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto», cit., p. 848

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ L'art. 271 del r. d. del 20 febbraio 1941 n. 303 stabilisce che «la legge relativa all'ordinamento giudiziario militare determina la specie, la composizione e il numero degli organi, che esercitano la giurisdizione militare»

Una simile disposizione evidenzia come «l'ambito della giurisdizione in questione è estremamente ampio, se si considera che vi rientrano non solo i reati militari»⁹⁶, la cui definizione è sempre parsa lacunosa in dottrina⁹⁷, commessi da appartenenti alle Forze armate (come accade per il tempo di pace), «ma anche i reati militari 'da chiunque commessi', nonché i reati comuni se commessi da militari [art. 232 c. p. mil. g]⁹⁸»⁹⁹. Un tale allargamento, straripante rispetto ai limiti soggettivi e oggettivi stabiliti in Costituzione¹⁰⁰ alla giurisdizione penale militare in tempo di pace¹⁰¹, si spiega alla luce degli interessi che la giurisdizione militare si prefigge di proteggere: in particolare, «l'esistenza di una speciale legislazione organica che tutela penalmente relevantissimi interessi dell'ordinamento militare»¹⁰² in quanto strettamente legata alle «condizioni della vita stessa dello Stato»¹⁰³, in tempo di guerra, non può che divenire la 'legge per tutti'.

Altra peculiarità che merita di essere studiata è l'espressione che il testo costituzionale adopera nell'indicare le condizioni necessarie perché la giurisdizione penale militare sia estesa: la norma fondamentale dello Stato, nel riferirsi alla materia, legittima l'applicazione della giurisdizione militare in riferimento al "tempo di guerra". Ergo, il bisogno di indagare la locuzione riproposta come si è fatto in relazione al paragrafo dedicato alla proroga delle Camere. Difatti, l'argomentazione adotta in quel caso può semplicemente essere applicata anche nel caso in specie: oltre ad un indispensabile requisito di forma¹⁰⁴, ovvero la deliberazione dello stato di guerra ex art. 78 Cost. e la conseguente dichiarazione ex art. 87 co. 9, lo stato di guerra, quale antifatto logico-giuridico, non pare sufficiente all'applicazione dell'art. 103 Costituzione, richiedendo la norma fondamentale il riconoscimento della guerra quale fatto realmente esistente al momento dell'applicazione dell'art. 103

⁹⁶ D. MONEGO, "Art. 103", in *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 927

⁹⁷ R. VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1985, p. 106 ss.

⁹⁸ «Ai tribunali militari di guerra appartiene la cognizione:

1. dei reati militari da chiunque commessi nei territori in stato di guerra o considerati tali;
2. dei reati preveduti dalla legge penale comune, commessi da militari nei territori indicati nel numero precedente;
3. dei reati militari da chiunque commessi fuori dei territori indicati nel n. 1, quando da essi possa derivare un nocumento alle operazioni militari di guerra o ai servizi relativi, ovvero alla condotta della guerra in generale;
4. di qualunque reato commesso da prigionieri di guerra in potere o in custodia dello Stato italiano;
5. dei reati contro le leggi e gli usi della guerra commessi dagli appartenenti alle forze armate nemiche.

Ai tribunali militari di guerra appartiene altresì la cognizione di qualunque reato commesso nei territori delle operazioni militari o considerati tali:

1. dalle persone estranee alle forze armate dello Stato, per qualsiasi titolo si trovino in rapporti, anche indiretti, di servizio, impiego, prestazione di opera, somministrazioni, forniture, requisizioni e simili con le forze armate suddette;
2. da chiunque sia addetto al privato servizio delle persone indicate nel numero precedente, e da ogni altra persona, che, con una mansione qualunque, si trovi al seguito delle forze armate dello Stato a norma della legge o dei regolamenti approvati con decreto reale (1)»

⁹⁹ D. MONEGO, "Art. 103", cit., p. 927

¹⁰⁰ Art. 103 co. 3 recita, invero, che «in tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate», limitando quindi la giurisdizione militare ai soli 'reati militari' (limite oggettivo) e commessi 'da appartenenti alle Forze armate' (limite soggettivo)

¹⁰¹ S. MALIZIA, "Giurisdizione penale militare", in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1971, p. 13

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ In quanto l'unica forma di guerra che la Costituzione conosce è quella essenzialmente prevista nelle forme riconosciute dalla Carta costituzionale e portando alla conclusione che la disciplina di cui all'art. 103 co.3 applicabile solo in caso di 'stato di guerra' e non anche nei regimi eccezionali previsti precedentemente quali lo 'stato d'assedio' e lo 'stato di pericolo pubblico', V. MAGGI, "Le nozioni costituzionali di 'tempo di guerra' e 'stato di guerra'", in *Rassegna della giustizia militare* 1981, p. 191

Costituzione¹⁰⁵. Proprio a sottolineare eventuali difficoltà interpretative, il Legislatore interviene con la legge del 27 febbraio 2002 n. 15 (legge di conversione del d. l. del 28 dicembre 2001 n. 451 recante disposizioni urgenti per la proroga della partecipazione italiana ad operazioni militari internazionali) che nel suo art. 2 sostituisce la disposizione dell'art. 165 c. p. mil. g., specificando la sussistenza di questo requisito di sostanza per l'applicazione della legge militare penale: precisamente offre ai fini dell'applicazione della legge penale militare di guerra una definizione di conflitto armato quale «conflitto in cui una almeno delle parti fa uso militarmente organizzato e prolungato delle armi nei confronti di un'altra per lo svolgimento di operazioni belliche»¹⁰⁶. Ciononostante, il paradigma costituzionale di cui agli articoli 78 e 87 comma 9, in particolare la dichiarazione dello stato di guerra del Capo dello Stato, comporta sì l'automatica applicazione della legge penale di guerra¹⁰⁷, pur rimanendo un atto distinto dall'ordine di applicazione della legge di guerra¹⁰⁸.

Per meglio comprendere come tale giurisdizione speciale agisca, è opportuno indagare preliminarmente l'organizzazione giudiziaria militare di guerra che si applica, ai sensi dell'art. 57¹⁰⁹ e 58 co.1¹¹⁰ del codice dell'ordinamento militare, laddove le condizioni del conflitto permettano il rispetto di tali norme. La giurisdizione militare è suddivisa in Tribunali militari ordinari, Tribunali militari straordinari, Tribunali militari di bordo¹¹¹.

I tribunali militari di guerra ordinari sono a loro volta divisi in Tribunali di corpo, Tribunali di corpo d'armata, Tribunali di piazzaforte e Tribunali territoriali di guerra¹¹², e «secondo i bisogni del servizio, possono istituirsi tribunali di guerra anche presso unità mobilitate maggiori o minori di un corpo d'armata, purché, in quest'ultimo caso, trattisi di unità che abbia la forza almeno di un reggimento e sia destinata a operare isolatamente»¹¹³.

Le competenze di questi tribunali sono disciplinate nel Codice penale militare di guerra. In particolare, la competenza delle tre sottocategorie appena menzionate di Tribunali ordinari è suddivisa ed elencata all'art. 251¹¹⁴ del Codice penale militare di

¹⁰⁵ «Il 'tempo di guerra', in realtà, vuol significare l'esistenza di un conflitto bellico in atto o, quanto meno – secondo l'art. 310 c.p. – 'di un imminente pericolo di guerra, quando questa seguita'; lo 'stato di guerra', invece, è l'antecedente giuridico, logico della guerra, considerata come fatto che potrebbe anche non prodursi, dopo la deliberazione, nelle forme che si è detto, dello 'stato di guerra'. Si pone pertanto il problema se, avendo usato espressioni diverse rispetto a quelle degli artt. 78 e 87 Cost. e a quelle della legislazione di guerra, il Costituente abbia voluto riferirsi esclusivamente al tempo di guerra come fatto realmente esistente, e non alla nozione giuridica dello stato di guerra», S. MALIZIA, "Giurisdizione penale militare in Enciclopedia giuridica", p. 13

¹⁰⁶ Art. 2 l. 15/2002

¹⁰⁷ Art. 7 r. d. 1415/1938

¹⁰⁸ D. BRUNELLI, G. MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, 2007, p. 27

¹⁰⁹ Art 57 del r. d. 1022/1941: «Le disposizioni sull'ordinamento giudiziario militare del tempo di pace sono estese all'ordinamento giudiziario militare di guerra, in quanto siano applicabili e per quanto tale estensione sia consentita dalle necessità dei servizi di guerra; ferma l'osservanza delle disposizioni di questo titolo e dei titoli successivi»

¹¹⁰ Art 57 del r. d. 1022/1941: «la giurisdizione militare di guerra è esercitata dai tribunali militari di guerra, sia nei luoghi in stato di guerra del territorio dello Stato, sia nel territorio di uno Stato estero nei casi di occupazione militare ovvero in ogni altro ammesso dalle convenzioni o dagli usi internazionali»

¹¹¹ Art 59 del r. d. 1022/1941

¹¹² Art 64 del r. d. 1022/1941

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ «Qualunque sia il luogo del commesso reato, e salva la disposizione dell'ultimo comma, ai tribunali militari di guerra d'armata, di corpo d'armata e di piazza forte (2) appartiene, rispettivamente, la cognizione:

1. dei reati commessi da militari o servizi mobilitati, direttamente dipendenti dal comando dell'unità, presso cui è costituito ciascuno dei tribunali suindicati;
2. dei reati commessi da persone estranee alle forze armate dello Stato, che si trovano al servizio al seguito di esse, presso i corpi o servizi suddetti. La dipendenza è determinata dalla destinazione, ancorché temporanea, ad

guerra secondo un criterio soggettivo, vale a dire il ruolo ricoperto dall'imputato all'interno dell'ordinamento militare: in questo caso si tratta esplicitamente di reati propri in quanto la qualità ricoperta dal soggetto attivo del reato è elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice oggetto di esercizio di *iuris dictio* da parte del giudice.

Segue poi la norma¹¹⁵ inerente alla giurisdizione dei Tribunali militari territoriali: in questo caso la competenza è alquanto larga in quanto si applica sia a soggetti appartenenti alle Forze armate esclusi dall'elencazione dell'articolo precedente (quindi si parla ancora di reati propri), che in caso di reati commessi nel territorio¹¹⁶ da chiunque, quindi anche da personale non militare.

Infine, le regole di competenza dei Tribunali militari di bordo sono stabilite all'art. 262¹¹⁷, e riprese all'art. 89 del r. d. 1022/1941¹¹⁸: a questi ultimi spetta la competenza in caso reati commessi su navi e aeromobili militari. Ad oggi; tuttavia, le disposizioni in merito all'attività dei tribunali di bordo sono state annullate dalla l. 180/1981.

alcuno dei corpi o servizi medesimi, e decorre dalla data di detta destinazione. Le disposizioni precedenti regolano anche la competenza dei tribunali di unità mobilitate maggiori o minori di un corpo d'armata, che possono costituirsi secondo le disposizioni relative all'ordinamento giudiziario militare. La cognizione dei reati commessi da ufficiali dei corpi o servizi mobilitati dipendenti dai corpi d'armata che fanno parte di un'armata, appartiene ai tribunali militari di guerra d'armata.

(1) Vedi gli articoli da 57 a 63, r. d. 9 settembre 1941, n. 1022, sull'ordinamento giudiziario militare e L. 7 maggio 1981, n. 180, di modifica all'ordinamento giudiziario militare di pace.

(3)

(4) Vedi l'art. 64, R.D. 9 settembre 1941, n. 1022, sull'ordinamento giudiziario militare»

¹¹⁵ «Ai tribunali militari territoriali di guerra appartiene la cognizione:

1. dei reati commessi da militari non appartenenti ai corpi o servizi indicati nell'articolo precedente;
2. dei reati commessi da persone estranee alle forze armate dello Stato, non comprese nel n. 2 del primo comma dell'articolo precedente, e per i quali esse sono sottoposte alla giurisdizione militare di guerra;
3. dei reati commessi dai prigionieri di guerra nemici durante la prigionia;
4. dei reati contro le leggi e gli usi della guerra, commessi da militari o da altre persone appartenenti alle forze armate nemiche;
5. dei reati commessi dai prigionieri di guerra italiani durante la loro prigionia presso il nemico, e del reato preveduto dall'articolo 218»

¹¹⁶ Art. 253 «Nei casi indicati nei nn. 1, 2, 3 e 4 dell'articolo precedente, la competenza appartiene al tribunale militare territoriale di guerra del luogo del commesso reato, o, se questo non è conosciuto, al tribunale militare territoriale di guerra del luogo in cui l'imputato si è costituito o è stato arrestato. Se il luogo del commesso reato non è noto e l'imputato non si è costituito e non è stato arrestato, è competente il tribunale militare presso cui fu emesso mandato od ordine di cattura o di comparizione. Nei casi indicati nel n. 5 dell'articolo precedente, la competenza appartiene al tribunale militare territoriale di guerra del luogo dove è stabilito il centro di raccolta dei prigionieri rimpatriati, o, in mancanza di questo, dove il prigioniero si costituì o fu arrestato. Nel caso preveduto dal comma precedente, se l'imputato non si è costituito e non è stato arrestato, è competente il tribunale militare presso cui fu emesso mandato od ordine di cattura o di comparizione». Inoltre, in caso di servizio di guerra, reati commessi in territorio estero, «se l'arresto, la consegna, la costituzione o la presentazione avviene in territorio non in stato di guerra, la competenza appartiene al tribunale militare territoriale (1) ordinario avente giurisdizione sul territorio medesimo. Questo procede con le forme stabilite per i tribunali militari di guerra, ed è, a ogni effetto, considerato come tale. Salvo che la legge disponga altrimenti, la disposizione del comma precedente si applica anche per tutti i procedimenti relativi a reati soggetti alla giurisdizione militare di guerra, commessi in luoghi nei quali non sono istituiti tribunali militari di guerra.

(1) I tribunali militari territoriali hanno assunto la denominazione di tribunali militari, ai sensi dell'art. 2, L. 7 maggio 1981, n. 180, sull'ordinamento giudiziario militare di pace. Lo stesso art. 2 stabilisce la nuova formazione dei tribunali militari, mentre la composizione dell'ufficio del pubblico ministero presso detti uffici giudiziari è prevista nell'art. 5 dello stesso provvedimento»

¹¹⁷ Le norme di competenza, stabilite per i tribunali militari di bordo dal Codice penale militare di pace [c.p.m.p] 277], si osservano anche durante lo stato di guerra relativamente ai tribunali militari di guerra di bordo (1).

(1) Vedi gli articoli da 28 a 38, R.D. 9 settembre 1941, n. 1022, sull'ordinamento giudiziario militare. L'art. 8, L. 7 maggio 1981, n. 180, sull'ordinamento giudiziario militare di pace così dispone: «I tribunali militari di bordo sono soppressi e le relative competenze sono trasferite ai tribunali militari. La cognizione dei reati commessi in corso di navigazione, su navi o aeromobili militari, è di competenza del tribunale militare del luogo di stanza dell'unità militare alla quale appartiene l'imputato»

¹¹⁸ «Durante lo stato di guerra, la giustizia penale militare a bordo delle navi militari è amministrata dagli stessi tribunali militari di bordo che l'amministrano in tempo di pace»

La Consulta ha salvato questa giurisdizione¹¹⁹, pur invitando il Legislatore ad agire celermente nei casi più critici¹²⁰; l'intervento di quest'ultimo, tuttavia, si è limitato a modificare le questioni più spinose sollevate dal Giudice delle leggi al fine di evitare un eventuale referendum abrogativo prospettato dalla l. 180/1981¹²¹. Questa normativa ha introdotto nell'ordinamento giudiziario militare il secondo grado di giudizio, sopprimendo al contempo i tribunali militari di bordo¹²².

Ciononostante, indipendentemente dalle proteste già in Costituente, permane ancora ad oggi la giurisdizione penale militare di pace: la differenza tra la giurisdizione militare di pace e guerra risiede propriamente nella limitazione nel primo caso ad una specifica tipologia di soggetto attivo del reato, nel secondo nella trasformazione del reato militare in una fattispecie oggettiva in cui viene a mancare una caratterizzazione del profilo soggettivo. In tempo di guerra, rileva meramente la realizzazione della fattispecie del 'reato militare' indipendentemente da chi venga compiuta.

Si è inoltre evidenziato come in precedenza, la discrepanza tra questa giurisdizione e i principi costituzionali si realizzasse anche sul piano delle impugnazioni. Inizialmente mancava un giudizio d'appello e, il ricorso avverso una decisione del giudice militare era ammesso solo di fronte al Tribunale militare supremo. Ad oggi, però, questa corte speciale è stata abolita uniformando la materia delle impugnazioni delle sentenze militari a quella della giurisdizione ordinaria con il ricorso in appello presso la Corte militare d'appello e il ricorso in Cassazione, quest'ultimo secondo le norme del Codice di procedura penale in virtù del rinvio contenuto all'art. 6 della l. 180/1981¹²³.

Avendo introdotto la questione del ricorso in Cassazione, è opportuno indagare sulle limitazioni poste dall'art. 111 Costituzione per quanto riguarda un eventuale ricorso per sentenze e provvedimenti lesivi della libertà personale e in caso di violazione della legge. Un primo profilo di incompatibilità, come appurato dalla sent. Corte cost. 119/1957, riguardava la mancata necessità di motivazione di un provvedimento giurisdizionale del precedente Tribunale militare supremo in caso di remissione da un tribunale all'altro ai sensi dell'art. 285 c. p. mil. p.; ad oggi invece l'obbligo di motivazione sussiste per tutti provvedimenti amministrativi o giurisdizionali restrittivi della libertà personale¹²⁴.

Ma ancora più importante, la disposizione costituzionale appena menzionata, prevede un'altra deroga esplicitamente riferita al 'tempo di guerra'; quest'ultima espressione ovviamente al pari dell'art. 60 co. 2 e 103 co. 7, è da intendersi applicabile solo

¹¹⁹ Corte costituzionale, sentenza del 16 giugno 1964 n. 43 in *Giurisprudenza costituzionale* 1964, p. 558

¹²⁰ L. 278/1878 e l. 180/1981

¹²¹ Il r. d. 1022/1941 nel delineare la giurisdizione militare speciale presentava dei profili di dubbia costituzionalità (in specie la composizione prevalentemente militare degli organi giudicanti, nonché l'impossibilità di impugnare le sentenze o di proporre il ricorso in Cassazione di cui si avrà modo di parlare a breve) sono state platealmente ignorate dal Legislatore per più di trent'anni, fino a che la legge 180/1981 non ha presentato la possibilità di intervenire con referendum abrogativo, precedentemente dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale, sentenza del 7 febbraio 1978, n. 16, ma ritenuta poi accettabile dalla Corte costituzionale, sentenza del 11 febbraio 1981, n. 25, G. MARINI, "Art. 103, 3° co.", in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, pp. 2002-2003

¹²² Per quanto riguarda la giurisdizione militare penale in tempo di pace ha inoltre risolto il problema della connessione tra il Codice penale militare di pace col codice di procedura penale, conformando il primo al secondo. Per approfondimento si veda M. R. MORELLI, "L'art. 102-103", in *Commentario breve alla Costituzione*, cit., pp. 646-648

¹²³ «Contro i provvedimenti dei giudici militari è ammesso ricorso per cassazione secondo le norme del codice di procedura penale»

¹²⁴ M. R. MORELLI, "L'art. 102-103", cit., p. 673

qualora vi sia effettivamente una guerra in corso. Infatti, al verificarsi di queste circostanze di fatto, non è garantito il ricorso in Cassazione per violazione di legge contro le sentenze e i provvedimenti incidenti sulla libertà personale dacché è evidente che «non sia dato ricorso sospensivo, perché, in guerra, o non serve il ricorso o non serve la sentenza»¹²⁵. Oltretutto, la specificazione inerente al motivo di ricorso in Cassazione vale a dire la ‘violazione di legge’, secondo la tradizionale funzione nomofilattica della stessa, sottrae dall’alveo del controllo della Cassazione le sentenze e i provvedimenti dei tribunali militari: una tale deroga sottolinea ancora una volta l’eccezionalità con cui la Costituzione tratta il fenomeno bellico. Precisamente, la funzione nomofilattica della Corte di cassazione ha come scopo ai sensi dell’art. 65 del r. d. del 30 gennaio 1941 n. 12 (codice dell’ordinamento giudiziario)¹²⁶ quello di cercare di garantire l’uniformità del diritto e della giurisprudenza¹²⁷, e quindi, escludendo in caso di applicazione di giurisdizione militare di guerra la possibilità di un intervento della prima si riconosce nel dettato costituzionale la straordinarietà dell’attività delle corti militari.

Inter alia, ai fini dell’analisi del modello costituzionale dello stato di guerra, è opportuno soffermarsi sui profili di incompatibilità col principio di indipendenza dei giudici militari. Nello specifico rileva sottolineare il rapporto tra Governo e Tribunali militari: tale disamina è possibile se ci si sofferma brevemente su come questi corpi giurisdizionali siano composti. Nel caso dei tribunali militari ordinari, questi «sono istituiti dal comandante supremo, nel numero richiesto dalle circostanze»¹²⁸ rimanendo costituiti «presso i rispettivi comandi d’armata, di corpo d’armata, di piazza forte, del territorio in stato di guerra, ovvero di altre unità mobilitate, anche della regia marina o della regia aeronautica, nei casi di servizio a terra»¹²⁹.

Infatti, tale giurisdizione speciale ha come caratteristica precipua la sua composizione integralmente militare, comune a tutti i tribunali militari: questa consta di almeno sei giudici, comprensivi del giudice relatore appartenente al corpo di giustizia militare, dei quali almeno due col grado di ‘ufficiale’ e gli altri col grado di ‘Capitano’¹³⁰. Inoltre, il Presidente del tribunale non può avere grado inferiore a quello di Colonnello¹³¹. In caso di giudizio, «il tribunale militare di guerra giudica con l’intervento del presidente e di quattro giudici, compreso il relatore, designati dal presidente, dei quali almeno uno ufficiale superiore»¹³²: di questi il presidente e due giudici devono appartenere alle Forze armate del comando presso cui è istituito il tribunale, mentre gli altri due giudici devono provenire dal comando d’appartenenza dell’imputato¹³³.

¹²⁵ Intervento del 27 novembre 1947 dell’On. Rossi Paolo in “La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente, Sedute dal 6 novembre 1947 al 22 dicembre 1947”, Camera dei deputati-Segretariato generale, Roma, 1970, p. 4184

¹²⁶ «La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità, del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge»

¹²⁷ M. GIALUZ, “Art 111”, in *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 1002-1003. L’Autore sottolinea, invero, la tradizione ruolo della Corte di cassazione in tal senso che permette di garantire anche la certezza del diritto, l’uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e l’unicità del diritto nell’ordinamento nazionale in quanto ‘giudice ultimo della legittimità.’

¹²⁸ Art. 65 r. d. 1022/1941

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Art. 67

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*

¹³³ Art. 70

Invece, i tribunali militari straordinari possono essere convocati dai comandanti di divisione o di altra maggiore unità, o dai comandanti di piazza forte secondo quanto previsto dall'art. 283 del Codice penale militare di guerra¹³⁴. La competenza di questi tribunali è riservata ai reati punibili con la pena di morte¹³⁵, o in caso di arresto in flagranza o in caso di esemplarità, ossia qualora il comandante ravvisi la necessità di un giudizio immediato con lo scopo di punire un comportamento grave onde evitare possibili riproposizioni¹³⁶. Disciplinata all'art. 86 del codice dell'ordinamento militare¹³⁷, la composizione risulta quindi essenzialmente militare.

Una composizione siffatta pone dei dubbi di compatibilità col principio di indipendenza e imparzialità dei giudici di cui all'art. 108 Costituzione: infatti i giudici-militari operando nei tribunali acquistano «lo *status* di militari in servizio»¹³⁸. L'operatività del personale militare presuppone che questi siano sottoposti al vincolo gerarchico e che quindi soggiacciano agli ordini del comandante supremo¹³⁹: tale vincolo gerarchico deriva anche dal sacro dovere di fedeltà alla Patria gravante più di tutti sul personale delle Forze armate alla luce della struttura fortemente gerarchizzata dell'ordinamento militare. Invero, l'esercizio dell'azione penale è caratterizzato da una forte discrezionalità del comandante dell'unità presso cui è istituito il tribunale che può anche decidere di sospendere o annullare la fase istruttoria¹⁴⁰. Un tale facoltà, e più in generale, la struttura stessa della giustizia militare, sono rivelatori della diffidenza, fortemente condivisa dalla Commissione dei settantacinque, che tale forma di giustizia potesse essere una 'giustizia dei capi'¹⁴¹, quindi una forma di giustizia «amministrata secondo le convenienze delle gerarchie»¹⁴² in quanto il diritto penale militare è il tipico esempio di diritto penale disciplinare¹⁴³, a svantaggio dunque delle garanzie processuali di difesa

¹³⁴ Art. 84

¹³⁵ A dir il vero la pena di morte è stata abolita dalla legge n. 589 del 1994 (art. 1) sia per quanto riguarda le disposizioni del Codice penale militare di guerra, che, per quanto riguarda i reati previsti dalle leggi militari di guerra; in luogo della pena capitale verrà applicata la massima pena prevista dal Codice penale per quella tipologia di reato. P. PERLINGIERI, A. FEDERICO, "Art. 103", in *Commento alla Costituzione italiana*, cit., p. 757

¹³⁶ Art. 283 Codice penale militare di guerra «Il tribunale militare di guerra straordinario è competente a conoscere dei reati, per i quali la legge stabilisce la pena di morte (2), quando l'imputato sia stato arrestato in flagranza e il comandante, competente a costituirlo a norma della legge relativa all'ordinamento giudiziario militare, ne abbia deciso la convocazione, per la necessità di un giudizio immediato, a scopo di esemplarità (3). La competenza del tribunale militare di guerra straordinario è limitata alla cognizione del reato, per il quale è convocato.

(1) Vedi l'art. 86, R.D. 9 settembre 1941, n. 1022, sull'ordinamento giudiziario militare.

(2) La pena di morte, per i delitti previsti dal Codice penale militare di guerra, è stata abolita dall'art. 1, L. 13 ottobre 1994, n. 589 che, ad essa, ha sostituito la pena massima prevista dal Codice penale.

(2) Vedi l'art. 85 e, per quanto riguarda la revocazione dei componenti del tribunale, l'art. 87, R.D. 9 settembre 1941, n. 1022, sull'ordinamento giudiziario militare»

¹³⁷ «Il tribunale militare di guerra straordinario è composto del presidente e di quattro giudici, tratti dagli ufficiali magistrali militari e dagli ufficiali presenti nel luogo dove deve essere convocato, escluso l'ufficiale che lo convoca, quello che è stato offeso o danneggiato dal reato e quello che ha fatto il rapporto»

¹³⁸ D. MONEGO, "Art. 103", cit., p. 926

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Id.*, p. 927

¹⁴¹ G. ARCONZO, "Art. 103", in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, cit., p. 271.

¹⁴² *Ibid.* A tal riguardo l'Autore ricorda come inizialmente la giurisdizione speciale militare era stata proposta solo in tempo di guerra, ma che poi durante i lavori plenari dell'Assemblea si è accettato che questa giurisdizione speciale potesse operare anche in tempo di pace limitatamente ai reati propriamente militari. Infatti, l'uso dell'«soltanto» ne evidenzia il carattere d'eccezionalità in possibile contrasto con i principi costituzionali (contrastati in parte stemperati dagli interventi del Legislatore, come la l. 167/1956, o l'attività ermeneutica della Corte costituzionale, come le sentenze 29/1958 e 429/1992)

¹⁴³ F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 25 Ancora, il potere disciplinare e il potere giudiziario tendono a sovrapporsi in caso di processo penale-militare accentuando appunto come la gerarchia sia

dell'imputato¹⁴⁴. La giurisdizione penale militare, in tal senso, sarebbe una mera «proiezione penale della repressione disciplinare¹⁴⁵ operata dalle gerarchie»¹⁴⁶ alla luce del «forte nesso identitario individuabile tra istituzione militare e giurisdizione militare»¹⁴⁷ che non preserva la stessa giurisdizione speciale «da ogni sospetto di condizionamento derivante dai rapporti di dipendenza di qualsivoglia natura»¹⁴⁸. Il possibile *inquietante*¹⁴⁹ contrasto con l'art. 101 e l'art. 104 Costituzione non è l'unica problematica di questa materia: invero, l'art. 14 comma 2¹⁵⁰ cod. ord. giud. mil. presenta dei profili di incompatibilità con l'art. 102 Cost. e il principio del giudice naturale precostituito per legge.

Il principio dell'assoggettamento del giudice alla sola legge ex art.101 Cost. e dell'autonomia ed indipendenza del giudice ex art. 104 Cost. vengono messi a dura prova nella disciplina in esame: l'art. 52 ult. co., già richiamato nel discorso in esame, investe anche i tribunali militari in virtù del fatto che questa disposizione costituzionale [art. 103] individua «le coordinate essenziali entro le quali si dispiegano i rapporti fra gli organi di indirizzo e controllo politico da un lato e i vertici tecnico-militari dell'altro»¹⁵¹. Questo indispensabile¹⁵² connubio mina, quindi, uno dei capisaldi dello stato di diritto vale a dire la separazione dei poteri, oltre a rappresentare un pericolo per le garanzie processuali poste a tutela del cittadino. Infatti, pur riconoscendo l'eccezionalità del fenomeno bellico e le esigenze di

fondamentale in tale giurisdizione, E. GALLO, "La giustizia militare fra tentazioni pluralistiche e vocazioni istituzionali (L'indipendenza dei giudici militari)", in *Rassegna della giustizia militare* 1981, pp. 175-176. In tal senso, la giurisdizione si estende anche in caso «reato che non è intrinsecamente estraneo al servizio o alla disciplina militare, ancorché collegati a cause non estranee al servizio e alla disciplina», D. MARTIRE, "Disciplina militare e coesione delle Forze armate. Spunti di riflessione a proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 215 del 2017", in *Giurisprudenza costituzionale* 2017, p. 2033

¹⁴⁴ «Non è difficile il rispondere. Se scoppia una sommossa, l'autorità deve reprimerla, anche con l'uso delle armi; e durante la repressione, i ribelli possono essere non solo legalmente arrestati, ma anche legalmente offesi finché la resistenza abbia termine? [...] Avrà bisogno l'Esecutivo [...] di deferirli a tribunali composti dopo avvenuto il reato - con giudici militari, non inamovibili, non tecnici - con pubblici accusatori militari e tecnici con difensori non scelti in piena libertà dagli imputati, non tecnici, e per di più dipendenti gerarchicamente dai giudici? Avrà bisogno di privarli delle garanzie che si racchiudono nella cauta procedura ordinaria, e persino dell'appello ad altra corte che per tempo e per luogo sia meno prossima all'ambiente in cui si pronunziarono le condanne? È lecito dubitare: perocché il compito proprio dell'Esecutivo è il ristabilimento dell'ordine, mentre per la reintegrazione del diritto esiste nello Stato un altro apposito organismo, il Potere Giudiziario. E se le ordinarie leggi si chiariscono insufficienti, deve a ciò provvedere un altro distinto organismo, cui spetta, cioè il Potere Legislativo; un Esecutivo che volesse farlo col diritto del più forte, eccederebbe, oltreché il proprio compito, anche il limite razionale della repressione fulminea», F. RACIOPPI, "Lo stato d'assedio e i tribunali di guerra in *Giornale degli economisti*", cit., p. 142

¹⁴⁵ In particolare, il reato militare si realizza come reato plurioffensivo: i beni giuridici che tale giurisdizione sono l'efficienza delle forze armate (tutela penale del servizio militare) e la coesione del personale militare (tutela penale della disciplina), R. VENDITTI, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, Milano, 1985, p. 18

¹⁴⁶ G. MARINI, "Art. 103, 3° co.", in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 2002

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ P. RIVELLO, *Manuale del diritto e della procedura penale militare. Ordinamento giudiziario militare*, Torino, 2021, p. 492

¹⁴⁹ E. GALLO, "La giustizia militare fra tentazioni pluralistiche e vocazioni istituzionali (L'indipendenza dei giudici militari) in *Rassegna della giustizia militare*" 1981, p. 184. L'Autore evidenzia anche gli aspetti psicologici che l'ordinamento fortemente gerarchizzato ha sui giudici e sull'imputato

¹⁵⁰ L'articolo recita «il tribunale militare territoriale giudica con l'intervento: 1) del presidente; 2) di un giudice relatore; 3) di tre giudici militari. Almeno due dei tre giudici militari devono essere ufficiali superiori, salvo che trattisi di giudizio a seguito di opposizione proposta contro un decreto penale di condanna. I giudici sono designati dal presidente del tribunale»

¹⁵¹ M. CAVINO, M. MALVICINI, *Le guerre dell'Italia repubblicana*, cit., p. 154

¹⁵² Ancora, «il rispetto del rapporto gerarchico-disciplinare cui ogni militare è soggetto nei confronti del superiore in grado: e si tratta di un bene irrinunciabile (la disciplina militare) che è alla base dell'ordinamento militare, senza del quale si verifica la sovversione dell'ordinamento stesso», Corte costituzionale, sentenza del 31 maggio 1990, n. 278

‘sacrificio di tutti’ in nome della difesa e sicurezza comune, la disciplina di una tale giurisdizione bellica finirebbe per privare l’individuo di ogni effettiva tutela contro l’Esecutivo. Infatti, le garanzie costituzionali, fra cui si annoverano diritti e libertà individuali, sono poste in Costituzione proprio per evitare che l’attività legislativa del Governo possa svuotarle di significato: laddove però colui che giudica in merito ad una loro eventuale violazione risponde all’Esecutivo, è opportuno chiedersi quanto ancora possano ritenersi sostanzialmente significative¹⁵³.

Rimane però un interrogativo cui bisogna rispondere. Infatti, qual è l’organo statale che nei fatti diviene il capo delle Forze armate una volta che la guerra sia stata deliberata? Tale prerogativa è riconosciuta all’Esecutivo, il detentore dei nuovi e più ampi ‘poteri necessari’ attribuiti specificamente per fronteggiare *in toto* l’emergenza bellica, o al Capo dello Stato, riconosciuto in Costituzione quale comandante delle Forze armate e presidente del Consiglio supremo di difesa, ma comunque privo di un vero e proprio ‘potere politico’?

Per poter dare risposta a questi quesiti occorre dapprima indagare il ruolo del Presidente della Repubblica e poi comprenderne il rapporto col Governo in caso di guerra.

1.3. La questione del Presidente della Repubblica e il rapporto col Governo

Il Capo dello Stato, in quanto rappresentante dell’unità nazionale, sia di fronte alla cittadinanza che di fronte agli altri Stati, dichiara lo stato di guerra¹⁵⁴. La dichiarazione dello stato di guerra¹⁵⁵ è stata considerata indispensabile dai Costituenti secondo la tradizione che accumulava tale atto a quello dell’istituto dello stato d’assedio per cui «l’emergenza non veniva più considerata esistente al verificarsi di determinate circostanze di fatto, ma doveva anche essa venir ‘proclamata’ (portata a conoscenza della popolazione)»¹⁵⁶: invero, la proclamazione dello stato di guerra, come anche per lo stato d’assedio, veniva considerata come «l’atto dichiarativo produttivo di una catena di conseguenze giuridiche»¹⁵⁷ e quale «presupposto all’emanazione di una serie di provvedimenti eccezionali, risultanti spesso in contrasto con la ‘legalità’ del regime costituzionale»¹⁵⁸.

Si è già notato nel capitolo precedente di come i Costituenti abbiano deciso di scindere il momento deliberativo e quello dichiarativo dello stato di guerra, privando

¹⁵³ Per quanto riguarda il tema delle sospensioni delle libertà e garanzie costituzionali si rimanda la trattazione al capitolo successivo

¹⁵⁴ Art. 87 co. 9 Costituzione

¹⁵⁵ Si sottolinea la diversa nomenclatura. Infatti, inizialmente si parlava più comunemente di ‘dichiarazione di guerra’. La differenziazione dell’istituto in parola denota il cambiamento della concezione adottata del *bellum*, che da situazione di fatto tollerata dall’ordinamento diventa un vero e proprio istituto di diritto costituzionale

¹⁵⁶ G. MOTZO, “Assedio (stato di) in Enciclopedia del diritto”, cit., p. 251

¹⁵⁷ *Id.*, p. 252

¹⁵⁸ *Ibid.* Continua l’Autore affermando che «l’atto stesso di dichiarazione risulta a sua volta nelle fasi preliminari della constatazione (accertamento) di particolari pericoli insorti per l’ordine costituito e della valutazione (apprezzamento) della necessità di reagire con misure eccezionali: sebbene codesti momenti preparatori non acquistino per solito autonomo rilievo formale rispetto alla decisione finale, sono essi appunto che presentano, alla luce delle esperienze storiche, le incognite ed i pericoli maggiori per la stabilità del sistema costituzionale»; e ancora «in pratica è quasi sempre avvenuto che, sinché si spera, o si ritiene possibile, circoscrivere e soffocare rapidamente l’insorgere di sommovimenti interni, si preferisce rinunciare alla ‘dichiarazione’ formale di uno stato di emergenza che importi la cosiddetta sospensione della Costituzione, utilizzando invece l’azione immediata e diretta, spesso lesiva delle situazioni garantite, ma tale da evitare il riconoscimento formale della eccezionalità ed anormalità dei poteri messi in opera», *id.*, p.254

quest'ultima del carattere di *dichiarazione condizionata*¹⁵⁹, in rottura rispetto alla normativa statutaria che vedeva nelle mani del Re in quanto capo dell'Esecutivo¹⁶⁰ entrambi i compiti. Nonostante quindi questa scissione e questa evidente rottura rispetto al modello statutario, che presupponeva che «la dichiarazione di guerra era una prerogativa esclusiva del Capo del potere esecutivo»¹⁶¹, la stesura del nuovo dettato costituzionale propone una concezione per cui ad «oggi questo diritto deve trasferirsi negli organi che esprimono la volontà popolare»¹⁶²; tuttavia

«poiché il Parlamento, dal punto di vista giuridico, non può dichiarare la guerra¹⁶³, e si è accettato che il Presidente della Repubblica sia rappresentante dello Stato¹⁶⁴, non può che essere questi colui incaricato a dichiarare la guerra, facendosi quindi portavoce della volontà popolare che già si è espressa attraverso il voto dell'Assemblea Nazionale»¹⁶⁵.

Nonostante sia stato eliminato il riferimento alla 'deliberazione dello stato di guerra' è implicito che questa sia presupposto logico e temporale per la dichiarazione del Capo dello Stato¹⁶⁶ evitando quindi pericoli circa una guerra non autorizzata che altrimenti potrebbe creare dei problemi nello scenario internazionale¹⁶⁷. Precisamente, data la limitatezza delle prerogative assegnate al Capo dello Stato dal testo costituzionale, «non si è temuta come ipotesi realistica che quest'organo potesse effettuare dichiarazioni di guerra non previamente autorizzate dal Parlamento»¹⁶⁸. Ciononostante, la dichiarazione di guerra, in caso di deliberazione positiva delle

¹⁵⁹ «Si tratta, come è noto, delle cosiddette 'dichiarazioni di guerra', nella duplice specie delle dichiarazioni semplici, che provocano senz'altro, a partire dalla data in esse indicata, il sorgere dello stato di guerra, e delle dichiarazioni condizionali o 'ultimati', che enunciano una pretesa da soddisfare entro tempo brevissimo, e contestualmente, sotto condizione sospensiva della mancata soddisfazione entro il termine, la volontà di guerra», A. CURTI GIALDINO, "Guerra (diritto internazionale) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 858

¹⁶⁰ Si fa qui riferimento all'art. 5 Statuto albertino di cui si è ampiamente discusso nel Capitolo Primo

¹⁶¹ Intervento del 20 dicembre 1946 dell'On. La Rocca, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Sedute I Sezione dal 19 dicembre 1946 al 16 gennaio 1947", Camera dei deputati-Segretariato generale, Roma, 1971, p. 1761

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Nonostante inizialmente si era anche discusso in merito a questa possibilità, G. M. SALERNO, B. MALAISI, "Art. 87", in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Milano, 2006, p. 1704

¹⁶⁴ «Si è ritenuto opportuno che anche in questo settore il Capo dello Stato esercitasse la sua competenza di dichiarare la volontà dello Stato nei rapporti con gli altri Stati; si è cioè reputato che egli potesse costituire il più appropriato ed autorevole canale di comunicazione con l'esterno anche in materia di rapporti bellici», A. CASSESE, "Il IX comma dell'art. 87, seconda parte", in *Commentario della costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1978, p. 271

¹⁶⁵ Intervento del 20 dicembre 1946 dell'On. La Rocca, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Sedute I Sezione dal 19 dicembre 1946 al 16 gennaio 1947", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 1761

¹⁶⁶ Il fatto che era il Legislativo che prendeva effettivamente la decisione della guerra e che il momento dichiarativo era subordinato a una deliberazione in tal senso era chiaro in Assemblea costituente tanto che l'On. Nobile concluse «la guerra è dichiarata dal Parlamento», Intervento del 4 gennaio 1947 dell' On. Nobile, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Sedute I Sezione dal 19 dicembre 1946 al 16 gennaio 1947", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 1764

¹⁶⁷ «Questo sistema è tale da eliminare sia il pericolo di una dichiarazione di guerra non autorizzata, che potrebbe altrimenti produrre gravi effetti internazionali, sia quello di una autorizzazione generica e preventiva che di fatto trasferisca il potere di decisione al Capo dello Stato», Commissione per Studi attinenti alla Riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea costituente*, Roma, 1946, pp. 69-71

¹⁶⁸ A. CASSESE, "Il IX comma dell'art. 87, seconda parte in Commentario della costituzione", cit., p. 271

Camere, non può configurarsi come atto dovuto¹⁶⁹ in quanto l'organo 'per definizione custode e garante della Costituzione'¹⁷⁰ non può essere tenuto a compiere un atto manifestamente contrario ai principi costituzionali quali il principio di ripudio alla guerra di cui all'art. 11 Costituzione, potendo anche richiamare il Legislativo ad un'azione conforme ai dettami costituzionali¹⁷¹.

Nonostante la dichiarazione dello stato di guerra sia un atto non necessario per l'entrata in guerra dell'Italia, in quanto la qualità di Potenza belligerante si acquista con la realizzazione di fatti concludenti dallo Stato manifestanti l'*animus bellandi*¹⁷², in Costituente si è voluto cercare di preservare l'importanza del momento dichiarativo quale momento di dispiegamento degli effetti dello stato di guerra nella Comunità internazionale¹⁷³ adeguando la disciplina alle allora presenti norme di diritto internazionale umanitario, il quale presupponeva che l'inizio delle ostilità fosse preceduto da un 'avvertimento nella forma della dichiarazione di guerra'¹⁷⁴: come ha sottolineato l'On. Vanoni «si può anche ammettere che la guerra possa cominciare prima della dichiarazione ufficiale; ma è necessario che, magari successivamente, si emani un atto che serva a chiarire la situazione»¹⁷⁵.

Tuttavia, anche in mancanza di una dichiarazione dello stato di guerra da parte del Presidente della Repubblica, nulla osterebbe all'attivazione del paradigma costituzionale dello stato di guerra (quindi gli istituti di cui all'art. 60 co. 2, 103, 111) né nell'ordinamento costituzionale interno né in quello internazionale¹⁷⁶, configurandosi al più un illecito internazionale¹⁷⁷ che comunque non influirebbe sul proseguimento del conflitto¹⁷⁸. Dunque, nel diritto internazionale l'*animus bellandi* «produce gli stessi effetti anche se è implicito in comportamento che perseguono scopi diversi da quello di renderlo palese»¹⁷⁹, portando alla conclusione che la dichiarazione di guerra sia un formalismo che trae le sue radici in un passato ad oggi superato anche dalla disciplina normativa, come denota più precisamente la l. del 31 gennaio 2002 n. 6 (legge di conversione del d. l. del 1 dicembre 2001 n. 421 concernenti le Disposizioni urgenti per la partecipazione di personale militare

¹⁶⁹ P. BARILE, "I poteri del Presidente della Repubblica", in *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, pp. 138-139. L'Autore distingue fra gli atti dovuti, in quanto vertice dello Stato, e gli atti meramente dichiarativi

¹⁷⁰ A. CASSESE, "Il IX comma dell'art. 87, seconda parte in Commentario della costituzione", cit., p. 274

¹⁷¹ *Id.*, pp. 273-274

¹⁷² G. M. SALERNO, B. MALAISI, "Art. 87 in Commentario alla Costituzione", cit., 1704

¹⁷³ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 842

¹⁷⁴ L'art. 1 della III Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907 (Convenzione concernente l'apertura delle ostilità) afferma «Le Potenze Contraenti riconoscono che le ostilità tra loro non devono iniziare senza un avvertimento preventivo e non equivoco, che deve avere la forma di una dichiarazione di guerra motivata o di un ultimatum con dichiarazione di guerra condizionata»

¹⁷⁵ Intervento del 20 dicembre 1946 dell'On. Varoni, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Sedute I Sezione dal 19 dicembre 1946 al 16 gennaio 1947", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 1759

¹⁷⁶ A. CASSESE, "Il IX comma dell'art. 87, seconda parte in Commentario della costituzione", cit., p. 274

¹⁷⁷ G. M. SALERNO, B. MALAISI, "Art. 87 in Commentario alla Costituzione", cit., p. 1704

¹⁷⁸ «Configurare in tal modo il contenuto della volontà di guerra non significa, evidentemente, assumere che la guerra, intesa nel significato di attività materiale e di complesso di azioni ostili e violente, sia la causa del sorgere dello stato di guerra [...] È l'*animus bellandi*, dunque, il cui appalesarsi nella realtà fenomenica provoca la trasformazione del diritto internazionale dall'assetto di pace nell'assetto di guerra [...] Per vero, il contenuto di tali dichiarazioni è di solito l'instaurazione dello stato di guerra, ma ciò, se conferma che i membri della Comunità degli Stati, data la loro natura, non sono ignari di diritto internazionale bellico, e ad esso fanno riferimento, non dimostra che tale conoscenza sia indispensabile per l'instaurazione dello stato di guerra, non comporta che quest'ultimo, per prodursi, debba essere l'obiettivo di un consapevole intendimento», A. CURTI GIALDINO, "Guerra (diritto internazionale) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 857

¹⁷⁹ Prosegue l'Autore «ed è ammesso che i comportamenti dai quali esso possa desumersi siano le prime azioni militari, con cui senza preavviso, venga dato inizio al conflitto», *id.*, p. 858

all'operazione multinazionale denominata 'Enduring Freedom')¹⁸⁰. Anche l'attribuzione di tale compito al Presidente della Repubblica è un lascito del precedente ordinamento statutario, un'altra competenza regia ad oggi nelle mani del Capo dello Stato.

Altra prerogativa che potrebbe implicare il rilievo del Presidente della Repubblica nella materia bellica riguarda la possibile funzione di ratifica dei trattati internazionali ex art. 87 co. 8¹⁸¹, competenza che in virtù dello stesso articolo è più opportuno in realtà non considerare come funzione propria del Capo dello Stato poiché il trattato di pace o l'armistizio richiede l'approvazione parlamentare ex art. 80 Cost.¹⁸², aventi gli stessi atti per definizione natura politica, e spesso concernenti eventuali modificazioni territoriali.

Tuttavia, ai fini dell'analisi dei rapporti istituzionali in regime di 'stato di guerra', rileva indagare con attenzione l'interrogativo circa a chi spetti la titolarità del Comando delle Forze armate in tempo di guerra.

In tal senso bisogna riflettere a chi è affidato il compito di dare ordini alle truppe dell'esercito a conflitto iniziato. Il già più volte citato art. 87 co. 9 ci dà due importanti informazioni a riguardo: *in primis* il Presidente della Repubblica 'ha il comando delle Forze armate', *in secundis* sempre il Capo dello Stato 'presiede il Consiglio supremo della Difesa'. Entrambi questi organi¹⁸³ svolgono un ruolo cruciale, come è facile da immaginare, nella gestione dell'emergenza bellica e il dettato costituzionale è abbastanza chiaro nel delineare la figura cui spettano i compiti di comando. Nondimeno è sciocco non soffermarsi sul punto: è singolare, o addirittura incomprensibile¹⁸⁴, proporre un'interpretazione per cui il Presidente della Repubblica, il cui ruolo di garante della Costituzione esula da un qualsiasi esercizio di un potere politico, possa effettivamente indirizzare l'azione delle Forze armate e del Consiglio supremo della Difesa, in quello che è un ramo prettamente correlato alla gestione della *res publica*. Precisamente, il rapporto di dipendenza strumentale¹⁸⁵ tra Esecutivo e Forze armate, cui quest'ultime sono sottoposte, non è sufficiente a

¹⁸⁰ «Nei fatti si è verificato un *superamento dell'articolo 87 collegato all'art. 78 Costituzione*. Dal punto di vista formale si può individuare un riscontro di tale stato di cose nella recentissima normativa di conversione del d. l. del 1 dicembre 2001, n. 421 convertito con la l. 31 gennaio 2002, n. 6. [...] La modifica dell'art. 165 del Codice penale Militare di guerra che riguarda l'applicazione della legge penale militare di guerra in relazione a conflitti armati. In virtù di tale normativa *le disposizioni della legge penale militare si applicano in ogni caso di conflitto armato indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra*. È una previsione di grande rilevanza giuridica. Il nostro legislatore 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 oggi indispensabile la dichiarazione formale dello stato di guerra», G. DE VERGOTTINI, "Guerra e attuazione della costituzione", in *Atti del Convegno dell'Università degli Studi "Roma tre"*, P. CARNEVALE (a cura di), Torino, 2004, p. 64

¹⁸¹ «Accredita e riceve i rappresentanti diplomatici, ratifica i trattati internazionali, previa, quando occorra, l'autorizzazione delle Camere»

¹⁸² «Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi»

¹⁸³ «La disposizione contenuta nell'art. 87 non solo non implica che in forza del legame con il Capo dello Stato le Forze armate assurgano al ruolo di organi od istituzioni costituzionali», G. MOTZO, "Comando Forze armate", in *Enciclopedia del diritto*, F. CALASSO (a cura di), Milano, 1960, p. 710

¹⁸⁴ «Peraltro non può pensarsi che il Capo dello Stato abbia anche il potere di *disporre* delle Forze armate, sia perché una tale attribuzione spetta istituzionalmente, in ogni stato moderno, ad organi della funzione esecutiva, sia perché il Capo dello Stato non sarebbe in grado di esercitare un simile potere», P. BARILE, "I poteri del Presidente della Repubblica in Studi sulla Costituzione", cit., p. 159 ss.

¹⁸⁵ «Le forze armate adunque non sono né organi né istituzioni costituzionali, ma organi o istituzioni di Stato esecutivi e subordinati», A. PREDIERI, "La difesa e le forze armate", in *Commentario sistematico alla costituzione italiana*, P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), Firenze, 1950, p. 486

considerare quest'ultimo organo nella sua apoliticità¹⁸⁶ in quanto «la disposizione contenuta nell'art. 87 [...] è rivolta invece a negare che, quali che siano i compiti loro affidati, esse possano svolgere attività diverse da quelle di mera esecuzione strumentale di decisioni politiche adottate dagli organi competenti»¹⁸⁷. Il carattere apolitico delle Forze armate, in seguito alle vicende del Fascismo, si riverbera essenzialmente nella loro iscrizione all'ordine costituzionale stabilito e nella consacrazione del loro «carattere democratico e ai principi costituzionali» ex art. 52 Cost.; proprio per evitare quindi la costituzione di un organo politico-militare si è voluto che «il loro ordinamento interno, e soprattutto le norme di collegamento tra la loro direzione tecnica militare e la direzione politica»¹⁸⁸ fosse estranea «alle vicende politiche normali»¹⁸⁹. L'art. 87 co. 9 assegna il comando delle Forze armate al Capo dello Stato in virtù del ruolo che lo stesso occupa nell'ordinamento costituzionale repubblicano, quindi a garanzia dell'imparzialità politica e neutralità delle stesse¹⁹⁰. Infatti, nella maggior parte delle costituzioni moderne il comando delle Forze armate è assegnato al Capo dello Stato seppur «con formule generiche senza specificazioni»¹⁹¹ tali da non garantire un effettivo controllo sull'operato delle stesse. Tale funzione di garanzia acquista infatti effettività nel suo ruolo di presidente del Consiglio supremo di difesa.

L'Alto comando delle Forze armate del Capo dello Stato si declina anche nella sua funzione di presidenza del Consiglio supremo di Difesa. Quest'ultimo è stato istituito, conformemente alla riserva di legge di cui all'art. 87 co. 9, dalla legge del 28 luglio 1950 n. 624 (legge d'istituzione del Consiglio supremo di difesa), in vigore fino al 2010 quando è stata poi sostituita dal d. P. R. del 15 marzo 2010 n. 90 (Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246) e il cui testo ad oggi è stato modificato dal d. P. R. del 24 febbraio 2012 n. 40¹⁹² (Regolamento recante modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 15 marzo 2010, n. 90, concernente il Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246).

Questo organo è fondamentale nella direzione dell'azione delle Forze armate in quanto «esamina i problemi generali politici e tecnici attinenti alla difesa nazionale e determina i criteri e fissa le direttive per l'organizzazione e il coordinamento delle attività che comunque la riguardano»¹⁹³, pertanto è immediato capire quanto siano determinanti le sue decisioni in tempo di guerra. Conseguentemente, in quanto Presidente del Consiglio supremo di Difesa, il Capo dello Stato lo convoca¹⁹⁴ e ne

¹⁸⁶ G. MOTZO, «Comando Forze armate in Enciclopedia del diritto», cit., pp. 710-711. L'Autore per l'appunto sottolinea come la «cosiddetta apoliticità istituzionale delle organizzazioni militari» derivi sostanzialmente dalla «preordinazione a funzioni meramente esecutive e strumentali» o dalla «subordinazione in qualsiasi circostanza dei supremi organi militari agli organi costituzionali legalmente agenti» quanto piuttosto «dalla necessaria conformità della organizzazione militare all'ordinamento della repubblica [...] conformità [che] esige che la struttura delle Forze armate in tutti i suoi aspetti resti isolata dall'attività, anche legale, delle forze politiche», *id.*, p. 711

¹⁸⁷ *Id.*, p. 710

¹⁸⁸ *Id.*, p. 711

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Id.*, p. 712

¹⁹² Il testo ad oggi in vigore comprende le correzioni in *errata-corrige* pubblicate in Gazzetta Ufficiale il 17 aprile 2012 n. 90

¹⁹³ Art. 1 della l. 28 luglio 1950 n. 624

¹⁹⁴ Art. 3 della l. 28 luglio 1950 n. 624 recita «il presidente può convocare riunioni del Consiglio supremo di difesa con la partecipazione, a suo invito, dei Ministri non indicati nell'articolo precedente e degli Alti Commissari. Possono altresì essere convocati alle riunioni del Consiglio, quando il presidente lo ritenga

stabilisce l'ordine del giorno¹⁹⁵. Tale organo oltre ad essere presieduto dal Capo dello Stato, ai sensi dell'art. 2 della l. 624/1950, è composto dal Presidente del Consiglio dei ministri (nel ruolo di vicepresidente), dal Ministro per gli affari esteri, dal Ministro per l'interno, dal Ministro per il tesoro, dal Ministro per la difesa, dal Ministro per l'industria ed il commercio, dal Capo di Stato Maggiore della difesa e infine dal Segretario del Consiglio nominato dallo stesso Consiglio supremo di Difesa. Dalla sua composizione si nota fin da subito quanto, nonostante l'importantissima carica che ricopre il Presidente della Repubblica, la composizione di suddetto consiglio sia invero fortemente governativa. Inoltre, la Presidenza di suddetto Consiglio non è mai stata propriamente ritenuta bastevole dalla dottrina circa un possibile potere materiale del Capo dello Stato di 'comandare' l'esercito, parendo chiaro dapprima della promulgazione della legge istitutiva del Consiglio stesso che quest'ultimo avrebbe ricoperto secondo la precedente tradizione per lo più una funzione consultiva¹⁹⁶.

Ritorna a questo punto il quesito lasciato aperto nel paragrafo precedente circa l'individuazione dell'organo istituzionale che abbia l'effettivo potere decisionale in merito al dispiegamento e l'azione delle Forze armate. Precisamente, le Forze armate, in quanto organo politicamente neutro, sono formalmente sottoposte al comando del Presidente della Repubblica: eppure il ruolo di quest'ultimo può tradursi in un mero controllo di una decisione di altri, vale a dire la decisione del Governo, che è il solo che effettivamente possa disporre dell'esercito per affrontare l'emergenza bellica.

Tale consapevolezza è emersa in misura sempre più preponderante negli ultimi decenni a seguito da un lato delle nuove missioni internazionali italiane¹⁹⁷ secondo quanto previsto dalle alleanze politiche della Repubblica e, dall'altro i nuovi pericoli emersi nello scenario internazionale, per l'esattezza la lotta al terrorismo¹⁹⁸. Sulla scia dei nuovi pericoli della sicurezza nazionale, si sono mosse le prime riforme, o per meglio dire correzioni, di questo modello costituzionale. Per l'appunto è intervenuta la legge del 18 febbraio 1997 n. 25 (legge sulle Attribuzioni del Ministro della difesa, ristrutturazione dei vertici delle Forze armate e dell'Amministrazione della difesa), ad oggi sostituita dal d. lgs 66/2010 (il già citato Codice di ordinamento militare), che ha delineato un modello altamente 'rilevante sotto il profilo costituzionale'¹⁹⁹: questa legge fa parte di un primo tentativo di proporre un 'nuovo

opportuno, i Capi di Stato Maggiore dell'Esercito, della Marina e della Aeronautica, i presidenti degli organi ed istituti indicati nell'art. 4, nonché persone di particolare competenza nel campo scientifico, industriale ed economico ed esperti in problemi militari, ivi compresi i rappresentanti qualificati del Corpo volontari della libertà e delle formazioni partigiane»

¹⁹⁵ Art. 3 co.1 del d. P.R. 15 marzo 2010 n. 90 afferma che «il Presidente della Repubblica, d'intesa con il Presidente del Consiglio dei ministri, può disporre che singoli argomenti iscritti all'ordine del giorno non siano indicati nell'atto di convocazione. In tal caso l'ordine del giorno è classificato «riservato» ed è come tale conservato presso la segreteria del Consiglio»

¹⁹⁶ «Non ci pare possa essere considerato organo delle forze armate il consiglio supremo di difesa, presieduto dal Presidente della Repubblica. Tale consiglio dev'essere istituito per esplicita disposizione costituzionale: a tutt'oggi la legge istitutiva deve essere promulgata. Pertanto quali siano la composizione e le funzioni di questo organo non si può dire ovviamente; crediamo però che come per il passato esso abbia funzioni consultive; in ordine alla preparazione militare ed alla condotta della guerra [...] Data questa natura consultiva ed ausiliaria, non crediamo che il Consiglio di Difesa possa essere l'organo militare supremo», A. PREDIERI, "La difesa e le forze armate in Commentario sistematico alla costituzione italiana", cit., p. 489

¹⁹⁷ Argomento al quale verranno dedicate maggiori riflessioni in seguito più avanti nel Capitolo Terzo

¹⁹⁸ Questo sarà oggetto, come nel caso precedente, di uno studio più approfondito nel Capitolo Quinto

¹⁹⁹ P. BONETTI, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, Milano, 2000, p. 13 ss.

modello di difesa²⁰⁰ in seguito alle mutate condizioni e sfide dello scenario internazionale, anche se riscosse poco successo²⁰¹. Certamente il modello costituzionale dello stato di guerra differisce dalle regole per le missioni internazionali, tanto da applicarsi la disciplina dell'ordinamento costituzionale bellico (quindi gli artt. 60 co. 2, 103, 103 Cost.), ma comunque sottolineano come il Legislatore abbia cercato in parte di risolvere la questione.

La legge in questione, che allarga il capo d'azione del Consiglio supremo di Difesa anche in materia di *sicurezza*²⁰², precede una suddivisione del vertice politico-strategico suddividendo i compiti fra i vari organi dello Stato. In particolare, in materia di sicurezza e difesa le decisioni sono adottate dall'Esecutivo e precisamente attuate dal Ministro della Difesa, godendo della sorveglianza del Consiglio supremo di Difesa e dell'approvazione del Parlamento; invece in materia di politica militare la competenza è più strettamente legata all'attività di decisione e coordinamento del Ministero della Difesa²⁰³. A tal riguardo,

«l'esplicita attribuzione al Governo della titolarità ad adottare ed attuare le decisioni in materia di politica di sicurezza e di difesa conferma esplicitamente che in generale il Governo si configura non soltanto come vertice degli apparati amministrativi dello Stato, ma anche per taluni settori quale organo preposto alle funzioni di governo di interessi vitali dell'intera collettività nazionale»²⁰⁴,

riconoscendo propriamente il suo ruolo come 'organo direzionale dello Stato in materia di difesa'²⁰⁵, visto il suo ruolo di indirizzo e coordinamento dell'attività amministrativa²⁰⁶.

Tuttavia, il ruolo di garanzia del Presidente della Repubblica viene preservato tanto che comunque rimane libero di esprimere «la sua altra visione dell'interesse della Patria»²⁰⁷, e potendo all'uopo intervenire nel processo decisionale circa l'invio di truppe delle Forze armate per le missioni all'estero²⁰⁸. Precisamente, la legge

²⁰⁰ *Id.*, pp. 9-10. Sulla stessa scia si ritrovano le riforme legislative della legge del 23 dicembre 1996 n. 662, della legge del 20 ottobre 1999 n. 380 e infine della legge del 8 luglio 1998, n. 230

²⁰¹ «Le sue impostazioni e previsioni geo-politiche e strategiche, in parte superate dagli eventi internazionali successivi, furono considerate dalla stessa dottrina militare dispersive e troppo costose», P. BONETTI, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, cit., p. 9

²⁰² *Id.*, p. 18 ss.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ L'Autore sottolinea come «il legislatore dunque conferma espressamente la tendenziale concentrazione a favore del Governo dell'iniziativa delle decisioni di indirizzo in materia di sicurezza e di difesa e così esprime inequivocabilmente una scelta preferenziale volta a meglio soddisfare le esigenze di efficienza nella tutela della sicurezza dello Stato, con un implicito riconoscimento che dal punto di vista strutturale la composizione ristretta e politicamente omogenea del Governo, la possibilità da parte di questo di disporre con immediatezza – per tramite dell'amministrazione dello Stato e delle Forze armate – di dati completi e aggiornati per provvedere con continuità e tempestività a situazioni spesso imprevedute ed imprevedibili, pone il Governo nelle migliori condizioni per adottare ed attuare le deliberazioni in materia di sicurezza e di difesa», *id.*, pp. 18-19

²⁰⁶ Art. 95 co. 1 Costituzione

²⁰⁷ P. CALAMANDREI, *Le responsabilità militari che la Costituzione assegna al capo dello Stato, al Presidente del Consiglio, al Ministro della difesa, in confronto con la Costituzione degli U.S.A., dell'Inghilterra, della Francia e della Russia*, Conferenza tenuta al C.A.S.M., Roma, p. 17

²⁰⁸ L'art. 1 della l. 25/1997 recita per l'appunto: «Il Ministro della difesa, preposto all'amministrazione militare e civile della difesa e massimo organo gerarchico e disciplinare:

a) attua le deliberazioni in materia di difesa e sicurezza adottate dal Governo, sottoposte all'esame del Consiglio supremo di difesa e approvate dal Parlamento;

b) emana le direttive in merito alla politica militare, all'attività informativa e di sicurezza ed all'attività tecnico-amministrativa;

individua una fase specifica nel procedimento decisionale in materia, un passaggio necessario di esame da parte del Consiglio supremo di Difesa, il cui presidente è il Capo dello Stato.

Una tale disposizione riafferma certamente il ruolo del rappresentante dell'unità nazionale, perché «va sottolineato come l'inserimento del consiglio nel procedimento decisionale aumenti considerevolmente il ruolo del presidente della repubblica»²⁰⁹, che deve essere messo «nelle condizioni di conoscere e valutare tempestivamente ogni determinazione relativa all'impiego delle forze armate all'estero»²¹⁰. Tuttavia, pur riconoscendo l'importanza del ruolo del Presidente della Repubblica in materia, la sua funzione rimane limitata ad una funzione di supervisione piuttosto che di direzione e/o controllo della politica (estera) militare, competenza tipicamente governativa, con cui il potere di garanzia del Presidente della Repubblica si coordina²¹¹: difatti, il Consiglio supremo di difesa interviene solo per 'esaminare' una deliberazione del Governo non partecipando né alla proposta né alla discussione della stessa. Tra l'altro il riferimento della posizione del Consiglio supremo della difesa non sembra voler comunque riconoscere una subordinazione della scelta ad un'approvazione di quest'ultimo sia rimandando al raccordo Legislativo-Esecutivo, quali uniche istituzioni costituzionali «legate da rapporti di responsabilità politica per rappresentanza all'intera collettività nazionale»²¹², sia sottolineando che il suddetto consiglio è invero privato di un ruolo 'costituzionalmente rilevante' nei rapporti fra gli organi dello Stato²¹³, rilegandolo ad una mansione di 'tutore della costituzionalità della organizzazione e dell'operato delle Forze armate'²¹⁴. Infatti, la stessa Commissione Paladin, istituita nel 1987, con lo scopo di dare una risposta in merito a chi spettasse effettivamente il comando della forza militare del paese, aveva ritenuto di ripartire interamente questo ruolo tra Parlamento e Governo²¹⁵, legati indissolubilmente dal rapporto di fiducia e dalla logica rappresentativa-maggioritaria, esautorando invece il Capo dello Stato di un effettivo compito atto a stabilire l'indirizzo politico e relegandolo a ruolo di 'sorvegliante' dell'azione condotta. Infatti, il rafforzamento del controllo ministeriale sul Consiglio supremo della Difesa in materia di sicurezza e difesa è teso a garantire un canale stabile e sicuro

c) partecipa direttamente o tramite un suo delegato a tutti gli organismi internazionali ed europei competenti in materia di difesa e sicurezza militare o le cui deliberazioni comportino effetti sulla difesa nazionale;

d) approva la pianificazione generale e operativa interforze con i conseguenti programmi tecnico-finanziari, nonché la pianificazione relativa all'area industriale, pubblica e privata, di interesse della Difesa».

L'articolo sottolinea che le deliberazioni adottate dal Governo devono essere sottoposte all'esame del Consiglio supremo di Difesa, che si ricorda essere presieduto dal Presidente della Repubblica

²⁰⁹ G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, cit., p. 308

²¹⁰ Relazione della Commissione Paladin, in *Quaderni costituzionali* 1988, p. 320

²¹¹ «Né soddisfa quell'altra dottrina, secondo la quale questo 'alto comando' si sostanzierebbe nel coordinamento dell'azione politica con quella militare; perché infatti, un tale potere di *coordinamento* sarebbe inammissibile (data la posizione costituzionale del Capo dello Stato) soggetto a *direttive* che non potrebbero provenire se non dal Governo, organo titolare dell'indirizzo di maggioranza, o dal Consiglio supremo di difesa, organo costituzionale, anche se presieduto dallo stesso Capo dello Stato», P. BARILE, "I poteri del Presidente della Repubblica in Studi sulla Costituzione", cit., p. 160

²¹² M. CAVINO, M. MALVICINI, *Le guerre dell'Italia repubblicana*, cit. p. 155

²¹³ G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, cit., p. 308

²¹⁴ «In definitiva, il Presidente della Repubblica esercita un ruolo di garanzia e controllo volto sia ad assicurare che ci si avvalga delle forze armate per perseguire fini costituzionalmente leciti sia per far sì che interessi e ragioni del potere civile e del potere militare possano integrarsi, tutelando le pre-condizioni che favoriscono la creazione di un dinamico temperamento tra le dinamiche competitive del contesto politico, sociale ed economico e la necessità di salvaguardare il funzionamento di istituzioni e strutture militari, nella comune prospettiva del processo di edificazione e rafforzamento dell'unità nazionale», M. CAVINO, M. MALVICINI, *Le guerre dell'Italia repubblicana*, cit. pp. 156-157

²¹⁵ A. VEDASCHI, "Articolo 78 in La Costituzione italiana: commento articolo per articolo", cit., p. 135

d'informazione militare²¹⁶, «nell'ambito del quale questi [il Capo dello Stato] può vigilare sulla conformità delle deliberazioni governative alle norme costituzionali»²¹⁷.

Dunque, la risposta dell'ordinamento alle evoluzioni in materia di difesa e sicurezza nello scenario internazionale ha consacrato il ruolo di informazione e consulenza del Presidente della Repubblica²¹⁸, e in generale del Consiglio supremo di difesa, rendendo quindi la funzione presidenziale di comando delle Forze armate estranea al riconoscimento di poteri operativi o di indirizzo politico-strategico²¹⁹. Una simile prassi può quindi dirsi rappresentativa di ciò che accadrebbe in caso di scoppio di un conflitto, e dell'attivazione del paradigma costituzionale dello stato di guerra.

Difatti, il Governo assume rilievo primario in relazione alla funzione d'indirizzo dell'apparato militare. Precisamente, il ruolo *preferenziale*²²⁰ del Governo, specificamente del Ministro della Difesa, diventa cruciale nella direzione del personale militare repubblicano in quanto l'Esecutivo rappresenta per eccellenza «l'organo di decisione immediata, l'organo a composizione ristretta, l'organo responsabile della politica internazionale»²²¹. Ora, la legge pone l'accento sul Ministro della Difesa²²² e sulle prerogative assegnategli, le quali risultano fondamentali nell'individuare i criteri e le direttive da impartire alle Forze armate; ma pare più opportuno sottolineare l'influenza del Presidente del Consiglio dei ministri, che dirigendo la politica generale del Governo²²³, svolge una funzione di direzione delle contingenti militari. Invero, il Ministro della Difesa non agisce di propria iniziativa, ma si conforma alle politiche decise in seno al Consiglio dei ministri: precisamente è compito del Presidente del Consiglio assicurare «l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei Ministri»²²⁴.

Ad oggi l'impiego delle Forze armate nelle missioni internazionali è regolato dalla legge del 21 luglio 2016 n. 145; quest'ultima, oggetto di un approfondimento nell'ultimo capitolo, riserva un ruolo centrale e quasi esclusivo del Governo come delineato all'art. 2 della suddetta legge²²⁵, riconfermando la designazione del Capo

²¹⁶ «Aumentano le occasioni di usufruire di informazioni e di fornire propri orientamenti in occasione delle riunioni del consiglio», G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, cit., p. 308

²¹⁷ P. BONETTI, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, cit., p. 211

²¹⁸ Sul rafforzamento del ruolo del Capo dello Stato, P. CARNEVALE, «Guerre, Costituzione e legge», in *Diritto e Società* 2019, pp. 171-174

²¹⁹ DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, cit., p. 309 ss.

²²⁰ G. DE VERGOTTINI, «Guerra e attuazione della costituzione in Atti del Convegno dell'Università degli Studi 'Roma tre'», cit., p. 66

²²¹ *Id.*, p. 69

²²² Per un approfondimento delle riforme del Ministro della Difesa e del suo ruolo nel Consiglio supremo di difesa si veda: G. LANDI, «Forze armate», in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, F. PIGA (a cura di), Milano, 1969, p. 45

²²³ Art. 95 co.1 Costituzione. Non pare opportuno, alla luce delle riflessioni che la presente dissertazione propone, soffermarsi su quanto possa essere discutibile e discussa una tale affermazione, cui si rimanda per un approfondimento al commento dell'art. 95 del Commentario Branca. In particolare, P. CIARLO, «Commento all'art. 95», in *Commentario della costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1987

²²⁴ Art. 95 co. 2 Costituzione

²²⁵ «1. La partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali è deliberata dal Consiglio dei ministri, previa comunicazione al Presidente della Repubblica. Ove se ne ravvisi la necessità, può essere convocato, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del codice dell'ordinamento militare, di cui al decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66, il Consiglio supremo di difesa.

2. Le deliberazioni di cui al comma 1 sono trasmesse dal Governo alle Camere, che tempestivamente le discutono e, con appositi atti di indirizzo, secondo le norme dei rispettivi regolamenti, autorizzano per ciascun anno la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali, eventualmente definendo impegni per il Governo, ovvero ne negano l'autorizzazione. Nel trasmettere alle Camere le deliberazioni di cui al comma 1, il Governo indica, per

dello Stato quale organo di garanzia e del Capo del Governo quale organo di comando.

A questo punto, infatti, è chiaro che spetta al Consiglio dei ministri guidato dal Presidente del Consiglio il ruolo di effettivo comando delle Forze armate riconfermando quella che effettivamente si ripresenterebbe nel caso di stato di guerra. Esattamente, in quanto unico organo ‘a composizione ristretta’²²⁶, l'Esecutivo è l'unico organo che possa prendere, con le adeguate accortezze di celerità e segretezza, decisioni in merito all'azione bellica e alle strategie militari da attuare contro il nemico, disponendo a tale scopo immediatamente dell'apparato amministrativo sotto il suo controllo.

Giungendo a questa conclusione, si comprende quale debba essere la risposta all'interrogativo lasciato in sospeso nel paragrafo precedente. I giudici militari, in quanto appartenenti alle Forze armate, sono assoggettati sì al comando del Presidente della Repubblica, pur rispondendo concretamente agli ordini impartiti dal Governo.

Questa trattazione non può che delineare uno scenario altamente problematico per quanto riguarda uno dei principi cardine dello stato contemporaneo vale a dire la separazione dei poteri, riproposto dalla stessa norma fondamentale repubblicana.

Tuttavia, nel momento in cui viene compromesso l'ordine costituito, il Presidente della Repubblica non è l'unico organo a garanzia degli equilibri costituzionali, potendo intervenire anche la Corte costituzionale. A differenza del Capo dello Stato, e più in generale tutti gli altri organi istituzionali finora analizzati, tuttavia, un eventuale proposta di modello teorico sul suo ruolo della Consulta nel corso della durata dello stato di guerra non trova nel passato una figura neanche lontanamente paragonabile in quanto organo *sui generis* proprio dell'Italia repubblicana.

1.4. La questione della Corte costituzionale: i limiti dei poteri del Governo

Il controllo di legittimità delle leggi è un istituto nuovo nell'ordinamento italiano, introdotto nel sistema costituzionale con la nuova Repubblica e disciplinato negli artt. 134-137 Costituzione. Tralasciando di riportare qui l'*excursus* storico dell'organo predisposto a tale compito²²⁷ e rimandando alla dottrina l'analisi più approfondita di tutte le implicazioni che la stessa ha prodotto nella coscienza giuridica più recente²²⁸, rileva qui sottolineare che il ruolo della Corte costituzionale in materia è alquanto problematico, nonché alquanto innovativo.

Circa le funzioni della Consulta relativamente alla gestione dell'emergenza bellica, un primo punto di partenza si ravvisa circa un possibile giudizio di legittimità sulla deliberazione dello stato di guerra, laddove si accettasse la natura legislativa di tale

ciascuna missione, l'area geografica di intervento, gli obiettivi, la base giuridica di riferimento, la composizione degli assetti da inviare, compreso il numero massimo delle unità di personale coinvolte, nonché la durata programmata e il fabbisogno finanziario per l'anno in corso, cui si provvede a valere sul fondo di cui all'articolo 4, comma 1. Qualora il Governo intenda avvalersi della facoltà di cui all'articolo 19, comma 2, per prevedere l'applicazione ad una specifica missione delle norme del Codice penale militare di guerra, presenta al Parlamento un apposito disegno di legge»

²²⁶ Si veda nota 220

²²⁷ F. PIERANDREI, "Corte costituzionale", in *Enciclopedia del diritto*, F. CALASSO (a cura di), Milano, 1962, pp. 874-877

²²⁸ R. ROMBOLI, E. ROSSI, "Giudizio di legittimità costituzionale delle leggi", in *Enciclopedia del diritto*, V. ANTONUZZI, A. D'ANGELIS (a cura di), Milano, 2001, pp. 503-571

atto²²⁹. Infatti, indipendentemente dai rischi di una dichiarazione di inammissibilità da parte del Giudice della Legge, è lecito indagare se effettivamente quest'ultimo possa o non possa aver mai provato ad esercitare un controllo di conformità ai parametri costituzionali, con specifico riguardo al già più volte menzionato principio di ripudio della guerra ai sensi dell'art. 11 Costituzione. Su tale disposizione si rinvia ancora una volta ad una trattazione successiva²³⁰, pur cercando qua di rispondere agli interrogativi su un possibile controllo della Consulta. Per rispondere a questo quesito si parte dal chiedersi se e quanto la decisione di partecipare anche solo ad una missione internazionale come quella del Kosovo sia o meno opinabile dalla Corte costituzionale.

A tal riguardo si rimanda al dibattito della dottrina e giurisprudenza tedesca in merito all'intervento della Germania nella missione del Kosovo. L'oggetto del dibattito in questione riguardava un eventuale sindacabilità della decisione di partecipare alla missione internazionale NATO in Kosovo; vi era chi lamentava una violazione del divieto dell'uso della forza, integrata nella legge fondamentale tedesca agli articoli 25 e 87, e per questo invitava il *Bundesverfassungsgericht* a fermare la guerra²³¹. In quella occasione, invero, la Corte costituzionale tedesca si è espressa in merito ad una sua possibile «funzione del processo costituzionale di spolitizzare le controversie»²³² giungendo alla conclusione che «forse non vi è giudice costituzionale sulla terra che riesce a fermare una guerra»²³³, ma che comunque non preclude una forma di controllo sugli atti di governo²³⁴.

Ci si chiede quindi se si possa o meno trasporre la stessa conclusione nell'ordinamento costituzionale italiano. Certamente, una prima somiglianza rispetto alla giurisprudenza costituzionale tedesca riguarda l'inevitabile conclusione relativamente ai limiti e gli effetti della decisione di un qualunque giudice. Nel momento in cui il Giudice delle Leggi ravvisasse una possibile incostituzionalità circa una deliberazione dello stato di guerra, l'accoglimento della stessa non sarebbe sufficiente a far cessare la partecipazione alle ostilità da parte della Repubblica o a riconoscere la responsabilità dei funzionari di Stato²³⁵. Difatti, il giudizio della Corte

²²⁹ «Ne consegue che anche siffatta deliberazione assoggettata al controllo di costituzionalità della Corte costituzionale, previsto dall'art. 143 [in realtà 134] C. con riferimento alle leggi in senso formale, a prescindere dal loro contenuto normativo. L'occasione perché la Corte abbia a decidere d'una questione simile non mancherà davvero, stante [...] [la] consistenza delle posizioni giuridiche subiettive suscettibili d'essere lese in una con il disposto dell'art. 11 e dato il carattere di quella giurisdizione, che non è di mero obiettivo ma è pure intesa a proteggerne i riflessi subiettivi, anzi fa delle protezioni di questi lo strumento ordinario per la tutela dell'ordinamento», M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella costituzione italiana*, cit., pp. 105-106

²³⁰ In particolare, Capitolo Terzo paragrafo secondo

²³¹ J. LUTHER, «Il giudice costituzionale può fermare una guerra? Una sentenza del Bundesverfassungsgericht sull'intervento militare in Kosovo», in *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, M. DOGLIANI, S. SICARDI (a cura di), Torino, 1999, pp. 85-89

²³² *Id.*, p. 86

²³³ *Id.*, p. 89

²³⁴ «Ma i relativi atti di governo non possono più restare 'insindacabili'», *ibid.*

²³⁵ M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella costituzione italiana*, cit., p. 96 ss. Nello specifico, «la responsabilità amministrativa presuppone, infatti, la posizione gerarchicamente subordinata di coloro nei cui confronti essa venga fatta valere. Ora, nessuno dei soggetti aventi parte in un'ipotetica attività lesiva degli interessi subiettivi protetti dall'art. 11 può trovarsi in una posizione siffatta. Non gli organi svolgenti attività legislative o di governo, poiché si tratta di organi costituzionali, per definizione di parità formale e di vicendevole indipendenza, al vertice della gerarchia statale. Ma nemmeno gli organi amministrativi subordinati, per l'attività esecutiva di disposizioni aventi la loro fonte in una legge o in un atto equiparato, costituzionalmente illegittimo perché in contrasto con l'art. 11. Infatti, dato che la legge incostituzionale è esecutoria finché dall'apposita Corte non ne sia stata dichiarata l'illegittimità, le Autorità amministrative sono tenute ad applicarla, prima che l'anzidetta pronuncia l'abbia privata d'efficacia, come se la legge fosse valida ed obbligatoria. Ma se il fatto dannoso per l'interesse d'un soggetto, in via normale giuridicamente tutelato, costituisce altresì estrinsecazione d'una potestà concessa dall'ordinamento all'Amministrazione – o magari doverosa per essa – non

sarebbe tale solamente nel formalizzare una rottura tra guerra-fatto e guerra-diritto, e quindi una violazione dell'ordine costituito. Eppure, è più probabile ritenere che il *bellum* quale situazione di fatto possa continuare indipendentemente dalla liceità dell'azione bellica intrapresa. In merito alla cessazione dell'azione bellica, la competenza parlamentare-governativa nel decidere a riguardo parrebbe escludere un possibile ambito di intervento da parte del Palazzo della Consulta; sono solo il Governo e/o il Parlamento a scegliere relativamente al proseguimento o meno della guerra, salvo una sconfitta schiacciante sul campo di battaglia tale da configurare la situazione di occupazione bellica della Potenza nemica, attraverso lo strumento del trattato di pace o armistizio. Dunque, il campo di intervento della Corte costituzionale è alquanto limitato non potendo incidere in maniera definitiva sulla decisione o meno di entrare in guerra.

Ciononostante, rimane ancora aperto il dubbio di un controllo della Consulta nel corso del conflitto.

Infatti, non vi è alcuna disposizione costituzionale che regoli la questione. Anche durante il corso dell'emergenza bellica, non cessa il ruolo di garanzia della Consulta; esattamente così come in tempo di guerra non cessa 'la funzione di controllo dei governati sui governanti'²³⁶ svolta dal Parlamento, così in linea teorica dovrebbe perdurare la funzione di tutela della legittimità costituzionale svolta dal Giudice delle Leggi.

Un primo esempio di controllo si esplicita in merito all'atto di conferimento dei poteri necessari all'Esecutivo. La Corte costituzionale, infatti, appurato che l'atto in questione sia pari alla legge, ai sensi dell'art. 134 Costituzione potrebbe svolgere un sindacato di costituzionalità. È vero sì, come si è visto nel capitolo precedente, che l'atto di conferimento ex art. 78 si realizza sotto forma di una *delegazione legislativa anomala*, scarsamente disciplinata dal dettato costituzionale per forse dar spazio a un margine di manovra consistente nelle mani del Legislativo, affinché quest'ultimo possa determinare opportunamente l'ampiezza delle prerogative da assegnare al Governo in maniera adeguata alle esigenze richieste nell'emergenza bellica, ma è ancor pur vero che qualsiasi ordinamento determina per un qualsiasi facoltà o potere d'esercizio delle limitazioni e dei controbilanciamenti. Esattamente, è ormai chiaro la volontà dei Costituenti di discostarsi «dalla tradizione del conferimento dei pieni poteri»²³⁷, e la qualifica delle prerogative governative in base alla necessità «ha posto una specifica correlazione tra l'evento da fronteggiare e la loro estensione»²³⁸. Nel caso in questione rileva interrogarsi se e/o in che misura le limitazioni riconosciute nell'ordinamento repubblicano alla *delegazione legislativa ordinaria* possano essere presentate anche in questo caso eccezionale.

La stessa delegazione, qualsiasi sia la categoria cui si riferisce, potendosi avere solo in forma legislativa in quanto «l'atto di conferimento al Governo di delega legislativa può avvenire solo con legge»²³⁹, determina l'eventuale quesito sul quale siano le prerogative che il Parlamento possa o meno delegare all'Esecutivo. In particolare, la dottrina ritiene che non siano possibili oggetto di delegazione ordinaria atti derivanti

può esservi lesione d'alcuna sfera giuridica subiettiva (neppure se si tratti di diritti, per il notissimo fenomeno del loro affievolimento). Pertanto, non sorgerà mai responsabilità amministrativa ex art. 28, per fati d'un pubblico funzionario o dipendente contrastanti con il ripudio costituzionale della guerra», *id.*, pp. 101-102

²³⁶ Si veda nota 66

²³⁷ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2023, p. 151

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ Corte costituzionale, sentenza del 12 marzo 1998 n. 63, in *Giurisprudenza costituzionale* 1998, p. 682

dalle funzioni non legislative dell'assemblea rappresentativa²⁴⁰, quali gli atti bicamerali non legislativi e gli atti giurisdizionali²⁴¹, o da competenze che non sono meramente del Parlamento²⁴² come le competenze concorrenti risultanti dalla riforma della l. cost. del 18 ottobre 2001 n. 3.

Al contrario, la delegazione legislativa si spinge oltre la 'semplice legge', potendosi all'uopo delegare al Governo, nonostante chi ritenga la posizione contraria²⁴³, la funzione di decidere sulla costituzionalità per leggi atipiche o rinforzate²⁴⁴, come già ammesso dalla giurisprudenza²⁴⁵, o comunque atti di natura provvedimentali in merito all'attività legislativa delle Camere.

Tuttavia si osserva che in certe materie, la Costituzione ha affidato alla legge parlamentare (ossia la legge di cui agli artt. 70-74, il cui contenuto sia discusso e deciso dai rappresentanti eletti dal popolo) la funzione precipua di 'controllo dell'Esecutivo', per cui la limitazione della delegazione in tali materie possa finire per svuotare di quella che era la finalità della decisione dei Costituenti in quanto «la sua sostituzione con un decreto legislativo finirebbe per alterare la dialettica, propria della forma di governo prevista dalla Costituzione, per la quale è necessaria l'alterità tra controllante e controllato, quindi tra Parlamento e Governo»²⁴⁶. Fra queste prerogative assegnate al Legislativo con lo scopo di delimitare e controllare l'Esecutivo, si annoverano le competenze assegnate alle Camere di cui si è già discusso precedentemente²⁴⁷, che anche in tempo di guerra fungono da contrappesi e controbilanciamenti rispetto ad eventuali derive autoritarie o l'esercizio dei pieni poteri da parte del Governo²⁴⁸: fra queste si ritrovano, infatti, il potere di autorizzare la ratifica dei trattati internazionali in materie politiche o concernenti la modifica del territorio dello Stato, il potere di approvare il bilancio ex art. 81 Costituzione e lo stesso compito di conferire i poteri necessari secondo quanto il Legislativo ritenga opportuno²⁴⁹. È quindi facile immaginare che, se questi limiti determinano un'area di esclusione della delegazione legislativa ordinaria al Governo, gli stessi sono facilmente estendibili anche alla delegazione legislativa anomala dello stesso, condividendone invero la stessa *ratio*.

Ergo, in tempo di guerra il conferimento all'Esecutivo di tali prerogative risulterebbe contraria al dettato costituzionale e quindi gli atti derivanti da questa legge delega incostituzionale sarebbero incostituzionali di conseguenza: a questo punto, dunque, la Corte costituzionale potrebbe essere adita per esercitare la sua funzione 'di giudice delle leggi e garante della legittimità costituzionale delle stesse'.

Vi è anche chi ritiene che oltre questi limiti costituzionalmente previsti, la prassi abbia implicitamente riconosciuto 'limiti ulteriori'. Questi limiti sono però per lo più

²⁴⁰ Per un approfondimento si consiglia A. CELOTTO, E. FRONTONI, "Legge di delega", in *Enciclopedia del diritto*, A. FALZEA, V. SGROI (a cura di), Milano, 2002, p. 700 ss.

²⁴¹ A. CERRI, "Delega legislativa", in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1993, p. 4 ss.

²⁴² Sulle competenze Stato-Regione, M. OLIVETTI, "Le funzioni legislative regionali", in *La repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo*, T. GROPPi, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2001, p. 85 ss.

²⁴³ A. CERRI, "Delega legislativa in Enciclopedia giuridica", cit, p. 4 ss.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ Corte costituzionale, sentenza del 25 luglio 1994, n. 347, in *Giurisprudenza costituzionale*, p. 2864. Tale sentenza è stata recentemente richiamata dalla Corte costituzionale, sentenza del 19 luglio 2013, n. 220

²⁴⁶ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 116

²⁴⁷ Si veda paragrafo Primo sub paragrafo Primo

²⁴⁸ «L'organizzazione dello Stato appare infatti articolata secondo esigenze di collegamento e coordinamento, nonché bilanciamento e contrappesi, assai più complesse di quelle individuate dai Padri del costituzionalismo, e tali esigenze non sono riconducibili, se non parzialmente, alla storica dottrina di tripartizione dei poteri», E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2021, p. 244

²⁴⁹ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 116

obblighi di natura consultiva e dipendono dalla materia. La tesi di chi argomenta in tal senso vede nell'art. 76 Costituzione un'esaltazione all'individuazione da parte del Legislatore di ulteriori limiti di natura sostanziale e/o procedimentale²⁵⁰. Tuttavia, i limiti individuati dalle Camere nella legge delega avrebbero la stessa natura della fonte che li ha posti in essere e di conseguenza non oggetto dello scrutinio costituzionale: ravvisandosi l'antinomia tra atti che sono entrambi di natura legislativa, vale a dire la legge delega e l'atto delegato, e non tra legge costituzionale e fonte primaria come disciplinato dall'art. 134 Cost. A dir il vero, l'individuazione di limiti ulteriori, seppur ovviamente non preclusa dalla Costituzione, sarebbe in contraddizione rispetto alla necessità di garantire un ampio spazio di manovra al Governo che sarebbe più conforme con la determinazione di principi e criteri direttivi quanto più generici²⁵¹, ritenendo più corretto ritenere che il controllo di legittimità costituzionale della Consulta si estenda principalmente a tutela del principio di continuità del Parlamento.

Inoltre, anche se pare un'ipotesi improbabile, la Corte costituzionale potrebbe intervenire per dirimere eventuali conflitti di attribuzione²⁵² in merito all'invadenza di uno dei tre poteri sugli altri²⁵³, intervento della Consulta che sarebbe immediato non dovendosi attendere un giudizio *a quo* dove la norma di cui si dubita sia rilevante. In particolare, rispetto all'appena richiamato controverso rapporto Parlamento-Governo in tempo di guerra, possono crearsi controversie circa i limiti delle rispettive attribuzioni. Infatti, se in tempo di pace dubbi circa i limiti delle competenze dei due organi paiono difficili a prospettarsi²⁵⁴, nello 'stato di guerra' in quanto stato per sua definizione d'eccezione, potrebbero porsi in essere più problemi. Se è pur vero che in merito al conferimento dei poteri necessari «il giudizio della Corte costituzionale non potrebbe del resto ritenersi ammissibile, essendo precluso alla Corte qualsiasi sindacato sull'esercizio del potere discrezionale del Parlamento»²⁵⁵, lo stesso non può dirsi per il Governo. Nel caso in cui l'Esecutivo esercitasse funzioni normative estranee a quelle assegnate dalla delegazione parlamentare, il Legislativo sarebbe legittimato a differire alla Consulta il conflitto d'attribuzione perché giudicasse l'invadenza perpetrata dal Governo.

Sempre in merito ad eventuali abusi governativi, rileva anche chiedersi se sia possibile differire alla Corte i conflitti fra l'Esecutivo e il Giudiziario. In particolare, si ricorda le peculiarità del sistema processuale che verrebbero in essere con la deliberazione dello stato di guerra: l'Esecutivo finirebbe per esercitare un notevole influenza sulla Magistratura, la cui giurisdizione verrebbe estesa sostituendo *in toto* quella ordinaria. Infatti, generalmente i conflitti d'attribuzione tra Governo e Magistratura si prestano poco ad una sottoposizione alla Corte costituzionale,

²⁵⁰ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 117

²⁵¹ P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2000, p. 313

²⁵² P. CARNEVALE, "Guerre, Costituzione e legge", in *Diritto e Società*, cit., p. 185

²⁵³ «Pare importante per chiarire immediatamente come non sia possibile ridurre i poteri nella triade classica – legislativo, esecutivo, giurisdizionale – ma come invece la nozione di potere indicata dall'art. 134 Cost., e delineata dall'art. 37 della l. 87/53 (pertanto attraverso l'utilizzazione di una formula non chiarissima [...]), si allarghi fino a ricomprendere tutti i soggetti cui venga riconosciuta e garantita una quota di attribuzioni costituzionalmente definita», E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 244 ss.

²⁵⁴ «I rapporti tra il potere legislativo ed il potere esecutivo danno luogo non di rado a controversie di natura politica, riguardanti il contenuto di singoli atti o il complesso dell'azione politica cui entrambi i poteri partecipano, ma accade meno di frequente che fra i due poteri sorgano questioni giuridiche intorno ai limiti delle rispettive attribuzioni», A. PENSOVECCHIO LI BASSI, "Conflitti costituzionali", in *Enciclopedia del diritto*, F. CALASSO (a cura di), Milano, 1961, pp. 1005-1006

²⁵⁵ A. PENSOVECCHIO LI BASSI, "Conflitti costituzionali in Enciclopedia del diritto", cit., p. 1006

essendo la giurisdizione del primo strettamente legata alla giurisdizione amministrativa²⁵⁶.

Quest'ultima è tenuta distinta dalla giurisdizione ordinaria e i conflitti fra questi due rami sono regolati dal regolamento di giurisdizione, la cui competenza è assegnata alla Corte di cassazione. Seppur, in realtà, si riconosca una possibile sottoposizione della questione al Giudice delle leggi²⁵⁷ in caso di «attività governative ritenute lesive dal potere giudiziario» è lecito domandarsi se la giurisdizione penale militare non presenti ontologicamente un'invasione dell'Esecutivo, e che quindi l'invasione di questa nel Giudiziario non sia insita nella disciplina stessa in maniera incontrovertibile. A questo punto che senso avrebbe differire la questione alla Consulta quando la giurisdizione militare è per sua stessa essenza legata all'Esecutivo.

Infine, in merito al rapporto tra Presidente della Repubblica e Governo, è opportuno ritenere che il conflitto d'attribuzione possa delinarsi in merito a due istituti specifici: la dichiarazione dello stato di guerra e la funzione di comando delle Forze armate. Nel primo caso, ovviamente il Capo dello Stato potrebbe lamentare l'esercizio da parte dell'Esecutivo di un compito che la Costituzione gli ha esplicitamente designato; benché la dichiarazione sia 'inutile' dal punto di vista interno, avendo invero la deliberazione ex art. 78 il ruolo di stabilire lo *status* bellico eccezionale, che dalla prospettiva del diritto internazionale, in virtù del fatto che la qualità di stato belligerante si acquista di fatto a manifestazione dell'*animus bellandi*, una qualsiasi decisione della Consulta in merito risulterebbe priva di efficacia. Nel secondo caso, invece, si rimanda alle riflessioni del paragrafo precedente, evidenziando quanto la funzione di comando spetti *materialmente* all'Esecutivo: in tal senso pare difficile sostenere un eventuale reclamo del Capo dello Stato circa eventuali ordini impartiti alle truppe dell'esercito nel gestire l'emergenza bellica, essendogli riconosciuta dal testo costituzionale una funzione di garanzia di controllo e non di discrezionalità politica circa la direzione e il controllo delle stesse. Precisamente, nel corso dei conflitti di attribuzione dei poteri dello Stato, premessa indifferibile alla competenza della Corte è la coincidenza tra potere sostanziale e potere processuale nell'organo di Stato. Nello specifico, nel caso del comando delle Forze armate, viene a mancare questa premessa in quanto il potere in questione non si esaurisce nell'organo del Presidente della Repubblica²⁵⁸. Per queste ragioni, giacché «è inimmaginabile che, nel giudizio da lui [Presidente della Repubblica] proposto, possa soccombere»²⁵⁹ pare più opportuno ritenere che

«la possibilità che tali contrasti siano risolti dalla Corte costituzionale appare assai incerta sia per la spiegabile riluttanza degli organi di cui trattasi a sollevare, nei loro rapporti, espliciti contrasti di attribuzioni, sia per la natura dei contrasti stessi che rimangono il più delle volte

²⁵⁶ Legge 20 marzo 1865, n. 2248 Allegato E

²⁵⁷ «Secondo l'opinione oggi prevalente, la norma della Costituzione ha conservato la competenza della Cassazione sui tradizionali conflitti, ma ha reso possibile il successivo intervento della Corte costituzionale nei casi in cui il Governo, direttamente interessato in un conflitto, ritenga che ancora sussista, pur dopo la pronuncia delle sezioni unite della Cassazione, una violazione delle proprie attribuzioni», A. PENSOVECCHIO LI BASSI, «Conflitti costituzionali in Enciclopedia del diritto», cit., p. 1008

²⁵⁸ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2007, p. 271 ss.

²⁵⁹ *Id.*, p. 275. Gli Autori, infatti, qualificano una possibile decisione della Corte costituzionale contraria alle pretese del Presidente della Repubblica come fatto 'destabilizzante' in quanto entrambe le istituzioni sono poste a tutela dello stesso testo costituzionale

nella fase del dissenso»²⁶⁰.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, si nota come, seppur in maniera implicita, sia da ritenere che la Corte costituzionale possa ritagliarsi uno spazio per esercitare la sua funzione di controllo durante la partecipazione della Repubblica ad un conflitto; anche se la sua funzione di garante della Costituzione pare essere notevolmente ridimensionata dalla realtà dei fatti, un'analisi sulle prerogative della Consulta ne evidenzia un possibile campo d'intervento la cui effettività ritroverebbe poco riscontro nello stato delle cose.

Avendo, quindi, esaurito il discorso in merito ai rapporti istituzionali prospettati dal paradigma costituzionale, non resta che indagare quello dei rapporti normativi posti in essere dalla possibile attivazione dell'art. 78 Costituzione.

2. I rapporti tra le fonti dell'ordinamento italiano

Un qualsiasi testo costituzionale del Dopoguerra, oltre che disciplinare e delineare i rapporti fra organi dello Stato, ha come finalità precipua quella di elencare le fonti di diritto. Infatti, con l'avvento del nuovo costituzionalismo è parso alquanto fondamentale cercare di determinare *a priori*, in maniera decisamente categorica una gerarchia delle fonti. Infatti, affinché venga preservata la rigidità di una Costituzione, in nome della tutela dei diritti e delle garanzie consacrati nella stessa, la norma fondamentale deve porsi al di sopra della legge, e quindi di eventuali modificazioni tramite le decisioni dell'Esecutivo, divenendone quindi anche la fonte di produzione. Solo riconoscendo il primato della fonte costituzionale su quella legislativa, e di conseguenza e a maggior ragione sulle fonti secondarie, si concede all'individuo uno strumento intoccabile dagli abusi dei governanti e modificabile tramite il meccanismo di revisione costituzionale dalle assemblee rappresentative e/o dalla cittadinanza stessa.

Parendo palese la correlazione che intercorre tra organi istituzionali e gli atti degli stessi, è indispensabile ai fini di un'analisi la più completa possibile chiedersi quanto la modificazione e sospensione del diritto costituzionale possa coinvolgere anche l'aspetto strettamente correlato ai rapporti normativi e quindi delle fonti in questione. In particolare, in virtù della forte correlazione fra fonti secondarie e apparato amministrativo-governativo e la superiorità gerarchica degli atti delegati del Governo, conviene soffermarsi dapprima sul rapporto tra 'legge marziale' o 'legge militare'²⁶¹ e norma fondamentale, per poi approfondire il discorso su quello tra legge marziale e le altre fonti primarie dell'ordinamento.

2.1. La relazione tra la Costituzione e legge marziale

Il conferimento dei poteri necessari implica, secondo la dottrina maggioritaria, la possibilità da parte dell'Esecutivo di derogare o di sospendere l'efficacia delle norme

²⁶⁰ A. PENSOVECCHIO LI BASSI, "Conflitti costituzionali in Enciclopedia del diritto", cit., p. 1008

²⁶¹ «The 'martial law' of the earlier books, down to the end of the seventeenth century, if not later, is what we now call military law, the rules for the governance of armies in the field and other persons within their lines or included in the region of their active operation», F. POLLOCK, "What Is Martial Law", in *Law Quarterly Review* 1902, p. 152 (disponibile su www.heinonline.org)

costituzionali²⁶²; come si vedrà nel capitolo successivo, tale facoltà potrebbe coinvolgere anche i diritti e le libertà fondamentali sollevando dei dubbi in merito alla sussistenza delle garanzie poste dal dettato costituzionale a tutela dell'individuo, e quindi di conseguenza della sopravvivenza stessa della Costituzione in tempo di guerra.

Precisamente, è alquanto pacifico ritenere che la norma fondamentale possa conoscere, ove il Governo lo ritenga necessario, «l'eventualità di una sospensione di taluni diritti costituzionalmente garantiti o di alcune norme di organizzazione costituzionale»²⁶³. Tale premessa è facilmente condivisa poiché «difficilmente potrebbe spiegarsi perché la Costituzione abbia, con una formula così ampia e generica come quella dell'art. 78, dettato una specifica disciplina per i poteri governativi in questione»²⁶⁴: l'attivazione del paradigma costituzione dello stato bellico è, per la precisione, l'unico caso previsto dal dettato costituzionale in cui la necessità assurge a fonte normativa diretta (si potrebbe quasi parlare seppur in contraddizione di 'fonte fatto di rango costituzionale') dell'ordinamento costituzionale, e non a presupposto di un'attività normativa straordinaria come i decreti legge di cui all'art. 77 Cost., e proprio per tale ragione è implicitamente insito nello *status quo* delle cose che si possa derogare e sospendere le disposizioni della norma fondamentale²⁶⁵. Tuttavia, benché la dottrina sia concorde sul punto, la stessa non lo è circa l'ampiezza delle garanzie costituzionali che il Governo può eventualmente sospendere.

Di contro a chi sostiene l'implicita esistenza di un catalogo tassativo cui il potere conferito all'Esecutivo non può assolutamente derogare²⁶⁶, la dottrina maggioritaria tende a sostenere che le limitazioni dei poteri necessari possano essere più sfumate risolvendosi principalmente in un più generale principio di ordine sistematico tendente ad evitare un totale accentramento dei poteri in capo al Governo, derivante dalla sospensione dell'intero impianto di garanzie costituzionali²⁶⁷. Infatti, la riqualificazione delle prerogative governative in tempo di guerra in 'poteri necessari', piuttosto che secondo la vecchia tradizione in 'pieni poteri', implicherebbe un rifiuto del vecchio modello di 'costituzione debole', destinata quindi a soccombere alle decisioni dell'Esecutivo, anche nel corso dell'emergenza bellica. Precisamente, «la recente esperienza costituzionale degli Stati coinvolti in

²⁶² D. GIROTTO, "L'art. 78", cit., p. 721

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 150-151

²⁶⁵ P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Padova, 1966, p. 49 ss.

²⁶⁶ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 826 ss. Più nello specifico, «è di piena evidenza in proposito che insuscettibili di qualsivoglia sospensione sono in primo luogo quei diritti e principi che non hanno alcun collegamento con la guerra, quali, per esempio, i diritti di famiglia, la libertà di culto, la libertà d'insegnamento, il diritto di accedere agli uffici pubblici, il principio della personalità della responsabilità penale, quello d'eguaglianza, quello che vieta l'estradizione dello straniero per reati politici. Vi si devono aggiungere, con altrettanta evidenza, quei diritti di libertà, che, guardati nel loro più intrinseco valore, ci appaiono concorrere immediatamente a costituire le strutture elementarmente articolate dello Stato-comunità, e mediatamente a determinare la politica nazionale, quali, per esempio, la libertà di manifestare il proprio pensiero, il diritto di petizione, la libertà di associarsi in partiti politici ed in sindacati, il principio del rispetto delle minoranze linguistiche», *id.*, p. 828

²⁶⁷ In tal senso, F. SORRENTINO, "Le fonti del diritto in Manuale di diritto pubblico", cit., pp. 155-159. L'Autore sottolinea la difficoltà in tempo di guerra di provvedere ad una adeguata legge costituzionale ex art. 138 che posso per l'appunto sospendere 'legalmente' le garanzie costituzionali. Medesima posizione viene condivisa da A. GIARDINA, "Art 78 in Commentario della Costituzione", p. 110. Infatti, quest'ultimo afferma «sarà piuttosto possibile e verosimile che vengano sospesi alcuni dei diritti individualmente garantiti, oppure singole norme di organizzazione costituzionale. Si tratterà, comunque, di limitazioni funzionalmente rapportate alle necessità belliche, e non invece, di alterazioni tale da ritenere 'sospeso' l'intero sistema costituzionale», *ibid.*

una grande guerra moderna»²⁶⁸ ha dimostrato che «l'impiego bellico è incompatibile con una vera vita democratica»²⁶⁹, realizzandosi quindi anche nella forma della «compressione, sia pure transitoria, delle libertà individuali»²⁷⁰. Tale compressione è giustificabile in nome della sacralità del dovere di difendere²⁷¹ lo Stato, stabilendo in tal senso anche «il limite negativo della compressione diritti»²⁷² del cittadino. Medesima considerazione si ricaverebbe anche dalla lettura estensiva dell'art. 54 co. 1²⁷³; il dovere in capo al cittadino di servire fedelmente lo Stato implicherebbe di conseguenza il sacrificio dei suoi diritti costituzionali in nome di un bene superiore, vale a dire la difesa e la sopravvivenza della Repubblica.

È pur vero, tuttavia, che la definizione stessa di contro-poteri dal dettato costituzionale, e quindi la negazione di un potere esecutivo assoluto (secondo la concezione originaria del termine dal latino *ab soluto* quindi 'sciolto'), presuppone dei limiti impliciti alla derogabilità costituzionale. Invero, «tanto gli organi legislativi quanto quelli governativi e quelli amministrativi sono tenuti a promuovere la realizzazione, a sviluppare in concreto i principi contenutistici delle dichiarazioni costituzionali»²⁷⁴. Certamente, in certi casi, in nome della difesa della sicurezza del Paese, possono essere ammesse delle limitazioni come nel caso della libertà di circolazione²⁷⁵, il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero²⁷⁶, libertà di corrispondenza²⁷⁷, il diritto all'informazione²⁷⁸ o libertà di stampa²⁷⁹; cionondimeno è chiaro che le deroghe in questione debbano rispettare il principio di ragionevolezza e di proporzionalità, per cui in nome del « rapporto teleologico tra strumenti prescelti e fine perseguito »²⁸⁰ non possano sembrare prive di una giustificata motivazione che vada oltre alla «straordinarietà assoluta dello stato di guerra»²⁸¹: infatti, benché l'eccezionalità dell'ordinamento giuridico costituzionale bellico, è ferma, come si è già sottolineato, la volontà di non permettere all'Esecutivo una 'rottura' dell'ordine costituzionale repubblicano, ma solamente una sua parziale sospensione²⁸² in base alle esigenze richieste²⁸³.

Infatti, anche in tempo di guerra il Governo rimane 'politicamente responsabile di

²⁶⁸ M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella costituzione italiana*, cit., p. 75

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Ibid.* L'Autore arriva pure a sostenere con un certo pessimismo che la guerra «produce nel diritto interno un parziale mutamento di contenuto, una trasformazione delle sue norme, di ridotte proporzioni ma sostanzialmente non dissimili da quelli ch'essa induce nell'ordinamento internazionale, e che tali mutazioni hanno un significato nettamente illiberale», *ibid.* Nonostante sia condivisibile la conclusione generale dell'Autore, si vuole porre l'accento sull'eventuale qualificazione di tale trasformazione 'di ridotte proporzioni'

²⁷¹ Art. 52 co.1 Costituzione

²⁷² M. CAVINO, M. MALVICINI, *Le guerre dell'Italia repubblicana*, cit., pp. 182-183

²⁷³ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., pp. 298-300

²⁷⁴ M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella costituzione italiana*, cit., p. 87

²⁷⁵ A. PATRONI GRIFFI, "Art. 78 in Commentario alla Costituzione", cit., p. 1538

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ V. FALZONE F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti*, cit., p. 71

²⁷⁸ A. PATRONI GRIFFI, "Art. 78 in Commentario alla Costituzione", cit., p. 1538

²⁷⁹ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 294

²⁸⁰ A. PATRONI GRIFFI, "Art. 78 in Commentario alla Costituzione", cit., p. 1538

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² «Non sembra quindi che possa parlarsi di rottura della Costituzione nel suo complesso a seguito della delibera dello stato di guerra e del conferimento dei poteri necessari», A. GIARDINA, "Art 78 in Commentario della Costituzione", cit., p. 110

²⁸³ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 826 ss. In tal senso anche M. RODRIGUEZ, "Art 78", cit. p. 490. Quest'ultimo afferma che «ciò [l'allargamento dei poteri del Governo] implicherebbe che non si è mai in presenza di una 'rottura' della Costituzione, ma semmai di una sua 'sospensione' [...] limitatamente a singole norme di organizzazione ed alle garanzie di taluni diritti individuali, senza che venga alterato l'intero sistema costituzionale», *ibid.*

fronte alle Camere»²⁸⁴.

Tuttavia, difficilmente è possibile una completa trattazione della materia dei diritti fondamentali derogabili, cui è stata dedicata un'intera giornata di discussioni in Assemblea costituente, come si avrà modo di vedere²⁸⁵: l'unica conclusione cui si può pervenire a questo punto del discorso è che «come sempre, quando si contendono il campo di interessi costituzionali differenti la ricerca di un equilibrio va cercata in una ragionevole composizione che non deve giungere al sacrificio totale di nessuno di essi»²⁸⁶, cercando quindi di dare un'interpretazione più restrittivamente possibile del potere d'azione di deroga costituzionale riconosciuto al Governo.

Rimandando alla trattazione dei diritti fondamentali al capitolo successivo, quello che rileva qui sottolineare è quale possa essere la fonte di produzione di un simile potere derogatorio del Governo e quale sia, invero, la contraddizione insita in tale [assente] disciplina. Infatti, il potere d'esercizio dell'Esecutivo trova la sua fonte di produzione in due fonti specifiche dell'ordinamento. In primo luogo, l'art. 78 ne determina il criterio soggettivo; il conferimento dei poteri necessari è una competenza esclusiva del Parlamento il cui destinatario legittimato è precipuamente l'Esecutivo. Inoltre, prescrive il limite implicito alla competenza del legislativo di assegnare pieni poteri al Governo. In merito, tuttavia, ai contenuti di questa prerogativa speciale bellica dell'Esecutivo, la fonte di produzione cui si deve far riferimento è la legge delega, che presenta caratteristiche di *anormalità* rispetto a quella di cui all'art. 76 Cost: anche in questo caso quindi la fonte di produzione è di natura legislativa. Sorge quindi un interrogativo importante: la facoltà dell'Esecutivo di derogare alla Costituzione trova le sue radici implicitamente nell'art. 78 Costituzione o, più correttamente nell'attività di delegazione normativa del Parlamento? Nel caso in cui si dovesse ritenere come più confacente alla realtà la seconda ipotesi, come si può non ritenere violato il principio gerarchico qualora si ammettesse che una norma di rango primario possa sospendere la norma costituzionale per eccellenza?

Infatti, lo scenario per cui la disposizione legislativa possa derogare alle norme costituzionali, anche se per un periodo delimitato alla partecipazione al conflitto, pare essere una contraddizione nel sistema delle fonti, compromettente il principio gerarchico su cui tutti gli ordinamenti moderni si fondano. In aggiunta, parrebbe sollevare anche dei dubbi sulla rottura con il precedente modello statuario monarchico: la volontà di una costituzione rigida, quindi non modificabile o derogabile, se non per riforma costituzionale sembra venir meno nel caso di specie, anzi permettendo anche alla fonte legislativa di poter sospendere l'ordine costituito. Tale evenienza era auspicabilmente da evitare secondo le nuove tendenze del costituzionalismo del Dopoguerra, e tale era la volontà dei Costituenti nel momento di stesura della norma fondamentale repubblicana. Un simile previsione, senza un'adeguata specificazione delle deroghe ammesse nella Costituzione stessa, rappresenta quindi un *vacuum* nel sistema teoricamente chiuso delle fonti giuridico-normative²⁸⁷ previsto dal dettato fondamentale.

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ Capitolo Terzo Paragrafo Primo

²⁸⁶ M. CAVINO, M. MALVICINI, *Le guerre dell'Italia repubblicana*, cit., p. 182

²⁸⁷ «La forza superiore alla legge ordinaria non consentirebbe all'esecutivo di abrogare o modificare la disciplina costituzionale (né quella legislativa, se non ricorrendo ai poteri straordinari ex artt. 76 e 77 Cost.) ma di sospenderla o derogarla provvisoriamente. Esso, pur non potendo revisionare la legge fondamentale, avrebbe il potere di agire *constitutione solutus*, attraverso atti a contenuto, non solo puntuale e concreto, ma anche generale ed astratto, ovvero atti normativi provvisori», G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e*

Per far fronte a questo rischio, si apre, come già accennato, il discorso sulle garanzie costituzionali dell'individuo. La previsione di cui all'art. 78 Cost. aprirebbe l'ordinamento costituzionale ad una parziale deroga in quanto implicitamente si configurerebbe anche come 'fonte *extra ordinem*'²⁸⁸. Invero, l'art. 78 si configurerebbe come l'unico esempio in cui la necessità è fonte costituzionale diretta²⁸⁹; in questo modo le deroghe disposte dall'Esecutivo, nell'esercizio dei suoi poteri necessari, «postulando l'esistenza di una potestà legislativa propria dell'esecutivo»²⁹⁰. La necessità²⁹¹, condividendo da un lato sia la forma di fonte che di limite della discrezionalità parlamentare in merito al conferimento dei poteri, acquista 'concretezza e consistenza'²⁹² per quanto riguarda la determinazione dell'attività governativa correlata straordinaria²⁹³.

Infatti, «la necessità consiste in un giudizio avente ad oggetto il verificarsi di un fatto dotato delle caratteristiche emergenziali e l'opportunità di ricorrere a strumenti normativi eccezionali»²⁹⁴ rendono di conseguenza il fatto bellico capace «di qualificazione giuridica straordinaria»²⁹⁵. Pur constatando che la normativa in esame sia limitata e nel tempo e nello spazio e nelle procedure, «si riconosce altresì espressamente il valore derogatorio nei confronti delle leggi»²⁹⁶, fatta propria dalla Costituzione con la locuzione di 'poteri necessari'²⁹⁷.

Tale particolare esigenza bellica, essendo implicita nella Costituzione stessa, è fonte per questo motivo della modifica del diritto oggettivo derivante dalla alterazioni ordinali prodotte dall'attuazione del modello costituzionale²⁹⁸; di conseguenza «il *superamento della distinzione fra diritto normale e diritto eccezionale* propria dello stato costituzionale dello stato liberale»²⁹⁹ avrebbe lo scopo di ritenere «più lecito distinguere fra ciò che è fondato sulla costituzione e ciò riconducibile alla necessità»³⁰⁰.

Nonostante questa interpretazione possa in qualche modo risolvere i quesiti sopra prospettati, questa posizione rimane scarsamente condivisa dalla dottrina.

modelli, cit., p. 314. Già erano state mosse delle critiche, sottolineando che «tale indirizzo non risulta esclusivo dell'ordinamento italiano ma appare familiare alla pratica contemporanea degli ordinamenti dello stato costituzionale che sono tendenzialmente accomunati dalla *contrarietà a ricorrere alla introduzione formalizzata* di stati di emergenza, sia che questi siano previamente ammessi dalle costituzioni, sia che non siano esplicitamente disciplinati», G. D E VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, cit., pp. 200-201

²⁸⁸ Sulla definizione di 'fonte *extra ordinem*' si rimanda alla trattazione seguente, L. PALADIN, *Le fonti diritto italiano*, cit., p. 447 ss.

²⁸⁹ P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, cit., pp. 49-50

²⁹⁰ D. GIROTTO, "L'art. 78", cit., p. 720

²⁹¹ «La necessità può essere considerata fonte del diritto o, per meglio dire, se tra i fatti normativi originari o tra i principi istituzionali non si può non annoverare quello per il quale quanto disposto in caso di urgenza o per necessità si autolegittima e si impone come norma giuridica, saranno l'urgenza o la necessità a decidere circa la ripetibilità, la durata e, prima ancora, circa la incidenza, sospensiva, derogativa od anche abrogativa, della norma 'necessitata' nell'insieme delle norme costitutive di un sistema normativo», F. MODUGNO, "Norma (teoria generale)", in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, F. PIGA (a cura di), Milano, 1978, p. 371

²⁹² M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, cit., pp. 94-95

²⁹³ *Id.*, p. 97

²⁹⁴ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 287

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, cit., p. 82

²⁹⁷ In tal senso la necessità come fonte *extra ordinem* giustificerebbe la sua capacità di «modificare il sistema di attribuzioni spettanti alle pubbliche autorità e poteri pubblici, tra autonomia privata ed intervento statale e, in ultima analisi, tra libertà ed autorità», G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 291

²⁹⁸ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 292

²⁹⁹ G. D E VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, cit., p. 201

³⁰⁰ *Ibid.*

2.2. La legge marziale e le altre fonti normative primarie dell'ordinamento

L'istituzione dello stato di guerra di cui all'art. 78 non pone possibili problemi solo in merito al rapporto fra legge costituzionale e legge marziale, ma anche nell'analisi del rapporto tra fonti del medesimo rango, più precisamente fra la legge marziale e le altre fonti primarie dell'ordinamento.

In particolare, rileva interrogarsi se l'istituto dei poteri necessari possa coesistere o meno con l'esercizio da parte dell'Esecutivo dell'attività ex art. 77 Costituzione; esercizio che potrebbe portare ad un abuso da parte del Consiglio e dei Ministri, eludendo quindi le limitazioni in materia poste intenzionalmente in Costituzione.

Infatti, dal momento che i Costituenti hanno voluto specificamente riconoscere al solo Parlamento il compito di determinare i limiti dell'attività governativa in tempo di guerra, gli stessi hanno voluto porre comunque un organo garante al potere d'esercizio del Governo. Pertanto, ritenendo la clausola dell'art. 78 come sintomatica di una ferrea volontà di controllare l'attività dell'Esecutivo, sembrerebbe opportuno considerare la disciplina dei poteri necessari quale tesa ad inibire completamente la legislazione mediante il decreto-legge³⁰¹, onde ad evitare quanto già successo col Fascismo³⁰². L'art. 77 Cost. comporta, invero, una clausola generale d'intervento governativo tramite decreti-legge, quindi con atti aventi forza di legge, in situazioni urgenti e straordinarie: la previsione, tuttavia, dello stato di guerra come specifica situazione giuridica, disciplinata non solo in una disposizione autonoma rispetto all'art. 77 Cost., ma addirittura subito successiva, non può che portare alla conclusione che i Costituenti abbiano voluto estromettere la definizione dei 'poteri necessari' dall'alveo dei presupposti per il potere di decretazione del Governo. Inoltre, sulla scorta di quanto appena detto, rileva sottolineare il diverso peso e ruolo delle Camere nelle due fattispecie costituzionali: l'attività ex art. 77 Cost. è propriamente tipica di un'autonomia di esercizio governativo, previsto dalla legge 100/1926 e ad oggi disciplinato dalla legge 400/1988, poi sottoposto al vaglio del controllo parlamentare *ex post*; l'attività ex art. 78 Cost. determina un'attività di esercizio del Governo derivata dalla decisione e dall'atto di delega delle assemblee rappresentative che quindi esercitano un controllo *a priori*.

Inoltre, laddove la situazione lo richiedesse, nel corso del conflitto, rimane aperta la possibilità di conferire 'nuovi poteri' al Governo tramite opportuna legge delega³⁰³, quindi l'esclusione dell'attività normativa ex art. 77 Cost., conformemente quindi alla disposizione di cui all'art. 78 Cost., non pregiudicherebbe in nessun modo una possibile inadeguatezza dell'Esecutivo di fronte all'emergenza bellica.

L'esercizio dei pieni poteri da parte del Governo, a tutela della sua legittima

³⁰¹ M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, cit., p. 112

³⁰² «Mussolini avrebbe solo radicalizzato, sicuramente fu tale da rendere questo istituto giuridico proprio della prassi istituzionale italiana tanto che attraverso il Fascismo è giunto anche all'Italia repubblicana (art. 77 Cost.). La legge dei «pieni poteri» occupa quindi un posto centrale nella storia del rapporto fra potere legislativo e potere esecutivo in Italia, rapporto che interessa sempre molti studi data la sua importanza e, a volte, la sua conflittualità (si pensi al grande tema della decretazione d'urgenza, tornato in auge proprio in questi ultimi anni di grande ricorso allo strumento del decreto legge)», FRANCISCI G., «Pieni poteri e legislazione di guerra in Rivista trimestrale di diritto pubblico», cit., pp. 949

³⁰³ «Atteso che, d'altro canto, non si potrebbe seriamente pensare che sia sempre possibile fare intervenire le camere con successive leggi di delega per ampliare i poteri del governo: le camere infatti in periodo bellico possono e devono continuare a riunirsi e a funzionare, ma spesso ciò non accade per l'impossibilità materiale della riunione», M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, cit., p. 112

discrezionalità politica³⁰⁴, potrebbe non sembrare conforme anche al principio di legalità; infatti,

«lo Stato potrà essere giuridico finché vogliamo, esso potrà scrupolosamente esser fedele alle più perfette norme di diritto pubblico, ma, in sostanza, sarà sempre la politica, nel senso più puro della parola, intesa come saggia arte di governo, difficile ed onesta arte di governo, che dovrà far valere ed affermare in ultimo quei criteri che per suprema finalità e per vero e reale interesse del paese dovranno prevalere»³⁰⁵.

Per la precisazione, il riconoscimento di un'ampia discrezionalità d'azione all'Esecutivo è anzi auspicata dai Costituenti, i quali volevano che anche in materia di legalità, in caso di guerra, «diritto e politica in mirabile fusione tra loro [potessero] e [dovessero] far meravigliosamente navigare la nave dello Stato verso il lido della sua grandezza economica e sociale»³⁰⁶ poiché «l'uno non può far a meno dell'altra, l'uno deve invece integrare l'altra»³⁰⁷. Tuttavia, come ha precedentemente dimostrato la storia, il riconoscimento di un così ampio ambito d'azione da sfociare nella disciplina dei 'pieni poteri' rimane incompatibile con lo stato di diritto e col principio di separazione dei poteri, cardini degli odierni ordinamenti costituzionali.

In generale, l'impianto delineato in merito alla legislazione primaria di guerra fa riferimento soprattutto al r. d. del 8 luglio 1938 n. 1415 ('Approvazione dei testi della legge di guerra e della legge di neutralità'), cui devono essere integrate le disposizioni dei due codici militari già menzionati. Tuttavia, la struttura delineata da questa legge, che risulta ancora ad oggi in vigore in virtù della sua mancata abrogazione, pone dei dubbi in merito alla compatibilità rispetto all'ordinamento costituzionale odierno. Infatti, la legge risulta essere 'figlia del suo tempo', riferendosi specificamente al sistema costituzionale vigente al tempo della sua promulgazione³⁰⁸. Ciononostante, «poiché la delegazione di poteri legislativi per la durata della guerra è da riguardare ormai come un istituto entrato per consuetudine nel diritto pubblico italiano, e pertanto le regole che si sono venute formando a caratterizzare l'istituto devono senz'altro intendersi richiamate ogniquale volta si richiami in vita l'istituto, a meno che non risulti chiaramente una diversa volontà del legislatore»³⁰⁹, pare utile interrogarsi circa i limiti che la stessa possa incontrare nel nuovo ordinamento costituzionale³¹⁰. Precisamente, il r. d. 1415/1938 pone ancora

³⁰⁴ G. CAPIZZI GIANGRECO, "La 'delegazione parlamentare' ed i 'pieni poteri' nella scienza e nella politica in Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia", cit., p. 303

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 151. L'Autore infatti spiega come l'operatività della suddetta legge sia fortemente condizionata dal riconoscimento di un potere autoriferito del Governo in tempo di guerra e l'attribuzione diretta alle autorità militari di una potestà legislativa, *ibid.*

³⁰⁹ F. VASSALLI, D. BARONE, "Sul termine di durata in vigore dei decreti emanati in forza della legge 22 maggio 1915 n. 671", in *Relazione alla Commissione per lo studio dei provvedimenti occorrenti per il passaggio dallo stato di guerra allo stato di pace presentata dai commissari D. BARONE e F. VASSALLI*, Milano, 1919, pp. 8-9

³¹⁰ Colpiscono in tal senso le parole di Francisci, il quale scrive «al termine di un rapido sguardo d'insieme, la legislazione di guerra italiana appare in tutta la sua complessità storica e giuridica. E credo che sia possibile problematizzarla ancor di più se vista in rapporto con ciò che la precedette e ciò che la seguì come ho cercato di fare, in parte, in queste pagine. La legislazione di guerra, infatti, assume ancor più interesse (oltre a quello che riveste come un qualsiasi fatto storico) se si vede come momento importante se non decisivo nella definizione non solo del contesto degli anni immediatamente successivi ma anche oltre. Se la legge dei 'pieni poteri' è un

dei dubbi circa la sua conformità costituzionale sotto diversi profili.

Si discute in dottrina³¹¹ se il bando sia un potere delegato dell'Esecutivo o se invece rappresenta l'esercizio di un potere governativo-militare autonomo³¹². Poiché il testo Costituzionale non annovera tra le sue fonti primarie questa tipologia di atti, ed essendo quest'ultima a differenza dello Statuto Albertino una costituzione rigida, non sembra fondata la tesi di chi propende per un implicito riconoscimento di una potestà autonoma, preferendo quindi la tesi di una speciale delega governativa al Comandante supremo³¹³: in particolare in merito a questa seconda ipotesi, quindi, alla capacità del Governo di poter delegare l'attività legislativa attraverso la pratica dei bandi militari³¹⁴ si rileva che tali atti aventi poi valore di legge³¹⁵ sono emanati dal Comandante supremo³¹⁶. Secondo la normativa vigente, e in mancanza di una disposizione perentoria in Costituzione, nulla osterebbe al Governo, nell'esercizio dei suoi poteri necessari, di attuare dei decreti legislativi 'concepiti a maglie larghe'³¹⁷ a favore delle autorità militari, decreti che determinerebbero indifferenti margini di limitazione di contenuto ai comandanti, i quali quindi potrebbero promulgare 'bandi militari' aventi forza di legge³¹⁸.

Inoltre, a favore di un possibile riconoscimento implicito in Costituzione del potere di bando, è opportuno evidenziare come la delega o, meglio, la subdelega *corrigendi*

passaggio non eludibile per qualunque studio che voglia ricostruire la storia della decretazione d'urgenza nel nostro Paese, uno dei grandi temi nell'ambito della relazione fra potere esecutivo e potere legislativo ancor oggi molto attuale non solo nel dibattito storico-giuridico, così anche la legislazione di guerra che ne derivò è un passaggio direi obbligato per chi voglia comprendere l'affermazione del Fascismo (si pensi alla legislazione repressiva, come evidenziato, ad esempio, da Giovanna Procacci) o la nascita dello Stato sociale (si pensi alla legislazione di guerra nel campo assistenziale e previdenziale). Ecco quindi che, a cento anni di distanza, la legislazione di guerra, non vista solo come un fatto storico-giuridico a sé ma anche come parte di un processo più ampio, può essere ancora oggetto di interessanti ricerche sulla storia del diritto e sulla storia dello Stato italiano», FRANCISCI G., "Pieni poteri e legislazione di guerra in Rivista trimestrale di diritto pubblico", cit., pp. 957-958

³¹¹ C. CARBONE, *Sulla validità dei bandi militari*, Padova, 1957, p. 17 ss.

³¹² «I 'bandi militari' hanno la loro fonte legislativa negli art. 17 e 18 della legge di guerra (r. d. 8 luglio 1938, n. 1415) e negli art. 17-20 c.p. mil. g., nonché, per un caso particolare, nell'art. 282 c.p. mil. p. Essi costituiscono un esempio di diritto positivo comprovante l'esistenza di atti giuridici a contenuto normativo, aventi forse valore e certamente forza di legge, non riconducibili né alla fonte del potere legislativo (art. 70 ss. cost.), né al principio di gradualità delle fonti, considerando che la funzione legislativa può essere esercitata dagli organi esecutivi solamente nelle ipotesi previste dagli art. 76 e 77 cost.», F. BARTOLOMEI, "Ordinanza (diritto amministrativo)", n *Enciclopedia del diritto*, (a cura di), Milano, 1980, p. 971

³¹³ R. VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, cit., p. 48-52. Invero, «Non ci sembra fondata la tesi di chi afferma che il silenzio della Costituzione su quel potere importi riconoscimento e recezione della preesistente disciplina contenuta nella legge di guerra e nel Codice penale militare di guerra, e già compatibile con lo Statuto albertino. Lo Statuto albertino non era una costituzione rigida e poteva pertanto essere modificato e integrato con leggi ordinarie; la Costituzione repubblicana è invece una costituzione rigida e non sopporta modificazioni o integrazioni attraverso leggi ordinarie, siano esse anteriori o posteriori alla sua entrata in vigore [...] L'orientamento prevalente è però nel senso di ravvisare nella potestà normativa autonoma della Autorità militare, bensì una potestà straordinaria delegata dal Parlamento nel quadro della delegazione dei 'poteri necessari' dal Parlamento al Governo prevista dall'art. 78 Cost. », *ibid.* Ancora A. GIARDINA, "Art 78 in Commentario della Costituzione", cit., p. 100

³¹⁴ «Il bando militare è la forma con cui l'Autorità militare ricorrendo determinati presupposti ed entro limiti altrettanto determinati può emanare legge», F. P. GABRIELI, "Bandi militari", in *Novissimo Digesto italiano*, A. AZARA, E. EULA (a cura di), Torino, 1958, p. 266

³¹⁵ Art. 4 r. d. 1415/1938 «Qualora sia stata ordinata l'applicazione della legge di guerra, in tutto o in parte, a norma del primo e del secondo comma, l'autorità in essi indicata assume, nel territorio minacciato, anche i poteri civili, se non è già investita, e ha facoltà di emanare bandi, che hanno valore di legge»

³¹⁶ Art. 17 c. p. mil. g. ne dona una definizione; infatti «agli effetti della legge penale militare, è comandante supremo chi è investito del comando di tutte le forze operanti». Bisogna distinguere tali atti con un'altra prerogativa tipica del comandante supremo. Infatti, le ordinanze militari differiscono dai bandi militari in quanto fonti aventi rango gerarchico differente: nel primo caso si parla di ordinanze amministrative, nel secondo di atti aventi forza di legge

³¹⁷ L. PALADIN, *Le fonti diritto italiano*, cit., p. 229

³¹⁸ *Ibid.*

e/o supplendi e/o adiuvandi causa conferita all'Autorità militare costituisca un 'principio generale'³¹⁹ trovando già un espresso riconoscimento in diverse disposizioni 'facenti parte di un sistema di norme codificate'³²⁰. Se entro tali limiti il Governo possa a sua volta delegare ad altri è ancora un interrogativo aperto: l'esercizio di questa potestà normativa primaria da parte del personale militare, e di conseguenza degli atti che da questa derivino, si può avere laddove si riconosca l'intervento di intermediazione del Governo, quale unico organo costituzionale attribuito in speciali circostanze ed entro certi limiti dei poteri necessari. Quest'ultimo deve fare come «immediatamente propri i bandi militari, calandoli in quei decreti-legge, che esso è facoltizzato ad emanare, ed è tenuto a presentare alle Camere per la conversione in leggi»³²¹.

Benché quindi non sia effettivamente vietata, e potendo a tale scopo trovare la sua fonte di produzione negli atti delegati governativi ex art. 78 Cost., la materia rimane incompatibile col senso stesso della disciplina secondo i Costituenti. Imponendo alle assemblee legislative

«il dovere di conferire al governo i poteri necessari, il costituente ha voluto che gli interventi legislativi di quest'organo, destinati a soddisfare i bisogni dello stato di guerra, avessero il loro titolo di legittimazione in una espressa abilitazione delle Camere, cui viene in tal modo lasciata la possibilità di orientare e seguire l'attività legislativa delegata mediante la predisposizione di limiti e di congegni di controllo»³²²:

in tal senso conviene attuare un'interpretazione teleologica della seconda parte dell'art. 78 Cost., evidenziando quindi il diretto ruolo di controllo del Legislativo sull'attività dell'Esecutivo.

Inoltre, come dimostrato precedentemente, l'attuazione del modello costituzionale dello stato di guerra inibirebbe il potere di emanare i decreti-legge da parte del Governo, privando i bandi militari quindi di una adeguata copertura costituzionale. Un tale presupposto, difatti, rimette in questione l'argomentazione della conformità costituzionale dei bandi militari attraverso la loro trasformazione in decreti-legge da parte del Governo³²³: per la precisione, un tale stratagemma sarebbe sia platealmente mistificatorio e subdolo, poiché l'Esecutivo agirebbe contrariamente a quanto gli è attribuito in Costituzione e dal Parlamento, che fallace e mendace alla luce dell'incompatibilità e di coesistenza dell'esercizio del Governo di entrambe le prerogative di cui agli artt. 77 e 78 Costituzione.

In aggiunta, almeno teoricamente, anche in tempo di guerra permane l'esigenza di garantire nella più ampia misura il principio di separazione dei poteri³²⁴; riconoscendo una possibile tale prerogativa all'autorità militare, il Governo concentrerebbe nelle sue mani tutti e i tre poteri dello Stato. Esattamente, l'Esecutivo, oltre al suo ruolo di indirizzo politico-amministrativo, al Consiglio dei ministri, rappresentato nel suo insieme dal Presidente del Consiglio dei ministri, finirebbe per esercitare la *iuris dictio* in tempo di guerra, visto l'ampliamento della

³¹⁹ F. P. GABRIELI, "Bandi militari in Novissimo Digesto italiano", cit., p. 266

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ FERRARI G., "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 848

³²² M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, cit., p. 91

³²³ Si veda nota 320

³²⁴ M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, cit., p. 92

giurisdizione speciale militare ex art. 103 Cost. e la sua stretta dipendenza alle direttive del Governo già precedentemente studiata, e ora, nel caso si ammettesse la liceità del potere di bando, un autonomo potere legislativo che non trova alcun fondamento nella norma fondamentale. Per questo motivo, la disciplina del bando rappresenta un'ulteriore violazione dello stato di diritto, violazione che tuttavia si pone in netto contrasto con la lettera della disposizione di cui all'art. 78 Cost.

Infatti, la disciplina dei bandi militari, o di qualsiasi esercizio di potestà normative di autorità militari o di autorità civili³²⁵, si presenta doppiamente come una disciplina incostituzionale, in relazione soprattutto alla norma di cui all'art. 78. Un primo profilo di incompatibilità si ravvisa con la modificazione dell'elemento soggettivo del conferimento dei poteri³²⁶: il dettato costituzionale indica specificamente il Governo quale destinatario e titolare dell'esercizio dei poteri necessari, quindi, l'eventuale delega potrebbe rilevarsi problematica³²⁷, oltre alla violazione oltre della celebre regola *delegatus delegare non potest*. Inoltre, la categoria degli atti aventi forza di legge è per definizione chiusa, trovando la legislazione primaria la sua fonte di produzione nella norma fondamentale: infatti, «a parte altri soggetti od organi costituzionalmente specificati (per es. Regioni, corpo elettorale nel *referendum*), soltanto il Governo può essere attributario di potestà normative a livello primario»³²⁸, quest'ultime specificamente previste agli articoli 76, 77 e 78 Costituzione.

Nondimeno parte della dottrina considera la disciplina conforme a Costituzione, ritenendo tale disciplina non completamente e intrinsecamente contraria alla nuova struttura democratico-repubblicano³²⁹ e ritenendo che piuttosto che considerarsi completamente al pari della legge, questi atti abbiano solo la forza passiva della legge e non anche la forza attiva: infatti, «i bandi militari sono in posizione di inferiorità rispetto alla legge, al decreto legislativo ed al decreto legge, perché hanno forza derogatrice, ma non abrogatrice di altri atti normativi»³³⁰. Benché non si parli di abrogazione, ma di semplice derogazione, l'interrogativo sulla conformità al principio di legalità costituzionale rimane in quanto, seppur limitatamente al territorio sotto alla supervisione del Comandante supremo e in caso di una subdelega al Comandante capo d'unità, il bando militare sostituisce la legge o l'atto avente pari grado, investendo spesso la materia penale³³¹.

Ovviamente una certa forma di controllo sugli stessi è riconosciuta *a posteriori* in quanto il Governo rimane responsabile di fronte alle Camere del suo operato, quindi, rimane responsabile anche degli atti delegati, potendo anche all'uopo contestargli i modi con cui le misure siano state adottate³³². I sostenitori di tale impostazione ricordano, invero, che la sospensione costituzionale dello stato di guerra implica una parziale deroga alle regole costituzionali, comprese quindi di quelle del sistema delle fonti; inoltre, la norma fondamentale assegna alla Consulta il ruolo di 'guardiano

³²⁵ Art. 216 t.u.p.s.

³²⁶ «L'istituto dei poteri necessari, se anche si presta a ricostruzioni concettuali diverse da quella sopra delineata, non lascia alcun margine all'opinabile per quanto riguarda invece il profilo soggettivo. Non occorre in proposito far richiamo alle considerazioni che precedono, risultando statuito a chiare note nell'art. 78 che, come dal lato attivo del conferimento solo organo sono le Camere, così dal lato passivo unico ed esclusivo attributario dei poteri necessari può essere il Governo», FERRARI G., "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p.847

³²⁷ F. MODUGNO, D. NOCILLA, "Stati d'emergenza nell'ordinamento italiano", in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, P. PISTONE (a cura di), Milano, 1988, pp. 542-543

³²⁸ *Id.*, p. 543

³²⁹ P. GABRIELI, "Bandi militari in Novissimo Digesto italiano", cit., pp. 266-267

³³⁰ C. CARBONE, *Sulla validità dei bandi militari*, cit., p. 96 ss.

³³¹ *Id.*, p. 109 ss.

³³² F. MODUGNO, D. NOCILLA, "Stati d'emergenza nell'ordinamento italiano in Scritti in onore di Massimo Severo Giannini", cit., p. 551

della legittimità costituzionale' potendo esercitare il suo scrutinio ai sensi dell'art. 134 Cost³³³ avendo i bandi militari forza di legge³³⁴, e assimilando dunque questa fattispecie giuridica a quella dei decreti legislativi e decreti-legge³³⁵.

Pur riconoscendo che, secondo questa interpretazione, la disciplina dei bandi militari dovrebbe essere adeguata alla nuova struttura costituzionale, l'incompatibilità di questo istituto con l'ordinamento repubblicano si ravvisa nell'insanabile contrasto che si verrebbe a creare in tempo di guerra con le prerogative del Legislativo, in contrasto coi principi di sovranità popolare e di rappresentanza democratica che la nuova disciplina costituzionale del secondo Dopoguerra ha voluto in realtà salvaguardare.

Non serve ormai rammentare la consacrazione nel nuovo ordinamento costituzionale del principio di continuità del Parlamento, la cui attività verrebbe a dir il vero irrimediabilmente compromessa dall'esercizio delle autorità militari delle competenze ex art. 4 r. d. 1415/1938. Infatti, il bando militare presuppone una competenza legislativa piena del Comandante supremo³³⁶ in quanto le esigenze dell'emergenza bellica sono ontologicamente un fenomeno che coinvolge diverse sfere della società, o meglio dello Stato-comunità coinvolto in prima persona nel conflitto³³⁷; tuttavia il costituzionalismo del Dopoguerra ha fortemente voluto salvaguardare una competenza legislativa piena riconosciuta al solo Legislativo, preservandola da eccessive ingerenze e dell'Esecutivo e del personale delle Forze armate.

Ad oggi, comunque, anche in caso di attuazione del paradigma costituzionale, la potestà militare di emanare bandi si è finalmente risolta, dopo tanti anni di silenzio, con l'intervento del Legislatore che è intervenuto con la l. del 31 gennaio 2002 n. 6 (Modifiche al Codice penale militare di guerra, approvato con regio decreto 20 febbraio 1941, n. 303), abrogando parzialmente all'art. 2 co.1 lettera h), la

³³³ «Invero, costituendo essi degli atti aventi valore di legge, non pare possa dubitarsi della loro soggezione al sindacato di legittimità costituzionale, che, per l'art. 134 cost., si estende, oltre che alle leggi, anche agli atti aventi valore di legge», C. CARBONE, "Bandi militari", in *Enciclopedia del diritto*, F. CALASSO (a cura di), Milano, 1959, p. 55

³³⁴ P. GABRIELI, "Bandi militari in Novissimo Digesto italiano", cit., pp. 266-267 o ancora C. CARBONE, *Sulla validità dei bandi militari*, cit., p. 119 ss.

³³⁵ C. CARBONE, "Bandi militari in Enciclopedia del diritto", cit., pp. 49-50

³³⁶ «Essa [la disciplina dei bandi militari], proclamando che detta potestà spetta di diritto ai comandanti di grandi unità - e, quindi, a fortiori e sempre di diritto, al comandante supremo -, ha più l'aspetto ed il valore di una legge fenomenologica, anziché deontologica, nel senso che si risolve nella presa d'atto di una necessità obiettiva. Ma, così formulata, cioè senza la doverosa aggiunta di alcuna precisazione delimitatrice, non è una regolamentazione, ma una mera constatazione, che ha per conseguenza il collocamento della potestà di emettere bandi al di fuori della dimensione costituzionale, ed addirittura al di fuori di quella giuridica», FERRARI G., "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 847

³³⁷ Precisamente, «la ragione giustificatrice del potere di emanare bandi militari risiede nella necessità di attribuire in tali condizioni, al comandante supremo ovvero, talvolta anche, ad altri comandanti militari, la facoltà di emanare provvedimenti legislativi onde agire più efficacemente nella condotta delle operazioni militari. Tale potere rappresenta l'aspetto più saliente di una larga autonomia riconosciuta all'autorità militare in tempo di guerra, al fine di attribuirle la possibilità di influire su fattori di natura varia attinenti allo svolgimento della guerra», C. CARBONE, "Bandi militari in Enciclopedia del diritto", cit., p. 49. O ancora, «la Costituzione, stabilendo che le Camere in tempo di guerra possono conferire i pieni poteri al Governo, ha riconosciuto come sia necessario, in periodo bellico, che il Governo possa fronteggiare in qualsiasi momento le innumerevoli esigenze scaturenti da una situazione eccezionale. L'istituto dei pieni poteri è molto antico e si è sempre esercitato in concomitanza con il potere di bando, dato che i pieni poteri hanno lo scopo di porre il Governo in una posizione di autonomia per quanto riguarda l'organizzazione del Paese per la guerra, così come il potere di bando tende a riconoscere all'autorità militare una condizione di quasi autonomia nello svolgimento della sua attività, che può riuscire molto utile per agire su fattori vari», *id.*, p. 50

disposizione di cui all'art. 17 c. mil. p. g.³³⁸, ridimensionando le prerogative del Comandante supremo in tempo di guerra. Inoltre, anche l'art. 20 c. mil. p. g. concernente specificamente il potere di bando. Pur rimanendo previsto dal r. d. 1415/1938, questo nuovo intervento normativo rappresenta una nuova sensibilità del Legislatore, purtroppo non estesa *in toto* a tutta la disciplina dei bandi militari, di dichiarare il superamento della vecchia disciplina fascista.

Per concludere il discorso sul rapporto con la legge militare e la legge ordinaria, giova ora ricordare che il Codice penale italiano contiene alcune fattispecie incriminatrici legate al fenomeno bellico. In particolare, si vuole qua sottolineare che la normativa, oltre a punire comportamenti contrari al principio di ripudio alla guerra, prevede fattispecie incriminatrici in caso di aiuto ai nemici, ai sensi degli artt. 248-252 e degli artt. 257-263 e 265-267 c.p., o in caso di condotta atta a destabilizzare l'ordine politico, ex art. 287 c.p.; è inoltre prevista una circostanza aggravante all'art. 510 c.p. In questo, caso non sembra preclusa al potere dell'Esecutivo la possibilità di apportare modifiche alle disposizioni in questione, modifiche che avranno effetto solo per la durata del conflitto. Tuttavia, essendo espressamente prevista per quanto concerne ai reati 'in tempo di guerra' l'attivazione del modello costituzione di cui all'art. 78 Cost., queste disposizioni, così come le norme costituzionali inerenti allo stesso stato di guerra, rimangono prive di un'effettiva applicazione.

Infatti, la disciplina finora analizzata è strettamente prodromica all'instaurazione del regime di 'diritto costituzionale bellico', e per questo motivo è destinata a durare fintanto che non sia proclamato la cessazione dello stato di guerra. Come già evidenziato, tuttavia, i discorsi condotti in questo capitolo non possono che essere astratti, mancando completamente di un qualsiasi riscontro nella storia repubblicana italiana.

Il modello costituzionale prospettato dalle varie disposizioni presentate nel corso della trattazione, nonostante gli ottant'anni di 'vita della Costituzione', non è mai stato attivato. È opportuno quindi chiedersi quali possano essere le ragioni che ne hanno determinato la mancata attuazione e una mancata applicabilità alle missioni italiane all'estero.

³³⁸ Ad oggi abrogato, la disposizione prevedeva inizialmente che «Agli effetti della legge penale militare, è comandante supremo chi è investito del comando di tutte le forze operanti»

CAPITOLO TERZO

I LIMITI TEORICI E PRATICI DEL MODELLO COSTITUZIONALE DELLO STATO DI GUERRA

SOMMARIO: 1. L' assenza di riferimenti costituzionali allo stato di guerra - 1.1. Il confronto con la costituzione francese - 1.2. La questione dei diritti fondamentali 2. I limiti disattesi del principio di ripudio alla guerra ex art. 11 costituzione - 2.1. Il concetto odierno di neutralità come escamotage a tale rifiuto - 2.2. La tutela dei diritti umani usata come giustificazione dell'uso della forza - 3. La conformità al diritto internazionale secondo l'art. 10 costituzione

1. L'assenza di riferimenti costituzionali allo stato di guerra

L'analisi svolta nei capitoli precedenti, dapprima sulla singola disposizione dell'instaurazione dello stato di guerra e poi sull'intero impianto costituzionale dedicato ad esso, ha sottolineato una certa riluttanza da parte dei Costituenti nel disciplinare e regolare direttamente e compiutamente il fenomeno bellico. Infatti, emerge dallo studio degli istituti connessi all'art. 78 Cost., una trattazione dell'istituto confacente a una logica regola-eccezione piuttosto che a una regolamentazione e definizione olistica del *bellum*. Precisamente nell'indagine delle norme costituzionali sul funzionamento del Parlamento e della Magistratura, lo stato di guerra viene delineato come l'eccezione a una regola generale: invero, così come la proroga delle Camere rappresenta un'eccezione alla durata fisiologica delle stesse, così la giurisdizione speciale militare si sostituisce a quella ordinaria in tempo di guerra, travolgendo il limite soggettivo alla base della stessa giurisdizione in tempo di pace (in quanto si parla come si è visto di riconoscimento di tale giurisdizione solo in caso di reati propri delle Forze armate).

Una tale situazione fa quindi sorgere un interrogativo: si può considerare la disciplina costituzionale dello stato di guerra una disciplina compiuta e completa? Possono le poche norme presenti nel dettato costituzionale effettivamente regolamentare i rapporti istituzionali e normativi della Repubblica in caso di attivazione del modello costituzionale ex art. 78 Cost.? O forse è più fedele alla realtà riconoscere che l'ordinamento bellico costituzionale, sia per come la disciplina è stata originariamente pensata dai Costituenti, che per come la stessa si sia sviluppata e si sia rapportata agli sviluppi vissuti nello scenario internazionale¹, presenta indefettibilmente delle manchevolezze e incongruenze?

Per rispondere a questi dubbi bisogna, tuttavia, domandarsi cosa conferisca alla norma la capacità di definirsi come tale. Infatti, la disposizione costituzionale manca di un effettivo riconoscimento laddove risulta inefficace e inadeguata a regolamentare una data situazione: può quindi dirsi che la normativa costituzionale in materia non riesce a colmare il divario che da sempre contraddistingue il fenomeno bellico, vale a dire l'inevitabile contraddizione tra la sua natura di istituto arcaico e le

¹ Si rammenta che questa dissertazione ha come scopo principale l'analisi dell'istituto dello stato di guerra ex art. 78 il quale è stato espressamente previsto per la gestione dei conflitti armati internazionali

frenetiche evoluzioni che lo contraddistinguono, portando a chiedersi se oggi abbia ancora senso ritenere tale disposizione una norma giuridica effettiva²?

Ergo, in mancanza di un'effettiva attuazione del modello costituzionale, tale da poter essere portato ad esempio, e con lo scopo di poter comprendere quanto le disposizioni in materia di stato di guerra possano o non possano trovare riscontro nella realtà, conviene quindi interrogarsi su quali siano i limiti teorici e/o pratici del paradigma costituzionale stesso: a tal proposito, dunque, è opportuno soffermarsi su quali possano essere o per meglio dire siano stati, vista la mancata attuazione del esempio costituzionale dello stato di guerra, tali limiti derivanti al rapporto fra le disposizioni costituzionali dello stato di guerra ovvero dal rapporto tra diritto costituzionale e diritto internazionale.

In tal senso, uno studio comparatistico può risultare illuminante; infatti, la 'paura del vuoto normativo sul fenomeno bellico' non ha riguardato solo l'Italia, avendo già coinvolto o coinvolgendo altri Stati europei. In particolare, l'esempio costituzionale francese è meritevole d'attenzione in quanto da un lato la *Constitution* prevede espressamente più istituti giuridici a contrastare l'emergenza bellica³, di cui uno in particolare che, come si vedrà, ha influito sulla decisione dei Costituenti circa il paradigma dell'art. 78 Cost., dall'altro prevede altri istituti 'eccezionali ed emergenziali'⁴ che invece sembrano essere completamente assenti nel dettato costituzionale repubblicano italiano.

1.1. Il confronto con la costituzione francese

L'istituto dello stato di guerra in Francia prende il nome di *état de siège* in quanto «*situation légale, dans laquelle les pouvoirs du gouvernement sont particulièrement étendus, mais encore limités*»⁵: nonostante la dicitura che sarebbe da tradursi in 'stato di assedio', come si vedrà a breve, l'*état de siège* è la prima fattispecie di stato di guerra, o comunque stato eccezionale meritevole di analisi riconosciuto nella Costituzione francese.

Tale istituto viene disciplinato all'art. 36 della Costituzione francese del 1958: la disposizione non sembra essere particolarmente articolata, parendo invero scarna di una definizione efficace, limitandosi a stabilire, difatti, che «*l'état de siège est décrété en Conseil des ministres [...] sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement*»⁶.

Innanzitutto, vi è una prima e lampante differenziazione. Questa fattispecie di stato di guerra in Francia rimanda a una decisione dell'Esecutivo, o per la precisione del Consiglio dei ministri (si ricorda infatti la posizione peculiare del Presidente della

² Il riconoscimento degli effetti di una disposizione e la sua capacità di essere percepita come regola (o 'comando') è fondamentale per poter parlare in tal senso di norma giuridica, N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, T. GRECO (a cura di), Torino, 2012, p. 5 ss. e p. 39 ss.

³ In particolare, «senza dubbio è in questo la Francia rivoluzionaria ha veramente fatto scuola: cioè nell'avvertire prima di altri Paesi l'urgenza di dotarsi di un apparato di regole in base alle quali affrontare situazioni particolarmente minacciose per il potere costituito», C. CASSINA, «La regola nell'eccezione. Considerazioni sul caso francese», in *La rappresentanza in questione. Giornate di Diritto e Storia costituzionale 'Atelier 4 luglio-G.G. Floridia'*, R. ORRÙ, F. BONINI, A. CIAMMARICONI (a cura di), Napoli, 2016, p. 19

⁴ Nello specifico, A.A. V.V., *Droit constitutionnel*, Paris, 2016, pp. 922-925

⁵ J. BARTHÉLEMY, «Le droit public en temps de guerre. L'état de siège: Les conditions de sa déclaration, ses effets sur la discipline des citoyens et des fonctionnaires», in *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Etranger*, Parigi, 1915, p. 24

⁶ Art. 36 Constitution

Repubblica francese, il quale ha un 'funzione politica' non rivestendo un ruolo puramente di garanzia della Costituzione e dei suoi principi, come invece avviene in Italia); solamente nel caso in cui lo stato di guerra durasse per più di dodici giorni è richiesta un'espressa autorizzazione del Parlamento.

Un primo profilo di distinguo si ravvisa nell'individuazione dell'organo competente cui spetti la decisione dello stato bellico: deliberato dalle Camere rappresentative in Italia, decretato invece dal Consiglio dei ministri in Francia. Non solo, laddove in Italia lo stato di guerra non ha natura legislativa, presentandosi anzi quale atto bicamerale non legislativo, come visto in precedenza, in Francia rimanda esplicitamente all'attività di decretazione del Governo, prospettandosi quindi quale atto straordinario di competenza dell'Esecutivo ma con funzione legislativa (quindi una fattispecie simile ai decreti-legge nell'ordinamento costituzionale italiano).

La disciplina costituzionale risulta scarna poiché l'état de siège, pur essendo compiutamente introdotto nel testo costituzionale francese con l'ultima riforma del '58, riflette una tradizione giuridica che affonda le sue radici nel XIX secolo⁷, cui la *Constitution* sembra ispirarsi implicitamente. Difatti, questo istituto è stato disciplinato per la prima volta con la legge del 9 agosto 1849 e poi successivamente integrato con le regole della legge del 3 aprile 1878: le disposizioni di tali leggi hanno reso chiaro che l'attivazione dell'état de siège era disposta in caso di guerra internazionale o insurrezione armata.

Ad oggi, le norme quivi contenute sono entrate nel diritto codificato francese, in particolare nel Codice della Difesa (Code de la défense) negli artt. L. 2121-1- L. 2121-8.

L'articolo L. 2121-1 dell'appena menzionata legge stabilisce che «l'état de siège ne peut être déclaré, par décret en conseil des ministres, qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée. Le décret désigne le territoire auquel il s'applique et détermine sa durée d'application»⁸: la disciplina codicistica riprende quindi la disposizione dell'art. 36 *Constitution* ribadendo che la decisione in merito all'état de siège spetta al Consiglio dei ministri. Non solo, allo stesso spetta anche il ruolo di dichiarare lo stato bellico (in realtà tradotto alla lettera 'lo stato d'assedio').

Infatti, emerge un'altra differenziazione rispetto al modello italiano repubblicano: la Costituzione italiana ha distinto i due momenti attribuendo espressamente a due organi distinti dello Stato la competenza sugli stessi (come si è già visto fase deliberativa alle assemblee rappresentative, dichiarativa al Capo dello Stato), laddove il modello francese ha optato per una loro coincidenza, non tanto dal punto di vista temporale, rimanendo ancora una volta distinti il momento di discussione e decisione in seno al collegio dei ministri circa l'attivazione o meno dell'art. 36 *Constitution* e il momento formale della dichiarazione dello stato di guerra, quanto piuttosto nella concentrazione nelle mani dell'Esecutivo di entrambe le competenze in materia.

Difatti, il modello francese presenta delle somiglianze evidenti rispetto alla disciplina statutaria italiana dell'Art. 5⁹, la quale vedeva nella gestione dell'emergenza bellica una prerogativa completamente governativa. A dir il vero non si può che sottolineare

⁷ F. ROUVILLOIS, *Libertés fondamentales*, Parigi, 2019, p. 419 ss.

⁸ Si noti bene l'art. 2121-1 riprende la disciplina delle due leggi del XIX

⁹ Si veda paragrafo primo Capitolo Primo

l'evoluzione degli istituti nei due Paesi, i quali hanno percorso strade parallele ed opposte arrivando a due scelte consapevoli completamente antitetiche¹⁰.

L'Italia statutaria, e ancor di più l'Italia fascista, ha sperimentato i rischi di una possibile gestione della decisione dell'entrata in guerra lasciata interamente alla volontà del capo dell'Esecutivo, senza un reale contro-potere che potesse evitare che la guerra venisse in qualche modo 'resa oggetto di una decisione della cittadinanza'¹¹. Invece, la Repubblica francese, nello specifico la III^e République, aveva stabilito inizialmente che la decisione di entrare in guerra fosse deliberata in Parlamento, a meno che la Chambre des députés fosse scaduta o fosse stata sciolta, spettando solo in questo caso la scelta all'Esecutivo¹². Tuttavia, nella stesura del testo della *Constitution de 1958* è chiaro l'intento di voler velocizzare i tempi poiché «sembrerebbe risultare del tutto svantaggioso, impedendo attacchi a sorpresa che in tante occasioni negli ultimi decenni si sono rilevati manifestamente decisivi»¹³, riconoscendo al Consiglio dei ministri direttamente l'iniziativa e la competenza della decisione, e rilegando il Parlamento ad un ruolo secondario e successivo, attribuendogli il compito di approvare¹⁴ la decisione del primo.

Nonostante l'esistenza di profili di compatibilità tra il precedente stato di guerra monarchico italiano e quello attuale costituzionale francese, i due modelli simili continuano a sottendere una differenza fondamentale: non si può che sottolineare che la competenza governativa del paradigma dell'état de siège in materia incontra due importanti limiti.

¹⁰ È chiaro il riferimento alla Constitution della III^e République e IV^e République; infatti in Costituente è emerso che «la recente Costituzione francese, conforme alle sue precedenti, stabilisce bensì essere potere dell'Assemblea, previo parere del Consiglio della Repubblica, di decidere della pace o della guerra (si guarda bene di toccare la questione della mobilitazione), ma su questa prerogativa dell'Assemblea di decidere della pace e della guerra non sarà superfluo ricordare quanto il Saint Prix scrive nel commento alla Costituzione del 1848: «Non si esageri — dice il nostro autore — l'efficacia pratica della regola; introdotta nella Costituzione consolare, essa non impedì a Napoleone di incendiare l'Europa con il pericolo della Francia». Le precauzioni più salutari restano impotenti quando l'opinione pubblica non ne reclama altamente l'esecuzione. Egli è, onorevoli colleghi, che la salvaguardia contro la guerra ingiusta non può essere riposta in rimedi, dirò così, *in extremis*, ma nel retto funzionamento delle istituzioni democratiche e in definitiva della libertà. La guerra, come ho ripetutamente detto, soprattutto per aprire le menti di coloro che hanno della guerra e della pace un concetto semplicistico, trova le sue origini nella politica ed è in questo campo che le Assemblies debbono mostrarsi attente e vigilanti ed a loro volta farsi interpreti della pubblica opinione non coartata da leggi che offendono la libertà, soprattutto di quella della stampa, che tanto più potrà agire con senso di responsabilità quanto più essa acquisti coscienza del proprio compito», Intervento del 13 marzo 1947 dell'On. Bencivenga, in «La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947», Camera dei deputati-Segretariato generale, Roma, 1970, p. 377

¹¹ Ad oggi, come già visto, la Costituzione repubblicana si caratterizza per un'impostazione decisamente e prettamente garantista. Questa si osserva in quanto «non solo, infatti, si richiede un coinvolgimento delle Assemblies che prima non era contemplato, spettando alle Camere deliberare lo stato di guerra, ma al Governo vengono conferiti solamente i poteri necessari a far fronte alla contingenti esigenze belliche (direzione delle operazioni militari e organizzazione della difesa interna) e non, come in precedenza, i pieni poteri», A.A.V.V., «La guerra e i singoli ordinamenti costituzionali: il caso dell'Italia», in *Guerra e Costituzione. Atti del Convegno dell'Università degli Studi "Roma tre"*, cit., p. 220

¹² «Sous la III^e République, en vertu de la loi de 1878, il appartenait au Parlement et à lui seul de déclarer l'état de siège par une loi – sauf dans l'hypothèse où la Chambre des députés aurait été dissoute ou ajournée: dans ce cas, il revenait au gouvernement de le proclamer par décret pris en Conseil des ministres», F. ROUVILLOIS, *Libertés fondamentales*, cit. p. 421

¹³ E. SIMONELLI, «Il caso della Francia», in *Guerra e Costituzione. Atti del Convegno dell'Università degli Studi "Roma tre"*, cit., p. 248

¹⁴ La disciplina in questione viene ripresa nell'art. 35 Constitution «le Gouvernement informe le Parlement de sa décision de faire intervenir les forces armées à l'étranger, au plus tard trois jours après le début de l'intervention. Il précise les objectifs poursuivis. Cette information peut donner lieu à un débat qui n'est suivi d'aucun vote. Lorsque la durée de l'intervention excède quatre mois, le Gouvernement soumet sa prolongation à l'autorisation du Parlement. Il peut demander à l'Assemblée nationale de décider en dernier ressort»

Il primo di carattere costituzionale richiede necessariamente l'approvazione da parte del Parlamento circa la continuazione dello stato d'eccezione (si noti bene che approvare una decisione e deliberare sulla stessa formalmente riveste i due organi di un'importanza diversa, ma sostanzialmente implica che la continuazione o meno dello stato di guerra è direttamente decisa dal Legislativo); il secondo di carattere legislativo, previsto dall'articolo sopra menzionato, consistente nella determinazione della durata dell'état de siège da parte dell'Esecutivo nello stesso decreto.

Come è facile da immaginare in entrambi i casi il controllo parlamentare potrebbe essere facilmente eluso, sia perché essendo la guerra internazionale una situazione di fatto la mancata approvazione del Parlamento al decreto del Consiglio dei ministri in materia non potrebbe implicare una cessazione del conflitto, che perché ponendosi la delimitazione temporale dello stato bellico in un decreto governativo, quello dichiarativo dello stato eccezionale in questione, si finisce comunque per lasciare la decisione all'Esecutivo.

Ciononostante, anche la disciplina francese riconosce un ruolo del Legislativo in materia, e quindi uno scrutinio da parte dei 'rappresentanti della Nazione', così come in Italia. Non serve sottolineare che la decisione dei Costituenti del '46-'48 si basò su una pietra angolare.

Il *bellum*, travolgendo le fondamenta lo Stato-comunità, deve essere oggetto di una decisione, più o meno democraticamente inclusiva¹⁵ che sia, della cittadinanza; essendo in tal senso il Parlamento l'unico organo direttamente eletto dai cittadini si è quindi ritenuto naturale che fosse quest'ultimo a decidere su un avvenimento che potesse compromettere la stabilità della medesima comunità. La situazione francese è più complicata: a dir il vero, al momento della stesura del più recente dettato costituzionale, sulla scia delle idee di De Gaulle, il Presidente della Repubblica non veniva eletto, come invece avviene ora, a suffragio universale. Infatti, la questione del rapporto tra Presidente della Repubblica e della cittadinanza è stata inizialmente ignorata, volendo invece 'costruire un sistema di regole costituzionali che esaltasse la figura del Capo dello Stato offrendo un asse politico alternativo al Legislativo'¹⁶ e rendendolo autonomo dal Parlamento¹⁷, che secondo quest'ottica, veniva esautorato di una capacità d'incisione sul potere esecutivo oltre che dal dibattito politico¹⁸. Stessa situazione si ripropone in Francia poiché non si può non sottolineare che, oltre al riconoscimento del potere politico assente nella controparte italiana, il Presidente della Repubblica, che nomina poi il Primo Ministro e il Consiglio dei ministri, viene eletto direttamente dalla cittadinanza¹⁹: tuttavia si è dovuto attendere la riforma costituzionale del 6 novembre 1962²⁰ perché il Capo dello Stato possa assurgere ad un 'surplus di legittimazione direttamente proveniente dal popolo'²¹. In tal senso

¹⁵ Si potrebbe infatti discutere se anche i migranti regolarmente presenti sul territorio abbiano voce in capitolo e se non debba essere ogni volta oggetto di un referendum popolare

¹⁶ Cfr. E. GROSSO, *Francia*, Bologna, 2006, pp. 51-52

¹⁷ Precisamente, «la figura del Presidente della Repubblica rientrava nel disegno di spostare dal parlamento al governo i poteri di indirizzo», C. PINELLI, *Forme di stato e forme di governo*, Napoli, 2009, p. 187. Per approfondimento G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 647 ss.

¹⁸ E. GROSSO, *Francia*, cit., p. 52

¹⁹ Il potere esecutivo nell'ordinamento costituzionale francese si caratterizza per essere un potere dualistico in quanto vi è una ripartizione fra 'direzione della politica nazionale' e 'direzione del Governo'. La competenza nel primo caso è assegnata al Presidente della Repubblica, nel secondo al Primo Ministro. Per un approfondimento, M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2013, p. 166 ss.

²⁰ La quale ha portato alla modifica degli artt. 6-7 della *Constitution* introducendo l'elezione diretta del Capo dello Stato

²¹ Cfr. E. GROSSO, *Francia*, cit., p. 52

viene riproposto, anche se in maniera completamente diversa, lo stesso schema di decisione spettante ad un organo eletto dallo Stato-comunità.

Riprendendo a questo punto il discorso sulle caratteristiche dello stato costituzionale bellico francese non si può non evidenziare che, come per la disciplina dei bandi militari, anche la disciplina codicistica francese prevede un trasferimento di poteri in capo all'autorità militare.

Precisamente, «aussitôt l'état de siège décrété, les pouvoirs dont l'autorité civile était investie pour le maintien de l'ordre et la police sont transférés à l'autorité militaire [...] l'autorité civile continue à exercer ses autres attributions»²²; anche in questo caso l'autorità militare viene investita di poteri superiori rispetto alle prerogative ordinarie in nome del rispetto e della salvaguardia dell'ordine pubblico, poteri che però come stabilito dalla loi del 9 agosto 1849 sono strettamente enumerati e dettagliati²³. In tal senso si può ritenere che l'autorità militare prevalga su quella civile, poiché vi è un minor riconoscimento della libertà d'iniziativa²⁴, oltre a una maggiore autorevolezza nella repressione e punizione di chi non rispetta le regole²⁵.

Oltre che il riconoscimento della giurisdizione penale speciale dei tribunali di guerra²⁶, estesa anche alla popolazione civile²⁷ allorquando l'autorità militare ne rivendichi la titolarità²⁸, il trasferimento di prerogative all'autorità militare, implica anche in questo caso una restrizione delle libertà e dei diritti fondamentali. In particolare, l'art. L. 2121-7 elenca quali siano i poteri riconosciuti all'autorità militare; nello specifico,

«lorsque l'état de siège est décrété, l'autorité militaire peut : 1° Faire des perquisitions domiciliaires de jour et de nuit ; 2° Eloigner toute

²² Art. L 2121-2 Code de la Defense

²³ J. BARTHÉLEMY, "Le droit public en temps de guerre. L'état de siège: Les conditions de sa declaration, ses effets sur la discipline des citoyens et des fonctionnaires in *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Etranger*", cit., pp. 24-25

²⁴ Si vedano le disposizioni del Code de la Defense

²⁵ J. BARTHÉLEMY, *Précis de droit public*, Paris, 1937, p. 258. In originale, « [l'autorité militaire] passe pour avoir plus de promptitude dans l'initiative, plus energie dans l'action, plus de vigueur dans la repression»

²⁶ Art. L. 2121-3 Code de la Defense «dans les territoires décrétés en état de siège en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère, les juridictions militaires peuvent être saisies quelle que soit la qualité des auteurs principaux ou des complices de la connaissance des infractions prévues et réprimées par les articles 224-1 à 224-5, 322-6 à 322-11, 410-1 à 413-12, 432-1 à 432-5, 432-11, 433-1 à 433-3, 433-8, alinéa 2, 442-1 à 442-3, 443-1, 444-1, 444-2 et 450-1 du code pénal.

Les juridictions militaires peuvent en outre connaître:

1° Des faits sanctionnés par l'article L. 332-3 du code de justice militaire ;

2° De la provocation, par quelque moyen que ce soit, à la désobéissance des militaires envers leurs chefs dans tout ce qu'ils leur commandent pour l'exécution des lois et règlements militaires;

3° De la provocation, par quelque moyen que ce soit, aux crimes d'assassinat, de meurtre, d'incendie, de pillage, de destruction d'édifices, d'ouvrages militaires;

4° Des délits commis par les fournisseurs en ce qui concerne les fournitures destinées aux forces armées et formations rattachées, dans les cas prévus au titre V du livre IV du code de la consommation et les lois spéciales qui s'y rattachent;

5° Des faux commis au préjudice des forces armées et, d'une manière générale, tous crimes ou délits portant atteinte à la défense nationale.

Ce régime exceptionnel cesse de plein droit à la signature de la paix»

²⁷ Art. L. 2121- 4 Code de la Defense «Si l'état de siège est décrété en cas de péril imminent résultant d'une insurrection à main armée, la compétence exceptionnelle reconnue aux juridictions militaires, en ce qui concerne les non-militaires, ne peut s'appliquer qu'aux crimes spécialement prévus par le code de justice militaire ou par les articles du code pénal mentionnés au premier alinéa de l'article L. 2121-3 et aux crimes connexes». Ancora, Art. L. 2121-6 Code de la Defense «Après la levée de l'état de siège, les juridictions militaires continuent de connaître des crimes et délits dont la poursuite leur avait été déferée»

²⁸ Art. L. 2121-5 Code de la Defense «Dans les cas prévus aux articles L. 2121-3 et L. 2121-4, les juridictions de droit commun restent saisies tant que l'autorité militaire ne revendique pas la poursuite»

personne ayant fait l'objet d'une condamnation devenue définitive pour crime ou délit et les individus qui n'ont pas leur domicile dans les lieux soumis à l'état de siège ; 3° Ordonner la remise des armes et munitions, et procéder à leur recherche et à leur enlèvement ; 4° Interdire les publications et les réunions qu'elle juge de nature à menacer l'ordre public»²⁹.

Ai sensi di questo articolo, quindi, risultano sospesi, o comunque ridotti, i diritti fondamentali della persona umana. Infatti, l'autorità militare può disporre delle perquisizioni domiciliari a qualsiasi orario e senza la necessità di un mandato dal giudice; in tal senso è evidente che risulta compromesso il diritto all'inviolabilità domiciliare. Nei punti dopo, viene generalmente accettata la compressione e/o sospensione di altri diritti della persona quali la libertà di circolazione³⁰ (*'liberté d'aller et venir'*) e la libertà di stampa (*'liberté de presse'*)³¹, oltre che il diritto di proprietà, quest'ultimo limitatamente alla detenzione di armi e munizioni.

L'elencazione proposta da questa disposizione sembra avere natura tassativa in quanto, come si specifica nell'articolo successivo «nonobstant l'état de siège, l'ensemble des droits garantis par la Constitution continue de s'exercer, lorsque leur jouissance n'est pas suspendue en vertu des articles précédents»³².

In tal senso, «l'état de siège constitue un *régime d'exception*, qui laisse subsister par ailleurs, pour autant que cela paraît possible, le régime de droit commun et donc les libertés publiques reconnues dans ce cadre»³³.

Vi è inoltre un altro istituto del diritto costituzionale francese che merita attenzione, ovvero l'état de crise.

A differenza dell'état de siège, l'état de crise presenta un ambito d'applicazione decisamente meno vago: infatti, su proposta del Presidente De Gaulle, e recentemente riformato con la legge del 23 luglio 2008, ai sensi dell'art. 16 *alinéa 1 de la Constitution*

«lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel».

Tale disposizione «sembra destinata a garantire l'esistenza e la continuità dello Stato e delle istituzioni nei momenti di pericolo estremo»³⁴. Quindi, lo stesso viene disposto in ogni caso in cui l'indipendenza della Nazione o l'integrità del territorio dello Stato o il rispetto degli accordi internazionali siano stati possibilmente

²⁹ Art. L. 2121-7 Code de la défense

³⁰ J. BARTHÉLEMY, "Le droit public en temps de guerre. L'état de siège: Les conditions de sa déclaration, ses effets sur la discipline des citoyens et des fonctionnaires in *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Etranger*", cit., p. 26. Fanno quasi sorridere le parole con cui l'Autore cerca di descrivere quali possano essere possibili limitazioni

³¹ In particolare, si ricordi l'interdizione delle riviste giuridiche del tempo di pubblicare opuscoli e giornali all'indomani della vicenda della Comune di Parigi, F. ROUVILLOIS, *Libertés fondamentales*, cit., p. 420

³² Art. L. 2121-8 Code de la Défense

³³ F. ROUVILLOIS, *Libertés fondamentales*, cit., p. 421

³⁴ E. SIMONELLI, "Il caso della Francia", cit., p. 247

compromessi in maniera grave ed immediata: queste condizioni infatti sono cumulative richiedendo «à la fois, que pèse une menace grave et immédiate, et que le fonctionnement des pouvoirs publics ait été interrompu»³⁵, potendo all'uopo essere applicato anche in caso di guerra³⁶.

A tale scopo, questo istituto prevede un accentramento dei poteri del Presidente della Repubblica³⁷, in quanto capo delle Forze armate³⁸ e capo dell'Amministrazione³⁹, e sono giustificate⁴⁰ qualora si riconoscesse che «doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission»⁴¹.

A dir il vero, sono presenti altre accortezze, ad arginare l'ampio margine di apprezzamento del Presidente della Repubblica, e a tutela di un abuso presidenziale dell'istituto: l'obbligo di consultazione⁴² è ben definito al primo comma della disposizione costituzionale e si accompagna al controllo esercitato dal Conseil constitutionnel su domanda del Senato⁴³. Su quest'ultimo punto si è però dovuto attendere la riforma costituzionale del 23 luglio 2008, su proposta della Commissione Vedel, per modificare la norma aggiungendo il sesto comma: lo stesso limita la discrezionalità assoluta del Capo dello Stato, riconoscendo la facoltà del Presidente del Senato di sindacare sulla legittimità delle condizioni in base alle quali il Presidente della Repubblica abbia deciso di stravolgere il normale assetto dei poteri pubblici costituzionali. Ciononostante, tali rimedi non possono che essere considerati privi di un effettivo riscontro o di una sanzione⁴⁴ o di una controfirma⁴⁵. I rischi connessi a tale disciplina infatti sono manifesti nella coscienza giuridica francese tant'è che l'attuazione dell'istituto è ravvisabile soltanto in un'occasione, il fallito colpo di stato da parte dei generali ad Algeri il 23 aprile 1961 (il cosiddetto 'putsch des généraux').

In occasione di una tale 'menace à l'État', il Conseil d'État (arrêt de 2 marzo 1962) ha inoltre considerato che nonostante generalmente gli atti presi dal Presidente della Repubblica nel quadro dell'art. 16 della *Constitution* non possano essere considerati come 'actes du gouvernement' e riconoscendo la propria giurisdizione in materia, rimangano esclusi al suo scrutinio gli atti di natura legislativa presi nel quadro del 'domaine dell'articolo 34 della *Constitution*' specificamente inerenti alle libertà

³⁵ F. ROUVILLOIS, *Libertés fondamentales*, cit., p. 423

³⁶ E. SIMONELLI, "Il caso della Francia", cit., p. 427

³⁷ P. PACTET, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Parigi, 2008, p. 421

³⁸ Art. 15 *Constitution*

³⁹ Le prerogative in tal senso sono stabilite dalla loi du 25 avril 1905 e non vengono sospese neanche in tempo di guerra, J. LEBLANC, "Loi et les pouvoirs de l'Exécutif en Temps de Guerre", in *Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*, 1945, p. 301 ss.

⁴⁰ «On note ici l'emploi du terme 'doivent', qui indique une obligation juridique, et la précision 'dans les moindres délais', qui suppose la brièveté de la période», F. ROUVILLOIS, *Libertés fondamentales*, cit., p. 423

⁴¹ Art. 16 *alinéa 3 Constitution*

⁴² Obbligo di consultazione rivolto al Premier ministre, ai Présidents des assemblées e infine, del Conseil constitutionnel. Per quanto riguarda alle regole di funzionamento del Parlamento in état de crise, P. PACTET, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, cit., p. 422

⁴³ Art. 16 *alinéa 6 Constitution* «après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée»

⁴⁴ F. ROUVILLOIS, *Libertés fondamentales*, cit., pp. 423-424

⁴⁵ «L'art. 16, tra l'altro, rappresenta una delle rare ipotesi nelle quali gli atti del Presidente della Repubblica non necessitano di essere controfirmati dal Primo Ministro», E. SIMONELLI, "Il caso della Francia", cit., p. 248. Si veda art. 19 *Constitution*

fondamentali. Riguardo a questi ultimi atti, il controllo del Conseil Constitutionnel secondo lo schema della *QPC (question prioritaire de constitutionnalité)*, non si può che sottolineare di quanto di fatto, secondo il diritto positivo francese, gli stessi siano atti non giustiziabili⁴⁶ e di come ad oggi, manchi a tutela delle libertà costituzionali francesi l'unico ambito di intervento riconosciuto contro eventuali abusi del Presidente della Repubblica⁴⁷.

Vi è infine un ultimo stato emergenziale presente nel diritto positivo francese: l'état d'urgence introdotto dalla legge del 3 aprile 1955, e recentemente modificato nel 2017 con la legge del 11 luglio dello stesso anno ('loi n. 2017-1154') a seguito degli attentati del Bataclan e alla luce della difficile conciliabilità di tale istituto con lo stato di diritto francese⁴⁸.

Su quest'ultimo istituto è inutile soffermarsi più di tanto, in quanto *in primis* è previsto e disciplinato per legge, *in secundis* è previsto specificamente per calamità pubbliche e per attentati all'ordine pubblico⁴⁹, le quali giustificano trasferimenti o conferimenti di prerogative speciali previsti dalla norma stessa ma che non possono essere propriamente assimilabili ad un eventuale conflitto internazionale.

Rileva comunque sottolineare che, come per l'état de siège, sono accettate e disposte sospensioni e deroghe ai diritti e alle libertà fondamentali⁵⁰. Riguardo a quest'ultimo aspetto, il Conseil Constitutionnel ha esteso anche all'état d'urgence, benché non previsto in Costituzione, la possibilità di applicare le sospensioni previste per l'état de siège⁵¹.

Tuttavia, nonostante la coscienza giuridica francese si sia resa conto dei limiti incontrati dagli stati emergenziali costituzionali e la consapevolezza della maggior flessibilità, resa all'occorrenza possibile dalla previsione di una disciplina legislativa piuttosto che costituzionale, la classe dirigente francese ha cercato di integrare questo regime speciale nel progetto di revisione costituzionale del 23 dicembre 2015 ('Projet de la protection de la Constitution'). Una tale scelta si spiega in riferimento alla capacità di deroga alle garanzie costituzionali, che al pari dell'état de siège, mancano di un fondamento nella norma fondamentale francese: nondimeno la volontà fosse di regolarizzare l'ordinamento costituzionale francese, la riforma

⁴⁶ «Ce qui implique qu'elles échappent par la même à son contrôle. Ces actes ne relevant pas non plus de la compétence du Conseil constitutionnel, on peut en déduire qu'ils bénéficient d'une totale injusticiabilité – d'autant plus préoccupante qu'ils peuvent être d'une très grande gravité», F. ROUVILLOIS, *Libertés fondamentales*, cit., p. 426. Ciò rappresenterebbe comunque un *unicum* poiché «si les décisions législatives échappent à tout contrôle juridictionnel, il n'en est pas de même des décisions réglementaires (cf. arrêt *Rubin de Servens*, préc.) et des mesures individuelles d'application (CE 23 oct. 1964, *D'Oriano*, RDP 1965.282), qui peuvent être déférées au Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir», P. PACTET, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, cit., p. 421.

⁴⁷ A dir il vero il Presidente della Repubblica nel prendere le sue decisioni ha l'obbligo di consultare sia il Primo ministro che i Presidenti delle Assemblée, risultando molto difficile una decisione tanto contraria ai diritti dei cittadini.

⁴⁸ Per approfondimento si rimanda alla trattazione di K. ROUDIER, "Guerre contre le terrorisme", in *Il diritto della guerra e della pace*, Napoli, 2019, pp. 97-108.

⁴⁹ Art. 2 della sopramenzionata legge.

⁵⁰ A dir il vero in seguito agli attentati del 2015 rileva sottolineare che nonostante l'impatto delle misure prese, a dir il vero, «l'immense majorité de la population n'a pas été concernée par les mesures de restriction de ses libertés», F. LAMY, *État d'urgence*, Parigi, 2018, p. 218.

⁵¹ Decisione del Conseil Constitutionnel n. 85-187 DC del 25 gennaio 1985. La corte ha sottolineato che «il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré [...] [La Constitution] n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier, comme il vient d'être dit, les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public».

avente come scopo l'integrazione nella *Constitution* di questo regime eccezionale⁵² è fallita⁵³.

Indipendentemente dal fatto che l'esempio francese possa o meno essere il più illuminante nel sottolineare quanto lo scenario bellico veda nuovi profili della lotta al nemico, si sottolinea come in ogni caso sia la costituzione stessa o direttamente, come nel caso dell'état de siège e l'état de crise, o indirettamente tramite l'attività ermeneutica della Consiglio costituzionale francese, preveda diversi istituti volti ad affrontare varie situazioni emergenziali, ponendo quindi anche limitazioni in caso d'abuso dell'Esecutivo.

In linea generale, secondo la concezione francese

«lo Stato risulta essere una collettività raggruppata attorno al suo leader che, se in tempo di pace e stabilità non disdegna di ricevere consigli e pareri diversi, e di delegare ad organi intermedi la creazione di determinate norme, in tempo di guerra assume pieni poteri e responsabilità, al fine di condurre il proprio popolo al di là della situazione di pericolo»⁵⁴,

pur riconoscendo che il Capo dello Stato debba agire all'interno degli schemi giuridico-costituzionali decisi dalla cittadinanza.

È pur vero, tuttavia, che l'elencazione circa i limiti dell'azione del Governo in tempo di guerra, sia in Francia, nonostante la previsione già in Costituzione di diversi stati emergenziali, che in Italia, nel silenzio della norma fondamentale costituzionale, delineano un quadro inquietante: alla domanda del perché bisogna preoccuparsene, non si può infatti che rispondere

«perché la Costituzione non è il Codice della libertà originaria, intesa come arbitrio assoluto, ma regola, invece, l'eterno conflitto fra l'individuo e lo Stato, fra il principio di libertà e quello di autorità, onde il concetto di libertà non può non essere integrato con quello di autorità, sì che saranno più civili quei popoli che non incorreranno nell'abuso delle proprie libertà; per i quali, pertanto, non sarà necessaria l'applicazione delle leggi repressive»⁵⁵.

L'ombra sulla questione della sopravvivenza o meno delle libertà degli individui è centrale per rispondere al quesito fondamentale di questo capitolo: il dettato costituzionale nel modello delineato all'art. 78 è sufficiente per garantire l'integrazione del fenomeno bellico in Costituzione.

⁵² Art. 36-1 *Projet de protection de la Nation* «L'état d'urgence est décrété en conseil des ministres soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique. La loi fixe les mesures de police administrative que les autorités civiles peuvent prendre, sous le contrôle du juge administratif, pour prévenir ce péril ou faire face à ces événements. La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi. Celle-ci en fixe la durée»

⁵³ Il Presidente Hollande ne ha infatti dato comunicazione il 30 marzo 2016

⁵⁴ E. SIMONELLI, "Il caso della Francia", cit., p. 249

⁵⁵ Intervento del 26 marzo 1947 dell' On. Crispo, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituzione. Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 676

Nonostante «i diritti individuali, per quanto possano essere configurati come assoluti o inderogabili⁵⁶ anche dalla stessa Costituzione, trovano sempre un limite nell'esigenza che 'l'attività di un individuo rivolta al perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri'»⁵⁷. Già nel capitolo precedente si sono sottolineati i limiti che incontrerebbero gli altri poteri pubblici costituzionali in caso di attuazione del modello costituzionale dello stato di guerra, convenendo che sia rimasto a questo punto il dubbio su quali siano i diritti e le libertà costituzionali sospesi nel sistema costituzionale italiano.

1.2. La questione dei diritti fondamentali

Come è emerso più volte in questa indagine, lo stato di guerra è stato pensato a tutela della cittadinanza e dell'ordine costituito, un modo per rendere giuridico un fenomeno che da sempre⁵⁸ si è caratterizzato per la sua *agiuridicità* o *antigiuridicità*⁵⁹.

La disciplina costituzionale dello stato di guerra funge, invero, da deterrente da eventuali abusi dei governanti, i quali potrebbero invocare la scusante fattuale della necessità bellica ('è la guerra!') per poter sospendere i diritti dei governati, oltre che per contravvenire agli obblighi internazionali in materia di diritti umani⁶⁰. Infatti, la dichiarazione, o più esattamente la deliberazione, dello stato di guerra, non necessitandosi della prima qualora si parli di *guerra anomala*⁶¹, risulta essere propriamente il momento istitutivo dell'ordinamento bellico costituzionale, risultando la deliberazione l'atto presupposto con cui si riconosce al potere governativo la possibilità di modificare i rapporti governanti-governati rispetto a quanto già stabilito dal potere costituente identificando una sospensione implicita del patto sociale preesistente. «Tutto ciò, nell'impero del diritto – sfera simbolica di forme, se ce n'è una, sui cui stretti nessi con la magia non possono sussistere dubbi –

⁵⁶ Una tale classificazione viene molto enfatizzata per quanto riguarda la Convenzione europea dei diritti dell'uomo che ha infatti cercato di allargare la categoria di diritti inderogabili, A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre. La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007, p. 452 ss.

⁵⁷ B. TONOLETTI, "Ordine e sicurezza pubblica", in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2022, p. 791

⁵⁸ G. BASCHERINI, "L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura", in *Rivista di diritto costituzionale "Gruppo di Pisa"* 2003, p. 3-62. L'Autore analizza il difficile rapporto tra effettività dei diritti e delle garanzie costituzionali e le situazioni di emergenze o criticità che hanno contrassegnato la storia della Penisola

⁵⁹ «Le deduzioni implicite nello stesso vocabolo 'guerra', e da questo suggerite senza bisogno di un'approfondita analisi - tanto scopertamente esse affiorano alla superficie attraverso la semplice rilevazione di quei caratteri, che sono le strutture fenomeniche della realtà considerata -. segnando il passaggio dal metagiuridico al giuridico, portano univocamente ad individuare l'essenza giuridicamente qualificante dell'integrale fenomeno nell'intrinseca politicità di esso, e perciò a riconoscere la guerra, valutata nel suo insieme, come 'fatto' essenzialmente politico [...]. Prescindendo comunque dalla digressione, meramente parentetica, testé fatta, quel che merita di essere rilevato e ribadito è che la guerra appare il 'fatto' dotato del più alto tasso di politicità, e che di questa politicità, trasudante dal fenomeno bellico nella sua globalità, si contagiano ogni suo momento ed ogni sua manifestazione», G. FERRARI, "Guerra (stato di) in *Enciclopedia del diritto*", cit., pp. 823-824

⁶⁰ A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre. La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, cit., p. 244 ss.

⁶¹ «Infine l'ultimo interrogativo può riguardare la cornice stessa della forma di governo democratico-liberale. La guerra anomala che è iniziata, come già rilevato, riguarda organizzazioni e persone «coperte» che agiscono nella clandestinità. La loro individuazione ed eliminazione implica il «segreto» come arma efficace di contrasto. Tale inevitabile esigenza esclude la «pubblicità» che è il principio cardine della democrazia contemporanea. La nostra convivenza si basa sulla fiducia verso un potere che deve essere «responsabile» e che per essere tale deve agire in modo «conoscibile» e criticabile e quindi pubblico», G. DE VERGOTTINI, "Guerra e Costituzione", in *Quaderni costituzionali* 2002, p. 32. O ancora, «di più: appare ormai scontato che la previsione dell'art. 78 possa venire applicata in vista di qualsivoglia aggressione, indipendentemente da una formale dichiarazione di guerra», L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., p. 601

avviene in virtù di parole, che compongono una ‘dichiarazione’ (la ‘dichiarazione di guerra’))»⁶², che si è visto più giusto modificare con l’atto della deliberazione⁶³, che rappresenta «cioè un [atto] performativo, proveniente dal potere il quale, con una semplice formula, entra a modificare l’identità di ciascuna e ciascuno di noi»⁶⁴. Nel precedente regime, tuttavia, consapevoli che l’esercizio dei poteri straordinari concretizzati nei pieni poteri⁶⁵, erano giustificabili in virtù della flessibilità costituzionale, flessibilità ad oggi non più riscontrabile nella presente Carta.

Precisamente, «lo stato di guerra rappresenta il rimedio giuridico straordinario che l’organo competente deve adottare per continuare a garantire, anche in tempi d’emergenza, la tutela di posizioni meritevoli di protezione giuridica (funzione meramente conservativa))»⁶⁶. Infatti, si è osservato che dal momento che «il silenzio [della disciplina dello stato di guerra in questo caso] non distrugge la pratica di questo potere di eccezionale gravità, che arriva a mettere in giuoco tutti i diritti e le libertà dei cittadini, e dal momento che esso non può essere eliminato»⁶⁷, non si può che concludere, come da tutti i pubblicisti e trattatisti viene riconosciuto, che sia opportuno «regolarlo [il potere d’eccezione] nella Costituzione, ponendo dei limiti e delle cautele alla sua attuazione»⁶⁸, in contrapposizione a chi riteneva che «a guisa di quanto fu stabilito per la decretazione d’urgenza»⁶⁹ potesse essere opportuno «non trattare questo argomento nella Costituzione, anche perché ciò [...] [avrebbe dimostrato] che vi è la preoccupazione di prevedere certe eventualità e di organizzare certe situazioni di poteri più o meno dittatoriali, che sono in contraddizione con la logica stessa della Costituzione»⁷⁰. L’approccio dei Costituenti nel delineare la disciplina della gestione del *bellum*, difatti, è stata chiaramente quella di adottare un modello costituzionale conservativo, modello nel quale lo scopo dello stato *extra ordinem* è quello di fronteggiare, o meglio contenere, il fatto eccezionale emergenziale, «estendendo ai tempi di straordinarietà la tutela degli interessi e dei valori ordinariamente riconosciuti dal diritto»⁷¹, interessi e valori che «il diritto ordinario, posto in crisi dalla mutata situazione fattuale, non riesce temporaneamente a salvaguardare»⁷².

⁶² L. GIANFORMAGGIO, “Diritti umani e guerra”, in *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, cit., p. 59

⁶³ «La guerra, in genere, ha sempre implicato limitazioni ai diritti sia in via di fatto che in virtù della attivazione di leggi legate alla introduzione formale dello stato di guerra. Sotto questo profilo scarsa differenza vi sarebbe, in caso di aggravarsi della situazione, tra introduzione formale e non introduzione dello ‘stato di guerra’», G. DE VERGOTTINI, “Nuovi profili della guerra e rapporti parlamento-governo”, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, cit., p. 394

⁶⁴ L. GIANFORMAGGIO, “Diritti umani e guerra”, cit., p. 59

⁶⁵ P. PINNA, *L’emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, pp. 24-32

⁶⁶ G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 298. Nello specifico, la stessa scelta del configurare la deliberazione dello stato bellico come scelta libera e politica del Parlamento ribadisce l’importanza degli interessi e diritti da tutelare. «La scelta sull’*an* della normazione straordinaria è doverosa per ripristinare la copertura degli interessi e dei valori giuridicamente preesistenti o, comunque, contrastare con la maggiore intensità possibile degli effetti antiggiuridici del fatto emergenziale. Allora, verificato il presupposto legittimante e valutata la prevalenza degli interessi e dei principi che l’aggressione incontrastata lederebbe rispetto a quelli che verrebbero compresi dall’instaurazione di uno stato d’eccezione, lo stato di guerra non può non essere», *ibid.*

⁶⁷ Intervento del 11 gennaio 1947 dell’On. La Rocca, in “La Costituzione della Repubblica nei lavori della Assemblea Costituente. I Sezione- Sedute dal 19 dicembre 1946 al 16 gennaio 1947”, cit., p. 1837-1838

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Intervento del 11 gennaio 1947 dell’On. Tosato, in “La Costituzione della Repubblica nei lavori della Assemblea Costituente. I Sezione- Sedute dal 19 dicembre 1946 al 16 gennaio 1947”, cit., p. 1838

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 143

⁷² *Id.*, pp. 143-144

Per l'esattezza, nel capitolo precedente si è evidenziato come rimanga aperta la questione dei diritti fondamentali⁷³, ritenendo che è anzi implicita nella disciplina dei poteri necessari la possibilità dell'Esecutivo di poter agire in deroga alle previsioni costituzionali sui diritti di libertà e di garanzia, purché le «limitazioni o, forse, più esattamente, [...] [le] modificazioni, sia[no] pure temporanee [...] in dipendenza dal particolare stato di belligeranza»⁷⁴; tuttavia, un problema rimane aperto e irrisolto, ovvero sia come si possa «individuare il minimo costituzionale inderogabile, anche durante la massima emergenza collettiva»⁷⁵.

Il potere d'azione governativo conferito certamente si iscrive nell'ordinamento costituzionale proprio in virtù della lettura dell'art. 78 Cost.: accettato che qualsiasi deroga al di fuori della guerra difensiva esterna non sia giustificabile⁷⁶ e accettabile sul piano del diritto, e che «l'interpretazione della norma costituzionale attualmente vigente, tuttora controversa per alcuni profili essenziali, non può [che] ancorarsi a due presupposti [...] da una parte il valore innovativo, e da un'altra parte la esclusione implicita di regole *extra ordinem* nel sistema delle fonti»⁷⁷, ci si chiede «perciò [se] la applicabilità piena dei principi dell'ordinamento costituzionale»⁷⁸ sia limitata e quale margine sia lasciato al Governo nell'apprezzamento della derogabilità dei diritti. Attestato che quest'ultimo goda di *poteri speciali* nel rapporto paritetico con le altre fonti primarie dell'ordinamento, quanto può ritenersi accettabile l'applicazione del principio di specialità, esteso anche alle disposizioni della norma fondamentale⁷⁹?

Per rispondere a questo quesito non si può che rimandare, almeno in un primo momento, al diritto internazionale (nello specifico a quella branca che prende il nome di 'international human rights law') per comprendere se si possa o meno parlare di una possibile derogabilità dei diritti costituzionali, paragonando la disciplina degli stessi a quella dei diritti umani, la cui sospensione nel diritto sovranazionale in particolari circostanze è da sempre accettata: si parte quindi dalla considerazione che, secondo la dottrina internazionalista, i diritti umani sono distinguibili in assoluti, qualificati e limitabili.

In genere, i diritti umani nonostante la loro definizione li ascriva alla stessa natura umana⁸⁰, sono oggetti di una 'qualificazione' che ne determina o la derogabilità o la limitabilità. Per comprendere questa categorizzazione bisogna, innanzitutto, soffermarsi sui concetti di 'deroga' e di 'limitazione': laddove la deroga è

⁷³ «La Cost. non precisa se fra i 'poteri necessari' siano inclusi la sospensione o la restrizione dei diritti fondamentali», M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, p.134

⁷⁴ G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 241

⁷⁵ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 317

⁷⁶ G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., p. 242

⁷⁷ S. LABRIOLA, «Difesa nazionale e sicurezza dello Stato di diritto nel diritto pubblico italiano in Rivista trimestrale di diritto pubblico», cit., p. 948

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ «La norma [art. 78 Cost.] ha, in primo luogo, il contenuto di attribuzione di competenza esclusiva. Si ammette la necessità da parte dell'ordinamento, che il Governo sia titolare di nuovi e speciali poteri, necessari per fronteggiare le esigenze straordinarie dovute allo stato di guerra, ma se ne attribuisce la deliberazione alle Camere, per mezzo di un atto di competenza propria. Da ciò può desumersi la negazione della potestà di ordinanza generale, che si estrinsechi in atti aventi forza di legge senza obbligo della ratifica parlamentare ai sensi del secondo comma dell'art. 77 Cost., in precedenza ammessa come potestà del Governo. Circa la natura dell'atto di conferimento, non sembra dubitabile trattarsi di un atto di natura legislativa. Ciò non solo per il contenuto intrinseco che è tipico di esso, ma anche per la idoneità dei poteri che costituisce ad incidere nel godimento di diritti pubblici soggettivi, nelle competenze e nella regolazione dell'esercizio di esse della pubblica amministrazione, e nella stessa organizzazione dei pubblici uffici», S. LABRIOLA, «Difesa nazionale e sicurezza dello Stato di diritto nel diritto pubblico italiano in Rivista trimestrale di diritto pubblico», cit., p. 949

⁸⁰ Si pensi alla dottrina giusnaturalista

circostanziata a casi di eccezionalità e determina una sospensione della norma per tutti, la limitazione è perenne e determina solo la mancata applicazione nel caso specifico per cui è prevista. Una tale differenziazione nella definizione si comprende tenendo in considerazione quale sia la diversa funzione che gli stessi istituti sono chiamati a svolgere. La limitazione funge da bilanciamento tra interessi individuali antagonisti o comunque in nome della superiorità di un interesse pubblico su uno privato, casistica maggiormente e facilmente verificabile in tempo di guerra; la derogabilità invece richiama, nel caso di stato di guerra, alla necessità di un interesse assoluto che finisce per sospendere qualsiasi altro interesse concorrenziale.

Si parla, in tal senso, di diritti assoluti qualora non sia ammessa nessuna forma di qualificazione che possa rendere in qualche modo il diritto in questione né derogabile né limitabile; qualora si ammetta la qualificazione del diritto si considera il diritto qualificato (*qualified right*) quale oggetto di derogabilità e limitazione, mentre il diritto non qualificato (*limited right* o *unqualified right*) quale oggetto di limitazioni nel suo esercizio.

La disciplina derogatoria dei diritti umani è stata confermata, tra l'altro, dalle disposizioni di convenzioni internazionali⁸¹; nello specifico è emblematico l'art. 15 Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il quale prevede che «in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale»⁸² e salvo eccezioni previste al comma 2 dello stesso articolo⁸³. Non bisogna quindi stupirsi di un'eventuale ipotesi di deroga dei diritti e delle libertà fondamentali, tenuto conto del fatto che la stessa deroga o limitazione dei diritti della persona umana sia contemplata, e anzi consacrata, nelle convenzioni internazionali volte alla 'funzione promozionale' delle libertà e garanzie negli ordinamenti nazionali che vi aderiscono⁸⁴. Ciononostante, rimane problematico considerare che la derogabilità in tempo di guerra⁸⁵ possa essere facilmente accettata nell'ordinamento costituzionale repubblicano, rinviando in bianco alla disciplina internazionalistica.

Una tale impostazione non è pienamente, e senza le dovute riflessioni, estendibile al caso di specie. Gli standard di tutela offerti dalla disciplina dei diritti fondamentali in Costituzione sono da ritenersi in realtà più alti rispetto alla disciplina internazionalistica dei diritti umani⁸⁶; i primi sono finalizzati, invero, a offrire uno strumento di tutela procedurale agli individui in materia di libertà e diritti, ma al

⁸¹ Come i due Patti internazionali dei diritti umani del 1966 entrati in vigore nel 1976

⁸² Art. 15 co. 1 CEDU

⁸³ Art. 15 co. 2 CEDU stabilisce che «La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 co. 1 e 7»

⁸⁴ C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà con appendice giurisprudenziale*, Torino, 2014, pp. 131-135

⁸⁵ In linea generale è opportuno sottolineare che il rapporto tra diritto internazionale dei diritti umani e diritto internazionale umanitario ha subito un'evoluzione nel corso del tempo. Laddove l'approccio iniziale differenziava i due quadri normativi (il diritto umanitario si presentava come eccezione, *lex specialis* della tutela dei diritti umani) ad oggi la dottrina è ferma nel considerare la tutela offerta da tali sistemi quali complementari. Sul punto, H. J. HEINTZE, "On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law", in *International Review of the Red Cross* 2004, pp. 789-814

⁸⁶ «È perciò evidente la differenza che passa tra diritti riconosciuti in costituzione (posto che tale riconoscimento presuppone strutture legislative, amministrative e giurisdizionali di tutela) e i diritti riconosciuti in dichiarazioni solenni o in accordi internazionali (ad es. la C.E.D.U., a tutela della quale c'è soltanto una Corte di giustizia, e non anche organi legislativi e amministrativi)», A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, pp. 9-10

contempo sono «espressioni organizzative in congegni di *razionalizzazione* del potere politico, con l'intento di calare principi e istanze basilari del costituzionalismo nella cornice della democrazia di massa»⁸⁷.

Precisamente, è qui che entra in gioco il ruolo vitale delle moderne norme fondamentali del Dopoguerra: precisamente, «il costituzionalismo vede nel potere (oltre che l'indirizzatario delle proprie pretese fondative) sia l'oggetto che il soggetto delle proprie pretese garantiste, nel senso che il potere, per un verso, è un nemico dal quale difendersi erigendo garanzie a protezione dei diritti»⁸⁸, protezione che si spiega sia dal riconoscimento di garanzie formali e sostanziali a tutela dell'individuo⁸⁹, che dalla consacrazione della funzione di legittimazione dei valori pluridimensionali del costituzionalismo pluralista 'all'assetto costituzionale complessivo'⁹⁰. L'esercizio dei poteri necessari in tempo di guerra interagendo o, meglio, sospendendo, le garanzie costituzionali a difesa dell'individuo, finirebbe quindi per compromettere pericolosamente l'esistenza stessa della norma fondamentale.

In generale, tuttavia, si può riconoscere che la disciplina costituzionale in materia di stato di guerra incontra dei limiti insiti propriamente alla definizione dello stato bellico. Difatti, la disciplina dell'urgenza bellica, quale massima emergenza del sistema⁹¹, si attiva sul territorio della Repubblica per la durata del conflitto e coinvolge sia le fattispecie concrete interne allo stato di guerra sia gli interessi del diritto ordinario vigente⁹².

Benché la disciplina dell'art. 78 Costituzione determini anche dei limiti di procedimento e competenza a tutela dell'autonomia e continuità degli altri organi istituzionali⁹³, le esigenze belliche potrebbero rappresentare un ostacolo a una effettiva protezione dell'individuo e delle sue libertà pur riconoscendosi il principio di continuità del Parlamento. Infatti, nei capitoli precedenti si è già sottolineato che «il paradigma di funzionamento dello Stato-apparato in tempo di guerra riafferma la concorrenza, nell'attività di indirizzo politico, dei due massimi organi costituzionali»⁹⁴ per quanto riguarda la gestione e la decisione delle prerogative riconosciute al Governo, avendo già visto che «non potrebbero così essere sospese le ordinarie competenze parlamentari ispettive, di controllo e legislative, le quali ultime concorrerebbero con quella straordinarie dell'Esecutivo»⁹⁵; al Legislativo si è affidata la funzione di 'guardiano dei diritti degli individui in tempo di guerra'

⁸⁷ P. RIDOLA, *Esperienza costituzioni storia. Pagine di storia costituzionale*, Napoli, 2019, p. 118

⁸⁸ M. LUCIANI, "Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico", in *Giurisprudenza costituzionale* 2006, p. 1654

⁸⁹ C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà con appendice giurisprudenziale*, cit., p. 4 ss. A seguito delle due Grandi Guerre e del modello costituzionale liberale del XIX secolo (modello spesso associato a basi oligarchiche), si sottolinea la maggior attenzione delle norme fondamentali ad un vero e proprio contatto con la società e un generale interessamento alle 'reali condizioni di vita del soggetto' che sceglie come una direzione il riconoscimento da un lato dei diritti inviolabili della persona, dall'altra l'impegno a creare e proteggere condizioni a salvaguardia del principio di eguaglianza sostanziale, *id.*, pp. 7-8

⁹⁰ «che si sovrappone, senza oscurarla, alla tradizionale funzione di garanzia», P. RIDOLA, "Il costituzionalismo fra dimensione storica e mondializzazione dello Stato costituzionale in *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione. Atti del convegno dell'Associazione di Diritto Pubblico comparato ed Europeo*", R. ORRÙ, L. G. SCIANNELLA (a cura di), Torino, 2004, p. 314

⁹¹ F. VARI, "Necessitas non habet legem? Alcune riflessioni sulle situazioni di emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano", in *Rivista di diritto costituzionale "Gruppo di Pisa"* 2003, p. 191 ss.

⁹² Rispettivamente limiti spaziali, temporali, oggetto e di contenuto, MARAZZITA G., *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 317

⁹³ *Id.*, p. 318

⁹⁴ *Id.*, p. 319

⁹⁵ *Ibid.* Ancora, S. LABRIOLA, "Difesa nazionale e sicurezza dello Stato di diritto nel diritto pubblico italiano in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, cit., p. 951

essendo la stessa una questione di natura politica⁹⁶ e coinvolgendo il rapporto governanti-governati.

Esattamente, l'On. Crispo in Assemblea costituente espresse la sua preoccupazione («io mi preoccupo soprattutto delle garanzie che dovrebbero essere stabilite per le libertà e per i diritti dei cittadini nei due casi non contemplati in alcun modo nella Costituzione, quello dello stato di guerra e quello dello stato d'assedio»⁹⁷), sottolineando che i diritti dei cittadini «non possono essere menomati dal potere esecutivo senza l'intervento del Parlamento»⁹⁸ e ribadì il ruolo delle Camere, le quali anche se sciolte prima dello stato d'eccezione bellica o durante lo stesso, devono necessariamente e immediatamente essere convocate per ratificare sia la dichiarazione dello stato emergenziale, sia soprattutto, i provvedimenti presi dall'Esecutivo⁹⁹.

Inter alia, la funzione di garanzia può essere astrattamente esercitata, secondo una concezione schmittiana¹⁰⁰, e dal Presidente della Repubblica, la cui funzione di controllo ex art. 74 Cost. si ascrive tra «gli estremi della banda di oscillazione delle sue competenze in tempo bellico»¹⁰¹ da un lato, rimanendo comunque limitato a una sola volta il suo potere di rinvio della legge di conferimento dei poteri necessari anche qualora inconciliabile con la Carta, e dalla Corte costituzionale che può esercitare il proprio «sindacato sulle leggi che deliberano lo stato di guerra e che conferiscono i poteri necessari, come pure sugli atti paralegislativi posti in essere sulla base di competenze normative straordinarie»¹⁰² dall'altro lato, esercitando una forma di verifica, almeno teorica, sugli atti derivati dal conferimento dei poteri necessari.

Tuttavia, pur condividendo la posizione di Schmitt sul punto¹⁰³, non si può che dubitare sull'effettiva incidenza di queste due forme di salvaguardia costituzionale, riconoscendo nello stato di guerra, nonostante la volontà di regolare il fenomeno bellico, una situazione di fatto *contra ordinem*, o comunque *extra ordinem*; in tal senso l'eccezionalità dell'ordinamento costituzionale bellico travolgerebbe anche un concreto e reale esercizio di controllo da parte di questi due organi di garanzia costituzionale. Infatti, bisogna chiedersi se tali meccanismi di controllo possano effettivamente porre un argine ad un abuso del Governo che possa o meno sospendere il dettato costituzionale: in tal senso, «nel momento in cui [si] smarrisce il senso di questa molteplicità del rapporto fra diritto, potere e diritti, il costituzionalismo subirebbe una vera e propria mutazione genetica»¹⁰⁴.

⁹⁶ «Più preoccupante è la necessità connessa con motivi gravi di ordine pubblico, quando al normale ordinamento costituzionale deve sostituirsi quell'ordinamento di eccezione che si conosce col nome di stato di assedio. Per tale eventualità, è evidente che il potere esecutivo è il solo organo in grado di valutare l'eccezionale situazione del Paese, per decidere se proclamare o non lo stato di assedio; ed è egualmente innegabile che lo stesso potere esecutivo abbia il dovere di provvedere al mantenimento dell'ordine pubblico. Si tratta, adunque, di conciliare siffatte esigenze coi diritti del cittadino, onde la Costituzione deve garantirlo da ogni arbitrio del potere esecutivo. Questa garanzia non può essere che di natura politica», Intervento On. Crispo 26 marzo 1947

⁹⁷ Intervento del 15 aprile 1947 dell'On. Crispo, in «La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947», cit., p. 924

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Proposta d'articolo 74-bis Costituzione portata avanti dall'On. Crispo

¹⁰⁰ C. SCHMITT, *La sfida dell'eccezione (introduzione di Franco Ferrarotti)*, Roma-Bari, 1986, p. 123 ss.

¹⁰¹ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 319

¹⁰² *Id.*, 320

¹⁰³ «Durante uno stato d'eccezione molte norme vengono sospese, e quindi un vero tutore deve porsi al di sopra delle norme», C. SCHMITT, *La sfida dell'eccezione (introduzione di Franco Ferrarotti)*, cit., p. 123

¹⁰⁴ M. LUCIANI, «Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico in Giurisprudenza costituzionale», cit., p. 1654

Per cui l'unico potere a baluardo dei diritti dei cittadini, nel caso si ritenesse inattuabile un intervento e del Capo dello Stato e della Consulta, rimane il Parlamento, il quale nel modulare i poteri necessari in tempo di guerra, si porrebbe ad argine e a difesa di eventuali abusi del Governo, potendo all'uopo revocare la fiducia a quest'ultimo. Nonostante questo, in ricordo alla precedente prassi, non si può che sottolineare che la scelta della Costituente di evitare di trattare la questione nella norma fondamentale possa sembrare anomala, tenuto conto di quanto detto finora circa la funzione di legittimazione e di garanzie dei testi costituzionali del Dopoguerra.

La sospensione o derogabilità dei diritti costituzionali, in tal senso sembra essere strettamente legata al fulcro delle costituzioni del dopoguerra, paladine a difesa dei diritti dei singoli e del pluralismo democratico, e proprio le potenzialità di una restrizione del godimento dei diritti e delle garanzie da parte dei cittadini (in certi casi anche dei non cittadini) in tempo di guerra, è stato oggetto e argomento di un lungo dibattito in Costituente.

Per la precisione, sulla scorta di quanto previsto all'art. 19 della Costituzione francese del 1946, il presidente Tupini propose la discussione sulla proposta di un articolo in materia¹⁰⁵. Nello specifico, nonostante la volontà di riconoscere nelle garanzie e nei diritti costituzionali una clausola di inderogabilità assoluta, il dibattito in Costituente sottolinea una certa ritrosia nell'incorporare tale disegno proposto nella norma costituzionale circa un'effettiva sospensione nel caso in cui la Repubblica sia in pericolo.

Invero, già in Assemblea si è fin da subito evidenziato come «indubbiamente in caso di guerra ci sono dei diritti, tra quelli proclamati, che necessariamente debbono subire delle limitazioni [...] per esempio, la libertà di stampa per quello che riguarda le notizie militari»¹⁰⁶; concludendo a quei tempi che non si potesse approvare l'articolo secondo la lettera proposta, dovendo attendere la stesura di tutta la Costituzione per riesaminare l'articolo specificamente pensato per il caso bellico¹⁰⁷.

¹⁰⁵ «L'esercizio dei diritti assicurati dalla presente Costituzione non può essere sospeso. Tuttavia, allorché la Repubblica è proclamata in pericolo tali diritti possono essere sospesi entro i limiti e con le forme stabilite per legge. Questo provvedimento non potrà essere preso per un periodo di tempo superiore a sei mesi; esso potrà essere rinnovato, nelle medesime forme. Chiunque ne avrà abusato per arrecare arbitrariamente pregiudizio ai diritti materiali o morali altrui, assumerà personale responsabilità. Al termine del periodo di emergenza chiunque si riterrà arbitrariamente leso nella persona, o nei beni potrà reclamare riparazione morale o materiale avanti ai tribunali», Intervento del 2 ottobre 1946 dell'On. Tupini sull'emendamento dell'On. Mastrojanni, in «La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute I Sottocommissione dal 26 luglio 1946 al 19 dicembre 1946», Camera dei deputati-Segretariato generale, Roma, 1971, pp. 478-479

¹⁰⁶ Intervento in data 2 ottobre 1946 dell'On. Lucifero in «La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute I Sottocommissione dal 26 luglio 1946 al 19 dicembre 1946», Camere dei deputati- Segretariato generale, cit., p. 479. La libertà di stampa è stata fin da subito, nel corso delle discussioni in Assemblea, portata come esempio lampante di limitazione di un diritto in nome delle necessità belliche, e più volte riproposta come chiaro *specimen* di un inevitabile deroga al diritto costituzionale comune. Infatti, il giorno prima l'On. Lucifero si era espresso con più incisività nel ritenere che «in tempo di guerra si è sempre resa necessaria la censura, almeno per le notizie militari. Domanda perciò se non si debba porre questa unica eccezione in sede di Costituzione, anche perché così si potrà segnare il limite al legislatore. Propone [l'On. Lucifero] si dica: 'salvo che in casi di guerra, per le sole notizie militari'. Dichiaro che farà una proposta formale solo dopo aver sentito l'opinione degli altri Commissari», Intervento On Lucifero 1° ottobre 1946

¹⁰⁷ «Quindi non [si] può approvare l'articolo, così com'è ora, ma [si] pensa che alla fine, quando si avrà sott'occhio tutto il testo della Costituzione, si potrà riesaminare questo articolo per il solo caso di guerra» Intervento in data 2 ottobre 1946 dell'On. Lucifero in «La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute dal 26 luglio 1946 al 19 dicembre 1946», Camere dei deputati- Segretariato generale, cit., p. 479

Infatti si è osservato quanto l'impossibilità di deroga al testo costituzionale¹⁰⁸ sia di per sé impensabile in nome della necessità che l'emergenza bellica accompagna con se stessa: nello specifico, riportando le parole dell'On. Crispo «nel caso di una guerra, difatti, è facile intendere come l'esercizio dei diritti di libertà, o di alcuni fra essi, come la libertà di stampa, la libertà di parola, la libertà di riunione, possa essere contrario alle esigenze di difesa, o addirittura costituire un'arma nelle mani del nemico»¹⁰⁹. Tali limitazioni si basano sul postulato, condiviso tra l'altro dalla *Constitution* francese, come già visto, che «la Costituzione non può ignorare tale stato di necessità [bellica] e, prevedendo la eventuale sospensione dei diritti di libertà, deve garantirne la cessazione, facendola coincidere con la cessazione delle necessità determinate dalla guerra»¹¹⁰; l'esplicazione dei poteri necessari interagisce quindi con le posizioni soggettive attive dei cittadini, i quali sono chiamati ad adempiere al 'sacro dovere di difesa della Patria' di cui all'art. 52 co.1 Cost.

Il sacrificio dei propri diritti costituzionali da parte dei cittadini, in quanto appartenenti a una collettività, si ricollega a una concezione squisitamente comunitarista¹¹¹ evocativa di una nozione «complessiva dello Stato nella sua unità sia sotto il profilo personale e territoriale, sia nella sua dimensione giuridica»¹¹², a discapito quindi delle libertà e degli interessi dei singoli. Il richiamo all'interesse superiore, al bene supremo della integrità e della continuità della Repubblica, sottomette l'esercizio e il godimento dei diritti vantati dal cittadino.

Eppure, un tale attentato alle posizioni soggettive degli individui è tollerabile solamente qualora, secondo la concezione comunitarista, l'interesse della comunità sia compromesso in maniera seria e irreparabile e il restringimento dei diritti individuali sia proporzionale e necessario a fronteggiare questo grave attentato. La stessa libertà di espressione e circolazione del pensiero, più volte richiamata nel dibattito in Costituente quale esempio emblematico della necessità di una deroga o sospensione delle disposizioni costituzionali in nome di interessi strategici militari, è associata all'interesse superiore dell'ordine pubblico, anche in tempo di pace. Infatti, «l'ordine pubblico [...] costituisce momento esogeno di cristallizzazione di un determinato equilibrio di interessi e dei valori preminenti all'interno di un dato sistema, ed è nozione di per sé stessa incarnante un'idea statica della società e dei rapporti che nella stessa trovano realizzazione»¹¹³; la stessa rappresentazione statica della società viene irrimediabilmente compromessa dal fenomeno bellico portando all'evaporazione dei limiti della disciplina 'ordinaria' della libertà appena menzionata. In tal senso, è il Governo che rappresenta 'il guardiano dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale', potendosi quindi nel caso adottare una lettura estensiva degli stessi, attività ermeneutica che finirebbe dunque per essere

¹⁰⁸ «Osserva che l'articolo è pericoloso: esso può portare alla soppressione totale di tutte le libertà costituzionali, di tutte le garanzie. È quindi d'accordo con gli onorevoli Togliatti e Lucifero che, prima di sancire un articolo di questo genere, bisognerà pensarci molto e vedere prima il testo complessivo della Costituzione. D'altra parte, è evidente che la garanzia, attraverso la quale può esser controllata quella data dichiarazione di stato di pericolo e di stato di guerra da cui dipende la soppressione di libertà, deve essere stabilita dalla Costituzione», Intervento del 2 ottobre dell'On. Dossetti, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute I Sottocommissione dal 26 luglio 1946 al 19 dicembre 1946", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 479

¹⁰⁹ Intervento del 26 marzo 1947 dell'On. Crispo, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947", cit., p. 676

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ F. PALLANTE, *Per scelta o per destino: la Costituzione tra individuo e comunità*, Torino, 2018, p. 5 ss.

¹¹² G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., pp. 244-245

¹¹³ E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e 'prassi'*, Torino, 2008, p. 93

considerata accettabile secondo l'interpretazione maggioritaria in Assemblea, a discapito quindi delle garanzie costituzionali individuali.

Anche alla luce di questo assunto, si può comprendere probabilmente la mancata attuazione del meccanismo costituzionale per le missioni militari intraprese dalla Repubblica: certamente, seppur il potere d'esercizio dell'Esecutivo dipenderebbe dall'atto di conferimento del Legislativo, si è voluto escludere che il Governo potesse demandare la sospensione della Costituzione in assenza di una giustificazione ragionevole, mancando in questi casi un qualsiasi attentato 'diretto' all'integrità o sicurezza dello Stato. Infatti, in virtù dei fatti delle due guerre mondiali, la disciplina azionabile ex art. 78 Cost. è stata appositamente concepita su modello delle guerre totali del Novecento, e quindi, di un conflitto che potesse svolgersi, eventualmente, anche sul territorio della Repubblica e che quindi potesse compromettere la sicurezza del Paese, coinvolgendo quindi direttamente la cittadinanza nel conflitto. In quanto situazione fenomenica, il *bellum* inteso dai Costituenti rispecchiava quanto più la secolare concezione della dimensione bellica fino allora sperimentata. Ad oggi, il dispiegamento delle Forze armate del Paese all'estero non coinvolge in realtà in nessun modo né l'integrità territoriale dello Stato né pienamente la cittadinanza (o almeno non nella maniera cui facevano riferimento i Costituenti), per cui la derogabilità della norma fondamentale risulta inaccettabile ed inammissibile.

Tuttavia, in passato la concezione alla base del meccanismo costituzionale dello stato di guerra era comunque considerata spinosa, forse più di oggi, impegnando i deputati della Costituente per più giorni.

Bisogna ricordare che il ruolo delle Camere non è relegato alla 'semplice' deliberazione di attivazione ex art. 78 Cost., ma anzi coinvolge pienamente la questione dei diritti fondamentali poiché «queste materie [le modalità di tutela delle garanzie costituzionali] sono, per vari profili, quanto alla loro disciplina sottoposte, almeno in parte, alla riserva di legge»¹¹⁴, risultando quindi regolabili, e quindi parzialmente derogabili, dagli atti governativi delegati ex art. 78, risultanti quindi dal conferimento del Legislativo dei poteri necessari all'Esecutivo. Rimane quindi da chiedersi se e quali siano le disposizioni costituzionali derogabili o suspendibili e se il conferimento dei poteri necessari debba essere minuzioso nella delineazione degli stessi o se invece possa costituirsi anche quale delega in bianco a favore del Governo.

Circa il primo interrogativo, la discussione in Assemblea sui limiti delle sospensioni costituzionali in caso di emergenza bellica non ha prodotto alcun particolare dissenso; partendo dall'esempio del diritto alla circolazione dell'informazione, si è sì osservato che «nel caso di guerra, la censura deve essere certamente ammessa»¹¹⁵, ma si è subito constatato che qualora si fosse formulato l'articolo relativo alla censura in caso di guerra, non si sarebbe dovuto «limitarlo alle notizie di carattere militare [poiché] anche le notizie di carattere economico, in guerra, possono e debbono essere vietate»¹¹⁶, considerazioni queste che hanno addirittura portato a una proposta, poi 'stranamente' o 'giustamente' non accettata, del progetto dell'articolo 21 Costituzione, circa la possibilità di aggiungere il seguente comma «la stampa non

¹¹⁴ S. LABRIOLA, "Difesa nazionale e sicurezza dello Stato di diritto nel diritto pubblico italiano in Rivista trimestrale di diritto pubblico", cit., p. 949

¹¹⁵ Intervento del 11 aprile 1947 dell'On. Nobile, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947", cit., p. 787

¹¹⁶ Intervento del 1 ottobre 1946 dell'On. Cevolotto, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute I Sottocommissione dal 26 luglio 1946 al 19 dicembre 1946", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 459

può essere sottoposta ad autorizzazioni, né ad altre misure preventive, salve le eccezioni stabilite dalla legge per la censura delle notizie militari in tempo di guerra»¹¹⁷. A questa si aggiunge anche una proposta isolata circa la limitazione del diritto di segretezza e corrispondenza in occasione di un conflitto bellico: invero, afferma l'On. Bulloni, «all'uopo mi permetto di sottoporre alla considerazione del Comitato di redazione che un altro caso deve essere previsto nella limitazione dell'esercizio del diritto di segretezza di corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione: caso di inchiesta penale, ma altresì caso di stato di guerra»¹¹⁸, proponendo quindi di «formulare [necessariamente] un articolo aggiuntivo nel quale si dica che determinati diritti considerati nella Carta costituzionale saranno sospesi nel caso di guerra»¹¹⁹. Addirittura, la questione della derogabilità della Costituzione in caso di emergenza bellica ha assunto anche toni più seri: ricordando l'esempio costituzionale tedesco, non si sono avuti problemi nell'indicare con precisione quali potessero essere le libertà derogabili in regime di stato di guerra, ovvero sia il diritto all'invulnerabilità del domicilio e della segretezza della corrispondenza o la libertà di manifestazione dell'opinione e d'associazione¹²⁰.

Cionondimeno, pur constatando la necessità di individuare precisamente nel dettato costituzionale i limiti della sua stessa sospensione, esso ad oggi non consta di alcuna previsione specifica e autonoma circa la derogabilità dei diritti costituzionali in tempo di guerra, né le disposizioni contemplano eventuali eccezioni in tal senso. Non solo, a riprova di quanto detto finora, si sottolinea la decisione finale di non apporre all'art. 21 Costituzione alcuna eccezione annessa allo stato di guerra.

Si segnala, in ogni caso, il disegno prospettato dall'On. Crispo di una disposizione costituzionale che in generale prevedesse la limitazione o la sospensione dei diritti costituzionali in tempo di guerra¹²¹.

Infatti, per quanto riguarda la possibile previsione di una norma a carattere generale e autonoma che accompagnasse¹²² l'art. 78 Costituzione, nonostante l'iniziativa dell'On. Crispo, si sottolinearono i possibili rischi di una disposizione costituzionale troppo ampia e generica, che avesse ad oggetto un riconoscimento formale nel testo costituzionale di tale capacità di deroga: precisamente, rimandando la discussione sulla possibilità o meno di riconoscere possibili limitazioni all'articolo sulla libertà

¹¹⁷ Intervento del 14 aprile 1947 dell'On. Terracini su proposta emendamento On. Andreotti, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947", cit., p. 848

¹¹⁸ Intervento del 10 aprile 1947 dell'On. Bulloni, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947", cit., p. 765

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ «Riferendosi alla Costituzione germanica, che le libertà il cui esercizio può essere sospeso temporaneamente sono: l'invulnerabilità del domicilio, l'invulnerabilità del segreto epistolare, la libertà di stampa, la libertà d'opinione, la libertà d'associazione, ecc.; e che si tratta insomma di tutti i diritti personali», Intervento del 11 gennaio 1947 dell'On. Perassi, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947", cit., p. 1840

¹²¹ «L'esercizio dei diritti di libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinate dal tempo o dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico, durante lo stato di assedio. Nei casi suddetti, le Camere, anche se sciolte, saranno immediatamente convocate per ratificare o respingere la proclamazione dello stato di assedio e i provvedimenti relativi», Intervento del 15 aprile 1927 dell'On. Terracini su proposta On. Crispo, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947", cit., pp. 923-924

¹²² «Non solo per la resistenza costituzionale che l'attributo della 'invulnerabilità' è capace di frapporre (limite esterno o formale), ma anche per la 'non necessità', di una misura così drastica nemmeno in tempo di guerra (limite interno o necessario). In tal modo si conferma il ruolo centrale che il criterio della necessità – correttamente intesa come categoria giuridica autonoma – è capace di esplicitare nella definizione e nella limitazione delle potestà d'emergenza», G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 322

d'espressione in un secondo momento, durante la stesura degli articoli sulle prerogative del Parlamento, gli stessi Costituenti evidenziarono quanto potesse essere controproducente, accettando che fosse conveniente e appropriato «riesaminare serenamente l'opportunità di precisare più rigorosamente la formulazione delle eccezioni alla libertà di corrispondenza mediante emendamenti da studiare»¹²³. La preoccupazione dei Costituenti era, alla luce di quanto accaduto precedentemente nella Repubblica tedesca di Weimar, la quale prevedeva all'art. 48 un potere di sospensione ampio in tempo di crisi¹²⁴, che una disposizione troppo vaga indicante un potere di deroga alla Costituzione potesse poi sfociare in derive dittatoriali e totalitarie¹²⁵, a discapito di una qualsiasi protezione dell'individuo: in tal senso, la proposta dell'On. Crispo, nella sua indeterminatezza e genericità, avrebbe potuto privare, in tempo di guerra, il cittadino di alcune garanzie costituzionali fondamentali, non solo spogliando di fatto la Costituzione della sua funzione di garanzia dell'individuo, ma essendone invero il presupposto. Infatti, nonostante i pericoli annessi di una completa derogazione governativa nel caso di una Costituzione flessibile quale quella albertina, una norma costituzionale che regolasse lo stato di eccezione non presentava, agli occhi dei deputati dell'Assemblea, un effettivo deterrente alla prevaricazione dell'Esecutivo sui cittadini: infatti, una disposizione come quella di cui all'art. 48 Costituzione di Weimar «[aveva] spianato la via alla dittature»¹²⁶ portando alla 'dissoluzione dell'ordinamento costituzionale da difendere'¹²⁷, ipotesi invece fortemente osteggiata dai Costituenti.

Nonostante, quindi, si siano sollevate in Assemblea diverse osservazioni circa una disposizione che possa o meno prevedere delle deroghe in caso di emergenza bellica, avendo espresso tra l'altro notevole preoccupazione a riguardo, ad oggi il testo costituzionale manca, a causa della dimenticanza o della scelta dei Costituenti¹²⁸, di una chiara trattazione concernente la questione della sospensione dei diritti costituzionali in tempo di guerra.

In mancanza quindi di un dato normativo preciso sul punto non resta che leggere la disposizione ex art. 78 Cost. secondo una lettura sistematica, richiamando altre disposizioni costituzionali. Contendendosi interessi costituzionali differenti, il sacrificio delle 'proprie libertà e garanzie costituzionali' da parte dell'individuo non è illimitato, ritenendo opportuno rifarsi a una delimitazione che possa rasentare la

¹²³ Intervento del 27 marzo 1947 dell'On. Leone Giovanni, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947", cit., p. 699

¹²⁴ La disposizione in esame recitava: «Se un Land non adempie gli obblighi impostigli dalla costituzione o da una legge del Reich, il presidente può costringervelo con l'aiuto della forza armata. Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. Di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il presidente deve senza indugio dare notizia al Reichstag. Le misure stesse devono essere revocate se il Reichstag lo richieda. Nel caso di urgente necessità, il governo di un Land può adottare per il proprio territorio le misure provvisorie indicate nel secondo comma. Esse vanno revocate se lo richiedono il presidente del Reich o il Reichstag. Norme più particolari saranno date con legge del Reich»

¹²⁵ In generale sui rischi incontrati dal regime tedesco weimariano, R. GRAZZI, "L'emergenza costituzionale nel modello weimariano: origini e lascito concettuale", in *La rappresentanza in questione. Giornate di Diritto e Storia costituzionale "Atelier 4 luglio – G.G. Floridia*, cit., pp. 35-50

¹²⁶ Intervento del 5 settembre 1946 dell'On. La Rocca, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute dal 26 luglio 1946 al 30 gennaio 1947", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 927

¹²⁷ Cfr. R. GRAZZI, "L'emergenza costituzionale nel modello weimariano: origini e lascito concettuale", cit., p. 50

¹²⁸ M. CAVINO, M. MALVICINI, *Le guerre dell'Italia repubblicana*, cit., p. 182

razionalità e la ragionevolezza¹²⁹ della disposizione sullo stato bellico: tale limite ragionevole è ravvisabile nell'art. 52 co. 1 in quanto si «stabilisce anche il limite negativo alla compressione dei diritti, il cui godimento potrà essere ridotto solo in funzione dell'adempimento di quel dovere»¹³⁰, quello esclusivo della difesa della Patria. La supremazia di tale dovere è spesso stata consacrata dalla stessa Corte costituzionale, che non ha mancato di qualificare il dovere di difesa della Patria come «dovere collocato al di sopra di tutti gli altri [...], un dovere, il quale, proprio perché 'sacro' (e quindi di ordine eminentemente morale), si collega intimamente e indissolubilmente alla appartenenza alla comunità nazionale identificata nella Repubblica italiana»¹³¹: proprio in tal senso l'art. 52 co.1 rappresenta al contempo fondamento e limite del sacrificio di rinuncia della propria libertà ai cittadini in tempo di guerra¹³².

Infatti, la disposizione in esame rappresenta senza dubbio il fondamento della possibile limitazione dei diritti dell'individuo in quanto il dovere di difesa della Patria incarna «la necessità fondamentale e suprema attinente all'esistenza e difesa dello Stato»¹³³, in nome del quale le limitazioni in tempo di guerra possano essere ricomprese¹³⁴: precisamente secondo questo presupposto, «l'ordinamento costituzionale riconosc[endo] l'*eccezionalità* della situazione-tempo di guerra, tale da sopportare deroghe a principi fondamentali»¹³⁵, ammette, invero, una limitazione alla Costituzione.

Eppure, una lettura troppo semplicista dell'art. 52 co. 1 non appare soddisfacente per chiudere il dibattito circa la possibile sospensione della Costituzione. Difatti, tale sensazione di scontento si spiega da un lato in virtù della lettera dell'art. 2 Cost¹³⁶ che riconosce espressamente l'inviolabilità dei diritti¹³⁷ quale concetto metagiuridico¹³⁸, sia di natura individuale che di natura collettiva, dell'uomo, dall'altro rammentando che la dicitura dei poteri governativi non copre l'area di un potere d'esercizio al di fuori della 'non necessità', la quale rimanda per l'appunto allo scopo con cui si rapporta e al potere discrezionale di individuazione della stessa

¹²⁹ In tal senso si rammenta l'individuazione di tali criteri «nella determinazione delle prestazioni richieste ai singoli», P. PERLINGIERI, M. A. URUIOLI, "Art. 52", in *Commento alla costituzione italiana*, cit., p. 354

¹³⁰ M. CAVINO, M. MALVICINI, *Le guerre dell'Italia repubblicana*, cit., p. 182

¹³¹ Corte costituzionale, sentenza del 24 aprile 1967, n. 53

¹³² Precisamente vi è anche chi ha correlato l'art. 52 co. 1 Cost. con l'art. 78 considerando che «il dovere generale di difesa della Patria sussiste *esclusivamente* in tempo di guerra», E. BETTINELLI, "Art. 52", in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1992, p.87 ss. *Contra*, D. NOCILLA, "Servizio militare femminile e Costituzione", in *Diritto e società* 1981, p. 167 ss.

¹³³ Corte costituzionale, sentenza del 19 aprile 1962, n. 37

¹³⁴ Precisamente, il dovere di difesa della Patria ricomprende «l'interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria indipendenza e – al limite – alla stessa sua sopravvivenza», Corte costituzionale, sentenza del 24 maggio 1977, n. 86

¹³⁵ E. BETTINELLI, "Art. 52 in Commentario della Costituzione", cit., p. 87

¹³⁶ «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»

¹³⁷ Sul significato dell'inviolabilità dei diritti umani si rimanda all'approfondimento, P. GROSSI, "Inviolabilità dei diritti", in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1972, p. 712-731

¹³⁸ Sul significato metagiuridico dell'inviolabilità dei diritti, «Ad esistere prima ed indipendentemente dalla Costituzione, dal diritto, e quindi a maggior ragione dallo Stato, sono gli individui, le persone e non già il popolo. E difatti l'art. 2 dice 'riconosce', e dice 'inviolabili'; il che significa che gli individui con i loro diritti esistono già prima di tale riconoscimento, e che il riconoscimento non può essere revocato. Gli individui, le persone, ed i loro diritti sono la sola realtà dotata di valore intrinseco preesistente alla produzione normativa; il diritto, lo Stato, la Costituzione stessa sono prodotti artificiali che non si autogiustificano, ma hanno solo una giustificazione esterna, costituita appunto dalla garanzia dei diritti delle persone. La garanzia dei diritti delle persone è, per così dire, la ragione stessa, cioè la causa finale dell'esistenza dello Stato e del diritto», L. GIANFORMAGGIO, "Diritti umani e guerra", cit., p. 64

da parte dei governanti.

Illuminante è infatti la lettera dell'art. 2 Cost. che, nell'affermare che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo»¹³⁹, esclude una possibile limitazione o derogabilità degli stessi consacrando il ruolo di questa disposizione costituzionale nella «regolamentazione del rapporto autorità-libertà [ossia] l'espressione più alta dell'ordinamento giuridico»¹⁴⁰ a favore del cittadino. Infatti, la norma in esame non si presenta quale norma programmatica vuota¹⁴¹ di un qualsiasi garantismo¹⁴² o di un qualsiasi parametro interpretativo, ma anzi rappresenta un «valore alla cui attuazione positiva deve assiologicamente orientarsi tutto il sistema del diritto»¹⁴³. Difatti, il compito della Costituzione non si esaurisce nel determinare gli equilibri istituzionali dei tre poteri dello Stato, ma anzi ricomprende, in maniera concorrente a tale funzione primaria, il ruolo di 'catalogo necessario dei diritti degli individui' che vivono in una determinata comunità:

«in realtà la solenne affermazione dei diritti dell'uomo nelle Costituzioni del secondo dopoguerra e negli atti costitutivi nel nuovo ordine internazionale deriva anche, e soprattutto, dalla presa di coscienza diffusa del fatto che le guerre che avevano sconvolto il Novecento erano state rese possibili dal modo con cui tutti gli stati europei (compresi quelli che erano riusciti vincitori dal conflitto) »¹⁴⁴,

opinabilmente si potrebbe discutere (per motivi diversi) se ricomprendere la Francia e l'Italia¹⁴⁵, paesi vincitori che «avevano affrontato, a partire, per lo meno, dagli ultimi decenni dell'Ottocento, il problema della loro legittimazione»¹⁴⁶.

Per l'appunto,

«la dizione che nella Costituzione italiana appare una prima volta nei Principi fondamentali, all'art. 2, e successivamente ricorre, in relazione a particolari diritti, nell'art. 13 comma 1 per la libertà personale, nell'art. 14 comma 1 per il domicilio, nell'art. 15 comma 1 per la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione ed infine nell'art. 24 cpv. per la difesa in ogni stato e grado del procedimento»¹⁴⁷

sollevando interrogativi circa l'impossibilità di derogare solo queste disposizioni costituzionali. Tra l'altro l'identificabilità dei diritti fondamentali con le disposizioni *supra* correlate all'art. 2 Cost. è generalmente considerata insufficiente in Costituzione¹⁴⁸, ricomprendendo anzi anche la libertà di pensiero¹⁴⁹ e circolazione di

¹³⁹ Art. 2 Cost.

¹⁴⁰ A. BARBERA, "Art. 2", in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1975, p. 59

¹⁴¹ P. PERLINGIERI, R. MESSINETTI, "Art. 2", in *Commento alla costituzione italiana*, cit., pp. 7-10

¹⁴² A. BARBERA, "Art. 2 in Commentario della Costituzione", cit., p. 83 ss.

¹⁴³ P. PERLINGIERI, R. MESSINETTI, "Art. 2", cit., p. 7

¹⁴⁴ M. DOGLIANI, "I diritti dell'uomo: principi universali o ideologia", *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, cit., p. 43

¹⁴⁵ La cobelligeranza con gli Alleati dell'Italia determina invero una posizione ibrida del Paese nella Seconda Guerra Mondiale

¹⁴⁶ M. DOGLIANI, "I diritti dell'uomo: principi universali o ideologia", cit., p. 43

¹⁴⁷ P. GROSSI, "Inviolabilità dei diritti", in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 713

¹⁴⁸ R. D'ALESSIO, "Art. 2", in *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 11

¹⁴⁹ Sent corte cost. 122/1970

idee di cui agli artt. 19 e 21¹⁵⁰ o ancora la libertà di associazione¹⁵¹ e il diritto alla difesa.

In ogni caso secondo una lettura particolarmente esigente dell'art. 2 Cost. le limitazioni di tali diritti fondamentali sarebbero ammesse se repressive di un illecito o a tutela della sicurezza pubblica ma sempre e solo se tale casistica sia espressamente prevista nella disposizione costituzionale¹⁵². La tutela accordata dall'ordinamento a tali disposizioni costituzionali, in quanto pietre angolari dello stesso ordine costituito, sarebbe tale che qualcuno in dottrina ha addirittura ritenuto che gli stessi godano di una 'garanzia supercostituzionale'¹⁵³.

Nonostante l'inviolabilità delle libertà costituzionali possa essere fatta rientrare nella nozione di 'inviolabilità', l'impossibile sospensione di tali libertà risulta in contraddizione rispetto quanto emerso in Costituente: infatti, l'inviolabilità del domicilio e il diritto alla segretezza della corrispondenza o di ogni altra forma di comunicazione, quali libertà espressamente citate in Assemblea come limitabili o addirittura derogabili in caso di guerra, è stata generalmente considerata accettabile in nome della sicurezza nazionale. Precisamente, alla luce delle osservazioni dei deputati in Assemblea, erano stati elencati i diritti degli individui, che dovessero essere derogabili, ricomprendendo le libertà sopra menzionate, per evitare la divulgazione di opinioni critiche sull'operato dell'Esecutivo ovvero per impedire la pubblicazione di informazioni, spesso di carattere militare-strategico, le quali sarebbe indispensabile tenere segrete. Inoltre, per indagare su eventuali soggetti che agiscano per conto di un'altra potenza ('spie'), o comunque contro gli interessi della Repubblica¹⁵⁴, sono ammessi i controlli sui movimenti e sulle corrispondenze degli individui.

Rimane, invece più complicato il discorso sul diritto all'azione giudiziaria. In questo secondo caso, tralasciando le differenze tra il diritto penale e il diritto processuale penale comune¹⁵⁵, si rammenta, come visto nel capitolo precedente, che a tutela dei diritti e delle libertà costituzionali degli individui, in virtù dei limiti d'azione della Corte costituzionale, sopraggiunge l'azione giudiziaria esperibile davanti al giudice militare.

Tuttavia, la disciplina penale militare determina degli standard di tutela più bassi rispetto a quelli costituzionali, e di per sé il giudice speciale militare non può essere incaricato, visto il suo completo assoggettamento alla legge primaria ex art. 101

¹⁵⁰ *Contra* S. GALEOTTI, *La libertà personale: studio di diritto costituzionale italiano e comparato*, Milano, 1953, p. 28 ss. Conviene invece soffermarsi su chi afferma «è solitamente disattesa in dottrina l'identificazione dei diritti inviolabili ex art. 2 con le sole situazioni giuridiche soggettive disciplinate dagli artt. 13, 14, 15, 24 Cost. [...] L'immediata inerenza di altre situazioni giuridiche soggettive ai valori propri della persona umana (cfr. ad es. gli artt. 19, 21 etc.), consente di includerle tra i diritti inviolabili dell'uomo», R. D'ALESSIO, "Art. 2", cit., p. 11

¹⁵¹ Corte costituzionale, sentenza del 8 luglio 1975, n. 190 e ancora Corte costituzionale, sentenza del 30 luglio 1984, n. 239

¹⁵² A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., pp. 334-339

¹⁵³ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 54

¹⁵⁴ «Si pensi ai diritti riguardanti l'uso dei mezzi di informazione, nei cui confronti i limiti sarebbero giustificati da ragioni di sicurezza, e similmente a quelli riguardanti la riservatezza, senza parlare delle limitazioni della libertà personale. È abbastanza evidente che anche senza guerra in senso proprio le semplici misure di polizia per la prevenzione e repressione del terrorismo potrebbero far pendere la bilancia a favore delle limitazioni. Nella stessa direzione andrebbero interventi favorevoli a misure di polizia comportanti limitazioni della libertà di soggetti sospettati pur in assenza di preventive indagini e autorizzazioni della magistratura», G. DE VERGOTTINI, "Nuovi profili della guerra e rapporti parlamento-governo in Rivista di Studi Politici Internazionali", cit., p. 395

¹⁵⁵ S. LABRIOLA, "Difesa nazionale e sicurezza dello Stato di diritto nel diritto pubblico italiano", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, cit., p. 955 ss.

Cost., a verificare eventuali incompatibilità con i principi della Carta. Proprio per questo motivo, l'applicazione del codice militare penale di guerra, nonostante le marginali modificazioni, non ha comunque colmato il divario tra la questione dell'esercizio dei poteri necessari rispetto ai principi costituzionali¹⁵⁶: tale consapevolezza ha addirittura reso evidente che fosse più opportuno escludere, su espressa volontà politica, l'applicazione delle disposizioni del Codice penale militare di guerra per quanto riguarda le passate missioni militari internazionali e in scenari bellici quali la guerra in Iraq e in Afghanistan¹⁵⁷. Infatti la qualificazione di tali missioni ha impegnato negli ultimi decenni anche il Parlamento che, avendo preso coscienza «della peculiarità del regime fattuale e giuridico delle missioni armate, che non sono agevolmente riconducibili né allo stato di pace né a quello di guerra»¹⁵⁸, consapevolezza che ha investito «la dottrina internazionalistica e costituzionalistica [che] più attenta ha messo in evidenza che esiste uno status *mixtus* non riconducibile ai regimi classici di pace e di guerra»¹⁵⁹, ha preferito non porre in essere una situazione rischiosa per i principi costituzionali.

Comunque, in linea generale e teorica rileva evidenziare che l'esercizio in generale delle prerogative annesse ai poteri necessari solleva l'interrogativo di chi appartenga effettivamente la sovranità della Repubblica in tempo di guerra. L'art. 1, per la precisione, identifica il titolare della sovranità nel Popolo, rimandando non a una nozione vaga e non definita quanto piuttosto ad entità ontologicamente esistente in quanto 'esercente della sovranità popolare' nelle forme e nei limiti della norma fondamentale che la consacra¹⁶⁰. In virtù, quindi, del richiamo alla sovranità popolare, si ribadisce il carattere dei diritti costituzionali come di 'un qualcosa di cui non si può disporre'; infatti, «il fondamento, cioè i valori che giustificano l'esistenza e la validità dell'ordinamento giuridico, sono esterni al sistema, quindi dal punto di vista del diritto non sono un dover essere ma un essere»¹⁶¹, presupposto rafforzato dalla sottrazione di alcune disposizioni costituzionali al potere di revisione costituzionale di cui all'art. 138 Cost.

Nello specifico una eventuale modificazione di alcune disposizioni costituzionali intaccherebbe i principi cardine e le fondamenta dello stesso Stato repubblicano, e loro alterazione decreterebbe la fine stessa della norma fondamentale. Precisamente la stessa Consulta ha ribadito più volte questo concetto, non ritenendo possibili limitazioni ai cosiddetti principi fondamentali, che altro non sono che una concretizzazione in diritto di tali valori fondanti la sovranità di una determinata comunità e che quindi non sono limitabili neanche per atti che trovano il loro

¹⁵⁶ M. BLOCK, "L'art. 103 della Costituzione, comma 3", in *La Magistratura*, 2022 (disponibile su www.lamagistratura.it consultato il 15 giugno 2024)

¹⁵⁷ G. DE VERGOTTINI, "Giurisdizione militare: la crisi della specialità", in *Quaderni costituzionali* 2007, pp. 364-367

¹⁵⁸ G. DE VERGOTTINI, "Un nuovo codice penale per le missioni militari", in *Quaderni costituzionali* 2011, p. 107

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ «Il che significa: ad essere sovrano non è 'il popolo' tout court; perché – semplicemente – il popolo tout court, come entità pregiuridica e prepolitica dalla quale la sovranità sgorga ('emana', ricordiamo, era scritto nel progetto) non esiste. Ad essere sovrano è il popolo in quanto eserciti la sovranità nelle forme e nei limiti della costituzione. Quello di 'popolo', infatti, non è un concetto indefinito nel testo costituzionale, che rimandi alla realtà di fatto di una aggregazione di individui: un gruppo, una collettività, una comunità qualsivoglia. Al contrario: il popolo di cui si dice nella Costituzione non solo è sovrano solo in quanto eserciti la sovranità nelle forme e nei limiti della Costituzione, ma esiste solo in quanto eserciti la sovranità nelle forme e nei limiti della Costituzione», L. GIANFORMAGGIO, "Diritti umani e guerra", cit., p. 64

¹⁶¹ *Ibid.*

fondamento nella stessa Costituzione¹⁶². Nello specifico il Giudice delle leggi ha ribadito il suo ruolo di garante a salvaguardia di diritti e doveri fondamentali, anche in caso di un'espressa limitazione alla sovranità della Repubblica¹⁶³ riconosciuta in Costituzione. Tale decisione è fondata specificamente sulla presa di coscienza che «su di essi [principi fondamentali] si fonda il dover essere giuridico, come prima si fondava sull'obbedienza all'autorità del sovrano»¹⁶⁴. In tal senso, se la limitazione dei diritti e delle libertà costituzionali, è spesso sottratta al potere di revisione costituzionale del Legislativo, risulta alquanto peculiare e asistemático che gli stessi siano invece derogabili in tempo di guerra da parte dell'Esecutivo. Però non si può dimenticare che i concetti di revisione e deroga/sospensione hanno conseguenze giuridiche completamente diverse; nel primo caso la disposizione costituzionale viene modificata creando una 'nuova norma', nel secondo invece la disposizione costituzionale non modifica la sua natura sostanziale. In questo senso non sembra strano comunque ritenere che la Costituzione possa andare incontro a una sospensione in tempo di guerra. Tuttavia, rimane innegabile che la questione della tutela delle garanzie costituzionali in tempo di guerra ha negli ultimi anni ravvivato l'interesse del Legislatore anche se in maniera limitata.

Per comprendere al meglio quest'ultima affermazione e tendenza si sottolinea un'importante riforma costituzionale concernente la tutela del diritto alla vita, diritto che si ascrive da sempre nei *qualified rights*: a dire il vero, per quanto riguarda il diritto alla vita, si rammenta che fino alla riforma della legge costituzionale del 2007, la pena di morte era ammessa in tempo di guerra.

Considerando la pena di morte in quanto istituto proprio del diritto penale militare, ossia «sanzione penale militare [ch]e consiste nella privazione della vita di una persona fisica che non ha ottemperato a un precetto penale militare»¹⁶⁵, rileva sottolineare che dopo il d. Lgt. del 10 agosto 1944 n. 224 diventa propriamente istituto esclusivo del diritto penale militare mentre prima era applicabile anche in caso di violazione di norme del Codice penale.

La correlazione tra la pena di morte e il diritto penale militare e quindi, la sua definizione quale istituto prettamente di diritto penale militare, è stata poi riconfermata dai Padri Costituenti che propriamente nell'art. 27 Cost. hanno espressamente previsto la comminazione della pena capitale come eccezionalmente prevista solamente in merito all'applicazione della sanzione per violazione di leggi penali militari ed esclusivamente in caso di 'stato di guerra'¹⁶⁶; sulla stessa scia si

¹⁶² R. D'ALESSIO, "Art. 2", cit., p. 11

¹⁶³ Corte costituzionale, sentenza del 27 dicembre 1973, n. 183, in cui riconoscendo la parziale limitazione della sovranità «è appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma - sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini -, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 [del Trattato C.E.E.] una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali. Deve invece escludersi che questa Corte possa sindacare singoli regolamenti, atteso che l'art. 134 della Costituzione riguarda soltanto il controllo di costituzionalità nei confronti delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni, e tali, per quanto si è detto, non sono i regolamenti comunitari»

¹⁶⁴ L. GIANFORMAGGIO, "Diritti umani e guerra", cit., p. 64

¹⁶⁵ R. IANNOTTA, "Morte (pene di) (diritto penale militare)", in *Novissimo Digesto italiano*, A. AZARA, E. EULA (a cura di), Torino, 1957, p. 943

¹⁶⁶ «Senonché una interpretazione più conforme allo spirito della norma in commento, autorizza – forse – una ricostruzione meno letterale della sua portata: per quanto si tratti di requisito non scritto, l'inderogabilità del limite oggettivo del 'tempo di guerra' può essere desunta dal carattere assolutamente eccezionale delle situazioni

attesta la decisione del Legislatore che col d. l. del 22 gennaio 1948 n. 21 ha disposto l'abolizione della pena di morte stabilita da leggi speciali diverse da quella militare. Da quel momento spettava dunque alla legge marziale o di guerra la possibilità di indicare quali fattispecie potessero prevedere una tale pena, rilegando la competenza all'Esecutivo, e di conseguenza, alle autorità da questi delegate, di poter disporre di tale possibilità¹⁶⁷.

Ovviamente questa tendenza sottolinea una maggiore attenzione e sensibilità in materia, disciplinando in senso lato la questione e riconoscendone la natura di *diritto sui generis*: infatti, la precedente lettera dell'art. 27 Cost., associando la disciplina alle leggi penali militari, sembra comunque confermare che tale «espressione ellittica per indicare le leggi (*rectius* norme primarie) che disciplinano la materia penale militare in occasione della guerra»¹⁶⁸ siano tassative.

Comunque, nel diritto costituzionale è peculiare la posizione di questa giurisdizione speciale in quanto «nella gerarchia delle fonti non esiste la legge militare di guerra»¹⁶⁹ risultando quindi «qualificata [in] tale [maniera] in relazione al fatto di disciplinare una specifica materia»¹⁷⁰, vale a dire l'emergenza bellica come da articolo 103. Proprio per questo, come anche il diritto internazionale conferma¹⁷¹, la possibilità di applicare la pena di morte è sopravvissuta nel testo costituzionale per molto tempo. Anzi, tale peculiare eccezione, riguardante il bene supremo della vita umana, riconferma quanto fosse comune l'idea di una possibile sospensione di altri diritti costituzionali, i quali sono posti a tutela di diritti considerabili secondari rispetto all'esistenza dell'individuo¹⁷². Con la riforma costituzionale si è anche eliminata quest'ultima eccezione, scelta ispirata dal rispetto del diritto alla vita quale «valore primario e, perciò, in questo senso coerente col carattere democratico e personalistico del nuovo ordinamento costituzionale»¹⁷³.

Nonostante questa maggiore sensibilità dei diritti e libertà degli individui, l'ambiguità del testo costituzionale può risultare altamente rischiosa se si considera che il modello di 'stato di guerra' prospettato dai Costituenti in realtà si ricollega ad un fenomeno che ad oggi sembra completamente superato.

che dovrebbero giustificare la inoperatività del divieto costituzionale – e cioè situazioni tali da provocare, come appunto il conflitto bellico esterno, un completo sconvolgimento delle normali condizioni di vita e dei poteri istituzionali dello stato. Ove si tratti invece di salvaguardare l'ordine pubblico interno, pur minacciato da gravi fenomeni di criminalità politica o comune, vi è ragione di ritenere che sia legittimo intervenire con i soli strumenti della giustizia penale ordinaria», G. FIANDACA, "Il 4° comma dell'art. 27", in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1991, p. 349

¹⁶⁷ Nello specifico «per quanto riguarda i bandi militari è da osservare che questi potranno costituzionalmente comminare la pena di morte solamente nei limiti in cui il Parlamento, in base all'art. 78 Cost., avrà concesso i poteri necessari al Governo per l'attuazione della politica bellica. Se il Parlamento riserverà alla propria esclusiva competenza la materia penale o la comminazione della pena di morte o attribuirà ai bandi militari una posizione secondaria nella gerarchia delle fonti o addirittura non prevederà come fonte di diritto i bandi militari la pena di morte potrà essere comminata solo dalle fonti primarie tradizionali», R. IANNOTTA, "Morte (pene di) (diritto penale militare) in *Novissimo Digesto italiano*", cit., p. 944

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Si pensi anche solo all'eccezione dell'art. 1 del Sesto protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 28 aprile 1983

¹⁷² «Se diventa ammissibile, attraverso l'introduzione della pena di morte, persino il sacrificio del valore assolutamente supremo, perché irrecuperabile, qual è appunto la vita, è ragionevole presumere che siano sacrificabili anche altri diritti fondamentali della persona umana, quali, per esempio, la libertà di circolazione e di soggiorno, e persino la stessa libertà personale», G. FERRARI, "Guerra (stato di) in *Enciclopedia del diritto*", cit., p. 826

¹⁷³ G. FIANDACA, "Il 4° comma dell'art. 27 in *Commentario della Costituzione*", cit., p. 346

La concezione della guerra come avvenimento totalizzante, che mette in seria discussione l'integrità territoriale, è ad oggi superata, come si vedrà a breve¹⁷⁴: nel momento in cui non sono compromessi la sopravvivenza e la continuità dello Stato, come si potrebbe giustificare la parziale sospensione e derogabilità dell'Esecutivo? Essendo il potere d'azione del Governo deferito dal Parlamento, si può riconoscere alla discrezionalità delle Camere una capacità di apprezzamento tale per cui una tale ipotesi è *a priori* esclusa? Infatti, nonostante il testo costituzionale nella sua versione finalmente accettata ed entrata in vigore nel 1948 sembra propendere per ritenere per l'impraticabilità di un esercizio dei poteri dell'Esecutivo invasivo delle libertà costituzionali, la dottrina non sembra convinta nel ritenere esaurito il discorso. Dunque, alla luce delle affermazioni degli Autori che ritengono naturale una limitazione delle garanzie costituzionali in tempo di guerra, non resta che trovare ulteriori principi a sostegno di questa tesi, cercando di comprendere piuttosto la funzione teleologica di tali poteri necessari e quale possano essere i fondamenti del loro potere di deroga alla Costituzione.

Ancora una volta, il silenzio della norma fondamentale è una realtà inevitabile, per cui non risulta incontestabile la possibile sospensione dei principi fondamentali, che verrebbe o tacitamente ignorata ed esclusa o accettata¹⁷⁵. Non risulta neanche escludibile in assoluto l'ipotesi che, attraverso la lettura dell'art. 10 co. 1 Cost., si possa accettare la derogabilità dei diritti costituzionali, riconoscendo quindi forse una limitazione degli stessi derivante dal diritto internazionale richiamando la sopra citata normativa dei diritti umani: difatti, «nell'attuale momento storico, l'affermazione e il mantenimento della sovranità dei valori richiede un'azione incrociata tra sovranità nazionale e potestà sovraordinata dell'ordinamento internazionale e degli ordinamenti sovranazionali»¹⁷⁶.

In tal senso «non può non notarsi, tuttavia, che una stretta interpretazione di tali clausole, che sono legge dello stato, manterrebbe come inderogabile la garanzia del solo diritto alla vita, con divieto di tortura, di trattamento inumano, della schiavitù, mentre in linea teorica l'ambito dei diritti limitabili risulterebbe potenzialmente sconfinato»¹⁷⁷ con due precisazioni importanti: la limitazione non può andare oltre a quanto strettamente necessario e deve essere condotta nell'interesse di tutela dei cittadini¹⁷⁸, risultando generalmente accettata e presupposta l'idea che

«la compressione delle situazioni giuridiche attive del soggetto privato, cittadino o straniero o apolide, possa essere maggiormente incisiva a causa dello stato di guerra, non sembra avere fondamento l'opinione secondo la quale il Parlamento può legittimamente conferire al Governo i relativi e corrispondenti maggiori e speciali poteri fuori

¹⁷⁴ Paragrafo 3 di questo stesso capitolo

¹⁷⁵ In merito all'unico stato emergenziale riconosciuto in Costituzione, «è abbastanza pacifico che in un caso tanto estremo sarebbe dato sospendere l'esercizio di talune libertà fondamentali, nella misura imposta dalle esigenze belliche», L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., p. 601

¹⁷⁶ L. GIANFORMAGGIO, "Diritti umani e guerra", cit., p. 64. Ancora, «proprio per le trasformazioni nel ruolo e nell'autocomprensione degli Stati. Il risultato è quello di un abbattimento delle frontiere fra i sistemi giuridici: non si può render conto del diritto statale senza chiamare in causa in qualche misura il diritto sovra-statale e internazionale e viceversa», F. VIOLA, "Pace giusta e guerra giusta. Luci ed ombre del diritto internazionale contemporaneo", in *Rivista di diritto costituzionale* 2003, p. 213

¹⁷⁷ G. DE VERGOTTINI, "Nuovi profili della guerra e rapporti parlamento-governo in Rivista di Studi Politici Internazionali", cit., p. 397

¹⁷⁸ M. CAVINO, M. MALVICINI, *Le guerre dell'Italia repubblicana*, cit., p. 182

dell'atto legislativo, con una riduzione assai sensibile delle garanzie costituzionali che non appare in alcun caso giustificata»¹⁷⁹.

Pur ammettendo, come già stato fatto in Assemblea costituente, che «la sospensione delle libertà elementari [debba] avere carattere eccezionalissimo»¹⁸⁰ e che «ogni eccezione al principio delle guarentigie costituzionali è sempre un pericolo, anche in caso di guerra»¹⁸¹, ha mancato nel determinare un limite chiaro e manifesto ai poteri necessari attribuiti all'Esecutivo¹⁸². Unica consapevolezza condivisa e raggiunta in dottrina è quella che ritiene che «un sacrificio assoluto delle libertà individuali e collettive non appare praticabile»¹⁸³ anche perché il conferimento dei poteri necessari non può derogare tutto il testo costituzionale in quanto «il legislatore non può attribuire all'autorità di pubblica sicurezza 'poteri discrezionali illimitati'»¹⁸⁴. Ovviamente questa interpretazione incontra un insormontabile ostacolo, già da tempo accettato dalla giurisprudenza costituzionale italiana, vale a dire la teoria dei controlimiti. L'ambivalenza di questa lettura è infatti chiara in quanto si potrebbe argomentare sia per ritenere che il richiamo alla prassi del diritto internazionale dei diritti umani non può applicarsi nell'ordinamento repubblicano in quanto lesivo dei suoi principi fondamentali e affermando che il diritto costituzionale setta degli standard di tutela della persona umana più alti di quanto fatto dal diritto internazionale, che per un adeguamento allo stesso in quanto finalizzato alla salvaguardia dell'ordine costituito e confacente al dovere di difesa alla Patria di cui all'art. 52 Costituzione.

Inter alia, per cercare di contornare e per concludere la trattazione della derogabilità dei diritti costituzionali rimane da prendere in considerazione quale sia la possibile giustificazione e fonte di legittimazione della stessa: conviene fare una precisazione circa due concetti volutamente usati finora come sinonimi, pur essendo due istituti diversi, vale a dire la deroga alla Costituzione e la sospensione della stessa Carta. Il primo è infatti un istituto di carattere generale che si verifica in presenza di specifiche circostanze e che ha come conseguenza la mancata applicazione di una disposizione in via temporanea¹⁸⁵, il secondo invece intacca il piano dell'efficacia della norma costituzionale che viene resa quiescente¹⁸⁶.

Se si considera il potere d'esercizio ex art. 78 quale potere di sospensione della Costituzione si può proporre una possibile lettura motivata dello stesso; per la precisazione,

¹⁷⁹ S. LABRIOLA, "Difesa nazionale e sicurezza dello Stato di diritto nel diritto pubblico italiano in Rivista trimestrale di diritto pubblico", cit., p. 949

¹⁸⁰ Intervento del 2 ottobre 1946 dell'On. Carista, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute I Sottocommissione dal 26 luglio 1946 al 19 dicembre 1946", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 479

¹⁸¹ Intervento del 2 ottobre 1946 dell'On. Mancini, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute I Sottocommissione dal 26 luglio 1946 al 19 dicembre 1946", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 480

¹⁸² «L'argomento del ricorso a normative di eccezione sospensive o limitative di diritti è ben noto e in Italia è stato di solito risolto in modo drastico considerando che non esiste in costituzione una clausola che abiliti gli organi costituzionali ad adottare misure di tal genere per le emergenze interne, quali possono essere quelle legate al terrorismo, che nel caso odierno è tuttavia caratterizzato dalla sua radice internazionale. E in realtà è vero che la Costituzione attuale è sguarnita di previsioni su tali emergenze», G. DE VERGOTTINI, "Nuovi profili della guerra e rapporti parlamento-governo in Rivista di Studi Politici Internazionali", cit., p. 396

¹⁸³ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 322

¹⁸⁴ B. TONOLETTI, "Ordine e sicurezza pubblica in Enciclopedia del diritto", cit., p. 791

¹⁸⁵ G. MORBIDELLI, "Le dinamiche della costituzione", in *Diritto costituzionale comparato*, G. MORBIDELLI, M. VOLPI, G. CERRINA FERRONI (a cura di), Torino, 2020, pp. 121-123

¹⁸⁶ Per approfondimento P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 67 ss.

«la giustificazione della sospensione della costituzione viene rinvenuta o nel principio di necessità che assurge in tal modo a fonte di diritto, operante quando il sistema delle fonti di produzione disciplinato dalla costituzione non è più sufficiente ad assicurare la difesa delle istituzioni, oppure ancora nel principio di necessità, non come fonte, ma come mera *occasio*»¹⁸⁷.

Nel capitolo precedente, si è accennato ad un'interpretazione dottrinale che facesse presupporre che l'art. 78 potesse essere considerato come una fonte normativa *sui generis*, unica nel suo genere e nell'ordinamento repubblicano, vale a dire una fonte fatto di rango costituzionale. Nonostante la contraddizione in termini, tale fonte di produzione potrebbe in qualche modo avallare la tesi di un possibile potere implicito di sospensione alle disposizioni della Costituzione in nome del principio di conservazione dell'assetto costituzionale: in tal caso, precisamente, si potrebbe argomentare che il potere di eccezione alla Costituzione è sottointeso ed intrinseco alla disciplina dello stato di guerra, trovando quindi legittimazione nella stessa Carta costituzionale *ex se*, non necessitandosi di alcuna disposizione *ad hoc*¹⁸⁸. Tuttavia, tale lettura esegetica non ha trovato seguito né tra gli Autori né in una conferma giurisprudenziale¹⁸⁹, e si è già visto quanto questo potere di autolegittimazione sia stato catastrofico in Germania lo scorso secolo, lasciando quindi ancora una volta aperto del dibattito.

Infatti, la discussione sul quesito circa una possibile o meno derogabilità alla Costituzione è intimamente legata alla preoccupazione angosciante del rapporto fra autorità e libertà, che «qualora venisse modificato in modo essenziale il contenuto di taluno di quei diritti, verrebbe ad essere turbato proprio quell'equilibrio del rapporto dialettico ora menzionato, e quindi modificata la forma di governo del paese»¹⁹⁰, e della sopravvivenza e continuità stessa della norma fondamentale in tempo di guerra: bisogna chiedersi se in realtà il silenzio costituzionale circa la disciplina da adottare per fronteggiare «la più penetrante, e perciò la più responsabile cognizione delle possibilità del Paese di affrontare quell'esperienza totale ed impietosa che è la guerra»¹⁹¹ non sia in realtà prodromo alla preoccupazione, e soprattutto la rassegnazione, di legare le sorti della Carta a quella della guerra. L'attuale testo costituzionale, infatti, può tranquillamente considerarsi il lascito del precedente conflitto mondiale: la storia ha più volte ribadito quanto la guerra sia un una realtà fenomenologica che distrugge l'ordine costituito anticipando nuove riforme, un «passaggio di requie tra un momento eccezionale e un altro, passaggi per altro inframmezzati dalla messa a punto di un nuovo ordinamento politico-costituzionale il quale, però, inevitabilmente, salta in aria ogni volta [che] la ruota del potere riprende a girare»¹⁹². In tal senso il *diffuso imbarazzo*¹⁹³ dei Costituenti di non dedicare una

¹⁸⁷ *Id.*, p. 123

¹⁸⁸ «Gli ordinamenti prevedono o comunque consentono in via implicita la temporanea paralisi delle regole ordinarie, in funzione di estrema difesa dello Stato. Anche ove le carte costituzionali difettino di disposizione *ad hoc*, è opinione comune che la situazione di emergenza legittimi *ex se* l'adozione di misure eccezionali, il cui fine sia quello di assicurare la conservazione dello Stato e che appunto mettono da parte la stessa costituzione», *ibid.*

¹⁸⁹ Come è facile immaginare mancando il paradigma costituzionale di un'effettiva applicazione

¹⁹⁰ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 54

¹⁹¹ G. FERRARI, "Guerra (stato di) in Enciclopedia del diritto", cit., p. 823

¹⁹² C. CASSINA, "La regola nell'eccezione. Considerazioni sul caso francese", cit., p. 21

¹⁹³ L. CARLASSARE, "Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati", in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), Milano, 1990, p. 481 ss.

disciplina costituzionale appositamente alla faccenda potrebbe essere dovuto all'acquiescenza che, essendo in gioco la continuazione stessa dell'ordine costituito e della Carta stessa, sia deleterio e sterile trattare il fenomeno bellico, essendo la guerra una «condizione [...] eccezionale [...] estranea alle regole costituenti l'ordinamento normalmente vigente»¹⁹⁴, ma anzi un «ordine straordinario, che vive ai margini dell'ordinamento giuridico»¹⁹⁵. La natura giuridica della guerra incontra quindi la barriera insuperabile della realtà metafisica fattuale del *bellum*, rimandando la definizione del conflitto quale situazione di fatto che ammette la logica secondo cui in 'silent leges inter arma'¹⁹⁶ possa trionfare la 'salus rei publicae suprema lex'.

2. I limiti disattesi del principio di ripudio alla guerra ex art. 11 costituzione

La deliberazione dello stato di guerra, in quanto previsione di situazione di diritto costituzionale, si inserisce nell'ordinamento repubblicano, coordinandosi con i principi e i valori consacrati nella norma fondamentale. Come già evidenziato, la lettura della disciplina dell'art. 78 non può non presupporre un esercizio di discrezionalità politica delle Camere, discrezionalità che comunque deve essere limitata alla luce del principio di ripudio della guerra di cui all'art. 11 Cost., il quale si rammenta ricoprire un'importanza tale nell'ordinamento repubblicano¹⁹⁷, da non essere meramente una norma di natura programmatica, avendo la stessa già da tempo trovato 'un'inaspettata applicazione pratica'¹⁹⁸, ed anzi incarnando il *fil rouge* del pacifismo costituzionale e democratico della Repubblica¹⁹⁹ e il «valore costituzionale [...] prioritario condizionante la interpretazione delle clausole afferenti alla guerra»²⁰⁰.

Rimandando a quanto detto precedentemente circa l'analisi della disciplina della deliberazione, non resta che constatare che l'azione della forza armata della Repubblica si dovrebbe sviluppare specularmente alla definizione delle limitazioni derivanti dal rispetto di tale principio, limitazioni che bisogna chiedersi se effettivamente incontrate in questo mezzo secolo di storia italiana.

Innanzitutto, rileva chiedersi cosa si intenda per 'principio di ripudio della guerra'.

Tale interrogativo è indispensabile in quanto l'indagine del principio costituzionale in esame è fondamentale non solo per una piena comprensione della sua portata nel tempo attuale, «ma anche per saggiarne eventualmente i limiti, coincidenti, in larga parte, con quelli propri della pretesa del diritto di regolare la dimensione pubblico-politica dell'umana esperienza»²⁰¹, cui si ascrive perfettamente il fenomeno bellico.

La lettera dell'art. 11 Cost. ripropone l'essenza del *bellum* quale fatto sconvolgente

¹⁹⁴ P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 66

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ CICERONE, "Pro T. Annio Milone oratio", in *Le orazioni*, Torino, 2001, p.1025

¹⁹⁷ S. BELLOMIA, "Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana", in *Radici storiche e prospettive del federalismo*, Cagliari, 1989, p. 111. O ancora, V. ONIDA, "Guerra, diritto, Costituzione", in *Il Mulino* 1999, p. 959

¹⁹⁸ R. BIN, "Art. 11", in *Commentario breve alla Costituzione*, cit., pp. 69-70

¹⁹⁹ A. ALGOSTINO, "Pacifismo e movimenti fra militarizzazione della democrazia e Costituzione" in *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra. Atti del seminario di Roma (1° aprile 2022)*, G. AZZARITI (a cura di), Napoli, 2022, pp. 68-72

²⁰⁰ G. DE VERGOTTINI, "Il crescente uso della forza: riflessi costituzionali", in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti* 2012, p. 5

²⁰¹ M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2010, p. 22

lo Stato-comunità²⁰² come facilmente ravvisabile dall'utilizzo delle espressioni 'Italia'²⁰³ e 'altri popoli'. Tale forte correlazione è maggiormente enfatizzata in questa seconda locuzione²⁰⁴ in quanto la nozione stessa di 'popolo' rifugge dalla 'semplice' concettualizzazione dello Stato-apparato²⁰⁵, quale meccanismo burocratico-amministrativo centralizzato, a favore del riconoscimento del rifiuto della guerra quale nuovo strumento di dialettica del 'diritto delle genti' nel diritto internazionale²⁰⁶: il ripudio all'uso della forza si concretizza, invero, quale

«impegno costruttivo verso una maggiore eguaglianza e giustizia tra le genti²⁰⁷ [e] come processo inesauribilmente diretto, mediante un'appropriata azione di politica estera, ad incrementare le occasioni di scambio tra i popoli in modo da favorire la interdipendenza reciproca e, quindi la riduzione delle distanze e delle disparità economiche, sociali e culturali»²⁰⁸.

In tal senso, essendo figlia del suo tempo, la disposizione costituzionale vuole eludere una possibile lettura restrittiva, che permetterebbe quindi di muovere guerra nei confronti di comunità che non siano riconosciute o dallo Stato italiano o, più in generale, dalla Comunità internazionale quali Stati effettivi, sottolineando quanto sia invece profonda l'insofferenza verso 'l'uso delle armi'²⁰⁹.

²⁰² «Non dispiaccia all'Assemblea ch'io la trattenga, come al solito per breve tempo, su quanto il progetto di Costituzione stabilisce circa l'argomento guerra, circa questo evento fatale che scuote profondamente la vita dei popoli [...] E, quando dico politica, mi riferisco non soltanto alla politica estera, ma anche a quella interna, cioè alla preparazione degli animi dei cittadini che dovranno affrontare la morte ed i sacrifici che la guerra impone.», Intervento On. Bencivenga in data 13 marzo 1947

²⁰³ Tale termine è da intendersi sia in riferimento allo Stato- apparato che allo Stato-comunità, M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 82-83. Entrambi devono rispettare tale principio, «sia a non stipulare trattati che autorizzino oppure obblighino a muover guerra nelle forme vietate dall'art. [ovverosia l'art. 11 Costituzione] stesso, sia a non porre in essere qualunque altro atto di politica internazionale contrario ai suoi dettami», A. CASSESE, "Artt. 10-12", in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1975, p. 575

²⁰⁴ «Le medesime considerazioni relative al coinvolgimento nel fenomeno bellico di soggetti non esclusivamente riconducibili allo Stato-apparato valgono, a maggior ragione, con riferimento al secondo dei due soggetti evocati alla prima proposizione dell'art. 11 Cost., ovvero gli 'altri popoli', diversi – dunque – da quello cui *uti cives* apparteniamo» M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 31

²⁰⁵ Applicandosi sia a quest'ultimo, in quanto Stato-persona, che allo Stato-comunità, A. COSSIRI, "L'art. 11", in *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 89 ss.

²⁰⁶ Art. 1 Statuto delle Nazioni Unite. Il principio di uguaglianza dei popoli, così come consacrato dallo Statuto delle Nazioni Unite sembra suggerire una forte limitazione dell'uso della forza nei rapporti internazionali. M. PANEBIANCO, "Nazioni unite (ONU)", in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, p. 3. Poi ripreso da A. BERNARDINI, "ONU non deviatà o NATO", in *Teoria del diritto e dello Stato* 2002, p. 33

²⁰⁷ In tal senso siffatta enunciazione del principio di ripudio della guerra rappresenterebbe il più alto tentativo di «trasferire sul piano internazionale quei principi di libertà, di eguaglianza e di sostanziale rispetto della persona umana, che si voleva affermare ed attuare nell'ordine interno», A. CASSESE, "Politica estera e relazioni internazionali nel disegno emerso alla Assemblea costituente", in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, U. DE SIERVO (a cura di), Bologna, 1980, p. 519

²⁰⁸ L. CHIEFFI, "Il diritto all'ingerenza armata a fini umanitari", in *Violazione e tutela dei diritti umani*, T. GRECO (a cura di), Pisa, 2001, p. 89

²⁰⁹ «Ora, esaminando i primi articoli del progetto, incontriamo subito un articolo di una importanza enorme e fondamentale, che caratterizza veramente la nuova epoca storica che si è iniziata. È un articolo che fa onore alla Costituzione italiana, al popolo italiano, e alla Commissione dei 75, che ha dimostrato una grande sensibilità politica, storica e morale. Con detto articolo il popolo italiano dimostra d'essere all'avanguardia dei popoli che lavorano per l'organizzazione di una pace internazionale. L'articolo 4 che afferma: 'L'Italia rinunzia alla guerra come strumento di conquista', dice un[a] cosa veramente solenne. La guerra, questa follia, questo crimine che sempre ha perseguitato nei secoli l'umanità, perché l'umanità è stata sempre lontana, ed è ancora lontana, da quella forma di civiltà che sia veramente degna dello spirito umano, noi vogliamo eliminarla per sempre, e quindi rinunziamo a questi mezzi di conquista, perché riconosciamo che tutti i contrasti, che qualsiasi contrasto, per

In Costituente, sempre richiamando il contesto storico sotto gli occhi i deputati dell'Assemblea, è innegabile che l'utilizzo di una tale perifrasi sia congeniale ad evitare l'inizio di una possibile nuova campagna imperialista. Infatti, l'impostazione finalmente adottata in Costituzione delinea una nuova sensibilità per quanto riguarda la questione coloniale che vuole prendere le distanze rispetto alla politica estera europea del XIX secolo.

A seguito del trattato di Parigi (10 febbraio 1947) l'Italia era stata costretta a rinunciare completamente a tutte le sue colonie; quest'ultime erano per lo più tuttavia un'eredità della politica estera fascista²¹⁰, e/o alla luce dei futili bisogni di autocelebrazione²¹¹ del primo Novecento (quale ad esempio alla guerra di Libia o d'Etiopia²¹²) il lascito del colonialismo comune alle Potenze europee: è chiaro quindi che la nuova Repubblica abbia voluto discostarsi dal precedente regime²¹³, evitando di adottare le sue stesse mire espansioniste²¹⁴ e imperialiste²¹⁵.

quanto grave, per quanta aspro, può sempre essere risolto col ragionamento, poiché il ragionamento — dobbiamo riconoscerlo — rappresenta l'arma più poderosa dell'uomo», Intervento del 8 marzo dell'On. Damiani, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 279

²¹⁰ Che secondo le parole di Togliatti è da imputare alla sconfitta e distruzione del Paese durante la Seconda guerra mondiale. Intervento in data 3 dicembre 1946 del. On. Togliatti in La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute dal 26 luglio 1946 al 19 dicembre 1946", Camere dei deputati-Segretariato generale, Roma, 1971, p. 753. Ancora, «tale orientamento intendeva immettere nel nuovo testo costituzionale, che si andava ad approvare, una esplicita denuncia della guerra come strumento per il perseguimento della supremazia politica che aveva condotto [...] il nostro Paese verso un'umiliante sconfitta e una profonda distruzione», M. CARTABIA, L. CHIEFFI, "Art. 11", in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, p. 265

²¹¹ «Ma non farà ridere all'estero l'idea che noi, che siamo sotto il dominio di fatto di altri popoli, e siamo ora deboli e inermi, ci prendiamo il lusso di darci per primi questa specie di obbligo morale, che non vogliamo la guerra di conquista? Vinti e umiliati ora ingiustamente, vogliamo darci il lusso di rinunciare a guerre e a conquiste? Tutto ciò mi fa ricordare quanto male fanno queste affermazioni di vanagloria. Il ridicolo è in Italia contagioso», Intervento NITTI in data 18 marzo 1947

²¹² «Il ricorso alla guerra è escluso ove questa si presenti come offensiva alla libertà di altri popoli – formula in verità piuttosto ampia ed elastica, ma che vale per lo meno ripudio della guerra di conquista e di colonizzazione, di cui la guerra per l'Etiopia può essere un esempio e crudo ricordo! -, o la guerra venga adoperata come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali», A. AMORTH, *La costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, p. 46

²¹³ «E un nostro diplomatico si concede il lusso di dichiarare che noi non pensiamo ad avere alcun pezzo del territorio cinese, che l'Italia non ha mire imperiali! Credete che ciò non esponga all'ilarità? Queste cose cui noi rinunziamo, queste cose che non possiamo fare, ma a cui rinunziamo, non contribuiscono certo alla nostra serietà nel mondo. Noi dobbiamo mantenerci nel campo della realtà; non dare alcun esempio di vanità ridicola. Il fascismo ci aveva abituato a queste concezioni irreali, quando, nei suoi progetti, conquistava e divideva il mondo. Noi non abbiamo la possibilità di rinunziare, per molti anni, ad alcuna guerra e ancor più ad alcuna conquista, in quanto non abbiamo la possibilità di farne. Perché assumiamo queste forme ridicole di rinunzia che non sono da noi? La cosa che rende triste è la vanità senza forza. Non diamo questo esempio di poca serietà e soprattutto di poca energia morale. Noi non dobbiamo rinunziare a niente, tanto più se non possiamo fare alcuna delle cose a cui diciamo di rinunziare. Prendiamo dunque quello che è reale e limitiamoci a rimanere nei limiti della nostra reale situazione», Intervento NITTI in data 18 marzo 1947

²¹⁴ «Non mi sembra, per altro, che il concetto espresso in questa parte dell'articolo 4 sia completo, perché lo Stato può anche altrimenti che con una guerra comprimere le libertà di un altro popolo: si pensi, per esempio, all'esercizio di un protettorato o all'amministrazione di una colonia: in tale esercizio possono essere compresi i diritti del popolo amministrato. E l'articolo 4 non dice nulla, mentre anche questo concetto è scolpito nel preambolo della Costituzione francese, laddove è detto che la Francia non intraprenderà alcuna guerra e non adopererà la forza contro la libertà di un altro popolo. Occorre, a mio avviso, adunque integrare la disposizione. In questo senso io propongo che l'articolo 4 sia redatto nel modo seguente: 'L'Italia non intraprenderà alcuna guerra di conquista né userà mai violenza alla libertà di alcun popolo, ecc.'», Intervento del 13 marzo 1947 dell'On. Crispo, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 366

²¹⁵ «In omaggio a questa concezione umana della vita, che fa contrasto con superate 'mistiche' basate sullo spirito di imperialismo e di oppressione, l'Italia rinuncia alla guerra come strumento di conquista e di offesa e consente alle limitazioni di sovranità necessarie ad una organizzazione internazionale che assicuri la pace e la giustizia tra i popoli in condizioni di reciprocità e di eguaglianza. E Dio voglia che questa non sia soltanto una generosa utopia

Allo stesso modo, in maniera forse predittiva rispetto al fenomeno di decolonizzazione che da lì a poco avrebbe coinvolto le altre Potenze europee, si è voluto fortemente evitare che la Repubblica potesse intervenire per reprimere eventuali rivolte della popolazione civile delle zone interessate, rivolte volte a rivendicare la propria indipendenza in nome del principio di autodeterminazione²¹⁶, il quale verrà poco più tardi riconosciuto nel diritto internazionale²¹⁷. Precisamente, come precisato dalla Corte costituzionale, l'azione bellica, precedentemente intesa quale «atto di violenza per costringere l'avversario a eseguire la nostra volontà»²¹⁸, non è più finalizzata 'Stato di potenza' che impone con la forza i propri interessi, ma anzi viene sempre più legata «all'idea della garanzia della libertà dei popoli e dell'integrità dell'ordinamento nazionale»²¹⁹ rappresentando ancora ad oggi, almeno formalmente, il connubio tra sfera interna e internazionale, «simbiosi fra il principio pacifista e il principio internazionalista»²²⁰.

Inter alia, si rammenta che l'atto di riconoscimento di una determinata collettività in un soggetto primario di diritto internazionale, ovverosia l'atto di riconoscimento da cui deriva l'attribuzione dello status giuridico annesso di 'Stato', si declina di regola in un atto avente natura unilaterale e politica. Precisamente, l'atto di riconoscimento di un altro Stato è un atto per definizione prettamente e meramente discrezionale e politico, non dovendo per questo stesso motivo adempiere ad alcun presupposto di natura giuridica. In tal senso, non rimandando il divieto alla soggettività statale ma anzi alle comunità, si esclude che un atto politico discrezionale possa essere usato come pretesto per eludere il principio di ripudio della guerra, il quale dunque si delinea non tanto per un suo rispetto assolutamente escludente *a priori* un qualsiasi uso della forza, quanto per un'impostazione completamente lontana da una qualsiasi aggressione alla libertà degli altri popoli²²¹ («la rinuncia alla guerra, consacrata nell'articolo 4, non va intesa in senso pacifista assoluto, cioè nel senso di rinuncia al diritto e al dovere di difesa del territorio, dell'indipendenza, della libertà, della Costituzione, ma come ripudio delle guerre di aggressione, di predominio, di compressione della libertà altrui»²²²); si conclude quindi che il principio di ripudio della guerra, in quanto tra l'altro «sorta di autolimitazione meramente 'potestativa' e unilaterale dei poteri statali»²²³, possa dipendere da un altro atto potestativo e unilaterale quale l'atto di riconoscimento proprio del diritto internazionale. Infatti, in

del nostro popolo, ma una aspirazione comune a tutta l'umanità, dopo la tremenda lezione dell'ultimo conflitto. Pace fra i popoli, ma anche pace fra il popolo italiano», Intervento del 5 marzo dell'On. Tupini, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 170. Invero, «la dottrina evidenziava soprattutto come i redattori della norma avessero voluto rifiutare le esasperazioni del nazionalismo per aprirsi invece alla collaborazione con altri Stati, al fine di difendere e promuovere attivamente la pace, la giustizia e l'unione tra i popoli», D. CABRAS, "Il 'ripudio della guerra' e l'evoluzione del diritto internazionale", in *Quaderni costituzionali* 2006, p. 299

²¹⁶ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, 1993, p. 158

²¹⁷ Assemblea generale Nazioni Unite, risoluzione n. 1514 (1960) del 14 dicembre 1960

²¹⁸ V. C. VON CLAUSEWITZ, "Della guerra", G.E. RUSCONI (a cura di), Torino, 2000, p. 17

²¹⁹ Corte costituzionale, sentenza del 18 maggio 1999, n. 172

²²⁰ A. ALGOSTINO, "Il senso forte della pace e gli effetti collaterali della guerra sulla democrazia", in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti* 2022, p. 2

²²¹ «Inoltre, la prima ipotesi è pacificamente considerata una *species* del più ampio *genus* costituito dalla categoria 'controversi internazionale' che il costituente ha espressamente indicato per dare maggiore enfasi al rispetto della libertà e della dignità dei popoli e per proiettare e promuovere tale rispetto anche nell'ambito della comunità internazionale. Di particolare rilievo è, infine, il riferimento al concetto di popolo e non di Stato, cui consegue la illiceità di una guerra condotta contro (oppure, viceversa, la liceità della guerra a tutela della) libertà di un popolo assoggettato alla sovranità di uno Stato, ossia privo dei requisiti della sovranità e della indipendenza», A.A.V.V., "La guerra e i singoli ordinamenti costituzionali: il caso dell'Italia", cit., p. 219

²²² Intervento On. Assennato in data 17 marzo 1947

²²³ P. G. GRASSO, "Guerra (disciplina costituzionale della guerra)", in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, p. 4

quanto atto dichiarativo e non costitutivo della soggettività statale, la decisione di riconoscere o meno uno Stato è presa in base a «valutazioni circa l'effettività e l'indipendenza del nuovo stato, spesso alla luce di criteri politici»²²⁴: laddove si fosse ancorato il principio ex art. 11 a tale discrezionalità politica si sarebbe di fatto reso lo stesso privo di consistenza giuridica e vuoto di un qualsiasi effettivo significato. In tal senso la sacralità del principio quivi esaminato viene sottratto al circuito politico-strategico, assurgendo a regola guida nella conduzione delle relazioni internazionali italiane e facendo in modo che il suo rispetto trascenda qualsiasi *impasse* legato al *nomen* giuridico dato all'avversario o al soggetto verso cui si indirizza l'azione armata.

A partire della nascita dello stato moderno e l'instaurazione dell'ordine westphaliano quale punto di svolta per la fase di 'costituzionalizzazione' del fenomeno bellico, la guerra, o comunque più in generale l'uso della forza, diviene fonte di dialogo costante tra diritto statale e diritto sovranazionale, tra ordinamento particolare e ordinamento generale²²⁵: tale dialettica è resa possibile senza dubbio dall'apertura dell'ordinamento costituzionale alle regole della Comunità internazionale, in virtù della coincidenza sul punto tra diritto interno e diritto internazionale²²⁶, pur non pendendo completamente a favore di quest'ultimo alla luce della rigidità della norma fondamentale²²⁷.

Il discorso sull'analisi della disposizione in esame non si esaurisce, tuttavia, nella scelta dei Costituenti di esplicitare la forte correlazione tra il fenomeno bellico e la nozione dello Stato-comunità. Per la precisione anche la decisione della dicitura utilizzata nel delineare questo principio, e 'l'intensità' con cui lo stesso dovesse essere rispettato, è peculiare ed è frutto di diverse discussioni.

Il testo iniziale precisava, invero, che «l'Italia rinunzia[va] alla guerra come strumento di conquista e di offesa alla libertà degli altri popoli e consente, a condizione di reciprocità e di eguaglianza, le limitazioni di sovranità necessarie ad una organizzazione internazionale che assicuri la pace e la giustizia tra i popoli»²²⁸. La nuova Repubblica, infatti, si pone fin dal principio in netta contraddizione rispetto a una possibile guerra d'aggressione: in Assemblea costituente, infatti, i deputati, in nome della pace, ribadirono la profonda avversione per la partecipazione ad un conflitto («noi rinunziamo alla guerra; non vogliamo più sentirne parlare [...]

²²⁴ E. GREPPI, "La proclamazione dell'indipendenza del Kosovo e il diritto internazionale", in *Istituto per gli studi di politica internazionale*, 2008, p. 1

²²⁵ A. APOSTOLI, "L'Italia è una Repubblica democratica fondata anche sul principio pacifista", in *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra? Atti del seminario di Roma (1 Aprile 2022)*, cit., p. 141

²²⁶ Specificamente si sottolinea la coincidenza della distinzione tra liceità e illiceità sulla questione dell'uso della forza adottata nella Costituzione e nella Carta delle Nazioni Unite, M. DOGLIANI, "Il valore costituzionale della pace e il divieto della guerra", in *Guerra e Costituzione. Atti del Convegno dell'Università degli Studi "Roma tre"*, cit. p. 37

²²⁷ Si pensi al principio dei controlimiti per cui le limitazioni della sovranità della Repubblica non possono permettere l'immissione nell'ordinamento di precetti che contrastino con le finalità e gli scopi propri della norma fondamentale, A. CASSESE, "Artt. 10-12 in Commentario della Costituzione", cit., p. 585. Più in generale, qualora si ammettesse un'effettiva limitazione della sovranità dello Stato tale da modificare la Costituzione (con l'esclusione dei principi generali), occorrerebbe un apposito procedimento di revisione costituzionale, G. VEDOVATO, "I rapporti internazionali dello Stato", in *Commentario sistematico alla costituzione italiana*, cit., p. 97. Ancora, «Il principio pacifista e, in esso, il ripudio della guerra rappresentano un controlimite a fronte di qualsivoglia consuetudine internazionale e obbligo internazionale volti ad estendere l'ambito della legittima difesa (rispetto all'attacco armato ad un territorio), vuoi introducendo l'ossimoro della guerra umanitaria vuoi l'aggressione mascherata della guerra preventiva vuoi ricorrendo ad una interpretazione 'estensiva' della Responsibility to Protect», A. ALGOSTINO, "Pacifismo e movimenti fra militarizzazione della democrazia e Costituzione", cit., p. 76

²²⁸ Art. 4 Progetto per la Costituzione

vogliamo lavorare pacificamente; non vogliamo più la violenza [...] quest'odio alla violenza, questo odio alla guerra sarà appunto l'orientamento nuovo del popolo»²²⁹). Il senso di ripugnanza e *riprovazione profonda*²³⁰ per l'uso delle armi, stemperata solo in caso di legittima difesa²³¹, ha portato anche alla proposizione di una nuova formula maggiormente incisiva sul punto: invero, vi è stata una proposta di emendamento della disposizione in esame affinché venisse sostituito il verbo adoperato²³². Laddove fosse stata approvata, il nuovo articolo avrebbe quindi enfatizzato il senso di insofferenza e di assoluta stigmatizzazione del fenomeno bellico, *condannando*²³³ l'utilizzo della guerra nella gestione delle crisi internazionali; tale verbo avrebbe dovuto sottolineare la sensazione di insofferenza alla luce della più recente «affermazione forte, anzi fortissima»²³⁴ delle nuove istanze pacifiste internazionali. Infatti, mentre il verbo 'rinunciare' rimanda a una dimensione volitiva, un rifiuto di disporre di uno strumento considerabile lecito; il verbo 'condannare' accompagna a questa rinuncia una stigmatizzazione del *bellum* quale fatto illecito meritevole di punizione e ripugnanza.

Benché la nuova formulazione riflettesse in maniera più evidente la scelta assolutamente pacifista fatta propria dalla nuova Repubblica e l'apprezzamento del forte spirito antibellico italiano, in Costituente, vi fu chi criticò la nuova espressione, ritenendola filosofica ma poco giuridica, alla luce del fatto che «la Costituzione non è una specie di libro della discrezione, una raccolta di precetti morali, per cui si condanna in astratto una determinata norma, un determinato modo di procedere»²³⁵, e sottolineando invece che «la Costituzione è la legge, anzi la legge fondamentale, che permette o non permette, e non giudica sulla bontà morale, sulla bontà in astratto di determinate norme»²³⁶.

Ad ogni modo, il risultato dell'odierno art. 11 Cost. risente delle discussioni in Costituente avvenute il 24 marzo 1947: su proposta dell'On. Zigari si introdusse il dibattito per l'approvazione del termine da cui deriva la denominazione dell'odierno principio di ripudio della guerra. Nonostante la contestazione circa l'effettiva incisività della nuova terminologia proposta²³⁷, la votazione si risolse con un risultato favorevole; infatti, si argomentò che «si tratta[va] anzitutto di scegliere fra alcuni

²²⁹ Intervento del 8 marzo 1947 dell'On. Damiani, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 279

²³⁰ D. GALLO, "Costituzione italiana e movimento per la pace", in *Questione giustizia* 1984, p. 289

²³¹ «Ci può essere il pugno nell'occhio; ma il pugno nell'occhio non fa onore a chi lo dà; e chi lo riceve potrà difendersi: allora è legittima la sua difesa. Però dobbiamo sostenere sempre la negazione dell'atto di violenza, bisogna sentire la ripugnanza più acuta per l'atto di violenza», Intervento del 8 marzo 1947 dell'On. Damiani, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 279

²³² «Quindi, io credo che questo articolo debba venir soppresso, o, se questa Assemblea sarà del parere che l'articolo va mantenuto, lo sostituirei con il seguente: 'L'Italia condanna il ricorso alle armi nelle controversie tra le Nazioni e consente'», Intervento On. RUSSO PEREZ in data 14 marzo 1947

²³³ La nuova lettera dell'art. 4 del progetto della Costituzione enfatizzava quest'ultimo affermando che 'l'Italia condanna la guerra'

²³⁴ L. CARLASSARE, "Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari", in *NATO, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, N. RONZITTI (a cura di), Milano, 2000, p. 158

²³⁵ Intervento del 17 marzo 1947 dell'On. Treves, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 460

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ «Ora, per me, la dizione «rinuncia» è assai più estesa ed assai più concreta di quello che possa essere la parola 'ripudio'. Ma io non debbo soffermarmi in questa prima parte, perché a me interessa la seconda parte, nella quale trovo che l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento internazionale che assicuri la pace e la giustizia fra i popoli», Intervento del 24 marzo 1947 dell'On. Bastianetto, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente", Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 608

verbi: rinunzia, ripudia, condanna, che si affaccia[va]no nei vari emendamenti»²³⁸ portando alla scelta finale della Commissione di credere che

«mentre ‘condanna’ ha un valore etico più che politico-giuridico, e ‘rinunzia’ presuppone, in certo modo, la rinunzia ad un bene, ad un diritto, il diritto della guerra [...], la parola ‘ripudia’, se può apparire per alcuni richiami non pienamente felice, ha un significato intermedio, ha un accento energico ed implica così la condanna come la rinuncia alla guerra»²³⁹.

In tal modo, attraverso l’espressione verbale finalmente adottata «si è inteso negare in radice la sussistenza in capo all’ordinamento costituzionale di un *ius ad bellum* originario a cui successivamente si sarebbe fatto meno, ritenendo tale impostazione ‘inconcepibile’»²⁴⁰.

Benché l’impostazione pacifista costituzionale escluda una qualsiasi partecipazione ad un conflitto al di fuori della logica della difesa del territorio e degli interessi della Repubblica, lettura che dunque mal si concilia anche col semplice invio delle armi, il recente invio degli armamenti allo Stato ucraino si configurerebbe comunque come una partecipazione italiana al conflitto derivante dal d. l. del 28 febbraio 2022 n. 16²⁴¹ in possibile contraddizione con l’art. 11 Cost.

Nonostante, tuttavia, la sacralità che tale principio ricopre nell’ordinamento repubblicano costituzionale, rileva sottolineare forse l’unica limitazione che la norma fondamentale riconosce a tale principio, oltre che ovviamente la legittimità dell’azione bellica in caso di difesa: il testo dello stesso articolo 11 prosegue, invero, affermando che si consentono limitazioni alla sovranità della Repubblica in condizioni di parità con gli altri Stati, affinché si possa garantire un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni²⁴² e per questo motivo si «promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo»²⁴³.

Per la precisione, nonostante fosse stato stabilito che «il ‘ripudio della guerra’, in quanto principio costituzionale supremo non modificabile neanche attraverso una legge di revisione costituzionale, non consenta in alcun caso di giustificare la partecipazione dell’Italia ad una guerra sulla base della seconda parte dell’articolo in esame»²⁴⁴, l’adesione ad alleanze politico-militari ‘occidentali’ aveva lo scopo precipuo di rafforzare la sicurezza esterna dallo Stato, fungendo quindi da deterrente

²³⁸ Intervento del 24 marzo 1947 dell’On. Ruini, in “La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente”, Camera dei deputati-Segretariato generale, cit., p. 609

²³⁹ *Id.*, pp. 609-610

²⁴⁰ M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell’ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 34

²⁴¹ «Il ripudio – forte – della guerra (basti ricordare come il termine «ripudia» fu scelto dai costituenti rispetto a ‘condanna’ e ‘rinunzia’ perché più ‘energico’), come noto, contempla solo l’eccezione della guerra di legittima difesa ed è inscindibilmente legato all’azione per la pace: dunque, ne consegue per l’Italia l’obbligo di perseguire il “cessate il fuoco” e una soluzione pacifica, mentre l’invio di armi (di cui all’art. 1 del decreto legge n. 16 del 28 febbraio 2022) si configura come una forma di partecipazione alla guerra, in quanto tale vietata», o ancora «la doverosa solidarietà nei confronti del popolo ucraino aggredito – senza dimenticare che essa è/dovrebbe essere un principio universale, seguito nei confronti di tutti i popoli oppressi e di tutti i rifugiati – deve seguire le vie della pace (nell’orizzonte del “si vis pacem para pacem”), in coerenza con la volontà di rifuggire, e non prolungare, la spirale di violenza e di sofferenza che la guerra reca con sé», A. ALGOSTINO, “Il senso forte della pace e gli effetti collaterali della guerra sulla democrazia in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*”, cit., pp. 1-2

²⁴² Cfr. Art. 11 Costituzione

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ D. CABRAS, “Il ‘ripudio della guerra’ e l’evoluzione del diritto internazionale in Quaderni costituzionali”, cit., p. 299

contro eventuali aggressioni o invasioni di altre Potenze nemiche²⁴⁵: tale paradosso è invero risultato dello stesso articolo 11 quale norma posta ‘maldestramente’ dai Costituenti a consacrare le istanze pacifiste del Dopoguerra²⁴⁶ e come sotterfugio per scavalcare il principio tassativo di cui prima parte art. 11²⁴⁷. Nonostante l’iniziale funzione pedissequamente deterrente e difensiva rivendicata dalle alleanze occidentali, in occasione di crisi internazionali e conflitti non direttamente coinvolgenti la Repubblica, la prassi ha dimostrato che, malgrado una preoccupante propensione a dichiararsi neutrale, non assumendo quindi lo status di potenza belligerante o cobelligerante²⁴⁸, ma anzi aderendo «a missioni sempre più ‘militari’ e sempre meno ‘di pace’»²⁴⁹, la partecipazione della Repubblica a missioni internazionali armate è stata facilitata dal rispetto di obblighi internazionali pattizi, dovendo prestare assistenza ai suoi alleati. La dimensione deontica del divieto all’uso della forza è stata compressa, in nome di giustificazioni alquanto contestabili. Su tale punto conviene quindi soffermarsi per un’analisi più attenta.

2.1. Il concetto odierno di neutralità come escamotage a tale rifiuto

Alla luce di quanto appena abbozzato, rileva quindi interpretare la finalità del principio del ripudio della guerra tenendo conto della seconda parte dell’articolo in esame: tralasciando il discorso della spendibilità dell’espressione per l’ingresso, assieme all’art 117 Costituzione, del diritto europeo (*European clause*), conviene piuttosto sottolineare il rapporto che la stessa intesse con il suddetto principio e quindi la possibilità o meno di entrare in guerra avendo aderito a trattati aventi oggetto un’alleanza militare o, comunque, l’adesione ad un’organizzazione internazionale. Invero, «si desume da questa disposizione che il ricorso alla guerra non sarebbe certamente incostituzionale, ove si tratti di guerra di difesa, e sembra si debba pure ritenere che il ricorso alla guerra di difesa non sarebbe del pari incostituzionale, ove la partecipazione ad una guerra discendesse dall’esecuzione di un trattato di alleanza»²⁵⁰.

Nonostante le speranze in Costituente, condivise senz’altro dalla Comunità Internazionale, di un ‘mondo senza più guerre’ in virtù della volontà di costruire una ‘società uguale e giusta’²⁵¹, la *tragica realtà*²⁵² ha da sempre insegnato che la dialettica della forza governa ancora la ‘convivenza internazionale’²⁵³. In tal senso,

²⁴⁵ S. LABRIOLA, “Difesa nazionale e sicurezza dello Stato di diritto nel diritto pubblico italiano in Rivista trimestrale di diritto pubblico”, cit., p. 969 ss.

²⁴⁶ S. REGASTO, “Costituzione e guerra. I pavidetti Costituenti”, in *Dossier “Pandemia, guerra e pnrr”*, 2022, p. 32 (disponibile su www.saveriani.it/missioneoggi)

²⁴⁷ «In sede normativa si rinviene quindi la conferma esplicita che oggi la Costituzione e la legislazione comportano una rinnovata attenzione per il significato da riconoscersi alla seconda parte dell’articolo 11 con riferimento alla derogabilità del tassativo divieto della prima parte, derogabilità che era stata prevista in vista dell’ingresso dell’Italia nel sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite. La questione si presenta costituzionalmente particolarmente delicata», G. DE VERGOTTINI, “Il crescente uso della forza: riflessi costituzionali”, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, cit., p. 9

²⁴⁸ Come avvenne nel secondo conflitto mondiale

²⁴⁹ L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012, p. 158

²⁵⁰ A. AMORTH, *La costituzione italiana. Commento sistematico*, cit., p. 47

²⁵¹ A. ALGOSTINO, “Pacifismo e movimenti fra militarizzazione della democrazia e Costituzione”, cit., p. 85

²⁵² Un simile risultato sarebbe raggiungibile laddove tutti gli stati rinunciassero alla logica dell’uso della forza poiché il fenomeno bellico non ‘scompare’ per una ‘scelta unilaterale’ di una Potenza, indipendentemente da quanto quest’ultima sia determinante nello scenario internazionale o si impegni effettivamente per la realizzazione di tale progetto, M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, Roma-Bari, 2009, p. 92

²⁵³ A. AMORTH, *La costituzione italiana. Commento sistematico*, cit., p. 47

anche se con certe riserve sull'utilità stessa dell'introduzione di un tal disposto in Costituzione²⁵⁴, «i costituenti non intesero affatto proibire il ricorso alla violenza bellica quando avesse per iscopo di concorrere al mantenimento della pace»²⁵⁵.

Perciò, fu chiaro che, a discapito di chi riteneva il contrario, «il principio del 'ripudio della guerra' non può pertanto essere ritenuto un impedimento al ricorso all'uso della forza in conformità ai principi e agli obiettivi della Carta delle Nazioni Unite»²⁵⁶. Proprio per questo motivo è pacifico pensare che «l'interpretazione logico-sistematica (secondo e terzo alinea) [art. 11 Cost.] consente di ritenere che la regola generale, il ripudio, deve essere interpretata estensivamente mentre l'eccezione, la legittimità, ha un ristretto ambito di applicazione»²⁵⁷.

Il rispetto delle obbligazioni derivanti da organizzazioni implicanti l'uso della forza è tale da giustificare una possibile deroga a una partecipazione ad un conflitto (partecipazione che comunque si può declinare in diversi modi) arrivando addirittura a poter ipotizzare una clausola implicita di 'diritto di guerra di deroga'²⁵⁸ come eccezione al principio affermato nell'art. 11 Cost, indipendentemente dalle ragioni che spingono la Repubblica a farvi parte²⁵⁹ con la sola riserva di agire come stato non belligerante²⁶⁰. Tuttavia, tale clausola derogatoria ha assunto nel corso del tempo una dimensione dapprima limitata per poi, in seguito alla caduta del sistema di Yalta, un'estensione tale da entrare platealmente in conflitto con il dettato costituzionale.

A partire dall'ultimo decennio del '900, nonostante l'interpretazione prevalente qualche decennio prima si fosse attestata nel riconoscere che la prima e la seconda proposizione dell'articolo sopra menzionato siano da leggere in combinato disposto, interpretazione ulteriormente da integrarsi con l'art. 52 co. 1 Cost., rendendo quindi la norma «calibrata in funzione di una posizione dell'Italia quale Stato neutrale»²⁶¹ il cui intervento è esclusivamente ammesso in nome del sacro dovere di difesa della Patria e rilegando quindi l'adesione a organizzazioni internazionali che si attestassero

²⁵⁴ «Non ha niente in contrario alla prima parte dell'articolo, il cui concetto è stato già adottato in altre Costituzioni. Nutre invece forti dubbi sulla seconda parte perché, pur essendo convinto che in relazione all'Organizzazione delle Nazioni Unite potranno stabilirsi delle norme per cui tutti gli Stati debbano consentire a limitazioni della loro sovranità, non vede il motivo di introdurre nella Costituzione un principio di questo genere, che, a suo avviso, è piuttosto materia di trattative e di rapporti internazionali. Data la variabilità dei rapporti internazionali, pensa che farne cenno nella Costituzione vorrebbe dire cristallizzare una materia che è di per se stessa mutevole», Intervento del 3 dicembre 1946 dell'On. Cevelotto in "La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. Sedute dal 26 luglio 1946 al 19 dicembre 1946", Camere dei deputati- Segretariato generale, Roma, 1971, pp. 752-753. Nella medesima occasione, lo stesso per esprimere il suo disappunto su questo 'secondo comma' arrivando addirittura ad ipotizzare che nel caso in «l'Organizzazione delle Nazioni Unite, per una qualsiasi ragione, non sia più in grado di funzionare. In tal caso, rimarrebbe in sospeso nella Costituzione una formula senza più alcuna giustificazione», *ibid.*

²⁵⁵ M. BON VALVASSINA, *Il ripudio della guerra nella costituzione italiana*, cit., p. 64

²⁵⁶ D. CABRAS, "Il 'ripudio della guerra' e l'evoluzione del diritto internazionale in Quaderni costituzionali", cit., p. 315

²⁵⁷ A. APOSTOLI, "L'Italia è una Repubblica democratica fondata anche sul principio pacifista", cit., p. 143

²⁵⁸ M. PODETTA, "Uso della forza nella comunità internazionale e Costituzione", in *Idee in cammino: il dialogo con i costituzionalisti bresciani*, V. ONIDA (a cura di), Bari, 2019, p. 256

²⁵⁹ «La rigidità del divieto contenuto nel primo enunciato, pretendendo di fare passare la falsa e per di più cervellottica interpretazione secondo cui le limitazioni alla sovranità previste dal secondo enunciato abbiano comportato una sorta di attenuazione del 'ripudio', abbiano avuto ad oggetto proprio la finalizzazione della limitazione della sovranità che l'articolo 11 consente, il che francamente stupisce per il vortice di assurdità in cui vorrebbe attrarre chiunque sappia leggere proposizioni normative con onestà di spirito e non sia affetto dalla 'cupidità di servilismo' cui faceva riferimento proprio a proposito di rapporti internazionali dell'Italia», M. DOGLIANI, "Il divieto costituzionale della guerra", in *Costituzionalismo.it* 2003, p. 5

²⁶⁰ G. DE VERGOTTINI, "Ripudio della guerra e neutralità alla luce dell'art. 11 Cost.", in *Federalismi.it* 2024, p. 7

²⁶¹ S. SICARDI, "I mille volti della Guerra, la Costituzione e il diritto internazionale", in *Diritti umani e uso della forza*, cit., p. 103

su tale impostazione (la cosiddetta legittima difesa collettiva)²⁶², in virtù di quella stessa affiliazione alle organizzazioni internazionali, la Repubblica ha dispiegato spesso le sue truppe oltremare e ha assistito i propri alleati nelle varie missioni all'estero. A dir il vero la legittima difesa collettiva merita un'ulteriore precisazione: in quanto norma di diritto internazionale, entra nel nostro ordinamento ex art. 10 Cost., eppure vi è chi crede che «si ammette[sse] che il ricorso al diritto internazionale possa colmare la lacuna del dettato costituzionale, questo può avvenire a condizione di non ritenere il silenzio costituzionale acquistabile al divieto di ricorso alla guerra, dilatato per analogia fino a includere la 'legittima' difesa a favore dei terzi»²⁶³ per cui

«il rimedio ermeneutico del ricorso al diritto internazionale rimane subordinato, insieme a ogni altra regola sovranazionale, alla *compliance* con i principi fondativi della costituzione, che non accorda una prevalenza assoluta al diritto internazionale, ma solo relativa, perché subordinata al rispetto dell'architettura istituzionale [...], tra questi valori figura certamente anche quello pacifista»²⁶⁴.

Riprendendo quanto già evidenziato nel Capitolo Introduttivo, circa i 2/3 delle missioni militari all'estero sono propriamente state intraprese nel quadro di missioni internazionali condotte da organizzazioni internazionali, tra le quali le più importanti l'Organizzazione del Patto Atlantico (NATO), Nazioni Unite e Unione europea²⁶⁵: la prassi ha infatti evidenziato che «progressivamente le scelte politiche riguardanti la sicurezza del Paese sono passate dall'affidamento allo schermo protettivo della alleanza atlantica a una dinamica concezione della tutela degli interessi nazionali tramite una proiezione esterna dell'apparato militare»²⁶⁶.

Anche in passato, molte missioni implicant anche l'uso della forza²⁶⁷, sono state intraprese sulla scorta di quanto deciso non dai singoli Stati ma da quanto dettato da un'organizzazione internazionale portando la dottrina a chiedersi se non sia possibile tracciare una linea netta tra quanto è lecito ex art. 11 prima parte e quanto invece venga vietato.

Nello specifico, pur mancando l'attuazione della procedura prevista dallo stato di guerra in Costituzionale, sono state sei le guerre che hanno visto un coinvolgimento nel conflitto da parte della Repubblica: precisamente, in ordine cronologico, conviene porre l'attenzione sulla guerra del Golfo del 1991, la guerra in Kosovo del 1999, la guerra in Afghanistan subito dopo gli attentati dell'11 settembre, la guerra in Iraq due anni dopo, la guerra in Libia del 2011 e, secondo una recente

²⁶² A onor del vero una parte della dottrina è contraria alla compatibilità tra il principio di ripudio della guerra e la nozione di legittima difesa collettiva. In tal senso, G. DE MINICO, "Una pace mai cercata davvero", in *Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)* 2024, p. 67

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Per maggiori informazioni si consiglia di consultare, come già stato fatto per il Capitolo Introduttivo, il sito del Ministero della Difesa (l'elenco delle missioni attive è disponibile su <https://www.difesa.it/operazionimilitari/op.html> data ultima consultazione 13 giugno 2024)

²⁶⁶ G. DE VERGOTTINI, "Il crescente uso della forza: riflessi costituzionali in Associazione italiana dei costituzionalisti", cit., p. 1

²⁶⁷ G. DE VERGOTTINI, "La Costituzione e l'intervento NATO nella ex-Jugoslavia", in *Quaderni costituzionali* 1999, p. 122

interpretazione, la più recente guerra in Ucraina²⁶⁸. Rimandando a una trattazione più puntuale delle vicende che hanno determinato la partecipazione della Repubblica in questi conflitti ad un secondo momento²⁶⁹, nell'ottica di ascrivere gli stessi conflitti secondo le recenti tendenze sovranazionali del fenomeno bellico, si vuole sottolineare come la lettera della seconda parte dell'art. 11 Cost. sia stata utilizzata da *impasse* per aggirare la categoricità del principio di ripudio della guerra, in deroga quindi alla prima parte della disposizione costituzionale stessa.

A onore del vero una tale configurazione non era stata propriamente considerata in Assemblea, trascurando quindi il paradosso che la lettera dell'art. 11 avrebbe potuto generare; ad oggi, tuttavia, risulta indispensabile comprendere se ci sia stata o meno la partecipazione a tali missioni non sia prova lampante di un'evoluzione del principio in esame e conviene chiedersi se «l'adesione incondizionata dell'Italia alla NATO [sia] a discapito dei principi sanciti dalla Costituzione e dallo Statuto delle Nazioni Unite»²⁷⁰. Precisamente, «la partecipazione a fenomeni belligeranti, pur se indicate attraverso svariati 'surrogat[i] terminologic[i]', ha provocato una involuzione del principio pacifista dando luogo, anche per i Paesi non direttamente interessati dal conflitto, alla paralisi dei 'parametri distintivi degli ordinamenti democratici'»²⁷¹, superando la stessa disposizione categorica di cui all'art. 11 Cost e anzi, «induce a denunciare il progressivo disallineamento, in particolare rispetto alle fonti del diritto e alle competenze degli organi costituzionali, della politica dalla Costituzione»²⁷².

In effetti, dopo la fine della Guerra Fredda, la consacrazione di questo 'diritto di guerra di deroga' è stato travisato portando a chiedersi se lo stesso art. 11 non possa essere considerato un limite in realtà fuorviante per l'attivazione del modello costituzionale dello stato di guerra.

Nelle varie missioni, lo Stato italiano, pur avendo acquisito uno status alquanto equivoco, ha continuato comunque ad invocare la propria neutralità e una presunta rispettabilità del principio di ripudio della guerra; a tal riguardo, è opportuno interrogarsi sul primo dei due ultimi concetti per comprendere se effettivamente il comportamento della Repubblica sia o meno confacente al concetto di 'neutralità' in un conflitto ai sensi del diritto internazionale.

Invero, prendendo spunto dai manuali militari statunitensi, si può ritenere, secondo quella che poi è stata confermata dalla prassi degli scorsi secoli, che «neutrality on the part of a State not a party to the war, consists in refraining from all participation in the war, and in exercising absolute impartiality in preventing, tolerating, and regulating certain acts on its own part, by its subjects and by the belligerent»²⁷³.

Tale concetto viene per la prima volta riconosciuto nel XVI secolo, risultando invece sconosciuto nell'antichità, per poi venire teorizzato pienamente dapprima nella prassi del XIX secolo e poi formalizzato con le Convenzioni dell'Aja del 1907²⁷⁴: è opportuno sottolineare il parallelismo storico fra lo sviluppo dello 'stato moderno' e

²⁶⁸ M. CAVINO, M. MALVICINI, *Le guerre dell'Italia repubblicana*, cit., pp. 185-186. Ancora, G. DE VERGOTTINI, "Ripudio della guerra e neutralità alla luce dell'art. 11 Cost.", in *Federalismi.it*, cit.

²⁶⁹ Capitolo Quinto

²⁷⁰ A. MAZZOLA, "Il ripudio alla guerra sospeso tra crisi della democrazia interna e mutamento delle regole internazionali", in *Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)* 2024, p. 208

²⁷¹ *Id.*, p. 200

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ Rules of Land Warfare of 1914,

²⁷⁴ E. R. CUMMINGS, "The Evolution of the Notion of Neutrality in Modern Armed Conflicts", in *Military Law and Law of War Review* 1978, p. 38

l'istituto della 'neutralità'²⁷⁵. Infatti, sulla scorta di quanto detto circa il collegamento dell'azione bellica e il suo utilizzo in quanto strumento esclusivo di *policy* dello Stato da decidersi volta per volta²⁷⁶, è naturale ritenere che lo stesso concetto di neutralità sia prodromico della disponibilità dello strumento bellico da parte dello Stato (da intendersi quale Stato-apparato in questo caso), che infatti, prima delle riflessioni del progetto di limitazione della guerra in nome della pace del XX secolo, rimaneva un mezzo di risoluzione della controversia internazionale liberamente adottabile quanto rifiutabile, a meno che lo Stato non fosse stato aggredito o non si fosse impegnato in un'alleanza militare.

A seguito del Patto di Briand-Kellogs e della ratifica della Carta delle Nazioni Unite²⁷⁷, l'istituto della neutralità ha assunto una nuova sfumatura: infatti, ad oggi non si parla più della cosiddetta neutralità 'occasionale', confacente come si è visto alla possibile disponibilità dell'azione bellica come strumento di *policy* statale, ma di neutralità 'volontaria' o 'attiva'²⁷⁸. Difatti, l'istituto della neutralità occasionale ad oggi non può più riconoscersi come pienamente ancora 'completo' poiché implica una disponibilità dello *ius ad bellum* ad oggi superata nel diritto internazionale pubblico²⁷⁹; questa stessa recente concezione, consacrata e dal diritto internazionale pattizio e consuetudinario, entra nell'ordinamento repubblicano tramite la disposizione di cui all'art. 10 comma 1 Costituzione²⁸⁰, potendosi adoperare lecitamente l'uso della forza solamente in caso di legittima difesa, quindi a seguito dell'aggressione di un'altra Potenza, scorrendo ad oggi di una neutralità quasi sempre 'autoimposta'²⁸¹.

Invero, la configurazione «dei diritti e doveri propri della condizione occasionale o permanente, della neutralità, va riconsiderata ed è mutata nelle sue caratteristiche, a seguito di due principali circostanze, atte a modificare l'assetto strutturale della

²⁷⁵ Quest'ultimo è da distinguersi rispetto allo 'stato di belligeranza' emerso durante la Seconda Guerra Mondiale. Infatti, lo stato di belligeranza presuppone che lo Stato tenga fede ad un'alleanza militare senza però effettivamente aver intenzione di intentare alcuna iniziativa militare in tal senso. Si pensi alla dichiarazione del Regno d'Italia all'indomani dell'armistizio del 8 settembre 1943: l'Italia non era pienamente neutrale in quanto la partecipazione alle ostilità non è stata totale. *Id.*, pp. 43-44

²⁷⁶ Precisamente la neutralità è uno status assunto dallo Stato il quale di volta in volta deve decidere se entrare in guerra, G. DE VERGOTTINI, "La persistenza della guerra e il diritto costituzionale", in *Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)* 2024, p. 10

²⁷⁷ «Perhaps the single most important development since the end of World War II to have had an impact on the traditional concept of neutrality is the establishment of the United Nations. By virtue of Articles 2(4) and 51 of the United Nations Charter, only resort to armed force for self-defense and United Nations enforcement actions are legitimate. Coupled with the rejection of war as an instrument of national policy in the Kellogg-Briand Pact and the recognition by the International Military Tribunal at Nuremberg that aggressive wars are international crimes, the post-World War II legal structure no longer recognizes the right to wage war for political or territorial expansion. This means that a fundamental premise of the traditional law of neutrality - the prerogative of each state to legally initiate wars - is no longer extant», *id.*, p. 44

²⁷⁸ M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 103 ss.

²⁷⁹ In particolare, la Carta Nazioni Unite riconosce un generale divieto dell'uso della forza con due sole eccezioni; «il riconoscimento di un 'diritto naturale' alla legittima difesa e la predisposizione di un 'sistema di sicurezza collettiva', incentrato su un organo politico dotato di potere decisionale, che portasse a una pubblicizzazione della forza al fine del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale», E. GREPPI, "Uso della forza e tutela dei diritti umani nel diritto internazionale", in *Il diritto della guerra e della pace*, cit., p. 8. In general sui tentativi di bandire la guerra, *id.*, pp. 10-14

²⁸⁰ L'articolo afferma che «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute». L'analisi del principio in questione verrà ripreso nel paragrafo successivo

²⁸¹ Infatti, la nuova politica estera italiana sembra porsi in maniera differente rispetto ai precedenti regimi (*atlantismo, europeismo e internazionalismo*), A. PANEBIANCO, *Guerrieri democratici. Le democrazie e la politica di potenza*, Bologna, 1997, p. 246

disciplina giuridica della vita di relazione internazionale»²⁸², presupponendo dunque, «[la] libertà di condotta degli Stati sovrani limitazioni e obblighi nuovi»²⁸³ che trascendono il precedente quadro di relazioni statali intersoggettive reciproche in nome della creazione di una Comunità internazionale contraddistinta da una volontà di «unire le [...] forze per mantenere la pace e la sicurezza internazionale»²⁸⁴, assicurato «mediante l'accettazione di principi e l'istituzione di sistemi, che la forza delle armi non sarà usata, salvo che nell'interesse comune»²⁸⁵.

Il principio di ripudio della guerra, condiviso tra l'altro in altre Costituzioni nate dopo la fine del Secondo Conflitto Mondiale come quella tedesca²⁸⁶ e giapponese²⁸⁷, in tal senso, sarebbe la concretizzazione nella norma fondamentale del «quadro assiologico definito dalle istanze pacifista, solidarista ed egalitaria nelle quali si iscrive l'impegno dello Stato preordinato alla realizzazione di una comunità internazionale fondata sulla giustizia, sulla tutela della persona e delle libertà democratiche»²⁸⁸.

Ciononostante, a partire della crisi in Kuwait, il Consiglio di Sicurezza, organo preposto dagli Stati a tale scopo, ha cominciato a spogliarsi del suo ruolo di garante della pace e della sicurezza comune, riconoscendo invero ai singoli Stati membri una limitata capacità di apprezzamento e intervento nella gestione, almeno iniziale, della situazione di crisi. In una tale ottica, la concezione di neutralità sembra inizialmente limitarsi in nome dell'intervento di legittima difesa collettiva, per poi ricomprendere azioni militari ostili a una logica meramente difensiva.

Nonostante, quindi, il rifiuto di agire al di fuori dei casi nei quali l'uso della forza è consentito, la perentorietà della neutralità dichiarata sembra in qualche modo sollevare degli interrogativi circa l'effettivo rispetto del principio di ripudio alla guerra, e di conseguenza di neutralità volontaria, in casi di assistenza diretta o indiretta ad uno Stato belligerante²⁸⁹, o comunque in missioni implicanti l'uso della forza. Infatti, l'esempio della guerra in Iraq è calzante: «quella irachena è una guerra contro la Costituzione [...] una guerra che vanifica, sprezzantemente, l'istanza pacifista posta tra i principi fondamentali della nostra Carta fondamentale»²⁹⁰,

²⁸² S. TONOLO, "Neutralità e non intervento nel diritto internazionale attuale", in *Attraverso i conflitti. Neutralità e commercio fra età moderna ed età contemporanea*, D. ANDREOZZI (a cura di), Trieste, 2022, pp. 132-133

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Preambolo Carta Nazioni Unite

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ L'art 26 co.1 Costituzione Tedesca afferma che «le azioni che siano idonee a turbare la pacifica convivenza dei popoli e poste in essere con tale intento, in particolare al fine di preparare una guerra d'aggressione, sono incostituzionali. Esse devono essere perseguite penalmente»

²⁸⁷ L'art. 9 Costituzione Giapponese enuncia che «è fatta rinuncia per sempre alla guerra, quale diritto sovrano della nazione, ed alla minaccia o all'uso della forza, quale mezzo per risolvere le controversie con altre nazioni. Il mantenimento delle forze di terra, del mare e dell'aria, e così pure degli altri mezzi bellici non sarà mai autorizzato. Il diritto di belligeranza dello Stato non sarà riconosciuto»

²⁸⁸ P. PERLINGIERI, R. MESSINETTI, "Art. 11", in *Commento alla costituzione italiana*, cit., p. 60

²⁸⁹ «In tal senso è vietato allo Stato neutrale prestare assistenza, diretta o indiretta, a uno dei belligeranti, consentendo l'uso del proprio territorio, mentre ai belligeranti non è consentito usare il territorio neutrale per compiere atti di guerra; i belligeranti hanno il diritto di fermare, visitare e confiscare, previa convalida di un proprio 'tribunale delle prede', le navi di Stati neutrali qualora trasportino beni utilizzabili dal nemico (c.d. contrabbando di guerra) e di disporre un 'blocco' dei porti e delle coste del nemico impendendovi così l'accesso a qualsiasi nave, anche neutrale», S. TONOLO, "Neutralità e non intervento nel diritto internazionale attuale in *Attraverso i conflitti. Neutralità e commercio fra età moderna ed età contemporanea*", cit., p. 132

²⁹⁰ C. DE FIORES, "Una guerra contro la Costituzione", in *Costituzionalismo.it* 2003, p. 1

propendendo per l'erosione del principio espresso ex art. 11 Costituzione²⁹¹.

Pur non affrontando in questo momento la questione sulla liceità o meno della guerra preventiva²⁹², per la quale si rimanda al Capitolo Quinto, dedicato per l'appunto ai mutamenti fenomenici dell'uso della forza nello scenario internazionale, rileva ora sottolineare quanto la clausola dell'art. 11 seconda parte possa invero compromettere la sacralità della prima parte della stessa disposizione costituzionale. Infatti, in passato in nome di alleanze politiche e in virtù della partecipazione alle organizzazioni internazionali di cui l'Italia fa parte, si è sottolineato, come in realtà, nonostante l'imperatività del divieto dell'uso della forza sia stata fatta pietra angolare dell'ordinamento costituzionale italiano, la Repubblica non solo abbia disatteso il rifiuto categorico all'uso della guerra quale 'strumento di offesa ai popoli e mezzo di risoluzione di controversie internazionali', ma anzi abbia goduto 'parassitamente' dei benefici derivanti dalle possibili violazioni dell'art. 2 (4) Carta Nazioni Unite perpetrate dalle altre Potenze occidentali²⁹³. Tali osservazioni sono applicabili non solo a quelle missioni in cui l'esercito italiano sia intervenuto, ma anche in caso di 'semplice' assistenza:

«il concetto di ripudio alla guerra, implicando la condanna e la rinuncia alla risoluzione delle controversie attraverso l'uso della forza, si ritiene includa anche il diniego del sostegno militare di uomini, di armi e di mezzi armati, economico e politico offerto a uno Stato belligerante, atteso che l'obiettivo costituzionalmente conforme sembra essere quello relativo alla promozione di un 'tavolo di pace'»²⁹⁴.

Infatti, «il divieto di fornitura di materiale bellico alle parti belligeranti è anch'esso considerato un corollario della neutralità [...] e molti autori concordano nel ritenere che esso sia parte della neutralità come prevista dal diritto internazionale consuetudinario»²⁹⁵ per cui l'adesione italiana alle missioni internazionali e/o l'aiuto agli alleati compromette lo *status* della Repubblica nel corso delle stesse, qualificando il comportamento della Repubblica quale situazione ibrida di non

²⁹¹ A. MAZZOLA, "Il ripudio alla guerra sospeso tra crisi della democrazia interna e mutamento delle regole internazionali in Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)", cit., p. 201

²⁹² «Anche l'uso delle basi militari, concesse dall'Italia a fini "difensivi", diventa illegittimo se diretto a permettere un attacco armato nei confronti dell'Iraq, ponendosi in evidente contrasto, non solo con l'art. 11, ma anche con le altre disposizioni richiamate. In ogni caso il Governo italiano non è legittimato a decidere sullo stato di guerra, prevedendo l'art. 78 della nostra Costituzione che questa decisione (che non può essere assunta legittimamente in questo caso) spetta al Parlamento, il quale conferisce al Governo 'i poteri necessari'», G. AZZARITI, "La guerra illegittima", in *Costituzionalismo.it* 2003, p. 3

²⁹³ «Se dunque il destinatario del divieto non solo si trova nella impossibilità (politica) di porre in essere, per propria scelta individuale, il comportamento vietato, ma addirittura gode parassitariamente dei benefici che gli derivano dal partecipare all'altrui violazione del divieto medesimo (di quello "generale", che ha però un identico contenuto materiale), allora - molti oggi sostengono - è lo stesso divieto che assume un sapore egoista e, in ultima istanza, vile», M. DOGLIANI, "Il divieto costituzionale della guerra in *Costituzionalismo.it*", cit., p. 3

²⁹⁴ A. MAZZOLA, "Il ripudio alla guerra sospeso tra crisi della democrazia interna e mutamento delle regole internazionali", in Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)", cit., p. 208. Contra, G. DE VERGOTTINI, "La persistenza della guerra e il diritto costituzionale", in *Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)*, cit., p. 8

²⁹⁵ P. ROSSI, "La compatibilità con il diritto internazionale e la Costituzione italiana dell'invio di aiuti militari all'Ucraina", in *Quaderni di SIDIBlog* 2022, p. 196

belligeranza²⁹⁶.

Tuttavia, seppur in passato la neutralità così intesa era accettata come prassi degli Stati, ad oggi sembra essere messa in discussione non raggiungendo le soglie per il riconoscimento di una norma consuetudinaria (vale a dire di *diuturnitas* e *opinio iuris*)²⁹⁷: emergono, con lo sviluppo di nuovi protagonisti nello scenario internazionale, voci critiche alla supremazia politico-strategica occidentale manifesta nelle missioni post caduta muro di Berlino, che hanno portato a una maggiore attenzione circa i confini che debba assumere l'azione di uno Stato neutrale per considerarsi quale Stato non belligerante. Laddove inizialmente, seppur spesso criticate dalla dottrina, tali missioni hanno incontrato spesso una minor disapprovazione presso l'opinione pubblica, complice le motivazioni addotte dalla classe dirigente; il rinnovato interesse sulla questione sembra aver trovato la sua miccia nel recente conflitto russo-ucraino, riportando l'attenzione sulla natura o meno prescrittiva dell'art. 11 Costituzione²⁹⁸. Invero, merita soffermarsi brevemente su tali giustificazioni per comprendere appieno quale significato possa aver assunto il principio di ripudio alla guerra e sul perché le stesse ad oggi vengano sempre più contestate.

2.2. La tutela dei diritti umani usata come giustificazione dell'uso della forza

Le incoerenze dell'art. 11 fin qui delineate sembrano essere spesso ignorate nel dibattito dottrinale e pubblico, in nome di una specifica argomentazione volta a giustificare gli interventi fin qui delineati²⁹⁹. Nello specifico tali missioni e quindi, di conseguenza, le derivanti violazioni del principio fondamentale del ripudio della guerra, hanno richiamato il problema degli interventi internazionali a tutela dei diritti

²⁹⁶ G. DE VERGOTTINI, "La persistenza della guerra e il diritto costituzionale in Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)", cit., pp. 12-13

²⁹⁷ P. ROSSI, "La compatibilità con il diritto internazionale e la Costituzione italiana dell'invio di aiuti militari all'Ucraina in Quaderni di SIDIBlog", cit., p. 202 ss. (disponibile su www.sidiblog.org)

²⁹⁸ C. EQUIZI, "Questioni e dinamiche costituzionali sui conflitti armati", in *Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)* 2024, p. 121 ss. L'Autrice sottolinea che tale conflitto ha riportato in auge la questione della disciplina costituzionale dello stato di guerra secondo due profili. Il primo riguarda la compatibilità della lettera dell'art. 11 Cost. prima parte con la prassi internazionale e l'interrogativo circa la portata sostanziale del principio di ripudio della guerra; il secondo riguardante il riparto costituzionale delle competenze in merito allo stato di guerra denuncia la marginalizzazione del ruolo del Parlamento in merito alle decisioni in materia.

²⁹⁹ Nello specifico, «In tutti i casi si tratta di affermare la legittimità di operazioni armate 'diverse' da quella ripudiata dall'art. 11: l'eterno argomento dell'«accanto», un insinuante grimaldello - elementare applicazione dell'argomento a contrario, dell'ubi voluit dixit - capace di comprimere e immiserire ogni normativa volta a regolare la 'libertà naturale', che sempre può manifestarsi in forme non letteralmente previste. I richiami alle nuove condizioni geopolitiche, tecnologiche ... sono aperti riferimenti al contenuto pietrificato dell'art. 11 e contemporaneamente al convincimento che la norma generale esclusiva, in materia, sia quella per cui 'tutto ciò che non è vietato è lecito', e dunque della legittimità dell'interpretazione a contrario. Di conseguenza le modalità di uso della forza diverse dalla guerra classica così come definita dal diritto internazionale degli anni della Costituente (secondo appunto l'argomento della pietrificazione), in quanto fenomeni non espressamente vietati, sarebbero, appunto, leciti. E analoghe argomentazioni possono essere avanzate, come dimostrano in modo palmare le teorie legittimanti la guerra in difesa dei diritti umani, anche in riferimento al diritto internazionale e nell'interpretazione dall'art 2.4 della Carta ONU. In relazione a quest'ultima si può quindi dire – a precisazione di quanto sopra affermato – che gli strumenti giuridici della sua erosione sono stati, dapprima, la sua collocazione in un contesto dominato da una norma generale esclusiva anziché inclusiva; e successivamente la sua collocazione in un contesto dominato dalla consuetudine generale di riconoscimento del jus ad bellum. La prima operazione ha legittimato le guerre-operazioni di polizia e le guerre in difesa dei diritti umani. La seconda ha legittimato la guerra preventiva in tutela di meri interessi nazionali», *ibid.*

umani, i quali in quanto *principi etici supremi* hanno portato ad avanzare un'ulteriore possibile restrizione del principio di ripudio della guerra. Infatti, «del tutto nuova rispetto agli orientamenti dei nostri costituenti è la motivazione della guerra facendo appello non a principi giuridici positivizzati, anche se dilatati dalle prassi attuative come nel caso della difesa legittima, bensì a principi etici»³⁰⁰ per cui «in assenza di norme positive si è presa a riferimento la larga condivisione dei diritti umani intesi quale valore fondante della attuale comunità mondiale per individuare nella loro massiccia violazione una giusta causa di guerra»³⁰¹ e quindi un'ulteriore deroga all'art. 11. Tale questione rimane ancora oggi alquanto controversa richiamando al contempo possibili violazioni di diritto costituzionale interno quanto di principi di diritto internazionale³⁰², rivelandosi spesso in realtà controproducente e con risvolti negativi³⁰³ come dimostrato dalla guerra in Kosovo³⁰⁴. Infatti, la prassi internazionale ha dimostrato non solo quanto sia difficile affermare se si possa effettivamente parlare di diritti universali (possono forse essere considerati più che altro valori occidentali³⁰⁵?) a discapito del cosiddetto *relativismo culturale*³⁰⁶, ma anche la 'pericolosa abitudine' degli Stati Uniti d'America³⁰⁷, invocando spesso l'ausilio degli

³⁰⁰ G. DE VERGOTTINI, "Il crescente uso della forza: riflessi costituzionali in Associazione italiana dei costituzionalisti", cit., p. 3

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² «In proposito, è pacifico che i diritti umani e la loro garanzia rappresentino uno dei profili essenziali dell'attuale realtà dei rapporti internazionali e che gli stati non siano più in grado di opporre indiscriminatamente lo schermo della sovranità territoriale per permettersi di abusare in modo inaccettabile del loro potere sulle comunità loro soggette. Tuttavia il ricorso alla violenza annientatrice della guerra per motivazioni umanitarie ha creato anche in Italia serie perplessità, pur essendo evidente la tendenza a trasformare in giuridico il fondamento etico della guerra umanitaria come dimostra il dibattito sulla formazione di una consuetudine abilitante o addirittura obbligatoria all'intervento umanitario anche attraverso il ricorso alla forza armata», *ibid.*

³⁰³ «Va subito rilevato che l'azione NATO non è limitata all'intervento umanitario, ma assume i contorni di una attività ostile finalizzata a distruggere il potenziale produttivo di uno stato sovrano ed a ridurlo in condizioni tali da essere aperto alla presenza incondizionata di forze militari straniere, ed a rimuovere con la forza la dirigenza politica del Paese. In altre parole, anche se il termine guerra non è stato impiegato in dichiarazioni formali, l'attività militare iniziata sembra presentare le caratteristiche della guerra internazionale essendo finalizzata ad eliminare le forze armate jugoslave insieme al potere politico del momento», G. DE VERGOTTINI, "La Costituzione e l'intervento NATO nella ex-Jugoslavia in Quaderni costituzionali", cit., p. 122

³⁰⁴ U. ALLEGRETTI, "Profili problematici dell'intervento a tutela dei diritti umani e compiti della dottrina giuridica", in *Diritti umani e uso della forza, Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, cit., pp. 17-19. Inoltre, «riguardo al Kosovo, si è inoltre sostenuto che, anche l'eventuale formazione di una consuetudine internazionale in materia di interventi di umanità attraverso l'uso della forza, non potrebbe essere recepita nel nostro ordinamento attraverso l'art. 10, primo comma, Cost., poi contrasterebbe col principio costituzionale fondamentale del 'ripudio della guerra'», D. CABRAS, "Il 'ripudio della guerra' e l'evoluzione del diritto internazionale in Quaderni costituzionali", cit., pp. 299-300

³⁰⁵ Si ricordi che la stessa Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo firmata a Parigi il 10 dicembre 1948 è stata redatta quando le Nazioni Unite avevano solo 58 membri ed è stata approvata con il voto favorevole solo di 48. Si sottolinea, seppur in certi casi per motivazioni discutibili, le astensioni dell'Unione Sovietica, dell'Arabia Saudita e del Sud Africa

³⁰⁶ A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Napoli, 2005

³⁰⁷ «Anche tra i costituzionalisti, come tra gli internazionalisti, si sono dunque diffuse teorie volte ad indebolire e ad aggirare il divieto della guerra. Innanzitutto la teoria che, operando una totale inversione rispetto a quanto sembrava acquisito alla fine degli anni Ottanta, considera di nuovo la Carta dell'ONU come un diritto pattizio speciale (e cedevole) rispetto alle (si torna a sostenere) sempre valide norme del diritto internazionale consuetudinario pre-ONU, che consideravano – e tuttora considererebbero – il 'diritto alla guerra come un diritto naturale degli stati. È questo – ovviamente – il punto cardinale, perché riesumare la naturalità del jus ad bellum come componente essenziale, incompressibile ed irrinunciabile della statualità significa far franare l'intero ordinamento costruito sulla base della Carta dell'ONU. Questa tesi – invocata apertamente e senza infingimenti solo dalla superpotenza USA, in funzione di un riordino unilaterale degli assetti geopolitici che è al centro dell'attenzione generale, e che non è qui possibile ricostruire – viene sostanzialmente condivisa anche all'interno della nostra giuspubblicistica, seppur rivestendola di argomenti più obliqui e dissimulati», M. DOGLIANI, "Il divieto costituzionale della guerra in Costituzionalismo.it", cit., p.2

alleati del Patto Atlantico³⁰⁸, di autoproclamare «il proprio diritto di leadership universale»³⁰⁹ sostituendosi in tal senso alle Nazioni Unite³¹⁰.

Il richiamo ai diritti umani quale causa di giustificazione di un possibile intervento, per lo più spesso armato³¹¹, si pone in contrapposizione rispetto al principio di uguaglianza fra Stati, caposaldo della Comunità Internazionale, sottendendo platealmente una violazione del primato della sovranità esterna e interna, concretizzato col principio di non ingerenza di cui godono nello specifico gli enti primari del diritto internazionale. Questi due principi, in stretta correlazione fra di loro, in quanto il principio di uguaglianza³¹² ha come naturale conseguenza il riconoscimento della sovranità interna dell'altro Stato e del suo *domaine réservé* e al contempo la limitazione da parte di ogni Stato della propria sovranità esterna³¹³, presuppongono il riconoscimento di pari dignità di tutti gli Stati. Infatti, «nessuno Stato deve intromettersi con la forza nella costituzione e nel governo di un altro Stato»³¹⁴, perché qualora succedesse «l'intervento di potenze straniere sarebbe violazione dei diritti di un popolo indipendente in lotta con un malessere interno e l'intervento sarebbe esso stesso uno scandalo e renderebbe malsicura l'autonomia di tutti gli Stati»³¹⁵ alla luce della «struttura essenzialmente anorganica di una comunità internazionale formata da soggetti formalmente pariaordinati»³¹⁶.

In tal senso, la guerra non servirebbe quale 'strumento di offesa dei popoli', ma quale mezzo di salvaguardia dei diritti e delle libertà di questi ultimi: perciò in qualche modo si potrebbe dire custodito il principio di ripudio della guerra secondo questa interpretazione. Eppure, «i diritti umani possono mantenere il loro significato originario solo se non vengono risolti in valori sostantivi di cui chiunque si possa appropriare per proclamarsene paladino»³¹⁷.

Certamente, la sensibilità comune a tutti gli Stati sulla questione dei diritti umani è cresciuta nel tempo, come testimoniato da un lato della ratifica della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e dei due Patti Internazionali del 1966, dall'altro dalla stipulazione di nuove convenzioni di diritti a tutela di specifiche categorie di persone 'vulnerabili' (si pensi per esempio alla Convenzione sui diritti del Fanciullo del 1989 o della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del

³⁰⁸ «È importante che la dottrina giuridica ribadisca poi che quest'impostazione non può subire deroghe nel caso della NATO, l'organizzazione che, secondo la volontà innanzitutto degli Stati Uniti, terrebbe pressoché a porsi – nella fase dei rapporti internazionali che si è aperta – come una sorta di sostituto dell'ONU nell'azione per la pace, inclusa la tutela dei diritti umani», U. ALLEGRETTI, "Profili problematici dell'intervento a tutela dei diritti umani e compiti della dottrina giuridica", cit., p. 19

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ In realtà «la Carta è 'estremamente cauta' in materia di diritti umani, nonostante uno dei compiti fondamentali dell'Organizzazione sia costituito proprio dalla promozione del rispetto dei diritti umani (art. 55, lett. c)», D. CABRAS, "Il 'ripudio della guerra' e l'evoluzione del diritto internazionale in Quaderni costituzionali", cit., p. 302

³¹¹ Nello specifico, la «guerra umanitaria come dimostra il dibattito sulla formazione di una consuetudine abilitante o addirittura obbligatoria all'intervento umanitario anche attraverso il ricorso alla forza armata», G. DE VERGOTTINI, "Il crescente uso della forza: riflessi costituzionali in Associazione italiana dei costituzionalisti", cit., p. 3

³¹² Si rammenta che il principio di uguaglianza nel diritto internazionale non si svolge tanto nel riconoscere che effettivamente tutti gli Stati hanno lo stesso peso politico, economico, militare nel quadro geopolitico mondiale, quanto di un principio che formalmente ed astrattamente riconosce tutti gli Stati quali enti primari della Comunità Internazionale su cui gravano egualmente prerogative ed obblighi internazionali

³¹³ Come disse Kant, «la mia libertà finisce dove inizia la tua»

³¹⁴ I. KANT, *La pace, la ragione e la storia*, Bologna, 1979, p. 102 ss.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ M. CAVINO, "Lo scopo umanitario come causa di giustificazione dell'uso della forza", in *Diritti umani e uso della forza, Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, cit., p. 32

³¹⁷ M. DOGLIANI, "I diritti dell'uomo: principi universali o ideologia", cit., p. 47

2008) o a tutela e/o in contrasto di specifici fenomeni (come per esempio la Convenzione contro la Tortura e i trattamenti degradanti del 1984).

Tale maggiore attenzione ai diritti umani ha assunto grande rilievo soprattutto dopo la fine della Guerra Fredda³¹⁸ dovuta al crollo dell'impero sovietico; la fine del periodo di tensione tra i due blocchi Est-Ovest ha decretato una nuova fase di riscoperta della questione dei diritti umani e di cooperazione tra le Potenze per la loro effettiva realizzazione, prima impossibile vista la altissima 'tensione nucleare' fra i due blocchi³¹⁹, sensibilità così tanto acuita da parlare addirittura di 'religione dei diritti dell'uomo'³²⁰. Precisamente, la caduta del sistema di Yalta³²¹ ha aperto a una nuova stagione di interventismo attivo per concretizzare l'azionabilità degli stessi, promossa specialmente dalla NATO³²², erettasi quale 'difensore dei diritti umani', laddove questi sono stati inizialmente, prima della caduta dell'impero sovietico, *law in the books*³²³: l'adesione a tali alleanze politiche e ad organizzazioni internazionali ha legittimato una sorta di delega degli Stati membri per quando riguarda lo *ius ad bellum*, delega che ha creato delle 'zone d'ombra di rilievo' rispetto alla trattazione dell'istituto bellico³²⁴.

La legittimità di tali interventi è spesso difficilmente provata, soprattutto alla luce di quello che si sono rilevati essere i veri motivi d'ingerenza ed intervento da parte delle altre Potenze: la 'guerra giusta' o la 'guerra per esportare la democrazia'³²⁵ (anche detta 'guerra contro le dittature') si rivela un *alibi* per mascherare altri interessi egoistici e personalistici da parte di chi agisce. Infatti, «se è impossibile rispondere con argomentazioni universali e convincenti, si dovranno considerare 'giuste' sempre e solo le guerre che appaiono tali agli occhi di chi, all'inizio, le vuole e di chi, alla fine, le vince»³²⁶. Si evince dunque, che in realtà, la giustificazione che potrebbe portare ad un possibile intervento in deroga al divieto dell'uso della forza

³¹⁸ La dottrina individua tre generazioni di missioni internazionali aventi lo scopo di tutelare i diritti umani: la prima tra il 1948-1987 priva di un vero e proprio riscontro pratico, post 1989 secondo le linee programmatiche del Segretario delle Nazioni Unite (1992) e infine, l'ultima, dopo il genocidio in Ruanda e gli orrori di Srebrenica nel 1994-1995, M. CAVINO, M. MALVICINI, *Le guerre dell'Italia repubblicana*, cit., pp. 114-115

³¹⁹ «Tuttavia il tentativo di relegare la guerra fuori della storia, idealmente perseguito dal Costituente italiano e la connessa costruzione di un ordinamento internazionale fondato sulla pace tra i popoli, dovette immediatamente fare i conti con lo scenario mondiale venutosi prefigurando all'indomani della Seconda guerra mondiale: la contrapposizione Est-Ovest, il delinearsi dell'equilibrio del terrore fra Unione Sovietica e USA, la "tensione nucleare" fra i blocchi. La dimensione giuridica interna (art. 11 Cost.) e internazionale (la Carta dell'ONU) vennero, così, in breve tempo, reputate insufficienti per assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni. E già nel 1949 alcuni governi occidentali, "pressati" dagli USA, ritennero necessario procedere alla creazione di un nuovo e "più incisivo" strumento di difesa armata: la NATO», A.A.V.V. "Guerra e Costituzione", in *Costituzionalismo.it* 2003, p. 1

³²⁰ G. FERRARI, "L'intervento umanitario dopo la fine della guerra fredda", in *Diritti umani e uso della forza, Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, cit., p. 49

³²¹ Così chiamato a seguito della Conferenza di Yalta del 1945 dove si decisero le sorti della Seconda Guerra Mondiale e dove emersero le due maggiori Potenze vincitrici della guerra; gli Stati Uniti d'America ad Occidente, l'Unione Sovietica ad Oriente

³²² G. DE VERGOTTINI, "La Costituzione e l'intervento NATO nella ex-Jugoslavia in Quaderni costituzionali", cit., p. 122-123

³²³ «Ma non si può dimenticare che questa religione monoteistica, professata universalmente, sul piano del concreto esercizio del culto è stata completamente disattesa. Si è registrata una schizofrenia, è stato costantemente rilevabile un grado elevatissimo di discrasia tra *law in the books* and *law in action*, Nessun intervento concreto è mai stato dispiegato in oltre quarant'anni a difesa dei diritti umani violati. O almeno mai se questo comportava la sfera di influenza del blocco avversario», G. FERRARI, "L'intervento umanitario dopo la fine della guerra fredda", cit., 1999, p. 49

³²⁴ G. DE VERGOTTINI, "La persistenza della guerra e il diritto costituzionale in Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)", cit., p. 19

³²⁵ Per approfondimento L. GIANFORMAGGIO, "La guerra come negazione del diritto", in *Democrazia e diritto* 1992, p. 280

³²⁶ *Id.*, "Diritti umani e guerra", cit., p. 47

non si configura come giustificazione di natura giuridica-oggettiva, mancando per lo più condizioni e presupposti normativi prestabiliti, quanto piuttosto come motivazione politica, e quindi per sua stessa essenza discrezionale, determinando un'area dello *ius ad bellum* contraddistinto da una preoccupante anomia e discrezionalità. Precisamente, la *malleabilità* o la *manipolazione* della ragion di stato alla base del concetto stesso di guerra giusta non fornisce alcun parametro di confronto e di controllo per quanto riguarda le decisioni e l'operato degli Stati che si nascono dietro questo vessillo³²⁷.

Oltre le considerazioni critiche circa la speculazione politica e l'affarismo egoistico spesso insito in tali operazioni di *polizia internazionale*³²⁸, pare fondamentale sottolineare le implicazioni sul piano costituzionalistico: infatti, tali missioni mettono in rilievo di come «all'interno dello stato diviene inutilizzabile la tradizionale contrapposizione fra ordinarietà dello 'stato'(regime) di pace e straordinarietà di quello di guerra [...] a causa della endemicità della situazione conflittuale, non vi è da stupirsi se sfuma sempre più il bisogno di individuare una netta linea di separazione fra regola ed eccezione, fra diritto e deroga temporanea allo stesso»³²⁹. La separazione fra 'regime di guerra' e 'regime di pace' si delinea anche dalla qualificazione di tali operazioni quali «operazioni armate 'diverse' da quella ripudiata dall'art. 11 Cost»³³⁰, superando quindi il dualismo cui si riferirono i Costituenti.

Ancora una volta, si rimanda la trattazione del fenomeno propriamente quivi delineato ad un'analisi più completa nei prossimi capitoli, con lo scopo di evidenziarne maggiormente i profili innovativi e problematici nel contesto internazionale, laddove in questo momento tempo si vuole invece mettere in rilievo i profili problematici sorti in relazione al principio di ripudio della guerra, e conseguentemente, ai limiti pratici dell'attivazione del paradigma costituzionale del meccanismo costituzionale ex art. 78.

Agli occhi dei Costituenti, l'articolo 11 sarebbe stato fondamentale sia per evitare, come visto, gli errori del passato circa la decisione di come gestire la politica estera con l'azione bellica, sia per consacrare il riconoscimento dei nuovi principi definiti nel diritto internazionale e per 'sposare' completamente il nuovo spirito pacifista e solidaristico proposto nella Comunità internazionale; in tal senso «il divieto della guerra finisce in tal modo per configurarsi come una 'assoluta priorità assiologia e logica' che esclude in radice la legittimità di interventi armati su vasta scala a prescindere dalle relative origini e motivazioni»³³¹ riconoscendo come unica ipotesi di guerra consentita esclusivamente la guerra di legittima difesa in senso stretto ossia la «necessaria risposta armata ad un attacco altrui»³³².

Tuttavia, la partecipazione delle truppe militari a tali missioni, indipendentemente se implicanti o meno l'uso della forza, evidenzia possibili violazioni dell'articolo 11 poiché, come ha recentemente ribadito il Ministro degli Affari esteri e della Cooperazione internazionale Tajani, «i soldati sono uno strumento di politica estera e

³²⁷ D. ARCHIBUGI, "L'utopia della pace perpetua", in *Democrazia e diritto* 1992, pp. 353-354

³²⁸ Sul punto si rinvia al Capitolo Quinto

³²⁹ G. DE VERGOTTINI, "Il crescente uso della forza: riflessi costituzionali in Associazione italiana dei costituzionalisti", cit., p. 4

³³⁰ M. DOGLIANI, *Il divieto costituzionale della guerra*, in *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, M. DOGLIANI (a cura di), Bologna, 2015, pp. 461-463

³³¹ D. CABRAS, "Il 'ripudio della guerra' e l'evoluzione del diritto internazionale in Quaderni costituzionali", cit., p. 300

³³² A.A.V.V., "La guerra e i singoli ordinamenti costituzionali", cit., p. 219

non solo di Difesa»³³³.

In tal senso è possibile un'ulteriore lettura dell'art. 11 Cost., che in nome della cooperazione internazionale, possa qualificare «tale volontà come un vero e proprio principio costituzionale di non isolamento dal circuito politico internazionale [...] non isolamento, che implica una coincidenza col principio solidarista nei rapporti internazionali di cui è un aspetto, ha effettivamente guidato la politica estera e della sicurezza di tutti i governi e le maggioranze della Repubblica»³³⁴.

Difatti, nonostante spesso, e sempre più recentemente, alla luce dei profili problematici derivanti dalla giustificazione della tutela dei diritti umani o dell'assistenza fornita a tutela della libertà dell'altro popolo, la decisione dello Stato italiano di contribuire a queste missioni potrebbe eludere il suddetto principio in quanto operazioni contrarie al divieto dell'uso della forza, come evidenziato dalle parole del Ministro della Difesa Crosetto in occasione della questione guerra in Ucraina³³⁵, rivelando indubbiamente un principio di ripudio della guerra compromesso rispetto a come inteso originariamente.

La guerra in nome dei diritti umani, come storicamente dimostrato, cerca di ricollegarsi al mondo del diritto pur sottendendo alla base una motivazione politica. Il connubio non può che rivelarsi insidioso in quanto «il diritto ha propri principi e proprie regole; la politica, invece, è l'arte del possibile»³³⁶, un artificio per vestire di legittimazione giuridica una scelta discrezionale. Ergo, secondo questa interpretazione *cinicamente* aderente alla realtà geopolitica del XX e XXI secolo «l'adempimento del dovere (il ripudio della guerra) [...] [è] dunque impossibile per due motivi diversi [...] perché il dovere [...] [è] sistematicamente violato attraverso il comportamento “collettivo” cui l'Italia partecipa[...], ed [...] [è] impossibile da violare attraverso il suo comportamento individuale»³³⁷, giungendo quindi alla conclusione che dal punto di vista giuridico, quindi rispetto ad un piano alieno rispetto alla dialettica e giustificazione politica, la guerra giusta non può che «porsi come drasticamente e irrefutabilmente incompatibile con la prima proposizione dell'art. 11 Cost»³³⁸.

Ciononostante, è opportuno interrogarsi sulle motivazioni che hanno spinto a questa prassi repubblicana: tale incoerenza sistematica sembra rifarsi più che altro alle decisioni politico-governative della Repubblica senza considerare il principio fondamentale sopra menzionato, piuttosto che alla lettera dell'art. 11 Cost. che, secondo le idee dei costituenti, denotando la «norma [di] una perfetta coerenza di contenuto, che non entra in contraddizione con se stesso in nessuna delle sue parti»³³⁹ poiché l'«interpretazione logicamente unitaria dell'art. 11, incentrato sull'assorbente valore della pace, fine ultimo del dialogo interstatale, che sulla negazione della guerra, obiettivo cogente della politica internazionale [...] [sviluppa]

³³³ Articolo La stampa “La lettera di Crosetto alle Nazioni Unite: ‘L’Onu tuteli davvero i soldati in Libano’” in data 17 aprile 2024

³³⁴ G. DE VERGOTTINI, “Il crescente uso della forza: riflessi costituzionali in Associazione italiana dei costituzionalisti”, cit., p. 5

³³⁵ «La nostra posizione non cambia: abbiamo sempre detto che l'Ucraina andava aiutata in ogni modo possibile, e lo stiamo facendo, ma abbiamo anche sempre escluso un intervento diretto nel conflitto dei nostri militari»

³³⁶ E. GREPPI, “La proclamazione dell'indipendenza del Kosovo e il diritto internazionale in Istituto per gli studi di politica internazionale”, cit., p. 3

³³⁷ M. DOGLIANI, “Il divieto costituzionale della guerra in Costituzionalismo.it”, cit., p. 2

³³⁸ M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 70

³³⁹ DE MINICO, “Una pace mai cercata davvero in Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)”, cit., pp. 68-69

questa opposizione pace/guerra [...] [secondo i dettami delle] due successive proposizioni della norma»³⁴⁰.

3. La conformità al diritto internazionale secondo l'art. 10 costituzione

Nei paragrafi precedenti sono emersi degli aspetti controversi circa il limite pratico della rispettabilità del principio di ripudio della guerra rispetto agli sviluppi degli scenari internazionali: «la giustificabilità di tali interventi alla luce della evoluzione del diritto internazionale resta in discussione e ove si intenda ammetterne la legittimità facendo leva sulla derogabilità del divieto di guerra ad opera della previsione della seconda parte dell'articolo 11 sappiamo che le opinioni rimangono divaricate»³⁴¹. Una tale difficoltà dipende dalla concezione della guerra che si considera adottata in Costituzione, la quale invero, nel corso del tempo, ha finito per divergere rispetto a quella implementata dai deputati della Assemblea costituente: «il concetto costituzionale di guerra non si cristallizza quindi necessariamente al momento iniziale delle determinazioni dei costituenti ma subisce adeguamenti seguendo l'evolversi dei rapporti politici e giuridici dei soggetti operanti nella comunità internazionale»³⁴².

Infatti, la Costituzione, essendo la norma fondamentale di una determinata comunità riflette, in primo luogo, le idee e i valori della cittadinanza che vi si identifica e l'interpretazione che l'istituto ha assunto nel tempo. È ovvio che la lettura del fenomeno bellico dipenda dal significato dato alla parola 'guerra', la quale «è anzitutto una parola della Costituzione, una parola [...] appartenente a quel 'vocabolario base' comprensibile pressoché a tutte le italiane e a tutti gli italiani»³⁴³.

In tal senso l'ambito di applicazione inizialmente considerato della norma ex art. 11 risulta affievolito rispetto a quello odierno; la concezione onnicomprensiva di un qualsiasi uso della forza, ad oggi è stata ristretta dalla prassi e recentemente confermata dalla Corte costituzionale con la sentenza 240 del 2016³⁴⁴, la quale ha escluso le missioni militari dal novero delle azioni belliche vietate ex art. 11 Cost. Una tale impostazione quindi «denota pesantemente i segni del tempo [...] [la cui] utilizzazione odierna impone [...] inevitabilmente una costante lettura evolutiva che tenga conto in particolare della influenza e condizionamento imposti dallo scorrere del tempo»³⁴⁵.

Ciononostante, il rimando ai principi e alle regole della comunità internazionale potrebbe comportare, oltre che una possibile contraddizione dell'art. 11 Costituzione, un'ulteriore difficoltà ermeneutica dovuta alla clausola in bianco contenuta all'art. 10 co.1 Cost., la quale finirebbe per aprire l'ordinamento costituzionale eccessivamente

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ G. DE VERGOTTINI, "La persistenza della guerra e il diritto costituzionale in Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)", cit., p. 2

³⁴² *Id.*, p. 3

³⁴³ M. BENVENUTI, "Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni", in *Osservatorio costituzionale* 2022, p. 3

³⁴⁴ «Difatti, al di là della presenza di rischi mortali (rischi che nelle missioni ONU il legislatore, di recente, sembra aver scelto di compensare graduando gli emolumenti e le indennità a seconda del teatro operativo e degli obiettivi della missione), ben diversa rimarrebbe la situazione di una partecipazione di limitati contingenti di soldati professionisti in missioni svolte in territorio estero e quella di 'guerre' o 'crisi internazionali' che imponessero addirittura il ricorso alla leva obbligatoria generalizzata»

³⁴⁵ G. DE VERGOTTINI, "La persistenza della guerra e il diritto costituzionale in Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)", cit., p. 5

al diritto internazionale in continua evoluzione. Tale clausola in bianco, tra l'altro, è stata pericolosamente posta nella norma fondamentale, ponendosi in contraddizione con la logica della definizione giuridica costituzionale, basata invero sull'idea che «il concetto di limite è insito nel concetto di diritto»³⁴⁶, è rendendo perciò la disciplina costituzionale facilmente aggirabile ed eludibile. Infatti, un tale rinvio, *in toto e per relationem*³⁴⁷, ha determinato un *vacuum* di disciplina in materia di gestione dell'emergenza bellica tale per cui, sulla scorta di quanto il diritto internazionale ha stabilito, il paradigma costituzionale dello stato di guerra non ha trovato applicazione: è quindi naturale chiedersi se non è opportuno invertire l'interpretazione dell'istituto.

Nello specifico la clausola dell'art. 10 Cost. era teso a una «perfetta concordanza tra ordinamento internazionale e ordinamento interno»³⁴⁸ secondo un'accezione della guerra che inizialmente anche nel diritto internazionale coincideva con quella ristrettiva di guerra difensiva adottata in Costituzione³⁴⁹. In tal senso conviene anche portare l'attenzione sul rapporto che si viene a instaurare tra l'art. 10 co. 1 e l'art. 11 Costituzione circa la possibilità di ammettere nell'ordinamento un'interpretazione più o meno ampia del *bellum*: l'art. 10 Cost. si pone come norma di produzione che rimandi al diritto internazionale consuetudinario, la cui delimitazione è altamente difficoltosa vista la difficoltà di provarne un'effettiva esistenza³⁵⁰. Ciononostante, «non si può quindi considerare il dettato dell'art. 11 separatamente dalla lettura di queste consuetudini»³⁵¹.

Difatti, come evidenziato al paragrafo precedente, l'evoluzione dell'uso della forza nello scenario internazionale ha eluso il principio di ripudio alla guerra, il quale si sarebbe dovuto applicare al «ventaglio di variegati profili che la partecipazione a un conflitto armato può assumere»³⁵², quindi all'uso della forza nella Comunità Internazionale in tutte le sue forme³⁵³.

Infatti, i rischi di una possibile contraddizione in termini dell'art. 11 Cost. sulla base del diritto internazionale è stata già in passato sottolineata da vecchie personalità istituzionali di spicco dello Stato: in particolare si ricordano il presidente Cossiga, Scalfaro e da ultimo Ciampi³⁵⁴. Ad oggi, a seguito del conflitto russo ucraino, la

³⁴⁶ Corte costituzionale, sentenza del 14 giugno 1956, n. 1

³⁴⁷ M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 39

³⁴⁸ N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2006, p. 101

³⁴⁹ «In tutta questa ampiezza venivano ad integrare la nostra Costituzione, cosicché, quanto alla disciplina della guerra, il diritto costituzionale interno, il diritto ONU e il diritto consuetudinario generale venivano a coincidere: il primo (attraverso i rimandi contenuti negli artt. 10 e 11) si identificava con gli altri, ormai unificati, ed in essi si risolveva completamente, senza residui e senza margini. Detto in altri termini: nell'interpretare gli artt. 11, 78 e 87 della Costituzione ogni argomento doveva cedere a quello sistematico che sottoponeva gli articoli predetti al divieto generale contenuto nell'art. 2.4 della Carta ONU: conseguentemente non si poteva affiancare alla fattispecie vietata (amplissima e onnicomprensiva: uso o minaccia della forza) un concetto 'diverso' di guerra (desunto a contrario dal testo della Costituzione italiana, assumendo una definizione restrittiva e formalistica del termine "guerra"), non vietata», M. DOGLIANI, «Il divieto costituzionale della guerra in Costituzionalismo.it», cit., pp. 1-2

³⁵⁰ M. CAVINO, «Lo scopo umanitario come causa di giustificazione dell'uso della forza», cit., p. 33

³⁵¹ DE VERGOTTINI, «La persistenza della guerra e il diritto costituzionale in Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)», cit., p. 8

³⁵² M. FIORILLO, «Guerra», in *Dizionario costituzionale*, M. AINIS (a cura di), Roma-Bari, 2000, p. 230

³⁵³ Alcuni esempi si trovano in M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 47-50

³⁵⁴ «Una risposta a queste domande è stata data dall'ex Presidente della Repubblica, il senatore di diritto Francesco Cossiga, che si è così associato al suo successore, il senatore Oscar Luigi Scalfaro ed all'ex Presidente della Camera Pietro Ingrao da sempre impegnati nella difesa tenace del significato e del vigore dell'art. 11, così come – e fu il suo ultimo atto politico – volle battersi per far riconoscere la forza operante di tale norma il senatore a vita Francesco De Martino, quasi a rinnovare la comune convinzione delle tre maggiori forze politiche

stessa contraddizione ha ritrovato un rinnovato interesse nel dibattito pubblico, che rispetto al passato ha affermato con forza un ‘valenza cardinale e una valenza ordinale del principio di ripudio della guerra nell’ordine costituzionale’³⁵⁵ e che le limitazioni di sovranità prescritte nel testo costituzionale siano teleologicamente orientate alle condizioni e le finalità di pace e di giustizia e in condizioni di parità specificate dai Costituenti³⁵⁶ (non ricomprendendo dunque le missioni militari internazionali cui ha partecipato la Repubblica).

Invero, laddove si volesse garantire il «*continuum* popolo-sovranià-Repubblica-Costituzione»³⁵⁷, è opportuno considerare come punto fermo la norma fondamentale, definendone propriamente gli istituti di maggior rilievo: il principio del ripudio della guerra consta, a dir il vero, di una propria caratterizzazione in termini giuridici, caratterizzazione che però mal si concilia con le motivazioni politiche alla luce dello stesso articolo 11 seconda parte e con un richiamo agli obblighi internazionali di cui all’art. 10 Costituzione. In tal senso, per evitare imbarazzanti contraddizioni e per svuotare di contenuto il principio alla base della deliberazione stessa dello stato di guerra³⁵⁸ ci si chiede se non conviene ritenere che sia il diritto internazionale a doversi adattare al concetto di guerra e di divieto dell’uso della forza promosso dagli ordinamenti giuridici nazionali³⁵⁹.

Ciononostante, la scelta operata dal dettato costituzionale è chiara portando quindi a dover chiedersi quali siano effettivamente gli obblighi internazionali cui l’ordinamento italiano è chiamato a rispettare e quale sia possibilmente la nuova concezione di ‘guerra’ derivante dallo scenario internazionale potenzialmente implementabile nella norma fondamentale: perciò conviene *in primis* interrogarsi su quali siano gli obblighi derivanti dall’attivazione del paradigma costituzionale dello stato di guerra, e *in secundis* su quali siano state le evoluzioni del fenomeno bellico nello scenario internazionale che hanno reso il modello ex art. 78 obsoleto e superato e se e come tali evoluzioni possano essere state integrate nell’ordinamento repubblicano.

che vollero e scrissero la Costituzione repubblicana del valore permanente di tale conquista di civiltà giuridica e politica. Il senatore Cossiga con una lettera aperta al Presidente in carica Carlo Azeglio Ciampi ha ricordato che il Presidente della Repubblica ‘ha fin d’ora, il dovere di essere il garante della Costituzione, ed in particolare dell’utilizzazione conforme alla Costituzione, e ai principi del diritto internazionale che essa fa propri, delle forze armate e dello strumento militare globale nazionale esercitando quindi pienamente e rigorosamente i suoi diritti-doveri: di essere informato, consigliare, e ammonire», G. FERRARA, “Ripudio della guerra, rapporti internazionali dell’Italia e responsabilità del Presidente della Repubblica. Appunti”, in *Costituzionalismo.it* 2003, p. 6 ss.

³⁵⁵ Cfr. M. BENVENUTI, “Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni in Osservatorio costituzionale”, cit., p. 6

³⁵⁶ A. MAZZOLA, “Il ripudio alla guerra sospeso tra crisi della democrazia interna e mutamento delle regole internazionali in Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)”, cit., pp. 209-211.

³⁵⁷ M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell’ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 38

³⁵⁸ In tal senso anche se i mutamenti ontologici del fenomeno bellico fossero generalmente accettati nello scenario internazionale, «ove anche il diritto internazionale generale dovesse in futuro ammettere l’uso della forza armata nelle ipotesi in cui tale uso è costituzionalmente bandito, l’art. 11 manterrebbe almeno *prima facie* la sua efficacia», E. SCISO “L’intervento in Kosovo: l’improbabile passaggio dal principio del divieto a quello dell’uso della forza”, in *L’intervento in Kosovo*, E. SCISO (a cura di), Milano, 2001, p. 52

³⁵⁹ A. P. SERENI, *Diritto internazionale*, Milano, 1965, p. 1768

CAPITOLO QUARTO

OBBLIGHI INTERNAZIONALI IN CASO DI CONFLITTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Le conseguenze di un conflitto armato nel diritto internazionale - 1.1. Le conseguenze sul piano della comunità internazionale - 1.2. Le conseguenze nei confronti dei “cittadini nemici” - 2. La conciliabilità dello stato di guerra con la Carta delle Nazioni Unite - 3. L’applicabilità del Patto Atlantico in caso di dichiarazione di guerra - 4. Gli obblighi derivanti dal diritto internazionale umanitario - 4.1. Le Convenzioni di Ginevra e i Protocolli Aggiuntivi – 4.2. Il diritto internazionale umanitario consuetudinario

1. Le conseguenze di un conflitto armato nel diritto internazionale

Come già detto più volte, lo stato di guerra è propriamente un istituto del diritto costituzionale, non trovando una corrispondenza piena nello scenario internazionale: infatti, per quanto riguarda il diritto internazionale lo status giuridico corrispondente è quello equivalente di ‘stato belligerante’, status giuridico con obblighi propri e regole, le quali ‘concep[iscono] la liceità di comportamenti e azioni generalmente vietate’¹. Della guerra non se ne deve parlare solo sotto il profilo del diritto costituzionale, ma anche dal profilo dei rapporti interstatali: limitando il presente discorso al conflitto armato internazionale, in quanto scontro tra Stati, è importante chiedersi anche quali siano le conseguenze dello stesso sulla Comunità sovranazionale.

La guerra ha da sempre riguardato la comunità internazionale, essendo strumento di *policy* dello Stato, anzi si può affermare che negli ultimi secoli tale fenomeno sia stato conseguenza delle relazioni rivali interstatali². Godendo questi ultimi di libertà d’azione esterna assoluta, era generalmente accettato l’utilizzo della forza e la dimensione bellica delle relazioni interstatali era anzi spesso atta alla regolamentazione delle controversie o comunque al raggiungimento dei propri interessi³. Il diritto internazionale mancava di regolamentare la guerra, la quale per

¹ «Il diritto bellico si presenta come una trasformazione che subisce il diritto internazionale di pace: il sistema di diritto che regola l’agire degli Stati, è, nel periodo compreso tra i due momenti che segnano l’inizio e il termine dello stato di guerra, diverso dal sistema dello stato vigente normalmente e solitamente fra gli Stati; ma bisogna cercare di indicar subito secondo quali generali criteri avvenga una simile trasformazione. Un fatto è particolarmente saliente ed appariscente: nello stato di guerra agli Stati è lecito il compimento di numerose azioni loro non consentite in tempo di pace», G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, cit., p. 139 ss. L’autore prosegue nell’indicare quali siano i comportamenti generalmente vietati considerati però leciti. Infatti, «la guerra determina una maggiore *sfera di libertà* di azione a favore degli Stati belligeranti di quanto essi non possiedano in tempo di pace; ciascuno di essi, infatti, può compiere lecitamente nei confronti dello Stato avversario (e cioè contro la persona dello Stato, le sue forze armate, i suoi beni, la vita e i beni dei suoi sudditi) delle azioni che sotto l’impero del diritto internazionale generale (o di pace) sarebbero illecite», G. CANSACCHI, *Nozioni di diritto internazionale bellico*, Torino, 1963, pp. 56-57. Ancora, T. D. GILL, “Some Reflections on the Threshold for International Armed Conflict and on the Application of the Law of Armed Conflict in Any Armed Conflict”, in *International Law Studies Series* 2022, pp. 702-704

² «Ainsi la guerre est-elle la conséquence des rapports entre communautés politiques distinctes», K. J. HOLSTI, “État et état de guerre”, in *Études internationales*, cit., p. 706

³ Essa poteva venire dichiarata a tutela di semplici interessi ed era considerata un mezzo per la soluzione delle controversie internazionali, in particolare di quelle politiche

molto tempo è stata rilegata a mera situazione di fatto cui non era possibile in alcun modo, se non tramite accordi tra Potenze aventi comunque natura precaria.

Per questo motivo «prima dell'entrata in vigore della Carta delle Nazioni Unite, gli Stati godevano di un'ampia libertà di ricorrere alla forza armata»⁴, libertà di utilizzo della forza armata che ricomprendeva sia lo *ius ad bellum* che lo *ius in bello*⁵. Per la precisazione, il diritto bellico (*ius belli*) si distingue nelle sue tre sottocategorie; *ius ad bellum*, ossia il diritto di muovere la guerra, *ius in bello*, ad oggi sintetizzabile con quel ramo del diritto internazionale che prende il nome di diritto internazionale umanitario, e infine *ius post bellum*, vale a dire l'insieme delle regole e della disciplina circa la decisione dei tempi e modi per il superamento dello stato di guerra e il ritorno allo 'stato di pace'⁶.

Nonostante questa categorizzazione sopraggiunta nel corso del tempo, la dimensione bellica sfuggiva alla logica del diritto poiché «non era necessario dimostrare l'esistenza di un titolo giuridico per ricorrere alla guerra»⁷, che anzi veniva considerata parte della panoplia degli strumenti di dialogo con le altre Potenze e un'impresa razionalizzata dello Stato⁸, sia per quanto riguarda il diritto di fare guerra, che, per quanto riguarda il diritto di condurre l'azione bellica.

Ad onore del vero, la dimensione dello *ius in bello* ha da sempre sollevato dibattiti in dottrina e in letteratura circa una possibile limitazione della condotta bellica in tempo di conflitto: infatti, da secoli diversi statisti e filosofi hanno, più o meno implicitamente, riconosciuto che il valore e la dignità della vita umana non potesse essere azzerata dalle barbarie e dalla violenza della guerra⁹. Ciononostante, si è dovuto attendere il XIX secolo perché si muovessero i passi per una prima teorizzazione dello *ius in bello*: nello specifico la data della nascita del diritto internazionale umanitario viene fatta coincidere con l'adozione da parte di undici stati europei, sulla scia delle idee di Henry Dunant, della Prima Convenzione di Ginevra (22 agosto 1864)¹⁰. A questa prima convenzione, nel corso del tempo, ve ne sono aggiunte altre, incrementando la normativa e gli obblighi derivanti dal diritto internazionale umanitario; di lì a poco seguiranno invero, le Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907¹¹, ma per le più recenti riforme bisognerà aspettare la fine del

⁴ N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2021, p. 23. L'Autore ritorna sul punto in seguito per quanto riguarda lo *ius ad bellum* evidenziando le difficoltà sistematicamente legate a tale concetto, *id.*, p. 152

⁵ «gli stati godevano di un illimitato *ius ad bellum*, cioè di un illimitato diritto di ricorrere alla guerra. La guerra era un mezzo ammesso dall'ordinamento internazionale, che ne disciplinava le modalità di esecuzione con le regole del c.d. diritto bellico (*ius in bello*)», *Ibid.*

⁶ M. PANEbianco, «Guerra (diritto internazionale) in Enciclopedia giuridica», cit., p. 1

⁷ N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 23

⁸ «Au cours du XVIII 116 et d'une bonne partie du xixème siècle, on concevait la guerre comme une entreprise rationnelle permettant d'atteindre et de défendre les objectifs d'un État, objectifs qu'on ne pouvait atteindre par d'autres moyens, tels que la diplomatie [...] La guerre faisait partie de la panoplie classique des pratiques d'un État vis-à-vis d'autres États [...] La guerre était un moyen de résoudre les conflits lorsque les autres tentatives avaient échoué; elle n'était pas uniquement un instrument de révolution sociale», K. J. HOLSTI, «État et état de guerre in Études internationales», 1990, pp. 706-708

⁹ E. GREPPI, *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, Torino, 2012

¹⁰ A dir il vero storicamente la prima codificazione dello *ius in bello* fa riferimento al Codice Lieber in occasione della Guerra di Secessione (1861-1865). Per approfondimento, P. LABUDA, «Lieber Code», in *Max Planck Encyclopaedia of International Law*, 2014, pp.1-8

¹¹ Tali convenzioni constavano di più convenzioni e dichiarazioni. In particolare, risalgono alla prima conferenza di pace i seguenti accordi: I Convenzione sulla risoluzione pacifica dei conflitti internazionali, II Convenzione sulle leggi della guerra terrestre, III Convenzione sull'adattamento alla guerra marittima dei principi della convenzione di Ginevra del 1864, la I Dichiarazione sul lancio di proiettili ed esplosivi da palloni aerostatici, la II Dichiarazione sull'uso di proiettili il cui oggetto è la diffusione di gas asfissianti o deleteri e la III Dichiarazione sull'uso di proiettili che si espandono od appiattiscono facilmente all'interno del corpo umano. Sono del 1907

Secondo conflitto mondiale con le Convenzioni di Ginevra del 1949¹², poi integrate con i Protocolli Aggiuntivi del 1977 e del 2005¹³.

Per quanto riguarda lo *ius ad bellum*, invece, bisognerà attendere la fine della Prima Guerra Mondiale: nel corso del XIX secolo gli Stati, nella più assoluta libertà, avevano intrapreso battaglie, più o meno impegnative che fossero, in nome dei propri interessi e delle proprie mire espansionistiche¹⁴. Nel sistema degli Stati-nazione¹⁵ il *bellum* era, come visto, uno strumento lecito di diritto internazionale. Eppure, sulla scorta della Rivoluzione industriale dello stesso secolo, l'industria bellica si è sviluppata in maniera preponderante, assumendo spesso un ruolo centrale nell'economia degli Stati, arrivando, invero, ad offrire strumenti il cui utilizzo ha portato a caratterizzare il conflitto come 'guerra totale'. Infatti, nel corso del Primo Conflitto Mondiale, la guerra non solo ha offerto strumenti capaci di uccidere un elevato numero di combattenti nemici (si pensi alle prime bombe a mano, mitragliatrici e le tristamente note armi chimiche), ma ha anche convertito parte dell'industria delle Potenze belligeranti impegnando la popolazione non attiva sul fronte nell'industria bellica. La guerra aveva assunto una dimensione talmente travolgente da aver causato un enorme numero di caduti e la nuova consapevolezza raggiunta ha portato ad una rinnovata discussione sulla necessità di limitare l'uso della forza: in tal senso, senza soffermarsi eccessivamente sul punto¹⁶, bisogna ricordare il primo progetto della 'Società delle Nazioni' promosso dal Presidente Wilson all'indomani della Prima Guerra Mondiale e ancora più importante il Patto Briand-Kellogg¹⁷ firmato a Parigi il 27 agosto 1928. Questo patto, detto anche patto

invece: la I Convenzione sulla composizione pacifica delle controversie internazionali, la II Convenzione sulla limitazione dell'impiego della forza per il recupero dei debiti contratti, la III Convenzione sull'apertura delle ostilità, la IV Convenzione sulle leggi e consuetudini della guerra terrestre, la V Convenzione sui diritti e doveri delle Potenze neutrali e delle persone in caso di guerra terrestre, la VI Convenzione sullo status delle navi mercantili nemiche allo scoppio delle ostilità, la VII Convenzione sulla conversione delle navi mercantili in navi da guerra, la VIII Convenzione sulla messa in posa di mine sottomarine a percussione automatica, la IX Convenzione sul bombardamento di forze navali in tempo di guerra, la X Convenzione sull'adattamento alla guerra marittima dei principi della Convenzione di Ginevra, la XI Convenzione su alcune restrizioni circa l'esercizio del diritto di cattura nella guerra navale, la XII Convenzione sulla creazione di una Corte Internazionale per le catture sul mare (quest'ultima non ratificata), la XIII Convenzione sui diritti e doveri delle Potenze neutrali nella guerra navale. A queste si accompagnano due dichiarazioni, la I concernente la proibizione di lanciare proiettili esplodenti dall'alto dei palloni, la II sull'obbligatorietà dell'arbitrato

¹² Le quattro Convenzioni di Ginevra, tutte ancora ad oggi in vigore sono: I Convenzione per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle Forze armate in campagna (Ginevra, 12 agosto 1949), II Convenzione per il miglioramento delle condizioni dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle Forze armate sul mare (Ginevra, 12 agosto 1949), III Convenzione sul trattamento dei prigionieri di guerra (Ginevra, 12 agosto 1949), IV Convenzione sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra (Ginevra, 12 agosto 1949)

¹³ In particolare, I protocollo aggiuntivo relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali (Ginevra, 8 giugno 1977), II protocollo aggiuntivo relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali (Ginevra, 8 giugno 1977), III protocollo aggiuntivo relativo all'adozione di un emblema distintivo aggiuntivo (Ginevra, 8 dicembre 2005)

¹⁴ «Secondo una dottrina largamente diffusa fino ai primi anni del secolo XX, il diritto internazionale generale riconosceva la *legittimità della guerra* concedendo ad ogni Stato il potere di provocare, mediante una manifestazione della propria volontà, il sorgere dello *stato di guerra* nei confronti di uno Stato avversario; si ammetteva, anzi, che ad ogni Stato compete il diritto soggettivo di muovere guerra come attributo inerente alla sua *sovranità*», G. CANSACCHI, *Nozioni di diritto internazionale bellico*, cit., p. 57. Tuttavia, come sottolineerà l'Autore una tale impostazione fu molto presto criticata portando a la dottrina e i rappresentanti delle varie Nazioni, sulla spinta di sempre più crescenti movimenti solidaristici e pacifisti, a distinguere tra *guerre lecite* e *guerre illecite*

¹⁵ K. J. HOLSTI, "État et état de guerre in Études internationales", cit., p. 706 ss.

¹⁶ Cui si rimanda per uno studio approfondito a G. BALLADORE PALLIERI, "La guerra", in *Trattato di diritto internazionale*, P. FEDOZZI, S. ROMANO (a cura di), Padova, 1935

¹⁷ R. LESAFFER, "Kellogg-Briand Pact", in *Max Planck Encyclopaedia of International Law*, 2010, p. 1-8

di rinuncia alla guerra o patto di Parigi, era un trattato multilaterale¹⁸ che constava di due semplici articoli che raccoglievano le riflessioni sopra riportate; il primo dichiarava solennemente il principio di rifiuto della guerra¹⁹; il secondo impegnava le Parti Contraenti ad usare i cosiddetti mezzi diplomatici per la risoluzione delle controversie²⁰, optando per un'impostazione pacifica e solidarista. Col tempo il numero di Stati aderenti crebbe, ma nonostante le successive altre 48 ratifiche (da aggiungersi alle 15 firme originali per un totale finale di 63 ratifiche) depositate a Washington fino al 1939, i principi consacrati dal Trattato, come hanno dimostrato gli avvenimenti che di lì a poco avrebbero sconvolto lo scenario internazionale, non furono mai pienamente rispettati.

La Seconda Guerra Mondiale non solo ha riconfermato quanto la tecnologia militare sia progredita e di quanto possa essere devastante l'impatto sulla popolazione civile (si pensi sia ai bombardamenti a tappeto sulle grandi città che l'utilizzo dell'arsenale nucleare nel conflitto per la prima volta), ma ha addirittura riproposto uno resoconto finale di morte e distruzione peggiore della Grande Guerra: per queste ragioni il dibattito ha ripreso forma dopo il 1945, animando la volontà di limitare lo *ius ad bellum* e anzi rafforzandosi addirittura l'idea di un divieto illimitato dello strumento bellico quale mezzo di *policy* dello Stato e di risoluzione delle controversie internazionali.

Alle nuove istanze antibelliche del Novecento si rifanno le nuove costituzioni nazionali²¹, tra cui quella della Repubblica italiana: invero lo stato di guerra è sempre stato punto di incontro tra diritto costituzionale interno e diritto internazionale²², tra obblighi di natura internazionali e procedure costituzionali interne. La coincidenza delle due branche del diritto non ha mai sollevato particolari dubbi; prima del nuovo sistema delle Nazioni Unite e del divieto del ricorso della forza, essendo il *bellum* strumento di *policy* dello Stato, era ovvio che quest'ultimo rispettasse le regole costituzionali per l'attuazione dello stato di guerra e il rispetto degli obblighi internazionali non costituiva effettivamente un grave problema vista l'esiguità delle regolamentazioni in materia e inefficacia generale del diritto internazionale.

Tuttavia, è opportuno fare una precisazione. Laddove un corollario dello stato di guerra era il ricorso della guerra internazionale e l'instaurazione dello status di Potenza belligerante²³, lo stesso non si può dire a parte inverse: lo stato di guerra è infatti condizione sufficiente ma non necessaria per l'applicazione del diritto

¹⁸ Benché i firmatari originali fossero 15, bisogna ricordare che lo stesso patto avesse un'applicabilità estesa poiché fra questi configurava stati quali Francia, Inghilterra e Stati Uniti d'America che contavano su ampi imperi coloniali

¹⁹ «Le alte parti contraenti dichiarano solennemente in nome dei loro popoli rispettivi di condannare il ricorso alla guerra per la risoluzione delle divergenze internazionali e di rinunciare a usarne come strumento di politica nazionale nelle loro relazioni reciproche»

²⁰ «Le alte parti contraenti riconoscono che il regolamento o la risoluzione di tutte le divergenze o conflitti di qualunque natura o di qualunque origine possano essere, che avessero a nascere tra di loro, non dovrà mai essere cercato se non con mezzi pacifici»

²¹ Si veda l'esempio tedesco e giapponese citati nel precedente capitolo

²² «Il secondo [diritto umanitario] diveniva applicabile non appena uno Stato avesse esercitato il diritto di far guerra (*ius ad bellum*). In tal caso le relazioni tra Stati belligeranti e tra questi e i terzi non erano più disciplinate dal diritto di pace, ma dal complesso di norme (*ius in bello*) applicabili una volta instaurato lo 'stato di guerra', N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 151

²³ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, cit., p. 131. Ancora, G. CANSACCHI, *Nozioni di diritto internazionale bellico*, cit., p. 11. Ovviamente si parte dal presupposto che una volta che lo Stato abbia attivato tutto l'iter procedurale dello stato di guerra, faccia poi seguire la volontà di far guerra anche attraverso fatti concludenti

internazionale umanitario²⁴. A dir il vero, in dottrina si è arrivati a sostenere che sia lo stato di guerra la conseguenza del ricorso alla forza armata. Per quanto riguarda il caso italiano è naturale ritenerlo in quanto è ammessa solo la guerra a carattere difensivo, quindi, a seguito della manifestazione dell'*animus bellandi*; avendo come limite della discrezionalità politica delle Camere il rispetto dell'art. 11 Cost., la deliberazione dello stato di guerra presuppone un atto coercitivo violento di un altro Stato, *cum animo bellandi* ovvero *sine animo bellandi* ma comunque considerato tale dalla Repubblica. Nondimeno rileva sottolineare che, in generale, almeno secondo i tradizionali schemi di utilizzo della guerra quale strumento di *policy* di una Potenza, è più ragionevole pensare il contrario in quanto la decisione di muovere guerra precede una qualsiasi azione da parte dello Stato stesso.

Comunque, benché ad oggi costituisca un illecito di diritto internazionale, anche la guerra d'aggressione può essere fatta rientrare in questo schema, anche se uno 'stato di guerra illegittimo' in rapporto al principio pacifista dal punto di vista del diritto risulta inesistente e/o nullo.

Comunque, indipendentemente da come si vuole considerare il rapporto eziologico tra stato di guerra nel diritto costituzionale e l'applicazione dello *ius in bello*, rimane incontestabile sottolineare la forte correlazione tra i due dal punto di vista teorico.

Comprendendo che l'attivazione e l'attuazione dello stato di guerra determina non solo conseguenze sull'ordinamento interno ma anche in quello internazionale, conviene interrogarsi sulla natura degli obblighi derivanti dallo *ius in bello* qualora la Repubblica italiana attui le procedure costituzionali previste per lo stato di guerra prendendo parte alle ostilità.

In particolare, il diritto consuetudinario internazionale stabiliva che con lo scoppio di una guerra, gli obblighi internazionali degli Stati coinvolti incontrassero una particolare deroga al diritto internazionale di pace, sia per quanto riguardasse i rapporti fra Stati belligeranti con l'applicazione del diritto internazionale umanitario, che per quanto concernesse le relazioni fra Stati belligeranti e Stati terzi, da regolare secondo la disciplina del diritto di neutralità. Mentre il diritto di pace «ha per destinatari delle sue norme Stati che sono in una situazione di reciproca amicizia e di mutua coordinazione»²⁵, «[ha come destinatari] Stati fra di loro belligeranti o rispettivamente belligeranti e neutrali»²⁶. Sulla natura di questi nuovi eccezionali obblighi conviene quindi porre brevemente attenzione.

1.1. Le conseguenze sul piano della comunità internazionale

Qualora l'Italia decidesse di applicare l'art. 78 Cost. per la gestione di un conflitto o controversia internazionale, non sarebbe completamente libera di muoversi come vuole, dovendo invece rispettare tutte le regole internazionali derivanti dal diritto dei conflitti armati: nel corso del tempo la dimensione *agiuridica* del *bellum* si è ristretta in nome e di un'istituzionalizzazione dello strumento bellico e di una regolamentazione derivante dalle prassi consolidate del tempo e obblighi pattizi consacrati nelle varie convenzioni sopramenzionate. In particolare la Repubblica ha

²⁴ L'applicazione del diritto umanitario presuppone un fatto, il quale sia promotore e dell'*animus bellandi* delle Potenze coinvolte nel conflitto e una certa soglia di intensità e violenza per cui si giustifichi l'uso della forza. Sul punto, G. BALLADORE PALLIERI, "La guerra in Trattato di diritto internazionale", cit., pp. 8-9

²⁵ G. CANSACCHI, *Nozioni di diritto internazionale bellico*, cit., pp. 10-11

²⁶ *Ibid.*

completamente aderito al sistema di regole di *ius in bello* definito dalle celeberrime Convenzioni di Ginevra: l'Italia ha, invero, ratificato sia le quattro convenzioni del 1949 (ratifica avvenuta il 27 dicembre 1951), per poi reintegrare la propria adesione con i due Protocolli Aggiuntivi alle stesse (27 febbraio 1986) e, infine ratificare l'ultimo Protocollo del 2005 (adesione avvenuta il 29 gennaio 2009). Queste rappresentano la codificazione del diritto internazionale consuetudinario in materia, sviluppatosi nel tempo ad arginare la violenza bellica²⁷. Infatti, come descrisse perfettamente Anzilotti, «la guerra, come dato di fatto, è impiego di forza con cui uno o più Stati cercano di sopraffarne altri [...] l'uso della forza è di per sé illimitato, ma il diritto interviene ad apporvi dei limiti»²⁸.

In questa sede l'analisi sugli obblighi derivanti dallo *ius in bello* si concentrerà sulle convenzioni di maggior rilievo sia per quanto riguarda il circuito di alleanze politiche di cui fa parte la Repubblica, vale a dire la Carta delle Nazioni Unite e il Patto Atlantico, che per quanto riguarda i trattati fondamentali in materia, le celeberrime Convenzioni di Ginevra di cui si è già parlato; queste si può argomentare siano le convenzioni, assieme al diritto internazionale consuetudinario, che in maniera generale e più completano disciplinano il fenomeno bellico. Non volendo ovviamente ignorare le Convenzioni concernenti la regolamentazione o il contrasto di specifici fenomeni, cui si rimanda opportunamente alla letteratura giuridica²⁹, l'analisi quivi svolta dapprima si concentrerà sulle conseguenze generali sul piano della comunità internazionale, per poi passare brevemente alle conseguenze derivanti dalle limitazioni di sovranità sottoscritte dall'Italia nei casi sopramenzionati.

Circa le conseguenze sul piano della comunità internazionale si è sottolineato che le relazioni internazionali italiane andrebbero incontro a due piani di regolamentazione: l'applicazione del diritto bellico e del diritto di neutralità. Ma quali sono le caratteristiche di queste due branche del diritto di guerra?

Essendo rami particolari ed eccezionali del diritto internazionale³⁰, la risposta a questo quesito è alquanto semplice: le fonti di queste due discipline, essendo le stesse del diritto generale in cui si ascrivono³¹, presentano le caratteristiche generali del diritto internazionale pubblico. Infatti, sia il diritto bellico fra Potenze in guerra che il diritto alla neutralità sono state oggetto prima di prassi rispondenti ai requisiti della *consuetudinarietà internazionale*, prassi che in certi casi sono state poi codificate in apposite convenzioni e accordi.

Tuttavia, spostandosi sul piano sovranazionale, bisogna partire dal chiedersi innanzitutto cosa si intende per 'guerra' e che fenomenologia presenta la stessa nella Comunità internazionale: ha tale nozione la stessa valenza sostanziale che ricopre nell'ordinamento interno italiano? L'istituto costituzionale dello stato di guerra ha rilevanza e coincide con il concetto di stato belligerante?

²⁷ Sulle ragioni dello *ius in bello* consacrato nelle Convenzioni di Ginevra, C. SOMMARUGA, "Il diritto internazionale umanitario e il suo rispetto: una sfida permanente", in *Rivista di Studi Politici Internazionali* 2012, pp. 25-34

²⁸ D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1915, p. 186

²⁹ Si rimanda in particolare alle opere di raccolta dei vari trattati. Nello specifico, E. GREPPI, G. VENTURINI, *Codice di diritto internazionale umanitario*, Torino, 2012; il contributo è importante sia per aver riportato tutte le convenzioni in materia di diritto bellico, che per aver dedicato uno spazio al caso italiano circa la legislazione in materia

³⁰ «Poiché la condizione normale in cui si trovano gli Stati è quella di pace e poiché la maggior parte delle norme internazionali presuppone questa situazione, così si afferma che il diritto internazionale di pace è il *diritto internazionale comune* in contrapposto al diritto internazionale di guerra che rappresenta un *diritto internazionale particolare*, efficace soltanto nell'eccezionalità dello *stato di guerra*», G. CANSACCHI, *Nozioni di diritto internazionale bellico*, cit., p. 11

³¹ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, cit., p. 99 ss.

Alla luce di quanto detto ed argomentato precedentemente il responso pare essere negativo: oltre alle considerazioni che seguiranno a breve circa la difficoltà nel definire lo 'stato di guerra' nel diritto internazionale³², nello scorso capitolo si sono incominciati a delineare le prime discrasie tra istanze pacifiste dell'ordinamento interno e concezioni innovative del diritto internazionale, tra il principio fondamentale di ripudio della guerra e la tendenza alla propensione ad un'azione armata in nome di varie giustificazioni che denotano quanto più un'evoluzione del divieto dell'uso della forza. Queste divergenze hanno generato profonde incongruenze nell'assetto costituzionale e sono intimamente collegate al concetto di *bellum* considerato nei due diversi ordinamenti. Si comprende che quindi il concetto di 'guerra' internazionale assume diverse sfumature rispetto a quello parallelo costituzionale.

Ma quindi, quale è il corrispettivo concetto nello scenario internazionale?

Nel diritto internazionale la guerra è generalmente considerata la «lotta armata condotta reciprocamente fra due o più Stati in conseguenza di un contrasto di interessi che i medesimi non hanno voluto o potuto risolvere pacificamente»³³, un «procedimento di autotutela diretto alla difesa sia di diritto soggettivi lesi, sia di meri interessi»³⁴. Da un punto di vista giuridico, il fenomeno in questione può essere classificato come *guerra-azione*, vale a dire quale l'insieme degli atti organizzati dalle Forze armate e diretti alla Potenza nemica, ovvero come *guerra-stato*, ossia quale situazione di fatto e di diritto generatesi dalla manifestazione dell'*animus bellandi* e implicante l'applicazione del diritto derogatorio di guerra e di neutralità³⁵.

Pur continuando a parlare impropriamente di 'guerra', tuttavia, rileva fare un'importantissima precisazione: nel diritto internazionale, ad oggi, a seguito della Carta delle Nazioni Unite³⁶, non si parla più di guerra bensì di conflitto armato. In particolare, in base alle caratteristiche che lo scontro assume e ai protagonisti che vi fanno parte, il conflitto armato si distingue in conflitto armato internazionale e conflitto armato non internazionale. Il caso interessante ai fini di questa trattazione riguarda la prima tipologia di conflitto: questo si caratterizza per essere, riportando la definizione sopra proposta, una lotta fra Stati³⁷ i quali da un lato dirigono la propria azione bellica per mezzo delle rispettive Forze armate, dall'altro, in quanto partecipanti alle ostilità, acquisiscono lo status di 'legittimo combattente'.

Tale categoria di conflitto non si limita alle guerre interstatali, essendosi allargata per ricomprendere dapprima le guerre di liberazione nazionale e poi, le guerre per la lotta all'autodeterminazione con il I Protocollo Aggiuntivo del 1977³⁸. Nel corso del

³² In breve, N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., pp. 151-152

³³ G. CANSACCHI, *Nozioni di diritto internazionale bellico*, cit., p. 56

³⁴ *Ibid.* Nello specifico, rispetto al passato, la lesione del diritto soggettivo o dell'interesse deve essere considerata rilevante ed essenziale per poter giustificare il ricorso dell'azione armata. Inoltre, la guerra lecita presuppone l'azione difensiva a seguito di tale lesione. Ancora, «a conventional model of war portrays it as a conflict between two sides with opposing aims. These aims are typically presented as 'political': in the case of international wars, the aim is seen as furthering the political interests of a state; in the case of civil wars, the aim is seen as changing the policies and the nature of the state. It follows, for the conventional model of conflict, that the aim in a war is to win (and thereby gain a favourable political settlement). This is war as a continuation of politics by other means, as Clausewitz famously noted», D. KEEN, "War and Peace: What's the Difference?," in *International Peacekeeping*, 2000, p. 2 (disponibile su www.heinonline.org)

³⁵ G. CANSACCHI, *Nozioni di diritto internazionale bellico*, cit., p. 56

³⁶ M. CASTELLANETA, "Conflitto armato (diritto internazionale)", in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2012, pp. 316-317

³⁷ Si veda nota 33 *supra*

³⁸ Art. 1 par. 4 I Protocollo Aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1949 «le situazioni indicate nel paragrafo precedente comprendono i conflitti armati nei quali i popoli lottano contro la dominazione coloniale e l'occupazione straniera e contro i regimi razzisti, nell'esercizio del diritto dei popoli di disporre di sé stessi,

tempo l'applicazione delle regole dei conflitti armati non internazionali a situazioni più vicine ai conflitti interstatali; infatti, e la lotta per la liberazione e la lotta per l'autodeterminazione vedono un popolo insorgere contro una Potenza straniera. Nel primo caso il popolo insorge contro un Stato occupante, nel secondo la lotta per l'autodeterminazione è definita in relazione a specifiche situazioni (dominazione coloniale, occupazione straniera e regime di segregazione razziale) ed è stato consacrato dalle Nazioni Unite con la risoluzione 1514 del 1960 divenendo vero e proprio principio di diritto internazionale³⁹: è quindi naturale ritenere che tali conflitti vedono scontrarsi una Potenza nemica, oramai concretizzatasi sotto la forma di Stato-apparato, e una collettività organizzata che si identifica quale Stato-comunità, pur mancando l'ulteriore identificazione della struttura burocratico-amministrativa dello Stato-organizzazione⁴⁰ e l'atto di riconoscimento delle altre Potenze.

A dir il vero, come affermato all'art. 96 del suddetto Protocollo⁴¹, l'estendibilità del diritto delle convenzioni del conflitto internazionale alle lotte per l'indipendenza e per l'autodeterminazione è limitata ai Governi che abbiano ratificato e le Convenzioni di Ginevra e il I Protocollo⁴², tra cui figura senza dubbio l'Italia.

L'art. 2 par. 1 comune alle Convenzioni di Ginevra afferma che il diritto umanitario «shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them»⁴³. Lo stesso diritto pattizio identifica due diverse

consacrato nella Carta delle Nazioni Unite e nella Dichiarazione relativa ai principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione fra gli Stati in conformità della Carta delle Nazioni»

³⁹ In particolare si sottolinea la risoluzione nella parte in cui si afferma che le Nazioni Unite «aware of the increasing conflicts resulting from the denial of or impediments in the way of the freedom of such peoples, which constitute a serious threat to world peace [...]

Believing that the process of liberation is irresistible and irreversible and that, in order to avoid serious crises, an end must be put to colonialism and all practices of segregation and discrimination associated therewith

[...]Welcoming the emergence in recent years of a large number of dependent territories into freedom and independence, and recognizing the increasingly powerful trends towards freedom in such territories which have not yet attained independence,

Convinced that all peoples have an inalienable right to complete freedom, the exercise of their sovereignty and the integrity of their national territory,

Solemnly proclaims the necessity of bringing to a speedy and unconditional end colonialism in all its forms and manifestations»

⁴⁰ «Da queste molteplici fonti si delinea un diritto in formazione nella misura in cui si riconosce al popolo, sottoposto al governo straniero, l'aspettativa di divenire Stato ovvero di associarsi o integrarsi con un altro Stato indipendente, scegliendo il proprio regime politico. Infatti la soggettività internazionale – quale idoneità ad essere destinatario di diritti e obblighi – non è riconosciuta al popolo, bensì allo Stato-organizzazione capace di esercitare un effettivo potere d'imperio su un determinato territorio e nei confronti degli individui che ivi insistono, traendo la propria forza giuridica da una Costituzione», A. FEDERICO, «Il principio di autodeterminazione dei popoli», in *DirittoConsenso*, 2018 (disponibile su www.dirittoconsenso.it)

⁴¹ «1. Quando le Parti delle Convenzioni sono anche Parti del presente Protocollo, le Convenzioni si applicheranno quali risultano completate dal presente Protocollo.

2. Se una delle Parti in conflitto non è legata dal presente Protocollo, le Parti del presente Protocollo resteranno nondimeno vincolate da quest'ultimo nei loro reciproci rapporti. Esse saranno inoltre vincolate dal presente Protocollo verso la detta Parte, se questa ne accetta e ne applica le disposizioni.

3. L'autorità che rappresenta un popolo impegnato contro un'Alta Parte contraente in un conflitto armato del carattere indicato all'articolo 1 paragrafo 4, potrà impegnarsi ad applicare le Convenzioni e il presente Protocollo relativamente a detto conflitto, indirizzando una dichiarazione unilaterale al depositario. Dopo la sua ricezione da parte del depositario, tale dichiarazione avrà, in relazione con il conflitto stesso, i seguenti effetti:

a) le Convenzioni e il presente Protocollo entreranno in vigore per la detta autorità nella sua qualità di Parte in conflitto;

b) la detta autorità eserciterà gli stessi diritti e assolverà gli stessi obblighi delle Alte Parti contraenti delle Convenzioni e del presente Protocollo; e

c) le Convenzioni e il presente Protocollo saranno egualmente vincolanti per tutte le Parti in conflitto»

⁴² Sul punto per approfondimento, N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., pp. 148-150

⁴³ Art. 2 comune Convenzioni di Ginevra

situazioni giuridiche: la guerra dichiarata e il conflitto armato. Mentre il primo concetto richiama la nozione di *guerra-stato di guerra*, un istituto giuridico preciso e di diritto internazionale e di diritto interno (la dichiarazione di guerra presuppone un *iter* procedurale costituzionale⁴⁴); il secondo riporta alla mente quanto detto circa la *guerra-azione* allargando dunque la definizione e l'ambito di applicazione delle regole sulla condotta delle ostilità.

Precisamente, come recentemente attestato dalla dottrina,

«Article 2(1) encompasses the concepts of ‘declared war’ and ‘armed conflict’ [...] Both trigger the application of the Geneva Conventions but cover different legal realities, the latter being more flexible and objective than the former [...] [;] however, they are complementary, may even overlap, and cover a larger spectrum of belligerent relationships than was the case in the law prior to the 1949 Geneva Conventions»⁴⁵.

Secondo la più recente interpretazione delle Convenzioni di Ginevra, quindi, il conflitto armato, fondato su criteri fattuali e oggettivi⁴⁶, trascende il formalismo dello stato di guerra⁴⁷ e interviene a completare l'area di applicazione del diritto umanitario facendovi rientrare le situazioni di fatto ed evitando che l'applicazione delle garanzie del diritto internazionale umanitario dipenda dall'attivazione di procedure interne agli Stati⁴⁸.

Risulta fondamentale quindi il concetto di ‘conflitto armato’ nello scenario internazionale piuttosto che quello di guerra: tale concetto, introdotto con le convenzioni di Ginevra e quindi formalizzazione del diritto consuetudinario, è a tutti gli effetti il nucleo centrale del diritto internazionale bellico.

La centralità di tale concetto è sottolineato dal fatto, che, oltre a essere il parametro per la codificazione del diritto internazionale successivo come I *Draft Articles on the effect of armed conflict on treaties* del 2011⁴⁹, a seguito il sistema della Carta delle Nazioni Unite che prevedeva l'eliminazione dello *ius ad bellum*, l'istituto dello stato di guerra risulta abolito⁵⁰: pur non trovando unanimità in dottrina⁵¹, questa teoria ribadisce un'evoluzione nello scenario internazionale e argomenta come ancora una volta il diritto internazionale preferisca optare per l'utilizzo del concetto di *armed*

⁴⁴ Nello specifico si ricorda le conclusioni in merito alla Commissione per l'affare Eritrea-Etiopia. «This resolution was not, as Eritrea has asserted, a declaration of war. In international law, the essence of a declaration of war is an explicit affirmation of the existence of a state of war between belligerents», Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Jus Ad Bellum, Ethiopia's Claims*, Partial Award, 2005, para. 17.

⁴⁵ Commentary of the Geneva Conventions “Article 2 common” (2016) disponibile su www.ihl/database.icr.org

⁴⁶ Sul punto, M. CASTELLANETA, “Conflitto armato (diritto internazionale) in Enciclopedia del diritto”, cit., p. 316 ss.

⁴⁷ «Therefore, the main added value of the notion of armed conflict is to base the application of the Geneva Conventions on objective and factual criteria.

Indeed, Article 2(1) underlines the pre-eminence of the factual existence of armed conflict over the formal status of war. Therefore, the determination of the existence of an armed conflict within the meaning of Article 2(1) must be based solely on the prevailing facts demonstrating the *de facto* existence of hostilities between the belligerents, even without a declaration of war» Commentary of the Geneva Conventions 2016

⁴⁸ Si pensi al precedente modello italiano che, ai sensi del R.D. 8 luglio 1938 n. 1415, subordinava l'applicazione delle norme di diritto bellico ad un provvedimento del Re

⁴⁹ N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 153

⁵⁰ *Id.*, p. 152

⁵¹ Parte della dottrina ritiene ormai superata anche tale istituto come si vedrà nel capitolo successivo

*conflict*⁵². Infatti, pur riconoscendo che «il termine guerra - come nozione giuridica - non viene cancellato»⁵³, è essenziale sottolineare che «accanto ad esso compare la nozione di ‘conflitto armato’ ed ambedue i fenomeni vengono assunti come condizione di applicabilità delle successive convenzioni, in particolare per evitare che gli Stati, affermando di non essere in ‘guerra’, omettano di applicare il diritto umanitario»⁵⁴.

La tendenza a considerare il fenomeno bellico come una situazione sempre più lontana da quell’istituto dello stato di guerra, formalizzato nel corso dei secoli è stata consacrata anche dalla giurisprudenza costituzionale: il Tribunale penale internazionale per l’ex-Jugoslavia nel celeberrimo *Tadić case* non fa riferimento in nessun punto alla nozione di guerra, riferendosi piuttosto al concetto di *armed conflict*⁵⁵ indipendentemente dal fatto che gli Stati riconoscano o meno l’attivazione dello stato di guerra⁵⁶.

Stessa impostazione viene più tardi riconfermata dalla Corte Internazionale di Giustizia nel famoso *Wall Advisory Opinion* (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory) nel 2004, la quale afferma che

«the Court notes that, according to the first paragraph of Article 2 of the Fourth Geneva Convention, that Convention is applicable when two conditions are fulfilled: that there exists an armed conflict (whether or not a state of war has been recognized); and that the conflict has arisen between two contracting parties. If those two conditions are satisfied, the Convention applies, in particular, in any territory occupied in the course of the conflict by one of the contracting parties»⁵⁷.

⁵² «The ICRC Commentary to the Geneva Conventions explains that the term “armed conflict,” in addition to the term “war,” was included in order to circumvent arguments by States committing hostile acts that they are not making war but merely engaging in police enforcement or legitimate acts of self-defense. The goal here is clearly humanitarian. Yet it does not follow that the term “armed conflict” must be interpreted broadly in all circumstances», N. BALENDRA, “Defining Armed Conflict”, in *Cardozo Law Review* 2008, p. 2470 (disponibile su HeinOnline)

⁵³ N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 152

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ «On the basis of the foregoing, we find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached [...] Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there.

Applying the foregoing concept of armed conflicts to this case, we hold that the alleged crimes were committed in the context of an armed conflict [...] It is sufficient that the alleged crimes were closely related to the hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict. There is no doubt that the allegations at issue here bear the required relationship», International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Prosecutor c. Tadić*, IT-94-1-AR72, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction* del 2 ottobre 1995, par. 70

⁵⁶ «Any difference arising between two States and leading to the intervention of armed forces is an armed conflict within the meaning of Article 2, even if one of the Parties denies the existence of a state of war. It makes no difference how long the conflict lasts, or how much slaughter takes place», Commentary to Geneva Conventions (1952)

⁵⁷ International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 luglio 2004, p. 136

A questo punto del discorso è fondamentale fare una dovuta precisazione: la definizione di conflitto armato riguarda una questione diversa rispetto all'applicabilità delle regole sulla condotta da tenere in un conflitto armato. Pur riconoscendo che la definizione di un istituto giuridico investe sia la dottrina che la giurisprudenza di un compito diverso rispetto a quello di limitazione l'ambito di applicazione dello stesso, in diritto, spesso, queste due operazioni finiscono per coincidere. In tal senso, la definizione di *armed conflict* è imprescindibilmente correlata alla definizione dell'ambito di applicazione del diritto internazionale umanitario; infatti, lo stesso art. 2 comune delle Convenzioni di Ginevra, pur non definendo il concetto di *armed conflict*, afferma che le stesse convenzioni sono da applicarsi automaticamente al sorgere di un conflitto armato.

Appurato che quindi l'applicabilità del diritto bellico è *de facto* legata al concetto di conflitto armato, il quale ricompre gli stati di guerra come quello ex art. 78 Cost, non resta che chiedersi quale sia la soglia d'intensità della violenza richiesta per determinare il momento d'inizio del diritto di deroga.

Una prima impostazione stabilisce che «le Convenzioni di Ginevra trovano applicazione a partire dal momento in cui due o più Stati ricorrono alla forza armata, indipendentemente dall'intensità e dalla gravità (o anche dalla durata) delle ostilità»⁵⁸; una seconda impostazione invece, sulla scorta di quanto sostenuto da Ronzitti, «la nozione di conflitto armato, se interpretata alla luce del principio di effettività, prefigura lo svolgimento di operazioni militari di una certa consistenza e durata»⁵⁹. La Croce Rossa Internazionale, l'organo responsabile di diritto umanitario, di recente sembra riabbracciare la prima tesi⁶⁰, dopo che già nel 1952 si è resa chiara un'impostazione di tal genere⁶¹, sollevando molti interrogativi e critiche dalla dottrina.

Infatti, gli Autori ritengono che la prassi e la giurisprudenza sia chiaramente a favore nel ritenere che il conflitto armato richieda una certa intensità di violenza tra gli Stati perché si possa applicare il diritto umanitario: sempre richiamando il *Tadić case*, il quale ancora oggi sembra aver dato la definizione più vicina e completa di *armed conflict* nel diritto internazionale, il riconoscimento di una certa soglia di uso della forza viene ontologicamente legata al concetto stesso definito in quanto «an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State»⁶².

Non solo, la medesima posizione viene poi reiterata dalla letteratura giuridica e dai corpi di diritto internazionale come il Committee of International Law Association che nel 2010 nel Final Report of the Use of Force ha ribadito che la nozione di conflitto armato e quindi l'applicazione del diritto delle Convenzioni di Ginevra, e in

⁵⁸ F. FAVUZZA, "L'art. 2 comune", in I "nuovi" commentari alle convenzioni di Ginevra del 1949. riflessioni nell'anniversario dei settant'anni delle convenzioni. Atti del XVI Convegno nazionale di aggiornamento degli Istruttori di Diritto internazionale umanitario della Croce Rossa Italiana, 2022, p. 32

⁵⁹ N. RONZITTI citato in F. FAVUZZA, "L'art. 2 comune in I 'nuovi' commentari alle convenzioni di Ginevra del 1949. riflessioni nell'anniversario dei settant'anni delle convenzioni. Atti del XVI Convegno nazionale di aggiornamento degli Istruttori di Diritto internazionale umanitario della Croce Rossa Italiana", cit., p. 32

⁶⁰ Si veda nota 45

⁶¹ «Any difference arising between two States and leading to the intervention of armed forces is an armed conflict within the meaning of Article 2, even if one of the Parties denies the existence of a state of war. It makes no difference how long the conflict lasts, or how much slaughter takes place. The respect due to human personality is not measured by the number of victims», Commentary to IV Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick (2016)

⁶² Si veda nota 34

generale del diritto internazionale umanitario, presuppone un certo *degree of intensity*⁶³.

Nonostante gli Autori siano contrari all'interpretazione della Croce Rossa Internazionale, e la prassi non sembra in nessun modo confermare l'impostazione recentemente adottata, si ricorda che in quanto corpo ufficiale di diritto umanitario, la lettura dell'art. 2 comune Convenzioni di Ginevra risultante dal Commentario del 2016 è preferibilmente da ritenersi quale quella ufficiale. Precisamente, «the framework is also directed at the International Committee of the Red Cross (ICRC), whose interpretations of the law applicable in armed conflict are especially authoritative»⁶⁴. Infatti, come stabilito dalla Corte Internazionale di Giustizia nel *Diallo case*, l'interpretazione adottata dall'organo ufficiale di una convenzione deve essere considerata come quella 'autorevole'⁶⁵ e deve essere ritenuta autorevole dalla stessa Corte nell'applicazione del diritto internazionale.

Ad oggi, comunque, tale soluzione, come già più volte ribadito, non incontra una risposta positiva né nella prassi né nella letteratura, lasciando aperto il dibattito sulla concezione di *armed conflict* da adottare.

1.2. Le conseguenze nei confronti dei "cittadini nemici"

Lo stato di guerra, o più in generale il conflitto armato, presuppone una contrapposizione di interessi, un contrasto che secondo le Parti coinvolte non è risolvibile se non attraverso l'uso della forza. Infatti, il *bellum* implica l'inconciliabilità degli interessi di due o più parti, che per quanto riguarda il conflitto armato internazionale si identificano in Stati, tale da giustificare e rispettare del principio di sovranità e uguaglianza, capisaldi della Comunità Internazionale in tempo di pace, e l'eventuale uccisione e imprigionamento dei cittadini della controparte.

La rottura dei rapporti economici-politici-commerciali è stata spesso concomitante allo scoppio di una guerra tant'è che non si è mai discusso più di tanto sul fatto che l'inizio delle ostilità

«allows for the capture of merchant vessels pertaining to the adversary in international waters and the seizure of the merchant vessels of neutral or non-belligerent States if they are adjudged to be transporting contraband [and] it allows for the severing of aerial, maritime, and digital communications of the adversary State with the outside world [and] it allows for the detention without trial of persons subject to capture as prisoners of war, and of civilians who are deemed to pose a security threat to the detaining power for the duration of the conflict or,

⁶³ T. D. GILL, "Some Reflections on the Threshold for International Armed Conflict and on the Application of the Law of Armed Conflict in Any Armed Conflict in International Law Studies Series", cit., p. 701. Infatti, l'Autore riportando tale tesi afferma che «This position is shared by a number of other commentators and a significant amount of State practice. This position argues that border skirmishes, naval and aerial incidents, and the like do not constitute armed conflicts as they lack the requisite degree of intensity and/or duration», *id.*, p. 701-702

⁶⁴ N. BALENDRA, "Defining Armed Conflict in Cardozo Law Review", cit., p. 2465

⁶⁵ «Likewise, when the Court is called upon, as in these proceedings, to apply a regional instrument for the protection of human rights, it must take due account of the interpretation of that instrument adopted by the independent bodies which have been specifically created, if such has been the case, to monitor the sound application of the treaty in question», International Court of Justice, *Case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, judgment del 30 novembre 2010, p. 664

in the case of civilians, for as long as is deemed necessary for security»⁶⁶.

Nondimeno, «la guerra tinge con un'aura etico-eroica il processo di criminalizzazione del nemico»⁶⁷, in un crescendo di omologazione culturale, distrazione dal conflitto sociale»⁶⁸, il quale viene completamente reindirizzato verso la minaccia esterna.

Eppure, nella fitta rete di collegamenti post Carta Nazioni Unite, «la rottura dei rapporti diplomatici [non viene considerata] necessaria, quando [le Potenze] intraprendono un conflitto armato gli uni contro gli altri [...] certamente gli Stati non fanno dipendere la rottura dei rapporti diplomatici dall'instaurazione dello stato di guerra»⁶⁹.

Tralasciando gli obblighi gravanti su ciascun Stato belligerante derivanti *in toto* dalle disposizioni delle Convenzioni di Ginevra, le quali concernono le limitazioni e i rapporti con le forze armate nemica, vale a dire le norme sui 'legittimi combattenti', in questo paragrafo si delineeranno in maniera succinta le conseguenze gravanti in generale sui cittadini nemici (una sorta di '*ius hostis*' in tempo di guerra).

In particolare, in questi casi si applica la IV Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra, riflettente il diritto consuetudinario, la quale stabilisce che ciascun Stato belligerante può disporre di misure di controllo e sicurezza.

Tali misure, brevemente riportate dal Commentario del 1958 sulla IV Convenzione di Ginevra, ricomprendono diverse facoltà accordate alla Potenza belligerante «from comparatively mild restrictions such as the duty of registering with and reporting periodically to the police authorities, the carrying of identity cards or special papers, on any change in place of residence without permission, prohibition of access to certain areas, restrictions of movement, or even assigned residence and internment»⁷⁰. Nello specifico, secondo una lettura combinata dell'art.41 e art. 42, è possibile disporre l'internamento e l'assegnazione di residenze obbligate, ma tale intervento è lecito salvo come ultima misura necessaria per garantire la sicurezza e l'ordine pubblico e nel caso le stesse persone «may seriously prejudice its [dello Stato che dispone l'internamento] security by other means, such as sabotage or espionage»⁷¹. In tal senso il semplice possesso della nazionalità dello Stato nemico diviene elemento sufficiente per essere soggetto a tali misure.

A tutela dei cittadini nemici la Carta delle Nazioni Unite riconosce la facoltà di poter lasciare il territorio della Potenza avversaria, salvo il diritto di quest'ultima di negare l'autorizzazione se compromettente i propri interessi⁷².

Inoltre, senza particolari motivazioni alla base, ciascun Stato partecipante ad un conflitto armato può disporre l'allontanamento e l'espulsione del cittadino nemico dal proprio territorio; tale impostazione è stata recentemente riconfermata dalla

⁶⁶ T. D. GILL, "Some Reflections on the Threshold for International Armed Conflict and on the Application of the Law of Armed Conflict in Any Armed Conflict in International Law Studies Series", cit., p. 703

⁶⁷ Sull'evoluzione del concetto di 'nemico' nella storiografia contemporanea, C. GALLI, "La guerra globale: continuità e discontinuità", in *Iride* 2003, p. 433 ss. (disponibile su www.rivisteweb.it)

⁶⁸ A. ALGOSTINO, "Il senso forte della pace e gli effetti collaterali della guerra sulla democrazia in Associazione Italiana dei Costituzionalisti", cit.

⁶⁹ M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, Torino, 2009, p. 245

⁷⁰ Commentary to Geneva Conventions 1958

⁷¹ *Ibid.*

⁷² G. I. DRAPER, *The Red Cross Conventions*, Londra, 1958, p. 36 s.

Commissione dell'Accordo di Pace tra Eritrea e Etiopia⁷³. Esattamente, tale operazione non è comunque libera, ma deve rispettare i limiti della IV Convenzione di Ginevra (come gli art. 35⁷⁴ e 36⁷⁵ Convenzione) ed essere conforme alle regole del diritto internazionale umanitario⁷⁶.

Infatti, la *International Law Commission* (ILC) nel 2014 ha ribadito come l'espulsione in genere del cittadino straniero non è ammessa, salvo se giustificata per salvaguardare l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale⁷⁷, lettura che comunque deve essere restrittiva in quanto l'espulsione, secondo l'interpretazione del relatore del progetto, «must be allowed only in the case of aliens who are hostile to a receiving State at war with their country»⁷⁸. Una tale impostazione è da applicarsi sia in caso di espulsione di un singolo soggetto (o comunque per un numero ristretto) che, per quanto riguarda le espulsioni di massa dei cittadini nemici. In generale, con il tempo e col proseguire dei lavori della Commissione, l'esigenza di offrire una salvaguardia a tali soggetti è stata resa evidente dai puntuali richiami sulla questione e dall'introduzione di nuove eccezioni⁷⁹ volte ad evitare eventuali vendette e carneficine ai danni dei cittadini della Potenza nemica⁸⁰. Pur non essendo stato sancito in una convenzione, bisogna ricordare che i *Draft articles* del 2014 sono utilizzabili per dimostrare l'esistenza del diritto consuetudinario.

Oltre le limitazioni di carattere sostanziale, il diritto consuetudinario accompagna al sistema di protezione del cittadino nemico una serie di garanzie procedurali consacrate nella già più volte menzionata IV Convenzione di Ginevra, in particolare

⁷³ Commissione de reclami sull'Accordo di pace tra l'Eritrea e l'Etiopia

⁷⁴ «Qualunque persona protetta che desiderasse lasciare il territorio all'inizio o nel corso di un conflitto, avrà il diritto di farlo, a meno che la sua partenza non sia contraria agli interessi nazionali dello Stato. La domanda di lasciare il territorio sarà esaminata secondo una procedura regolare e la decisione dovrà essere presa il più rapidamente possibile. La persona autorizzata a lasciare il territorio potrà munirsi del denaro necessario per il suo viaggio e portar seco un quantitativo ragionevole di effetti e di oggetti d'uso personale.

Le persone alle quali è rifiutato il permesso di lasciare il territorio, avranno il diritto di ottenere che un tribunale o un collegio amministrativo competente, istituito a questo scopo dalla Potenza detentrica, riesamini questo rifiuto entro il più breve termine possibile.

Se ne è fatta richiesta, dei rappresentanti della Potenza protettrice potranno, a meno che vi si oppongano motivi di sicurezza o che gli interessati sollevino obiezioni, ottenere di essere informati del rifiuto opposto alle persone che avevano chiesto il permesso di lasciare il territorio e, il più rapidamente possibile, dei nomi di tutte le persone che si trovino in questo caso»

⁷⁵ «Le partenze autorizzate in virtù del precedente articolo avranno luogo in condizioni soddisfacenti di sicurezza, di igiene, di salubrità e di alimentazione. Tutte le spese che ne risultano, a contare dall'uscita dal territorio della Potenza detentrica, saranno a carico del paese di destinazione o, in caso di soggiorno in paese neutro, a carico della Potenza della quale i beneficiari sono cittadini. Le modalità pratiche di questi trasferimenti saranno, se necessario, fissate mediante accordi speciali tra le Potenze interessate.

Sono riservati gli accordi speciali che le parti belligeranti possono aver concluso sullo scambio e il rimpatrio dei loro cittadini caduti in potere del nemico»

⁷⁶ M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 248

⁷⁷ Art. 6 Draft articles on the expulsion of aliens: «the present draft articles are without prejudice to the rules of international law relating to refugees, as well as to any more favourable rules or practice on refugee protection, and in particular to the following rules: (a) a State shall not expel a refugee lawfully in its territory save on grounds of national security or public order; (b) a State shall not expel or return (refouler) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where the person's life or freedom would be threatened on account of his or her race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, unless there are reasonable grounds for regarding the person as a danger to the security of the country in which he or she is, or if the person, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country»

⁷⁸ UN Doc. A/CN.4/581, *International Law Commission*, Fifth-ninth Session, Third Report by Special Rapporteur Maurice Kamto, p. 42

⁷⁹ M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 249

⁸⁰ *Ibid.*

agli articoli 35, 36 e 38⁸¹ e l'art. 75⁸² I Protocollo Aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra.

⁸¹ «Fatta eccezione dei provvedimenti speciali che possono essere presi in virtù della presente Convenzione, specie degli articoli 27 e 41, la situazione delle persone protette rimarrà, di massima, regolata dalle disposizioni relative al trattamento degli stranieri in tempo di pace. In ogni caso, saranno loro accordati i seguenti diritti:

1. esse potranno ricevere i soccorsi individuali o collettivi che fossero loro inviati;
2. esse riceveranno, se il loro stato di salute lo esige, assistenza medica e cure cliniche nella stessa misura che i cittadini dello Stato interessato;
3. esse potranno praticare la loro religione e ricevere l'assistenza spirituale dei ministri del loro culto;
4. se risiedono in una regione particolarmente esposta ai pericoli della guerra, esse saranno autorizzate a trasferirsi altrove, nella stessa misura che i cittadini dello Stato interessato;
5. i fanciulli d'età inferiore a quindici anni, le donne incinte e le madri dei bambini d'età inferiore a sette anni fruiranno, nella stessa misura che i cittadini dello Stato interessato, di qualsiasi trattamento preferenziale»

⁸² «1. Quando si trovano in una delle situazioni indicate nell'articolo 1 del presente Protocollo, le persone che sono in potere di una Parte in conflitto e che non beneficiano di un trattamento più favorevole in virtù delle Convenzioni e del presente Protocollo, saranno trattate con umanità in ogni circostanza e beneficeranno, come minimo, delle protezioni previste nel presente articolo, senza alcuna distinzione di carattere sfavorevole fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione o la credenza, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, il censo, la nascita o altra condizione, oppure qualsiasi altro criterio analogo. Ciascuna Parte rispetterà la persona, l'onore, le convinzioni e le pratiche religiose di tutte le dette persone.

2. Sono e resteranno proibiti in ogni tempo e in ogni luogo i seguenti atti, siano essi commessi da agenti civili o militari:

a) le violenze contro la vita, la salute e il benessere fisico o psichico delle persone, in particolare:

- i) l'omicidio;
- ii) la tortura sotto qualsiasi forma, sia essa fisica o psichica;
- iii) le pene corporali; e
- iv) le mutilazioni;

b) gli oltraggi alla dignità della persona, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti, la prostituzione forzata ed ogni forma di offesa al pudore;

c) la cattura di ostaggi;

d) le pene collettive; e

e) la minaccia di commettere uno qualsiasi degli atti sopra citati.

3. Ogni persona arrestata, detenuta o internata per atti connessi con il conflitto armato sarà informata senza ritardo, in una lingua che essa comprende, dei motivi per cui dette misure sono state prese. Salvo il caso di arresto o di detenzione per un reato, detta persona sarà liberata nei più brevi termini possibili e, comunque, non appena saranno venute meno le circostanze che avevano giustificato l'arresto, la detenzione o l'internamento.

4. Nessuna condanna sarà pronunciata e nessuna pena sarà eseguita nei confronti di una persona riconosciuta colpevole di un reato connesso con il conflitto armato, se non in virtù di una sentenza pronunciata da un tribunale imparziale e regolarmente costituito, che si conformi ai principi generalmente riconosciuti di una procedura regolare comprendente le seguenti garanzie:

a) le norme di procedura disporranno che l'imputato deve essere informato senza indugio dei particolari del reato a lui addebitato, e assicureranno all'imputato stesso, prima o durante il processo, tutti i diritti e mezzi necessari alla sua difesa;

b) nessuno potrà essere condannato per un reato se non in base ad una responsabilità penale individuale;

c) nessuno potrà essere accusato o condannato per azioni od omissioni che non costituivano reato secondo il diritto nazionale o internazionale a lui applicabile al momento della loro commissione. Non potrà, del pari, essere irrogata alcuna pena più grave di quella che era applicabile al momento della commissione del reato. Se, dopo la commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il reo dovrà beneficiarne;

d) ogni persona accusata di un reato si presumerà innocente fino a che la sua colpevolezza non sia stata legalmente stabilita;

e) ogni persona accusata di un reato avrà diritto ad essere giudicata in sua presenza;

f) nessuno potrà venir costretto a testimoniare contro sé stesso o a confessarsi colpevole;

g) ogni persona accusata di un reato avrà diritto di interrogare o di fare interrogare i testimoni a carico, e di ottenere la comparizione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico alle stesse condizioni dei testimoni a carico;

h) nessuno potrà essere processato né punito dalla stessa Parte per un reato che abbia già fatto oggetto di un giudizio definitivo di assoluzione o di condanna reso conformemente allo stesso diritto e alla stessa procedura giudiziaria;

i) ogni persona processata per un reato ha diritto a che la sentenza sia pronunciata pubblicamente;

j) ogni persona condannata sarà informata, al momento della condanna, del suo diritto a ricorrere per via giudiziaria o altra via, nonché dei termini per esercitare tale diritto.

5. Le donne private della libertà per motivi connessi con il conflitto armato saranno custodite in locali diversi da quelli degli uomini. Esse saranno poste sotto la sorveglianza immediata di donne. Tuttavia, se vi sono famiglie detenute o internate, si dovrà preservare la loro unità, alloggiandole, per quanto possibile, in uno stesso luogo.

Nel caso in cui o perché non sia stata accordata l'autorizzazione a lasciare il paese o i cittadini nemici, forse spinti dalla paura di essere perseguiti o desiderosi di rimanere dove sono, decidano di non abbandonare il nuovo territorio, e laddove lo Stato non abbia disposto la loro espulsione dal proprio territorio, è consolidata una certa *state practice*⁸³ nel riconoscere che gli stessi debbano godere del principio di pari trattamento, godendo degli stessi diritti e delle stesse libertà dei cittadini autoctoni. Ai sensi dell'art. 80 IV Convenzione di Ginevra inoltre si ribadisce che, anche qualora sottoposti a un regime di internamento, i cittadini nemici conservano la loro piena capacità civile e i diritti da questa derivanti, tra cui il diritto d'azione giudiziaria⁸⁴.

La regolamentazione sul trattamento internazionale non si esaurisce alla tutela della libertà personale e l'incolumità, ma anzi concerne anche agli altri aspetti quali la tutela dei beni dei cittadini nemici. In particolare, il diritto internazionale consuetudinario vieta la confisca di beni dei cittadini nemici, salvo se il sequestro sia imperativamente giustificato da necessità belliche⁸⁵, come già stabilito dai Regolamenti dell'Aja⁸⁶. In tal senso la tutela dei beni è ovviamente volta ad evitare che i cittadini vengano spogliati di quanto posseduto e privati dell'esercizio del diritto di proprietà.

È chiaro che lo *ius hostis* in tempo di guerra, condividendo lo spirito d'umanità del diritto internazionale umanitario, ha come finalità principale quella di salvaguardare e tutelare gli individui senza che vi siano eventuali discriminazioni.

2. La conciliabilità dello stato di guerra con la Carta delle Nazioni Unite

Come si è visto, nonostante la Carta delle Nazioni Unite si è posta come obiettivo principale la limitazione, secondo alcuni addirittura la preclusione⁸⁷, dello *ius ad bellum*, atto «a salvare le future generazioni dal flagello della guerra, che per due volte nel corso di questa generazione [ovviamente il riferimento è al periodo di adozione del testo quindi il 1945] ha portato indicibili afflizioni all'umanità»⁸⁸,

6. Le persone arrestate, detenute o internate per motivi connessi con il conflitto armato beneficeranno delle protezioni concesse dal presente articolo fino alla loro liberazione definitiva, al loro rimpatrio o al loro stabilimento, anche dopo la fine del conflitto armato.

7. Affinché non sussista alcun dubbio circa l'azione penale a carico delle persone accusate di crimini di guerra o di crimini contro l'umanità, saranno applicati i seguenti principi:

a) le persone accusate di tali crimini dovrebbero essere processate e giudicate conformemente alle regole del diritto internazionale applicabile;

b) ogni persona che non beneficia di un trattamento più favorevole in virtù delle Convenzioni o del presente Protocollo, dovrà ottenere il trattamento previsto nel presente articolo, indipendentemente dal fatto che i crimini di cui è accusata costituiscono o no infrazioni gravi alle Convenzioni o al presente Protocollo.

8. Nessuna disposizione del presente articolo potrà essere interpretata nel senso di limitare o ledere ogni altra disposizione più favorevole che accordi, in virtù delle regole del diritto internazionale applicabile, una maggiore protezione alle persone comprese nel paragrafo 1»

⁸³ M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., pp. 250-251

⁸⁴ Su quest'ultima nel 2005 su è pronunciata la Corte di Giustizia inglese nel caso *Amin vs. Brown*

⁸⁵ M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 256

⁸⁶ Art. 23 lett. g) della Regolamento annesso alla Convenzione dell'Aja del 1899

⁸⁷ «Attraverso accordi internazionali successivi, gli Stati hanno progressivamente rinunciato alla libertà di ricorrere alla guerra, da sempre gelosamente preservata. Con la Carta delle Nazioni Unite, essi sono giunti a precludersi qualsiasi impegno della forza armata nelle relazioni *inter se*. Il consolidamento del divieto dell'uso della forza nel diritto consuetudinario e, entro certi limiti, nel diritto cogente ha determinato la completa e definitiva abolizione dello *ius ad bellum*, in precedenza riconosciuto ad ogni Stato. La natura consuetudinaria o addirittura cogente del divieto non esclude, tuttavia, la possibilità di violazioni», N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 85

⁸⁸ Preambolo Carta delle Nazioni Unite

spesso è stata interpellata in questa analisi per fare riferimento anche agli obblighi di *ius in bello* derivanti dalla dichiarazione dello stato di guerra.

Infatti, lo *ius ad bellum* è da sempre stato correlato all'istituto dello stato di guerra: come argomentato fin dal Capitolo Introduttivo, il ricorso alla forza quale strumento di *policy* dello Stato ha portato col tempo all'istituzionalizzazione della gestione del fenomeno bellico in previsioni costituzionali, collegando quindi da un lato la disponibilità del diritto allo *ius ad bellum* e, dall'altro, le regole dello stato di guerra. In tal senso la preclusione della libertà di fare la guerra potrebbe precludere anche l'istituto dello stato di guerra? Il solenne riconoscimento del divieto generale dell'uso della forza ha definitivamente soppiantato la tradizione giuridica antecedente? Ha ancora senso parlare di 'stato di guerra' ad oggi o è forse implicita un'incompatibilità tra tale istituto e la Carta delle Nazioni Unite?

La letteratura giuridica ha assunto nel corso del tempo due diverse impostazioni: la prima, più mite, è aperta circa la possibile conciliabilità tra lo stato di guerra e la Carta delle Nazioni Unite; la seconda, più severa, è ferma nell'affermare che l'evoluzione del diritto internazionale è da intendersi come difficilmente comparabili.

Partendo dalla prima impostazione, innanzitutto, rileva sottolineare come, ancora oggi e senza essere mai messa in discussione, lo stato di guerra è lecitamente riconosciuto in caso di legittima difesa. Invero, il diritto di autotutela di ciascun Stato rimane impregiudicato anche dopo l'adesione al sistema e alle regole delle Nazioni Unite; l'art. 51 Carta delle Nazioni Unite, infatti, afferma che «nessuna disposizione del presente Statuto pregiudica il diritto naturale di autotutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un Membro delle Nazioni Unite»⁸⁹. Questa stessa lettura è stata anche confermata dalla prassi degli Stati che si sono espressi, nonostante il condiviso sentimento pacifista⁹⁰ e solidarista, per la sopravvivenza e la continuazione dell'istituto in questione⁹¹ ed è ribadita nel diritto internazionale umanitario pattizio. Come elaborato in precedenza, l'ambito di applicabilità delle Convenzioni di Ginevra e dei suoi Protocolli Aggiuntivi, prevede espressamente l'ipotesi dello stato di guerra: l'espressione 'declared war' quale uno dei due criteri d'applicazione del diritto di Ginevra è perfettamente indicativa sul punto. La dichiarazione di guerra è infatti prodromica allo stato di guerra, una formalità per determinare il momento di svolta tra ordinamento di pace e ordinamento di guerra.

Inoltre, la stessa Carta delle Nazioni Unite sembra contemplare l'esistenza dello stato di guerra, quale situazione antecedente ad un intervento di uso della forza legittimo delle Nazioni Unite. Laddove lo stesso art. 51 Carta delle Nazioni Unite contempla la possibilità di ricorrere all'azione bellica in autotutela limitatamente fino a quando il Consiglio di Sicurezza non abbia disposto delle adeguate misure di difesa collettiva. L'autorizzazione accordata ad agire per difendersi legittimamente con la forza è la prova tangibile della sopravvivenza dell'istituto dello stato di guerra quale strumento di difesa espressamente riconosciuto dalla Carta ONU.

⁸⁹ Art. 51 Carta delle Nazioni Unite

⁹⁰ La ricerca del pacifismo tra le Nazioni ha addirittura spinto ad una teorizzazione assoluta del divieto della forza. Invero, «in pacifism, war is not considered as a legitimate means or instrument of policy. The concept covers a spectrum of views ranging from the belief that international disputes can and should be peacefully settled; to anti-militarism calling for the abolition of all military and war institutions to an attitude or policy of non-resistance and non-violence under any circumstance, including self-defence and others. The main difference of the various lines of arguments is how best to achieve peace», A. BIEHLER, "Pacifism", in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2013, p. 2

⁹¹ M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 88

Secondo l'altra corrente dottrinale, tuttavia, l'istituto dello stato di guerra risulta ormai eliminato dalla Carta delle Nazioni. Precisamente, «in generale, quello stato eccezionale e temporaneo [stato di guerra] nel quale agli Stati in lotta erano imposti gli stessi obblighi e riconosciuti gli stessi diritti, nei loro reciproci rapporti, dal diritto bellico e, nei rapporti con gli Stati terzi, dal diritto di neutralità non potrebbe più essere instaurato nell'era delle Nazioni Unite»⁹². Infatti, tale interpretazione dottrinale parte dal presupposto che lo stato di guerra sia intrinsecamente legato alla disponibilità dello strumento bellico da parte degli Stati e di regolarizzare i rapporti istituzionali e normativi in caso di attuazione del modello d'eccezione. Tuttavia, «since an attempt to create the technical condition of war can hardly be anything other than 'a threat or use of force', no state may lawfully use its initiative in that particular way»⁹³, secondo questa impostazione, qualora lo scopo della Carta delle Nazioni Unite è estraniare il *bellum* dalla dialettica degli Stati. Esattamente,

«la guerre, en tant qu'institution juridique conférant des droits particuliers et égaux aux belligérants, et entre ceux-ci et les tiers au conflit, de par leur seule volonté unilatérale, doit avoir cessé d'exister consécutivement à sa 'mise hors la loi': puisque les États ont l'obligation d'entretenir entre eux des relations pacifiques – c'est-à-dire qu'ils sont interdits de recourir à la menace ou à l'usage de la force – il ne saurait exister, en droit, un 'état de guerre' se substituant valablement à un 'état de paix' et conférant à l'agresseur autant qu'à l'agressé des droits égaux»⁹⁴.

Quindi, poiché «i Membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall'uso della forza»⁹⁵, affinché quest'ultimo non possa solo essere atto a creare pregiudizio «[al]l'integrità territoriale o [al]l'indipendenza politica di qualsiasi Stato»⁹⁶, ma che possa anche essere «in qualunque altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite»⁹⁷. Una clausola di tal genere potrebbe allargare il divieto di cui all'art. 2 par. 4 della Carta delle Nazioni Unite, sottintendendo quindi con una tale espressione l'estinzione dell'istituto dello stato di guerra.

Infatti, lo stato di guerra, implicando un uso della forza unilaterale, si mal concilierebbe con il sistema di sicurezza collettiva ideato dal sistema delle Nazioni Unite. Inoltre, benché il principio di divieto dell'uso della forza sia di natura consuetudinaria, lo stato di guerra in quanto espressione della volontà giuridica unilaterale di ciascuno Stato potrebbe trascendere lo stesso principio in nome di propri interessi egoistici.

Difatti, la liceità o meno della dichiarazione o, meglio, della deliberazione, dello stato di guerra non inficerebbe in nessun modo le condizioni di esistenza dello stesso: in quanto espressione di forza, la guerra viene in essere, indipendentemente che sia vietata o meno, nel momento in cui uno Stato decida di far ricorso ad essa.

⁹² *Id.*, p. 86

⁹³ E. LAUTERPACHT, "The legal irrelevance of the 'State of War' ", In *Proceedings of the American Society of International Law at its annual meeting (1921-1969)*, 1968, p. 63 (disponibile su www.cambridge.org)

⁹⁴ P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit public*, p. 436 citato in M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit. p. 85 ss.

⁹⁵ Art. 2 par. 4 Carta delle Nazioni Unite

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

Precisamente, «the recognition of war as a legal state implies no judgment on the legality of war [...] the consequences in international law of an illegal war remain unaffected by this recognition»⁹⁸. Ovviamente, l'azione armata non giustificata ex art. 51 Carta delle Nazioni Unite configurerebbe un illecito internazionale, e lo Stato responsabile del fatto illecito sarebbe eventualmente oggetto delle opportune sanzioni. Sanzioni che comunque non hanno un effetto deterrente sufficientemente apprezzabile. Difatti, la guerra si impone sullo *status quo* delle cose, indipendentemente che sia lecita o meno; in tal senso, come dimostrato recentemente con il conflitto russo-ucraino⁹⁹, il sistema di sicurezza collettiva ONU non è comunque capace di imporsi per arginare eventuali crimini di aggressione ad un'altra Potenza.

Tralasciando il discorso sull'efficacia del diritto internazionale e l'effetto deterrente delle sue sanzioni, già da tempo criticati, ciò che rileva sottolineare ai fini della presente analisi è che, indipendentemente dal fatto che l'istituto dello stato di guerra sia o meno conciliabile con la Carta delle Nazioni Unite, sia più opportuno spostare il discorso sul piano della realtà dei fatti piuttosto che sul piano meramente astratto e giuridico.

La storia in più di un'occasione ha dimostrato quanto sia sterile continuare a trovare una risposta agli interrogativi sollevati in precedenza. Infatti, sia che si opti per la prima tesi che per la seconda, la conciliabilità o meno dello stato di guerra con la Carta delle Nazioni Unite si risolverebbe comunque *de facto* a favore del primo alla luce dei limiti del diritto internazionale e in virtù della dimensione fattuale su cui si basa sia l'attivazione del diritto speciale di deroga di guerra sia l'attuazione del sistema di protezione di Ginevra.

Ovviamente ciò non pregiudicherebbe il rispetto delle disposizioni della Carta delle Nazioni Unite, cui l'Italia è comunque tenuta.

3. L'applicabilità del Patto Atlantico in caso di dichiarazione di guerra

È importante evidenziare che l'Italia, oltre ad aver aderito al sistema delle Nazioni Unite, fa parte di quel blocco di paesi cui solitamente ci si riferisce come 'blocco occidentale', benché l'iter procedurale d'adesione allo stesso sia stato piuttosto tortuoso e tribolato¹⁰⁰.

Dicitura coniata nel corso della guerra fredda, l'espressione ha inizialmente indicato l'insieme dei 12 paesi (oggi 32) che hanno sottoscritto il Trattato del Nord Atlantico il 4 aprile 1949 a Washington. Il nome del trattato fa ovviamente rimando alla zona geografica dei paesi coinvolti (Stati Uniti d'America, Canada ed Europa occidentale) separati per l'appunto dall'oceano Atlantico, anche se a tale accordo hanno aderito paesi 'più orientali' quali Grecia e Turchia¹⁰¹.

⁹⁸ MENG, "War", in *Encyclopaedia Public International Law*, 2000, p. 1337 citato in M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 88

⁹⁹ In tal senso, appare addirittura sorprendente il conflitto in questione. Infatti, la giustificazione data dal Presidente Putin di tale conflitto affonda le sue radici nei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale umanitario. Sul punto, A. SPAGNOLO, "Prime considerazioni sul tentativo della Russia di giustificare l'intervento armato in Ucraina", in *SIDIBlog* 2022 (disponibile su www.sidiblog.org)

¹⁰⁰ Come per l'adesione all'ONU, le difficoltà sono state caratterizzate dal superamento dello status di paese sconfitto della Seconda Guerra Mondiale

¹⁰¹ Nonostante il richiamo al Nord Atlantico non del tutto veritiero, la denominazione dell'associazione è rimasta invariata indipendentemente dal riferimento geografico

Col tempo, oltre a questa convenzione se ne sono aggiunte altre concernenti aspetti specifici dell'alleanza che col tempo ha assunto sempre di più le caratteristiche di un'organizzazione internazionale¹⁰².

La natura di questo trattato era prettamente di natura difensiva e tale finalità è resa palese all'art. 3 NATO («allo scopo di conseguire con maggiore efficacia gli obiettivi del presente Trattato, le parti, agendo individualmente e congiuntamente, in modo continuo ed effettivo, mediante lo sviluppo delle loro risorse e prestandosi reciproca assistenza, manterranno e accresceranno la loro capacità individuale e collettiva di resistere ad un attacco armato»¹⁰³).

Inoltre, nonostante sia per definizione una alleanza militare, la compatibilità con i principi della Carta delle Nazioni Unite è palese: ai sensi dell'art. 3 («le parti si impegnano, come stabilito nello Statuto delle Nazioni Unite, a comporre con mezzi pacifici qualsiasi controversia internazionale in cui potrebbero essere coinvolte, in modo che la pace e la sicurezza internazionali e la giustizia non vengano messe in pericolo, e ad astenersi nei loro rapporti internazionali dal ricorrere alla minaccia o all'uso della forza assolutamente incompatibile con gli scopi delle Nazioni Unite»¹⁰⁴) e all'art. 7 («il presente Trattato non pregiudica e non dovrà essere considerato in alcun modo lesivo dei diritti e degli obblighi derivanti dallo Statuto alle parti che sono membri delle Nazioni Unite o la responsabilità primaria del Consiglio di Sicurezza per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali.») dell'alleanza atlantica.

A questo punto rileva fare un'importante precisazione ed è fondamentale fare ancora una volta una distinzione, ovverosia tra guerra d'aggressione e guerra difensiva. Aderendo ai principi del sistema delle Nazioni, fra cui il divieto dell'uso della forza, gli effetti dell'alleanza militare atlantica non possono che realizzarsi a seguito di un atto nemico di aggressione e, almeno teoricamente, non può in nessun modo giustificare un intervento offensivo. Infatti, non solo il trattato esplicita la causa dell'attivazione del meccanismo difensivo e la subordina al fatto che una Parte Contraente abbia subito un attacco armato come esplicito dalla lettera dell'art. 5 NATO¹⁰⁵, ma anzi specifica anche cosa si debba intendere per attacco armato, ovverosia un atto diretto contro o il territorio di una delle Potenze aderenti o le Forze Armate delle stesse¹⁰⁶.

¹⁰² G. CANSACCHI, *Nozioni di diritto internazionale bellico*, cit., p. 363 ss. In particolare, si ricordano la Convenzione di Londra sullo Statuto delle Forze Armate, la Convenzione di Ottawa sullo Statuto dell'Organizzazione del Trattato Nord-Atlantico, il Protocollo di Parigi sullo Statuto dei Quartieri Generali Militari Internazionali, l'Accordo di Parigi sulla cooperazione in materia atomica e l'istituzione sia il Consiglio del Nord Atlantico sia il Comitato di difesa

¹⁰³ Art. 3 Trattato del Nord Atlantico

¹⁰⁴ Art. 1 Trattato del Nord Atlantico

¹⁰⁵ L'articolo recita «Le parti convengono che un attacco armato contro una o più di esse in Europa o nell'America settentrionale sarà considerato come un attacco diretto contro tutte le parti, e di conseguenza convengono che se un tale attacco si producesse, ciascuna di esse, nell'esercizio del diritto di legittima difesa, individuale o collettiva, riconosciuto dall'art. 51 dello Statuto delle Nazioni Unite, assisterà la parte o le parti così attaccate intraprendendo immediatamente, individualmente e di concerto con le altre parti, l'azione che giudicherà necessaria, ivi compreso l'uso della forza armata, per ristabilire e mantenere la sicurezza nella regione dell'Atlantico settentrionale. Ogni attacco armato di questo genere e tutte le misure prese in conseguenza di esso saranno immediatamente portate a conoscenza del Consiglio di Sicurezza. Queste misure termineranno allorché il Consiglio di Sicurezza avrà preso le misure necessarie per ristabilire e mantenere la pace e la sicurezza internazionali»

¹⁰⁶ Art. 6 Trattato del Nord Atlantico specifica «Agli effetti dell'art. 5, per attacco armato contro una o più delle parti si intende un attacco armato:

– contro il territorio di una di esse in Europa o nell'America settentrionale, contro i Dipartimenti francesi d'Algeria⁽²⁾, contro il territorio della Turchia o contro le isole poste sotto la giurisdizione di una delle parti nella regione dell'Atlantico settentrionale a nord del Tropico del Cancro;

Nonostante, dunque, l'impiego degli Stati membri preso di intervenire congiuntamente in caso di aggressione ovvero d'offesa esterna contro uno di essi, viene dato naturalmente del tempo agli Stati Alleati di attivare le procedure nazionali e costituzionali dello stato di guerra¹⁰⁷.

Da questo punto di vista, il Patto d'Atlantico non sembra stabilire particolari obblighi per l'Italia in caso di guerra: l'unico obbligo, che però manca di un qualsiasi elemento di novità, riguarda l'obbligo di astensione dalla guerra offensiva limitandosi ad intervenire solo in caso di difesa, gravando sugli altri 31 stati aderenti alla NATO l'obbligo di attivarsi.

Avendo esaurito il discorso sugli obblighi internazionali, prima di continuare la disamina delle criticità del modello costituzionale dello stato di guerra, bisogna senz'altro riflettere sul rapporto guerra-fatto e guerra-diritto alla base dello stesso stato eccezionale, e per far ciò non si può che analizzare le ultime novità presentatesi sullo scenario internazionale.

– contro le forze, le navi o gli aeromobili di una delle parti, che si trovino su questi territori o in qualsiasi altra regione d'Europa nella quale, alla data di entrata in vigore del presente Trattato, siano stazionate forze di occupazione di una delle parti, o che si trovino nel Mare Mediterraneo o nella regione dell'Atlantico settentrionale a nord del Tropico del Cancro, o al di sopra di essi»

¹⁰⁷ G. CANSACCHI, *Nozioni di diritto internazionale bellico*, cit., p. 32

CAPITOLO QUINTO

L'USO DELLA FORZA NELLA PRASSI CONTEMPORANEA

SOMMARIO: 1. Zone d'ombra del divieto allo *ius ad bellum* - 1.1. La lotta “per esportare” la democrazia - 1.2. Il concetto di guerra preventiva – 2. La nozione asimmetrica della guerra e la questione dei conflitti armati - 3. La partecipazione al conflitto di organizzazioni internazionali

1. Zone d'ombra del divieto allo *ius ad bellum*

Nel capitolo precedente si è sottolineato la rilevanza assunta nel diritto internazionale dal concetto di ‘conflitto armato’, il quale, secondo la lettera delle Convenzioni di Ginevra e dei Protocolli Aggiuntivi, avrebbe dovuto inglobare un maggior numero di casi e quindi garantire la più ampia tutela possibile per quanto riguarda l'applicazione delle garanzie del diritto internazionale umanitario.

L'individuazione di tale criterio fattuale, piuttosto che legare l'applicazione delle regole del diritto umanitario all'attivazione di un istituto formale, si è dimostrata provvidenziale e vantaggiosa nel corso del tempo.

Infatti, nonostante lo spirito pacifista a seguito la Seconda Guerra Mondiale, le ostilità fra Stati non sono scomparse nello scenario internazionale. Nel corso dello scorso mezzo secolo, invero, l'azione delle Forze armate delle varie Potenze non si è esaurita nella mera azione difensiva, come invece era stato ordinato dalla Carta ONU, caratterizzandosi anzi come iniziativa offensiva.

Sempre in riferimento al sistema delle Nazioni Unite, un'importante precisazione è dovuta: laddove il diritto internazionale umanitario fa ruotare tutto il suo impianto normativo attorno alla nozione di *armed conflict*, il diritto internazionale, alla luce dell'introduzione del sistema delle Nazioni Unite e per quanto concerne il divieto di cui all'art. 2 par. 4 Carta ONU, pone l'accento sulla nozione di *use of force*. Tale concezione¹, come è facile da immaginare, tende ad inglobare una definizione più ampia rispetto a quella adottata nel diritto internazionale umanitario, portando a chiedersi se il divieto dell'uso della forza non sia ontologicamente destinato a coprire molte più aree lasciate scoperte dallo *ius in bello*. Tralasciando per ora il discorso sulle eventuali difficoltà di conciliazione tra ambito di applicazione del divieto dello *ius ad bellum* e l'ambito di regolamentazione dello *ius in bello*, conviene interrogarsi se l'uso della forza ad oggi non abbia assunto una dimensione tale da rifuggire ed eludere il divieto ex art. 2 par. 4, fondamento ormai del diritto internazionale del dopoguerra. È innegabile, invero, che lo scenario internazionale abbia assistito a numerose manifestazioni di azioni armate, sotto lo scudo di motivazioni fittizie e secondo presunte fonti di produzione alquanto contestabili. Precisamente, tale uso della forza, nel cercare di adottare una giustificazione che ne esplicherebbe una base di legittimità, avrebbe finito per compromettere sia l'impianto normativo su cui si regge l'odierno sistema delle Nazioni Unite che l'applicabilità delle regole sulla condotta delle ostilità.

¹ Per un'ampia trattazione sulla definizione della nozione si rimanda a P. GARGIULO, “Uso della forza”, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2012, p. 1367-1430

In particolare con la fine della Guerra Fredda sarebbero venuti meno i postulati base del diritto internazionale bellico, i quali hanno governato e regolato per più di tre secoli le relazioni internazionali di pace e di guerra: a partire dagli anni '90, la diplomazia occidentale, così come conosciuta dal sistema di Westphalia, è caduta in declino portando, dunque, ad interrogarsi anche sulle sorti della concezione stessa di 'stato di guerra' che ha trovato le sue radici proprio in questo sistema². Infatti, col tempo l'uso della forza contemporaneo ha finito per svincolarsi da ogni tentativo di definizione e delimitazione, finendo per assumere connotati sempre più sfumati e difficilmente categorizzabili.

Precisamente,

«per anni accordi internazionali e testi costituzionali hanno impresso un impulso riduttivo al fenomeno bellico tentando di confinare le ipotesi di guerra lecita ai soli casi di reazione difensiva di fronte ad aggressioni e, ad un tempo, prevedendo un ruolo di moderazione degli organi delle Nazioni Unite cui veniva affidato il compito di autorizzare l'uso della forza armata [secondo un] indirizzo [che] è stato sistematicamente smentito in più occasioni, sia in caso di conflitti regionali o di portata limitata, sia anche in caso di conflitti che indubbiamente hanno presentato rilevanza mondiale e che hanno visto la legittimazione di ipotesi di intervento armato per ragioni definite umanitarie e contestualmente lo scavalcamento del filtro preventivo della decisione delle Nazioni Unite»³.

Da una parte, il ricorso allo strumento bellico in senso lato ha finito per non limitarsi alla guerra difensiva di reazione all'aggressione di un'altra Potenza: l'uso della forza spesso ha finito per assumere il carattere di azione offensiva collettiva in nome di principi e valori etici supremi o in virtù di un'azione preventiva invocata dagli Stati adoperanti il *bellum* contro una potenziale minaccia alla propria integrità e sicurezza. Dall'altro lato, invece, si è registrato una nuova tendenza meritevole di attenzione: a partire dalle guerre di religione del XVII secolo, invero, come si è già sottolineato, la correlazione tra guerra e Stato si è fatta sempre più stretta tanto da cristallizzare il fenomeno bellico in un istituto giuridico proprio nella norma fondamentale dello Stato. Tale legame ha trovato il suo apice nel corso del XIX secolo e i primi decenni del XX secolo con il Primo Conflitto Mondiale; nondimeno, la Seconda Guerra Mondiale ha iniziato a mostrare le prime crepe di quell'assioma che vedeva la coincidenza tra gestione del Governo della dimensione bellica e strumento di *policy*

² «Si l'on peut certes comprendre la volonté de s'accrocher à un cadre d'analyse connu, et donc rassurant, à un moment où les ruptures successives multiplient les inconnues, la permanence d'une vision considérant les relations internationales comme des rapports a priori conflictuels n'est cependant pas au-dessus de tout soupçon : une telle perception reste en effet tributaire d'une vision philosophico-politique qui date, au delà de l'époque de la guerre froide, de l'ère classique de la diplomatie occidentale, celle du système interétatique consacré par les traités de Westphalie de 1648, sans parler de l'époque de la cité-Etat grecque lorsque fut esquissée pour la première fois, bien avant l'avènement de l'Etat territorial moderne, l'idée de l'inéluctabilité de la guerre entre unités politiques voisines, donc rivales. Or, si l'on compare les tendances internationales à l'œuvre en cette fin de XXe siècle avec les réalités connues par les théoriciens de l'état de guerre en question, alors il ne fait guère de doute que, des quatre postulats réalistes que sont l'unité politique souveraine acteur exclusif sur la scène politique internationale, la primauté de la politique de puissance dans les relations entre unités politiques, la séparation stricte entre politique interne et environnement politique international, la présence d'un système international hétérogène opposant deux messianismes irréductibles, aucun n'est plus pertinent aujourd'hui», D. BATTISELLA, "Fin de la guerre froide, fin de l'état de guerre", in *Politique étrangère* 1993, p. 748

³ G. DE VERGOTTINI, "Guerra e Costituzione in Quaderni costituzionali", cit., pp. 19-20

nazionale. La Seconda Grande Guerra, difatti, quale conflitto innovativo globale, ha determinato un cambiamento nella prassi della condotta delle ostilità tale da risultare un conflitto-precursore della realtà internazionale contemporanea in molti aspetti. Il coinvolgimento nelle ostilità della popolazione civile, l'utilizzo di nuovi strumenti tecnologico-militari, i bombardamenti e l'azione dell'aviazione militare nel conflitto, hanno di fatto dimostrato che lo scontro non si consuma necessariamente nei campi di battaglie o lungo le rispettive trincee e confini ed unitamente alla caduta delle Potenze europee, il Secondo Conflitto Mondiale ha evidenziato come la condotta delle ostilità può coinvolgere anche gruppi armati organizzati non rispondenti a nessuno Stato.

Seppur in maniera completamente diversa rispetto al 1939-1945, la realtà bellica odierna continua a presentare irregolarità simili a quelle dello scorso metà secolo. In particolare, ad oggi si è portati a chiedersi se l'impianto giuridico delle disposizioni dello *ius ad bellum*, da cui discenderebbe poi l'eventuale applicabilità dello *ius in bello*, riesca o meno a normare la realtà attuale; invero, «non deve essere trascurato il fatto che la crisi della distinzione tra pace e guerra rende ancora più elusiva di quanto non fosse già in passato la nozione di 'aggressione'»⁴, oltre in generale quella di 'uso della forza'.

Precisamente, il già più volte citato art. 2 comune Convenzioni di Ginevra nel delineare l'ambito di applicazione del diritto umanitario fa espressamente riferimento a due situazioni specifiche: la prima l'istituto dello stato di guerra, l'altra al concetto di *armed conflict*. Lo stato di guerra rimane un'ipotesi limitata, se non completamente superata; la mancata attivazione del paradigma italiano ex art. 78 Costituzione non è un caso isolato e d'eccezione, trovando una prassi condivisa anche per le altre Potenze.

Ad oggi, infatti, la denominazione spesso utilizzata nel definire eventuali ricorsi alla forza nelle relazioni internazionali dai vari Governi è l'espressione di 'missioni internazionali', ad escludere quindi un qualsiasi parallelismo con l'attività bellica (a tal riguardo si parla di crisi internazionale piuttosto che guerra) e di conseguenza l'attuazione del modello eccezionale di guerra.

L'esclusione dello stato di guerra nella definizione e nello studio della realtà fenomenica implicante l'uso della forza nella Comunità Internazionale non può che contemplare l'analisi su una possibile analisi del concetto di conflitto armato. Quest'ultimo, in quanto situazione di fatto comportante la consacrazione più ampia della guerra-diritto e di conseguenza l'applicazione *de jure* del diritto di Ginevra, viene comunque definito quale scontro tra le Alte Parti Contraenti delle Convenzioni di Ginevra indipendentemente dal riconoscimento o meno dello stato di guerra da parte delle stesse. Appurata l'ampiezza delle situazioni cui tale nozione può dirsi applicabile, non resta che chiedersi se la stessa sia capace di inglobare anche le nuove evoluzioni della Comunità Internazionale. Può, quindi, il concetto di *armed conflict* estendersi anche alle nuove 'missioni internazionali' o è più opportuno ritenere che i recenti sviluppi del fenomeno bellico siano ormai sfuggiti ad una qualsiasi regolamentazione giuridica? Si può argomentare che, nonostante gli sforzi dello scorso secolo di tramutare il *bellum* in una situazione di diritto sia per quanto riguarda le Costituzioni nazionali che per quanto concerne la disciplina internazionale applicabile, l'uso della forza sia ormai slegato da un'effettiva normatività?

⁴ A. COLOMBO, "Il conflitto in Ucraina e la nuova forma della guerra", in *Iride* 2022, p. 477-486 (disponibile su www.rivisteweb.it)

Infatti, l'uso della forza rimane incontrovertibilmente una realtà di fatto anche ai giorni attuali pur avendo assunto nel corso del tempo sfumature diverse rispetto alla guerra così come pensata al tempo della stesura delle Convenzioni di Ginevra; proprio per questo motivo è opportuno analizzare con più attenzione gli sviluppi del fenomeno bellico nello scenario internazionale. Nello specifico in questa prima parte della trattazione, pare opportuno cominciare ad analizzare le nuove irregolarità per quanto riguarda il divieto dell'uso della forza: in quanto principio caposaldo del diritto internazionale del Dopoguerra, l'analisi delle anomalie dello stesso aiuta a comprendere quanto la dimensione fattuale del *bellum* possa essere stata sottovalutata nel corso del tempo. L'analisi che segue si pone come obiettivo quello di risaltare le incongruenze tra vecchia concezione di guerra, sia nella sua dimensione fattuale che giuridica, e le recenti manifestazioni di uso della forza: sebbene i fenomeni di cui a breve si parlerà sono meritevoli di una più ampia trattazione alla luce delle implicazioni che gli stessi hanno nel diritto internazionale sotto diversi profili, la presente dissertazione vuole evidenziarne le peculiarità specificamente al concetto di *bellum* adottato inizialmente in seno alla Comunità internazionale del Dopoguerra e utilizzato come modello nella consacrazione dell'istituto dello stato di guerra nelle più recenti costituzioni nazionali.

1.1. La nuova logica machiavelliana applicata nel diritto internazionale

L'azione bellica nel corso degli ultimi decenni ha cercato di fondare le sue cause di giustificazione in principi etici e valori morali, generalmente definiti *universali*, i quali avrebbero dovuto avallare la liceità e validità degli interventi armati al di fuori della regola dell'art. 2 par. 4 e l'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite.

A dir il vero, l'azione di tali missioni ha spesso fatto richiamo ai principi delle Nazioni Unite per giustificare l'intervento bellico in violazione della sovranità degli altri Stati. In particolare, come già delineato nel Terzo Capitolo, dopo la caduta del sistema di Yalta vi fu una vera e propria teorizzazione in chiave 'laica e moderna' e la riscoperta della cosiddetta 'guerra giusta'.

Tale teoria, vale a dire quella della *just war*, affonda le sue radici in una tradizione millenaria, invocata ancor prima della nascita dello Stato e quindi del diritto internazionale pubblico.

Il richiamo alla guerra giusta è invero una concettualizzazione teologica cristiana la quale ha trovato il suo apice nelle famose Crociate: il *bellum*, sotto la giustificazione della diffusione della parola di Dio appariva quindi uno strumento lecito, e anzi auspicabile, per la conversione delle genti pagane ed eretiche, oltre che rappresentare oggetto di studio e dibattito della dottrina per molti secoli⁵.

⁵ «The just war tradition has been in perpetual evolution for nearly two thousand years; indeed, the very essence of the tradition requires constant scrutiny, appraisal, and refinement. Its origins were in early Christianity as a means to refute Christian pacifists and provide for certain, defined grounds under which a resort to warfare was both morally and religiously permissible. In the fifth century A.D, Augustine of Hippo (Saint Augustine) searched for a means to reconcile traditional Christian pacifism with the need to defend the Holy Roman Empire from the approaching vandals by military means. From Saint Augustine's initial writings providing for a limited justification for war, philosophers, theologians, theorists, and scholars including Saint Thomas Aquinas, Francisco de Victoria, Francisco Suarez, Hugo Grotius, and Immanuel Kant, have developed and advanced the theory, principles, and criteria over the course of nearly two millennia», R. P. DIMEGLIO, "The Evolution of the Just War Tradition: Defining Jus PostBellum", in *Military Law Review* 2005, pp. 119-120 (disponibile su HeinOnline). Ancora, per una più attenta storicizzazione, R. CAMPIONE, "The Nomos of War: Historical Evolution of Bellum Iustum", in *Rechtstheorie* 2007, p. 537- 554 (disponibile su HeinOnline). Ancora, L.

La correlazione tra religione e il concetto in esame e la riscoperta di questa tradizione filosofica non sembrano lasciate al caso; infatti, come già sottolineato precedentemente⁶, dopo la caduta del regime sovietico, i diritti umani vengono riscoperti tanto da arrivare a parlare di ‘religione dei diritti’⁷ o in termini giuridici, di espressione dell’ ‘ordine legale universale’⁸.

Generalmente il concetto di *just war* si delinea sia nel comprendere se riesca veramente ad offrire una causa di giustificazione alla deroga del divieto dello *ius ad bellum*, che circa la condotta da tenere nel corso di tutto il conflitto, vale a dire lo *ius in bello*; alcuni arrivano a teorizzare recentemente anche una ramificazione rilevante del concetto di guerra giusta per quanto riguarda la disciplina dello *ius post bellum*⁹. Nonostante l’importanza di quest’ultimo punto, la condotta da tenersi successivamente alla fine del conflitto non risulta pertinente alle finalità della presente indagine, pur riconoscendone la rilevanza, preferendo quindi per optare per ignorare questa questione e concentrarsi sulle prime due branche del diritto bellico di deroga.

Nello specifico, per quanto riguarda lo *ius in bello*, «a war can begin for just reasons, yet be prosecuted in an unjust fashion»¹⁰, ribadendo ancora una volta l’importanza che il rispetto delle regole di diritto umanitario deve ricoprire nella gestione del conflitto armato.

Tuttavia, pur riconoscendo la rilevanza dello *ius in bello*, ai fini della trattazione dell’evoluzione dell’uso della forza nello scenario internazionale conviene soffermarsi maggiormente sullo *ius ad bellum*. In particolare, secondo il diritto internazionale, sono sei i fattori da analizzare circa la trattazione del ‘diritto di far guerra’¹¹; precisamente, affinché si possa parlare di legittimità dello *ius ad bellum*, i parametri da verificare attendono (1) alla giusta causa invocata dalla Parte¹², (2) la *right intention* la cui definizione o in realtà sembra avere poco a che fare col mondo del diritto o ripropone sostanzialmente il parametro precedente¹³, (3) l’azione deve indirizzata e la guerra deve essere formalizzata attraverso la dichiarazione¹⁴, (4) azione bellica deve essere *the last resort*¹⁵, (5) la probabilità di successo affinché non si parli di vano uso della forza¹⁶; e (6) la proporzionalità dell’azione rispetto al

BACCELLI, “Dalla guerra giusta al pacifismo giuridico. E ritorno?”, in *Rivista di filosofia del diritto* 2023, p. 373-396 (disponibile su www.rivisteweb.it)

⁶ Capitolo Terzo

⁷ Per approfondimento sul concetto di umanità e di religione dei diritti, G. RIST, “Origine de l’idéologie humanitaire et légitimité de l’ingérence”, in *Dérives humanitaires, états d’urgence et droit d’ingérence*, Parigi, 1994, pp. 33-45 (disponibile su www.books.openedition.org)

⁸ H. KELSEN, *Law and Peace in International Relations*, Harvard, 1942, p. 34

⁹ R. P. DIMEGLIO, “The Evolution of the Just War Tradition: Defining Jus PostBellum in Military Law Review”, cit., p. 116 ff.

¹⁰ B. OREND, *War and international justice: a Kantian perspective*, Waterloo, 2000, p. 50

¹¹ R. P. DIMEGLIO, “The Evolution of the Just War Tradition: Defining Jus PostBellum in Military Law Review”, cit., pp. 127-129

¹² «The causes most frequently mentioned by the just war tradition include: self-defence by a state from external attack; the protection of innocents within its borders; and, in general, vindication for any violation of its two core state rights: political sovereignty and territorial integrity», *id.*, p. 128

¹³ «A state must intend to fight the war only for the sake of those just causes listed in [just war theory]. It cannot legitimately employ the cloak of a just cause to advance other intentions it might have, such as ethnic hatred or the pursuit of national glory», *ibid.*

¹⁴ «State may go to war only if the decision has been made by the appropriate authorities, according to the proper process, and made public, notably to its own citizens and to the enemy state(s)», *ibid.*

¹⁵ «A state may resort to war only if it has exhausted all plausible, peaceful alternatives to resolving the conflict in question, in particular through diplomatic negotiation», *ibid.*

¹⁶ «A state may not resort to war if it can reasonably foresee that doing so will have no measurable impact on the situation. The aim here is to block violence which is going to be futile», *ibid.*

risultato atteso¹⁷.

L'impostazione pacifista del Dopoguerra imponeva una lettura alquanto restrittiva del concetto di 'guerra giusta', che anzi non esisteva propriamente in quanto l'unico uso della forza ammesso era quello della 'guerra lecita difensiva': era tale solo laddove gli Stati avessero agito per legittima difesa, quindi conformemente alle condizioni dell'art. 51 Carta delle Nazioni Unite¹⁸. Difatti, «states may use military force in the face of threats of war, wherever the failure to do so would seriously risk their territorial integrity or political independence [...] [;] under such circumstances it can fairly be said that they have been forced to fight and that they are the victims of aggression»¹⁹.

Eppure, vi è chi ha ritenuto che il concetto di guerra giusta dovesse essere allargato ricomprendendo anche altre situazioni: in particolare Walzer ha cercato di formulare un'impostazione di 'just war' più ampia tale da giustificare la guerra preventiva su basi etico-morali; tale argomentazione è stata poi ripresa dal Presidente Bush nei suoi comunicati ufficiali per giustificare. Infatti,

«in recent years, moral unilateralism has led Walzer not only to argue in favour of preventive war as an instrument of international 'pacification', but also in favour of prolonged military occupation after the conflict has ended»²⁰; inoltre «[the] importance accorded to the ius post bellum probably constitutes the only significant development in the views expressed in *Just and Unjust Wars* and serves a justifying role for the purpose of legitimising retrospectively even 'unjust' wars»²¹.

In particolare, lo spirito pacifista del secondo Dopoguerra è andato a scemare dopo la fine della minaccia sovietica e della possibile guerra nucleare, e la rinnovata volontà di prendere le armi non si è fatta attendere²²: la forte correlazione, almeno a parole,

¹⁷ «A state must, prior to initiating a war, weigh the expected universal good to accrue from its prosecuting the war against the expected universal evils that will result. Only if the benefits seem reasonably proportional to the costs may the war action proceed», *ibid*.

¹⁸ Vi è tuttavia chi riteneva che «promossa dai contemporanei, l'identificazione del secondo dopoguerra con la fase costitutiva del regime umanitario moderno – incentrato sull'Organizzazione delle Nazioni Unite, a sua volta ritenuta espressione dell'autentico spirito internazionalista emerso nel 1945 – è rimasta a lungo dominante, e ha continuato a suffragare indirettamente l'immagine fallimentare delle esperienze precedenti. Il recente svilupparsi di una nutrita storiografia sull'umanitarismo, che si è proficuamente intrecciata con le nuove ricerche sulla storia delle organizzazioni internazionali, ha messo in discussione questi assunti, e ha proposto nello stesso tempo periodizzazioni, argomentazioni e ipotesi interpretative diverse. Da questo insieme di studi gli anni fra le due guerre sono emersi come un periodo 'in qualche modo specifico nella genealogia dell'umanitarismo', dotato di una sua coerenza interna ma anche segnato da forti tensioni e contraddizioni», S. SALVATICI, "Trent'anni di umanitarismo internazionale", in *Ricerche di storia politica*, 2015, p. 178 (disponibile su www.rivisteweb.it)

¹⁹ M. WALZER, *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos historicos*, Barcellona, 2001 citato in R. CAMPIONE, "The Nomos of War: Historical Evolution of Bellum Iustum in Rechtsstheorie", cit., p. 553

²⁰ R. CAMPIONE, "The Nomos of War: Historical Evolution of Bellum Iustum in Rechtsstheorie", cit., p. 554

²¹ *Ibid*.

²² «L'effetto di questi anticorpi, però, sembra sia stato soltanto temporaneo, o apparentemente incompleto: scomparsa la generazione che subì la seconda guerra mondiale, i nipoti di quegli uomini e donne si trovano – negli anni 90 del XX secolo – a sentir nuovamente trattare di guerra, ma questa volta mai priva di qualche aggettivo che l'addolcisca: 'guerra giusta', ovvero 'umanitaria', o – ancora – 'democratica'. Si levano voci, in queste direzioni, di provenienza diversa: non soltanto guerrafondai, dittatori od estremisti, ma anche politici moderati o progressisti, e uomini di pensiero autorevoli ed ascoltati. Contributi ed opere recenti hanno innescato il dibattito ad alto livello, incentrato su legittime questioni di metodo e di proprietà del ragionare. Qualunque ne siano le dinamiche ed i risultati, questo dibattito ha avuto già un effetto non positivo ai livelli più bassi: la possibilità di far comunque passare, a livello mediatico, la apparente controversia dell'argomento, giustificando

tra guerra giusta e rispetto e protezione dei diritti umani (si veda al Terzo Capitolo il richiamo alla 'religione dei diritti') o l'esportazione della democrazia ha portato alla coniazione dell'espressione 'ingerenza umanitaria'²³. Nello specifico, «after the collapse of the Soviet superpower, the political situation in the world changed radically [...] [and] the pacifist movement lost support and influence»²⁴, una tale nuova situazione creò

«new challenges for the UN in their primary function as a world peace organization gaining increasing significance [...] [,] these armed conflicts either constituted a threat or a breach of international peace and security often combined with gross violations of fundamental human rights, and required clear reactions by the international community»²⁵.

Inoltre,

«with the end of the cold war the issue of permissibility of the so-called humanitarian intervention in order to protect the lives or fundamental rights of persons situated within a particular State, who are not necessarily nationals of the intervening State, in clearly defined situations, also developed [...] [, in fact] the concept of humanitarian interventions is, thus, a modern concept of bellum justum [...] [as] its existence demonstrates the weakening influence of pacifism as a concept that principally rejects all war on international law today [...] [;] however, the absolute prohibition of the use of force in Art. 2 (4) UN Charter does not legally allow any military interventions regardless of their purpose unless authorized by the UN Security Council as a measure according to Chapter VII»²⁶.

Si ricorda la vicenda in Kosovo quale primo intervento significativo di questa nuova dottrina internazionalista, missione che è stata giustificata dal Segretario dello Stato di difesa inglese in quanto «in international law, in exceptional circumstances and to avoid a humanitarian catastrophe military action can be taken and it is on that legal basis that military action was taken»²⁷.

Tuttavia, una possibile limitazione, o per meglio dire regolamentazione, dell'uso della forza di questi Stati da parte del Consiglio di sicurezza è purtroppo mancata, dimostrando ancora una volta quanto sia fragile il sistema delle Nazioni Unite. Anzi, l'ipotesi della 'guerra umanitaria' o 'ingerenza umanitaria' viene completamente ignorata dalla Carta che la menziona in nessuna delle sue disposizioni²⁸.

In assenza di un vero e proprio organo a difesa dei principi della Carta delle Nazioni

di conseguenza una certa libertà di azione», M. ZUCCHETTI, "Guerre giuste e ingiuste", in *Mondo di guerra*, A. CATONE, A. PONZIO (a cura di), Milano, 2005, p. 123

²³ A dir il vero le prime teorizzazioni di un 'intervento d'umanità' trovano le proprie radici negli ultimi anni del XIX e i primi anni del XX secolo in riferimento alla protezione delle minoranze etniche nel Impero Ottomano

²⁴ A. BIEHLER, "Pacifism in Max Planck Encyclopedia of Public International Law", cit., p. 4

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Id.*, p. 5

²⁷ *United Kingdom Materials in International Law*, 1999, p. 586 citato in M. N. SHAW, *International Law*, Cambridge, 2017, p. 882

²⁸ S. RECCHIA, "Guerra giusta e interventi umanitari: un approccio moderatamente consequenzialista", in *Teoria politica* 2006, p. 89

Unite e del divieto ex art. 2 par. 4, il ruolo di garante della pace internazionale e della protezione dei diritti umani è stato assunto dagli Stati Uniti d'America, assumendo il compito di potenza di *governance* dello scenario mondiale²⁹. Su questa scia, caduto l'unico avversario al suo predominio e seguendo il vano desiderio di un *New World Order*, gli USA e le altre Potenze del blocco occidentale hanno incominciato a ritenere che in determinate situazioni e circostanze la guerra rimanesse il *male minore*³⁰. Sono diverse le operazioni che si possono ricomprendere in questa categoria come l'occupazione militare dell'Iraq da parte degli Stati Uniti o l'intervento in Somalia, Bosnia, Sierra Leone, Congo e Libia dopo essere divenuti stati falliti³¹ o il particolare caso del Kosovo e in generale gli interventi nell'ex-Jugoslavia³².

Ma come è possibile che la guerra umanitaria, seppur non contemplata nella Carta delle Nazioni Unite sia divenuta una prassi più volte riproposta?

L'ingegnosa risposta data si rifà al testo dell'art. 2 par. 4 Carta delle Nazioni Unite, in particolare all'espressione «minacce alla pace e alla sicurezza internazionale», la quale potrebbe essere letta finendo per inglobare anche gli ideali di pace, giustizia e democrazia alla base del sistema delle Nazioni Unite e quindi giustificare questi interventi di ingerenza umanitaria. Illuminante in tal senso la Risoluzione del Consiglio di sicurezza n. 688 del 1991 la quale autorizzava missioni di ingerenza umanitaria in Iraq; tuttavia, come delineato dalla stessa risoluzione la guerra umanitaria non può che risultare contrario al più antico dei principi del diritto internazionale, vale a dire il principio di sovranità e di non ingerenza degli affari nazionali di un altro stato.

Laddove il 'sistema di Westphalia' sembra ritenere che il riconoscimento della assoluta sovranità interna sia un assioma, il cosiddetto 'sistema post-Westphalia'³³ ne compromette le fondamenta con la più recente affermazione di prassi indicanti «il superamento della sovranità degli Stati, l'universalità della dottrina dei diritti dell'uomo e, quindi, il dovere delle grandi potenze di ingerirsi nelle questioni interne di qualsiasi Stato (più debole) per esportarvi con la forza la propria visione del mondo»³⁴.

²⁹ «Nell'epoca della dissoluzione dell'URSS e del suo sistema di alleanze l'amministrazione di George Bush padre ha intrapreso il progetto di New World Order e l'idea di un sistema globale egemonizzato dall'unica iperpotenza non è stata abbandonata da Bill Clinton. In questo quadro si teorizzava la 'guerra umanitaria' e ci si chiedeva se interventi per la tutela internazionale dei diritti umani possano legittimamente violare il principio di non ingerenza nella *domestic jurisdiction* degli Stati. In alcuni casi è sembrato che lo stesso Consiglio di sicurezza potesse operare un bilanciamento fra le differenti istanze; in altri casi si sono ritenuti legittimi o 'giusti' interventi non autorizzati dalle Nazioni Unite. Spicca quello della NATO contro la Repubblica federale jugoslava nel 1999, privo di qualsiasi autorizzazione e dunque integrante il crimine internazionale di aggressione, con il bombardamento intenzionale, da una quota superiore ai 15.000 piedi, di infrastrutture civili, della televisione di Stato e i danni collaterali subiti dall'ambasciata cinese. I tentativi di legittimare l'aggressione facevano riferimento all'emergenza umanitaria (secondo alcuni genocidio) in Kosovo», L. BACCELLI, "Dalla guerra giusta al pacifismo giuridico. E ritorno? in Rivista di filosofia del diritto", cit., p. 386

³⁰ S. RECCHIA, "Guerra giusta e interventi umanitari: un approccio moderatamente consequenzialista in Teoria politica", cit., p. 81 ss. L'autore specifica come «la nuova euforia umanitaria post-guerra fredda si basava su un approccio deontologico che inquadrava il ricorso alla forza in termini alquanto idealistici ed astratti: per qualche tempo ci si cullò nell'illusione che sarebbe semplicemente bastato adottare la logica neutralista del 'peacekeeping' per i nuovi conflitti di matrice etnica e identitaria, senza che si dovesse effettivamente sostenere una delle parti locali in conflitto attraverso un intervento propriamente coercitivo», *id.*, p. 90

³¹ *Ibid.*

³² Per un breve *excursus* delle guerre umanitarie, M. DE LEONARDIS, "Mito e realtà delle 'guerre umanitarie'. Da Cuba (1898) alla Libia (2011)", in *Rivista Marittima* 2015, pp. 10-15

³³ M. STOCCHETTI, "Diritto e potere nella politica internazionale", in *Mulino*, Bologna, 1999, pp. 360-362.

³⁴ D. ZOLO, "La filosofia della 'guerra umanitaria' da Kant a Habermas", in *Iride* 1999, p. 250 (disponibile su www.rivisteweb.it)

L'universalità dei diritti dell'uomo, come aveva già sostenuto Habermas, è per definizione un fenomeno globale e per questo la tutela della stessa non può essere lasciata nelle mani degli Stati nazionali: qualora il Governo locale non sia in grado di far rispettare, o come accade il più delle volte, sia lui stesso responsabile delle violazioni delle norme internazionali, ai danni della popolazione civile o le minoranze presenti nel territorio, le altre Potenze o le organizzazioni internazionali destinate a questo obiettivo devono implementare la protezione dei diritti dell'uomo con il ricorso dell'azione armata.

Eppure, la storia ha dimostrato che «le 'politiche altruistiche' delle potenze democratiche sono ovviamente una favola habermasiana»³⁵: tale impostazione si fonda sul presupposto ormai innegabile di considerare la dimensione fenomenica del *bellum* come una realtà sempre più preponderante, una situazione di fatto incontrollata e incontrollabile dal diritto, come un terremoto o una 'tempesta del deserto'³⁶. In un tale contesto, la crisi del concetto di neutralità, istituto tradizionale e centrale del diritto internazionale contemporaneo, viene accentuata e l'istituto irrimediabilmente compromesso³⁷: la guerra secondo l'accezione dell'ingerenza umanitaria diviene una *buona guerra* e uno strumento di giustizia e di pace, o ancora per taluni «un credo di lotta, di una chiamata alle armi»³⁸. Indipendentemente dall'assurdità presente ed evidente nella dicotomia guerra-pace e nel rapporto eziologico presentato da chi vi fa ricorso come necessario, e tralasciando tutte le contraddizioni di tipo politico-strategico che le missioni di questo stampo hanno avuto *de facto* nel passato, rileva interrogarsi sui fondamenti di natura giuridica adottati in passato e nel presente, seppur con minor frequenza, a legittimazione di tali operazioni di *polizia internazionale*.

Quest'ultima espressione, recentemente utilizzata, forse per saggiamente sostituire invece le formulazioni di 'guerra umanitaria'³⁹ e 'ingerenza umanitaria' che nella loro stessa denominazione presentano profili di incompatibilità col diritto internazionale (nel primo caso col divieto dello *ius ad bellum*, nel secondo col principio di sovranità e non ingerenza negli affari interni di un altro Stato), richiama inevitabilmente ad un'azione 'lecita e legittima' dell'uso della forza, differenziandosi dal *bellum* in quanto espressione della «tutela dell'innocente e la non strumentalizzazione della coercizione a fini o a interessi di parte»⁴⁰.

Ovviamente il rimando all'organizzazione interna nazionale è evidente: così come le

³⁵ D. ZOLO, "La filosofia della 'guerra umanitaria' da Kant a Habermas in Il Mulino", cit., p. 252

³⁶ N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, 1979, p. 60

³⁷ A. COLOMBO, "Il conflitto in Ucraina e la nuova forma della guerra in Irade", cit., p. 484

³⁸ M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, S. VECA, D. ZOLO (a cura di), Milano, 2003, p. 27

³⁹ «Certamente, il problema centrale è la ricostruzione di una definizione soddisfacente del concetto negativo di guerra, al quale vengono non a caso contrapposti altri concetti pur approssimativi ('azioni di polizia internazionale', 'azioni militari' . . .) per connotare situazioni di impiego della forza-violenza distinte-, e la cui legittimità si fonda sulla necessità (internazionale). Si tratta di una ricerca ermeneutica che vale ai fini di una 'decrizzazione' non soltanto del diritto interno, ma dello stesso diritto internazionale. Insomma, l'intento deve e può essere quello di pervenire ad una definizione univoca o, se si preferisce, universale del contenuto del termine 'guerra'. Che questa operazione filologica sia possibile è dimostrato dalla constatazione di una evidente continuità storica, culturale ed anche emozionale nei testi giuridici che considerano il fenomeno 'guerra' e che qui rilevano nella misura in cui si ritiene la loro reciproca interazione o, quantomeno, l'adattamento dell'uno (la fonte del diritto statale) all'altro (la fonte del diritto interstatuale). Lo statuto delle Nazioni unite, come è noto, definisce nella prima proposizione del suo preambolo la guerra come 'flagello'. Al di là del significato originario della parola, essa viene comunemente impiegata in un'accezione», E. BETTINELLI, "Guerre e operazioni di polizia internazionale", in *Il Foro Italiano* 1991, p. 376

⁴⁰ L. FERRAJOLI, "La guerra e il futuro dell'ordine internazionale", in *Guerra e pace*, G. PRESTIPINO (a cura di), Napoli, 2004, p. 191

forze di polizia nazionali sono gli esecutori della forza legittima nel diritto costituzionale di tutti gli Stati⁴¹, coloro che partecipano a tali missioni agiscono legittimamente entro i limiti del diritto internazionale. Ciononostante, l'idea stessa che una semplice modificazione in termini possa cambiare la natura sostanziale ed ontologica di tali operazioni militari è alquanto sciocca, nonché ancora una volta, in contraddizione con i principi e le fondamenta della Comunità Internazionale. Se dal punto di vista del diritto interno e della teoria generale del diritto pubblico, la dottrina dello Stato presuppone una struttura organizzata con una verticalizzazione del potere e della forza, la Comunità Internazionale fin dai suoi albori si regge sul principio, anche se purtroppo più formale che sostanziale, dell'uguaglianza fra Stati presentando quindi per sua stessa natura una struttura anorganica e paritetica. Precisamente, comunque si voglia chiamare, «l'intervento umanitario certamente limita la sovranità esterna, dal momento che impone strutture di potere esterne»⁴², ponendosi quindi in contrasto col principio di uguaglianza fra Stati anche qualora si riuscisse a dimostrare che «questa può diventare una condizione necessaria per ristabilire la sovranità interna»⁴³. Dalla violazione del principio in questione deriva poi la pretesa di arrogarsi il diritto di violare platealmente la sovranità interna di un altro Stato, indipendentemente dalle valutazioni etiche e filosofiche addotte al riguardo: «un approccio globale ai dilemmi etici relativi alla guerra nel contesto internazionalistico attuale non potrà sottrarsi a talune fondamentali considerazioni di natura consequenzialista»⁴⁴. Infatti,

«qualsiasi etica pratica delle relazioni internazionali - e la 'guerra giusta' è un'etica pratica per eccellenza - deve sempre bilanciare gli imperativi deontologici derivanti dal rispetto di taluni principi fondamentali con le conseguenze prevedibili delle proprie azioni [per cui] occorrerà tenere presente ad esempio che l'intervento militare volto a salvare vite umane in un contesto di grave repressione governativa comporterà sempre un indebolimento del regime politico esistente, e potrà talvolta provocarne un'implosione diretta»⁴⁵.

Nel diritto internazionale, infatti, non esiste alcuna espressione dell'uso legittimo della forza al di fuori delle misure di legittima difesa o delle operazioni deliberate dal Consiglio di Sicurezza per cui la nozione di guerra giusta non può che essere un ossimoro⁴⁶. Avendo fallito nell'individuazione di una fonte di produzione su cui

⁴¹ La definizione stessa di Stato rimanda ad un controllo da parte di tale ente dell'uso della legittima forza all'interno dei propri confini

⁴² R. KEOHANE, "Political Authority After Intervention: Gradations in Sovereignty", in *Humanitarian intervention : ethical, legal and political dilemmas*, J. L. HOLZGREFE, R. KEOHANE (a cura di) 2003, p. 286 citato in A. CARATI, "Intervento e promozione della democrazia. I paradossi della democratizzazione e la co-gestione delle funzioni di governo fra funzionari internazionali e attori politici locali", in *Rivista italiana di scienza politica* 2012, p. 197-220

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ S. RECCHIA, "Guerra giusta e interventi umanitari: un approccio moderatamente consequenzialista in *Teoria politica*", cit., p. 82

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ «il conflitto si cumula con il quantum di devastazione (minore, proporzionale, superiore) prodotto dal soggetto che ha reagito. La guerra va considerata, e qualificata come illecito ('flagello'), nella sua globalità: il suo referente è l'irreparabile e inestimabile danno subito da collettività di uomini, in quanto tali. Questo approccio rende sterile qualsiasi discussione (e ricerca) sulla possibilità di una discriminazione tra guerre giuste o ingiuste. L'espressione 'guerra giusta' si palesa, infatti, in questo contesto un inevitabile ossimoro», E. BETTINELLI, "Guerre e operazioni di polizia internazionale in *Il Foro Italiano*", cit., p. 377. Ancora, si sottolinea che le operazioni di polizia internazionale determinano inevitabilmente delle guerre di aggressione, F. VIOLA, "Pace

riconoscerne la pretesa legittimità, pur esulando da un discorso prettamente giuridico, non resta che fare l'invito «to turn to history to determine whether this new case of recourse to the ethical paradigm of the *bellum iustum* is merely a cover, as on so many other occasions to which I have referred, for expansionist aspirations, political or economic motives, far removed from the just causes supposedly invoked»⁴⁷.

Sfociando sul piano etico, non si può che giungere alla conclusione

«che intraprendere un conflitto contro un governo violento non è lo stesso che fermare un violento per la strada [...] anche ammesso che gli intenti della potenza che interviene con le armi siano effettivamente umanitari, fare la guerra, soprattutto con le armi altamente distruttive di cui si dispone oggi, implica necessariamente devastazioni economiche e ambientali, morti di innocenti, fratture sociali che persistono per generazioni [...] [:] una guerra, di qualunque natura e per qualsiasi scopo, produce tali e inevitabili conseguenze devastanti che affermarne la coerenza con la garanzia dei diritti umani può apparire a buon diritto una contraddizione in termini»⁴⁸.

Precisamente,

«la situazione-guerra per sua natura è foriera di danni *incommensurabili* nei confronti non tanto di singoli e predeterminati soggetti (anche collettivi), quanto di comunità *indeterminate* di uomini, in una dimensione tale che le offese da esse subite possono qualificarsi come offese al genere umano nel suo complesso, risultando negato il *presupposto* (prima ancora che il diritto) di sopravvivenza»⁴⁹;

è quest'ultima, infatti, la «condizione della *convivenza* che, indiscutibilmente, costituisce il fine primo dell'ordinamento (anche) internazionale»⁵⁰. Il connubio fra diritto e morale, in questo caso, determina in qualsiasi caso una violazione del diritto internazionale: come già tristamente dimostrato dalla storia, laddove il potere invochi una giustificabilità della violenza al richiamo di valori superiori, l'operato dello stesso non può che camminare su terreno scivoloso o una sottile lastra di vetro. Tuttavia, i pericoli di un uso strumentale delle regole di diritto internazionale non si esaurisce con la nozione di guerra giusta; per tale ragione è opportuno proseguire il discorso per quanto riguarda la legittima difesa preventiva.

1.2. Il concetto di guerra preventiva

Le limitazioni dell'uso della forza sono andate a concretizzarsi nel celebre divieto del

giusta e guerra giusta, luci e ombre nel diritto internazionale contemporaneo in Rivista di diritto costituzionale", cit., p. 232. Pare opportuno anche ricordare le parole del discorso del premio Nobel per la pace Elie Wiesel che nel 1986 a Oslo affermò: «some wars may have been necessary or inevitable, but none was ever regarded as holy. For us, a holy war is a contradiction in terms. War dehumanizes, war diminishes, war debases all those who wage it. The Talmud says: it is the wise men who will bring about peace»

⁴⁷ R. CAMPIONE, "The Nomos of War: Historical Evolution of *Bellum Iustum* in Rechtstheorie", cit., p. 554

⁴⁸ A. CASTELLI, "Per una critica di alcune retoriche belliciste", in *Scienza e Pace* 2020, p. 27

⁴⁹ E. BETTINELLI, "Guerre e operazioni di polizia internazionale in Il Foro Italiano", cit., p. 376

⁵⁰ *Ibid.*

ricorso della forza armata di cui all'art. 2 par. 4 Carta delle Nazioni Unite. Tuttavia, vi è un'importante eccezione a tale divieto, che sopravvive ancora ad oggi, vale a dire la legittima difesa.

Tale eccezione è stata trasposta anche in diverse Costituzioni nazionali, che, nonostante il riconoscimento del principio di 'ripudio o rifiuto della guerra' hanno più o meno implicitamente riconosciuto la liceità dell'azione bellica di difesa. È il caso italiano, la cui norma fondamentale stabilisce sia il divieto di utilizzare la guerra quale strumento di offesa (quindi riconoscendo la possibilità di ricorrere alla forza in caso di protezione) sia il sacro dovere di difesa della Nazione gravante su tutti i cittadini ex art. 52 Costituzione.

La legittimità dell'azione bellica difensiva non è mai stata oggetto di particolari dibattiti e innumerevoli posizioni dottrinali contrarie o critiche, essendo condiviso l'assioma secondo cui, laddove se aggrediti o messi in pericoli, il diritto all'azione di autopreservazione è naturale e giustificato.

Tuttavia, nell'ultimo ventennio la legittima difesa ex art. 51 Carta delle Nazioni Unite ha assunto una diversa sfumatura, venendo invocata non più solo come reazione ad un attacco o aggressione di una Potenza nemica, ma anzi come azione preventiva nella lotta al terrorismo fondamentalista islamico e più recentemente, nel contrasto di presunti crimini umanitari, quali quelli invocati dalla Russia, di natura discriminatoria tendenti al genocidio della popolazione russofona nel Donbass.

In tal senso la 'legittima difesa preventiva', spesso confusa con la 'legittima difesa anticipatoria'⁵¹, assume i connotati di un'azione offensiva giustificata in virtù della condivisione della stessa funzione teleologica della 'legittima difesa standard', ovvero sia la preservazione e l'integrità della Potenza che vi fa ricorso.

La teorizzazione della legittima difesa preventiva, spesso anche chiamata 'dottrina Bush' in quanto invocata per la prima volta nel corso dell'amministrazione Bush a seguito degli attentati del 11 settembre 2001, a differenza di quella 'standard' è stata fin da subito oggetto di dibattito nella letteratura internazionalista. Complice di questa attenzione è stato il fatto che, nonostante la 'dottrina Bush' faccia riferimento espressamente all'amministrazione dell'omonimo presidente, la stessa ha invero costituito un assetto importante nella politica estera nei due mandati di Barack Obama e nella presidenza Trump, trovando una pericolosa impennata nel gennaio 2017, e Biden. Non solo, più recentemente, la stessa teoria è stata adottata come giustificazione dal Presidente Putin circa l'operazione di invasione svolta in Ucraina⁵².

Il dibattito dottrinale si scinde tra chi, da un lato, ritiene che sia lecito il diritto degli Stati di ricorrere alla forza in nome della difesa preventiva, sposando quindi il paradigma proposto dalla 'dottrina Bush', e chi, dall'altro, la ritiene inammissibile secondo i principi del diritto internazionale e platealmente una violazione del divieto di ricorrere allo *ius ad bellum*.

Per quanto riguarda la prima corrente, la prima argomentazione delle autorità statunitensi ruota attorno ai principi del diritto internazionale dei diritti umani: richiamando in parte quanto detto rispetto alla questione dell'ingerenza umanitaria, la pratica della legittima guerra preventiva, esplicitasi spesso nella prassi dei *targeted*

⁵¹ Si ritornerà più avanti sul punto

⁵² A. SPAGNOLO, "Prime considerazioni sul tentativo della Russia di giustificare l'intervento armato in Ucraina in SIDIBlog", cit.

*killings*⁵³ è stata presentata come indispensabile per la cessazione delle violazioni delle norme internazionali sui diritti umani. In particolare, in relazione al diritto alla vita, la dottrina favorevole alla lettura estensiva dell'art. 51 Carta delle Nazioni Unite ha proposto una lettura dell'art. 6 par. 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici tesa a giustificare la pratica delle *targeted killings* laddove l'intervento sia giustificato da circostanze straordinarie e siano rese assolutamente necessarie e proporzionate⁵⁴. Infatti nonostante l'onere dello Stato di prevenire la guerra (come specificato dal General Comment n. 6⁵⁵), la legittima difesa non può cedere il passo al rispetto del diritto alla vita poichè tale regola rappresenta uno dei *core values* dell'ordine legale internazionale e nel corso del tempo ha sempre assunto una lettura sempre più ampia⁵⁶. In tal senso, «la dottrina è concorde nel ritenere che la sostanziale uniformità delle regole che disciplinano il ricorso alla forza letale nei principali trattati sui diritti umani e della prassi dei rispettivi organismi di controllo abbia dato progressivamente vita ad una norma consuetudinaria di contenuto analogo»⁵⁷.

L'idea centrale attorno alla quale ruota la nozione di legittima difesa si basa sul requisito dell'assoluta necessità, ovverosia che l'offensiva bellica sia indispensabile alla neutralizzazione di una minaccia effettiva prima che quest'ultima possa concretizzarsi in un pregiudizio o danno dell'integrità dello Stato. In particolare, negli ultimi anni si è discusso sul concetto di 'imminenza' nella caratterizzazione della minaccia idonea che possa giustificare un tale comportamento della Potenza che faccia ricorso all'uso della forza, soprattutto se lo Stato che gode di giurisdizione in materia fallisce nel prevenire e contrastare tali comportamenti. Già col *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*⁵⁸, la Corte internazionale di Giustizia si era pronunciata sulla responsabilità dello Stato laddove non avesse agito ad evitare la commissione di un illecito sul proprio territorio. Su questa scia, parte della dottrina⁵⁹ ritiene lecito affermare un'evoluzione per cui «if a state is unwilling or unable to prevent its territory from being used this way, then the victim state may take military action 'in a limited and targeted fashion, using force against (and only against) the very source of the [non-state] attack»⁶⁰.

Con tempo, benché questa lettura ermeneutica venisse condivisa, il concetto di 'immanenza' ha assunto un'impostazione rigorosa e selettiva per poter definitivamente fugare ogni critica e ogni denuncia di violazione del diritto

⁵³ Sul punto e sul rapporto tra le *targeted killings* e la legittima difesa preventiva, G. NOLTE, "Targeted killings", in *Max Planck Encyclopedia*, 2011, pp. 1 ff.

⁵⁴ La tesi riproposta è quella di E. TRAMONTANA, "Uccisioni mirate, legittima difesa preventiva e diritti umani", in *Diritti umani e diritto internazionale* 2018, pp. 70-71

⁵⁵ «The Committee observes that war and other acts of mass violence continue to be a scourge of humanity and take the lives of thousands of innocent human beings every year. Under the Charter of the United Nations the threat or use of force by any State against another State, except in exercise of the inherent right of self-defence, is already prohibited. The Committee considers that States have the supreme duty to prevent wars, acts of genocide and other acts of mass violence causing arbitrary loss of life. Every effort they make to avert the danger of war, especially thermonuclear war, and to strengthen international peace and security would constitute the most important condition and guarantee for the safeguarding of the right to life», *id.*, para. 2

⁵⁶ N. PETERSEN, "Life, Right to, International protection", in *Max Planck Encyclopedia*, 2019, p. 9

⁵⁷ E. TRAMONTANA, "Uccisioni mirate, legittima difesa preventiva e diritti umani in Diritti umani e diritto internazionale", *cit.*, p. 71

⁵⁸ International Court of Justice, *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, judgment del 24 maggio 1980

⁵⁹ K. N. TRAPP, "Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defense against Non-State Terrorist Actors", in *International and Comparative Law Quarterly* 2007, p. 141-156

⁶⁰ E. A. HEINZE, "The evolution of international law in light of the 'global War on Terror'", in *Review of International Studies*, 2011, p. 1080

internazionale; vi è una richiesta una certa soglia di 'pericolosità potenziale' per poter giustificare un attacco preventivo verso un'altra potenza.

Ad esempio per quanto riguarda le *targeted killings*, l'uccisione dei terroristi è legittima qualora volta a eliminare un individuo sospettato effettivamente nel coinvolgimento della pianificazione di un atto terroristico e nella attuazione concreta di un attentato nel territorio della Potenza che invochi la *preventive self-defense* o comunque contro gli interessi di quest'ultimi⁶¹. Infatti, «the window of opportunity to act, the possible harm that missing the window would cause to civilians, and the likelihood of heading off future disastrous attacks against the USA»⁶² giustifica tali operazioni con l'obiettivo di «disrupt his [del presunto terrorista] plans and his plots before they come to fruition»⁶³.

Inoltre, i sostenitori di questa tesi cercano di controbattere alla possibile violazione del divieto ex art. 2 par. 4 della Carta ONU facendo riferimento al diritto consuetudinario preesistente al sistema delle Nazioni Unite. In particolare, questi Autori riportano l'episodio dell'affondamento del vapore *Caroline*⁶⁴ e l'invocazione della 'formula Webster' quale una chiara prova della prassi preesistente della legittima difesa anticipatoria⁶⁵.

Comunque, è quindi chiaro che le argomentazioni adottate finora appaiono poco convincenti, parendo preferibile optare per la seconda corrente di pensiero, ovverosia la tesi ferma nella illiceità e illegittimità di tali operazioni. In particolare, si registra un forte tendenza di adesione a questa impostazione⁶⁶ alla luce delle forti lacune e contraddizioni che la teoria della legittima difesa presenta e che meritano di essere riportate e analizzate.

Precisamente, in merito alla prima argomentazione fondata sul diritto internazionale dei diritti umani l'applicazione dell'eccezione al diritto alla vita alle *targeted killings* si rileva fin da subito una mera speculazione. Difatti, la giustificazione dell'uccisione di eventuali attentatori, spesso realizzata tramite i *drone strikes*, è contraria alle regole del *due process*. Le stesse regole sono tra l'altro riprese nello stesso articolo 6 Patto internazionale sui diritti civili e politici⁶⁷ richiamato dai sostenitori legittima

⁶¹ E. TRAMONTANA, "Uccisioni mirate, legittima difesa preventiva e diritti umani in Diritti umani e diritto internazionale", cit., p. 72

⁶² Address of the Attorney General Eric Holder at Northwestern University School of Law, Chicago, in data 5 marzo 2012 (intervento disponibile su www.justice.gov)

⁶³ White Paper del Dipartimento di giustizia sulla liceità degli omicidi mirati di cittadini statunitensi considerati leader operativi di Al-Qaeda pubblicato il 4 febbraio 2013 (disponibile su www.msnbcmedia.msn.com)

⁶⁴ E. A. HEINZE, "The evolution of international law in light of the 'global War on Terror' in Review of International Studies", cit., p. 1073 ff.

⁶⁵ L'esempio viene riportato da E. TRAMONTANA, "Uccisioni mirate, legittima difesa preventiva e diritti umani in Diritti umani e diritto internazionale", cit., p. 57

⁶⁶ «La seconda novità è costituita da una inversione di tendenza nel rapporto tra la dottrina favorevole e quella contraria ad ammettere la legittima difesa preventiva, con un numero sempre maggiore di autori che, seppure critici rispetto alla dottrina Bush, ritenuta in netto contrasto con il diritto internazionale e idonea a costituire il pretesto per ingiustificate aggressioni, sono disposti a riconoscere, ancorandola al diritto consuetudinario preesistente alla Carta dell'ONU o ad una pretesa evoluzione di tale diritto successiva all'entrata in vigore della Carta, la liceità di azioni preventive realizzate, secondo il paradigma della 'legittima difesa anticipatoria', in presenza di prove certe di attacchi che siano sul punto di essere sferrati contro una nazione, e strettamente funzionali allo scopo di impedirne la realizzazione», E. TRAMONTANA, "Uccisioni mirate, legittima difesa preventiva e diritti umani in Diritti umani e diritto internazionale", cit., p. 59

⁶⁷ Art. 6 par. 2-6 ICCPR recita «2. In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the provisions of the present Covenant and to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. This penalty can only be carried out pursuant to a final judgement rendered by a competent court.

difesa preventiva.

Per quanto riguarda la seconda argomentazione, vale a dire l'asserita esistenza di una norma consuetudinaria pre-Carta ONU⁶⁸, gli Autori concordano nel negare la valenza e l'incisività di un siffatto assunto.

Innanzitutto, la legittima difesa preventiva non incontra alcuna base legale nell'era pre-ONU: invero, «the attempt to use vague categories of intervention and self-preservation to give a veneer of legality and morality to the exercise of the right of war or to the numerous interventions which occurred in this period obscured the situation and complicated the task of creating an adequate legal regime for the use of force»⁶⁹. A onore del vero, la stessa argomentazione non ha senso: è sterile e inutile disquisire sull'esistenza di una norma consuetudinaria di tal genere prima della creazione stessa della norma di divieto dello *ius ad bellum*.

Il divieto del ricorso alla forza armata, per la prima volta concretizzato con il Patto Briand-Kellogg⁷⁰ e poi entrato definitivamente in vigore come principio di diritto internazionale con il già molte volte citato art. 2 par. 4 Carta ONU, si pone in correlazione con la norma sulla legittima difesa. Infatti, l'eccezione della legittima difesa ha ragion di esistere solo laddove vi è una regola generale nei confronti della quale si rapporta. Come è possibile ammettere e argomentare che la singolarità esista prima della generalità? Ha senso parlare di eccezione se la stessa non è in relazione a nessuna norma? Si può quindi veramente dimostrare che la legittima difesa esisteva in quanto norma di natura consuetudinaria se la stessa nuotava nell'*aquis* delle libertà concesse agli Stati per quanto riguarda il ricorso dello strumento bellico per il raggiungimento e la preservazione dei propri interessi?

La risposta a tutti questi interrogativi è, come comprensibilmente condivisibile, negativa: la legittima difesa nello scenario internazionale pre-Nazioni Unite era lecita quanto era lecito aggredire altri Stati per raggiungere i propri scopi. Esattamente, il ricorso alla guerra non era oggetto di regolamentazione di alcun sorta, tralasciando eventuali accordi di intesa per lo più di natura bilaterale, manifestando una realtà ontologica del *bellum* completamente estranea a una normazione giuridica. L'aporia di questo argomento è chiara in quanto l'invocazione della legittima difesa prima della formalizzazione del divieto dell'uso della forza non trova alcuna base solida. Tuttavia, questa argomentazione non presenta questo unico inconveniente.

Infatti, «anche qualora il diritto internazionale consuetudinario preesistente alla Carta delle Nazioni Unite avesse ammesso la legittima difesa preventiva, l'entrata in vigore della Carta avrebbe circoscritto l'esercizio del diritto di legittima difesa alla

3. When deprivation of life constitutes the crime of genocide, it is understood that nothing in this article shall authorize any State Party to the present Covenant to derogate in any way from any obligation assumed under the provisions of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

4. Anyone sentenced to death shall have the right to seek pardon or commutation of the sentence. Amnesty, pardon or commutation of the sentence of death may be granted in all cases.

5. Sentence of death shall not be imposed for crimes committed by persons below eighteen years of age and shall not be carried out on pregnant women.

6. Nothing in this article shall be invoked to delay or to prevent the abolition of capital punishment by any State Party to the present Covenant»

⁶⁸ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, 2015, p. 966 ff.

⁶⁹ I. BROWNLIE, "The Use of Force in Self-Defense", in *British Year Book of International Law* 1961, pp. 183 ff. (disponibile su www.heinonline.org)

⁷⁰ «Self-defense became an autonomous legal concept with the signing of the Kellogg-Briand Pact on August 26, 1928, which prohibited the use of force, although making an exception for self-defense», S. BELLIER, "Unilateral and Multilateral Preventive Self-Defense", in *Maine Law Review* 2006, p. 513 (disponibile su www.heinonline.org)

sola reazione ad un attacco armato già sferrato»⁷¹ in quanto vige, quale principio generale del diritto, la regola *lex posterior derogat priori*⁷². La Carta delle Nazioni Unite è infatti intervenuta innovando il diritto internazionale con delle nuove regole: come stabilito dal celeberrimo *Nicaragua case*, la Corte Internazionale di Giustizia ha infatti ribadito che

«whatever influence the Charter may have had on customary international law in these matters, it is clear that in customary international law it is not a condition of the lawfulness of the use of force in self-defence that a procedure so closely dependent on the content of a treaty commitment and of the institutions established by it, should have been followed [...] on the other hand, if self-defence is advanced as a justification for measures which would otherwise be in breach both of the principle of customary international law and of that contained in the Charter, it is to be expected that the conditions of the Charter should be respected»⁷³.

In riferimento a queste condizioni della Carta da doversi rispettare, rileva sottolineare che le versioni della Carta ONU nelle varie lingue ufficiali tendono a differire: laddove la versione inglese è chiara nell'affermare che l'azione di autotutela di uno stato è subordinata al fatto che «an armed attack occurs against a Member of the United Nations»⁷⁴, la versione francese è più imprecisa giustificando l'azione di autodifesa per il solo fatto che uno Stato «est l'objet d'une agression armée»⁷⁵. Nonostante l'imprecisione della versione francese, condivisa tra l'altro anche dalla versione spagnola, rimane corretta l'interpretazione della legittima difesa solo a seguito di un atto offensivo di un'altra Potenza, quindi reazione e mai azione, lettura tra l'altro condivisa anche dalla versione russa⁷⁶ e araba⁷⁷.

Tale impostazione è da preferirsi in quanto la lettera della disposizione dell'art. 51 deve essere interpretata sistematicamente con le altre della Carta delle Nazioni Unite, in particolare con l'art. 2 par. 4⁷⁸ e l'art. 39⁷⁹. La lettura sistematica della norma

⁷¹ E. TRAMONTANA, "Uccisioni mirate, legittima difesa preventiva e diritti umani in Diritti umani e diritto internazionale", cit., p. 62

⁷² *Id.*, p. 64

⁷³ International Court of Justice, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, judgement del 27 giugno 1986, p. 105

⁷⁴ Art. 51 Carta ONU (versione inglese)

⁷⁵ Art. 51 Carta ONU (versione francese)

⁷⁶ E. TRAMONTANA, "Uccisioni mirate, legittima difesa preventiva e diritti umani in Diritti umani e diritto internazionale", cit., p. 60

⁷⁷ Art. 51 della carta delle Nazioni Unite (in arabo) يس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينتقص الحق الطبيعي للدول، فرادى أو جماعات، في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة» وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي، والتدابير التي اتخذها الأعضاء استعمالاً لحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى المجلس فوراً، ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال فيما للمجلس - بمقتضى سلطته ومسؤولياته المستمرة من أحكام هذا الميثاق - من الحق في أن يتخذ في أي وقت ما يرى ضرورة لاتخاذ من الأعمال لحفظ السلم (trad. it. 'Nessuna disposizione della presente Carta pregiudica o pregiudica il diritto naturale degli Stati, individualmente o collettivamente, di difendersi se una forza armata attacca un Membro delle Nazioni Unite fino a quando il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionali. Quando ritiene necessario intervenire per mantenere la pace e la sicurezza internazionali o per ristabilirle nel loro diritto')

⁷⁸ «The nature and attributes of the institution of self-defense in modern international law are discerned from Art. 51 and from paragraph 4 of art. 2 excerpts from the UN Charter (1945). Therefore, ART. 51 states: 'The Charter shall in no way affect the inalienable right to self-defense unless there is an armed attack on a member of the Organization until the Security Council has taken the necessary measures and measures'. The provisions of the above article clarify the meaning of the rule set out in paragraph 4 of Art. 2, which provides that: '... all members of the United Nations shall abide in their international relations by threatening or using force against the

quindi non può che aprire ad interpretazione restrittiva dell'azione lecita difensiva. Non solo, anche l'applicazione del criterio teleologico, come da articolo 31 della Convenzione di Vienna sulle leggi dei trattati del 1969⁸⁰, alle disposizioni della Carta farebbe propendere per la stessa soluzione: il divieto dell'uso della forza, obiettivo primario del sistema delle Nazioni Unite come specificato nel Preambolo, presuppone una forte limitazione all'arbitrarietà del ricorso alla forza armata⁸¹, obiettivo, che come gli ultimi decenni hanno tristemente dimostrato, sarebbe irrimediabilmente compromesso se si ammettesse la legittimità ex art. 51 della legittima difesa preventiva⁸². Per queste ragioni è naturale argomentare che l'interpretazione corretta della disposizione in esame sia quanto esposto prima, e per questo intendere che anche le versioni francese e spagnola concordino con quella inglese, russa e araba⁸³.

Esclusa ora la possibilità di fondare la legittimità dell'azione offensiva-difensiva sulle disposizioni della Carta, non resta che chiedersi se sia intervenuta un'evoluzione del diritto internazionale ad oggi per cui si possa effettivamente parlare di una norma consuetudinaria. Laddove si consideri il diritto post-Carta non si può negare che ci siano state azioni offensive poi giustificate come asserite azioni difensive: si pensi blocco americano ('quarantena') su Cuba del 1962, l'offensiva

territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner Unite" (1945)», D. FLOREA, "The Right to Individual or Collective Self-Defense. Preventive Attack according to the Provisions of the UN Charter", in *Jurnalul de Studii Juridice* 2021, p. 18 (disponibile su www.heinonline.org)

⁷⁹ E. TRAMONTANA, "Uccisioni mirate, legittima difesa preventiva e diritti umani in Diritti umani e diritto internazionale", cit., p. 61

⁸⁰ Art 1 Vienna Convention on the Law of Treaties stabilisce: «1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended»

⁸¹ «Depongono, infine, nel senso che l'art. 51 subordini la facoltà degli Stati di reagire in legittima difesa all'esistenza di un attacco armato già sferrato le sia pur poche indicazioni ricavabili, al riguardo, dai lavori preparatori. Esse mostrano, infatti, che l'introduzione nel testo dell'articolo in parola di un esplicito riferimento alla ricorrenza di un attacco armato fosse finalizzata, nelle intenzioni dei redattori, proprio ad escludere la liceità, nel sistema della Carta, di azioni di carattere preventivo», E. TRAMONTANA, "Uccisioni mirate, legittima difesa preventiva e diritti umani in Diritti umani e diritto internazionale", cit., pp. 61-62

⁸² «The prohibition to use force in international relations is one of the basic principles - if not the most basic principle⁷ - of the international legal system. Hence it is logical that every attempt must be made to enforce compliance with it and that the scope of the exceptions to this rule, notably that of the right to self-defence, must be applied and interpreted restrictively», S. WITTICH, "Use of Force, Self-Defence and the Unrealism in International Law", in *Austrian Review of International and European Law* 2009, p. 81 ff. (disponibile su www.heinonline.org)

⁸³ Interpretazione corroborata dall'art. 33 Vienna Convention on the Law of Treaties, il quale recita: «1. When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail.

2. A version of the treaty in a language other than one of those in which the text was authenticated shall be considered an authentic text only if the treaty so provides or the parties so agree.

3. The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text.

4. Except where a particular text prevails in accordance with paragraph 1, when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted»

israeliana sull'Egitto il quale fu poi il *casus belli* della Guerra dei sei giorni e il bombardamento sul reattore nucleare Osirad nel 1981, la guerra in Iraq (operazione 'Iraqi Freedom') dopo gli attentati dell'11 settembre, il bombardamento di Israele contro il sito nucleare siriano as al-Kibar nel 2007, sempre in Siria l'operazione contro lo 'Stato islamico' o 'Daesh' in Siria nel 2014 e infine, l' 'operazione militare speciale di denazificazione' russa in Ucraina nel 2022 ancora in corso. Di queste, a dir il vero, solo due esempi (l'intervento angloamericano in Siria e l'invasione russa in Ucraina) fanno espresso riferimento alla causa di giustificazione quivi analizzata.

La domanda che dunque sorge spontanea concerne la possibilità o meno di poter dimostrare la nascita di una norma internazionale consuetudinaria che si basi su questi esempi e che, ad oggi, farebbero propendere per l'abrogazione parziale o il superamento della limitazione della precedente interpretazione della norma dell'art. 51 Carta ONU: si può quindi affermare che una nuova norma sulla legittima difesa preventiva incontri i requisiti per asserire che sia nata nel corso degli ultimi decenni una nuova consuetudine internazionale?

Come si è visto negli esempi sopra menzionati, la *state practice* è alquanto limitata, sia rapportata alla dilatazione temporale che per quanto riguarda gli Stati coinvolti, per cui parlare effettivamente di *diuturnitas* è irrisorio e irragionevole: è chiaro che non si possa riconoscere alla legittima difesa preventiva l'elemento oggettivo della ripetizione costante di un dato comportamento ripetuto dalla generalità di Stati nel corso di un arco di tempo apprezzabile.

Non solo, manca in realtà anche il secondo requisito vale a dire l'*opinio iuris (sive necessitatis)*: negli esempi pre-attentati dell'11 settembre, nessuno degli Stati coinvolti ha invocato tale norma. Anzi l'illiceità dell'azione offensiva non era oggetto di troppi dibattiti, e la consapevolezza dell'illegalità del ricorso della forza armata era ben chiara a tutti. Si pensi che ad esempio che nel caso del bombardamento israeliano in Osirad, la condanna sul punto del Consiglio di Sicurezza non si è fatta attendere⁸⁴. Anche successivamente, la maggioranza degli Stati membri delle Nazioni Unite si è espressa in senso negativo; si pensi all'operazione in Iraq nel 2003 e in Siria nel 2014 che comunque ha avuto una netta condanna dagli Stati⁸⁵.

Avendo precisato che la norma della difesa preventiva non trova la sua ragion d'essere in nessuna delle fonti del diritto internazionale, è opportuno fare una breve riflessione. A dir il vero la dottrina differenzia due azioni difensive precedenti ad un'aggressione nemica: la legittima difesa 'preventiva' e la legittima difesa 'anticipatoria'⁸⁶. La distinzione si fonda in base all'elemento della minaccia per cui

⁸⁴ Consiglio di Sicurezza, UN Doc. S/RES/487 del 19 giugno 1981 la quale afferma «I. Strongly condemns the military attack by Israel in clear violation of the Charter of the United Nations and the norms of international conduct;

2. Calls upon Israel to refrain in the future from any such acts or threats thereof»

⁸⁵ E. TRAMONTANA, "Uccisioni mirate, legittima difesa preventiva e diritti umani in Diritti umani e diritto internazionale", cit., pp. 67-69. In particolare si ricordi l'intervento del ministro degli affari esteri francese Dominic De Villepin, il quale in merito all'intervento in Iraq del 2003 ha affermato «no single country has the means to build Iraq's future. Above all, no State can claim the necessary legitimacy. The legal and moral authority for such an undertaking can stem only from the United Nations», Dominic de Villepin, Speech to the U.N. Security Council, 6 U.N. Doc. S/PV.4721 (Mar. 19, 2003). Tale ultima impostazione è condivisa in dottrina «the use of force in self-defense is permitted only if the state employing force was the object of an armed attack on its territory. This was certainly not the case with respect to the American intervention in Iraq», S. BELLIER, "Unilateral and Multilateral Preventive Self-Defense in Maine Law Review", cit., p. 513

⁸⁶ Alcuni Autori ripropongono una tripartizione dell'azione preventiva di difesa. Nello specifico, «however, others have favoured an expanded interpretation of self-defence, 1 to include namely: (i) pre-emptive strikes in the face of alarming military preparations 'to quell any possibility of future attack by another State, even where

la legittima difesa viene invocata: nel primo caso la minaccia è potenziale, nella seconda invece si parla di *imminent threat*⁸⁷.

Nello specifico, qualora la legittima difesa anticipatoria fosse giustificabile, la legittima difesa preventiva paventa un pericoloso rischio alla pacifica convivenza degli Stati. Invero, la Corte internazionale di Giustizia ha ribadito prima col *Nicaragua case*⁸⁸ nel 1986 e poi il *Oil Platforms*⁸⁹ nel 2003 che la legittima difesa è giustificata ex art. 51 Carta solo in seguito ad un attacco armato. Benché una parte della letteratura ha ritenuto possibile una lettura estesa della sentenza del 1986 tale da giustificare la legittima difesa anticipatoria, interpretazione basata sulla definizione del diritto naturale alla difesa ex art. 51 Carta ONU⁹⁰, la stessa non può in nessun modo coprire la questione della legittima difensiva preventiva anche se la Carta viene considerata «‘a living breathing document’ that should be read in light of not only previously existing custom, but also as responsive to new developments not contemplated when it was originally drafted»⁹¹. Tra le due *self-defense*, solo la legittima difesa anticipatoria potrebbe rispondere agli standard di proporzionalità, necessità e gravità che accompagnano l’azione d’autotutela⁹². Una parte della dottrina recente partendo dall’assunto che «self-defense is one of the means of combating an armed attack, not the actual aggression»⁹³ ammette quindi la liceità della legittima difesa anticipatoria, seppur sollevando dubbi su certi aspetti⁹⁴, quale la

there is no reason to believe that an attack is planned and where no prior attack has occurred’ (so-called preemptive, or preventive, self-defence) 2 ; (ii) the use of force against troops, planes, vessels or installations in the event of threats likely to result in imminent attacks, particularly when the State resorting to force has already suffered an armed attack and fears that more attacks are being prepared (anticipatory self-defence); and (iii) the use of force by a state whose territory or military assets are ostensibly the target of an attack already launched by another state, in order to halt the attack (interceptive self-defence)», N. OCHOA-RUIZ, NATALIA, E. SALAMANCA-AGUADO, “Exploring the Limits of International Law Relating to the Use of Force in Self-Defence”, in *European Journal of International Law*, 2005, p. 500 ff. (disponibile su www.heinonline.org)

⁸⁷ «Preventive self-defense is thus understood as an armed action in reaction to a potential threat. It is different from preemptive self-defense (also known as anticipatory self-defense) which instead is the use of force in reaction to an imminent threat», S. BELLIER, “Unilateral and Multilateral Preventive Self-Defense in Maine Law Review”, cit., p. 514

⁸⁸ International Court of Justice, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, judgement del 27 giugno 1986

⁸⁹ «The Court thus concludes from the foregoing that the actions carried out by United States forces against Iranian oil installations on 19 October 1987 and 18 April 1988 cannot be justified, under Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty, as being measures necessary to protect the essential security interests of the United States, since those actions constituted recourse to armed force not qualifying, under international law on the question, as acts of self-defence, and thus did not fall within the category of measures contemplated, upon its correct interpretation, by that provision of the Treaty», International Court of Justice, *Case concerning oil platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, judgement of 6 novembre 2003, p. 199

⁹⁰ «‘inherent right’ of self-defence was an attempt to preserve previously-existing customary international law on the subject, which at the time the Charter was concluded recognised a limited right to anticipatory self-defence», E. A. HEINZE, “The evolution of international law in light of the ‘global War on Terror’ in Review of International Studies”, cit., p. 1072

⁹¹ *Ibid.*

⁹² «l’art. 51 e la corrispondente norma di diritto internazionale generale non permettono un’azione militare che vada al di là di quanto necessario per respingere l’aggressione», A. CASSESE, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, 1984, p. 260

⁹³ D. FLOREA, “The Right to Individual or Collective Self-Defense. Preventive Attack according to the Provisions of the UN Charter in Jurnalul de Studii Juridice”, cit., p. 19

⁹⁴ «As matter of principle and policy, anticipatory self-defence is open to certain objections. It involves a determination of the certainty of attack which is extremely difficult to make and necessitates an attempt to ascertain the intention of a government. This process may lead to a serious conflict if there is a mistaken assessment of a situation. Furthermore, even if a State is preparing an attack it still has a locus poenitentiae prior to launching its forces against the territory of the intended victim. Nor is the State which considers itself to be the object of military preparations forced to remain supine but may take all necessary precautions short of commencing an attack: it may also appeal to the competent organs of the United Nations or of a regional defence organization, and by doing so will at the very least embarrass the prospective aggressor by advertising the facts of

possibile deriva dello strumento di autotutela a strumento di *self-protection*⁹⁵ (e non di *self-defense* ad un attacco concreto e imminente).

Ora, oltre le speculazioni di carattere teorico in quanto la sussistenza di tali criteri è da verificarsi *in concreto*, è chiaro che in caso di *preventive self-defense* gli standard di proporzionalità, gravità e necessità sarebbero impossibili da rispettare. La legittima difesa preventiva, difatti, si manifesta come espressione unilaterale di forza militare da parte della Potenza che la invoca: laddove la minaccia è solo potenziale, la regola del divieto dello *ius ad bellum* cade in secondo piano rispetto alla discrezionalità del Governo che potrebbe arginare la regola dell'art. 2 par. 4 Carta ONU.

Un'altra precisazione è quanto più vitale, anticipando ciò che si dirà a breve circa la lotta al terrorismo: in seguito alla dichiarazione della 'dottrina Bush', la legittima difesa preventiva si è realizzata quale azione di autotutela nei confronti di soggetti non Stati. Infatti, seppur le guerre in Iraq e in Siria dopo gli attentati del 11 settembre si qualificano come illeciti internazionali, manifestazioni dell'uso della forza non autorizzate e atti di invasione del territorio di uno Stato sovrano senza il suo consenso⁹⁶, l'attacco russo all'Ucraina, per lo più sul territorio del Vecchio Continente mette in luce quali possano essere le criticità del modello di *preventive self-defense*. Laddove si ammettesse come regola, la legittima difesa preventiva finirebbe per essere invocata a giustificazione di un qualsiasi crimine di aggressione e diverrebbe il *casus belli* di nuovi conflitti internazionali, oltre che radice dello svuotamento di effettività del divieto dell'art. 2 Carta ONU. In tal senso, la guerra in Ucraina rappresenta un parziale ritorno al sistema pre-ONU, sia alla luce della ridefinizione del *bellum* quale dialettica conflittuale fra Stati che uso della forza sregolato e svincolato da qualsiasi regola: il caso in esame sarebbe, infatti, antesignano della fine del divieto al ricorso della forza armata laddove in un futuro la prassi accettasse tale narrazione.

Lasciando da parte per ora le implicazioni di questo nuovo conflitto europeo, è utile sottolineare un altro aspetto: in questa prima trattazione del divieto del ricorso dell'uso della forza si sono fatti importanti rimandi alle azioni successive agli attentati dell'11 settembre 2001, i quali hanno influenzato anche la disciplina dello *ius in bello* e che meritano maggiore attenzione ai fini della presente analisi.

2. La nozione asimmetrica della guerra e la questione dei conflitti armati

Nello scenario internazionale dell'ultimo ventennio, si sono profilati nuovi aspetti particolari riguardanti l'uso della forza che hanno determinato nuove situazioni su cui una riflessione è quanto più doverosa. In particolare, rileva sottolineare una

the situation. Another consideration which is usually ignored is the effect of the proportionality rule on the present problem. It is possible that in a very limited number of situations force might be a reaction proportionate to the danger where there is unequivocal evidence of an intention to launch a devastating attack almost immediately. However, in the great majority of cases to commit a State to an actual conflict when there is only circumstantial evidence of impending attack would be to -act in a manner which disregarded the requirement of proportionality. To permit anticipatory action may well be to accept a right which is wider than that of self-defence and akin to that of self-preservation», I. BROWNLIE, "The Use of Force in Self-Defense in British Year Book of International Law", cit., p. 227

⁹⁵ *Id.*, p. 228

⁹⁶ Il consenso è, invero, una causa di giustificazione che non farebbe sorgere la responsabilità dello Stato. Ai sensi dell'art. 20 *Articles of Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, «valid consent by a State to the commission of a given act by another State precludes the wrongfulness of that act in relation to the former State to the extent that the act remains within the limits of that consent»

nuova tendenza nel contesto bellico che ha portato la dottrina ad interrogarsi sull'ambito di applicazione e sui limiti del diritto internazionale umanitario, il cui nucleo è rappresentato sostanzialmente dalle Convenzioni di Ginevra e dai relativi Protocolli Aggiuntivi.

Nel capitolo precedente si è evidenziato il ruolo centrale che la nozione di *armed conflict* riveste nel diritto internazionale umanitario quale nozione di discriminazione ed elemento di passaggio tra il diritto di pace e lo *ius in bello*. Nello specifico, analizzando la lettera dell'art. 2 comune delle Convenzioni di Ginevra si è sottolineata la forte coincidenza tra guerra dichiarata/conflitto armato e la lotta tra soggetti statali: le regole di diritto internazionale umanitario, riprendendo alla lettera il sopracitato articolo, «shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties»⁹⁷. Condizioni per applicare quindi lo scontro sono da un lato l'elemento fattuale di un conflitto e dall'altro le ostilità che vedano come protagonisti uno o più Stati parte di tali accordi.

Tale condizione non è mai stata particolarmente difficile da rispettare: come ribadito più volte il profondo nesso tra Stato e guerra è diventato da un lato il motore del meccanismo di accentramento delle risorse e della gestione delle stesse che hanno portato alla nascita dello Stato moderno, dall'altro l'indispensabilità della burocrazia fiscale e militare hanno per molto tempo determinato una disponibilità esclusiva quasi assoluta dello strumento bellico nelle mani degli Stati e, di conseguenza, di una sua formalizzazione in procedure nel diritto interno⁹⁸ e internazionale. Non ignorando ovviamente il caso di ribellioni e rivoluzioni, per le quali non a caso è associato l'istituto dello stato d'assedio, nello scenario internazionale il *bellum* era uno strumento privilegiato dello Stato.

Eppure, tale paradigma col tempo ha incominciato a subire degli sviluppi: i gruppi di resistenza organizzatesi nei vari Stati occupati nel corso della Seconda Guerra Mondiale sono un primo esempio di interferenza importante nei conflitti internazionali. Tuttavia, ad oggi il discorso su quali siano i soggetti di un conflitto armato si è radicalmente spostato su un altro piano: ad oggi, riprendendo le diciture delle Convenzioni di Ginevra, accanto ai conflitti armati internazionali e non internazionali, sembra profilarsi una nuova tipologia di conflitto ibrido, la cosiddetta guerra asimmetrica. Precisamente, «the traditional dichotomy between international and non-international (internal) armed conflict does not quite match the complexity of modern-day constellations, including, in particular, situations in which non-state groups operate transnationally or across the borders of occupied territories»⁹⁹.

Se i conflitti armati internazionali sono disciplinati dall'art. 2 comune delle Convenzioni, i conflitti armati non internazionali sono regolati dall'art. 3 comune¹⁰⁰

⁹⁷ Art. 2 comune Convenzioni di Ginevra

⁹⁸ «Je ne cherche ni à discréditer cette prise de position, ni à critiquer les nombreuses solutions proposées, mais à discuter des raisons, plus empiriques que logiques, pour lesquelles la guerre est plus souvent due à l'entreprise de création ou de construction d'un État qu'aux systèmes d'États déjà en place. Depuis le début du xvème siècle, la guerre a été plus souvent provoquée par des tentatives de création d'États que par de prétendues 'luttres de pouvoir' entre des États-nations», K. J. HOLSTI, «État et état de guerre in Études internationales», cit., p. 706

⁹⁹ A. PAULUS, M. VASHAKMADZE, «Asymmetrical war and the notion of armed conflict - a tentative conceptualization», in *International Review of the Red Cross* 2009, pp. 95-126 (disponibile su www.heinonline.org)

¹⁰⁰ «In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:

1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in

delle medesime Convenzioni: la prima tipologia di conflitto si caratterizza per essere uno scontro tra due o più Potenze parti al sistema di Ginevra e per determinare obbligazione di natura bilaterale o multilaterale ma tra Stati, mentre la seconda si definisce perché le ostilità si svolgono esclusivamente all'interno del territorio di uno Stato cui sono riconosciuti obblighi nei confronti dei propri cittadini. Riferendosi quindi al tradizionale quadro normativo delle Convenzioni di Ginevra, le circostanze prospettate riguardano conflitti interstatali o scontri Governo-gruppi armati, non contemplando quindi alcuna situazione spuria di conflitti armati di una Potenza contro gruppi armati sul territorio di un altro Stato.

A questo punto ovviamente sorgono spontaneamente delle domande: avendo nel capitolo precedente evidenziato quanto l'applicabilità del diritto internazionale umanitario sia subordinato dalle regole stesse delle Convenzioni, quale quadro normativo deve attuarsi in tali contesti? Possono gli articoli sopramenzionati in qualche modo essere interpretati per integrare anche queste situazioni? Il diritto di Ginevra è insufficiente nel regolare queste situazioni, lasciando importanti lacune nel contesto internazionale?

Tali interrogativi sono stati riscoperti a seguito degli attacchi dell'11 settembre quando la letteratura giuridica internazionalistica ha incominciato ad adottare la denominazione di 'guerra contro il terrorismo'¹⁰¹ (in inglese: 'War on Terror'¹⁰²) che ha risollevato attenzione al dibattito in questione. Se prima la questione della guerra

all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.

To this end, the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:

- a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;
 - b) taking of hostages;
 - c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;
 - d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.
- 2) The wounded and sick shall be collected and cared for. An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict. The Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention. The application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict»

In generale sulle interpretazioni possibili dell'art. 3 comune, L. ZEGVELD, *Accountability of armed opposition groups in international law*. Cambridge, 2002, pp. 9-18

¹⁰¹ Sulla nozione di terrorismo si ripropone tale definizione «in the context of international law, it would appear to me that the adjective 'terrorist' may be applied to any criminal activity involving the use of violence in circumstances likely to cause bodily harm or a threat to human life, in connection with an enterprise whose aim is to provoke terror. Three conditions thus have to be met: (a) the perpetration of certain acts of violence capable of causing death, or at the very least severe physical injury. Certain texts of domestic and European law go further than this, however, and consider that the destruction of property even without any danger for human life may also constitute a terrorist act; (b) an individual or collective enterprise that is not simply improvised, in other words an organized operation or concerted plan reflected in coordinated efforts to achieve a specific goal (which, for example, excludes the case of the deranged killer who shoots at everyone in sight); (c) the pursuit of an objective: to create terror among certain predetermined persons, groups or, more commonly, the public at large (thus differentiating terrorism from the political assassination of a single personality, such as that of Julius Caesar by Brutus)», G. GUILLAUME, "Terrorism and international law", in *International and Comparative Law Quarterly* 2004, p. 540

¹⁰² La presente terminologia fa riferimento alle dichiarazioni del Presidente George W. Bush in riferimento al «corollario di normative emergenziali che forzavano i diritti costituzionali e di azioni che violavano il diritto internazionale» raccolte nel documento sulla National Security Strategy of the United States del 2002 in cui si legge che «i valori di "libertà, democrazia e libera impresa [...] sono giusti e veri per ogni persona, in ogni società" e questo giustifica l'uso della forza per difenderli contro i terroristi e i *rogue states* che li mettono a repentaglio (The White House 2002)», L. BACCELLI L., "Dalla guerra giusta al pacifismo giuridico. E ritorno?" in *Rivista di filosofia del diritto*, cit., p. 386. Sulla base di tali principi è stata avviata l'invasione in Iraq, priva di ogni autorizzazione da parte delle Nazioni Unite

asimmetrica affascinava per lo più gli accademici, con la *War on Terror*, la vicenda si faceva più problematica e pericolosa. Infatti, la nuova lotta al terrorismo, che ha interessato in particolare i conflitti tra Israele e i gruppi armati nei territori occupati diretti da Hezbollah e Hamas e i conflitti tra USA e le cellule terroristiche di Al Qaeda in Iraq e Afghanistan e dell'Isis in Siria, ha delineato nuovi aspetti spinosi inerenti alla qualificazione, e di conseguenza la regolamentazione, da destinare a tali situazioni.

Invero, nonostante manchi ancora una definizione giuridica soddisfacente o comunque generalmente condivisa¹⁰³, la vicenda non ha fermato le Potenze occidentali di intervenire:

«to combat terrorism without defining it remained possible for as long as the word itself was not uttered [...], to make use of the term as we do today, often without determining its true scope, does carry certain drawbacks [and] it tends to give rise to uncertainty and leaves States the possibility of making unilateral interpretations geared towards their own interests, particularly with respect to Security Council resolutions [for this reason] it would thus be helpful to attempt to provide such a definition, taking as a basis the few texts that have endeavoured to do so»¹⁰⁴.

A riprova di ciò si ricorda come la Risoluzione del Consiglio di sicurezza 1373 del 28 settembre 2001, che ha affrontato la questione delle misure da adottare all'indomani degli attentati per sconfiggere il terrorismo, abbia fallito comunque di delinearne una spiegazione e che, in generale, sia mancata per diverso tempo.

Una prima definizione di diritto internazionale è quella presente nella Convenzione sulla prevenzione e sulla punizione del terrorismo del 1937: in particolare si definisce il terrorismo come «all acts directed against a State and intended or calculated to create state of terror in the minds of particular persons or a group of persons or the general public»¹⁰⁵. Tuttavia, si noti che la menzionata Convenzione non è mai entrata in vigore, e potrebbe anzi essere inadeguata ad oggi, riferendosi ad un quadro completamene diverso rispetto a quello odierno.

Prima dell'11 settembre, col termine 'terrorismo' ci si riferiva per lo più agli atti di rivendicazione politica con scopo sovversivo, avendo per lo più a che fare con la gestione degli affari interni nazionali¹⁰⁶; solo col terrorismo islamico tale fenomeno ha assunto un preponderante carattere internazionale¹⁰⁷, vedendo la contrapposizione dei Paesi occidentali, da un lato, e alcuni paesi del Medioriente¹⁰⁸ dall'altro, o meglio le organizzazioni terroristiche ivi residenti. La novità del nuovo fenomeno ha

¹⁰³ Sugli sforzi circa una definizione di 'terrorismo' e sulle varie convenzioni concernenti questo fenomeno si rimanda H. DUFFY, *The 'war on Terror' and the framework of International Law. 'Terrorism' in International law*, 2009, pp. 17-46 (disponibile su www.cambridge.org)

¹⁰⁴ G. GUILLAUME, "Terrorism and international law in International and Comparative Law Quarterly" 2004, p. 540

¹⁰⁵ Art. 2 par. 1 Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism (Geneva, 1937) nell'ambito della Società delle Nazioni

¹⁰⁶ Alcuni celebri esempi sono gli atti di terrorismo dell'IRA (*Irish Republic Army*) o gli anni di Piombo in Italia

¹⁰⁷ «The use of terror as a means to achieve political ends is not a new phenomenon, but it has recently acquired a new intensity. In many cases, terrorists deliberately choose targets in uninvolved third states as a means of pressuring the government of the state against which it is in conflict or its real or potential or assumed allies», M. N. SHAW, *International Law*, cit., p. 884

¹⁰⁸ Si pensi all'Afghanistan, Siria, Iraq, Iran

travolto il precedente assetto, donandone nuove sfumature e quindi rendendone sempre più difficile l'operazione di delimitazione.

Addirittura, in mancanza di una definizione legale e anzi vista la difficoltà c'è chi in dottrina, come Higgins, è giunto ad affermare che «terrorism is a term without any legal significance [...] merely a convenient way of alluding to activities, whether of States or of individuals, widely disapproved of and in which either the methods used are unlawful, or the targets protected, or both»¹⁰⁹.

Nel contesto dell'Unione europea c'è stato un tentativo iniziale di qualificazione della situazione allora in corso¹¹⁰: nello specifico, secondo un criterio finalistico, il terrorismo viene definito quale l'insieme degli atti volti a «—intimidire gravemente la popolazione, o — costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, o — destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un paese o un'organizzazione internazionale»¹¹¹, definizione che prosegue con una lista¹¹² di specifici comportamenti idonea a cagionare tali pregiudizi.

Seppur limitata al contesto europeo, la quivi presente definizione sembra essere la più completa.

La problematicità della spiegazione di tale fenomeno deriva dal fatto che la stessa definizione dipende dalla finalità e dall'ambito per cui viene impiegata, avendo invero un differente approccio laddove si utilizzi un punto di vista politico, giuridico o scientifico¹¹³.

Non è la prima volta che il diritto internazionale umanitario ha preso coscienza del fatto che le Convenzioni del 1949 fossero 'arretrate'¹¹⁴: nel corso del tempo, reso ormai noto che il diritto di Ginevra era difficilmente applicabile a nuovi scenari rispetto a quelli prospettati nel 1949, ha integrato la disciplina dei conflitti armati non internazionali, completando la disciplina col principio di autodeterminazione. È il caso del I Protocollo Aggiuntivo che ha inglobato nella nozione di conflitto

¹⁰⁹ R. HIGGINS, 'The General International Law of Terrorism', in *International Law and Terrorism*, R. HIGGINS, M. FLORY (a cura di), Londra, 1997, p. 28

¹¹⁰ European Council Framework Decision of 13 June 2002 on combating terrorism No 2002/475/JHA, in *Official Journal of the European Communities*, 22 June 2002

¹¹¹ Art. 1 Decisione Quadro Del Consiglio del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo (2002/475/GAI)

¹¹² «a) attentati alla vita di una persona che possono causarne il decesso;

b) attentati gravi all'integrità fisica di una persona;

c) sequestro di persona e cattura di ostaggi;

d) distruzioni di vasta portata di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale ovvero di luoghi pubblici o di proprietà private che possono mettere a repentaglio vite umane o causare perdite economiche considerevoli;

e) sequestro di aeromobili o navi o di altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto di merci;

f) fabbricazione, detenzione, acquisto, trasporto, fornitura o uso di armi da fuoco, esplosivi, armi atomiche, biologiche e chimiche, nonché, per le armi biologiche e chimiche, ricerca e sviluppo;

g) diffusione di sostanze pericolose, il cagionare incendi, inondazioni o esplosioni i cui effetti mettano in pericolo vite umane;

h) manomissione o interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse naturali fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane;

i) minaccia di realizzare uno dei comportamenti elencati alle lettere da a) a h)»

¹¹³ D. DORY, "Le terrorisme et les transformations de la guerre: un état de la question", in *Guerres mondiales et conflits contemporains*, 2022, pp. 41-44

¹¹⁴ «A 'war on terror' is, by definition, asymmetric and unconventional because the enemy is not a foreign state's military, nor does the enemy that perpetrated the attacks of 9/11 even begin to approximate those kinds of territorialized armed groups that might assert a right to fight in accordance with the conditions delineated in Additional Protocol I», L. HAJJAR, "The Counterterrorism War Paradigm versus International Humanitarian Law: The Legal Contradictions and Global Consequences of the US 'War on Terror' ", in *Law & Social Inquiry*, 2019, p. 926

internazionale sia le guerre di decolonizzazione che le lotte contro regimi razzisti¹¹⁵. O ancora, col fine di rendere più ampia possibile la tutela offerta dal diritto di Ginevra, l'art. 1 II Protocollo Aggiuntivo stabilisce che «this Protocol shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts»¹¹⁶.

Ciononostante, dato che questi interventi normativi sono stati precedenti alla grande questione del[la] 'War on Terrorism', le Convenzioni di Ginevra mancano ancora ad oggi di ricomprendere tale tipologia di conflitto in uno schema prestabilito del diritto umanitario in quanto è chiaro che i comportamenti di queste cellule non possono né rientrare nel principio di autodeterminazione (anche se le lotte tra Israele e Hamas\Hezbollah sembrano mettere a dura prova questa asserzione)¹¹⁷ né è limitata al territorio sovrano di un solo Stato (si mantiene il criterio della non internazionalità 'armed conflicts which are not covered by Article 1 of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts [Protocol I] and which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups'¹¹⁸).

La mancata integrazione del diritto di Ginevra al[la] 'War on Terror' è stata riconfermata dal Presidente Bush con un comunicato del 7 febbraio 2002 il quale ha affermato che, in merito all'arresto e imprigionamento dei guerrieri talebani o di Al Qaeda¹¹⁹, non si dovessero applicare le norme della III Convenzione sul trattamento dei prigionieri di guerra¹²⁰ come era successo per il *Hadman case*¹²¹. A tal riguardo è importante notare come le dichiarazioni del Presidente sottintendano che seppur il comportamento degli Stati Uniti siano conformi ai principi di diritto internazionale umanitario e delle Convenzioni di Ginevra, le norme di queste ultime non rappresentano un vero e proprio parametro per giudicare la legittimità dell'operato americano¹²².

Tali asserzioni sembrano alquanto contestabili: ai sensi dell'art. 5 della III

¹¹⁵ L'art. 1 I Protocollo recita «1. The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for this Protocol in all circumstances.

2. In cases not covered by this Protocol or by other international agreements, civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience.

3. This Protocol, which supplements the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the protection of war victims, shall apply in the situations referred to in Article 2 common to those Conventions.

4. The situations referred to in the preceding paragraph include armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist régimes in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations»

¹¹⁶ Art. 1 II Protocollo Aggiuntivo

¹¹⁷ Per approfondimento, A. PAULUS, M. VASHAKMADZE, "Asymmetrical war and the notion of armed conflict - a tentative conceptualization in International Review of the Red Cross", cit., pp. 111-119

¹¹⁸ Art. 1 II Protocollo

¹¹⁹ In generale, in merito alle operazioni e al trattamento riservato dagli Stati Uniti in Iraq e Afghanistan nel corso di questi anni, A. O'CONNELL, "The Global Wars on Terror", in *The Cambridge History of America and the World*, D. C. ENGERMAN, M. P. FRIEDMAN, M. MCALISTER (a cura di), 2022, p. 707-730 (disponibile su www.cambridge.org)

¹²⁰ George W. Bush, 'Humane treatment of Taliban and al Qaeda detainees', 7 February 2002 (disponibile su www.pege.us/archive/WhiteHouse) citato in A. PAULUS, M. VASHAKMADZE, "Asymmetrical war and the notion of armed conflict - a tentative conceptualization in International Review of the Red Cross", cit., p. 110

¹²¹ E. A. HEINZE, "The evolution of international law in light of the 'global War on Terror' in Review of International Studies", cit., pp. 1087-1090

¹²² A. PAULUS, M. VASHAKMADZE, "Asymmetrical war and the notion of armed conflict - a tentative conceptualization in International Review of the Red Cross", cit., p. 110

Convenzione di Ginevra, «persons having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy»¹²³ appartengono a quella categoria di persone, elencate all'articolo precedente, che godono della protezione¹²⁴ offerta dal diritto internazionale umanitario. Il comportamento quindi delle autorità statunitensi non può che essere una chiara violazione del diritto internazionale.

Ora, tralasciando la questione di una possibile elusione degli standard di tutela maggiore offerti dal diritto umanitario, conviene ora soffermarsi sull'aspetto più importante ai fini della trattazione dell'evoluzione del concetto di *bellum*. Come si è già accennato, la difficoltà d'individuazione della definizione degli interventi promossi per la lotta del terrorismo non è sterile di importanti conseguenze giuridiche. Col sistema di Westphalia, invero, la guerra, sia in quanto fenomeno che istituto di diritto internazionale, presupponeva quali protagonisti dello scontro solamente gli Stati. Ora, invece, l'entità delle operazioni militari nei territori del Medioriente, sembra compromettere tale sistema. Benché la dottrina Bush, e in generale l'amministrazione statunitense e israeliana, nel giustificare questi interventi sul territorio dei 'terrorist state-sponsors' o 'rogue states' (commettendo tra l'altro un illecito internazionale mancando il consenso degli stessi) e nel riferire le uccisioni e

¹²³ Art. 5 of the III Geneva Convention

¹²⁴ L'art. 4 della III Convenzione di Ginevra afferma che: «A. Prisoners of war, in the sense of the present Convention, are persons belonging to one of the following categories, who have fallen into the power of the enemy:

1) Members of the armed forces of a Party to the conflict as well as members of militias or volunteer corps forming part of such armed forces

2) Members of other militias and members of other volunteer corps, including those of organized resistance movements, belonging to a Party to the conflict and operating in or outside their own territory, even if this territory is occupied, provided that such militias or volunteer corps, including such organized resistance movements, fulfil the following conditions: a) that of being commanded by a person responsible for his subordinates; b) that of having a fixed distinctive sign recognizable at a distance; c) that of carrying arms openly; d) that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war

3) Members of regular armed forces who profess allegiance to a government or an authority not recognized by the Detaining Power. 4) Persons who accompany the armed forces without actually being members thereof, such as civilian members of military aircraft crews, war correspondents, supply contractors, members of labour units or of services responsible for the welfare of the armed forces, provided that they have received authorization from the armed forces which they accompany, who shall provide them for that purpose with an identity card similar to the annexed model

5) Members of crews, including masters, pilots and apprentices of the merchant marine and the crews of civil aircraft of the Parties to the conflict, who do not benefit by more favourable treatment under any other provisions of international law

6) Inhabitants of a non-occupied territory who, on the approach of the enemy, spontaneously take up arms to resist the invading forces, without having had time to form themselves into regular armed units, provided they carry arms openly and respect the laws and customs of war.

B. The following shall likewise be treated as prisoners of war under the present Convention:

1) Persons belonging, or having belonged, to the armed forces of the occupied country, if the occupying Power considers it necessary by reason of such allegiance to intern them, even though it has originally liberated them while hostilities were going on outside the territory it occupies, in particular where such persons have made an unsuccessful attempt to rejoin the armed forces to which they belong and which are engaged in combat, or where they fail to comply with a summons made to them with a view to internment.

2) The persons belonging to one of the categories enumerated in the present Article, who have been received by neutral or non-belligerent Powers on their territory and whom these Powers are required to intern under international law, without prejudice to any more favourable treatment which these Powers may choose to give and with the exception of Articles 8, 10, 15, 30, fifth paragraph, 58-67, 92, 126 and where diplomatic relations exist between the Parties to the conflict and the neutral or non-belligerent Power concerned, those Articles concerning the Protecting Power. Where such diplomatic relations exist, the Parties to a conflict on whom these persons depend shall be allowed to perform towards them the functions of a Protecting Power as provided in the present Convention, without prejudice to the functions which these Parties normally exercise in conformity with diplomatic and consular usage and treaties.

C. This Article shall in no way affect the status of medical personnel and chaplains as provided for in Article 33 of the present Convention»

dei capi e dei complici delle cellule terroristiche (*targeted killings*), non parli mai di guerra ma piuttosto di operazioni militari mirate, bisogna chiedersi perché nel corso del tempo si sia sviluppata parallelamente la dicitura di ‘guerra al terrore’. In realtà, l’espressione ‘War on terror’ è stata utilizzata per far presa sull’opinione pubblica a motivare il dispiego delle risorse pubbliche e la mobilitazione delle truppe¹²⁵, piuttosto che muovere effettivamente una guerra contro il terrorismo. A differenza della legittima difesa preventiva, quest’ultima comunque intimamente legata per ragioni storiche e politiche alla lotta al terrorismo, è sempre stato chiaro che il richiamo al *bellum* avesse per lo più forza ‘evocativa’¹²⁶ piuttosto che essere ancorata realmente a basi giuridiche¹²⁷.

Nondimeno, in dottrina, il rimando alla dimensione bellica per quanto riguarda la lotta al terrorismo non è caduto nel vuoto¹²⁸ e non manca chi, alla luce di questa nuova abitudine, abbia dato avvio ad una teorizzazione del fenomeno in termini più giuridici: alcuni Autori confabulano addirittura di ‘Counterterrorism war paradigm’ nonostante la narrazione occidentalista spesso differenzi i due fatti.

Secondo tale impostazione «we are in a new kind of war [...] we’ve made very clear that it is important that this new kind of war be fought on different battlefields»¹²⁹. Nello specifico, secondo questo paradigma, la guerra non inizia con l’attacco da parte delle organizzazioni estremiste, ma quando in nome di un presunto diritto alla difesa, il contrattacco¹³⁰ determina un atto d’offensiva da svolgersi sul territorio di un’altra Potenza. In tal senso la guerra assume carattere internazionale (‘conflitto armato internazionale irregolare’¹³¹), avvicinandosi quindi al modello di Ginevra di

¹²⁵ «I Policy makers have used the rhetoric of “war” throughout the past century to describe a major governmental or societal effort to combat an evil that threatens society, national security, or some other communal good. The idea is a rhetorical tool, a technique for resource mobilization, and, above all, a method for coalescing authority to meet the challenge, whether the challenge is poverty, drugs, or-in the most recent example-terrorism», L. R. BLANK, “The Consequences of a War Paradigms for Counterterrorism: What Impact on Basic Rights and Values”, in *Georgia Law Review* 2012, p. 720 (disponibile su HeinOnline)

¹²⁶ «In the first confusing days after the September 11, 2001, attacks on the United States, President George W. Bush declared a war on terror. Many of us heard this declaration as stirring rhetoric to rally the nation. We understood it as a declaration that the President would direct a strong response against those responsible. We had heard this sort of rhetoric before when the nation faced powerful challenges-from illegal drugs and chronic poverty. Many of us understood President Bush’s declaration of war to refer once again to the determined, persistent struggle to overcome a social blight-this time terrorism», M. E. O’CONNELL, “The Legal Case Against the Global War on Terror”, in *Cse W. Res. Int’L*, 2004, p. 349 ff. (disponibile su www.scholar.law.nd.edu)

¹²⁷ «‘War’ has thus become a political term rather than a legal one. Nonetheless, there is little doubt that the use of the term to describe the U.S. struggle against terrorism has had profound effects on the law and its application», L. R. BLANK, “The Consequences of a War Paradigms for Counterterrorism: What Impact on Basic Rights and Values in Georgia Law Review”, cit., p. 726

¹²⁸ «Soon after the September 11, 2001, (9/11) attacks made al Qaeda a household word throughout the United States and much of the world, the Bush Administration characterized U.S. efforts to defeat al Qaeda and associated terrorist groups as the “War on Terror.” In this case, however, the terminology of “war” goes far beyond rhetoric, resource re-allocation, and centralizing authority», L. R. BLANK, “The Consequences of a War Paradigms for Counterterrorism: What Impact on Basic Rights and Values in Georgia Law Review”, cit., p. 721

¹²⁹ Riferimento all’intervista di Tony Snow e Condoleeza Rice a Fox News Sunday (11 novembre 2002) citato in M. E. O’CONNELL, “When Is a War Not a War? The Myth of the Global War on Terror”, in *ILSA Journal of International & Comparative Law* 2006, p. 535-540 (disponibile su www.heinonline.org)

¹³⁰ «Wars, however, do not begin with an attack [but] they begin with a counter-attack. States may have the right to engage in a war of self defense following an attack. If they chose not to do so, there is no war. War, as discussed above requires exchange, intensity and duration», *id.*, p. 538

¹³¹ «L’irrégularité concerne l’éloignement progressif et aujourd’hui pratiquement complet des normes juridiques et stratégiques qui se sont imposées en Europe à partir du XVIIe siècle, et qui ont prévalu, tant bien que mal, jusqu’au début du XXe siècle 54. On aurait tort, cependant, soit de réifier la « guerre irrégulière » pour en faire une entité distincte, alors qu’elle n’est que l’une des modalités de la guerre qui combine aujourd’hui, en des proportions variables, des composantes régulières et irrégulières. Les opérations irrégulières peuvent être menées dans le cadre de conflits armés à dominante régulière (les actions de Lawrence au cours de la Première Guerre

conflitto armato e sottendendo il riconoscimento dello status di 'legittimo combattente' ai gruppi armati non statali¹³² ovvero l'applicazione automatica del diritto umanitario¹³³: non solo, il terrorismo internazionale essendo un fenomeno mondiale in virtù del fatto che «the rhetoric of the War on Terror seems to lead directly to a conclusion that the world is a global battlefield-that wherever a terrorist operative is found is part of the zone of combat»¹³⁴, chiamerebbe alle armi tutti gli Stati.

In particolare, la fenomenologia della dimensione bellica in relazione alla lotta per il terrorismo è notevole anche secondo un altro punto di vista: la *War on Terror* è, invero, per definizione manifestazione dell'uso della forza collettiva. Esattamente, si registra un'altra tendenza rispetto al precedente modello di guerra internazionale, vale a dire una gestione coadiuvata dell'azione bellica, gestione particolare di cui la lotta contro il terrorismo è forse l'esempio più lampante.

Laddove nel passato l'uso della forza si manifestava per lo più secondo una logica oppositiva di natura bilaterale e come scontro di Stati o blocchi di Stati, ad oggi la dimensione conflittuale viene percepita quale crisi internazionale per cui viene richiesta l'azione congiunta delle Potenze piuttosto che *diatriba* fra le stesse.

Su questo punto merita fare un breve riflessione introducendo quello che il ruolo delle organizzazioni internazionali al conflitto: infatti, «l'attività di contrasto al terrorismo internazionale è una di quelle materie che necessitano il coordinamento globale che il Consiglio di Sicurezza può offrire»¹³⁵. Per concludere, dunque, è necessario ed essenziale cercare di comprendere quale rilievo assumono le Nazioni Unite, e in generale le organizzazioni internazionali, nello scenario internazionale bellico.

3. La partecipazione al conflitto di organizzazioni internazionali

L'analisi degli sviluppi dell'uso della forza nello scenario internazionale non può non concludersi con i dovuti richiami a quelle che sono e sono state le risposte *collettive*

mondiale, ou celles des partisans au cours de la seconde) ; dans d'autres cas les opérations irrégulières sont autonomes, et leur volet armé se limite au terrorisme (secte Aum), à la guérilla (campagne de Che Guevara en Bolivie, 1966-1967) [...] Au-delà des possibles variantes dues à la diversité des situations géopolitiques, ce qu'il convient de retenir sur ce point est que l'irrégularité est une donnée majeure et permanente de la guerre contemporaine, dont le terrorisme n'est qu'une composante parmi d'autres», D. DORY, "Le terrorism et les transformations de la guerre: un état de la question in Guerres mondiales et conflits contemporains", cit., pp. 52-53

¹³² «Calling opponents 'combatants' and declaring the struggle against them 'war' elevates their status above that of mere criminals», M. E. O' CONNELL, "When Is a War Not a War? The Myth of the Global War on Terror in ILSA Journal of International & Comparative Law", cit. p. 538

¹³³ «But re-conceptualizing also involves the tweaking of existing legal paradigms to include or exclude individuals or rights, usually with detrimental results for the protection of individual rights», L. R. BLANK, "The Consequences of a War Paradigms for Counterterrorism: What Impact on Basic Rights and Values in Georgia Law Review", cit., p. 733

¹³⁴ L. R. BLANK, "The Consequences of a War Paradigms for Counterterrorism: What Impact on Basic Rights and Values in Georgia Law Review", cit., p. 726

¹³⁵ L. GASBARRI, "In difesa del Consiglio di sicurezza: violazioni dei diritti umani e lotta al terrorismo", in *La responsabilità degli stati e delle organizzazioni internazionali: nuove fattispecie, problemi di attribuzione e di accertamento*, A. SPAGNOLO, S. SALUZZO (a cura di), Milano, 2017, p. 147. L'Autore continua affermando «la discrezione nell'interpretazione delle funzioni affidate dal Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite è la cartina tornasole dei due volti dell'organizzazione. Da un lato le Nazioni Unite si presentano come uno strumento degli Stati membri, predisposto al fine di coordinare misure in vista del mantenimento della pace. Dall'altro lato, partendo dalla teoria dei poteri impliciti e dall'importanza della prassi, il ruolo dell'istituzione è evoluto al punto di essere considerato come legislatore globale»

che hanno visto l'Italia¹³⁶, così come per altri Stati, in prima fila. Nello specifico è opportuno riflettere brevemente sui tre quadri di riferimento che hanno e continuano maggiormente ad influenzare la politica estera militare italiana, e in generale, del mondo occidentale.

È importante prima di proseguire questo discorso fare una precisazione: finora si è fatto accenno all'art. 51 Carta delle Nazioni Unite quale unica eccezione al divieto dell'uso della forza. Tuttavia, benché non sia stata approfondita nella presente trattazione, risulta essenziale a questo punto dell'analisi introdurre l'altra eccezione riconosciuta al divieto di cui all'art. 2 par. 4 Carta ONU.

Tale eccezione è, per l'appunto, contenuta nello stesso articolo 51 sopra richiamato; l'azione in autotutela riconosciuta agli Stati ha senso di esistere «until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security»¹³⁷.

Per la precisione, «despite persistent weaknesses in multilateral decision-making, the Security Council has primary responsibility for enforcement action to deal with breaches of the peace, threats to the peace, or acts of aggression [...] enforcement action may involve the use of force against a state »¹³⁸. Infatti, oltre a vietare agli Stati un qualsiasi atto di aggressione, il sistema delle Nazioni Unite era stato ideato per individuare un organo garante della conservazione e del mantenimento della pace: tale organo è stato per l'appunto individuato nel Consiglio di sicurezza come esplicitato ex art. 24 par. 1 Carta ONU¹³⁹, le cui decisioni devono essere accettate dagli Stati membri¹⁴⁰.

Ora tralasciando tutti gli aspetti procedurali, di cui sia la Carta che la dottrina hanno dato una ricostruzione più che soddisfacente, è opportuno evidenziare che l'azione di autotutela degli Stati viene prospettata come una soluzione temporanea, in attesa dell'intervento delle Nazioni Unite. Infatti, questo sistema, fin dai suoi albori, demandava una gestione della dimensione conflittuale in comune, rappresentando il *bellum* non più quale strumento di dialettica fra le Nazioni, ma quale patologia per l'intera Comunità internazionale, che quindi si deve attivare per gestirla e sconfiggerla. Infatti, la prassi ha individuato una stretta correlazione tra l'intervento del Consiglio di sicurezza e il concetto stesso di legittima difesa: col sistema delle Nazioni Unite, la legittima difesa non si esaurisce solamente nel diritto di autotutela individuale dello Stato, ma integra anche la cosiddetta 'legittima difesa collettiva' quale risposta congiunta alla violazione del divieto di cui all'art. 2 par. 4 Carta.

È celebre il caso della risposta all'Iraq a seguito dell'invasione del Kuwait nel 1990, e da allora la stessa legittima difesa collettiva è stata più volte invocata dagli stessi Stati: si pensi alla richiesta d'intervento inglese al Consiglio di sicurezza per eliminare le minacce poste in essere dal Daesh¹⁴¹.

¹³⁶ Si pensi che già dal 1943 era chiaro che le «Nazioni Unite avrebbero organizzato 'la più grande azione collettiva di assistenza registrata dalla storia' e [avrebbero] sosten[uto] che i programmi umanitari avrebbero dovuto rappresentare la premessa per una cooperazione permanente fra gli Stati, anche sul piano politico ed economico», SALVATICI S., «Trent'anni di umanitarismo internazionale», in *Ricerche di storia politica*, cit., p. 186

¹³⁷ Art. 51 Carta ONU

¹³⁸ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, cit., p. 971

¹³⁹ L'art. 24 par. 1 consacra il ruolo di sorveglianza del Consiglio di sicurezza in termini chiari e concisi: «In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf»

¹⁴⁰ L'art. 25 Carta ONU recita «The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter»

¹⁴¹ Resolution 2249 (2015) Adopted by the Security Council at its 7565th meeting, on 20 November 2015

Tuttavia, ancorché il ruolo del Consiglio di sicurezza sia stato riscoperto dopo il letargo della Guerra Fredda negli anni Novanta del secolo scorso, lo stesso a dir il vero presenta ancora importanti manchevolezze e inefficienze: senza doversi addentrare e richiamare la questione della fallita costituzione di un esercito delle Nazioni Unite, non si può non ignorare che l'esercizio del potere di veto da parte dei membri permanenti e l'indifferenza al sistema che ha spesso caratterizzato il comportamento di alcune delle più importanti Potenze¹⁴², ha di fatto nociuto all'ottemperanza e al compimento delle norme della Carta ONU *in subjecta materia*¹⁴³. Si pensi, quale esempio lampante e più recente del fallimento del sistema di legittima difesa collettiva rispetto a quanto successo nel continente europeo: il meccanismo di difesa collettiva è stato facilmente bloccato dal voto del paese aggressore, eliminando una qualsiasi possibilità di intervento¹⁴⁴.

Sorvolando sulle criticità e le problematiche dell'impianto delle Nazioni Unite, da tempo segnalate in dottrina, ciò che rileva ai fini della presente dissertazione è dare rilievo alla gestione armata unita alla crisi internazionale. Infatti, con l'avvento del sistema Nazioni Unite, la narrativa della guerra quale strumento di *policy* esclusivo nazionale viene superata, almeno teoricamente, non solo dalla sottrazione della disponibilità del mezzo bellico per il raggiungimento dei propri interessi, ma anche nella conduzione delle ostilità secondo una contrapposizione di Potenze autonome e indipendenti le une dalle altre.

Si perde in tal senso uno dei postulati principali dell'impianto internazionale di Westphalia: ad oggi il *bellum* rifugge l'associazione con lo Stato, la cui essenza esecra l'utilizzabilità della guerra quale mezzo per il raggiungimento delle proprie finalità.

In un tale scenario il conflitto russo-ucraino sembra essere l'anormalità, un ritorno atipico ed eccezionale ad una gestione delle ostilità che vede una contrapposizione ristretta delle Potenze coinvolte, seppur con gli aiuti delle potenze occidentali nel caso ucraino.

Tale coordinazione congiunta nella gestione delle crisi internazionali tramite l'azione militare delle Potenze è ormai un fenomeno diffuso¹⁴⁵ nella Comunità internazionale; in particolare, alla luce sia della rilevanza per l'Italia che in generale per il mondo intero, è esemplare la questione NATO. Nello specifico, nel capitolo precedente si è detto che l'adesione all'alleanza atlantica si debba conformare ai principi delle Nazioni Unite, fra cui il divieto dell'uso della forza. Tuttavia, nel corso degli ultimi anni il Consiglio d'Atlantico ha elaborato la Nuova e la Nuovissima dottrina strategica, la quale ha lasciato aperta la possibilità di un intervento della NATO non

¹⁴² Si pensi al comportamento anglo-americano in occasione della guerra in Iraq del 2003

¹⁴³ In merito alle conseguenze che tale sistema ha avuto sulla Repubblica si rimanda al seguente breve approfondimento: A. LIGUSTRO, "Sessant'anni dell'Italia all'ONU: per una celebrazione senza retorica", in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2016, pp. 3-10. Nello specifico «il protagonismo del Consiglio venne però a scontrarsi, già a partire dalla fine degli anni Novanta, e soprattutto nel decennio successivo, con il riemergere di forti contrasti tra i suoi Membri permanenti che, di nuovo, gli impedirono di intervenire coercitivamente in occasione di gravi crisi internazionali. Parallelamente, si è affermato e si è diffuso in questa terza fase, tuttora perdurante, il fenomeno degli interventi militari messi in atto unilateralmente dagli Stati, senza l'autorizzazione del Consiglio di sicurezza, spesso in condizioni e con modalità di dubbia liceità, come nel caso dell'intervento anglo-americano, decisamente illecito, realizzato in Iraq a partire dal 2003», *id.*, p. 6

¹⁴⁴ Per approfondimento, S. SALUZZO, "Non belligeranza e legittima difesa collettiva nel contesto del conflitto tra Russia e Ucraina" in *Costituzionalismo.it* 2024, pp. 46 ss.

¹⁴⁵ In generale sul ruolo delle organizzazioni internazionali nel contesto internazionale, L. POLI, *La responsabilità di proteggere e il ruolo delle organizzazioni internazionali regionali. Nuove prospettive dal continente africano*, Napoli, 2011

autorizzato dal Consiglio di sicurezza¹⁴⁶. In tal senso, l'intervento in Kosovo ha evidenziato le problematiche relazioni tra Consiglio di sicurezza e Organizzazione nordatlantica. Non solo, a seguito degli attentati dell'11 settembre, la stessa dottrina della legittima difesa collettiva di cui all'art. 5 Trattato NATO, è stata invocata dagli Stati Uniti a giustificazione di una reazione armata collettiva in Iraq e Afghanistan. Tali missioni hanno avuto un grande impatto per quanto riguarda la politica estera italiana di quegli anni, e nuove missioni continuano ad impegnare la Repubblica ancora ad oggi¹⁴⁷.

Oltre all'alleanza atlantica, l'Italia, come in generale le altre Potenze europee, aderisce anche al sistema dell'Unione europea. Sebbene fosse nata come accordo di tipo economico-commerciale, col tempo la Comunità europea (ad oggi Unione europea) ha integrato altri aspetti politico-giuridici¹⁴⁸: in particolare gli articoli 42 (ex art. 17)¹⁴⁹ e ss. sono indirizzati alla regolamentazione del secondo pilastro UE, vale a dire la politica estera e sicurezza comune (PESC). In particolare è importante notare come l'attività dell'UE in questo ramo sia di competenza del Consiglio europeo¹⁵⁰ e sia da conciliarsi con gli altri impegni internazionali, quali gli obblighi derivanti dall'adesione alla NATO¹⁵¹. In particolare, tale pilastro impegna attivamente gli Stati membri, fra cui configura l'Italia, e li obbliga a contribuire con le proprie risorse civili e militari e a migliorare progressivamente le proprie capacità militari¹⁵².

La gestione operativa delle missioni prese sotto il quadro della PESC è condotta

¹⁴⁶ C. FIORAVANTI, "Terrorismo internazionale e uso della forza armata", in *Quaderni costituzionali* 2002, pp. 75-77

¹⁴⁷ In passato, dopo le missioni ONU, le missioni nel quadro dell'alleanza nordatlantica hanno costituito un importante assetto per le missioni internazionali. Ancora ad oggi sono diverse le missioni italiane per l'ONU: Bosnia Erzegovina – NATO HQ Sarajevo, Mar Mediterraneo – Sea Guardian, Iraq – NATO Mission Iraq, Polonia – Air Policing, Kosovo – KFOR – Joint Enterprise, Serbia – NATO Military Liaison Office Belgrade, NATO Multinational Battle Group Lettonia – Operazione "Baltic Guardian", Mar Mediterraneo – NATO Standing Naval Forces, NATO Multinational Battle Group Bulgaria, NATO Multinational Battle Group Ungheria (disponibile su www.difesa.it/operazioni/militari)

¹⁴⁸ Per un *excursus* storico-istituzionale della PESC si rimanda a A. SPAGNOLO, "Le operazioni militari dell'Unione europea come strumento per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale", in *Coesione interna e sicurezza internazionale. Quali sfide per la pace europea?*, E. CASTELLI (a cura di), Napoli, 2023, p. 155-159

¹⁴⁹ Art. 42 par. 1 TUE «la politica di sicurezza e di difesa comune costituisce parte integrante della politica estera e di sicurezza comune. Essa assicura che l'Unione disponga di una capacità operativa ricorrendo a mezzi civili e militari. L'Unione può avvalersi di tali mezzi in missioni al suo esterno per garantire il mantenimento della pace, la prevenzione dei conflitti e il rafforzamento della sicurezza internazionale, conformemente ai principi della Carta delle Nazioni Unite. L'esecuzione di tali compiti si basa sulle capacità fornite dagli Stati membri»

¹⁵⁰ Art. 42 par. 2 TUE «la politica di sicurezza e di difesa comune comprende la graduale definizione di una politica di difesa comune dell'Unione. Questa condurrà a una difesa comune quando il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità, avrà così deciso. In questo caso, il Consiglio europeo raccomanda agli Stati membri di adottare una decisione in tal senso conformemente alle rispettive norme costituzionali. La politica dell'Unione a norma della presente sezione non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri, rispetta gli obblighi di alcuni Stati membri, i quali ritengono che la loro difesa comune si realizzi tramite l'Organizzazione del trattato del NordAtlantico (NATO), nell'ambito del trattato dell'Atlantico del Nord, ed è compatibile con la politica di sicurezza e di difesa comune adottata in tale contesto»

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Art. 42 par. 3 TUE «gli Stati membri mettono a disposizione dell'Unione, per l'attuazione della politica di sicurezza e di difesa comune, capacità civili e militari per contribuire al conseguimento degli obiettivi definiti dal Consiglio. Gli Stati membri che costituiscono tra loro forze multinazionali possono mettere anche tali forze a disposizione della politica di sicurezza e di difesa comune. Gli Stati membri s'impegnano a migliorare progressivamente le loro capacità militari. L'Agenzia nel settore dello sviluppo delle capacità di difesa, della ricerca, dell'acquisizione e degli armamenti (in appresso denominata «Agenzia europea per la difesa») individua le esigenze operative, promuove misure per rispondere a queste, contribuisce a individuare e, se del caso, mettere in atto qualsiasi misura utile a rafforzare la base industriale e tecnologica del settore della difesa, partecipa alla definizione di una politica europea delle capacità e degli armamenti, e assiste il Consiglio nella valutazione del miglioramento delle capacità militari»

congiuntamente dall'Alto Rappresentante¹⁵³, che agisce sotto l'autorità e la responsabilità del Consiglio europeo, e il Comitato politico e di sicurezza (CPS¹⁵⁴), organismo permanente di cui fanno parte ambasciatori e alti funzionari degli Stati membri e un rappresentante della Commissione europea.

Ora tralasciando le regole procedurali con cui tali missioni vengono decise e condotte¹⁵⁵, bisogna chiedersi quali siano le implicazioni di diritto internazionale di tali interventi. Infatti, «in generale, sembra possibile affermare che l'UE cerchi costantemente di fondare la legittimità internazionale delle proprie operazioni militari alla Carta delle Nazioni Unite, conformemente, peraltro, al dettato normativo del TUE»¹⁵⁶.

Così come per la NATO, il rispetto delle procedure e delle regole delle Nazioni Unite rimangono fondamentali: almeno sulla carta, il compito di regolamentare l'uso della forza nello scenario internazionale è nelle mani del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Tuttavia, la prassi ha smentito, così come per la NATO, l'ossequio al ruolo del Consiglio di sicurezza: si pensi alla prima grande missione *Concordia* la quale è stata istituita e gestita senza alcuna autorizzazione preventiva. Anche successivamente, le missioni UE condotte presentano degli aspetti interessanti: si pensi alla missione *Athena* che non ha avuto alcuna approvazione diretta del Consiglio di sicurezza, ma ha fondato la sua legittimità sull'autorizzazione concessa per la missione NATO *SFOR* o la missione *EUNAVFOR Med* iniziata senza alcuna autorizzazione da parte delle Nazioni Unite¹⁵⁷.

L'irregolarità della situazione ha suscitato delle perplessità; in riferimento alla missione *Athena*, invero, lo stesso Consiglio di sicurezza si è espresso concedendo un'autorizzazione 'ex post' ed 'expressis verbis' (confermando quanto fosse irregolare la situazione) con la risoluzione S/RES/1575 (2004)¹⁵⁸.

In generale, l'intervento delle organizzazioni internazionali nella gestione delle crisi internazionali evidenziano due nuove tendenze: da un lato una partecipazione sempre maggiore delle organizzazioni internazionali e una sostituzione agli stessi quali soggetti attivi e decisionali, dall'altro un uso della forza da parte delle stesse che spesso si svincola dai limiti imposti dalle Nazioni Unite.

La gestione militare delle missioni da parte delle organizzazioni internazionali apre inoltre altri scenari per quanto riguarda le conseguenze sul diritto nazionale, su cui conviene fare una riflessione a conclusione dell'analisi del modello costituzionale dello stato di guerra.

¹⁵³ Art. 18 par. 2 TUE «l'alto rappresentante guida la politica estera e di sicurezza comune dell'Unione. Contribuisce con le sue proposte all'elaborazione di detta politica e la attua in qualità di mandatario del Consiglio. Egli agisce allo stesso modo per quanto riguarda la politica di sicurezza e di difesa comune»

¹⁵⁴ Art. 38 TUE «fatto salvo l'articolo 240 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, un comitato politico e di sicurezza controlla la situazione internazionale nei settori che rientrano nella politica estera e di sicurezza comune e contribuisce a definire le politiche formulando pareri per il Consiglio, a richiesta di questo, dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza o di propria iniziativa. Esso controlla altresì l'attuazione delle politiche concordate, fatte salve le competenze dell'alto rappresentante. Nel quadro del presente capo, il comitato politico e di sicurezza esercita, sotto la responsabilità del Consiglio e dell'alto rappresentante, il controllo politico e la direzione strategica delle operazioni di gestione delle crisi previste all'articolo 43. Ai fini di un'operazione di gestione delle crisi e per la durata della stessa, quali sono determinate dal Consiglio, quest'ultimo può autorizzare il comitato a prendere le decisioni appropriate in merito al controllo politico e alla direzione strategica dell'operazione»

¹⁵⁵ A. SPAGNOLO, "Le operazioni militari dell'Unione europea come strumento per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale in Coesione interna e sicurezza internazionale. Quali sfide per la pace europea?", cit., p. 160-162

¹⁵⁶ *Id.*, p. 163

¹⁵⁷ Cfr. *Id.*, p. 164

¹⁵⁸ Cfr. *Ibid.*

CAPITOLO SESTO

LA NECESSITA' DI RIFORMA COSTITUZIONALE DELL'ARTICOLO 78 COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. La pratica recente: la mancata attivazione dell'art. 78 – 2. L'adozione della legge 145 del 2016: una sistemazione organica delle missioni militari italiane all'estero? – 3. La necessità di previsioni di stati emergenziali in Costituzione

1. La pratica recente: la mancata attivazione dell'art. 78

Come analizzato nel capitolo precedente, l'uso della forza a seguito della fine della Guerra Fredda e della lotta al terrorismo ha determinato delle evoluzioni non trascurabili nello scenario internazionale contemporaneo portando a domandarsi quali possano essere le conseguenze o le implicazioni dal profilo nazionale nell'ordinamento costituzionale interno.

Lo stato di guerra, invero, ha rappresentato il momento di congiunzione tra dimensione fenomenica e dimensione giuridica del *bellum*, la concretizzazione più piena e realizzata dell'istituto della guerra-diritto nel diritto costituzionale. Ovviamente, senza troppo bisogno di ritornare sul punto, la formalizzazione di tale istituto rimandava senz'altro ad un concetto di guerra specifico nel diritto internazionale, concetto che oggi in gran parte è diventato obsoleto e incompleto nell'integrazione di tutti i nuovi sviluppi del ricorso e nella gestione dell'uso della forza nello scenario internazionale.

Si riscontra, ormai irrimediabilmente, una retrocessione nel diritto internazionale nella trattazione e regolamentazione del fenomeno bellico quale istituto giuridico analogo nel contesto sovranazionale: laddove con la Carta delle Nazioni e le Convenzioni di Ginevra le varie legislazioni avevano cercato di iscrivere la dimensione bellica negli schemi della logica giuridica della guerra-diritto, sottraendola ad una mera dialettica politica tra le Potenze e cercando di esautorare la guerra della discrezionalità e illimitatezza tipica di tale prospettiva, la nuova gestione delle crisi internazionali sembra cancellare tali sforzi.

L'uso della forza spesso non regolato in tale scenario internazionale porta a chiedersi se la dimensione fattuale della guerra non abbia ormai preso il sopravvento nello scenario internazionale, ripercuotendosi anche sull'istituto costituzionale di cui all'art. 78 Costituzione.

La prassi recente degli ultimi decenni non può che consacrare che tale nuova realtà ha *de facto* impossibilitato l'attivazione e l'attuazione del modello costituzionale dello stato di guerra. L'istituto consacrato nella norma fondamentale ovviamente si rifaceva all'idea di *bellum* quale fenomeno prima, poi istituto di diritto, dell'ordine di Westphalia: con la caduta di tale ordine e le recenti evoluzioni la realizzabilità di tale istituto è divenuta impraticabile. La consapevolezza della discrasia tra ordine mondiale precedente e odierno si è tradotta anche nel diritto nazionale: a fronte delle operazioni intraprese dalla Repubblica, le soluzioni prospettate hanno finito per evidenziare il superamento del precedente paradigma bellico nella Comunità

Internazionale, nonché definitivo allontanamento dal modello ex art. 78 Cost.

In particolare, nel corso dei decenni gli interventi legislativi, di cui il più recente e importante nel 2016, sono stati messi in atto sia a disciplinare questa nuova realtà che a colmare il vuoto normativo resosi evidente dal mancato ricorso allo stato di guerra. Difatti, laddove il dettato costituzionale ha fallito nel prospettare uno schema riproponibile anche settant'anni dopo la sua consacrazione, il Legislatore, più sensibile alle nuove esigenze normative, ha adottato la legge del 21 luglio 2016 n. 145 (Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali), entrata in vigore il 31 dicembre dello stesso anno e volta a regolamentare in maniera compiuta e generalizzata la nuova politica estera adottata dalla Repubblica. In generale tale intervento legislativo consacra quella che era stata la prassi governativa di gestione delle missioni internazionali implicanti l'uso della forza: a seguito della legge 25/1997¹, già oggetto di una breve analisi nel secondo capitolo², la gestione della difesa e delle Forze Armate è divenuta strettamente dipendente alla direzione dell'Esecutivo. L'esaltazione, da un lato del ruolo del Consiglio supremo di difesa e la direzione esclusivamente governativa dello stesso, e dall'altro lato il profilarsi delle crisi internazionali quali eventi straordinari e urgenti da affrontare tempestivamente, hanno comportato una pericolosa abitudine del Governo di avvalersi dei decreti-legge ex art. 77 Cost. per avviare il dispiegamento di truppe e risorse per poi, successivamente e in separata sede, demandare alle Camere la 'legalizzazione' di tale operato³.

Invero, prima di questa legge, l'approccio del Parlamento era specifico alla singola missione da adottare e le disposizioni erano limitate al quadro per cui veniva richiesta la mobilitazione delle Forze Armate. La legge del 2016 abbandona questo metodo induttivo a fronte di un approccio deduttivo, disciplinando in maniera completa l'intero iter decisionale e procedurale d'avvio delle missioni all'estero: la nuova disciplina, sulla scia della pratica recente, ha ridisegnato un nuovo modello su cui converrà soffermarsi per comprendere quali siano le differenze rispetto al modello ex art. 78 Costituzione.

2. L'adozione della legge 145 del 2016: una sistemazione organica delle missioni militari italiane all'estero?

L'adozione di tale legge è stata lungamente attesa, dopo le calorose sollecitazioni in letteratura⁴ in materia: invero, mancava una disciplina completa per quanto riguardasse l'iter procedurale e le regole da applicarsi in materia di missioni militari internazionali. Il tentativo di regolare il fenomeno in precedenza risultava insufficiente e inadeguato; invero, la risoluzione parlamentare della Camera dei

¹ Per un approfondimento, P. BONETTI, *Ordinamento della difesa nazionale e Costituzione italiana*, Milano, 2000

² Si veda l'analisi circa i rapporti tra Governo e Presidente della Repubblica in materia di difesa e direzione delle forze armate

³ In generale, G. DE VERGOTTINI, "Il crescente uso della forza: riflessi costituzionali in Associazione italiana dei costituzionalisti", cit. O ancora, M. BENVENUTI, "Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni in Osservatorio costituzionale", cit., p. 4 ss. Infine, G. DE VERGOTTINI, "Nuovi profili della guerra e rapporti parlamento-governo in Rivista di Studi Politici Internazionali", cit., 381-399 e *id.*, "La persistenza della guerra e il diritto costituzionale in Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)", cit., p. 14

⁴ P. CARNEVALE, "Emergenza bellica, guerra al terrorismo e forma di governo", in *Democrazia e terrorismo*, T. GROPPi (a cura di), Napoli, 2006, pp. 103-104. O ancora, F. LONGO, *L'Italia e la guerra*, in *Vent'anni di Costituzione*, a cura di S. SICARDI, M. CAVINO, L. IMARISIO (a cura di), Bologna, 2015, p. 755 ss.

deputati del 16 gennaio 2001, «intesa a delineare – ma non già a disciplinare, visto il valore meramente politico-documentale dell’atto di riferimento»⁵, non aveva né la forma o l’efficacia della legge né alcuna capacità effettiva di istituire un procedimento che potesse spezzare la catena senza fine dei decreti-legge che fino ad allora erano «volti a disciplinare in maniera iterativa e seriale, ancorché con cadenza irregolare e talora anche a *posteriori*, i profili finanziari e amministrativi [...] della partecipazione dell’Italia alle missioni internazionali»⁶.

Precisamente, alla luce dell’inadeguatezza e inadattabilità del modello costituzionale di cui all’art. 78 Costituzione alle nuove crisi istituzionali e in virtù dell’incompatibilità fra stato di guerra e uso della forza odierno, l’art. 1 della sopra menzionata legge esplicita l’ambito di applicazione della disciplina ponendo due limiti: l’impiego delle Forze Armate è subordinato al rispetto del principio assiologico di cui all’art. 11 Costituzione e si attiva al di fuori dei casi previsti ex art. 78 e 87 co. 9⁷. Da questo primo articolo sono chiari due aspetti importanti.

Innanzitutto, il richiamo al principio di ripudio della guerra riconferma ancora una volta l’importanza ordinamentale dell’articolo 11 nella direzione e nell’indirizzo della politica estera italiana, il *fil rouge* tra attività bellica e impegni costituzionali: benché la narrazione politica si astenga dall’equiparare le operazioni internazionali alla guerra internazionale tradizionale, la lettura della suddetta disposizione costituzionale continua a rappresentare un principio fondamentale della Repubblica e deve essere letto in modo da integrare qualsiasi uso della forza. Tra l’altro lo stesso Legislatore sembra spesso discordante sul punto, spiegabile solo dalla paura che tali crisi internazionali potessero dare avvio ad una stagione governo-centrica⁸: si pensi alla legge 27 febbraio 2002, n. 15 che all’art. 2⁹ «ha dato del concetto di conflitto armato una definizione che non si allontana da quella di guerra internazionale», modificando l’art. 165 cod. pen. mil. guerra¹⁰.

⁵ M. BENVENUTI, “Luci ed ombre della l. n. 145/2016 in tema di partecipazione dell’Italia alle missioni internazionali. Una prima lettura”, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti* 2017, p. 1-55

⁶ *Id.*, p. 2

⁷ Art. 1 co. 1-2 l. 145/2016 «Al di fuori dei casi di cui agli articoli 78 e 87, nono comma, della Costituzione, la partecipazione delle Forze armate, delle Forze di polizia ad ordinamento militare o civile e dei corpi civili di pace a missioni internazionali istituite nell’ambito dell’Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) o di altre organizzazioni internazionali cui l’Italia appartiene o comunque istituite in conformità al diritto internazionale, comprese le operazioni militari e le missioni civili di polizia e per lo Stato di diritto dell’Unione europea, nonché a missioni finalizzate ad eccezionali interventi umanitari, è consentita, in conformità a quanto disposto dalla presente legge, a condizione che avvenga nel rispetto dei principi di cui all’articolo 11 della Costituzione, del diritto internazionale generale, del diritto internazionale dei diritti umani, del diritto internazionale umanitario e del diritto penale internazionale.

2. Rientra nell’ambito di applicazione della presente legge l’invio di personale e di assetti, civili e militari, fuori del territorio nazionale, che avvenga secondo i termini della legalità internazionale, delle disposizioni e delle finalità costituzionali, in ottemperanza agli obblighi di alleanze o ad accordi internazionali o intergovernativi, o per eccezionali interventi umanitari»

⁸ «Il pericolo che si promuova una stagione governo-centrica ha fatto optare per un’interpretazione neutralizzante dell’art. 78, che finisce per operare solo in caso di guerra sul proprio territorio, tenendo fuori le operazioni militari, che guerra non sono, ma qualificate con l’ibrida espressione di atti di natura sub-bellica, acquisiti *ex lege* ai presupposti di necessità e di urgenza di cui all’art. 77», G. DE MINICO, “Una pace mai cercata davvero in Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)”, cit., p. 67

⁹ DE VERGOTTINI G., “Il crescente uso della forza: riflessi costituzionali in Associazione italiana dei costituzionalisti”, cit.

¹⁰ «Ai fini della legge penale militare di guerra, per conflitto armato si intende il conflitto in cui una almeno delle parti fa uso militarmente organizzato e prolungato delle armi nei confronti di un’altra per lo svolgimento di azioni belliche». L’individuazione delle missioni nel paradigma della guerra costituzionale ex art. 78 ha impegnato per molto tempo la dottrina, in particolare in riferimento all’applicazione dell’art. 103 Cost. per i soldati impegnati all’estero. Per questo motivo, si sono avanzate sia critiche che proposte di riforma: C. F. FERRAJOLI, “La proposta governativa di un codice penale delle missioni militari all’estero”, in *Associazione Italiana dei*

Riportando alla mente quanto detto nel terzo capitolo, la rilevanza dello spirito pacifista dell'ordinamento repubblica sopravvive, almeno sulla carta¹¹ in qualsiasi caso in cui siano dispiegate le Forze Armate al di fuori dei confini della Repubblica e, più in generale, nelle relazioni internazionali. L'azione militare estera, inoltre, ai sensi dell'art. 10 Cost. si conforma al diritto internazionale pubblico e umanitario¹², sposando in generale il principio di divieto del ricorso all'uso della forza ex art. 2 (4) Carta delle Nazioni Unite.

Altro punto degno di nota riguarda la modalità con cui il Legislatore ha deciso di affrontare i nuovi scenari politico-militari che vedono impegnata la Repubblica: la nuova disciplina nel vuoto normativo lasciato dal tradizionale 'stato di guerra'.

Sopravvive la disciplina costituzionale degli articoli 78 e 87 co. 9, optando la nuova procedura per la proposizione di un modello alternativo di accompagnamento alla stessa. La scelta del Legislatore di disporre di una diversa procedura nella gestione delle crisi internazionali e nell'adempimento degli obblighi derivanti dalle organizzazioni di cui l'Italia fa parte non fa altro che ritardare ancora una volta una riforma, preferendo adottare quello che viene definito l'eterno argomento dell'accanto¹³ piuttosto che della sostituzione. Ovviamente, oltre a ciò, bisogna evidenziare la paura del Parlamento di eventuali *détournements* della disciplina¹⁴: benché la precedente usanza governativa presentasse diversi dubbi di costituzionalità, una gestione di tal genere rispondeva spesso alle necessità di celerità e immediatezza, rendendo il dispiegamento delle risorse e delle Forze Armate tempestivo a differenza di una possibile regolamentazione legislativa delle Camere.

Ad ogni modo, la presente normativa evidenzia un nuovo approccio alla dialettica in bianco e nero prospettata dal precedente modello costituzionale: la netta contrapposizione tra ordinamento di pace ed ordinamento di guerra non è più soddisfacente nel cogliere le nuove sfumature del rapporto tra politica e forza, offrendo di conseguenza un paradigma capace di cogliere le nuove sfumature del

Costituzionalisti 2011; G. DE VERGOTTINI, "Giurisdizione militare: la crisi della specialità", in *Quaderni costituzionali*, cit., p. 364-367; *Id.*, "Un nuovo codice penale per le missioni militari", in *Quaderni costituzionali*, cit., p. 107-110. Infine, C. DE FIORES, "La revisione dei codici militari: una riforma per la guerra", in *Costituzionalismo.it* 2004, p. 1-6

¹¹ Sulla legittimità o meno di tali missioni si è già discusso nel capitolo precedente. Ciononostante, il Consiglio di Stato si è espresso nel ritenere che il rispetto dell'art. 11 Cost. sia sempre ripreso in materia in quanto «tutte le missioni di militari italiani all'estero sono, in un certo senso, 'missioni di pace'», Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 19 gennaio 2012, n. 240. Una tale impostazione, laddove adottata senza remore, potrebbe risultare rischiosa in quanto giustificherebbe un qualsiasi intervento armato nel quadro delle missioni armate compromettendo l'osservanza del principio di ripudio della guerra

¹² «Il riferimento all'art. 11 è chiaro. La disposizione costituzionale vieta la guerra d'aggressione, ma non, giova ripeterlo, una guerra in legittima difesa, sia che si tratti di difendere il territorio nazionale, sia che si tratti di intervenire in soccorso di uno Stato aggredito. L'art. 11 fa divieto all'Italia di partecipare ad alleanze aggressive. Ma tale non è la NATO, anche alla luce di una pronuncia della Corte di cassazione, ormai datata, ma sempre valida. Stesse considerazioni valgono per le «missioni non art. 5», che per espressa menzione del documento istitutivo debbono avvenire in conformità al diritto internazionale. Nel caso concreto è escluso qualsiasi intento aggressivo, essendo ormai il divieto di aggressione sancito dal diritto internazionale generale e in particolare da una norma avente natura di *ius cogens*. Un'ulteriore garanzia è offerta dal fatto che le missioni devono avvenire nel rispetto del diritto internazionale generale. Le relative norme sono immesse nel nostro ordinamento tramite l'art. 10, 1° comma, Cost., incluse quelle che vietano o autorizzano l'uso della forza [...] In tal caso non resta che apporre dei caveat, con cui si dichiara espressamente la volontà di non partecipare ad operazioni che possano far incorrere lo Stato italiano in responsabilità internazionale e coinvolgere la responsabilità penale dei singoli partecipanti», N. RONZITTI, "La legge italiana sulle missioni internazionali", in *Rivista di Diritto internazionale* 2017, pp. 478-479

¹³ M. DOGLIANI, "Il divieto costituzionale della guerra", in *La ricerca dell'ordine perduto*, M. DOGLIANI (a cura di), Bologna, 2015, p. 464.

¹⁴ M. BENVENUTI, "Luci ed ombre della l. n. 145/2016 in tema di partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali. Una prima lettura in Associazione italiana dei Costituzionalisti", cit., p. 9

fenomeno bellico e valido per la sua disciplina¹⁵.

La nuova legge prosegue poi nel delineare la nuova procedura di deliberazione e autorizzazione alle missioni internazionali.

Nello specifico, il nuovo iter procedurale viene descritto negli articoli 2-3-4 della presente legge. Ai sensi dell'art. 2, la competenza della deliberazione sulla partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali è riconosciuta in seno al Consiglio dei ministri, quindi una prerogativa meramente dell'Esecutivo per cui viene solo richiesta la previa comunicazione della deliberazione al Presidente della Repubblica e, qualora se ne ravvisi la necessità, al Consiglio supremo di difesa¹⁶. Segue poi la trasmissione dei provvedimenti di indirizzo alle Camere, le quali debbono pronunciarsi tempestivamente sugli stessi. Il coinvolgimento delle Camere non si esaurisce qua; ai sensi dell'art. 3, il Governo ha l'obbligo di presentare una relazione analitica¹⁷ sulle missioni in corso, demandandone, ove necessario, anche la proroga¹⁸ per l'anno successivo entro il 31 dicembre di ogni anno.

In merito alla nuova procedura di deliberazione e autorizzazione bisogna senz'altro fare le dovute precisazioni e discussioni. Tralasciando la questione del rapporto tra Consiglio dei ministri e Presidente della Repubblica, di cui si è già parlato nel capitolo Terzo, rileva sottolineare che la nuova disciplina è chiaramente volta a formalizzare un iter procedimentale circa l'avvio delle missioni internazionali per cui venga chiesta espressamente un'autorizzazione *ex ante* prima di procedere.

Innanzitutto, è opportuno soffermarsi sul ruolo del Parlamento e fare un confronto rispetto a quanto previsto dall'art. 78 Cost.

Questa disposizione costituzionale nobilita il compito del Legislativo nella scelta di entrare o meno in guerra, riconoscendo propriamente il fenomeno bellico quale manifestazione di volontà dello Stato-Comunità¹⁹. Per quanto riguarda la partecipazione alle missioni internazionali, invece, spetta al Governo la deliberazione sulle stesse e il ruolo del Parlamento è successivo, potendo quest'ultimo autorizzare o meno la missione.

In tal senso le Camere sono esautorate della esclusività della decisione loro spettante in caso di deliberazione dello stato di guerra. Questa nuova impostazione denota una concezione diversa tra guerra internazionale e operazione militare all'estero su cui merita riflettere. Seppur tale distinzione, apparentemente innocua, parrebbe essere

¹⁵ «Provando allora a dissodare tale prospettiva, il sintagma “missioni internazionali” risulta suscettibile di qualificazione sia in negativo sia in positivo. In negativo, l'unico ambito esplicitamente escluso dall'orizzonte applicativo della l. n. 145/2016 è proprio lo “stato di guerra” deliberato dalle Camere (art. 78 Cost.) e dichiarato dal Presidente della Repubblica (art. 87, co. 9, Cost.), il quale pertanto riemerge in un testo legislativo ordinario, seppur per esclusione, contro ogni sua pretesa e ricorrente decostituzionalizzazione. Ciò vale come riaffermazione, oggi come ieri e come domani, della centralità per il nostro ordinamento giuridico della massima “inter pacem et bellum nihil medium [est]”, la quale, da Cicerone a H. Grotius, ha informato tutta la riflessione filosofico-politica e giuridico-pubblicistica sin dall'antichità, con la precipua finalità di evitare ambigue e pericolose situazioni interstiziali, nonché il conseguente dilatamento del margine di manovra da parte di coloro che detengono in un determinato frangente storico il potere politico», *ibid.*

¹⁶ «Il Consiglio si riunisce almeno due volte all'anno. È inoltre convocato, tutte le volte che se ne ravvisi la necessità, dal Presidente della Repubblica, di propria iniziativa o su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri», Art. 8 d. lgs. 66/2010

¹⁷ Su proposta Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale assieme al Ministro della difesa con il Ministro dell'interno per la parte di competenza e con il Ministro dell'economia e delle finanze

¹⁸ «Tra l'altro, la nuova legge elimina, salvo quanto si dirà, la necessità del combinato disposto di un provvedimento per l'avvio della missione e di provvedimenti successivi, adottati a cadenza semestrale (o annuale) con decreto-legge, per la sua continuazione anche e soprattutto ai fini del finanziamento. Si consideri altresì che finora l'approvazione per la continuazione della missione avveniva in blocco, poiché riguardava, di regola, non una singola missione, ma tutte le missioni in corso a partecipazione italiana» N. RONZITTI, “La legge italiana sulle missioni internazionali in Rivista di Diritto internazionale”, cit., p. 475

¹⁹ Per maggiori precisazioni si rimanda a quanto detto nei Capitoli Primo e Secondo

più propriamente individuata dal diritto nazionale piuttosto che riflettere lo *status quo* del diritto internazionale o avere ripercussioni nella Comunità internazionale, la nuova disciplina non è esente da critiche²⁰.

Nel capitolo precedente l'analisi delle nuove evoluzioni dell'uso della forza nello scenario internazionale ha confermato un allontanamento sempre più evidente tra guerra-istituto e uso della forza-odierno. Laddove in realtà, come già evidenziato, il diritto internazionale propone una definizione più ampia di *bellum* rispetto al diritto costituzionale italiano, ponendo al centro di tutto il sistema speciale di *ius belli* la nozione di *armed conflict* piuttosto che guerra-stato di guerra, il diritto costituzionale limita l'ambito di applicazione dell'ordinamento costituzionale bellico alla sola ipotesi di guerra-diritto: in virtù delle riflessioni fatte nel capitolo Quinto è naturale e lecito chiedersi quanto tale distinzione abbia ragione di esistere²¹. Invero, l'uso della forza nello scenario internazionale ha oramai assunto nuove sfumature, determinando un superamento del modello della dimensione bellica antecedente, facendo dunque sorgere interrogativi sulla necessità di attribuire un nuovo significato alla disposizione costituzionale oggetto di trattazione o sulla inevitabile esigenza di dotarsi di una nuova regolamentazione (di natura costituzionale o legislativa?) *in subiecta materia*.

Nondimeno, è innegabile riconoscere un altro aspetto importante, una peculiarità per cui la scelta del Legislatore in realtà si ascrive nelle recenti tendenze delle politiche nazionali di alleggerire e sveltire le procedure decisionali²² delle nuove missioni internazionali e in generale nella gestione delle crisi emergenziali. Il riconoscimento della competenza deliberativa all'Esecutivo, quale organo collegiale ovvero organo di indirizzo politico, rappresenterebbe la soluzione migliore: tale impostazione è da tempo corroborata dalla dottrina²³ e dalla prassi²⁴, giungendo addirittura ad

²⁰ «Come diremo, fino al 2016 il procedimento legislativo di impegno è stato farraginoso, poco trasparente, e comunque senza previa determinazione legislativa di stringenti, opportune procedure per un congruo e vincolante esame *parlamentare* di fatto e di diritto sul merito della missione, mentre ora si chiarisce lievemente meglio il da farsi quando si tratti di impegni della forza armata ritenuti estranei alla fattispecie classica dello 'stato di guerra', e estranei al concetto tradizionale di guerra internazionale», S. RIONDATO, «Missioni militari internazionali italiane c.d. di pace all'estero. Novità giuspenalistiche nella legge di riforma 21 luglio 2016, n. 145», in *La normativa penale applicabile alle missioni internazionali dell'Italia dopo la legge n. 145/2016*, 2017, p. 288 ss.

²¹ «Soprattutto, in nome del rispetto dei principi dello Stato costituzionale democratico e di diritto, non si può esporre l'intera nazione, oltre che la compagine militare, alle *prevedibili* reazioni avverse anche gravissime, in territorio estero ma anche in territorio italiano, rispetto a nostre operazioni militari all'estero *in armi*, senza che la decisione sia legittimata nella forma più intensa possibile – reazioni senz'altro prevedibili perché altrimenti non si tratterebbe di missioni armate. E non si può pretendere che le regole siano quelle dello stato di pace, le quali non tutelano adeguatamente né gli italiani né gli stranieri, chiunque siano. Ciò vale per l'implicazione dei principi e regole costituzionali, e anche per l'ambito giuspenale che qui si esaminerà più approfonditamente», *id.* p. 289

²² «È apparsa quindi inutilizzabile la tradizionale contrapposizione fra ordinarietà dello 'stato di guerra' (regime) di pace e straordinarietà di quello di guerra. Mentre in molti paesi si sono introdotte normative derogatorie, con pesanti ricadute sulle garanzie dei cittadini in Italia non vi sono stati interventi derogatori per affrontare i profili interni delle emergenze e si è fatto ricorso al decreto-legge e quindi alla legge, cioè alle fonti già previste in costituzione», G. DE VERGOTTINI, «La persistenza della guerra e il diritto costituzionale in Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)», cit. p. 15

²³ G. DE VERGOTTINI, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano, 1971, p. 243 ss.

²⁴ Oltre alle crisi internazionali, il Governo ha assunto la gestione e direzione di altre crisi emergenziali richiedenti una risposta pronta e tempestiva (si pensi recentemente all'emergenza COVID-19). In particolare, «guerra ed emergenza quindi sono alleate del processo di verticalizzazione del potere, di ormai lungo corso e già accelerato con la gestione dell'epidemia di Covid-19, contribuendo a svuotare il senso della sovranità popolare e la democrazia politica. L'esautoramento o auto-marginalizzazione del Parlamento è evidente nella risoluzione approvata il 1 marzo 2022 dall'Assemblea del Senato della Repubblica e dall'Assemblea della Camera dei deputati, che nel suo fraseggiare vago e indefinito configura una delega in bianco al Governo», A. ALGOSTINO, «Pacifismo e movimenti fra militarizzazione della democrazia e Costituzione», cit. pp. 83-84

escludere completamente il Legislativo dall'iter procedurale²⁵ precedente all'avvio delle missioni, rilegando a quest'ultimo il compito di approvare *ex post* le spese sostenute, senza alcun margine di effettivo controllo e scrutinio sulle stesse.

Tuttavia, nonostante la condivisa ricerca di celerità ed efficienza decisionale, le critiche dei precedenti «gravi episodi di subalternità istituzionale [del Parlamento] al Governo occorsi nel passato»²⁶ in virtù dell'impossibilità di attivare il meccanismo di cui all'art. 78 Costituzione e nel silenzio della legge, hanno già segnalato le discrasie tra questa pratica e la centralità del Parlamento *in subiecta materia*. Invero, una completa esclusione delle Assemblee nell'iter decisionale si poneva in netto contrasto, *in primis* con lo spirito democratico cui le Forze armate debbono conformarsi²⁷ e, *in secundis* col ruolo che le Camere rivestono ex art. 78 e 80 nella gestione delle crisi e dei rapporti internazionali²⁸; per queste ragioni il Legislatore, in virtù del principio rappresentativo-democratico, ha deciso finalmente di intervenire e relegare il Parlamento al ruolo di co-decisore.

Benché la deliberazione spetti al Governo, è importante sottolineare che la rilevanza del Legislativo non si esaurisce nell'atto di approvazione della deliberazione governativa, potendo contestualmente definire gli impegni del Governo in materia. Precisamente, la partecipazione del Parlamento non è più successiva, *una fictio iuris* volta a sanare gli aspetti incostituzionali della procedura con la conversione dei decreti-legge adottati dal Governo e l'approvazione delle spese sostenute. La differenza è netta: mentre prima quest'ultimo rimaneva l'unico ad aver deciso ed avviato la missione, ad oggi le Camere partecipano attivamente nel processo decisionale. Tale autorizzazione *ex ante* evidenzia l'importanza del ruolo del Legislativo poiché «l'intervento parlamentare si pone quale *conditio sine qua non* per la positiva conclusione dell'intera procedura approvativa»²⁹ donando 'tono costituzionale' all'intera procedura³⁰.

La nuova disciplina, a dir il vero, si dimostra più attenta alle esigenze di rappresentatività che in generale caratterizzano la struttura democratica³¹, nonché più

²⁵ «non... ogni caso di impegno di unità militari all'estero, che sicuramente rientra nella discrezionalità governativa, debba ottenere una previa autorizzazione parlamentare», G. DE VERGOTTINI, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, cit., nota 14

²⁶ M. BENVENUTI, «Luci ed ombre della l. n. 145/2016 in tema di partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali. Una prima lettura in Associazione italiana dei Costituzionalisti», cit., p. 29

²⁷ Art. 52 co. 3 Costituzione

²⁸ M. BENVENUTI, «Luci ed ombre della l. n. 145/2016 in tema di partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali. Una prima lettura in Associazione italiana dei Costituzionalisti», cit., p. 29

²⁹ *Id.*, p. 34

³⁰ «Due profili ulteriori, relativi ora agli organi parlamentari vocati ad autorizzare la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali ed ora alla natura degli atti conseguenti, meritano un'attenzione maggiore, non solo (e non tanto) perché oggetto di considerazione nel corso dell'iter parlamentare, ma soprattutto perché costituiscono il cuore, se così si può dire, dell'intero art. 2, co. 1 e 2, l. n. 145/2016. In primo luogo, non vi è dubbio che tramite il ricorso al sostantivo "Camere" si sia inteso qualificare le due articolazioni di cui si compone il Parlamento in un senso generico e, pertanto, suscettibile di valere sia per il *plenum* (cioè l'Assemblea) che per una loro articolazione (cioè le Commissioni congiunte o riunite III e IV e 3a e 4a, rispettivamente della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, in quanto competenti *ratione materiae*). La scelta della *sedes* dell'incardinamento della discussione e del voto avverrà, pertanto, sulla scorta di ragioni politiche, legate anche alla necessità e all'urgenza del provvedere, ma anche (auspicabilmente) di "tono costituzionale", laddove appaia rilevante il dissenso tra i gruppi parlamentari e/o il rilievo ordinamentale della partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali in questione. In tal senso, si può altresì segnalare come il passaggio nella/e Commissione/i e nell'Assemblea sia una soluzione non necessariamente alternativa, ma anche cumulativa, come dimostra il caso dell'intervento militare italiano in Libia del 2011, il quale ha avuto temporalmente inizio, in realtà, tra l'una e l'altra fase», *id.*, pp. 35-34

³¹ A. MAZZOLA, «Il ripudio alla guerra sospeso tra crisi della democrazia interna e mutamento delle regole internazionali in Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)», cit., p. 203

vicina alla concezione di guerra propria dei Costituenti: sia che si parli di guerra, conflitto armato o missioni internazionali è innegabile che la conduzione delle stesse richieda l'investimento di ingenti risorse. Non solo, riprendendo Von Clausewitz, la guerra rappresenterebbe un prolungamento con la forza e la violenza della politica: in tal senso, non si può non chiedersi se la stessa partecipazione alle missioni internazionali, in quanto frutto di alleanze e coalizioni politiche internazionali, non sia espressione essa stessa di una diversa modalità della concezione clausewitziana della cosiddetta 'politica con le armi'.

Inoltre, è importante soffermarsi su un altro punto: grazie a questo intervento, il Legislatore ha disciplinato in maniera omnicomprensiva la questione delle missioni internazionali: la clausola all'art. 1 sembra integrare una procedura valevole per tutte le operazioni militari cui potrebbe far parte la Repubblica.

È sufficiente, dunque, considerare la l. 145/2016 come ultima tappa del percorso di critica al modello costituzionale o è forse opportuno chiedersi se il Legislatore debba intervenire nuovamente?

3. La necessità di previsioni di stati emergenziali in Costituzione

È innegabile che, benché fin dalla Rivoluzione francese si sia diffusa l'idea che la Legge sia espressione della volontà del Popolo, ad oggi la Costituzione sia effettivamente il documento, la norma fondamentale, su cui affondano le basi della Comunità.

Il dettato costituzionale, oltre che riflettere i valori e i principi cardine di una collettività, ha il compito di regolare i rapporti istituzionali e normativi della vita della Repubblica, anche in situazioni di crisi. Tuttavia, spesso la Costituzione ha fallito nel suo compito di regolamentazione, e la gestione delle emergenze è spesso stata 'lasciata al caso'. Seppur le situazioni di emergenza, in quanto fenomeni straordinari ed eccezionali, rifuggono di una qualsiasi limitazione *a priori*, e una clausola troppo generica potrebbe essere indebitamente invocata per sospendere l'ordinamento costituzionale 'ordinario', la scelta dei Costituenti è stata chiara. L'individuazione di una 'speciale clausola' in merito alla gestione bellica, giustificata senz'altro da ragioni storiche, non può che portare a chiedersi se con la nuova disciplina della l. 145/2016 non si sia di fatto annullata la decisione di consacrare uno specifico ordinamento costituzionale eccezionale. La mancata realizzazione (forse ad oggi è opportuno domandarsi se tale realizzazione sia ormai divenuta impossibile) del paradigma ex. 78 Cost. sembra essere una prova della difficoltà di attuazione della disciplina nel contesto internazionale odierno.

Tuttavia, seppur tale situazione «induce a denunciare il progressivo disallineamento [...] rispetto alle fonti del diritto e alle competenze degli organi costituzionali, della politica della Costituzione»³², tra cui in particolare la dimostrata inadeguatezza delle regole ex. art. 78 Cost, è opportuno interrogarsi sul senso *in primis* della disposizione in esame.

Decidere di prevedere un regime eccezionale, separato rispetto all'ordinamento costituzionale ordinario, è prodromico ad evitare che la situazione di emergenza non travolga o non comprometta lo *status quo*. Infatti, in una qualunque società, la necessità di fondare, in ogni momento e in ogni circostanza, il vivere insieme su

³² A. MAZZOLA, "Il ripudio alla guerra sospeso tra crisi della democrazia interna e mutamento delle regole internazionali in Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)", cit., p. 200

delle regole è quanto mai indispensabile: *ubi societas, ibi ius*. Poiché la coesione sociale non può prescindere dalla fissazione di regole, limiti e garanzie, lo Stato moderno, in quanto massima espressione dello Stato-comunità a partire dell'età moderna, non può non identificare norme e procedure per quanto concerne la gestione del potere in qualsiasi momento della sua esistenza. Il *bellum* ha da sempre rappresentato il momento di altissima tensione tra violenza e ordine³³, tra legge e anarchia; è per questo motivo, che a seguito delle atrocità della Seconda Guerra Mondiale, il costituzionalismo contemporaneo ha cercato di ridimensionare il più possibile la dimensione fattuale della guerra. L'illusione della cristallizzazione della guerra-diritto all'interno dei limiti dell'ordinamento costituzionale è stata molto breve; invero, le limitazioni del modello prospettato sono da imputare alle evoluzioni del diritto internazionale cui il diritto interno si adegua *in subiecta materia* e dalla crisi del paradigma stesso di Stato moderno nel moderno contesto internazionale.

Benché sia più congeniale alla prassi che la regolarizzazione delle nuove sfide normative circa l'adeguamento alle nuove modalità dell'uso della forza avvenga tramite legislazione ordinaria, in assenza della quale si potrebbero sviluppare pratiche esse stesse contrarie ai principi costituzionali (come è avvenuto inizialmente per la gestione delle missioni internazionali), i rischi di una disciplina per legge, piuttosto che in Costituzione, non sono trascurabili. Già lo Statuto Albertino aveva dimostrato quali fossero le sorti delle norme primarie in tema di *bellum*.

L'individuazione di un iter procedurale 'legale' potrebbe, invero, essere insufficiente rispetto alle esigenze di tutela degli individui³⁴ e di preservazione dell'ordinamento. Proprio per tali ragioni, in virtù della volontà di proteggere e custodire l'ordinamento, non ci si chiede se la soluzione corretta non sia integrare adeguatamente la crisi emergenziale nella struttura costituzionale alla base della Comunità³⁵.

Parlando più specificamente dell'emergenza bellica, è chiaro che la nuova disciplina oltre che accompagnarsi alla regola dell'art. 78 Cost. potrebbe aprire a futuri scenari contrari al rispetto stesso dell'art. 11 Cost.³⁶.

Nello specifico, «deriva anche un possibile ruolo per i costituzionalisti che ritengono il costituzionalismo moderno democratico una via concreta, già scritta e dotata della forza *dell'higher law*, se pur accantonata (la prassi di agire e decidere 'come se la Costituzione non esistesse' dilaga ormai in tutti i campi)»³⁷: ciononostante, il superamento della lettera della norma fondamentale non dovrebbe decretare la morte della regolamentazione costituzionale nella gestione bellica, ma anzi dovrebbe spingere verso una spinta di revisione costituzionale. In quanto espressione delle istanze della società e del vivere in comune, la Costituzione, quale strumento vivo del diritto, richiama continuamente a un processo di continua revisione, parallelo al continuo cambiamento che attraversa ogni comunità.

Tale esigenza viene alla luce ogniquale volta l'ordinamento incontra un periodo di crisi: l'emergenza in quanto spesso imprevedibile (si pensi alla crisi pandemica del 2020) e per definizione fenomeno straordinario del vivere quotidiano, si pone come

³³ «La guerra, portando via le comodità delle consuetudini d'ogni giorno, è maestra di violenza, e rende conforme alle circostanze l'indole dei più», TUCIDIDE, *Istorai*, trad. it. *La guerra del Peloponneso*, Torino, 1996, p. 437

³⁴ Si rimanda a quanto detto nel terzo capitolo

³⁵ Ovviamente tale discorso non è da limitarsi al solo caso dell'emergenza bellica. Si pensi alla più recente emergenza pandemica che ha messo in luce tutte i rischi connessi dall'assenza di una norma costituzionale che potesse essere invocata all'uopo

³⁶ Si veda Capitolo terzo

³⁷ A. ALGOSTINO, «Pacifismo e movimenti fra militarizzazione della democrazia e Costituzione», cit. p. 89-90

eccezione delle regole comuni, evento metagiuridico sfuggente alle procedure consuete.

Invero,

«il compito è dialogare, “stare” nella società, favorire incontro tra le istanze del costituzionalismo e i movimenti che la attraversano, e il dialogo fra questi, il circuito politico-rappresentativo e le istituzioni. Ai costituzionalisti anche il compito, e la responsabilità, di ricordare il legame fra pace e democrazia (pluralista, conflittuale e sociale) e fra pace e giustizia (sociale e ambientale), perché la guerra cancella pluralismo e dissenso, semplifica e omologa artificialmente la realtà, concentra e verticalizza le decisioni. La guerra rappresenta l'estrema espressione, nella sua cruda e nuda materialità, di quel potere senza limiti che il costituzionalismo nella sua essenza contrasta e travolge la possibilità di espressione del conflitto sociale e le istanze di emancipazione»³⁸.

L'inadeguatezza della disciplina ex art. 78 Cost. risveglia la necessità di un intervento deciso di revisione del dettato costituzionale: la 'logica dell'accanto'³⁹ non può supplire alle esigenze di regolamentazione istituzionale e normativa del nuovo fenomeno bellico, finalità che può essere unicamente raggiunta dalla normazione costituzionale.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Si veda nota 13

CONCLUSIONI

A conclusione di questa trattazione non resta che condividere alcune brevi considerazioni. Si è discusso di come la natura metafisica del *bellum* presupponga irreversibilmente una dualità tra le sue due realtà ontologiche; l'analisi della dimensione bellica, invero, non può che imbattersi nella considerazione del conflitto sia in quanto situazione di fatto che in quanto situazione di diritto. L'illustrazione del *bellum* quale situazione di diritto, quindi entro i limiti e le regole della legalità giuridica, si presenta come successiva, una specificazione della natura della guerra susseguente alla definizione del *bellum* quale scontro incontrollato e senza regolamentazione alcuna.

La guerra-diritto si accompagna alla nascita degli Stati, quali enti primari ed esclusivi di diritto internazionale con l'affermazione dell'ordine di Westphalia: invero, l'individuazione storica di questo periodo è propriamente il punto di esordio della dottrina dello Stato e della teoria generale del diritto pubblico, nonché della dualità ontologica della dimensione bellica sopra riportata. Si comprende per questo motivo quanto Stato e guerra siano strettamente correlati e quanto il legame tra questi due istituti sia da ancorarsi al medesimo quadro storico in cui tale rapporto si è sviluppato. Tale correlazione è stata tradotta nel corso dei secoli in istituti paralleli sia di diritto internazionale (nella teorizzazione della 'guerra dichiarata' e del 'conflitto armato') che di diritto costituzionale (nella formalizzazione dello 'stato di guerra' e dell'iter procedurale annesso).

Per questo motivo, come è facile comprendere, le evoluzioni recenti del contesto internazionale che hanno compromesso l'ordine tradizionale di Westphalia hanno altresì modificato, di rimando, la relazione guerra-stato e guerra-ordinamento. Laddove alla fine della prima metà del secolo scorso, il diritto costituzionale italiano ha finalmente cristallizzato un paradigma eccezionale per far fronte all'emergenza bellica, un modello volto a tenere insieme la salvaguardia dei principi imprescindibili della democrazia e della sovranità popolare e le esigenze di celerità ed efficienza richieste nei periodi di crisi istituzionali; la seconda metà del Novecento e i primi decenni del nuovo Millennio hanno definitivamente messo fine al diritto internazionale classico su cui tale modello costituzionale affonda le proprie radici, aprendo la stagione delle riflessioni su nuovi profili della dimensione conflittuale internazionale.

È innegabile che lo scenario internazionale nella sua dinamicità ha subito un mutamento che ha *de facto* messo fine a quel quadro di relazioni intersoggettive e interstatali reggenti l'ordine mondiale per più di tre secoli. La dialettica che intercorre tra regime di pace e regime di guerra non può più seguire la logica dell'*aut aut*: i mutamenti ontologici del *bellum* sono al contempo effetto e causa dell'allontanamento dall'ordine costituito, nonché dello smarrimento della certezza giuridica quale caposaldo di ogni ordinamento esistente, sia che esso attenga al diritto internazionale sia che invece riguardi il diritto nazionale.

A tal riguardo, la scelta del Legislatore di non riformare la norma fondamentale, forse rassegnandosi alla reale capacità di regolazione della Costituzione, ha determinato ancora una volta una sconfitta per il costituzionalismo contemporaneo: il fallimento del tentativo di inquadrare il fenomeno bellico entro i limiti e le garanzie costituzionali è indicativo di una sfiducia nei confronti dell'ordinamento. La scelta di proseguire con la logica dell'accanto e con la semplice negazione di una

nuova realtà bellica dimostra ancora una volta, purtroppo, quanto sia più facile la narrazione della difficoltà, quasi dell'impossibilità, dell'ordine costituito di integrare entro le frontiere del *nomos* le situazioni per definizione critiche e incontrollabili.

Eppure, tenendo in considerazione lo scopo proprio del diritto costituzionale non si può eludere la necessità di perfezionare una soluzione che sia in grado al contempo di istituire un paradigma che neutralizzi l'eccezionalità e straordinarietà dell'emergenza bellica e di regolare i rapporti istituzionali e normativi dell'ordinamento di guerra. Invero, anche ammesso che la legge sia lo strumento migliore per disciplinare le nuove operazioni protagoniste dello scenario internazionale, essa è priva dell'effettiva capacità di vincolare o almeno limitare le prerogative e le procedure entro cui agiscono i supremi organi dello Stato.

Una revisione dell'art. 78 è evidentemente necessaria e, non potendo ritenere conforme alle regole dell'ordine costituito repubblicano, non si può che evidenziare che la materia bellica sia oggi erroneamente disciplinata dalla legge. Infatti, alla luce dello stretto legame tra guerra e politica di origine clausewitziana non si può ritenere che in assenza di una disposizione costituzionale adeguata si possa in alcun modo colmare il nuovo divario tra guerra-fatto e guerra-diritto.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

- A.A. V.V., *Droit constitutionnel*, Parigi, 2016
- A.A.V.V. “Guerra e Costituzione”, in *Costituzionalismo.it* 2003, p. 1 ss.
- A.A.V.V., “La guerra e i singoli ordinamenti costituzionali: il caso dell’Italia”, in *Guerra e Costituzione. Atti del Convegno dell’Università degli Studi “Roma tre”*, P. CARNEVALE (a cura di), Torino, 2004, p. 218 ss.
- ALGOSTINO A., “Il senso forte della pace e gli effetti collaterali della guerra sulla democrazia”, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti* 2022, p. 1 ss.
- ALGOSTINO A., “Pacifismo e movimenti fra militarizzazione della democrazia e Costituzione” in *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra. Atti del seminario di Roma (1 Aprile 2022)*, G. AZZARITI (a cura di), Napoli, 2022, p. 67 ss.
- ALGOSTINO A., *L’ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Napoli, 2005
- ALLEGRETTI U., “Profili problematici dell’intervento a tutela dei diritti umani e compiti della dottrina giuridica”, in *Diritti umani e uso della forza, Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, M. DOGLIANI, S. SICARDI (a cura di), Torino 1999, p. 17 ss.
- ALLEGRETTI U., *Profilo di storia costituzionale italiana. Lo stato liberale. Il regime fascista*, Cagliari, 1983
- ALLEGRETTI U., *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, 2014
- AMORTH A., *La costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948

- ANGIOLINI V., *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986
- ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1915
- APOSTOLI A., “L’Italia è una Repubblica democratica fondata anche sul principio pacifista”, in *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra? Atti del seminario di Roma (1 Aprile 2022)*, G. AZZARITI (a cura di), 2022, p. 141 ss.
- ARCHIBUGI D., “L’utopia della pace perpetua”, in *Democrazia e diritto* 1992, p. 349 ss.
- ARCONZO G., “Art. 103”, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), Bologna, 2018, p. 268 ss.
- AZZARITI G., “La guerra illegittima”, in *Costituzionalismo.it* 2003, p. 1 ss.
- BACCELLI L., “Dalla guerra giusta al pacifismo giuridico. E ritorno?”, in *Rivista di filosofia del diritto* 2023, p. 373 ss. (disponibile su www.rivisteweb.it)
- BALENDRA N., “Defining Armed Conflict”, in *Cardozo Law Review* 2008, p. 2461 ff. (disponibile su www.heinonline.org)
- BALLADORE PALLIERI G., “La guerra”, in *Trattato di diritto internazionale*, P. FEDOZZI, S. ROMANO (a cura di), Padova, 1935
- BALLADORE PALLIERI G., *Diritto bellico*, Padova, 1954
- BALLADORE PALLIERI G., *Diritto costituzionale*, Milano, 1965
- BALLADORE PALLIERI G., *La nuova costituzione italiana*, Milano, 1948
- BARBERA A., “Art. 2”, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1975, p. 50 ss.

- BARBERA P., “Parlamento e politiche di sicurezza tendenze e prospettive”, in *Quaderni Costituzionali* 1987, p. 281 ss.
- BARILE P., “I poteri del Presidente della Repubblica”, in *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, p. 133 ss.
- BARILE P., CHELI E., GRASSI S., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2002
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984
- BARILE P., *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Padova, 1966
- BARONE A., “La difesa nazionale nella costituzione”, in *Diritto e società* 1987, p. 643 ss.
- BARTHÉLEMY J., “Le droit public en temps de guerre. L'état de siege: Les conditions de sa declaration, ses effets sur la discipline des citoyens et des fonctionnaires”, in *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Etranger* 1915, p. 3 ss.
- BARTHÉLEMY J., *Précis de droit public*, Paris, 1937
- BASCHERINI G., “L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura”, in *Rivista di diritto costituzionale “Gruppo di Pisa”* 2003, p. 3 ss.
- BASCHIERI G., BIANCHI D'ESPINOSA L., GIANNASTASIO C., *La costituzione italiana. Commento analitico*, Firenze, 1949
- BATTISELLA D., “Fin de la guerre froide, fin de l'état de guerre”, in *Politique étrangère* 1993, p. 747 ss.
- BELLIER S., “Unilateral and Multilateral Preventive Self-Defense”, in *Maine Law Review* 2006, p. 508 ff. (disponibile su www.heinonline.org)
- BELLOMIA S., “Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana”, in *Radici storiche e prospettive del federalismo*, Cagliari, 1989

- BENVENUTI M., “Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni”, in *Osservatorio costituzionale* 2022, p. 1 ss.
- BENVENUTI M., “Luci ed ombre della l. n. 145/2016 in tema di partecipazione dell’Italia alle missioni internazionali. Una prima lettura”, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti* 2017, p. 1 ss.
- BENVENUTI M., *Il principio del ripudio della guerra nell’ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2010
- BERNARDINI A., “ONU non deviata o NATO”, in *Teoria del diritto e dello Stato* 2002, p. 33
- BETTINELLI E., “Art. 52”, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1992, p. 70 ss.
- BETTINELLI E., “Guerre e operazioni di polizia internazionale” in *Il Foro Italiano* 1991, p. 375 ss.
- BIANCHI D’ESPINOSA L., “Il Parlamento”, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), Firenze, 1950, p. 1 ss.
- BIEHLER A., “Pacifism”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013
- BIN R., “Art. 11”, in *Commentario breve alla Costituzione*, V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), Padova, 1990, p. 69 ss.
- BISCARETTI DI RUFFIA P., “Stato”, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1992, p.1 ss.
- BISCARETTI DI RUFFIA P., *Diritto costituzionale. Istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1986
- BLANK R. L., “The Consequences of a War Paradigms for Counterterrorism: What Impact on Basic Rights and Values”, in *Georgia Law Review* 2012, p. 719 ff. (disponibile su www.heinonline.org)

- BLOCK M., “L’art. 103 della Costituzione, comma 3”, in *La Magistratura*, 2022
- BOBBIO N., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, 1979,
- BOBBIO N., *Studi per una teoria generale del diritto*, T. GRECO (a cura di), Torino, 2012
- BON VALVASSINA M., *Il ripudio della guerra nella costituzione italiana*, Padova, 1955
- BONETTI P., *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, Milano, 2000
- BROWNIE I., “The Use of Force in Self-Defense”, in *British Year Book of International Law* 1961, p. 183 ff. (disponibile su www.heinonline.org)
- BRUNELLI D., MAZZI G., *Diritto penale militare*, Milano, 2007
- BRUNIALTI A., “Esercito” in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, P. S. MANCINI (a cura di), Milano, 1911, p. 59 ss.
- CABRAS D., “Il ‘ripudio della guerra’ e l’evoluzione del diritto internazionale”, in *Quaderni costituzionali* 2006, p. 297 ss.
- CAMPIONE R., “The Nomos of War: Historical Evolution of Bellum Iustum”, in *Rechtstheorie* 2007, p. 537 ff. (disponibile su www.heinonline.org)
- CANSACCHI G., *Nozioni di diritto internazionale bellico*, Torino, 1963
- CAPASSO M., “Guerra”, in *Novissimo Digesto italiano*, A. AZARA, E. EULA (a cura di), Torino, 1962, p. 48 ss.
- CAPIZZI GIANGRECO G., “La ‘delegazione parlamentare’ ed i ‘pieni poteri’ nella scienza e nella politica”, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia* 1924, p. 296 ss.

- CARATI A., “Intervento e promozione della democrazia. I paradossi della democratizzazione e la co-gestione delle funzioni di governo fra funzionari internazionali e attori politici locali”, in *Rivista italiana di scienza politica* 2012, p. 197 ss.
- CARBONE C., “Bandi militari”, in *Enciclopedia del diritto*, F. CALASSO (a cura di), Milano, 1959, p. 49 ss.
- CARBONE C., *Sulla validità dei bandi militari*, Padova, 1957
- CARETTI P., DE SIERVO U., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2000
- CARLASSARE L., “Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari”, in *NATO, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, N. RONZITTI (a cura di), Milano, 2000, p. 109 ss.
- CARLASSARE L., “Stati d’eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati”, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), Milano, 1990, p. 479 ss.
- CARLASSARE L., *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012
- CARNELUTTI F., *Principi del processo penale*, Napoli, 1960
- CARNEVALE P., “Emergenza bellica, guerra al terrorismo e forma di governo”, in *Democrazia e terrorismo*, T. GROPPi (a cura di), Napoli, 2006
- CARNEVALE P., “Guerre, Costituzione e legge”, in *Diritto e Società* 2019, pp. 149 ss.
- CARNEVALE P., “Il ruolo del Parlamento e l’assetto dei rapporti fra camere e Governo nella gestione dei conflitti armati. Riflessioni alla luce della prassi seguita in occasione delle crisi internazionali del golfo persico, Kosovo e Afghanistan”, in *Guerra e Costituzione. Atti del Convegno dell’Università degli Studi “Roma tre”*, P. CARNEVALE (a cura di), Torino, 2004, p. 79 ss.

- CARTABIA M., CHIEFFI L., “Art. 11”, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, p. 263 ss.
- CARULLO V., *La costituzione della Repubblica italiana*, Bologna, 1950
- CASSESE A., “Artt. 10-12”, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1975, p. 461 ss.
- CASSESE A., “Il IX comma dell’art. 87, seconda parte”, in *Commentario della costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1978, p. 270 ss.
- CASSESE A., “Politica estera e relazioni internazionali nel disegno emerso alla Assemblea costituente”, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, U. DE SIERVO (a cura di), Bologna, 1980, p. 505 ss.
- CASSESE A., *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, 1984
- CASSINA C., “La regola nell’eccezione. Considerazioni sul caso francese”, in *La rappresentanza in questione. Giornate di Diritto e Storia costituzionale ‘Atelier 4 luglio- G.G. Floridia’*, R. ORRÙ, F. BONINI, A. CIAMMARICONI (a cura di), Napoli, 2016, p. 17 ss.
- CASTELLANETA, “Conflitto armato (diritto internazionale)”, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2012, p. 316 ss.
- CASTELLI A., “Per una critica di alcune retoriche belliciste”, in *Scienza e Pace* 2020, p. 21 ss.
- CAVINO M., “I poteri normativi del Governo nel Regno d’Italia”, in *Federalismi.it* 2020, p. 168 ss.
- CAVINO M., “Il governo della guerra”, in *Quaderni costituzionali* 2022, p. 753 ss.
- CAVINO M., “Lo scopo umanitario come causa di giustificazione dell’uso della forza”, in *Diritti umani e uso della forza, Profili di diritto costituzionale*

interno e internazionale, M. DOGLIANI, S. SICARDI (a cura di), Torino, 1999, p. 31ss.

- CAVINO M., MALVICINI M., *Le guerre dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2023
- CELOTTO A., FRONTONI E., “Legge di delega e decreto legislativo”, in *Enciclopedia del diritto*, A. FALZEA, V. SGROI (a cura di), Milano, 2002, p. 697 ss.
- CERRI A., “Delega legislativa”, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1993, p. 1 ss.
- CEVOLIN G., “L’impiego di forze armate all’estero: profili”, in Convegno “*Diritto e forze armate. Nuovi impegni*”, Padova, 2000, p. 2 ss.
- CHACKO E., LINOS K., “International law after Ukraine: introduction to the symposium”, in *Cambridge University Press* 2022
- CHIEFFI L., “Il diritto all’ingerenza armata a fini umanitari”, in *Violazione e tutela dei diritti umani*, T. GRECO (a cura di), Pisa 2001, p. 89
- CIARLO P., “Commento all’art. 95”, in *Commentario della costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1987, p. 1 ss.
- CICCONETTI S. M., *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2007
- CLAUSEWITZ C. V., “Della guerra”, G.E. RUSCONI (a cura di), Torino, 2000
- COLAPIETRO C., RUOTOLO M., *Diritti e libertà con appendice giurisprudenziale*, Torino, 2014
- COLOMBO A., “Il conflitto in Ucraina e la nuova forma della guerra”, in *Iride* 2022, p. 477 ss. (disponibile su www.rivisteweb.it)
- COSSIRI A., “L’art. 11”, in *Commentario breve alla Costituzione*, C. BARTOLE, P. BIN (a cura di), Padova, 2008, p. 88 ss.

- CRAWFORD J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2015
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1993
- CUMMINGS E. R., "The Evolution of the Notion of Neutrality in Modern Armed Conflicts", in *Military Law and Law of War Review* 1978, p. 37 ff.
- CUOCOLO F., *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2000, p. 130
- CUOCOLO F., *Principi di diritto costituzionale*, Milano, 1999
- CURTI GIALDINO A., "Guerra (diritto internazionale)", in *Enciclopedia del diritto*, C. MORTATI, S. PUGLIATTI (a cura di), Milano, 1970, p. 849 ss.
- D'ALESSIO R., "Art. 2", in *Commentario breve alla Costituzione*, V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), Padova, 1990, p. 9 ss.
- D'ORAZIO G., "Proroga delle Camere", in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, F. PIGA (a cura di), Milano, 1988, p. 415 ss.
- DE FIORES C., "La revisione dei codici militari: una riforma per la guerra", in *Costituzionalismo.it* 2004, p. 1 ss.
- DE FIORES C., "Una guerra contro la Costituzione", in *Costituzionalismo.it* 2003, p. 1 ss.
- DE LEONARDIS, "Mito e realtà delle 'guerre umanitarie'. Da Cuba (1898) alla Libia (2011)", in *Rivista Marittima* 2015, p. 10 ss.
- DE MINICO G., "Una pace mai cercata davvero", in *Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023 2024)*, p. 65 ss.
- DE VERGOTTINI G., "Guerra e attuazione della costituzione", in *Guerra e Costituzione. Atti del Convegno dell'Università degli Studi "Roma tre"*, P. CARNEVALE (a cura di), Torino, 2004, p. 55 ss.

- DE VERGOTTINI G., “Guerra e Costituzione”, in *Quaderni costituzionali* 2002, p. 19 ss.
- DE VERGOTTINI G., “Il crescente uso della forza: riflessi costituzionali”, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti* 2012, p. 1 ss.
- DE VERGOTTINI G., “La Costituzione e l’intervento NATO nella ex-Jugoslavia”, in *Quaderni costituzionali* 1999, p. 122 ss.
- DE VERGOTTINI G., “La persistenza della guerra e il diritto costituzionale”, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)* 2024, p. 1 ss.
- DE VERGOTTINI G., “Nuovi profili della guerra e rapporti parlamento-governo”, in *Rivista di Studi Politici Internazionali* 2002, p. 381 ss.
- DE VERGOTTINI G., “Ripudio della guerra e neutralità alla luce dell’art. 11 Cost.”, in *Federalismi.it* 2024, p. 1 ss.
- DE VERGOTTINI G., “Un nuovo codice penale per le missioni militari”, in *Quaderni costituzionali* 2011, p. 107 ss.
- DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2022
- DE VERGOTTINI G., *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004
- DE VERGOTTINI, “Giurisdizione militare: la crisi della specialità”, in *Quaderni costituzionali* 2007, p. 364 ss.
- DE VERGOTTINI, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano, 1971
- DELL’ACQUA C., *Atto politico ed esercizio dei poteri sovrani*, Padova, 1983

- DIMEGLIO R. P., “The Evolution of the Just War Tradition: Defining Jus Post Bellum”, in *Military Law Review* 2005, p. 116 ff. (disponibile su www.heinonline.org)
- DOGLIANI M., “I diritti dell’uomo: principi universali o ideologia”, in *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, M. DOGLIANI, S. SICARDI (a cura di), Torino, 1999
- DOGLIANI M., “Il divieto costituzionale della guerra” in *Costituzionalismo.it* 2003, p. 1 ss.
- DOGLIANI M., “Il divieto costituzionale della guerra”, in *La ricerca dell’ordine perduto*, M. DOGLIANI (a cura di), Bologna, 2015
- DOGLIANI M., “Il valore costituzionale della pace e il divieto della guerra”, in *Guerra e Costituzione. Atti del Convegno dell’Università degli Studi “Roma tre”*, P. CARNEVALE (a cura di), Torino, 2004, p. 37 ss.
- DONATI D., “Atto complesso, autorizzazione e approvazione”, in *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, Modena, 1903, p. 1 ss.
- DORY D., “Le terrorism et les transformations de la guerre: un état de la question”, in *Guerres mondiales et conflits contemporains*, 2022, p. 41 ss.
- DRAPER G. I., *The Red Cross Conventions*, Londra, 1958
- DUFFY H., *The ‘war on Terror’ and the framework of International Law. ‘Terrorism’ in International law*, 2009, pp. 17 ff. (disponibile su www.cambridge.org)
- ELIA L., *Gli alti bicamerali non legislativi*, Milano, 1958
- EQUIZI C., “Questioni e dinamiche costituzionali sui conflitti armati”, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)* 2024, p. 121 ss.

- FALZONE V., PALERMO F., COSENTINO F., “La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti”, Milano, 1976
- FAVUZZA F., “L’art. 2 comune”, in *I “nuovi” commentari alle Convenzioni di Ginevra del 1949. riflessioni nell’anniversario dei settant’anni delle convenzioni. Atti del XVI Convegno nazionale di aggiornamento degli Istruttori di Diritto internazionale umanitario della Croce Rossa Italiana*, 2022, p. 30 ss.
- FEDERICO A., “Il principio di autodeterminazione dei popoli”, in *DirittoConsenso*, 2018 (disponibile su www.dirittoconsenso.it)
- FERRAJOLI C. F., “La proposta governativa di un codice penale delle missioni militari all’estero”, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti* 2011, p. 1 ss.
- FERRARA G., “Ripudio della guerra, rapporti internazionali dell’Italia e responsabilità del Presidente della Repubblica. Appunti”, in *Costituzionalismo.it* 2003, p. 1 ss.
- FERRARI G., “Guerra (stato di)”, in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, F. PIGA (a cura di), Milano, 1970, p. 816 ss.
- FERRARI G., “L’intervento umanitario dopo la fine della guerra fredda”, in *Diritti umani e uso della forza, Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, M. DOGLIANI, S. SICARDI (a cura di), Torino, 1999, p. 49 ss.
- FERRARIS C. F., *Diritto amministrativo*, Padova 1923
- FIANDACA G., “Il 4° comma dell’art. 27”, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1991, p. 346 ss.
- FIORAVANTI C., “Terrorismo internazionale e uso della forza armata”, in *Quaderni costituzionali* 2002, p. 75 ss.

- FIORAVANTI M., “Stato (storia)”, in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, S. LARICCIA, F. PIGA (a cura di), Milano, 1990, p. 708 ss.
- FIORILLO M., “Guerra”, in *Dizionario costituzionale*, M. AINIS (a cura di), Roma-Bari, 2000, p. 126 ss.
- FIORILLO M., *Guerra e diritto*, Roma-Bari, 2009
- FLOREA D., “The Right to Individual or Collective Self-Defense. Preventive Attack according to the Provisions of the UN Charter”, in *Jurnalul de Studii Juridice* 2021, p. 15 ff. (disponibile su www.heinonline.org)
- FOCARELLI C., *Diritto internazionale*, Milano, 2023
- FRANCISCI G., “Pieni poteri e legislazione di guerra”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2014, p. 945 ss.
- FRANKEL J., “War” in *Britannica Online Encyclopaedia*, 2024
- GABRIELI F. P., “Bandi militari”, in *Novissimo Digesto italiano*, A. AZARA, E. EULA (a cura di), Torino, 1958, p. 266 ss.
- GALEOTTI S., *La libertà personale: studio di diritto costituzionale italiano e comparato*, Milano, 1953
- GALLI C., “La guerra globale: continuità e discontinuità”, in *Iride* 2003, p. 433 ss. (disponibile su www.rivisteweb.it)
- GALLO D., “Costituzione italiana e movimento per la pace”, in *Questione giustizia* 1984
- GALLO E., “La giustizia militare fra tentazioni pluralistiche e vocazioni istituzionali (L’indipendenza dei giudici militari)”, in *Rassegna della giustizia militare* 1981, p. 165 ss.
- GASBARRI L., “In difesa del Consiglio di sicurezza: violazioni dei diritti umani e lotta al terrorismo”, in *La responsabilità degli stati e delle organizzazioni internazionali: nuove fattispecie, problemi di attribuzione e di*

accertamento, A. SPAGNOLO, S. SALUZZO (a cura di), Milano, 2017, p. 143 ss.

- GHISALBERTI C., *Storia costituzionale d'Italia 1848-1994*, Roma, 2002
- GIALUZ M., “Art 111”, in *Commentario breve alla Costituzione*, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), Padova, 2008, p. 959 ss.
- GIANFORMAGGIO L., “Diritti umani e guerra”, in *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, M. DOGLIANI, S. SICARDI (a cura di), Torino, 1999, p. 59 ss.
- GIANFORMAGGIO L., “La guerra come negazione del diritto”, in *Democrazia e diritto* 1992, p. 271 ss.
- GIARDINA A., “Art 78”, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1979, p. 94 ss.
- GILL T. D., “Some Reflections on the Threshold for International Armed Conflict and on the Application of the Law of Armed Conflict in Any Armed Conflict”, in *International Law Studies Series* 2022, p. 698 ff.
- GIROTTO D., “L’art. 78”, in *Commentario breve alla Costituzione*, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), Padova, 2008, p. 716 ss.
- GNES M., MAGLIARI A., “Rassegne - Cronache Europee 2021-2022”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2023, p. 1367 ss.
- GRASSO P. G., “Guerra (disciplina costituzionale della guerra)”, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989
- GRASSO P., “Pieni poteri”, in *Novissimo Digesto italiano*, A. AZARA, E. EULA (a cura di), Torino, 1966, p. 61 ss.
- GRAZZI R., “L’emergenza costituzionale nel modello weimariano: origini e lascito concettuale”, in *La rappresentanza in questione. Giornate di Diritto e Storia costituzionale “Atelier 4 luglio – G.G. Floridia*, R. ORRÙ, F. BONINI, A. CIAMMARICONI (a cura di), Napoli, 2016, p. 35 ss.

- GREPPI E., “La proclamazione dell’indipendenza del Kosovo e il diritto internazionale”, in *Istituto per gli studi di politica internazionale*, 2008, p. 1 ss.
- GREPPI E., “Uso della forza e tutela dei diritti umani nel diritto internazionale”, in *Il diritto della guerra e della pace*, Napoli, 2019, p. 7 ss.
- GREPPI E., *I crimini dell’individuo nel diritto internazionale*, Torino, 2012
- GREPPI E., VENTURINI G., *Codice di diritto internazionale umanitario*, Torino, 2012
- GROSSO E., *Francia*, Bologna, 2006
- GUILLAUME G., “Terrorism and international law”, in *International and Comparative Law Quarterly* 2004, p. 537 ff.
- HAJJAR L., “The Counterterrorism War Paradigm versus International Humanitarian Law: The Legal Contradictions and Global Consequences of the US ‘War on Terror’”, in *Law & Social Inquiry*, 2019, p. 922 ff.
- HATHAWAY O. A., SHAPIRO S. J., *Gli internazionalisti. Come il progetto di bandire la guerra ha cambiato il mondo*, Vicenza, 2018
- HEINTZE J. H., “On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law”, in *International Review of the Red Cross* 2004, p. 789 ff.
- HEINZE E. A., “The evolution of international law in light of the ‘global War on Terror’”, in *Review of International Studies*, 2011, p. 1069 ff.
- HIGGINS R., ‘The General International Law of Terrorism’, in *International Law and Terrorism*, R. HIGGINS, M. FLORY (a cura di), Londra, 1997, p. 13 ff.
- HOLSTI K. J., “État et état de guerre”, in *Études internationales*, 1990, p. 705 ss.

- IANNOTTA R., “Morte (pene di) (diritto penale militare)”, in *Novissimo Digesto italiano*, A. AZARA, E. EULA (a cura di), Torino, 1957, p. 943 ss.
- IGNATIEFF M., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, S. VECA, D. ZOLO (a cura di), Milano, 2003
- JÈZE G., “L’Executif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs”, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger* 1917, p. 1 ss.
- KANT I., *La pace, la ragione e la storia*, Bologna, 1979
- KEEN D., “War and Peace: What's the Difference?.”, in *International Peacekeeping*, 2000, p. 1 ff. (disponibile su www.heinonline.org)
- KELSEN H., *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 2013
- KELSEN, H. *Law and Peace in International Relations*, Harvard, 1942
- KEOHANE R., “Political Authority After Intervention: Gradations in Sovereignty”, in *Humanitarian intervention : ethical, legal and political dilemmas*, J. L. HOLZGREFE, R. KEOHANE (a cura di) 2003, p. 275 ff.
- L. FERRAJOLI, *La guerra e il futuro dell’ordine internazionale*, in *Guerra e pace*, G. PRESTIPINO (a cura di), Napoli, 2004, p. 183 ss.
- LABRIOLA S., “Difesa nazionale e sicurezza dello Stato di diritto nel diritto pubblico italiano”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1979, p. 904 ss.
- LABUDA P., “Lieber Code”, in *Max Planck Encyclopaedia of International Law*, 2014, p. 1 ff.
- LAMY F., *État d’urgence*, Parigi, 2018
- LANCHESTER F., “Stato (forme di)” in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, F. PIGA (a cura di), Milano, 1990, p. 796 ss.

- LANDI G., “Esercito”, in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, F. PIGA (a cura di), Milano, 1966, p. 600 ss.
- LANDI G., “Forze armate”, in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, F. PIGA (a cura di), Milano, 1969, p. 21 ss.
- LAUTERPACHT E., “The legal irrelevance of the ‘State of War’”, In *Proceedings of the American Society of International Law at its annual meeting (1921-1969)*, 1968, p. 58 ff. (disponibile su www.cambridge.org)
- LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1970
- LEBLANC J., “Loi et les pouvoirs de l’Executif en Temps de Guerre”, in *Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*, 1945, p. 301 ss.
- LESAFFER R., “Kellogg-Briand Pact”, in *Max Planck Encyclopaedia of International Law*, 2010
- LEWIS E. G., “Representative Legislature in Postwar Constitutions”, in *Constitutions and constitutional Trends since World War II*, A. J. ZURCHER (a cura di), New York, 1951, p. 67 ff.
- LIGUSTRO A., “Sessant’anni dell’Italia all’ONU: per una celebrazione senza retorica”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2016, p. 3 ss.
- LIPARI N., *Le fonti del diritto*, Milano, 2008
- LOMBARDI G. M., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967
- LONGO F., *L’Italia e la guerra*, in *Vent’anni di Costituzione*, a cura di S. SICARDI, M. CAVINO, L. IMARISIO (a cura di), Bologna, 2015, p. 755 ss.
- LUCIANI M., “Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico”, in *Giurisprudenza costituzionale* 2006, p. 1644 ss.
- LUTHER J., “Il giudice costituzionale può fermare una guerra? Una sentenza del Bundesverfassungsgericht sull’intervento militare in Kosovo”, in *Diritti*

umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale, M DOGLIANI, S. SICARDI (a cura di), Torino, 1999, p. 85 ss.

- MACCHIA M., “Le ‘instabili’ fondamenta del bicameralismo costituzionale”, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico* 2018, p. 233 ss.
- MAGGI V., “Le nozioni costituzionali di ‘tempo di guerra’ e ‘stato di guerra’”, in *Rassegna della giustizia militare* 1981, p. 187 ss.
- MAGRINI M., “Art. 60”, in *Commentario breve alla Costituzione*, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), Padova, 2008
- MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, Torino, 2021
- MALIZIA S., “Giurisdizione penale militare”, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1971
- MANCINI M., *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, Torino, 2009
- MARAZZITA G., *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003
- MARINI G., “Art. 103, 3° co.”, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, p. 2001 ss.
- MARTINES T., *Diritto Costituzionale*, Milano, 2017
- MARTIRE D., “Disciplina militare e coesione delle Forze armate. Spunti di riflessione a proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 215 del 2017”, in *Giurisprudenza costituzionale* 2017, p. 2028 ss.
- MARTUCCI R., *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, 2002

- MAZZIOTTI DI CELSO M., “Parlamento (funzioni)”, in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, F. PIGA (a cura di), Milano, 1981, p. 758 ss.
- MAZZIOTTI DI CELSO M., *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, 1993
- MAZZOLA A., “Il ripudio alla guerra sospeso tra crisi della democrazia interna e mutamento delle regole internazionali”, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo Online (Convegno Diritto Pubblico Comparato Europeo Pescara 2023)* 2024, p. 197 ss.
- MODUGNO F., “Norma (teoria generale)”, in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, F. PIGA (a cura di), Milano, 1978, p. 328 ss.
- MODUGNO F., *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*. Torino, 2000
- MODUGNO F., NOCILLA D., “Stati d'emergenza nell'ordinamento italiano”, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, P. PISTONE (a cura di), Milano, 1988, p. 515 ss.
- MONATERI P. G., “Morfologia, Storia e Comparazione. La nascita dei ‘sistemi’ e la modernità politica”, in *Max Planck Institute for European Legal History*, 2018, p. 267 ss.
- MONEGO D., “Art. 103”, in *Commentario breve alla Costituzione*, C. BARTOLE, P. BIN (a cura di), Padova, 2008, p. 922 ss.
- MONTEROSSO A., “Esercito”, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, R. SACCO (a cura di), Torino, 1991, p. 157 ss.
- MORBIDELLI G., “Le dinamiche della costituzione”, in *Diritto costituzionale comparato*, G. MORBIDELLI, M. VOLPI, G. CERRINA FERRONI (a cura di), Torino, 2020, p. 97 ss.
- MORELLI M. R., “L'art. 102-103”, in *Commentario breve alla Costituzione*, V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), Padova, 1990, p. 640 ss.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967

- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976
- MOTZO G., “Assedio (stato di)”, in *Enciclopedia del diritto*, F. CALASSO (a cura di), Milano, 1958, p. 250 ss.
- MOTZO G., “Comando Forze armate”, in *Enciclopedia del diritto*, F. CALASSO (a cura di), Milano, 1960, p. 707 ss.
- MOTZO G., “Le situazioni di emergenza e di grave necessità pubblica”, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Milano, 1967, p. 567 ss.
- NOCILLA D., “Atti bicamerali non legislativi”, in *Enciclopedia del diritto*, A. FALZEA, V. SGROI (a cura di), Milano, 1997, p. 183 ss.
- NOCILLA D., “Servizio militare femminile e Costituzione”, in *Diritto e società* 1981, p. 161 ss.
- NOLTE G., “Targeted killings”, in *Max Planck Encyclopaedia*, 2011
- O' CONNELL M. E., “When Is a War Not a War? The Myth of the Global War on Terror”, in *ILSA Journal of International & Comparative Law* 2006, p. 535 ff. (disponibile su www.heinonline.org)
- O'CONNELL A., “The Global Wars on Terror”, in *The Cambridge History of America and the World*, D. C. ENGERMAN, M. P. FRIEDMAN, M. MCALISTER (a cura di), 2022, p. 707 ff. (disponibile su www.cambridge.org)
- O'CONNELL M. E., “The Legal Case Against the Global War on Terror”, in *Cse W. Res. Int'L*, 2004, p. 349 ff. (disponibile su www.scholar.law.nd.edu)
- OCHOA-RUIZ N., SALAMANCA-AGUADO E., “Exploring the Limits of International Law Relating to the Use of Force in Self-Defence”, in *European Journal of International Law*, 2005, p. 499 ff. (disponibile su www.heinonline.org)

- OLIVETTI M., “Le funzioni legislative regionali”, in *La repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo*, T. GROPPi, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2001, p. 85 ss.
- OLIVETTI M., *Diritti fondamentali*, Torino, 2018
- ONIDA V., “Guerra, diritto, Costituzione”, in *Il Mulino* 1999, p. 959 ss.
- OREND B., *War and international justice: a Kantian perspective*, Waterloo, 2000
- ORNAGHI L., “Stato”, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, R. SACCO (a cura di), Torino, 1999, p. 25 ss.
- PACE A., “In difesa della ‘naturale’ rigidità delle costituzione scritte”, in *Giurisprudenza costituzionale* 1995, p. 1209 ss.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003
- PACTET P., MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., *Droit constitutionnel*, Parigi, 2008
- PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Padova, 1998
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996
- PALADIN L., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1989
- PALLANTE F., *Per scelta o per destino: la Costituzione tra individuo e comunità*, Torino, 2018
- PANDOLFO M., “La Somalia coloniale: una storia ai margini della memoria italiana”, in *Diacronie (Studi di Storia Contemporanea)* 2013
- PANEBIANCO A., *Guerrieri democratici. Le democrazie e la politica di potenza*, Bologna, 1997

- PANEBIANCO M., “Guerra (diritto internazionale)” in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1989, p. 1 ss.
- PANEBIANCO M., “Nazioni unite (ONU)”, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, p. 1 ss.
- PATRONI GRIFFI A., “Art. 78”, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, p. 1531 ss.
- PAULUS A., VASHAKMADZE M. , “Asymmetrical war and the notion of armed conflict - a tentative conceptualization”, in *International Review of the Red Cross* 2009, p. 95 ff. (disponibile su www.heinonline.org)
- PEDRAZZA GORLERO M., *Le fonti del diritto. Lezioni*, Padova, 1995
- PEDRAZZA GORLERO M., *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, Milano, 2010
- PENSOVECCHIO LI BASSI A., “Conflitti costituzionali”, in *Enciclopedia del diritto*, F. CALASSO (a cura di), Milano, 1961, p. 998 ss.
- PERLINGIERI P, FEDERICO A., “Art. 103”, in *Commento alla Costituzione italiana*, P. PERLINGIERI (a cura di), Napoli, 2001, p. 753 ss.
- PERLINGIERI P., FEMIA P., ‘Art. 78’, in *Commento alla costituzione italiana*, P. PERLINGIERI (a cura di), Napoli, 2001, p. 571 ss.
- PERLINGIERI P., M. PARELLA, “Art. 60-61”, in *Commento alla Costituzione italiana*, P. PERLINGIERI (a cura di), Napoli, 2001, p. 389 ss.
- PERLINGIERI P., MESSINETTI R., “Art. 11”, in *Commento alla costituzione italiana*, P. PERLINGIERI (a cura di), Napoli, 2001, p. 60 ss.
- PERLINGIERI P., MESSINETTI R., “Art. 2”, in *Commento alla costituzione italiana*, P. PERLINGIERI (a cura di), Napoli, 2001, p. 6 ss.

- PERLINGIERI P., URCIUOLI M. A., “Art. 52”, in *Commento alla costituzione italiana*, P. PERLINGIERI (a cura di), Napoli, 2001, p. 353 ss.
- PETERSEN N., “Life, Right to, International protection”, in *Max Planck Encyclopaedia*, 2019
- PETRANGELI F., “L’aggressione all’Ucraina da parte della Federazione Russa: una cronaca costituzionale tra Roma e Bruxelles”, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2023, p. 1203 ss.
- PIERANDREI F., “Corte costituzionale”, in *Enciclopedia del diritto*, F. CALASSO (a cura di), Milano, 1962, p. 874 ss.
- PINELLI C., *Forme di stato e forme di governo*, Napoli, 2009
- PINNA P., “Guerra (stato di)”, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, R. SACCO (a cura di), Torino, 1993, p. 50 ss.
- PINNA P., *L’emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988
- PISANESCHI A., *Diritto costituzionale*, Torino, 2022
- PIZZORUSSO A., *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005
- PIZZORUSSO A., *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1997
- POGETTA M., “Uso della forza nella comunità internazionale e Costituzione”, in *Idee in cammino: il dialogo con i costituzionalisti bresciani*, V. ONIDA (a cura di), Bari, 2019, p. 255 ss.
- POLI L., *La responsabilità di proteggere e il ruolo delle organizzazioni internazionali regionali. Nuove prospettive dal continente africano*, Napoli, 2011
- POLLOCK F., “What Is Martial Law”, in *Law Quarterly Review* 1902, p. 152 ff.

- POMBENI P., “Il 'cattolicesimo democratico' nella ricostruzione dell'Italia post-bellica, in *Quando i cattolici non erano moderati: figure e percorsi del cattolicesimo democratico in Italia*, L. GUERZONI (a cura di), p. 29 ss.
- PORTER B. D., *War and the rise of the state: The military foundations of Modern Politics*, New York, 1994
- PREDIERI A., “La difesa e le forze armate”, in *Commentario sistematico alla costituzione italiana*, P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), Firenze, 1950, p. 473 ss.
- PREDIERI A., *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963
- RACCIOLI F., BRUNELLI I., *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909
- RACIOPPI F., “Lo stato d’assedio e i tribunali di guerra”, in *Giornale degli economisti* 1898, p. 136 ss.
- RANELLETTI O., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1937
- RASLER K.A., THOMPSON W.R., *War and State making: the shaping of the global powers*, Boston, 1989
- RECCHIA S., “Guerra giusta e interventi umanitari: un approccio moderatamente consequenzialista”, in *Teoria politica* 2006, p. 81 ss.
- REGASTO S., “Costituzione e guerra. I pavidetti Costituenti”, in *Dossier “Pandemia, guerra e pnrr”*, 2022, p. 32 ss. (disponibile su www.saveriani.it/missioneoggi)
- REINHARD W., *Storia dello stato moderno*, Bologna, 2010
- RIDOLA P., “Il costituzionalismo fra dimensione storica e mondializzazione dello Stato costituzionale”, in *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione. Atti del convegno dell’Associazione di Diritto Pubblico comparato ed Europeo*, R. ORRÙ, L. G. SCIANNELLA (a cura di), Torino, 2004, p. 311 ss.

- RIDOLA P., *Esperienza costituzioni storia. Pagine di storia costituzionale*, Napoli, 2019
- RIONDATO S., “Missioni militari internazionali italiane c.d. di pace all'estero. Novità giuspenalistiche nella legge di riforma 21 luglio 2016, n. 145”, in *La normativa penale applicabile alle missioni internazionali dell'Italia dopo la legge n. 145/2016*, 2017, p. 287 ss.
- RIST G., “Origine de l'idéologie humanitaire et légitimité de l'ingérence”, in *Dérives humanitaires, états d'urgence et droit d'ingérence*, Parigi, 1994, p. 33 ss.
- RIVELLO P., *Manuale del diritto e della procedura penale militare. Ordinamento giudiziario militare*, Torino, 2021
- RODRIGUEZ M., “Art 78”, in *Commentario breve alla Costituzione*, V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), Padova, 1990, p. 485 ss.
- ROMANO S., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933
- ROMANO S., *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988
- ROMBOLI R., ROSSI E., “Giudizio di legittimità costituzionale delle leggi”, in *Enciclopedia del diritto*, V. ANTONUZI, A. D'ANGELIS (a cura di), Milano, 2001, p. 503 ss.
- RONZITTI N., “Guerra”, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, R. SACCO (a cura di), Torino, 1993, p. 17 ss.
- RONZITTI N., “La legge italiana sulle missioni internazionali”, in *Rivista di Diritto internazionale* 2017, p. 474 ss.
- RONZITTI N., *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2021
- ROSSI L., “I ‘pieni poteri’”, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia* 1937, p. 345 ss.

- ROSSI P., “La compatibilità con il diritto internazionale e la Costituzione italiana dell’invio di aiuti militari all’Ucraina”, in *Quaderni di SIDIBlog* 2022, p. 185 ss. (disponibile su www.sidiblog.org)
- ROUDIER K., “Guerre contre le terrorisme”, in *Il diritto della guerra e della pace*, Napoli, 2019, p. 97 ss.
- ROUVILLOIS F., *Libertés fondamentales*, Parigi, 2019
- SALERNO G. M., “Art. 60”, in *Commentario breve alla Costituzione*, V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), Padova, 1990, p. 373 ss.
- SALERNO G. M., MALAISI B., “Art. 87”, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Milano, 2006, p. 1685 ss.
- SALUZZO S., “Non belligeranza e legittima difesa collettiva nel contesto del conflitto tra Russia e Ucraina”, in *Costituzionalismo.it* 2024, p. 46 ss.
- SALVATICI S., “Trent’anni di umanitarismo internazionale”, in *Ricerche di storia politica*, 2015, p. 177 ss.
- SCHMITT C., *La sfida dell’eccezione (introduzione di Franco Ferrarotti)*, Roma-Bari, 1986
- SCISO E. “L’intervento in Kosovo: l’improbabile passaggio dal principio del divieto a quello dell’uso della forza”, in *L’intervento in Kosovo*, E. SCISO (a cura di), Milano, 2001
- SCUDIERO M., *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli, 1969
- SERENI A. P., *Diritto internazionale*, Milano, 1965
- SHAW M. N., *International Law*, Cambridge, 2017

- SICARDI S., “I mille volti della Guerra, la Costituzione e il diritto internazionale”, in *Diritti umani e uso della forza*, M. DOGLIANI, S. SICARDI (a cura di), Torino, 1999, p. 95 ss.
- SILEONI S., “Articolo 60”, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), Bologna, 2018, p. 40 ss.
- SIMONELLI E., “Il caso della Francia”, in in *Guerra e Costituzione. Atti del Convegno dell’Università degli Studi “Roma tre”*, P. CARNEVALE (a cura di), Torino, 2004, p. 246 ss.
- SOMMARUGA C., “Il diritto internazionale umanitario e il suo rispetto: una sfida permanente”, in *Rivista di Studi Politici Internazionali* 2012, p. 25 ss.
- SORRENTINO F., “Le fonti del diritto”, in *Manuale di diritto pubblico*, G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), Bologna, 1984, p. 127 ss.
- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2023
- SPAGNOLO A., “Le operazioni militari dell’Unione europea come strumento per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale”, in *Coesione interna e sicurezza internazionale. Quali sfide per la pace europea?*, E. CASTELLI (a cura di), Napoli, 2023, p. 155 ss.
- SPAGNOLO A., “Prime considerazioni sul tentativo della Russia di giustificare l’intervento armato in Ucraina”, in *SIDIBlog* 2022 (disponibile su www.sidiblog.org)
- SPERTI A., “Art. 60”, in *Commentario alla costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, p. 1176 ss.
- STOCCHETTI M., “Diritto e potere nella politica internazionale”, in *Mulino*, Bologna, 1999, p. 359 ss.
- STRADELLA E., *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e ‘prassi’*, Torino, 2008

- TILLY C., *Coercion, Capital, and European States AD 990-1990*, Oxford, 1990
- TONOLETTI B., “Ordine e sicurezza pubblica”, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2022, p. 791 ss.
- TONOLO S., “Neutralità e non intervento nel diritto internazionale attuale”, in *Attraverso i conflitti. Neutralità e commercio fra età moderna ed età contemporanea*, D. ANDREOZZI (a cura di), Trieste, 2022, p. 131 ss.
- TOSATO E., “Stato (dir. Cost.)”, in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, S. LARICCIA, F. PIGA (a cura di), Milano, 1990, p. 758 ss.
- TRAMONTANA, “Uccisioni mirate, legittima difesa preventiva e diritti umani”, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2018, p. 53 ss.
- TRAPP K. N., “Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defense against Non-State Terrorist Actors”, in *International and Comparative Law Quarterly* 2007, p. 141 ff.
- TRAVERSA S., “Legislatura”, in *Enciclopedia del diritto*, G. LANDI, F. PIGA (a cura di), Milano, 1974, p. 1 ss.
- TRAVERSA S., “Riserva di legge d’assemblea”, in *Studi per il ventesimo anniversario dell’Assemblea costituente*, Firenze, 1969, p. 615 ss.
- TRAVERSA S., *Proroga e “prorogatio” delle Camere*, Roma, 1983
- VARI F., “Necessitas non habet legem? Alcune riflessioni sulle situazioni di emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano”, in *Rivista di diritto costituzionale “Gruppo di Pisa”* 2003, p. 189 ss.
- VEDASCHI A., “Articolo 78”, in *La Costituzione italiana: commento articolo per articolo*, F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. ENEA VIGEVANI (a cura di), Bologna, 2018, p. 133 ss.
- VEDASCHI A., *À la guerre comme à la guerre. La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007

- VEDOVATO G., “I rapporti internazionali dello Stato”, in *Commentario sistematico alla costituzione italiana*, P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), Firenze, 1950, p. 87 ss.
- VENDITTI R., *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, Milano, 1985
- VENDITTI R., *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1985
- VIOLA F., “Pace giusta e guerra giusta. Luci ed ombre del diritto internazionale contemporaneo”, in *Rivista di diritto costituzionale “Gruppo di Pisa”* 2003, p. 212 ss.
- VITALI G., “Guerra (diritto penale militare-marittimo)”, in *Enciclopedia Giuridica italiana*, A. ASCOLI, E. FLORIAN (a cura di), Milano, 1935, p. 672 ss.
- VOLPI M., *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2013
- VON ELBE J., “The Evolution of the Concept of the Just War in International Law”, in *American Journal of International Law* 1939, p. 665 ff.
- WITTICH S., “Use of Force, Self-Defence and the Unrealism in International Law”, in *Austrian Review of International and European Law* 2009, p. 79 ff. (disponibile su www.heinonline.org)
- ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2007
- ZEGVELD L., *Accountability of armed opposition groups in international law*. Cambridge, 2002
- ZOLO D., “La filosofia della ‘guerra umanitaria’ da Kant a Habermas”, in *Iride* 1999, p. 249 ss. (disponibile su www.rivisteweb.it)

Guerra (stato di): tra vincoli costituzionali e obblighi internazionali

- ZUCCHETTI M., “Guerre giuste e ingiuste”, in *Mondo di guerra*, A. CATONE, A. PONZIO (a cura di), Milano, 2005, 122 ss.

ATTI NORMATIVI

- Costituzione
- l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3 concernente “Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione”
- legge costituzionale 9 febbraio 1963 n. 2 concernente “Modificazioni agli articoli 56, 57 e 60 della Costituzione”

- l. 2 agosto 1848 n. 759
- l. 25 aprile 1859 n. 750
- l. 22 maggio 1915 n. 671 concernente “Riflettente il conferimento al Governo del Re di poteri straordinari in caso di guerra”
- l. 10 maggio 1918 n. 634 concernente “Proroga per la XXIV legislatura il termine stabilito dall'art. 42 dello Statuto del Regno”
- l. 3 dicembre 1922 n. 1601 concernente “Delegazione di pieni poteri al Governo del Re per il riordinamento del sistema tributario e della pubblica amministrazione”
- l. 31 gennaio 1926 n. 100 concernente “Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche”
- l. 13 dicembre 1928 n. 2832 concernente “Delega al Governo del Re ad emanare norme, aventi forza di legge, per la completa attuazione della Carta del Lavoro”
- l. 28 luglio 1950 n. 624 concernente “Istituzione del Consiglio supremo di difesa”
- l. 11 marzo 1953 n. 87 concernente “Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale”
- l. 7 maggio 1981 n. 180 concernente “Modifiche all'ordinamento giudiziario militare di pace”
- l. 18 febbraio 1997 n. 25 concernente “Attribuzioni del Ministro della difesa, ristrutturazione dei vertici delle Forze armate e dell'Amministrazione della difesa”

- l. 8 luglio 1998 n. 230 concernente “Nuove norme in materia di obiezione di coscienza”
- l. 20 ottobre 1999 n. 380 concernente “Delega al Governo per l'istituzione del servizio militare volontario femminile”
- l. 23 agosto 1988 n. 400 concernente “Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri”
- l. 9 luglio 1990 n. 185 concernente “Nuove norme sul controllo dell'esportazione, importazione e transito dei materiali di armamento”
- l. 23 dicembre 1996 n. 662 concernente “Misure di razionalizzazione della finanza pubblica”
- l. 31 gennaio 2002 n. 6 concernente “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1 dicembre 2001, n. 421, recante disposizioni urgenti per la partecipazione di personale militare all'operazione multinazionale denominata “Enduring Freedom”. Modifiche al codice penale militare di guerra, approvato con regio decreto 20 febbraio 1941, n. 303”
- l. 27 febbraio 2002 n. 15 concernente “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 dicembre 2001, n. 451, recante disposizioni urgenti per la proroga della partecipazione italiana ad operazioni militari internazionali”
- l. 28 novembre 2005, n. 246 concernente “Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005”
- l. 21 luglio 2016 n. 145 concernente “Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali”
- l. 17 giugno 2022 n. 71 concernente “Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura”
- d. l. 22 gennaio 1948 n. 21 concernente “Disposizioni di coordinamento in conseguenza dell'abolizione della pena di morte”
- d. l. 28 febbraio 2022 n. 16 concernente “Ulteriori misure urgenti per la crisi in Ucraina”
- d. lgs. 15 marzo 2010 n. 66 concernente “Codice dell'ordinamento militare”

- d. lgs. 29 gennaio 2024 n. 8 concernente “Disposizioni sul funzionamento del Consiglio della magistratura militare e sull'ordinamento giudiziario militare ai sensi dell'articolo 40, comma 2, lettere d) ed e), della legge 17 giugno 2022, n. 71”
- d. Lgt. 10 agosto 1944 n. 224 concernente “Abolizione della pena di morte nel Codice penale”
- d. P. R. 14 febbraio 1964 n. 199 concernente “Revisione della circoscrizione dei Tribunali militari territoriali”
- d. P. R. 15 marzo 2010 n. 90 concernente “Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246”
- d. P. R. 24 febbraio 2012 n. 40 concernente “Regolamento recante modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 15 marzo 2010, n. 90, concernente il Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246”
- r. d. 6 novembre 1926 n. 1848 concernente “Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza”
- r. d. 18 giugno 1931 n. 773 concernente “Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza”
- r. d. 8 luglio 1938 n. 1415 concernente “Approvazione dei testi della legge di guerra e della legge di neutralità”
- r. d. 30 gennaio 1941 n. 12 concernente “Ordinamento giudiziario”
- r. d. 20 febbraio 1941 n. 303 concernente “Codici penali militari di pace e di guerra”
- r. d. 9 settembre 1941 n. 1022 concernente “Ordinamento giudiziario militare”

GIURISPRUDENZA

➤ Giurisprudenza nazionale

- Corte costituzionale, sentenza del 14 giugno 1956, n. 1
- Corte costituzionale, sentenza del 3 luglio 1957, n. 119
- Corte costituzionale, sentenza del 19 aprile 1962, n. 37
- Corte costituzionale, sentenza del 16 giugno 1964 n. 43
- Corte costituzionale, sentenza del 24 aprile 1967, n. 53
- Corte costituzionale, sentenza 27 dicembre 1973, n. 183
- Corte costituzionale, sentenza del 8 luglio 1975, n. 190
- Corte costituzionale, sentenza del 24 maggio 1977, n. 86
- Corte costituzionale, sentenza del 7 febbraio 1978, n. 16
- Corte costituzionale, sentenza del 11 febbraio 1981, n. 25
- Corte costituzionale, sentenza del 30 luglio 1984, n. 239
- Corte costituzionale, sentenza del 31 maggio 1990, n. 278
- Corte costituzionale, sentenza del 25 luglio 1994, n. 347
- Corte costituzionale, sentenza del 12 marzo 1998, n. 63
- Corte costituzionale, sentenza del 18 maggio 1999, n. 172
- Corte costituzionale, sentenza del 19 luglio 2013, n. 220
- Corte costituzionale, sentenza del 11 novembre 2016, n. 240
- Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 19 gennaio 2012, n. 240

➤ Giurisprudenza internazionale

▪ Francia

- Conseil d'État, arrêt del 2 marzo 1962 (*Rubin de Servens*)
- Conseil Constitutionnel n. 85-187 DC del 25 gennaio 1985
- Conseil d'État, arrêt del 23 ottobre 1964 (*D'Oriano*)

▪ Nazioni Unite

- International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 luglio 2004

Guerra (stato di): tra vincoli costituzionali e obblighi internazionali

- International Court of Justice, *Case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, judgment del 30 novembre 2010
- International Court of Justice, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgement del 27 giugno 1986
- International Court of Justice, *Case concerning oil platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgement of 6 novembre 2003
- International Court of Justice, *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, judgment del 24 maggio 1980
- Tribunale penale internazionale per l'ex-Iugoslavia
- International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Prosecutor c. Tadic*, IT-94-1-AR72, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction* del 2 ottobre 1995

ALTRI DOCUMENTI UFFICIALI

- Italia
- La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Camera dei deputati-Segretariato generale, Roma
- Nazioni Unite
- Assemblea generale Nazioni Unite, risoluzione n. 1514 (1960) del 14 dicembre 1960
- Consiglio di sicurezza, risoluzione n. 688 (1991) del 5 aprile 1991
- Consiglio di sicurezza, risoluzione n.1373 (2001) del 28 settembre 2001
- Consiglio di sicurezza, risoluzione n. 1575 (2004) del novembre 2004