

La persistenza della guerra e il diritto costituzionale

di Giuseppe de Vergottini

Abstract: *The War persistence and Constitutional Law* - In the last decades, armed conflicts between states and, in general, international crisis have taken place in such a manner that doesn't allow anymore to refer exclusively to the term "war". Consequently, the constitutional prohibition provided by art. 11 of the Constitution may result outdated and, in the end, unfit to provide safe solutions for the constitutional challenge of international conflicts resolution initiatives. Nonetheless, the wide scope of the emergency legislation provision endows the State with the appropriate powers to take the necessary measures. The article analyses the initiatives that Italy has recently taken in the ongoing conflict between Ukraine and Russia with the purpose to verify the compatibility with Constitutional law.

Keywords: War; Non-belligerent state; International armed conflict; Mootw; Neutrality; Emergency legislation; Defence constitution

1

Parte prima

1. La attualità della guerra nella comunità internazionale

Un interrogativo: il ripudio della guerra dell'articolo 11 consente di poter dire che la guerra scompare dal mondo dei rapporti internazionali in cui la Repubblica è inclusa?

La risposta evidentemente è negativa.

In linea di principio è del tutto irrealistico affermare una radicale incompatibilità fra stato costituzionale e guerra. Purtroppo, come dimostra l'imprevisto repentino evento della aggressione bellica alla Ucraina, la guerra è oggettivamente possibile nella comunità internazionale a prescindere dal regime costituzionale degli stati coinvolti e dal suo divieto legale.

La guerra è un evento che fa astrazione dai principi che caratterizzano la volontà costituente nella scelta sulla forma stato.

Se guardiamo indietro nei decenni trascorsi rimane confermato che l'apparato normativo dell'articolo 11 sul ripudio della guerra¹ inserito nel

¹ Sulla scelta terminologica del "ripudio" in luogo di altre soluzioni quali "rinuncia" o "condanna" della guerra in Assemblea costituente, si rimanda, per tutti, a M. Benvenuti, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2010, 33 ss.

testo costituzionale sulla scia della reazione maturata nella comunità internazionale al termine di un disastroso conflitto mondiale² appare distante dalla realtà maturata negli anni seguiti al varo della costituzione. Il concetto di guerra va aggiornato con quello più ampio di conflitto armato nel cui ambito la guerra rimane l'ipotesi estrema per intensità della applicazione della forza. Le figure di conflitto possibili si sono aggiornate quanto alle motivazioni con ipotesi di guerra giusta e umanitaria e per quanto riguarda le circostanze temporali con la guerra preventiva e anticipatrice. In questa cornice il principio della rinuncia rimane, in linea con le previsioni dello Statuto ONU, sì da sostanzarsi in una lettura compatibile dell'art. 11 (che si ricorda composto di più principi ma redatto in un unico comma). In contrasto apparente col tassativo divieto di guerra che non sia difensiva si riscontrano casi di evidente rilevanza in cui l'Italia ha svolto attività di sicura natura bellica che addirittura hanno comportato aggressione ad altri stati pur se motivate con ragioni umanitarie. 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. Quello che appare storicamente affermato è il dato di fatto per cui gli organi costituzionali in occasione dell'intervento bellico nel caso del Kosovo e della Libia hanno agito nella convinzione che la motivazione umanitaria non incontrasse il limite assoluto della prima parte dell'articolo 11. Quindi o si è operata una lettura estensiva del concetto di difesa intendendo tale anche quella esercitabile per proteggere comunità umane stanziato sul territorio di altri stati e minacciate di sterminio da parte del locale potere territoriale. Oppure si è introdotta una tacita modifica derogatoria *pro parte* del disposto costituzionale.

È interessante notare che questi fatti hanno letteralmente sconvolto l'impostazione dei costituenti: l'impianto costituzionale prevedeva le ipotesi di guerra subita potenzialmente dall'Italia nei cui confronti reagire in difesa.

Sull'interpretazione dell'articolo 11, nella sconfinata letteratura, cfr. R. Ibrido, *L'art. 11 della costituzione come clausola di cooperazione societaria e fattore condizionante della politica estera italiana*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2022, 37 ss.. Cfr. altresì: L. Carlassare, *L'art. 11 Cost. nella visione dei Costituenti*, in *Costituzionalismo.it*, 11 febbraio 2013; M. Cartabia, L. Chieffi, *Art. 11*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, 1, Torino, 2006, 263 ss.; M. Benvenuti, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2010; G. de Vergottini, *Il "ripudio della guerra", il divieto dell'uso della forza e l'invio delle missioni militari all'estero*, in N. Ronzitti (a cura di), *L'articolo 11 della Costituzione baluardo della vocazione internazionale dell'Italia*, Napoli, 2013, 31 ss.; A. Guazzarotti, *Articolo 11*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. E. Vigevani, (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, 80.

² Sulla reazione pacifista agli esiti della Seconda guerra mondiale come trasfusi nelle costituzioni degli stati che avevano fatto parte dell'Asse, cfr. M. G. Losano, *Il rifiuto della guerra nelle costituzioni postbelliche di Giappone, Italia e Germania*, in L. Moita, L. Valença Pinto (a cura di), *Espaços económicos e espaços de segurança*, Lisbona, 2017, 71 ss., pubblicato anche in *Le tre costituzioni pacifiste*, Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, 2020. Per una analisi comparativa dell'atteggiarsi delle costituzioni sul tema della guerra, cfr. A. Vidaschi, *Guerra e Costituzioni: spunti dalla comparazione*, in *AIC Osservatorio costituzionale*, 3/2022, 51 ss.

I fatti invece hanno dimostrato che in adesione a scelte altrui l'Italia è giunta a svolgere attacchi offensivi finalizzati al cambio di regime in Serbia e Libia. Da guerra subita a guerra promossa, tra l'altro senza delibere formali di attivazione dell'articolo 78 che nella logica dei costituenti era disposizione che offriva chiara indicazione della presa di coscienza della potenziale praticabilità dell'ingresso della Repubblica in una guerra fra stati³. Disposto oggetto di modifica costituzionale implicita⁴ sostanzialmente reso inutile dal fatto che la Repubblica ha in sostituzione utilizzato la seconda parte dell'articolo 11 considerando come fonte di riferimento le determinazioni assunte dagli organi di governo delle organizzazioni internazionali di sicurezza collettiva⁵.

2. Un concetto di guerra compatibile con l'articolo 11

La Costituzione non offre una definizione di guerra internazionale anche se alcune sue clausole ne trattano lasciando intendere che sarà il diritto internazionale a definirne le caratteristiche. E questo in quanto i costituenti hanno fatto ricorso alla tecnica delle clausole in bianco, recependo l'istituto così come prospettantesi nel diritto internazionale⁶. Pertanto il concetto di guerra progressivamente evolutosi nei rapporti internazionali condiziona la lettura delle relative clausole costituzionali e al mutare della definizione della guerra secondo il diritto internazionale muta contemporaneamente il concetto di guerra rilevante per il diritto statale. 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.

È ben noto infatti che prassi, trattati e giurisprudenza dei tribunali internazionali hanno progressivamente ristretto il concetto di guerra classico considerandolo il profilo estremo della conflittualità internazionale. Il concetto più elastico che ha preso il sopravvento è da tempo quello di conflitto armato internazionale,⁷ conflitto che può presentare diversa

³ Cfr. A. Vidaschi, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa e G.E. Vigevani, II, Bologna, 2021, sub art. 78, 146 ss.; V. Piergigli, *Potere e stato di emergenza*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, V, Milano, 2023, 603 ss.

⁴ Sulla emarginazione dell'art. 78 in quanto inapplicabile all'attuale stato dei rapporti conflittuali internazionali, cfr. P. Carnevale, *Guerra, Costituzione e legge. Qualche riflessione sul trattamento costituzionale della guerra anche alla luce della recente legge sulle missioni internazionali*, in P. Carnevale, E. Greppi, K. Roudier, *Il diritto della Guerra e della Pace*, Napoli, 2019, 38 ss.; A. Lo Calzo, *L'attualità del fenomeno bellico fra principi supremi e assetto delle fonti. L'ordinamento italiano di fronte alla guerra in Ucraina*, in *Consulta on line*, 2023, 1, 241 ss..

⁵ Nell'articolo 11 sono inclusi due principi di indirizzo: il divieto di guerra aggressiva ma anche l'inserimento dell'Italia nel circuito delle organizzazioni internazionali di sicurezza: G. de Vergottini, *Guerra e Costituzione*, cit., 20 ss.; nonché, recentemente, Id., *La Costituzione e il ritorno della guerra*, in *Osservatorio AIC*, 3/2022, 5.

⁶ G. de Vergottini, *Guerra e Costituzione*, cit., 71 ss.; recentemente su tali posizioni anche G. Marazzita, *Guerra vietata, legittima e necessaria*, in *Federalismi.it*, 22/2022, 52 ss..

⁷ N. Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 7 ed., Torino, 2021; M. Mancini,

intensità e di cui la guerra finisce per essere ipotesi estrema e solitamente residuale.

Particolarmente varia è la moltitudine di situazioni conflittuali che interessano i rapporti interordinamentali con possibile ricorso alla forza armata. Queste situazioni nella prassi vengono spesso incluse nella ampia categoria delle emergenze⁸, termine con cui si indicano sia i profili meramente fattuali delle situazioni anomale di rischio per la civile convivenza sia i regimi giuridici derogatori della ordinarietà costituzionale che possono implicare sospensione delle garanzie costituzionali.

La pratica ha consentito di individuare diverse ipotesi riferibili a situazioni richiedenti intervento armato (*Mootw: Military Operations Other Than War*): operazioni di *peace keeping*, *peace building*, *peace enforcing*, soluzione di crisi, interventi umanitari, interventi di stabilizzazione, con una ricca varietà di ipotesi e qualificazioni a seconda dell'ordinamento cui ci si riferisca e in cui rientrano anche ipotesi di "conflitto armato", diverse dalla guerra tradizionale⁹. La Corte costituzionale ha tenuto distinte le ipotesi di guerra internazionale tradizionale e quelle di conflitto armato e di missioni armate (*sentenza 240 del 2016, sub 8.2*). Il Consiglio di Stato ha preso atto della pratica delle missioni militari, armate e non, e quindi deputate o meno all'uso della forza armata (*sentenza della Sezione IV del 19 gennaio 2012*). Le situazioni riportabili all'ambito dei conflitti armati sono state ricordate e condivise dalla Corte di cassazione nel caso Calipari. (*Cass. Pen., sez. 1, sentenza 19 giugno 2008 – 24 luglio 2008, n. 31171*). Esiste quindi una articolata possibilità di far ricorso ad attività che comportano il potenziale ricorso all'impiego della forza armata riconducibili in modo sintetico alla figura delle "missioni" su cui nel tempo è intervenuta una ampia normativa

Stato di guerra e conflitto armato, Torino, 2009; U. Leanza e I. Caracciolo, *Il diritto internazionale: diritto per gli stati e diritto per gli individui*. Parte speciale, 3 ed., Torino, 2020, 136 ss.. Per i profili politologici una sintesi critica della letteratura sulle nuove guerre si trova in G.F. Rusconi, *Cosa resta dell'Occidente*, Roma-Bari, 2012, capitolo 6. Sui rapporti fra il concetto di guerra e di conflitto armato, si veda in generale sotto il profilo della rispondenza al quadro costituzionale, P. Carnevale, *La costituzione va alla guerra?*, Napoli, 2013, 152 ss..

⁸ V. Piergigli, *Potere e stato di emergenza*, cit., 603 ss.. Una ricostruzione dei regimi emergenziali conseguenti al 2001 tenendo conto delle differenze fra gli ordinamenti degli stati costituzionali rispetto a quelli caratterizzati da regimi autoritari si trova in G. de Vergottini, *Guerra e costituzione: nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, 209 ss. Per una categorizzazione dei regimi emergenziali, in chiave diacronica e sincronica, A. Vedaschi, *À la guerre comme à la guerre. La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007, 263 ss..

⁹ La l. 27-02-2002, n. 15 ha dato del conflitto armato una definizione che non si allontana in modo significativo da quella di guerra internazionale. Infatti, ai sensi del suo articolo 2, che ha modificato l'articolo 165 del codice penale militare di guerra, «*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*». Quindi si può prospettare che è conflitto armato un conflitto che fa ricorso alle modalità belliche, ma che non implica necessariamente il ricorso a una volontà annientatrice che conduca alla *debellatio*.

La Suprema Corte di cassazione ha affermato che i conflitti armati «*sono qualificati come tali dal diritto internazionale anche se riguardanti guerre civili interne*» (*Cass. Pen., sez. 1, sentenza 11 ottobre 2006 – 17 gennaio 2007, n. 1072, sub 2*).

oggi riconducibile alla legge 21 luglio 2016, n. 146¹⁰. Caratteristica comune alle missioni è quella di riferirsi all'invio fuori del territorio nazionale di corpi armati. Ovviamente solo in limitate ipotesi è intervenuto l'uso della forza armata. In tal caso si fa riferimento a situazioni di conflitto definite operazioni di guerra "a bassa intensità" comportanti regole più restrittive di una guerra vera e propria ma pur sempre implicanti un potenziale significativo impegno della forza armata. Particolarmente complesso è l'intreccio fra conflittualità che vede protagonisti gli stati territoriali e conflittualità che coinvolge organizzazioni armate presenti all'interno di uno stato con possibilità di distinguere guerre interstatali da guerre intrastatali ed extrastatali.

La Costituzione dà copertura soltanto indiretta al modo oggi più utilizzato di impiego della forza armata fuori del territorio nazionale tramite missioni militari¹¹. Lacuna di evidente gravità colmata da prassi parlamentari e governative. Nessun problema si presenta quanto al rispetto del principio del ripudio ove le missioni di *peace keeping* non comportino attività di natura bellica. Diverso il caso del *peace enforcing* quando le misure coercitive sfumano in attività implicanti il ricorso alla forza.

Nel complesso quella parte del testo costituzionale che costituisce la "costituzione della difesa" denota pesantemente i segni del tempo. La sua utilizzazione odierna impone quindi inevitabilmente una costante lettura evolutiva che tenga conto in particolare della influenza e condizionamento imposti dallo scorrere del tempo che ha reso sempre più rilevante il ruolo dei trattati internazionali relativi alla sicurezza che istituiscono apposite organizzazioni abilitate ad assumere determinazioni impegnative per l'Italia tramite i loro organi di governo¹². Oltre ai vincoli derivanti dalla partecipazione a organizzazioni quali la NATO vale la pena menzionare almeno quanto previsto dagli articoli 42-45 del Trattato sull'Unione europea (TUE) con riferimento alle missioni che possono essere deliberate in base a tali previsioni dagli organi comunitari e che quindi possono coinvolgere l'Italia. Questi ultimi riferimenti riguardano attività che possono implicare il ricorso all'apparato militare e quindi il potenziale uso della forza armata¹³.

3. Quale guerra legittima oltre l'articolo 11?

Il ripudio dell'articolo 11 non esclude la attività bellica di legittima difesa¹⁴ né quella che scaturisse da delibere di organizzazioni di sicurezza internazionale ai sensi della seconda parte dell'articolo.

¹⁰ Sul regime previsto dalla legge 145/2016 cfr. G. de Vergottini, *Guerra, difesa e sicurezza, nella costituzione e nella prassi*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2017, 5 ss.; M. Benvenuti, *Luci e ombre della L. N. 145/2016 in tema di partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali. Una prima lettura*, in *Rivista AIC*, 2017.

¹¹ Sul regime delle missioni cfr. G. de Vergottini, *Guerra, difesa e sicurezza nella costituzione e nella prassi*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2017, 19 ss.

¹² D. Cabras, *Il "ripudio della guerra" e l'evoluzione del diritto internazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 297 ss..

¹³ M.E. Bartoloni, *Disciplina dei trattati e prassi evolutiva nelle relazioni internazionali della Unione europea*, in *Il diritto della Unione europea*, 3-4, 2022.

¹⁴ G. Marazzita, *Guerra vietata*, cit., 78 ss..

Sul primo limite al divieto basta ricordare il portato dell'articolo 52¹⁵ della Costituzione relativo al dovere di difesa e il suo collegamento con l'articolo 51 della Carta delle NU¹⁶. Sul secondo limite oltre a quanto previsto dal ricordato articolo 51 vanno richiamati sia l'articolo 5 del Trattato nordatlantico che l'articolo 42, paragrafo 7, del TUE¹⁷.

Queste clausole prevedono l'obbligo dello stato membro della organizzazione internazionale di intervenire in un conflitto in caso di aggressione armata operata da un terzo stato ai danni di un membro della Nato o della UE. Si è a lungo discusso circa la compatibilità con l'articolo 11 della adesione ad accordi di sicurezza quali la Nato e più tardi la UE in quanto questi trattati consentono interventi armati preventivi e operazioni militari variamente motivabili che si prospettano quindi come attività non strettamente difensive¹⁸.

4. Oltre lo stretto perimetro dell'art. 11: la grave crisi internazionale

Il regime della conflittualità che interessa l'ordinamento italiano non solo è complicato dalla rilevata assenza di termini normativi espliciti di cosa debba intendersi per guerra internazionale cui viene avvicinato per la legge penale il conflitto armato ma anche a causa della introduzione in modo del tutto approssimativo e impreciso del concetto di grave crisi internazionale¹⁹.

A livello di normativa subcostituzionale la legge 14 novembre 2000, n. 331, articolo 2, ha equiparato una «grave crisi internazionale nella quale l'Italia sia coinvolta direttamente o in ragione della sua appartenenza a una organizzazione internazionale», implicante il ricorso all'impiego delle forze armate, allo stato di guerra deliberato ai sensi dell'articolo 78 della Costituzione.

Successivamente il Codice dell'ordinamento militare ha in molte sue disposizioni ribadito l'avvicinamento dello stato di guerra (ipoteticamente dichiarabile ai sensi di Costituzione) alla grave crisi internazionale (di cui tuttavia non si precisa espressamente come debba essere intesa e come debba essere dichiarata o accertata) (cfr. d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, artt. 370, 621,

¹⁵ Per una lettura dell'articolo 52 in connessione con gli articoli 11, 78 e 87 della Costituzione, cfr. T.F. Giupponi, *Articolo 52*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana*, vol.1, 2 ed., Bologna, 2021, 346 ss.

¹⁶ La Corte Costituzionale ha ben posto in risalto non la sola liceità ma la *doverosità della difesa*. Entriamo qui nel capitolo dei conflitti armati e della capacità di difesa che può assumere il profilo di un vero e proprio conflitto armato. Perno del ragionamento della Corte diviene l'articolo 52 (sentenza n. 110 del 1998; in prospettiva analoga, cfr. sentenze n. 24 del 2014, n. 106 del 2009, n. 86 del 1977 e n. 82 del 1976).

¹⁷ Cfr. N. Lupo, *L'articolo 11 della costituzione e l'appartenenza dell'Italia alla alleanza atlantica*, in Il Filangieri, *Quaderno 2022*, 30.

¹⁸ Sulla incompatibilità con la costituzione delle operazioni non articolo 5 della NATO, v. C. De Fiore, *Il principio pacifista, la ratifica dei trattati internazionali e la questione della Nato*, in *Democrazia e diritto*, 2020, 66 ss.; M. Luciani, *Dalla guerra giusta alla guerra legale?* in *Teoria politica. Nuova serie, Annali XII*, 2022, 120 ss.

Sulla incostituzionalità del vincolo previsto dall'articolo 42, par. 7, del TUE, vedi F. Salmoni, *Guerra o pace. Stati uniti, Cina e l'Europa che non c'è*, Napoli, 2022, 252 ss..

¹⁹ G. de Vergottini, *Guerra, difesa e sicurezza*, cit., par. 4.

1017, 1326, 1929, 1942, 2057, 2097). Queste disposizioni pongono in evidenza come l'esigenza del rispetto per il valore costituzionale della pace e le ragioni di opportunità che sconsigliano di menzionare espressamente il termine "guerra" non possono eliminare la eventualità o la realtà della guerra. I concetti di grave crisi e di conflitto armato si sono tuttavia rivelati limitrofi o a volte di fatto coincidenti con quello di guerra. Inevitabilmente i richiamati interventi legislativi si riconducono alle precedenti previsioni costituzionali e in particolare sono raccordabili agli articoli 11, 52, 78 e 87, comma 9 e 117 comma 1 della Costituzione e vanno interpretati in modo compatibile con gli stessi.

5. Il ritorno della guerra con l'aggressione della Federazione russa

Per anni si è tentato di accantonare il richiamo del concetto di *debellatio* e quindi di conflitto armato in senso classico, di guerra per l'appunto. Quindi la letteratura costituzionalistica e internazionalistica ha privilegiato il concetto e il termine di conflitto armato. E a diversi casi di conflitto armato l'Italia ha partecipato nel quadro di clausole previste negli accordi di sicurezza internazionale.

Il 24 febbraio del 2022 con la aggressione alla Ucraina ha riattivato il richiamo alla guerra classica cioè al conflitto armato indirizzato all'annichilimento dell'avversario. Un conflitto distruttivo fra stati inequivocabilmente violativo della Carta delle Nazioni Unite.

La guerra a lungo accantonata ha ripreso una sua innegabile centralità nei rapporti fra stati e nelle elucubrazioni dei commentatori.

La guerra è in Europa, non tocca direttamente l'Italia ma la decisione di inviare armi letali all'agredito ha fatto sorgere l'interrogativo circa l'eventuale coinvolgimento del Paese come parte del conflitto e ha posto l'interrogativo della compatibilità di questo invio col fondamentale principio costituzionale di ripudio della guerra. Sorgono diversi interrogativi. L'invio di armi può costituire violazione del principio pacifista dell'articolo 11? Inoltre, in questo principio rientra il regime della imparzialità verso stati in conflitto e quindi si potrebbe prospettare una violazione dell'articolo 11 in quanto il ripudio della guerra includerebbe il rispetto di un obbligo di neutralità?

6. Invio di armi e rispetto dell'art. 11 della Costituzione

L'interpretazione dell'art. 11 va correlata all'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite²⁰, che lascia impregiudicato «il diritto naturale di autotutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un membro delle Nazioni Unite, fintantoché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale». Inoltre, il ricorso all'interpretazione conforme al diritto

²⁰ A. Tanzi, *Riflessioni introduttive per un dibattito sull'uso della forza armata e la legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, in A. Lanciotti, A. Tanzi (a cura di), *Uso della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, 2012, 1-34.

internazionale aiuta a comprendere cosa significhi la guerra difensiva alla luce del fatto che il diritto internazionale consuetudinario riconosce il diritto di legittima difesa individuale e collettiva consentendo l'intervento armato di terzi stati in aiuto dell'agredito. La Corte internazionale di giustizia, nel caso Nicaragua-Stati Uniti, ha affermato che il principio del divieto dell'uso della forza, consacrato nell'art. 2, par. 4, della Carta, va correlato all'art. 51 consentendo il diritto consuetudinario all'aiuto allo stato soggetto a aggressione²¹. Vi è quindi una norma consuetudinaria che legittima l'aiuto. E le consuetudini internazionali hanno rango costituzionale in Italia tramite l'art. 10, comma 1, della Costituzione. Non si può quindi considerare il dettato dell'art. 11 separatamente dalla lettura di queste consuetudini. L'art. 11, in altri termini, non vieta l'utilizzo della forza per prestare assistenza a uno stato che stia reagendo a un attacco armato. Il soccorso all'agredito prestato tramite invio di armamenti apparirebbe quindi conforme al diritto internazionale e non contrario all'art. 11²². Va quindi sottolineato come il diritto internazionale "agganci" quello costituzionale. Per quanto riguarda la decisione italiana di intervenire con l'invio di armamenti, come confermato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, era in corso una aggressione del tutto ingiustificabile dal punto di vista del diritto internazionale cui l'Ucraina stava reagendo in legittima difesa. Si è trattato quindi di una contromisura non obbligata ma ammessa dal diritto internazionale²³.

La decisione governativa di inviare armi adottata con i decreti-legge "derogatori" nn. 14 e 16/2022, non contrasta fra l'altro con la legge 9 luglio 1990 n. 185 che disciplina l'esportazione, l'importazione e il transito dei materiali di armamento. Essa vieta esportazione e transito di armamenti in casi di «contrasto con la Costituzione, con gli impegni internazionali dell'Italia e con i fondamentali interessi della sicurezza dello Stato, della lotta contro il terrorismo e del mantenimento di buone relazioni con altri Paesi, nonché quando manchino adeguate garanzie sulla definitiva destinazione dei materiali» (art. 1, comma 5). Vieta poi esportazioni e transito «verso i Paesi in stato di conflitto armato, in contrasto con i principi dell'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite, fatto salvo il rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia o le diverse deliberazioni del Consiglio dei ministri, da adottare previo parere delle Camere» (art. 1, comma 6). Diversa è la situazione quando il conflitto derivi da una aggressione subita e quindi risponda a esigenze di legittima difesa in linea con l'articolo 51 della Carta. In questo

²¹ ICJ, *Reports*, 1986, 100, par. 176.

²² Sulla compatibilità cfr. E. Cannizzaro, *La guerra ingiusta. Il conflitto in Ucraina fra diritto ed etica internazionale*, in G. Azzariti (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, Napoli, 2022, 25; A. Bultrini, *Alcune considerazioni di un giurista internazionalista sull'invasione dell'Ucraina*, in *Questione giustizia*, 1, 2022, 32.

Contra per dubbi sul mancato rispetto dell'articolo 11, cfr., fra i tanti M. Volpi, *La guerra in Ucraina*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2022; G. Azzariti, *La costituzione rimossa*, *ivi*.

C. De Fiores, *Il principio costituzionale pacifista, gli obblighi internazionali e l'invio di armi a paesi in guerra*, in G. Azzariti (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, Napoli, 2022, 37 ss..

²³ P. Clancy, *Neutral Arms Transfers and the Russian Invasion of Ukraine*, Cambridge, 2023, 540.

caso l'esportazione appare legittima.

L'invio di armamenti a un esercito regolare che operi esclusivamente all'interno del territorio del proprio stato non è qualificabile come uso illegittimo della forza contro l'altra parte belligerante e va considerato come un supporto all'esercizio della legittima difesa individuale da parte dell'Ucraina²⁴. Conclusivamente la linea politica seguita dall'Italia nell'affrontare l'emergenza ucraina appare rispettosa delle clausole dell'articolo 11 in collegamento alle prescrizioni della Carta delle Nazioni Unite.

Nel caso specifico non si è fatto ricorso alla legge n. 145 del 2016 (delibera governativa, comunicazione al Presidente della Repubblica, convocazione del Consiglio supremo di difesa e autorizzazione delle Camere), ma è stato seguito l'iter previsto dall'art. 77 che prevede una decisione provvisoria dell'esecutivo adottata con decreto presidenziale, cui ha fatto seguito la approvazione del Parlamento.

7. L'abbandono della neutralità non comporta violazione dell'articolo 11

Abbiamo visto che in base a una lettura dell'articolo 11 coordinata con il diritto internazionale l'invio di armi allo stato aggredito per agevolare la difesa non implica violazione del principio pacifista dell'articolo 11.

Occorre ora verificare se l'abbandono di una situazione di imparzialità (neutralità) verso la contesa fra Federazione Russa e Ucraina possa dare adito a perplessità in quanto nel concetto di ripudio della guerra potrebbe farsi rientrare l'obbligo di astenersi da interventi a favore di parti in conflitto. L'invio di armi a uno dei due contendenti mette infatti in risalto una presa di posizione contraria alla neutralità.

L'invio di materiali di armamento "letali" alla Ucraina pone quindi sotto questo profilo un ulteriore interrogativo quanto a una possibile violazione dell'articolo 11²⁵.

Occorre quindi porsi la domanda se ripudiare la guerra come voluto dall'articolo 11 significa anche ripudiare un indirizzo che pone il Paese in una posizione di astensione dal prendere parte per uno dei contendenti in un conflitto fra stati. Se la decisione statale si concretizza nell'invio di armi letali a uno dei contendenti ciò significa in concreto rinunciare a una situazione di neutralità? In secondo luogo, tale determinazione può comportare l'assunzione del ruolo di parte del conflitto? Infine, si presenta in concreto il rischio di una partecipazione attiva al conflitto?

L'interrogativo non è inconcludente. L'Italia non è un paese neutralizzato per una propria scelta di valore costituzionale come nel caso

²⁴ Cfr. G. Marazzita, *Guerra vietata*, cit., 97 ss., ritiene l'intervento italiano quale aiuto alla guerra di legittima difesa della Ucraina.

²⁵ L'aggressione russa alla Ucraina ha riproposto e attualizzato l'attenzione della dottrina circa il permanere del principio di neutralità e la sua violazione. Cfr. G. Bartolini, *The Law of Neutrality and the Russia/Ukraine Conflict: Looking at State Practice*, in EjiL: Talk, April 11, 2023. S. Talmon, *Waffenlieferungen an die Ukraine als Ausdruck eines wertebasierten Völkerrechts*, in *Verfassungsblog*, 2022/3/09.

della Svizzera²⁶ o per un vincolo internazionalmente imposto, come per l'Austria²⁷. E dai lavori della Assemblea costituente risulta chiaramente che fu rigettata l'idea della neutralizzazione permanente similmente a quanto previsto dal regime costituzionale svizzero. Quindi la neutralità è *status* che va stabilito caso per caso. Di fronte a qualsiasi nuovo conflitto internazionale matura l'esigenza di decidersi se intervenire o no (e come). Si tratta di una scelta di indirizzo connessa alla discrezionalità statale. Nel conflitto afgano l'Italia è uscita dalla neutralità schierandosi dalla parte degli Stati Uniti in quanto stato sotto attacco terroristico talebano²⁸. La scelta se rimanere neutrale o intervenire viene fatta quindi caso per caso.

Collegata a questo aspetto c'è l'importante questione di come si qualifichi in concreto la decisione di schierarsi a favore dell'agredito.

La questione della lettura del principio neutrale di astensione come inclusa nel ripudio dell'articolo 11 non può essere del tutto ignorata.

Iniziamo col confermare che dall'articolo 11 non discende un obbligo di neutralità *ex se*. Esiste piuttosto per il diritto consuetudinario internazionale una facoltà di astensione dal prendere parte a conflitti. A livello interno il ripudio della guerra non comporta necessariamente neutralità. Quindi rientra nella discrezionalità decisionale degli organi costituzionali di uno stato decidere se rimanere estranei a un conflitto o schierarsi a favore o contro i contendenti, ovviamente nel rispetto di costituzione e trattati.

Per un migliore inquadramento della questione occorre ricordare che le norme internazionali assicuravano tradizionalmente che gli stati potessero astenersi dal prendere posizione a favore o contro i contendenti rimanendo con particolari garanzie neutrali. La XIII convenzione de L'Aia del 18 ottobre 1907²⁹ «concernente i diritti e i doveri delle Potenze e delle persone neutrali in caso di guerra per terra» era ricognitiva di principi generalmente riconosciuti nella comunità internazionale. Dalla stessa derivava il divieto per i neutrali di favorire una delle parti in conflitto e la sua violazione comportava un atto ostile e il rischio di entrare in un rapporto bellico nei confronti delle parti sfavorite.

²⁶ Cfr. M. Gehler, *Finis Neutralität? Historische und politische Aspekte im europäischen Vergleich: Irland, Finnland, Schweden, Schweiz und Österreich*, Diskussionspapier, Zentrum für Europäische Integrationsforschung, Universität Bonn, 2001, 29 ss. e M. Nilsson e M. Wyss, *The Armed Neutrality Paradox: Sweden and Switzerland in US Cold War Armaments Policy*, in: *Journal of Contemporary History*, April 2016, Vol. 51, n. 2, 335 ss.; e A. Riklin, *Die Neutralität der Schweiz*, in A. Riklin, H. Haug e R. Probst (a cura di), *Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik*, Bern e.a., 1992, 192 ss..

²⁷ Cfr. U. Haider Quercia, *La neutralità austriaca: un perpetuo dibattito*, in: www.diritticomparati.it del 2 maggio 2022 e P. Hilpold, *La neutralità austriaca – aspetti di diritto costituzionale, internazionale ed europeo*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3/2019, 913 ss.

²⁸ M. Franchini, *Le risoluzioni parlamentari sulla lotta al terrorismo internazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 323, e Id., *Brevissime note a proposito dei nuovi impegni militari italiani in Afghanistan*, in AA.VV., *Studi per Giovanni Motzo*, Milano 2003, 209 ss..

²⁹ D. Schindler, *“Transformations in the Law of the Neutrality since 1945”*, in *Humanitarian Law of Armed Conflicts: Challenges ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht, 1991, 367-386.

Si aggiunga che il r.d. n. 1415/1938, recante l'approvazione dei testi della legge di guerra e della legge di neutralità richiamava all'art. 9 il contenuto degli artt. 7 e 9 della convenzione de L'Aja, e all'art. 8 vietava espressamente la fornitura di armi a qualsiasi parte belligerante. Ma la neutralità, cioè l'imparzialità rispetto ai contendenti era una facoltà non un obbligo.

Tenendo conto delle normative internazionali e nazionali accennate si potrebbe giungere a ritenere che la presa di posizione italiana tramite l'invio di armi abbia posto il Paese in uno stato di guerra (belligeranza)³⁰. Ma questa conclusione sarebbe affrettata.

Oggi appare evidente che il tradizionale istituto della neutralità trova una modifica nelle sopravvenute regole delle NU che secondo parte della dottrina renderebbero l'istituto del tutto superato³¹.

In realtà per una comprensione dell'odierno rapporto fra neutralità e divieto di conflitti armati occorrerebbe partire da quando gli stati si unirono per bandire la guerra col Patto Briand Kellog del 1928. Divieto riaffermato nella Carta delle Nazioni Unite nel 1945, creando un nuovo ordine mondiale in cui la forza non è più giusta e in cui gli stati possono fornire armi e altro sostegno a uno stato attaccato ingiustamente in modo che possa difendersi.

Il superamento dell'imparzialità significa anche che gli stati sono oggi autorizzati a fornire armi o altro supporto all'Ucraina. Ciò non viola alcun obbligo legale di neutralità. Gli stati diventerebbero parti del conflitto armato internazionale tra Russia e Ucraina solo se ricorressero alla forza armata contro la Russia. In effetti, semmai, fornire assistenza all'Ucraina potrebbe venire giustificato come aiuto per l'ordine legale internazionale consentendo all'Ucraina di difendersi da una guerra di aggressione. Secondo una opinione diffusa³² si ritiene che la Russia, lo stato aggressore, ha impedito il funzionamento del meccanismo di applicazione del Capitolo VII dello Statuto esercitando il suo veto, e che quindi le operazioni russe sono atti di aggressione che non possono essere giustificati e in tal senso un numero schiacciante di Stati ha condannato gli attacchi russi come violazioni del diritto internazionale. In tali casi si sostiene che "Stati neutrali non possono più essere vincolati da un obbligo di rigorosa imparzialità e da un divieto di fornire alla vittima di un'aggressione i mezzi necessari per

³⁰ In tal senso v. la prospettazione di M. Cavino, *Cessione di armi all'Ucraina. Belligeranza?*, in Eublog.eu. 8 marzo 2023, che si esprime per la partecipazione alla guerra intervenuta con l'invio di armi non accettando l'ipotesi della non belligeranza.

³¹ Sull'attualità dell'istituto anche se riconsiderato alla luce dello Statuto delle NU, cfr. S. Tonolo, *Neutralità e non intervento nel diritto internazionale attuale*, in D. Andreozzi (a cura di), *Attraverso i conflitti. Neutralità e commercio fra età moderna ed età contemporanea*, Trieste, 2017, 131 ss.; M. Gavouneli, *Neutralità: un sopravvissuto?* in *Giornale europeo di diritto internazionale*, 23/1, 2012, 267 ss.; C. Antonopoulos, *Non-Participation in Armed Conflict. Continuity and Modern Challenges to the Law of Neutrality*, Cambridge, 2022; J. Upcher, *Neutrality in Contemporary International Law*. Oxford. 2020; P. Clancy, *Neutral Arms Transfers and Russian Invasion of Ukraine*, *ICLQ* vol 72, April 2023, 527 ss..

³² W. Heinstchel von Heinegg, "Benevolent" Third States in *International Armed Conflicts: The Myth of the Irrelevance of the Law of Armed Conflict* in M. Schmitt e J. Pejic (a cura di), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines. Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff 2007, 554 ss..

difendersi da uno Stato aggressore chiaramente determinato a ignorare i principi fondamentali e norme di diritto internazionale”³³.

Sicuramente nell’attuale regime del diritto internazionale dei conflitti esiste il diritto di autodifesa per l’aggredito e la facoltà o il diritto di intervenire in suo aiuto da parte di altri stati. Ciò pone in secondo piano o addirittura supera le perplessità circa l’obbligo di imparzialità o di non intervento a favore di uno dei due contendenti in base alla tradizionale dottrina della neutralità.

Quindi, conclusivamente sul punto, è vero che fa parte delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute il principio di neutralità. Nessun dubbio sugli obblighi di astensione, ovvero di imparzialità rispetto alle parti belligeranti, che da esso discendono, né sulla qualificazione del divieto di cessione di materiale bellico, quale corollario della neutralità. Ma poiché l’attacco all’Ucraina è una guerra offensiva, inaccettabile dal punto di vista del diritto internazionale – che censura, ai sensi dell’art. 2, par. 4, della Carta delle NU, la minaccia o l’uso della forza –, l’invio di armamenti può essere considerato opportuna contromisura collettiva³⁴, sicuramente antinamica rispetto al principio di neutralità, ma giustificabile – anche in assenza di un esplicito richiamo all’autodifesa collettiva, ex art. 51 della Carta delle NU e in mancanza di indicazioni chiare delle NU in risposta alla più grave violazione del diritto internazionale perpetrata dallo Stato aggressore³⁵.

8. Invio di armi e interrogativo sulla qualifica di parte del conflitto

Da quanto sopra considerato emerge che la presa di posizione a favore dell’aggredito tramite l’invio di armi non pone un problema di violazione della neutralità in quanto non esisteva un obbligo giuridico in tal senso. Resta da chiarire se l’invio di armi comporti l’assunzione del ruolo di parte nel conflitto. La risposta è negativa in quanto per essere parte secondo una lettura tradizionale non basterebbe la semplice perdita della neutralità. Occorrerebbe un atto di guerra cioè il ricorso diretto alla forza armata.

Quindi nel nostro caso si dovrebbe concludere che non esercitando la forza ma limitandoci all’invio di aiuti non si diviene parte (cobelligerante). L’Italia si troverebbe piuttosto in uno status di ‘non belligeranza’³⁶, situazione ibrida in cui si assiste una delle parti in conflitto uscendo dalla neutralità aiutando uno dei belligeranti, senza entrare nel conflitto³⁷.

In tal senso il Paese sarebbe collocabile in una posizione intermedia fra neutralità e belligeranza. Si deve quindi tener presente che la dottrina

³³ Idem *ivi*.

³⁴ Così P.F. Rossi, *La compatibilità con la costituzione italiana e il diritto internazionale dell’invio di armi alla Ucraina*, in Sidiblog, marzo 8/2022, sub 3.

³⁵ G. Pistorio, *La cessione di armamenti alle forze armate ucraine tra interpretazioni costituzionalmente e internazionalmente conformi e (ir)regolarità costituzionali*, in AIC rivista, 4/2022.

³⁶ P. Bonetti, *Difesa dello stato e potere*, *Enciclopedia del diritto, I tematici, Potere e costituzione*, Milano, 2023, 56 ss..

³⁷ Vedi S. Tonolo, *op cit.*, 137.

internazionalistica ha fatto dubitare della chiara netta alternativa tra stati belligeranti e stati neutrali individuando la categoria *della* non belligeranza come una forma di neutralità qualificata³⁸. Sono state quindi prospettate come legittime le condotte “benevole” nei confronti di una delle parti in conflitto e il divieto di favorire una delle parti è stato reinterpretato nel senso di un obbligo in capo al neutrale di non utilizzare il proprio territorio come base di un attacco diretto.

Si viene così a definire la non belligeranza come un terzo *status*, intermedio tra la neutralità e la belligeranza assunto dallo stato che, non partecipando direttamente al conflitto, decide di favorire una delle parti in guerra.

L'Italia, ad esempio, ha già assunto una posizione di ‘non belligeranza’ nel conflitto in Iraq del 2003, rivendicando così il diritto, senza partecipare direttamente alle ostilità, di aiutare le forze statunitensi, uno dei belligeranti, concedendo transito e sorvolo del proprio territorio, nonché l’uso di basi nel territorio e nello spazio aereo³⁹. L’assistenza tramite invio di armamenti alla Ucraina si riporterebbe a tale schema.

Conclusivamente sul punto si può ritenere che la rinuncia alla neutralità prendendo posizione a favore della Ucraina con l’invio di armamenti è compatibile con il proposito di rispettare la normativa della Carta delle NU in tema di concorso alla difesa dell’aggredito. Per le ragioni sopra evidenziate l’intervento consente di non assumere il ruolo di belligerante. Si tratterebbe quindi di una ipotesi evidente di neutralità benevola o qualificata.

Parte 2

9. Il momento della decisione: competenze e profili procedurali. Mancato ricorso all’art. 78 e impiego dell’art. 77

Una questione che da tempo interessa i costituzionalisti è quella del regime derogatorio della ordinarietà costituzionale in caso di situazioni di pericolo che minacciano l’integrità dell’ordinamento. Il pericolo può essere di natura interna o esterna. Per la gestione dei pericoli di derivazione internazionale abbiamo in costituzione la disciplina estrema della delibera di guerra dell’articolo 78⁴⁰ e della successiva dichiarazione presidenziale ai sensi dell’articolo 87, comma 9. Ma sappiamo che la rete delle relazioni

³⁸ Contro la categoria dello *status* intermedio fra neutralità e belligeranza cfr. W. Heinstchel von Heinegg “*Benevolent*” *Third States in International Armed Conflicts: The Myth of the Irrelevance of the Law of Armed Conflict* in M. Schmitt e J. Pejic (a cura di), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines. Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff 2007, 554; M. Bothe, ‘*The Law of Neutrality*’ in D. Fleck (a cura di), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd ed., OUP 2013, 550.

³⁹ N. Ronzitti, *Italy’s non – belligerency during the Iraqi War*, in M. Ragazzi (a cura di), *Essays Schachter*, Leiden-Boston, 2005, 197 ss; N. Verlinden, ‘*The Law of Neutrality*’ in J. Wouters, P. De Man e N. Verlinden (a cura di), *Armed Conflicts and the Law*, Intersentia, 2016, 103 ss..

⁴⁰ A. Vidaschi, *Articolo 78*, cit., 146 ss..

internazionali comporta situazioni di pericolo che non sono tali da sconfinare unicamente nello stato di guerra. Allora se non è ricorribile l'estremo del 78 come ci si può regolare?

La risposta offerta dalla prassi e quindi dal diritto vivente, è il ricorso all'articolo 77 che prevede la possibilità di adottare decreti-legge. Tale disposizione, nel rispetto di particolari presupposti, consente al Governo di sostituirsi al Parlamento adottando un provvedimento immediatamente operativo che ha vigenza temporanea decadendo ove non convertito in legge in un ristretto termine⁴¹. È importante sottolineare che il ricorso all'articolo 77, a differenza di quanto permetterebbe la previsione dell'articolo 78, non consente deroghe alla disciplina costituzionale dei diritti. È stato rilevato che l'impatto dello stato di guerra sull'assetto costituzionale è assai profondo, ben diverso dall'incidenza della decretazione d'urgenza. Esso è giustificato dalla necessità di salvare la Repubblica dal massimo pericolo e ammette deroghe e sospensioni che sono incompatibili, non solo con i tempi di normalità, ma anche con situazioni emergenziali di minore impatto sulla civile convivenza. Per queste ultime emergenze "minori" la costituzione ha predisposto il meccanismo dell'art. 77⁴².

Il decreto- legge è apparso nel tempo lo strumento idoneo a offrire una risposta adeguata alle emergenze di diversa natura: terrorismo, pandemia, e infine conflitto in Ucraina.

La "guerra al terrorismo" si è rivelata come innovativa forma di emergenza⁴³ che implica azioni belliche frammiste ad azioni tradizionalmente considerate di polizia e che per sua natura si manifesta non solo come fenomeno internazionale ma anche interno, toccando direttamente la società civile. In questa ipotesi è vero che l'esperienza degli ultimi decenni indica che non sempre vengono proclamati stati di eccezione, ma è altrettanto vero che le fonti ordinarie subiscono in molti ordinamenti una forte torsione, potendo venire utilizzate per provocare surrettiziamente quelle limitazioni dei diritti che in passato il garantismo liberale riteneva dovessero apparire del tutto riconoscibili essendo precedute dall'introduzione formale di regimi emergenziali.

In Italia la reazione a paventate aggressioni terroristiche provenienti da organismi esterni all'ordinamento nazionale non ha comportato all'interno dell'ordinamento l'adozione di misure di sospensione delle garanzie. L'aggressività del terrorismo è stata valutata come fenomeno interessante l'ambito nazionale e verso quest'ambito si è orientata l'attività difensiva. Non è quindi venuto in rilievo il ricorso allo "stato" di guerra previsto dagli articoli 78 e 87, comma 9, che avrebbe potuto avere una proiezione verso l'esterno per fronteggiare attacchi ostili ma anche ricadute

⁴¹ Sul decreto-legge e emergenze, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 109 ss..

⁴² V. in proposito G. Marazzita, *Guerra vietata*, cit., 90.

⁴³ Una ricostruzione dei regimi emergenziali conseguenti al 2001 tenendo conto delle differenze fra gli ordinamenti degli stati costituzionali rispetto a quelli caratterizzati da regimi autoritari si trova in G. de Vergottini, *Guerra e costituzione: nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, 209 ss. Per una categorizzazione dei regimi emergenziali, in chiave diacronica e sincronica, A. Vidaschi, *À la guerre comme à la guerre. La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007, 263 ss..

verso l'interno introducendo quell'insieme di regole che, derogando alla normalità costituzionale, inciderebbero sull'assetto delle competenze degli organi costituzionali pregiudicando l'equilibrio normale fra poteri, e sui diritti di libertà. È apparsa quindi inutilizzabile la tradizionale contrapposizione fra ordinarietà dello "stato" (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. Nel momento in cui si supera tale discontinuità, 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 stesso⁴⁴. È con gli strumenti ordinari forniti dalla Costituzione che si è affrontata in Italia la emergenza terroristica. Mentre a livello internazionale si continua ad applicare il diritto di guerra, spesso confuso con misure di polizia.

L'alternativa ordinarietà/straordinarietà è riemersa nel 2020 nel fare fronte all'emergenza pandemica⁴⁵. Da qualcuno è stato fatto riferimento all'articolo 78 per evocare uno stato emergenziale destinato ad affrontare l'emergenza Covid che richiami lo stato di guerra⁴⁶, ma tale soluzione si rivela del tutto inappropriata e inutile. Le disposizioni eccezionali sullo stato di guerra non si possono estendere in via analogica⁴⁷, proprio perché l'eccezione che comporta sospensione delle garanzie non è estendibile. L'emergenza Covid andava infatti affrontata nella cornice di una emergenza disciplinabile sulla base di fonti subcostituzionali.

Era del tutto pacifico che non esistesse nella Costituzione italiana una disposizione che prevedesse la deliberazione/dichiarazione di uno stato

⁴⁴ Sulla alternativa fra previsione formale degli stati di emergenza e loro ammissione implicita cfr. G. De Minico, *Costituzione emergenza e terrorismo*, cit., p.7 ss..

⁴⁵ L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *federalismi.it*, 31 marzo 2020, 12 ss.; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum*, per Pasquale Costanzo, in *Consulta on line*, 11 aprile 2020, 25 ss.; M. Calamo Specchia, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *AIC Osservatorio costituzionale*, 3/2020, 146 ss.; A. Vendaschi, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE on line*, 2020/2, 1453 ss.; P. Bonetti, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, n. 2, 689 ss.; I. A. Nicotra, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021; V. Piergigli, *Rule of law ed emergenze globali. Spunti per una riflessione*, in *Rivista di Studi Senesi*, 2022/1, 115 ss.; L. Mezzetti, *Le deboli difese immunitarie della costituzione*, in *Giurisprudenza italiana*, ottobre 2022, 2260 ss..

⁴⁶ Sulla problematica presa in considerazione dello schema dell'art. 78 Cost (dichiarazione di emergenza fatta dal parlamento analogamente alla delibera sullo stato di guerra; conferimento al governo dei "necessari poteri") per affrontare la pandemia da Covid-19, cfr. A. Celotto, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Modena, 2020, 60; A. Torre, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *BiolaW Journal – Rivista di BioDiritto. Instant Forum*, 27 marzo 2020, 5 ss.; C. Tripodina, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, 82.

⁴⁷ Cfr., G. Marazzita, *Guerra vietata*, cit., 90.

emergenziale per affrontare una emergenza interna per cause diverse da quella bellica. Ma la carenza di previsione nella Costituzione non significava che il governo non dovesse intervenire per trovare i necessari rimedi. E ciò andava fatto ricorrendo al dettato dell'articolo 77⁴⁸.

Eguale, è stato fatto ricorso all'articolo 77 come fonte legittimante le esigenze di intervento per disciplinare gli aiuti prestati all'Ucraina sotto aggressione da parte della Federazione russa nel 2022⁴⁹.

In tutte le ipotesi ricordate trova adeguato riscontro la risalente giurisprudenza costituzionale intesa ad assicurare l'individuazione di una giustificazione costituzionale alla necessaria disciplina della emergenza. Nei casi in cui sia manifesta la necessità di una gestione utile della emergenza al fine di soddisfare interessi irrinunciabili dell'ordinamento la Corte costituzionale ha affermato con chiarezza che «Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza» (sul punto sentenza Corte cost. n. 15/1982). Secondo la giurisprudenza le misure d'emergenza devono essere circostanziate nel tempo, determinandosi pertanto la loro illegittimità se ingiustificatamente protratte oltre la durata strettamente necessaria. L'emergenza, inoltre, richiede un intervento proporzionato alla gravità della situazione e necessario alla tutela di altri valori costituzionali. Ma tutto questo risulta da una equilibrata lettura dell'ordinamento. E in effetti per affrontare la necessità connessa al terrorismo, alla emergenza pandemica, all'adempimento del dovere di intervento per assicurare la difesa individuale e collettiva per respingere l'aggressione russa alla Ucraina, si è rivelato inevitabile fare ricorso alla fonte del decreto- legge. Tale fonte consente l'adozione rapida di misure volte a fronteggiare le situazioni di urgenza mediante norme che entrano immediatamente in vigore con la mera emanazione del decreto e al tempo stesso prevede un quadro minimo ed essenziale di garanzie (deliberazione da parte dell'organo collegiale di governo, l'emanazione con relativo controllo preventivo da parte del Presidente della Repubblica, la conversione in legge da parte delle Camere entro 60 giorni, con relativo controllo successivo).

Tra le esigenze che richiedono l'adozione del decreto- legge può rientrare quella dell'invio di armi per consentire la difesa dell'agredito nel rispetto dell'articolo 51 della Carta delle NU⁵⁰.

10. Segue: la prassi e l'attualità nella crisi ucraina

Considerando il modo con cui le istituzioni italiane hanno affrontato la crisi

⁴⁸ A. Celotto, *Necessitas non habet legem?*, *Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza corona virus*, Modena, 2020, 60 ss..

⁴⁹ G. de Vergottini, *La costituzione e il ritorno della guerra*, in *AIC Osservatorio costituzionale*, 3/2022.

⁵⁰ Sui termini del quale si veda P. Rossi, *La compatibilità con la costituzione italiana e il diritto internazionale dell'invio di armi all'Ucraina*, in *SIDIBlog*, 8 marzo 2022, disponibile all'indirizzo <http://www.sidiblog.org/2022/03/08/la-compatibilita-con-la-costituzione-italiana-e-il-diritto-internazionale-dellinvio-diarmi-allucraina/>; M. Iovane, *Il conflitto ucraino e il diritto internazionale*, in *AIC osservatorio*, 3/2022; M. Vellano, *La guerra in Ucraina e le conseguenti decisioni dell'Unione europea in materia di sicurezza e difesa comune*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1/2022.

ucraina, si deve partire da un cenno alla prassi degli anni trascorsi che denota un riassetamento dell'equilibrio decisionale stabilitosi fra organi costituzionali. Mentre una lettura delle previsioni introdotte a livello legislativo pare coerente con le caratteristiche della forma di governo parlamentare la prassi va in diversa direzione. Il ruolo del Parlamento come centro dell'indirizzo e controllo relativamente alle scelte politiche dirette all'impiego dello strumento militare appare depotenziato. Il che avviene anche in ordinamenti diversi da quello italiano⁵¹. Nonostante il recente recupero del ruolo di indirizzo di alcuni parlamenti la sostanziale marginalizzazione dei Legislativi risulta messa in evidenza dal marcato attivismo degli Esecutivi nel frangente dell'emergenza bellica. Il Governo si conferma il centro preferenziale di decisione in quanto collegato agli organismi di sicurezza internazionali in cui si dibattono e decidono le grandi opzioni che devono essere eseguite a livello interno. Il che richiede spesso immediatezza di attuazione non agevolmente conseguibile in sede parlamentare. A sua volta il Governo in Italia risente degli effetti della assunzione di un ruolo marcatamente decisionale del Presidente della Repubblica. E in proposito il Consiglio Supremo di Difesa⁵² si è rivelato la sede più efficace ed utile per affrontare rapidamente l'emergenza. Diviene quindi, anche se soltanto nel momento contingente dell'emergenza, una sorta di gabinetto di crisi in cui accanto al Capo dello Stato convergono Presidente del Consiglio, ministri e vertici militari⁵³.

Resta comprovato che esistono situazioni critiche in cui il Consiglio può fungere da sede di codeterminazione fra Governo e Presidente nella adozione di scelte riguardanti i profili internazionali della sicurezza. Sono quindi riscontrabili occasioni di partecipazione effettiva del Presidente della Repubblica al momento decisionale in materia di difesa e missioni all'estero come indica l'esperienza pregressa.

Quanto avvenuto nei rapporti fra organi costituzionali dimostra in modo evidente la alterazione dei criteri scaturenti dallo schema costituzionale. Funzione del Consiglio Supremo di Difesa è assicurare la garanzia dei valori costituzionali in materia di difesa mentre le eventuali deliberazioni di indirizzo in materia dovrebbero essere prima adottate dal Governo e soltanto dopo sottoposte all'esame del Consiglio Supremo, non viceversa. Questo è quanto prevede da ultima la legge sulle missioni (legge 145/2016)⁵⁴. Se l'inversione si verifica l'effetto tangibile è che il Presidente

⁵¹ A. Vidaschi, *Guerra e costituzioni*, cit., p. 51 ss..

⁵² R. Bellandi, *Il Consiglio Supremo di Difesa*, Bologna, 2011.

⁵³ Sull'incremento del ruolo attivo del capo dello stato, in generale, cfr. A. Baldassarre e G. Scaccia (a cura di), *Il presidente della repubblica nella evoluzione della forma di governo*, in Atti del convegno di Roma del 26 novembre 2010, Roma, 2011; M. Luciani, *La parabola del presidente della repubblica*, in M. Volpi (a cura di), *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, Bologna, 2015, 121 ss.; A. Morrone, *Il presidente della repubblica in trasformazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2013, 287 ss.

Con specifico riferimento al ruolo del Consiglio Supremo di Difesa e del suo presidente, v. G. de Vergottini, *La presenza di Carlo Azeglio Ciampi nella politica estera e della difesa*, in AA.VV., *1920-2020. Carlo Azeglio Ciampi*, vol. 2, Pisa, 2021, 751 ss..

⁵⁴ Sul regime previsto dalla legge 145/2016 cfr. G. de Vergottini, *Guerra, difesa e sicurezza, nella costituzione e nella prassi*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2017, 5 ss.; M.

della Repubblica in Consiglio Supremo, organo di garanzia, mette di fronte al fatto compiuto il Consiglio dei Ministri, organo di indirizzo politico.

Nel caso della crisi ucraina il Consiglio Supremo si è riunito il 24 febbraio 2022 e dal comunicato rilasciato al termine emerge in modo difficilmente smentibile che in quella sede si è definito l'indirizzo politico nazionale sulla crisi ucraina. La riunione del Consiglio dei Ministri ha fatto seguito soltanto il giorno successivo dopo lo svolgimento da parte del Presidente del Consiglio di un'informativa alle Camere. Il Consiglio dei Ministri ha approvato il 25 febbraio 2022 il provvedimento intitolato "disposizioni urgenti sulla crisi in Ucraina", poi emanato e pubblicato come decreto-legge n. 14 del 2022. Una seconda volta, il Consiglio dei Ministri si è riunito il 28 febbraio 2022, per approvare un altro provvedimento, intitolato "ulteriori misure urgenti per la crisi in Ucraina", poi emanato e pubblicato come decreto-legge n. 16 del 2022. Mentre con il primo decreto-legge l'Italia si era limitata ad autorizzare "la cessione, a titolo gratuito, di mezzi e materiali di equipaggiamento militari non letali di protezione alle autorità governative dell'Ucraina" (art. 2), con il secondo, si è stabilita la diretta "cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari".

Come sottolineato, sia il decreto-legge n. 14 che il decreto-legge n. 16 sollevano dubbi non marginali⁵⁵. Il primo pretende di "derogare" alla legge n. 145 del 2016, ai fini dell'avvio e della prosecuzione per il 2022 della partecipazione dell'Italia ad alcune missioni e, inoltre, dispone la "cessione, a titolo gratuito, di mezzi e materiali di equipaggiamento militari non letali di protezione alle autorità governative dell'Ucraina". Il secondo deroga alla legge n. 185 del 1990 e agli articoli 310 e 311 del decreto legislativo n. 66 del 2010 (il c.d. Codice dell'Ordinamento Militare) per il 2022 e, in particolare, dispone la "cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari in favore delle autorità governative dell'Ucraina". Ma in realtà nessuna deroga sarebbe stata necessaria in quanto sia la partecipazione alle missioni che la cessione di materiali di armamento già avrebbero potuto essere effettuate ai sensi e per gli effetti, rispettivamente, della legge n. 145 del 2016 e della legge n. 185 del 1990 (nonché degli articoli 310 e 311 del Codice dell'Ordinamento Militare).

Il secondo decreto legge prevede che la cessione di armamenti sia preceduta da un atto di indirizzo parlamentare (art.1, comma 1) modificando quindi il precedente provvedimento che non contemplava questa condizione. Ma non si dimentichi che il Codice dell'Ordinamento Militare prevede(va) per la cessione, in ogni caso, il "previo parere vincolante delle competenti Commissioni parlamentari" (articolo 311, 2° comma). Le risoluzioni di entrambe le camere del 1° marzo hanno comunque legittimato il trasferimento. Ciò non ha del tutto eliminato le perplessità circa il ruolo ridotto dell'intervento parlamentare caratterizzato da una quasi totalitaria adesione alla decisione governativa. Il che è giustificato dal clima di solidarietà e consenso per le scelte dell'esecutivo prodottosi in tempi di

Benvenuti, *Luci e ombre della L. N. 145/2016 in tema di partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali. Una prima lettura*, in *Rivista AIC*, 2017.

⁵⁵ Notazioni critiche sul procedimento seguito dagli organi costituzionali per affrontare la crisi ucraina in M. Benvenuti, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *AIC Osservatorio costituzionale*, 3/2022, 35 ss.

governo di unità nazionale. Permangono le notazioni critiche circa la carenza di procedure di controllo sulle scelte governative. In particolare si è notato che la carenza di controllo delle commissioni permanenti di Camera e Senato non possa trovare un sostituto nell'intervento del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR) che in una audizione del 2 marzo ha sfiorato l'argomento. Ciò in quanto la funzione di tale comitato include il verificare che "l'attività del Sistema di informazione per la sicurezza si svolga nel rispetto della Costituzione" ma non contempla interventi in materia di politica estera e di difesa affidati alle commissioni parlamentari permanenti competenti per la politica estera e di difesa ⁵⁶.

Parte 3

11. Conclusioni

Il ripudio della guerra rimane indiscusso principio guida della nostra Costituzione. Il principio non esclude guerre difensive e ricorso all'uso della forza determinato dagli organi delle Nazioni Unite.

La prassi dei decenni trascorsi indica evidenti perplessità per quanto riguarda il rischio del mancato rispetto del principio. Aver delegato la tutela della sicurezza a organizzazioni internazionali comporta zone d'ombra di rilievo. L'espansione dell'area di intervento facendo ricorso alla guerra preventiva e a quella umanitaria ha sottoposto il sistema a una rilevata dilatazione del concetto di difesa con riscontrati dubbi di violazione della prima parte dell'articolo 11. C'è quindi spazio per una riflessione attenta sulla discrezionalità delle decisioni assumibili in sede internazionale e sulla loro incisione sul rispetto del ripudio. Ad un tempo dovremmo liberarci di alcuni luoghi comuni che contrastano con la realtà della storia costituzionale e della geopolitica abbandonando uno stereotipo pacifista utilizzato in un modo che a volte contrasta con i presupposti del diritto internazionale dei conflitti armati oltre che con una equilibrata lettura dei principi costituzionali e che giunge a disconoscere l'obbligo di intervento in aiuto di uno stato aggredito.

Sotto il profilo dell'organizzazione e delle competenze costituzionali sarebbe in linea meramente teorica auspicabile un tentativo di revisione della costituzione della difesa (o se si preferisce della costituzione bellica): occorrerebbe però decidere su quale profilo porre l'accento.

La guerra come era negli anni della Costituente rimane sullo sfondo ma oggi ci sarebbe bisogno di una normativa sull'uso dello strumento militare fuori dei confini come avviene in alcuni testi costituzionali improntati a principi non lontani dai nostri. Manca nel nostro testo costituzionale la disciplina delle missioni militari all'estero, che costituiscono il fulcro della politica nazionale di sicurezza, di cui si sentirebbe l'esigenza. L'articolo 78 era obsoleto fin dall'origine. Oggi serve solo per ricordarci che Legislativo, Governo e Capo dello Stato devono esser coinvolti nelle valutazioni che interessano l'uso della forza armata⁵⁷. E ciò in armonia con

⁵⁶ Cfr. M. Benvenuti, *Le conseguenze costituzionali*, cit., p. 45.

⁵⁷ Cfr. P. Bonetti, *Difesa dello stato*, cit., 99 ss., sul triplice coinvolgimento degli organi costituzionali nelle decisioni interessanti la difesa.

la forma di governo voluta dai costituenti.

Giuseppe de Vergottini
Facoltà di Giurisprudenza
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna
giusepp.devergottini@unibo.it