

La nuova disciplina delle missioni militari italiane all'estero: una questione di coerenza

di Matteo Tondini *
(9 febbraio 2010)

Il dibattito sulla necessità di una revisione e trattazione unitaria della disciplina giuridica delle missioni militari italiane all'estero è recentemente entrato nel vivo con la presentazione di tre diverse proposte di legge e l'audizione di autorevoli esperti da parte delle Commissioni Affari Esteri e Difesa della Camera (tra cui i prof. Ronzitti, Cataldi e De Vergottini). Le proposte in parola (C. 1213 "Cirielli", C. 1820 "Garofani" e C. 2605 "Di Stanislao/Donadi") si aggiungono alle cinque, ormai decadute, presentate nelle scorse due legislature da parte di esponenti di diverse forze politiche. Esse si affiancano inoltre a quanto in corso di realizzazione da parte di un apposito gruppo di lavoro, istituito presso il Ministero della Difesa, che sta ultimando la redazione di un "Codice delle missioni all'estero". Tale codice dovrebbe, da un lato, incorporare, aggiornandone le relative disposizioni, i «reati contro le leggi e gli usi della guerra», contemplati dal c.p.m.g. (Libro terzo, Titolo quarto); dall'altro, recepire le fattispecie penali previste come crimini internazionali nello Statuto della Corte Penale Internazionale, ratificato dall'Italia mediante mero ordine di esecuzione (L. n. 232/1999), ma mai attuato con legge nei contenuti. Da ultimo, la materia sta suscitando un crescente interesse da parte della dottrina internazionalistica italiana (cfr. N. Ronzitti, *Quale legge organica sulle missioni militari all'estero?*, RDI, No. 4/2009, 1108-1114; G. Cataldi e G. Serra, *Ordinamento italiano e corpi di spedizione all'estero, fra diritto umanitario, diritto penale e tutela dei diritti umani*, DUDI, No. 1/2010 (pross. pubbl.)).

L'intento delle iniziative in questione risulta quanto mai lodevole. Mettere mano alla lacunosa, frammentata e incerta disciplina giuridica della materia pare *in primis* doveroso proprio nei confronti dei militari italiani impegnati nelle missioni oltremare, anche al fine di scongiurare casi come quelli dell'omicidio di Nicola Calipari, sulla cui vicenda giudiziaria abbiamo già espresso le nostre considerazioni in passato (cfr. M. Tondini e F. Bertolin, *La Cassazione e il «caso Calipari»*, in Quad. Cost., 4/2008, 897-901). Se si esaminano le proposte di legge all'esame delle Commissioni Esteri e Difesa, tuttavia, si nota facilmente come le stesse si occupino di aspetti (oltretutto, dei *medesimi* aspetti) certamente significativi per il personale in servizio, ma che poco hanno a che vedere con la natura e la disciplina giuridica delle missioni in questione, avendo ad oggetto temi quali il trattamento economico dei partecipanti alle operazioni, il regime assicurativo, assistenziale e previdenziale e l'orario di lavoro. Le uniche disposizioni che rimandano alla realtà in cui si svolgono le missioni all'estero paiono quelle che contemplano il trattamento economico/previdenziale del personale italiano che si trovi «in stato di prigionia o disperso».

Sebbene per un esame approfondito sull'attuale riforma si debba attendere l'adozione per legge del Codice su menzionato, a parere di chi scrive le iniziative legislative presentate finora mancano della trattazione di due aspetti cruciali, attorno cui, in ambito accademico, politico e mediatico, è stato costruito il dibattito (spesso non esente da inutile retorica) sulla guerra e sulla pace negli ultimi anni, ovvero: a) le condizioni e le modalità dell'uso della forza, anche letale e offensiva, da parte dei nostri militari; b) il potere di detenere, in via puramente amministrativa (e quindi senza alcun controllo, o con un controllo limitato, dell'Autorità giudiziaria) e consegnare ad autorità straniera soggetti ritenuti ostili alle Forze italiane o alleate.

Vincolati al c.p.m.p. (che, all' art. 41, autorizza l'uso delle armi per «respingere una violenza o vincere una resistenza») e senza alcuna chiara norma di legge a sostegno delle attività militari intraprese, i nostri Comandi all'estero hanno in passato trovato, più di una volta, taluni “*escamotage*” giuridici per rispondere alle necessità operative contingenti, quali, ad esempio, dichiarare di essere stati oggetto di un attacco per poter usare la forza in risposta, anche eccedendo i limiti della proporzionalità, necessità e immediatezza/imminenza; ovvero farsi accompagnare da ufficiali del paese ospite o di altri contingenti nel corso delle operazioni, in modo da imputare a questi l'eventuale cattura di soggetti ostili (schema simile a quello degli *Shiprider Agreements*, per il pattugliamento delle acque interne di altri Stati). Da quanto risulta da fonti di stampa, e come è facile intuire, le nostre Forze hanno talvolta dovuto procedere alla c.d. *temporary detention* e al c.d. *tactical questioning* di individui catturati nel corso delle operazioni (cfr. F. Sarzanini, *Nassiriya, la strage in dieci secondi*, in Corriere della Sera, 1 dicembre 2003; A. Nicastro, «*Noi italiani li interroghiamo dopo 14 ore passano ad altri*», in Corriere della Sera, 9 maggio 2004), salvo successiva smentita o precisazione dei Comandi interessati. Altre volte l'uso della forza è stato considerato legittimo dalla giustizia militare, che ha esteso in maniera “creativa” le cause di giustificazione previste dal codice ordinario alle situazioni di combattimento, come nel caso dell'ambulanza colpita per errore dai militari italiani a Nassiriya, rientrando, secondo il Tribunale militare di Roma, tra le ipotesi “necessità militare putativa” (Sent. Tribunale militare di Roma, GUP, 9 maggio 2007, in Giurisprudenza di merito, 5/2008, 1373-1383; a rigor di logica, quando si usa la violenza bellica in un conflitto armato, la necessità *militare*, o c'è, ed essa conferisce all'atto commesso piena legittimità, o non c'è, e in questo secondo caso si commette spesso un crimine di guerra, che nondimeno richiede, in via generale, lo stato soggettivo del dolo per essere configurabile. *Tertium non datur*).

Ultimamente poi, si assiste ad un ulteriore fenomeno, per certi versi preoccupante per la tenuta dell'ordinamento, ovvero quello di prevedere nella legge di finanziamento delle missioni specifiche “autorizzazioni alla detenzione” o cause di non punibilità *à la carte*. Si veda ad esempio la L. 100/2009 di conversione del D.L. 61/2009, che autorizza «la detenzione a bordo del vettore militare delle persone che hanno commesso o che sono sospettate di aver commesso atti di



pirateria» a danno di navi o cittadini stranieri a largo delle coste della Somalia, per la loro successiva consegna alle Autorità keniate. In questo caso, nonostante il regime giuridico sia quello dello stato di pace (lo conferma l'applicazione, alle operazioni in alto mare, della Convenzione di Montego Bay del 1982, richiamata dalla Risoluzione del CdS n. 1816 (2008), la quale ha inizialmente conferito il mandato alla missione – cfr. sul punto J.P. Pierini, *The Grass Always Greener On the Other Side? Apprehension, Arrest, Detention and Transfer of Suspected Pirates and Armed Robbers within the “ESDP” Legal Framework*, in *Nato Legal Gazette* 2010 (in fase di editing)), i sospetti pirati non hanno accesso alcuno all'Autorità giudiziaria, né viene applicato loro il regime dell'extradizione: il loro fermo finisce così per costituire una vera e propria “detenzione amministrativa *ex lege*”, di assai dubbia costituzionalità. Ancora, si veda la recentissima introduzione all'art. 4, co. 1 sexies della L. 197/2009 (richiamato, da ultimo, nel D.L. 1/2010) di un'esplicita esimente per il militare che «in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari». Qui addirittura l'esimente finisce per poggiare non tanto sugli ordini *legittimamente* impartiti (precisazione forse superflua che, comunque, non esclude il sindacato di legittimità del giudice e pare rispettare la procedura di cui all'art. 25 del Regolamento di disciplina militare, D.P.R. 545/1986, sull'esecuzione degli ordini), ma addirittura su meri atti/provvedimenti amministrativi, quali le direttive militari e le regole di ingaggio (sulla natura giuridica di queste ultime si veda il nostro M. Tondini, *Regole d'ingaggio e diritto all'autodifesa. Riflessioni e suggerimenti*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 1/2005, 7-54). In tal modo, le regole d'ingaggio e le direttive dell'Autorità militare non vanno ad integrare una esimente prevista per legge, ma risultano piuttosto esse stesse quali esimenti. Sostanzialmente, atti amministrativi finiscono per determinare, surrettiziamente, l'oggetto della norma penale, spalancando le porte ad un vero e proprio “diritto penale amministrativo”. Così, difatti, si finisce per azzerare ogni sindacato di legittimità giurisdizionale sulle direttive e sulle regole in parola, poiché le condotte dei militari vengono giudicate sulla base non della *legge*, ma di meri atti amministrativi, ritenuti, *ex lege*, sempre e comunque “legittimi”. Anche qui non mancano dubbi sulla costituzionalità di certe norme, considerato che, «in un ordinamento giuridico che, come il nostro, voglia considerare irrinunciabili i principi di legalità, tipicità, e determinatezza dell'illecito penale, le RoE non possono avere un'autonoma capacità scriminante; ad esse però va riconosciuta la possibilità di integrativamente configurare le cause di giustificazione già tipizzate dal diritto penale» (Sent. Tribunale militare di Roma, GUP, 9 maggio 2007).

Apparirà ora chiaro che certe misure e provvedimenti non sono in grado di cogliere nel segno, fintanto che non contengano una definizione puntuale, per via legislativa, dell'uso della forza da parte dei contingenti italiani all'estero, ivi inclusa la cattura e detenzione di soggetti ostili. Ora, se, da una parte, curiosamente, nessuna delle proposte di legge esaminate contiene alcun riferimento

a tali questioni, dall'altra, il Codice delle missioni all'estero ("Codice") prende in esame solamente gli aspetti penalistici e al più potrà essere una norma di riferimento (come lo sono oggi c.p.m.p. e c.p.m.g.), ma esso dovrà necessariamente coordinarsi con una legge che conferisca, volta per volta, il *mandato* alla missione, ossia precisi, seppur in maniera generale, gli spazi di legittimità entro cui possono operare i nostri militari. In breve, si tratta di prendere coscienza, a livello politico, della *realtà* in cui si troveranno ad operare le Forze italiane, ovvero, in buona sostanza, dell'esistenza o meno di un conflitto armato (anche "internazionalizzato", come ben ricorda il prof. Ronzitti, a proposito dell'Afghanistan, nell'audizione del 15 settembre 2009) nella zona di operazioni. E' chiaro che tale legge dovrà essere conforme al diritto internazionale e costituzionale (artt. 10 e 11 Cost.), dovendo espressamente citare al proprio interno la normativa internazionale di riferimento (ad es. Risoluzione del CdS ex Capo VII, autorizzazione dello Stato territoriale, ecc.; cfr. Ronzitti, *op. cit.*, p. 1109). Del tutto auspicabile risulterebbe inoltre il controllo di legittimità costituzionale da parte del Giudice delle leggi, grazie al quale si potrebbero finalmente precisare, una volta per tutte, i parametri di liceità costituzionale dell'uso della coazione *manu militari* da parte delle Forze italiane. Ad esempio, non essendo disciplinate situazioni di emergenza nella Costituzione italiana, la Corte potrebbe far luce sulla limitazione o re-interpretazione di alcuni diritti costituzionali fondamentali nel corso delle operazioni belliche, analogamente a ciò che accade nel diritto internazionale tra diritti dell'uomo e diritto umanitario. Ad esempio, si potrebbe ritenere che l'art. 13 Cost. rimanga valido nel corso di un conflitto armato, per cui la detenzione amministrativa disposta dal Comandante militare ("l'autorità di pubblica sicurezza", in senso molto lato) debba essere sempre convalidata dall'Autorità giudiziaria, magari inviata appositamente in loco.

In virtù del fatto che, a prescindere dall'"etichetta" (*peacekeeping*, *peace-enforcing*, *peace-building*, *peace-making*, ecc.) conferita politicamente, ogni missione ha un diverso mandato (ONU, NATO, consenso dell'*host state*, ecc.), opera in diverse circostanze (tensioni interne, conflitto armato, ecc.), e, soprattutto, in termini militari, ha un *end state* diverso, non vi è dubbio che ogni operazione abbisognerebbe in principio di una legge di mandato distinta, che specifichi, per l'appunto, un diverso uso della forza. Tuttavia, dal momento che, attualmente, sono attive 30 missioni in 21 diverse nazioni, si potrebbe ovviare ad una super-produzione normativa raggruppando le missioni in categorie, sulla base della situazione di instabilità nel paese dove si andrebbe ad operare, adottando una legge per categoria. In realtà, come evidenziato dal dott. Politi nell'audizione del 26 maggio 2009, l'88,7 % dei nostri militari all'estero sono concentrati nei Balcani, in Afghanistan e in Libano: di conseguenza si potrebbe iniziare semplicemente legiferando in maniera separata per le tre missioni in questione, raggruppando le altre in un unico provvedimento. Quella di legiferare separando le singole missioni non è un'esperienza nuova per il Legislatore italiano (cfr. ad es. la L. n. 270/2006, adottata per UNIFIL). Si noti inoltre che il medesimo Legislatore aveva, in passato, già provveduto a suddividere in distinti provvedimenti

legislativi le missioni “di pace” da quelle “di guerra”, sulla base tuttavia della sola applicazione della relativa disciplina penalistica (cfr. L. n. 6/2002). Tale esperienza terminò, forse frettolosamente, nel 2006 (L. n. 247/2006).

A tale “*ius italicus ad pacem ac ad bellum*” (ad es., Cataldi e Serra, *op. cit.*, correttamente prospettano l'adozione di corpo normativo speciale dedicato ai parametri di liceità dell'uso della forza armata) dovrebbe corrispondere l'applicazione coerente delle parti del Codice di cui sopra che prevedano, rispettivamente, l'applicazione del diritto penale ordinario e di guerra, fermo restando che quest'ultimo troverà applicazione automatica ogni qual volta il livello delle ostilità superi la soglia del conflitto armato, a prescindere da ciò che in quel momento dispone la legge di mandato. Anche in assenza del mandato all'uso della forza offensiva, le truppe italiane potrebbero difatti trovarsi a dover rispondere in legittima difesa ad un vero e proprio attacco armato sferrato ai loro danni. L'uso delle armi sarebbe in tal caso vincolato dal diritto umanitario, sebbene il fine dell'azione militare non sarebbe quello di mettere *hors de combat* il “nemico”, ma solo quello di respingere l'assalto. Del resto, la possibilità di disciplinare l'uso legittimo delle armi con legge *ad hoc* è già previsto dall'art. 41, co. 2 c.p.m.p. Basterebbe riportarne il testo nel nuovo Codice e, in parallelo, emanare leggi di mandato con la precisazione dei limiti all'utilizzo della coazione (cfr. Ronzitti, *op. cit.*, p. 1113). Le regole d'ingaggio adottate dalle nostre Forze dovrebbero, di conseguenza, essere conformi alla legge di mandato adottata di volta in volta e rispettare i criteri ivi espressi. Anche nel caso di ROE stabilite a livello internazionale (quelle NATO si basano sul catalogo MC 362/1) è difatti sempre presente un procedimento nazionale di “adattamento” delle medesime da parte dei paesi partecipanti, che consente modifiche e integrazioni. La legge di mandato servirebbe anche da base per i *caveat* nazionali (clausole che regolano i limiti e i vincoli all'impiego del personale nazionale), imposti al momento del *transfer of authority* del contingente italiano al Comando multinazionale.

In tema di “criminalizzazione” dei soggetti ostili (i “nemici” o sospetti tali), la legge di mandato dovrebbe inoltre tenere in considerazione, con la massima onestà, la situazione sul terreno, riconoscendo l'eventuale esistenza di un conflitto armato (chiamiamolo pure con il termine tecnico di “guerra”) e la natura, internazionale o meno, di quest'ultimo. In presenza di conflitti “internazionalizzati”, a parere di chi scrive, come in Afghanistan (ossia non propriamente internazionali se applichiamo il diritto dei conflitti armati alla lettera – e si potrebbe discuterne – ma non certo squisitamente interni in ragione del coinvolgimento di un buon numero di soggetti internazionali), la tendenza dovrebbe essere quella di un'estensione o di un'applicazione analogica delle norme sui conflitti internazionali (si veda sul punto E. Crawford, *Unequal before the law: The case for the elimination of the distinction between international and non-international armed conflicts*, LJIL, 2/2007, 441-465), ossia si dovrebbe propendere verso la non criminalizzazione del “nemico”. Ciò anche per evitare la (piuttosto paradossale) apertura di indagini di P.G. ogni qual

volta i nostri militari sono fatti oggetto di attacchi o atti ostili. La disciplina attuale prevede un filtro politico all'apertura delle indagini (cfr. art. 5, L. n. 12/2009, richiamato, da ultimo, all'art. 7, D.L. n. 1/2010). Tale filtro pare una buona soluzione nel bilanciamento tra criminalizzazione dell'avversario nelle circostanze piú gravi e le necessità operative che non consentono, ad es., il sequestro dei mezzi colpiti. Qui tuttavia si dovrebbe sperare nella "sensibilità" dei titolari dei Dicasteri interessati (Giustizia e Difesa), che non dovrebbero autorizzare in automatico indagini di P.G. su ogni fatto d'armi contro i nostri militari (rimarrebbero tuttavia possibili indagini d'*intelligence*), considerando inoltre la natura dell'eventuale conflitto armato in corso (internazionale, internazionalizzato, o interno). La L. 197/2009 (art. 4, co. 1 bis) pone addirittura un limite temporale all'effettuazione degli accertamenti di indagine sui mezzi coinvolti in attacchi (10 giorni). Talvolta, poi, la punibilità dei civili stranieri secondo le norme penali italiane si pone in contrasto con il diritto internazionale applicabile. Nel corso della missione in Iraq, ad esempio, prima del "passaggio di consegne" al Governo provvisorio iracheno (giugno 2004), alla situazione di occupazione militare del territorio (non dimentichiamo che il nostro paese aveva inviato in loco un "governatore") avrebbe dovuto logicamente conseguire l'applicazione della IV Convenzione di Ginevra (artt. 64 ss.), che impone di utilizzare leggi e tribunali locali per processare gli imputati non italiani.

Un'utile soluzione, atta a soddisfare le contrapposte esigenze sopra ricordate, potrebbe essere la seguente. Da un lato, la punibilità di condotte in danno dei militari e civili italiani impegnati in zona d'operazioni potrebbe essere lasciata alla sola disciplina del nostro codice penale (artt. 8-10, che già prevedono specifiche condizioni di procedibilità), magari, come del resto già avviene, centralizzando le indagini e affidandole alla Procura ordinaria di Roma mediante apposita menzione nel Codice delle missioni; dall'altro, si potrebbe prevedere l'apertura di procedimenti per crimini di guerra, nel caso in cui il livello dello scontro suggerisca l'esistenza di un conflitto armato. In questo caso verrebbero meno le condizioni di procedibilità e la competenza all'esercizio dell'azione penale passerebbe alla Procura militare di Roma (come, peraltro, originariamente previsto nella L. 6/2002, art. 9).

In presenza di un conflitto armato, dovrebbe altresì menzionarsi nelle legge di mandato (e ribadirsi nel dettaglio nel redigendo Codice) la possibilità per le Forze italiane di "prendere prigionieri", cioè di detenere (*rectius*, internare), in via temporanea, individui ritenuti "ostili" (art. 3 Conv. Gin. 1949; art. 75(3) I Prot. Conv. Conv. Gin. 1977; art. 5-6 II Prot. Conv. Conv. Gin. 1977), senza comunque che la durata della detenzione sia stabilita a priori. Così facendo si conferirebbe base giuridica al su menzionato *tactical questioning*, ovvero all'interrogatorio iniziale d'*intelligence* (e non di P.G.) di soggetti sospetti: procedura standard delle Forze NATO in operazione. Sia in caso di conflitto armato che in presenza di uno stato di pace, dovrebbe individuarsi la disciplina da applicare alle varie categorie di individui detenuti nel corso delle operazioni: prigionieri di guerra, internati, c.d.

detenuti per ragioni di sicurezza, detenuti per ragioni di protezione (es. collaborazionisti), criminali comuni, ecc. (cfr. B.M. Oswald, *Model Codes for Criminal Justice and Peace Operations: Some Legal Issues*, in JCSL, 2/2004, 253-275). In aggiunta, è fortemente raccomandabile la stesura di accordi sulla consegna dei detenuti e l'esercizio della giurisdizione penale con lo Stato territoriale e con Stati terzi alleati partecipanti all'operazione (norme di solito contenute all'interno di SOFAs – *Status of Forces Agreements*). Si eviterebbe così un altro caso *Calipari*. Il controllo giurisdizionale sui fermi/arresti eseguiti dai militari italiani e l'eventuale ricorso degli interessati all'Autorità giudiziaria potrebbero venire evitati solo in presenza di un conflitto armato (e qui occorre ragionare sull'applicabilità dell'art. 13 Cost.), riconosciuto nella legge di mandato, ferma restando tuttavia anche in questo caso l'applicazione delle norme sui diritti dell'uomo che vietano il *refoulement* e la consegna di individui che potrebbero essere condannati alla pena capitale (cfr., ad es. CEDU, *Soering c. Regno Unito* (1989); CEDU, *Chahal c. Regno Unito* (1996); C. Cost, Sent. n. 223/1996).

La soluzione che qui si è brevemente delineata non è altro che una delle possibili. Altra autorevole dottrina prospetta l'adozione di un "Codice penale speciale", articolato in due Libri, riguardanti rispettivamente la disciplina dell'uso della forza e le sanzioni penali (cfr. Cataldi e Serra, *op. cit.*): proposta sicuramente assai valida, che tuttavia dovrebbe tenere in considerazione la diversità delle missioni affidate alle Forze italiane e quindi, *a fortiori*, un regime flessibile di impiego delle armi. La vivacità del dibattito, la qualità delle iniziative e l'autorevolezza degli esperti che si stanno cimentando nella materia, oltre alla necessità di dare risposta ad un'esigenza per troppo tempo trascurata, lascia presagire un esito felice dell'iniziativa. Quella delle missioni all'estero è, prima di tutto, una questione di coerenza e onestà intellettuale e politica: non si possono inviare i nostri militari nel mezzo di un conflitto armato dotandoli delle regole proprie dello stato di pace. Lo dobbiamo, per primi, alle donne e agli uomini che prestano servizio all'estero sotto la bandiera italiana, stretti ogni giorno tra difficili necessità operative e il rispetto dei principi dello stato di diritto.

* Post-Doctoral Researcher, Vrije Universiteit Amsterdam, Department of Governance Studies (m.tondini@fsw.vu.nl). L'autore ringrazia il C.te Jean Paul Pierini, il dott. Gianluca Serra e la dott.sa Federica Bertolin per il costruttivo e stimolante confronto sull'argomento trattato.