

MISSIONI MILITARI INTERNAZIONALI ITALIANE C.D. DI PACE ALL'ESTERO.
NOVITÀ GIUSPENALISTICHE NELLA LEGGE DI RIFORMA
21 LUGLIO 2016, N. 145^(*)

di Silvio Riondato

Abstract. *Il regime penale dei corpi di spedizione all'estero italiani, militari e civili, per missioni c.d. di pace ha subito modifiche ad opera della legge 21 luglio 2016, n.145, contenente Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali. La legge disciplina innovativamente la procedura di approvazione governativa e parlamentare di tali missioni, anche sulla base di una definizione vincolante fondata sull'art. 11 della Costituzione italiana e sul diritto internazionale e sovranazionale. Stabilisce tralattivamente l'applicabilità del codice penale militare di pace, ma non esclude né l'applicazione delle fattispecie concernenti i reati contro le leggi e gli usi di guerra, previste dal codice penale militare di guerra, né la restante disciplina di diritto penale comune. Ribadisce la problematica, molto innovativa causa di giustificazione correlata alle direttive e regole di ingaggio che fondano la necessità militare, apponendovi un inedito e criticabile limite costituito dai crimini previsti dagli articoli 5 e seguenti dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998. Introduce norme di procedura penale mal calibrate nel pressoché esclusivo riferimento alla giurisdizione militare.*

SOMMARIO: 1. Sguardo introduttivo. – 2. Missioni “consentite”, criteri di rilevanza, limiti. – 3. Procedimento di autorizzazione parlamentare. – 4. Statuto penale delle missioni, in generale. – 4.1. a) ruolo del codice penale comune e della legislazione speciale comune, e rapporti con i codici militari di pace e di guerra; – 4.2. b) applicazione del codice penale militare di pace e limiti alla rilevanza del codice penale militare di guerra; – 4.3. c) applicazione automatica del Titolo sui reati contro le leggi e gli usi di guerra (artt. 165-230 c.p.m.g.). – 5. La scriminante dell'uso della forza per le necessità delle operazioni militari in conformità alle regole di ingaggio. – 5.1. a) regole di ingaggio e versione previgente della scriminante; – 5.2. b) portata innovativa della Novella; – 5.3. c) profili critici. – 6. Reati punibili a richiesta e reati commessi all'estero punibili secondo la legge italiana. – 7. Giurisdizione e competenza (cenni). – 8. Arresto in flagranza, fermo, interrogatorio, difesa, custodia cautelare (cenni).

* Il presente contributo riprende, con ampliamenti ed essenziali note, le riflessioni portate dall'Autore alla Tavola rotonda “La normativa penale applicabile alle missioni internazionali dell'Italia dopo la legge n.145/2016” (Università degli Studi di Ferrara, Dipartimento di Giurisprudenza, 21 febbraio 2017).

1. Sguardo introduttivo.

Il 31 dicembre 2016 è entrata in vigore la legge 21 luglio 2016, n. 145, contenente *Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali*¹. Si tratta del primo tentativo di dare per qualche verso una tendenziale sistemazione alla disciplina giuridica delle missioni militari internazionali c.d. di pace all'estero.

L'importanza della Novella può apprezzarsi tendendo conto che l'Italia è già impegnata con le sue forze armate in più di trenta missioni internazionali con circa settemilacinquecento uomini e donne, per esempio: la lotta al terrorismo e di supporto al Tribunale Penale Internazionale per la ex-Jugoslavia in Bosnia Erzegovina sotto l'egida di Nato e Unione Europea; *peace enforcement* con i Caschi Blu delle Nazioni Unite a Cipro; contrasto alla pirateria somala nelle acque dell'Oceano Indiano in un'operazione congiunta Nato-UE; basi italiane a Gibuti e al Polo Sud; Iraq, Afghanistan, Libano, Asia, Mali, Libia, Egitto, Kosovo, Malta. Nel 2016 il costo delle operazioni ammonta a 1.200 milioni di euro. Vi sarebbero inoltre da considerare i numeri in parte ignoti correlati all'impegno in operazioni di *intelligence* militare "coperta" all'estero². Dal dopoguerra le missioni sono state più di cento.

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. Soprattutto, la Novella introduce per il Governo più stringenti vincoli alla decisione parlamentare.

Finora, l'uso dello strumento militare è stato orientato prevalentemente alle missioni di mantenimento o imposizione della pace (*peace keeping* e *peace enforcement*), e tuttavia l'Italia ha preso parte a operazioni caratteristiche dei conflitti armati che sostanzialmente corrispondono al diverso, tradizionale concetto di guerra internazionale – ma formalmente non hanno corrisposto –, operazioni in cui la motivazione umanitaria non ha impedito di conseguire l'obiettivo dell'annientamento del regime posto sotto attacco, come dimostrano gli interventi in Jugoslavia e in Libia³. Merita al riguardo ribadire che quella delle missioni all'estero è, anzitutto, una questione di coerenza e onestà intellettuale e politica⁴; occorre confrontarsi senza ipocrisie e pudori

¹ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale s.g. n. 178 del 1 agosto 2016. È entrato in vigore il 2 agosto 2016 soltanto l'art. 20, concernente il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (v. art. 26 l. n. 145/2016).

² V., anche per profili penalistici replicati nella Novella in commento, la l. 11 dicembre 2015, n. 198 (*amplius infra*). Notizie sulle missioni all'estero sono fornite nel sito web del Ministero della Difesa.

³ DE VERGOTTINI, [Il crescente uso della forza: problemi costituzionali](#), in Aa.Vv., *Vecchi e nuovi problemi di diritto militare*, Roma, 2015, 24.

⁴ TONDINI, *La nuova disciplina delle missioni militari italiane all'estero: una questione di coerenza*, 10 febbraio 2010, www.forumcostituzionale.it.

con i problemi che i conflitti bellici pongono al diritto, diritto penale compreso⁵. 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.

La Novella include importanti profili del regime penalistico, peraltro considerati rapsodicamente, affatto fuori da adeguati aggiornamenti e armonie di sistema. Come si vedrà meglio in seguito, di fronte ad un fenomeno di impiego della forza armata moderno e diacronicamente cangiante nella sua intensa complessità, l'odierno legislatore persevera nell'utilizzare "un materiale normativo tra i più antiquati dell'intero ordinamento"⁶, e continua a dibattersi nelle incerte trame di rappezzamenti interni ed esterni dei codici militari di pace e di guerra, risalenti al 1941 – trame costruite di solito secondo disinformate improvvisazioni dell'ultima ora, condizionate da scelte demagogiche in funzione della mera nomenclatura di "pace" o di "guerra". In questo quadro, spicca la riproposizione della molto innovativa causa di giustificazione dell'uso della forza, ancorata alle direttive e regole di ingaggio che fondano la necessità militare, causa che ora va coordinata con il nuovo limite costituito dai crimini previsti dagli articoli 5 e seguenti dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998.

2. Missioni "consentite", criteri di rilevanza, limiti.

Anzitutto si tratta di individuare le missioni rilevanti, consentite in generale, e correlati limiti.

Come postula l'art. 1 della Novella riflettendo sulle missioni in esame l'intero impianto dell'art. 11 Cost., la nuova disciplina concerne impegni di corpi in armi, militari o civili, in missioni internazionali istituite nell'ambito dell'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

⁵ Sul punto, in generale, FIANDACA, *Quale specialità per il diritto penale militare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1072.

⁶ BRUNELLI D., *Prospettive di riforma del diritto penale militare*, in RIONDATO (a c. di), *Diritto e forze armate. Nuovi impegni*, Padova, 2000, 223; RIONDATO, *Diritto penale militare*, Cedam, Padova, 1998, p. 19 s. Più di recente lo stesso BRUNELLI D., *Esercizi di diritto penale sul caso Enrica Lexie*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2054; A. GARGANI, *Introduzione*, in GARGANI (a cura di), *Il diritto penale militare tra passato e futuro*, Torino, 2009, p. 1 ss.; RIVELLO, *Il «passato» e il «presente» del diritto penale militare*, ivi, 10; ROSIN, *Missioni militari internazionali: la necessità di una disciplina penale «ad hoc»*, ivi, p. 107 ss.

di diritto dell'Unione europea, nonché missioni finalizzate ad eccezionali interventi umanitari. È necessario che tali missioni rientrino nell'ambito applicativo dell'art. 11 Cost., a partire dagli scopi di promuovere la pace e la giustizia tra le nazioni, e che quindi rispettino il diritto internazionale generale, il diritto internazionale dei diritti umani, il diritto internazionale umanitario e il diritto penale internazionale (art. 1 cit.).

L'art. 11 Cost. contiene, dunque, le fondamentali, imprescindibili "regole d'ingaggio" fondamentali concernenti le missioni in esame, a partire dall' *an* delle missioni stesse.

Più in particolare, la definizione, sulla base dell'art. 1, muove da un primo requisito espresso in negativo. Si tratta di situazioni non corrispondenti alla guerra, estranee cioè alle ipotesi in cui le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari, il Presidente della Repubblica ha il comando delle Forze armate, presiede il Consiglio supremo di difesa costituito secondo legge, e dichiara lo stato di guerra (art. 78 e 87, nono comma, Cost.)⁷. La Novella si rivela inapplicabile ogniqualevolta si tratti di difendere in armi con la guerra il territorio nazionale o di impegnarsi in una guerra, non importa se di fatto o di diritto, legittima o no, secondo il diritto internazionale.

In positivo, si tratta della 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 (per es.: NATO), 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. Il personale impiegato è militare e/o civile secondo i casi.

Quanto ai limiti, la partecipazione è consentita (art. 1 cit.): a) purché avvenga in conformità a quanto disposto dalla stessa legge n. 145/2016, compreso l'ambito appena delineato delle missioni rilevanti; b) a condizione che avvenga nel rispetto dei cennati principi di cui all'articolo 11 Cost., del diritto internazionale generale, del diritto internazionale dei diritti umani, del diritto internazionale umanitario e del diritto penale internazionale. Pertanto è richiamata l'intera disciplina internazionale rilevante⁸.

⁷ Si tratta di disposizioni riguardanti la guerra internazionale tradizionalmente intesa. È generalmente ammesso che il ricorso alla guerra, quale storicamente definita come esasperato ricorso alla violenza finalizzato alla *debellatio* della controparte, esuli da una realistica definizione dei confini dell'attuale ordinamento; comunque, verrebbe considerato sostituito dalla più blanda figura del conflitto armato nelle sue diverse modalità di svolgimento. Tali disposizioni, inutilizzate, sono però servite per mettere in evidenza la volontà del Costituente di coinvolgere Parlamento, Governo e Capo dello Stato nella eventuale decisione interessante la sicurezza dell'ordinamento, traendone la conseguenza che anche le eventuali determinazioni interessanti conflitti armati (ed eventualmente quelle missioni di pace che potessero sfociare in conflitti armati) dovrebbero vedere la partecipazione dei tre organi costituzionali. Per tutti, DE VERGOTTINI, [Un nuovo codice penale per le missioni militari](#), 2010, p. 2; BENVENUTI, *L'Italia, la Costituzione e la (seconda) guerra di Libia*, in *Costituzionalismo.it*, 8 aprile 2011.

⁸ NIETO MARTIN, *La tutela dei diritti umani nel diritto penale militare e nelle situazioni di conflitto armato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1038 ss.

Il secondo comma dell'art. 1 precisa che nell'ambito di applicazione della Novella rientrano l'invio di personale e di assetti⁹, civili¹⁰ 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 umanitari¹¹.

L'art. 1 l. n. 145/2016, in buona sostanza, inquadra all'interno di una cornice definitoria la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali, anche con riferimento al suo necessario fondamento costituzionale. Esso comunque non muta i termini della legittimità costituzionale di qualunque partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali, i quali risultano scolpiti, in ogni caso, dal combinato disposto della prima proposizione dell'art. 11 Cost. (ripudio della guerra come strumento di offesa) e dell'art. 52, co. 1, Cost. (difesa della Patria come sacro dovere) e devono accompagnarsi, al contempo, al rispetto degli obblighi internazionali scaturenti dall'art. 10, co. 1, Cost., dalle cennate seconda e terza proposizione dell'art. 11 Cost. e dagli artt. 80 e 87, co. 8 (ratifica trattati da parte delle Camere e del Presidente della Repubblica), e 117, co. 1, Cost. (vincoli internazionali alla potestà legislativa statale e regionale). Dai primi deriva il divieto categorico per l'Italia di partecipare a *qualunque* forma massiccia di forza armata, che non sia usata a fini difensivi, fini strettamente difensivi; dai secondi scaturisce la necessità di un complesso di regole anche di diritto internazionale, in ragione delle quali le missioni internazionali in questione devono essere "coperte" dal consenso dello Stato di destinazione¹².

⁹ Si sostiene che non soggiace al regime giuridico della l. n. 145/2016 l'invio all'estero di soli assetti e non di personale (BENVENUTI, *Luci ed ombre della l. n. 145/2016 in tema di partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali. Una prima lettura*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017 (2.2.2017), p. 11. Ivi ult. ind.

¹⁰ Tra i civili, rientrano anche i Corpi civili di Pace di cui all'art. 1, comma 253, della legge 27 dicembre 2013 n.147 (legge di stabilità 2014) che istituisce, in via sperimentale, il contingente dei Corpi Civili di Pace, e prevede che all'organizzazione del contingente stesso si provveda ai sensi dell'art. 12 del decreto legislativo 5 aprile 2002, n.77. L'art. 28, comma 10, della legge 11 agosto 2014, n.125, stabilisce che: "L'Italia promuove e sostiene le forme di volontariato e servizio civile internazionale, ivi incluse quelle messe in atto dall'Unione europea per la partecipazione dei giovani alle attività di cooperazione allo sviluppo. I soggetti di cui all'articolo 26, accreditati ai sensi degli articoli 3 e 9 della legge 6 marzo 2001, n. 64, organizzano contingenti di corpi civili di pace, destinati alla formazione e alla sperimentazione della presenza di giovani volontari da impegnare in azioni di pace non governative nelle aree di conflitto o soggette a rischio di conflitto o nelle aree di emergenza ambientale".

¹¹ Valgono comunque, a beneficio delle donne, i limiti derivanti dalle Risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite aventi ad oggetto "Woman and Peace and Security" (art. 2, co. 3) (v. [questa pagina web](#)).

¹² BENVENUTI, *Luci ed ombre della l. n. 145/2016*, cit., p. 7 s. Ivi ult. ind. Ancora attuale è l'ampia disamina critica e propositiva riguardo alle multiformi prassi parlamentari, offerta da BRUNELLI G., *Strumenti e forme del controllo sugli accordi militari nella prassi parlamentare*, in *Il controllo democratico sugli impegni internazionali*, a c. di BATTAGLINI e CARLASSARE, Padova, 1997, p. 66 ss.

3. Procedimento di autorizzazione parlamentare.

In secondo luogo, milita il procedimento necessario per la legittimazione della singola missione. Vi sono due fasi, una di delibera governativa e una di autorizzazione parlamentare mediante atto di indirizzo.

Come stabilisce l'art. 2, co. 1 e 2, la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali è anzitutto deliberata dal Consiglio dei ministri, previa comunicazione al Presidente della Repubblica. Ove se ne ravvisi la necessità, può essere convocato il Consiglio supremo di difesa dal Presidente della Repubblica di propria iniziativa o su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri (come prevede l'art. 8, co. 2, codice ordinamento militare approvato con decr. lgs. 15 marzo 2010, n. 66).

Le deliberazioni di partecipazione sono trasmesse dal Governo alle Camere. Nel trasmettere alle Camere le deliberazioni, il Governo indica, per 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.

Le Camere a loro volta tempestivamente discutono le deliberazioni e, con appositi "atti di indirizzo", secondo le norme dei rispettivi regolamenti, o autorizzano per ciascun anno la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali, eventualmente definendo impegni per il Governo, ovvero negano l'autorizzazione.

Che valore hanno questi "atti di indirizzo" con cui le camere "autorizzano"? Se si trattasse di mera attività di indirizzo *politico* delle Camere nei confronti del Governo, il valore sarebbe solo politico. Nel previgente regime, indubbiamente si trattava di atti di tale natura. La prassi si era attestata su una Risoluzione approvata in Commissione Difesa della Camera dei Deputati¹³, che tendeva a precisare senso e conseguenze dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 18 febbraio 1997, n. 25, laddove si prevede che "il Ministro della difesa, preposto all'amministrazione militare e civile della difesa e massimo organo gerarchico e disciplinare, attua le deliberazioni in materia di difesa e sicurezza adottate dal Governo, sottoposte all'esame del Consiglio supremo di difesa e approvate dal Parlamento". La Risoluzione dava per costituito "un obbligo per il Governo di assicurare lo svolgimento del procedimento istituzionale ivi descritto, e per il Ministro della difesa di attendere che tale procedimento si sia completato favorevolmente, prima di attuare le deliberazioni del Governo". Ma tale obbligo rimaneva confinato al piano politico. L'approvazione del Parlamento si inquadrava nel ruolo di indirizzo politico dell'azione di Governo, configurabile come una forma di specificazione di integrazione se non di "correzione" del programma che costituisce la base del rapporto fiduciario con la maggioranza parlamentare, quindi costituiva attività "non legislativa" che le Assemblee sono chiamate a svolgere in attuazione dei compiti di indirizzo e di controllo sulle azioni amministrative, utilizzando gli strumenti predisposti dai regolamenti parlamentari. Teleologicamente orientata a suscitare il voto delle Camere, la funzione di indirizzo politico del Parlamento, che si avvale di mozioni, risoluzioni, direttive e ordini del

¹³ [Risoluzione n. 7-01007 Ruffino ed altri](#), 6 dicembre 2001.

giorno, in Assemblea e in Commissione, tende ad ottenere l'adempimento del Governo rispetto al "petitum". Tale adempimento, tuttavia, non potrà avere il valore di un vincolo assoluto, né l'inadempimento parziale o totale da parte del Governo potrà dar vita ad una sanzione giuridica. Gli atti di "indirizzo politico" sono privi della forza cogente tipica delle norme aventi forza di legge, sicché, in caso di disapplicazione da parte dell'Esecutivo, sono "destinati a rappresentare un mero esercizio di retorica parlamentare"¹⁴: il Governo non dovrà sottostare ad alcun obbligo, ma, in caso di inadempienza, accettare la "responsabilità politica" del suo atteggiamento elusivo.

La prassi anche costituzionale e la legislazione previgente finora si sono dispiegate in questo senso, e un ruolo non marginale hanno assunto sia il Presidente della Repubblica che il Consiglio supremo di difesa¹⁵. Spesso l'approvazione parlamentare avveniva *ex post*, in occasione della conversione in legge del decreto-legge di finanziamento della missione. L'approvazione delle missioni concerneva direttamente solo la copertura finanziaria, con difficoltà di modifica della sostanza "politica" delle stesse.

Diversamente, la Novella oggi costituisce la base legale per le missioni, e conseguentemente richiede una "conformità" alla legge stessa affinché la partecipazione dell'Italia sia "consentita". L'autorizzazione parlamentare mantiene la natura di atto di indirizzo politico per i contenuti ascrivibili al momento politico, e d'altra parte, qualora mancasse, allora la partecipazione non sarebbe consentita, in quanto contraria alla legge. La ragione prima della riforma sta proprio nell'esigenza di stringere il Governo adeguatamente in Diritto nelle maglie degli altri organi costituzionali a partire dal Parlamento. L'interpretazione più aderente pare, appunto, quella secondo cui l'intervento di entrambe le Camere costituisce un elemento formale ed esplicito, necessario e vincolante affinché vi possa essere la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali¹⁶.

La base legale costituita dalla Novella parrebbe inoltre meglio consentire l'auspicato controllo di legittimità costituzionale da parte del Giudice delle leggi, grazie al quale si potrebbero tra l'altro finalmente precisare i parametri di liceità costituzionale dell'uso della coazione *manu militari* da parte delle Forze italiane, sicché, 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 belliche¹⁷, soprattutto esercitando un controllo di ragionevolezza. Gli atti parlamentari di indirizzo, e quindi le autorizzazioni parlamentari al Governo non soggiacciono allo scrutinio della Corte, per il loro contenuto politico, ma la legge del 2016 che ne costituisce la base ben può costituire oggetto di giudizio di costituzionalità, anche nella parte in cui consenta (o non consenta)

¹⁴ PISICCHIO, *Dal Parlamento legislatore al Parlamento degli atti di indirizzo*, 14.11.2012, www.forumcostituzionale.it. Ivi ult. ind.

¹⁵ Ampia disamina critica in DE VERGOTTINI, *Il crescente uso della forza: problemi costituzionali*, cit., p. 38 ss. Ivi in fine ult. ind.

¹⁶ BENVENUTI, *Luci ed ombre della l. n. 145/2016*, cit., p. 34 s. Ivi ult. ind.

¹⁷ TONDINI, *La nuova disciplina delle missioni militari*, cit.

una certa disciplina che le stesse autorizzazioni determinino, a partire dall'inquadramento della missione nelle congrue fattispecie costituzionali. Resta comunque la consapevolezza che in funzione limitante opera l'elemento politico particolarmente intenso che caratterizza queste missioni, elemento che la legge riconosce e per certi versi incorpora legittimandone le cadenze, come si vedrà anche in seguito.

4. Statuto penale delle missioni, in generale.

Il regime penale delle missioni all'estero si snoda nell'ambito dei rapporti tra legge penale comune, a partire dal codice penale, e legge penale militare, a partire dai codici penali militari. Entrambi i plessi, comune e militare, sono rilevanti, secondo le cadenze di seguito indicate.

4.1. a) ruolo del codice penale comune e della legislazione speciale comune, e rapporti con i codici militari di pace e di guerra.

Al fine di apprezzare il ruolo svolto dal codice penale comune e dalla legislazione penale comune, e i loro rapporti di collegamento ai codici militari¹⁸, occorre anzitutto notare che il codice penale militare di pace è un codice speciale che funziona, con le leggi penali militari complementari, a sua volta in regime di complementarietà rispetto al codice penale comune, (auto)ponendosi nel fuoco dell'art. 16 c.p., che costituisce così il perno di operatività dei principi di complementarietà e specialità che abbracciano la legge penale militare. La legge penale militare di guerra, compreso il codice penale militare di guerra, è complementare rispetto al codice penale militare di pace (art. 19 c.p.m.p.) e quindi anche al codice penale comune.

Il codice penale comune rimane quindi di principio rilevante così come conseguentemente tutta la legislazione penale speciale, compresa quella concernente i corpi di polizia "smilitarizzati". Insomma, allo stato attuale e anche precedente della legislazione, lo "zaino" e la "valigia" del personale all'estero per operazioni militari, personale non importa se civile o militare, contengono di principio non già, secondo i casi e in rigida, esclusiva alternativa, il codice penale militare di pace oppure il codice penale militare di guerra (come comunemente credono i meno introdotti), bensì i due codici militari con le leggi penali militari complementari – più esattamente, la legge penale militare di pace e la legge penale militare di guerra –, e la legge penale comune – codice penale comune e leggi complementari –, oltre che la Costituzione e il diritto sovranazionale¹⁹.

¹⁸ RIONDATO, *Diritto penale militare*, cit., p. 71 ss.

¹⁹ Sul ruolo degli *Agreements* concernenti lo *Status* delle Forze o delle Missioni (c.d. SOFA e SOMA), anche nella distribuzione della giurisdizione tra i vari Stati interessati da missioni militari, v., per un primo orientamento, il [Rapporto collettivo Le missioni internazionali](#), 2010; BREDA, *Le dinamiche evolutive degli Status of Forces Agreements: alcune riflessioni sulle problematiche di carattere penale poste dai SOFA «atipici»*, in *Il diritto*

In secondo luogo, è imprescindibile tener conto che, in forza della detta complementarietà/specialità, il codice (la legge) penale comune e il codice (la legge) penale militare di pace operano anche in materia regolata dalla legge penale militare *di guerra*, ove non sia stabilito altrimenti; d'altro canto, lo stesso codice penale militare di pace stabilisce che *“la legge determina i casi, nei quali la legge penale militare di guerra si applica nello stato di pace”* (art. 20 c.p.m.p.), e il codice penale militare di guerra contempla correlate ipotesi, di cui si dirà più ampiamente tra poco. Ne deriva che le denominazioni *“di pace”* e *“di guerra”* riferite alle leggi penali militari, codici militari compresi, non esprimono affatto una rigida alternativa di applicabilità, da un lato in stato e/o tempo di pace, e, dall'altro lato, in stato o tempo di guerra. La denominazione non si correla al riconoscimento comunque di *“pace”* e *“guerra”* né in fatto né in diritto. Si tratta di una distinzione puramente nominale, che dipende da considerazioni molto relative sulle fattispecie disciplinate nei due plessi, in termini rispettivamente di minore o maggiore prossimità, in complesso, all'esercizio concreto della forza armata.

In terzo luogo, merita ricordare che il codice penale militare di pace (come quello di guerra) non contiene restrizioni di principio rispetto ai soggetti ai quali esso, come tutta la legge penale militare, è applicabile (v. artt. 1 e ss. c.p.m.p.). Di principio, il codice di pace si applica a chiunque, quindi anche ai soggetti appartenenti alle forze di polizia ad ordinamento civile, ai corpi civili, e al personale civile, che partecipino alle missioni internazionali in esame. La maggior parte dei reati militari previsti nei codici militari sono reati propri per la qualifica militare del soggetto attivo, ma ciò non esclude l'ipotesi del concorso dell'*extraneus* (v. anche *infra*, par. 7).

4.2. b) applicazione del codice penale militare di pace e limiti alla rilevanza del codice penale militare di guerra.

L'assetto penalistico concernente le missioni è in generale considerato nella Novella tramite la previsione dell'applicabilità del codice penale militare di pace (art. 19. co. 1). Si tratta di un'espressione tecnicamente infelice, per le ragioni sopra dette. Essa peraltro è già stata adottata in molti interventi legislativi precedenti e concernenti singole missioni, al fine di sancire un'opzione generale rivolta all'assoggettamento delle missioni ad un non meglio precisato regime *“di pace”*, cioè, almeno tendenzialmente, alla legge penale di pace, compreso il codice penale militare di pace. Si ricordi però che lo stesso codice penale militare di pace stabilisce che *“la legge determina i casi, nei quali la legge penale militare di guerra si applica nello stato di pace”* (art. 20 c.p.m.p.), stato di pace che non è pregiudicato dalle missioni in esame, e tanto meno dalle denominazioni delle leggi applicabili.

In buona sostanza, secondo l'intenzione storica, l'obiettivo in tal modo perseguito tramite la Novella consiste essenzialmente nel paralizzare, con riferimento

penale militare tra passato e futuro, cit., p. 81 ss.; TONDINI, *L'esercizio della giurisdizione sul personale militare all'estero nella prassi degli Status of Forces Agreements*, in *Rass. Carab.*, n. 3, 2007 (web).

alle missioni riguardate, un automatismo applicativo, in tempo (e in stato) di pace, della legge penale militare di guerra, automatismo fondato sul *fatto* della missione militare armata all'estero. Si tratta di quanto è stabilito dall'art. 9 c.p.m.g. (riformulato dall'art. 2 l. 31.1.2002, n.6, che converte in legge il d.l. 1.12.2001, n. 421)²⁰, un'ipotesi prefigurata dal citato art. 20 c.p.m.p. Secondo l'art. 9 c.p.m.g., "*sino alla entrata in vigore di una nuova legge organica sulla materia penale militare*", sono soggetti alla legge penale militare di guerra, ancorché in tempo di pace, i corpi di spedizione all'estero per operazioni militari armate, dal momento in cui si inizia il passaggio dei confini dello Stato o dal momento dell'imbarco in nave o aeromobile ovvero, per gli equipaggi di questi, dal momento in cui è ad essi comunicata la destinazione alla spedizione²¹ – la mini-riforma del 2002 si era ispirata all'opzione "di guerra" in tempo di pace.

È appena il caso di notare che la Novella stessa non costituisce l'attesa riforma organica della materia penale militare. Pertanto essa stabilisce, recependo pur maldestramente un *revirement* politico rispetto all'altrettanto poco adeguata mini-riforma del 2002, che anche nell'ipotesi in cui le missioni prevedano l'invio di corpi di spedizione all'estero per operazioni militari armate, non si fa luogo all'operatività della legge penale militare di guerra, codice penale militare di guerra compreso; si applica la legge penale militare di pace, a partire appunto dal codice penale militare di pace, cui fa impreciso riferimento l'articolo 19, co. 1 della Novella.

In mancanza della riforma, l'articolo 9 c.p.m.g. rimane peraltro a regolare, con il suo menzionato automatismo, il regime di corpi di spedizione militare all'estero per operazioni militari armate, che non soddisfino i requisiti delle missioni disciplinate dalla legge n. 145/2016, e non possano quindi intendersi come assoggettate al regime "di pace" secondo la legge stessa. Finisce così per fissare casualmente il regime penalistico di missioni militari internazionali all'estero che per qualche verso non rispecchino i requisiti della ridetta l. n. 145, come una missione internazionale non autorizzata in tutto o in parte dal Parlamento e nonostante ciò eseguita dal Governo, o una missione pur autorizzata che tuttavia violi il diritto internazionale. La norma però non è idonea ad adattarsi alla multiformità degli impegni militari odierni e all'odierna prudenza che caratterizza l'impiego della legislazione di guerra – legislazione obsoleta e in gran parte di fatto inapplicabile. Ciò fa risaltare ulteriormente che la Novella è equivoca in materia penale, poiché non chiarisce adeguatamente quali siano le ragioni sostanziali di applicabilità del codice di pace anziché di quello di guerra. È ormai traluzio, nella dottrina specialistica, il rilievo che certe parti della legislazione di guerra talvolta

²⁰ Non si tratta di abrogazione per incompatibilità dell'art 9 c.p.m.g., stante il menzionato regime di complementarietà che caratterizza il plesso normativo costituito da codice penale comune, codice penale militare di pace e codice penale militare di guerra, per cui il rapporto con altre leggi è regolato esclusivamente secondo il criterio della specialità (più ampi ragguagli in RIONDATO, *Diritto penale militare*, cit., p. 69 ss.).

²¹ Lo stesso articolo stabilisce che limitatamente ai fatti connessi con le operazioni all'estero, la legge penale militare di guerra si applica anche al personale militare di comando e controllo e di supporto del corpo di spedizione che resta nel territorio nazionale o che si trova nel territorio di altri paesi, dal momento in cui è ad esso comunicata l'assegnazione a dette funzioni, per i fatti commessi a causa o in occasione del servizio.

sarebbero adeguate alle esigenze di certe missioni c.d. di pace – peraltro, sempre in attesa dell’auspicata riforma. Le esigenze penalistiche richiedono norme autonome rispetto a quelle extrapenali²². Ne è chiara espressione il menzionato art. 20 c.p.m.p., per cui in dati casi la legge penale militare di guerra si applica nello stato di pace.

Altra infelice disposizione, e martoriata nel suo iter preparatorio²³, è quella per cui qualora il Governo intenda proporre l’applicabilità del codice penale militare di guerra, dovrà avvalersi di ulteriore, diverso, apposito strumento, il disegno di legge. Così stabilisce l’ultimo periodo dell’art. 2, che sembra indicare quindi la modalità necessaria per assoggettare le missioni in questione al regime inteso come “di guerra”, poiché il regime normale è quello inteso come “di pace” (art. 19, co.1). La legge del 2016 sembra così introdurre una iniziativa legislativa riservata al governo; non si vede tuttavia, stante la riserva costituzionale di legge penale, come possano essere precluse iniziative parlamentari autonome; inoltre, poiché la legge in discorso è una legge ordinaria, una successiva legge, che disponesse l’applicazione del codice di guerra, potrebbe ammettersi anche se di iniziativa non governativa, ma parlamentare; infine, non pare potersi escludere il ricorso da parte del Governo ad altri tipi di iniziativa, per esempio al decreto-legge nei congrui casi.

La previsione in esame, come la sua omologa dell’art. 19 concernente il regime di pace, meramente ribadisce con tecnica approssimativa la tendenziale opzione per un regime penale “di pace”, come se esistesse una divaricazione di disciplina giuridica, incardinata sulle denominazioni dei codici, il che non è, come sopra indicato. Di seguito si vedrà che una parte importante del codice di guerra riesce a “sopravvivere”, per così dire, alla tendenzialmente radicale opzione “di pace” che ai fini penalistici si è trasfusa nella Novella.

4.3. c) *applicazione automatica del Titolo sui reati contro le leggi e gli usi di guerra (artt. 165-230 c.p.m.g.).*

Vi è una parte del codice penale militare di guerra applicabile alle missioni in esame, nonostante anzi proprio in forza della prevista applicabilità del codice penale militare di pace, poiché come si è sopra illustrato il codice penale militare di pace stabilisce che “la legge determina i casi, nei quali la legge penale militare di guerra si applica nello stato di pace” (art. 20 c.p.m.p.), stato di pace che non è pregiudicato dalle missioni in esame.

Orbene, una parte molto importante del codice di guerra, il Titolo quarto contenente reati contro le leggi e gli usi di guerra (artt. 165-230 c.p.m.g.), che tra l’altro recepisce molti profili di diritto bellico anche internazionale (soprattutto crimini di

²² Una sorta di parallelismo pace/guerra tendenzialmente rigido anche agli effetti penali pare propugnato da BENVENUTI, *Luci ed ombre della l. n. 145/2016*, cit., p. 50 ss., con ult. ind.

²³ Sul quale v. BENVENUTI, *Luci ed ombre della l. n. 145/2016*, cit., p. 48 ss.

guerra), si applica, ai sensi dell'art. 165 c.p.m.g., sia in ogni caso di conflitto armato²⁴, a prescindere dalla dichiarazione dello stato di guerra – e non è immediatamente il nostro caso –, sia, anche fuori dai casi di conflitto armato e “in attesa dell’emanazione di una normativa che disciplini organicamente la materia”, “alle operazioni militari armate svolte all’estero dalle forze armate italiane”²⁵. La Novella del ‘16 non pare affatto una normativa che disciplini organicamente la specifica materia e concerne appunto (anche) operazioni armate svolte all’estero dalle forze armate italiane. Queste operazioni si svolgeranno sotto il presidio delle norme penali militari che incriminano fatti commessi in violazione delle leggi e gli usi di guerra²⁶ – sempre in attesa di una più adeguata riforma.

5. La scriminante dell’uso della forza per le necessità delle operazioni militari in conformità alle regole di ingaggio.

L’art. 19 co. 3 primo periodo prevede la seguente scriminante: “non è punibile il personale di cui al comma 1 che, nel corso delle missioni internazionali, 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”.

A corredo della scriminante, è prevista un’ipotesi di eccesso colposo (art. 19, co. 3, secondo periodo): “Quando, nel commettere uno dei fatti previsti dal primo periodo, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge, dalle direttive, dalle regole di ingaggio o dagli ordini legittimamente impartiti, ovvero imposti dalla necessità delle operazioni militari, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo”.

Sia la scriminante che la correlata ipotesi di eccesso colposo, vanno intese nel quadro della limitazione generale disposta nel successivo comma 4 dell’articolo 19, secondo cui esse non si applicano “in nessun caso ai crimini previsti dagli articoli 5 e seguenti dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232”. Questa limitazione è la novità introdotta

²⁴ 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 operazioni belliche (art. 165, co. 2, c.p.m.g., introdotto dalla legge n. 15/2002). Secondo RIVELLO (“Operazioni militari all’estero e diritto penale internazionale”, in MANACORDA (a cura di), “Missioni militari di peace keeping e cooperazione in materia penale”, Roma, 2004), tale definizione non fa altro che alimentare dubbi interpretativi.

²⁵ DI MARTINO, *Operazioni militari all'estero e legge penale applicabile. Note brevi su una disciplina in bilico tra il provvisorio e l'attesa*, in *Il diritto penale militare tra passato e futuro*, cit., p. 69 ss.

²⁶ Conclusioni conformi, con riguardo ai nuclei militari di contrasto alla pirateria di cui al d.l. 12 luglio 2011, n. 107 (conv. in l. 2 agosto 2011, n. 130), in BRUNELLI D., *Esercizi*, cit., p. 2055. Pare isolata e non congruente con le esigenze di tutela l’opinione di PADOVANI (*La legge penale militare di guerra, i conflitti armati e le operazioni militari all’estero*, in *Il diritto penale militare tra passato e futuro*, cit., p. 59 ss.), secondo cui il regime dell’art. 9 c.p.m.g. coinvolgerebbe i militari italiani, mentre la disciplina di cui all’art. 165 c.p.m.g. sarebbe limitata a “nemici” o antagonisti, secondo la logica della necessaria reciprocità nel riconoscimento di garanzie minime concernenti ogni occasione di impiego delle armi.

dalla Novella, mentre la scriminante e l'eccesso colposo già comparivano tal quali in leggi precedenti concernenti determinate missioni²⁷. Di seguito si esamineranno dapprima i problemi interpretativi emersi nel regime previgente (*sub a*), in cui la scriminante è stata da più parti intesa come una sorta di illimitata licenza a favore della catena gerarchica governativo-militare per quanto concerne l'uso della forza in caso di necessità; su questa base si scenderà poi all'esame dei significati oggi attribuibili (*sub b*), anche in prospettiva critica rispetto all'inedito limite costituito dai crimini internazionali (*sub c*), il quale *prima facie* parrebbe potersi intendere come unico limite apposto a detta, ampia estensione dei poteri amministrativo-militari.

Preliminarmente va notato che la scriminante concerne di principio sia fatti di reato militare che fatti di reato comune. Riguarda soltanto i soggetti appartenenti al personale partecipante alle missioni internazionali o inviato in supporto alle medesime missioni, personale non importa se civile o militare. È limitata ai fatti commessi nel corso della rispettiva missione.

²⁷ Trattasi di disposto che negli stessi termini era già comparso con l'art. 4, co. 1 *sexies* della legge 29 dicembre 2009, n. 197, concernente tutta una serie di missioni, e ulteriormente richiamato per esempio nel d.l. n. 1/2010, conv. in l. 5 marzo 2010, n. 30, art. 7). Cfr. D'ANGELO, *Missioni militari all'estero: il legislatore amplia le possibilità di utilizzo delle armi per le Forze Armate (e senza punibilità)*, 5 aprile 2010, www.forumcostituzionale.it; ID, *Missioni militari all'estero, regole di ingaggio e cause di non punibilità codificate nella legislazione comune e militare*, in *Dir. pen. proc.*, n. 9/2005, p. 1161 e ss. L'art. 4 anticipava il c.d. "codice penale delle missioni militari all'estero" che il Governo ha proposto qualche mese dopo attraverso un disegno di legge delega (n. 2099 presentato al Senato il 9 aprile 2010), il cui art. 2, comma 1, lett. b), n.5, contempla una delega a «introdurre una specifica causa di giustificazione che preveda la non punibilità del militare» secondo un testo coincidente con quello della disposizione del comma 1-*sexies* cit. Lo stesso testo prevede un successivo n. 6, corrispondente al comma 1-*septies* della l. n. 197/2009, laddove compare l'eccesso colposo, così come nella Novella del 2016. Come viene rilevato nell'ampio e illuminante studio di BRUNELLI D. (*L'uso delle armi del pubblico agente tra giustificazione e scusa*, in *Scr. on. M. Romano*, II, Napoli, 2011, p. 783), nei lavori parlamentari della Novella del 2009 non si rinviene alcuna spiegazione circa la nuova specifica "causa di giustificazione" applicabile ai militari nel corso delle missioni all'estero. Qualche spunto è invece presente nella relazione che accompagna il citato disegno di legge delega sul codice penale per le missioni all'estero, ove si rileva che l'innovazione «si è resa necessaria per assicurare un'adeguata tutela ai militari», dal momento che sia le scriminanti del codice penale (artt. 51, 52 e 53), sia quelle del codice penale militare di pace (artt. 41, 42 e 44) non sarebbero modulate per disciplinare situazioni di impiego delle forze armate e di polizia in contesti «caratterizzati da gravi situazioni di destabilizzazione e da elevati rischi per la sicurezza e l'incolumità del personale», con la possibilità dunque che al personale operante possa venir irragionevolmente addebitata responsabilità penale per fatti pur commessi in ossequio alle disposizioni del diritto internazionale e del diritto interno. Il legislatore materiale avrebbe quindi rilevato un vuoto normativo nella "copertura" giuridica delle operazioni militari all'estero, tale che operazioni implicanti l'uso della forza e delle armi perfettamente legittime alla stregua delle norme "amministrative" avrebbero potuto invece dar luogo a fatti di reato non scriminati, in base alle vigenti norme penali. Analoghi rilievi sono contenuti nella Relazione al citato disegno di legge delega per la riforma dei codici: "una disciplina specifica che appresta un'adeguata tutela sul piano giuridico al personale militare, evitando qualsiasi irragionevole rischio di addebitare responsabilità ai militari che hanno operato nel pieno rispetto del diritto internazionale, delle disposizioni che regolano la missione e degli ordini legittimamente impartiti".

5.1. a) regole di ingaggio e versione previgente della scriminante.

Certa dottrina costituzionale²⁸, in relazione alle cennate, analoghe norme previgenti, aveva notato che la scriminante finisce per poggiare non tanto sugli ordini legittimamente impartiti – precisazione che appare superflua alla luce dell’indubbia vigenza della disciplina dell’adempimento del dovere (art. 51 c.p.), compresa quella concernente l’ordine criminoso e manifestamente criminoso²⁹ – ma addirittura su meri atti/provvedimenti amministrativi, quali le direttive militari e le regole di ingaggio (ROE)³⁰. La scriminante finirebbe così per azzerare ogni sindacato di legittimità giurisdizionale sulle direttive e sulle regole in parola, poiché le condotte dei militari verrebbero valutate sulla base non della legge, ma di meri atti amministrativi ritenuti *ex lege* sempre e comunque “legittimi”. Di qui anche un dubbio di costituzionalità, posto 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 tipicizzate dal diritto penale*»³¹.

Il punto più problematico concernente le ROE emerge dalla considerazione che esse, prive di una definizione, e lasciate a ricostruzioni interpretative non univoche e

²⁸ TONDINI, *La nuova disciplina delle missioni militari italiane all'estero: una questione di coerenza*, 10 febbraio 2010, www.forumcostituzionale.it. V. anche ID., *Regole d’ingaggio e uso della forza in mare. Utilizzo delle ROE nelle operazioni navali*, in *Riv. marittima*, vol. 138, n. 3, 2005, p. 57 ss.

²⁹ Per tutti, PROVOLO, *Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilità penale*, Padova, 2012.

³⁰ Sulla incerta definizione, ruolo, e natura giuridica di queste ultime si veda BRUNELLI D.– MAZZI, *Diritto penale militare*, IV ed., Milano, 2007, p. 487; TONDINI, *Regole d’ingaggio e diritto all’autodifesa. Riflessioni e suggerimenti*, in *Rass. Arma Carab.*, 1, 2005, p. 7 ss.; CARLIZZI, *Profili di operatività delle regole di ingaggio nell’ordinamento penale italiano*, in MANACORDA (COORD.), *Difesa comune europea e spazio giudiziario penale*, Gaeta, 2006, p. 163 ss.; MANACORDA, *Modelli di integrazione penale*, ivi, p. 282; CABIGIOSU, *Le regole di ingaggio nelle operazioni militari*, ivi, p. 303. Secondo la definizione fornita dal testo militare *United Kingdom Glossary of Joint Multinational Terms and Definitions*, le *Rules of Engagement (ROE)* sono “*quelle direttive diramate dalle competenti autorità militari che specificano le circostanze ed i limiti entro cui le forze possono iniziare e/o continuare il combattimento con le forze contrapposte*”. Le regole d’ingaggio consistono quindi in talune istruzioni più o meno predefinite e dettagliate che stabiliscono il comportamento tattico di una unità per l’assolvimento della missione assegnata, consentendo, limitando o negando, a seconda delle situazioni, determinate azioni armate in modo da permettere il pieno raggiungimento degli obiettivi militari necessari per il conseguimento degli obiettivi politici. La formulazione delle regole d’ingaggio spetta sì allo Stato nazionale del contingente, ma per le operazioni multinazionali le regole sono emanate dall’organizzazione sotto il cui comando la Forza è posta. Ciò vale per le Nazioni Unite, la Nato e l’Unione Europea. I singoli Stati che partecipano alle operazioni multinazionali hanno il diritto di prevedere singole regole che tengano conto dei loro ordinamenti giuridici e dei trattati internazionali di cui siano parti. In particolare, i singoli paesi partecipanti possono inserire restrizioni nazionali, i *caveat*, che sono delle riserve. I *caveat* consentono di partecipare ad un’operazione multinazionale, senza derogare alle regole di condotta di fonte nazionale (per esempio, si pensi alle diverse posizioni tra alleati in relazione alle modalità di partecipazione alla missione ISAF, a guida Nato, in Afghanistan, correnti tra una partecipazione più incisiva alle ostilità ed una visione strettamente difensiva dell’operazione). Si veda inoltre il *Catalogo nazionale delle regole d’ingaggio*, Stato Maggiore Difesa, 2013, di cui si dirà anche oltre nel testo.

³¹ [GUP Tribunale militare di Roma, 9 maggio 2007, n. 33.](#)

comunque non soddisfacenti³², presuppongono che sia attribuita al potere amministrativo soprattutto militare una incontrollabile disponibilità dell'antigiuridicità rilevante (non solo) penalmente, sotto forma di determinazione normativa della necessità militare. Se si guarda infatti a cosa i militari intendono per "regole d'ingaggio", si scopre agevolmente che esse: sono strettamente legate ad un contenuto variabile in funzione della stessa necessità militare che, alla fine, *dalle stesse regole è pure costituita* (quindi le ROE costituiscono la scriminante³³); comunque si fondano sull'imprescindibile "solida base concettuale" secondo cui, "a prescindere dalla natura della missione da assolvere, [...] è specifico diritto/dovere del responsabile delle operazioni sul campo il garantire, sempre e comunque, la difesa e la sicurezza degli uomini e dei mezzi posti sotto la propria tutela, e finiscono per rappresentare "un imprescindibile punto di necessaria convergenza e di forzata compatibilità tra i seguenti elementi spesso in contraddizione: • la volontà politica; • i sentimenti del momento che l'opinione pubblica avverte; • il Diritto internazionale dei conflitti armati; • la necessità militare dell'autodifesa; • le necessità militari operative per l'assolvimento della missione"³⁴ (sottolineatura nostra)³⁵.

Non varrebbe, dunque, più così radicalmente l'icastica conclusione secondo cui "nessuna regola d'ingaggio potrà rendere lecito un comportamento illecito"³⁶.

La questione, tuttavia, merita approfondimento. Dottrina avvertita già ha ben colto la preoccupazione del legislatore del 2009, che aveva introdotto la stessa scriminante, in ordine all'insufficienza della disciplina vigente sull'uso legittimo delle armi (art. 53 c.p. e art. 41 c.p.m.p.): infatti, nelle situazioni concrete ipotizzabili, spesso il militare in missione all'estero non si troverà in senso proprio a dover fronteggiare una «violenza» o a dover vincere una «resistenza», presupposti di operatività dell'art. 53, comma 1, c.p. (corrispondente all'art. 41, comma 1, c.p.m.p., riferito al militare), ma si

³² ORTOLANI - ZAMPONI, *La rilevanza penale delle regole di ingaggio*, in *Informazioni della Difesa*, 4/2010, p. 22 ss.

³³ BRUNELLI D., *L'uso delle armi*, cit., 813: "non è punibile il militare che usi le armi ma solo se ciò avviene «in conformità» di direttive, regole di ingaggio o ordini. Il legislatore penale si limita a far rinvio apertamente alla regolamentazione di settore, senza adottare autonome formule o peculiari valutazioni: fa premio la sola conformità ai doveri di servizio" (ivi ult. ind. bibliografiche in tema di necessità). V. comunque VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazioni e delle scusanti*, Milano, Giuffrè, 2000; MEZZETTI, «Necessitas non habet legem»? Sui confini tra «impossibile» ed «inesigibile» nella struttura dello stato di necessità, Torino, Giappichelli, 2000; MONTEDORO, *La Costituzione, le nuove guerre e il mutamento della legalità internazionale*, 2006, p. 16: "La necessità militare, quale scriminante, in definitiva, per operare, è "conformata" dalle ROE".

³⁴ Molto lucidamente, BANDIOLI, *Le regole di ingaggio tra volontà politica e realtà operative*, in *Informazioni della Difesa*, 5/2005, 28 ss.

³⁵ Pare comunque incongruente "l'ipotesi che le regole d'ingaggio possano funzionare, tecnicamente, alla stregua delle regole del gioco nello sport, come vere e proprie scriminanti dell'azione lesiva di beni fondamentali da parte dei soggetti tenuti ad osservarle" (MONTEDORO, *La Costituzione*, cit., 11).

³⁶ RONZITTI, *Il diritto applicabile alle Forze Armate italiane all'estero: problemi e prospettive*, Dossier Studi Senato XV legisl., n. 90, Aprile 2008, 5. Si era appunto sostenuto che "in linea di principio le regole d'ingaggio, non provenendo da una fonte abilitata a porre norme giuridiche, non dovrebbero essere considerate fonte di diritto" (Dossier Servizio Affari internazionali Senato della Repubblica, n. 44 maggio 2006, *Le operazioni multilaterali all'estero a partecipazione italiana. Profili giuridici*, a c. di RONZITTI, p. 11). Ovviamente, se le ROE abbiano o no natura giuridica, è questione da risolvere caso per caso, non già in astratto. Comunque, si tratta di plessi normativi che ora la legge richiama.

imatterà piuttosto in una situazione in cui deve prevenire la violenza o reagire a fronte di un rischio o a una potenziale ostilità. Ma la stessa dottrina obietta che se però l'agente, nella situazione concreta, è legittimato dalle fonti sopra indicate (direttive, ordini, regole di ingaggio) all'uso delle armi o della forza, la non punibilità per il fatto commesso potrebbe già discendere dal comma 3 dell'art. 53 (corrispondente al comma 2 dell'art. 41 c.p.m.p., riferito al militare), che fa salvi altri casi particolari in cui il pubblico ufficiale è autorizzato dalla legge a far uso di armi. L'eventuale contro-obiezione secondo cui tale disposizione (come quella dell'art. 41, comma 1, c.p.m.p.) fa riferimento a casi previsti dalla «legge» e non anche a fonti normative secondarie, non coglie nel segno: la nozione di «legge» non è mutuata in senso tecnico-penale ma nel senso di legge *materiale*, il legislatore non dovendo disporre alcuna “riserva” e la norma svolgendo una funzione di chiusura proprio per evitare che i presupposti richiesti dal primo comma derogino alla legislazione speciale in materia di autorizzazione all'impiego di armi da parte di pubblici agenti. Si aggiunge che non solo gli «ordini», ma anche le «direttive» e le «regole di ingaggio», devono essere alla «legge» ricondotti: il riferimento contenuto nel comma 3 dell'art. 53 è inevitabilmente all'ordinamento nel suo complesso, quale che sia lo specifico rango normativo della disposizione autorizzatoria – tanto è vero che anche per la scriminante del 2009 (e così pure per quella della Novella in esame), la correlata disciplina dei casi di eccesso colposo indica i «limiti» facendo anzitutto riferimento a quelli imposti dalla «legge», per tale intendendo appunto anche le subordinate disposizioni di dettaglio menzionate nella fattispecie di giustificazione.

Effettivamente, la norma giustificante in esame, poiché si aggiunge sia alle peculiari cause di giustificazione concernenti i militari, di cui agli artt. da 41 a 44 c.p.m.p., ove anche l'uso delle armi e la necessità militare compaiono, sia alla disciplina giustificante ed esimente correlata all'adempimento del dovere, sia alle altre ipotesi di operatività delle cause di giustificazione previste dal codice penale, compreso l'uso legittimo delle armi, sembra rendere ardua l'individuazione di un *quid novi* che non si risolva in un non riuscito tentativo di accreditare l'idea che in funzione giustificante siano utilizzabili, in nome della necessità delle operazioni militari, perfino basi normative di contenuto contrastante con l'ordinamento nazionale e/o internazionale. In definitiva, la nuova causa di giustificazione, limitandosi ad un richiamo extrapenale, generico e di ampio respiro, sarebbe priva di portata innovativa, utile solo a rassicurare il personale in armi all'estero³⁷.

³⁷ BRUNELLI D., *L'uso delle armi*, cit., 788. Beninteso, la “necessità” la “necessità militare”, la “necessità delle operazioni militari”, queste terribili necessità che pretendono autoritariamente di giustificare tutto, tagliano trasversalmente i codici penali militari, comparando non solo in cause di giustificazione ma anche e molto di frequente, tal quali e senza le precisazioni che le cause di giustificazione pongono – ma non le pone quella in esame –, come elemento della fattispecie (artt. 103, 115, 172 c.p.m.p.; 95, 168, 170, 172, 178, 185, 187, 224 c.p.m.g.).

5.2. b) portata innovativa della Novella.

La ricostruzione interpretativa sopra illustrata, per essere senz'altro mutuata con riguardo alla scriminante riprodotta nella novella del 2016, deve anzitutto confrontarsi con la curiosa, relativamente *inedita* previsione secondo cui la scriminante “*non si applica in nessun caso ai crimini previsti dagli articoli 5 e seguenti dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232*” (art. 19, co. 4)³⁸.

Orbene, se la scriminante comportasse che siano giustificabili tramite direttive, regole d'ingaggio etc. tutti gli altri fatti di crimine/reato, diversi da quelli sottesi alle indicate previsioni incriminatrici internazionali³⁹, la portata liceizzante si dispiegherebbe ben oltre i limiti posti da tutte le altre cause di giustificazione, innestandosi sul connubio tra la normativa militare richiamata e la “necessità delle operazioni militari”.

Se così fosse, risulterebbero ancor più chiare in profondità le conseguenze della tesi sostenuta dalla stessa dottrina poc'anzi riportata, secondo cui la smisurata indeterminatezza della discussa figura della «*necessità militare*», emergente tra l'altro dall'arbitrarietà delle applicazioni giurisprudenziali in tema di necessità dell'uso delle armi, potrebbe essere adeguatamente contenuta qualora la si leggesse come esclusivamente collegata ad altre norme dell'ordinamento che impongano al militare di fronteggiare il pericolo, norme costituenti appunto la «necessità» *giuridica* di attivarsi – resterebbe così escluso che la necessità militare possa concepirsi come licenza conferita

³⁸ La norma è *relativamente* inedita perché, se pur storicamente nasce in fase preparatoria pressoché coeva ad altra identica previsione poi trasfusa nella legge n. 198/2015 di cui appresso, tuttavia quanto a vigenza compare appunto successivamente.

Tale previsione limitativa non compare nei precedenti testi indicati sopra in nota 27. Essa, nei lavori preparatori della Novella del '16, non è presente nelle iniziali proposte di legge e nel primo testo unificato delle Commissioni della Camera dei Deputati (XVII legislatura N. 45-933-952-1959-A; in quest'ultimo testo erano previste soltanto la scriminante e l'ipotesi dell'eccesso colposo). Risulta acquisita nel testo approvato dalla Camera dei Deputati il 13 maggio 2015, a seguito dell'approvazione assembleare di un emendamento proposto dai deputati Donatella Duranti, Michele Piras, Erasmo Palazzotto, Giulio Marcon, Arturo Scotto (tutti appartenenti a Sinistra Ecologia Libertà). Durante gli stessi lavori era già stato disposto lo stralcio e ritirati gli emendamenti che prevedevano tale clausola in relazione alla disciplina di misure di *intelligence* di contrasto, in situazioni di crisi o di emergenza all'estero, che coinvolgono aspetti di sicurezza nazionale o per la protezione di cittadini italiani all'estero, con la cooperazione di forze speciali della Difesa e conseguenti assetti di supporto della Difesa (proposta La Torre), disciplina poco dopo confluita nella cennata legge n. 198/2015, laddove la norma compare letteralmente identica nell'art. 7-bis comma 4 della l. n. 198/2015, mentre il comma terzo dello stesso articolo 7-bis prevede appunto una scriminante letteralmente identica a quella che si esamina nel testo, poiché richiama il citato art. 4, commi 1-sexies e 1-septies, del decreto-legge 4 novembre 2009, n. 152, conv. con mod. in l. 29 dicembre 2009. L'art. 7-bis proviene da un emendamento proposto dai deputati Andrea Causin (Area Popolare, Commissione Difesa) e Andrea Romano (Pd, Commissione Affari Esteri), rivolto principalmente a dare alla Presidenza del Consiglio la possibilità di trasformare in agente dei Servizi – temporaneamente e per una missione specifica – personale appartenente ai reparti speciali delle Forze armate.

³⁹ Più ampia lettura sarà data nel prosieguo.

una volta per tutte di commettere qualsiasi reato purché connesso con le situazioni di servizio in operazioni militari⁴⁰.

La sostanza, tuttavia, non è sublimabile nella forma: tale indeterminatezza della necessità militare non scema affatto o non sufficientemente. Infatti, il passaggio alla necessità “giuridica”, il mero riferimento a norme, quali che siano, ammesso pure che costringa l’interprete alla ricognizione normativa escludendo formulazioni autonome sulla necessità militare, e ammesso pure che le norme richiamate godano di sufficiente determinatezza⁴¹, tuttavia comporta il mero trasferimento altrove del problema della determinazione, preliminare alla normazione “tecnica”, di cosa *in fatto* la necessità militare sia e possa/debba essere o non essere. Si finisce – parrebbe – per coinvolgere in via esclusiva altro potere decisorio normativo e di controllo, potere amministrativo militare sul quale converge l’apprezzamento ordinamentale della necessità stessa nel caso concreto.

Beninteso, nulla toglie che pure l’autorità militare debba rimanere ancorata al Diritto, ma evidentemente la pretesa da parte militare, che muove il legislatore verso la previsione di una più calzante causa di giustificazione, è che l’apprezzamento “sul campo”, in diritto ma anche in fatto, in ordine alla sussistenza della necessità militare, rimanga tendenzialmente definitivo, e soprattutto rimanga possibilmente privo di qualsiasi rilevanza penale. Il problema che si intende risolvere è a veder bene quello di fissare “a monte”, per così dire, una competenza normativa esclusiva in tema di necessità militare, fino alla norma/decisione che concretizza l’intero ordinamento sul caso. Occorre considerare che la necessità “fa la legge” (*necessitas facit legem*), legge che però essenzialmente la necessità “non ha” per intero (*necessitas non habet legem*)⁴², sicché un vuoto normativo sta *in re ipsa*, a partire da cosa la necessità sia. Pertanto va stabilito in modo determinato non tanto la norma quanto chi la crea, *chi decide una volta per tutte* (non però del tutto schmittianamente), chi distingue per lo Stato l’amico dal nemico in stato di necessità militare, chi riempie quel parziale vuoto fino a fissare sul caso una norma in precedenza incompiuta e che logicamente non può essere poi mutata quando la necessità e l’operatività nel caso della sua *unica* norma/decisione si sono esaurite.

I profili di legittimità della normativa militare richiamata (direttive, ordini, regole di ingaggio) resterebbero confinati nel controllo governativo e parlamentare – quest’ultimo peraltro non esteso in via preventiva alle regole di ingaggio, stando all’oggetto di tale controllo come descritto dalla Novella⁴³. Il cennato “momento politico” e le altre esigenze e difficoltà segnalate comprimerebbero il controllo giurisdizionale

⁴⁰ BRUNELLI D., *Esercizi*, cit., 2059 s. Vi è un problema di controllo democratico delle regole di ingaggio (MANACORDA, *Il diritto penale e gli interventi militari all'estero: brevi riflessioni a partire dalla prassi*, in *Rass. giust. mil.*, 2006, p. 5 ss.), per le ragioni sinteticamente esposte in apertura del presente scritto.

⁴¹ Secondo DE VERGOTTINI, *Un nuovo codice*, cit. 4, la causa di giustificazione “soddisfa la necessità di rigorosa tipizzazione richiesta dalla giurisprudenza di Strasburgo (Bankovic c. Belgio (2001), Behrami e Sramati c. Francia e altri (2007))”.

⁴² Si rinvia alla letteratura in tema di necessità citata sopra, nota 32.

⁴³ V. al riguardo, criticamente, BENVENUTI, *Luci ed ombre della l. n. 145/2016*, cit., p. 42 s., con ult. ind.

entro confini molto angusti⁴⁴. Questo è proprio il risultato che le nostre Forze armate ritengono di aver raggiunto tramite il da tempo auspicato inserimento della regola d'ingaggio quale causa di giustificazione, poiché le direttive e le regole d'ingaggio sono appunto le regole c.d. tecniche che disciplinano l'uso della forza armata secondo la necessità che esse stesse costituiscono in diritto: *"In termini più specifici, il requisito della conformità alle regole di ingaggio, alle direttive e agli ordini legittimamente emanati risponde inoltre all'esigenza di far sì che – ai fini dell'applicabilità della previsione in esame – l'unica necessità militare rilevante sia quella individuata come tale dalle strutture di comando responsabili"* (sottolineatura nostra)⁴⁵.

Il sindacato del giudice si restringe nei limiti però meramente apparenti segnati dalla speciale previsione dell'eccesso colposo. Tale previsione, pur formalmente richiamando sia i limiti normativi che quelli (*"ovvero"*) imposti dalla necessità delle operazioni militari, tuttavia poggia sul presupposto della riduzione del secondo termine al primo, sicché non costituisce per nulla alcun sindacato *ab externo*.

Le stesse ragioni che acuta dottrina prefigura come ostative con riferimento all'eventualità di valorizzare le regole d'ingaggio nel quadro di eventuali nuovi reati colposi e reati di pericolo astratto, rivolti alla tutela della vita e dell'integrità dei militari, potrebbero essere invocate tal quali a supporto della rilevata ampiezza della causa di giustificazione in esame e della mera apparenza del limite costituito dall'eccesso colposo: *"Si è peraltro consapevoli delle non poche difficoltà che gli scenari tipici dei conflitti armati, caratterizzati anche da imprevedibile mutevolezza, possono opporre alla predeterminazione ex ante di regole cautelari precise e ben collaudate, alla enucleazione di plausibili agenti modello e alla predisposizione di posizioni di garanzia compatibili con le peculiarità strutturali dei modelli di organizzazione militare. Quella militare è infatti anch'essa un'organizzazione complessa, anzi lo è in senso prototipico, per cui pure al suo interno si sviluppa un agire collettivo non riconducibile nella logica delle singole azioni individuali"*⁴⁶.

In questo sistema, la competenza normativa al riconoscimento anche in fatto della necessità militare, pur previamente normata, spetta esclusivamente a chi governa l'operazione, tramite la fase di concretizzazione della regola sul caso; spetta cioè, fermo restando il controllo parlamentare, ma nei suoi limiti di diritto nonché in fatto, alla linea che dal Governo scende innestandosi sulle Forze armate coinvolte e sulla correlata scala gerarchica fino all'agente materiale "sul campo" sul quale grava il compito di fornire la definitiva concretizzazione normativo-decisionale sul fatto. In logica interna, è valorizzata la considerazione che si tratta di gravi, difficili, normalmente rapidissime

⁴⁴ Nella lettura che si va ipotizzando nel testo, la stessa legittimità dell'ordine, cui la scriminante si riferisce, risulterebbe quale mera legittimità formale.

⁴⁵ Vedi il *Catalogo nazionale delle regole d'ingaggio*, Stato Maggiore Difesa, 2013, p. 2: *"Essa appresta un'adeguata tutela sul piano giuridico al personale militare, evitando qualsiasi rischio di addebitare responsabilità a coloro che hanno operato nel pieno rispetto del diritto internazionale, delle disposizioni che regolano la missione e degli ordini legittimamente impartiti"*.

⁴⁶ FIANDACA, *Quale specialità*, cit., 1078, il quale ivi prosegue rappresentando ulteriori difficoltà sul fronte del momento soggettivo, che portano a dubitare della funzione deterrente-orientativa della sanzione penale nei contesti situazionali soggetti alle dinamiche del combattimento, e raccomanda di tenerne conto *"realisticamente, tutte le volte in cui è in discussione il possibile impiego delle risorse penali nei contesti di guerra"*.

decisioni, da prendere in circostanze normalmente tragiche. Tali decisioni coinvolgono comunque sia un ampio spazio di discrezionalità, sia – come dimostra soprattutto la cennata giurisprudenza in tema di necessità e legittimo uso delle armi, ma anche la frastagliata dottrina⁴⁷ – una non interstiziale, inevitabile arbitrarietà consustanziata pure al coglimento di una ragion politica⁴⁸, nonché molto spesso una limitata informazione sulla realtà di fatto. Non è ragionevole che decisioni del genere debbano sottostare alla spada di Damocle del dubbio che un qualche magistrato penale *poi* sostituirà la sua magari anche più stretta discrezionalità e meno ampia arbitrarietà a quella dell'amministrazione controllata dal Parlamento, ragionando a mente fredda nonché sulla base di informazioni e accertamenti acquisiti *ex post*, nonché magari elaborando "precomprensivamente" una ragion politica divergente da quella confluita storicamente nel caso.

Questa linea interpretativa corrisponde a una considerazione realistica della dimensione politologica e sociologica delle forze armate. Una disciplina del genere assicura di soddisfare la dichiarata esigenza del legislatore storico, di prevenire "*qualsiasi irragionevole rischio di addebitare responsabilità*" ai militari che hanno operato⁴⁹. Altrimenti, il cui pesantissimo "rischio penale", così pesante poiché l'attività militare con uso della forza è "*l'attività più pericolosa in assoluto*"⁵⁰ per i mezzi impiegati e per la grandezza dei beni in gioco, si accompagnerebbe tal quale alla missione gravandola pregiudizievolemente col suo contrapposto esercito di varie scimmie giuridiche sbucanti dallo zaino giuridico dei nostri "missionari". Si può pensare che non sia definitivo l'apprezzamento di un pilota d'aereo in tempo infinitesimale circa la natura di atto ostile prodromico all'annientamento, rispetto a una illuminazione del suo velivolo da parte altrui, atto da lui ritenuto non altrimenti vincibile che con l'uso più o meno alla cieca delle armi disponibili? Se ne discuterà in un processo penale?

In questa complessiva luce, si comprenderebbe la successivamente maturata esigenza di porre un qualche apposito limite, attuando nel 2016 una correzione di rotta rispetto al precedente del 2009, correzione propugnata e ottenuta in Aula da una minoranza parlamentare di "sinistra"⁵¹. Il limite sarebbe quindi costituito, ma soltanto da quei crimini internazionali. La stessa esistenza di questo limite talmente ridotto confermerebbe la lettura qui ipotizzata riguardo alla scriminante.

⁴⁷ Ampiamente, BRUNELLI D., *L'uso delle armi*, cit., *passim*.

⁴⁸ Tutto ciò emerge chiaramente nell'indagine di BRUNELLI D., *L'uso delle armi*, cit., *passim*.

⁴⁹ *Relazione* al disegno di legge delega per la riforma dei codici, cit.

⁵⁰ FIANDACA, *Quale specialità*, cit., p. 1078.

⁵¹ L'appartenenza a "Sinistra Ecologia Libertà" dei parlamentari proponenti l'emendamento limitativo (v. *supra*, nota 38) parrebbe un dato storico confortante l'interpretazione qui proposta, assieme alla constatazione che si è trattato di emendamento concepito in via sussidiaria rispetto all'integrale cancellazione della disciplina penale, contenuta in un loro precedente emendamento non accolto dall'Aula.

5.3. c) profili critici.

È ora il momento di venire alle obiezioni. Per economia espositiva ci limiteremo ai più importanti rilievi. In funzione ulteriormente limitativa diamo senz'altro per presupposto: che al fondo di qualsiasi obiezione stiano considerazioni che implicino non tanto la correttezza squisitamente tecnica e/o dogmatica della soluzione normativa in esame, o il percorso argomentativo qui adottato nell'interpretazione, quanto e decisamente la ragionevolezza degli esiti; che comunque la distinzione tra lecito e illecito appartiene a una discrezionalità politica che *in subjecta materia* comprime grandemente l'area del giudizio di ragionevolezza, benché non nel senso dell'*inter arma silent leges*; e che la ragionevolezza stessa, la quale al fondo è giudizio di opportunità razionale empirica, congloba la necessità, stando all'accezione costituzionale italiana, poiché si riempie anche, tra l'altro, del giudizio di proporzionalità⁵².

Inoltre, rapidamente accenniamo ad ogni prevedibile obiezione sollevabile in logica esterna rispetto a quella che qui si è ipotizzata come anche storicamente caratterizzante l'intenzione legislativa. Si potrebbero considerare, tra l'altro, letture variamente fondabili sull'ascrizione di momenti soggettivi all'ambito della fattispecie in esame, con varie e diverse conseguenze – pare a noi che almeno la *ratio* della norma sia pregna di tali elementi; ma diamo per acquisito che anche il soggettivo possa assumere valenza oggettiva. Parimenti sono praticabili inquadramenti in vere e proprie cause di mera non punibilità, che lasciano però intatto il reato⁵³.

Preferiamo dedicarci anzitutto ad un rilievo proponibile in logica interna, rimanendo sul piano dell'antigiuridicità che viene esclusa tendenzialmente di principio, e cogliendo il *revirement* che su questo piano caratterizza la più notevole novità penalistica del 2016, l'inserimento dell'ormai noto limite ancorato allo statuto penale internazionale, limite riguardo al quale ancora rimaniamo debitori di una più dispiegata interpretazione. È un limite accettabile? Propendiamo per la negativa, nel senso dell'insufficienza ma anche dell'equivocità.

Si consideri preliminarmente che il trattato-statuto è entrato in vigore, sul piano internazionale, il 1° luglio 2002. L'Italia ha ratificato con legge 12 luglio 1999 n. 232; ma solo con legge 20 dicembre 2012 n. 237 sono state date prime “norme per l'adeguamento

⁵² Nella giurisprudenza costituzionale italiana si nota un uso promiscuo di termini come razionalità, ragionevolezza, proporzionalità, ma anche adeguatezza, coerenza, congruenza, non arbitrarietà, pertinenza e molti altri, quasi si trattasse di sinonimi. La Corte costituzionale italiana non opera alcuna distinzione tra principio di ragionevolezza e principio di proporzionalità, i quali sono spesso usati in modo del tutto fungibile l'uno rispetto all'altro. Più rigoroso è il modello tedesco del giudizio di proporzionalità, modello adottato da molti altri ordinamenti e in ambito internazionale e europeo, che annovera tra i criteri la verifica della “necessità”, rivolta a stabilire se il legislatore abbia fatto ricorso al *least-restrictive means*, allo strumento che permette di ottenere l'obiettivo prefissato con il minor sacrificio possibile di altri diritti o interessi costituzionalmente protetti (per tutti, CARTABIA, [I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana](#), 2013).

⁵³ Ampilissimo panorama e soluzioni innovative in tal senso nella ricostruzione critica di BRUNELLI D., *L'uso delle armi*, loc. cit. Ivi ult. ind.

alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale”, e senza alcun adeguamento del diritto penale sostanziale interno. L’Italia è inadempiente.

Su questo presupposto, una prima soluzione vedrebbe implicato un mero affidamento, per ora, alla giurisdizione internazionale, con implicito riconoscimento del meccanismo della sussidiarietà che la connota. Saremmo di fronte ad un pleonasma, in buona sostanza.

Parrebbe almeno a prima vista stravagante la diversa ipotesi che il richiamo da parte della Novella alle norme penali internazionali si risolva in un adeguamento *ad hoc* del diritto penale interno, tale da fondare una responsabilità penale interna ancorata ad un sottosistema interno perfettamente replicante il sistema penale sostanziale statutario internazionale – funzione incriminatrice immediata. Più plausibile a prima lettura sembra ipotizzare che, allo stato della legislazione interna, il limite valga al solo fine di segnare l’antigiuridicità del fatto penalmente rilevante (funzione precettivo-tipizzante), con applicazione però soltanto di norme punitive interne – quelle internazionali assumerebbero una funzione incriminatrice mediata. La valutazione comporta l’impiego, solo a tal fine, di detto sottosistema che pur non opera da sé in funzione punitiva interna.

Resterebbe però il problema di individuare precisamente le norme interne rilevanti. Trattasi tuttavia di operazione di dubbia praticabilità senza opzioni arbitrarie. Altrettanto chiaro è peraltro che dal dispiegamento del meccanismo complessivo sul panorama penalistico nazionale scaturisce la “tenuta” di quest’ultimo rispetto alla pretesa internazionale di adeguamento al trattato-statuto. La rilevata insufficienza della Novella *in parte qua* starebbe dunque nel mancato adeguamento.

D’altro canto, la rilevata equivocità della valorizzazione dei crimini internazionali poggia sulla circostanza che la stessa insufficienza qui illustrata cadrebbe se si desse luogo alla seconda ipotesi interpretativa sopra illustrata, ipotesi ora più plausibile sul piano dell’armonia di sistema, secondo cui quelle norme statutarie si applicano da parte del giudice nazionale anche in diretta funzione incriminatrice e punitiva, il che parrebbe garantire quanto meno una maggior precisione di riferimenti. Dopotutto, nel quadro attuale di sfrangiamento della legalità penale, il passaggio dalla funzione incriminatrice mediata a quella immediata non pare costituire uno “strappo” più lacerante di numerosi altri⁵⁴, tanto più perché si colloca in prospettiva di adeguamento agli obblighi internazionali.

Un secondo rilievo, sempre in logica interna, ma *de iure condendo*, concerne l’opportunità di vagliare più adeguatamente, quale via di mezzo, l’ipotesi della creazione *ad hoc* di un limite meno riduttivo e più preciso, che si estenda quindi a determinati reati nazionali diversi da quelli internazionali, meno gravi ma altrettanto intollerabili nonostante l’esigenza di favorire la macchina militare. Pare a noi irragionevole, sproporzionato, che la dosimetria dell’intollerabilità si collochi al grado più alto della scala di gravità, oltretutto facendola dipendere esclusivamente dalla

⁵⁴ Sui quali v., criticamente, per tutti, BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell’esperienza giudiziale*, Padova, 2013, *passim*.

valutazione internazionale. Se questa notazione possa assumere valore anche *de iure condito*, resta affidato agli incerti esiti del cennato giudizio di ragionevolezza affidato alla Consulta, tanto più incerti in ragione del momento “politico” che così intensamente permea la materia delle missioni militari e che proprio nella “necessità militare” pare trovare il massimo grado di valenza.

In ultima, sempre *de iure condendo*, pare opportuna una più ampia considerazione degli strumenti tecnico-penali anche procedurali idonei a soddisfare, di fronte al “rischio penale”, le esigenze di certezza giuridica e di pronta operatività, che sono avanzate in relazione alle compagini militari impegnate legittimamente in armi all'estero. Come si è detto, le esigenze operative importanti non consentono di solito una pacata riflessione sulle sfere del lecito e dell'illecito, sfere che oltretutto in questi tempi sono comunque e in tutti gli ambiti caratterizzate da incertezza dilagante, e comunque comportano complesse valutazioni non sempre risolvibili in modo soddisfacente e condiviso. Servirebbe, oltre che un più accorto e informato coordinamento e adattamento della legislazione rilevante finora esaminata, anche una seria riflessione sull'opportunità che il filtro della procedibilità a richiesta ministeriale si estendesse più ampiamente, pur congruamente regolata, ai reati commessi dal personale delle missioni militari all'estero⁵⁵. Se, infatti, vi è un momento *politico* particolarmente intenso che permea queste missioni, allora tale momento può coerentemente abbracciare, fin dove tollerabile, anche l'ambito giuspenalistico, senza comportare rischi di irragionevole sovvertimento delle sfere del Diritto e del Torto. La Novella del '16 ha recato modifiche al regime delle condizioni di procedibilità, come si dirà appresso, ma non nel verso appena considerato.

6. Reati punibili a richiesta e reati commessi all'estero punibili secondo la legge italiana.

I reati commessi dallo *straniero* nei territori o nell'alto mare in cui si svolgono le missioni internazionali, in danno dello Stato o di cittadini italiani che partecipano alle missioni stesse, sono puniti sempre a richiesta del Ministro della giustizia e sentito il Ministro della difesa qualora si tratti di reati commessi in danno di appartenenti alle Forze armate dello Stato (art. 19, co. 8).

Si tratta di una specificazione della disciplina codicistica (art. 7 ss. c.p.). Come è stato rilevato, si conferma in sostanza la “criminalizzazione” dei soggetti ostili (i “nemici” o sospetti tali), rifuggendo da una disciplina che comporti nei congrui casi il riconoscimento dell'esistenza di un conflitto armato e la natura, internazionale o no, di quest'ultimo. In presenza di conflitti “internazionalizzati” o comunque non squisitamente interni (p.es. Afghanistan) la tendenza dovrebbe essere quella di un'estensione o di un'applicazione analogica delle norme sui conflitti internazionali,

⁵⁵ L'opinione prevalente, tuttavia, pare attestarsi sul versante opposto. V., per tutti, ROSIN, *Missioni*, cit., 110.

ossia si dovrebbe propendere verso la non criminalizzazione del “nemico”⁵⁶ (il che richiama categorie di recente tornate in auge nella letteratura occidentale, sulla sollecitazione di Gunther Jacobs⁵⁷). Ciò anche per evitare la (piuttosto paradossale) apertura di indagini di Polizia Giudiziaria ogni qual volta i nostri militari siano bersaglio di attacchi o atti ostili. La disciplina attuale prevede un filtro politico all’apertura delle indagini, che viene ritenuto una buona soluzione nel bilanciamento tra criminalizzazione dell’avversario nelle circostanze più gravi e le necessità operative – con la speranza nella “sensibilità” dei titolari dei Dicasteri interessati (Giustizia e Difesa), che non dovrebbero autorizzare in automatico, per così dire, indagini di P.G. su ogni fatto d’armi contro i nostri militari, anche considerando la natura dell’eventuale conflitto armato in corso (internazionale, internazionalizzato, o interno)⁵⁸.

Comunque, analoghe esigenze dovrebbero valere anche con riferimento ai reati commessi dai nostri partecipanti alle missioni, ciò che tuttavia non viene adeguatamente considerato, come si è detto in fine del paragrafo precedente.

Sono puniti secondo la legge italiana, in deroga al c.d. principio di territorialità, e secondo il principio di universalità nonché quello di difesa, i reati di *pirateria*⁵⁹ previsti dagli articoli 1135 e 1136 del codice della navigazione, e quelli ad essi connessi ai sensi dell’articolo 12 del codice di procedura penale, se commessi in danno dello Stato o di cittadini o beni italiani, in alto mare o in acque territoriali altrui e accertati nelle aree in cui si svolge una missione internazionale (art. 19, co. 9, primo periodo). Fuori di questi casi, per l’esercizio della giurisdizione riguardo ai reati di pirateria si applicano le disposizioni contenute negli accordi internazionali di cui l’Italia è parte ovvero conclusi da organizzazioni internazionali di cui l’Italia è parte (art. 19, co. 9, terzo periodo).

7. Giurisdizione e competenza (cenni).

La previsione finale del primo comma dell’art. 19 legge in esame, secondo cui “*La competenza è del tribunale militare di Roma*”, meramente colloca la competenza territoriale

⁵⁶ TONDINI, *La nuova disciplina*, cit., 5.

⁵⁷ JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW, 97, 1985, 751; ID., *Buergerstrafrecht und Feindstrafrecht*, HRSS, 3, 2004, p. 88; ID., *On the Theory of Enemy Criminal Law*, 2010. Si veda inoltre, per tutti e con ulteriori indicazioni, M. TONDINI, *Beyond the Law of the Enemy. Recovering from the Failures of the Global War on Terrorism through Law*, 2007; GOMEZ-JARA DIEZ, *Enemy Combatants versus Enemy Criminal Law*, in *Buffalo Law Review*, 2008, p. 1; SAAS, *Exceptional Law in Europe with Emphasis on «Enemies». Preventive Detention and Criminal Justice*, 2012.

⁵⁸ TONDINI, *La nuova disciplina*, cit., 5 s., al quale si rinvia per ulteriori considerazioni critiche. L’A. nota tra l’altro che talvolta 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 (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 in relazione a fatti commessi da persone fisiche non italiane.

⁵⁹ Riguardo ai quali v. COCCO, *Dal pirata hostis humani generis alla pirateria contemporanea. Verso un diritto penale universale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 409 ss.

rispetto all'ipotesi in cui il *reato militare sia commesso da militare*: per disposto costituzionale i Tribunali militari in tempo di pace hanno competenza soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate (art. 103 Cost.). Si noti che di principio la legge penale militare si applica a chiunque (v. sopra, par. ...), e il reato militare è di principio commissibile da chiunque, compreso il reato militare "proprio" in cui il soggetto attivo reca qualifica militare, in ipotesi di concorso di persone. In tutti questi casi il soggetto non appartenente alle forze armate militari sarà giudicato dal giudice ordinario, così come il giudice ordinario giudicherà anche di reato militare commesso da militare ogniqualvolta sussista connessione con reato comune più grave (art. 13 co. 2 e art. 12 c.p.p.). La giurisdizione militare non è una giurisdizione esclusiva⁶⁰, anzi è recessiva.

Per i reati, comuni o militari, attribuiti alla giurisdizione ordinaria, commessi da chiunque nel territorio e per il tempo in cui le missioni si svolgono, la competenza è del tribunale (ordinario) di Roma – compresi i reati commessi da stranieri, o da cittadini non militari che partecipino a missioni internazionali (cfr. art. 19, co. 10).

8. Arresto in flagranza, fermo, interrogatorio, difesa, custodia cautelare (cenni).

Nel corso delle missioni internazionali gli ufficiali di polizia giudiziaria *militare* procedono all'arresto, oltre che negli altri casi previsti dalla legge, in ulteriori casi appositamente previsti dall'art. 19, co. 5 della Novella: si procede all'arresto di chiunque è colto in flagranza dei reati militari di disobbedienza aggravata (art. 173, co. 2, c.p.m.p.), rivolta (art. 174 c.p.m.p.), insubordinazione con violenza (art. 186 c.p.m.p.), e violenza contro inferiore nelle sole ipotesi di violenza consistente nell'omicidio volontario, consumato o tentato, nell'omicidio preterintenzionale ovvero in una lesione personale grave o gravissima (art. 195, col. 2, c.p.m.p.) – quest'ultima limitazione, che non sussiste per le ipotesi di insubordinazione con violenza, è del tutto arbitraria.

Come stabilisce il comma sesto dello stesso art. 19, nei casi di arresto in flagranza o di fermo compiuti nel corso delle missioni internazionali, qualora le esigenze operative non consentano che l'arrestato o il fermato sia posto tempestivamente a disposizione

⁶⁰ Il caso del concorso in un unico reato militare da parte di militari e di civili è stato posto alla cognizione delle Sezioni unite per la soluzione della questione di giurisdizione (SS.UU. pen., 10 febbraio 2006, n. 5135, ud. 25 ottobre 2005, Maldera, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, p. 267). L'alternativa decisoria risultante dal contrasto giurisprudenziale si articolava da un lato nell'attribuzione della cognizione per tutte le posizioni concorsuali al giudice ordinario, e dall'altro nella separazione della cognizione tra giudice ordinario e giudice militare in modo che il primo conoscesse soltanto dell'imputazione ascritta ai civili ed il secondo soltanto delle contestazioni mosse ai militari. La Corte ha risolto il contrasto affermando che la giurisdizione va attribuita separatamente, affidando al giudice militare la cognizione delle posizioni concorsuali dei militari ed al giudice ordinario la cognizione delle posizioni concorsuali dei civili. Ha così fatto applicazione degli artt. 12 e 13, comma 2, c.p.p., sul presupposto della tacita abrogazione per incompatibilità dell'art. 264 c.p.m.p., che attribuiva rilevanza alla connessione, tra i procedimenti di competenza del giudice ordinario ed i procedimenti di competenza del giudice militare, anche nei casi di concorso nell'unico reato, per poi devolvere al giudice ordinario la cognizione per tutti i procedimenti connessi.

dell'autorità giudiziaria *militare*, l'arresto o il fermo mantiene comunque la sua efficacia purché il relativo verbale pervenga, anche con mezzi telematici, entro quarantotto ore al pubblico ministero e l'udienza di convalida si svolga, con la partecipazione necessaria del difensore, nelle successive quarantotto ore. In tali casi gli avvisi al difensore dell'arrestato o del fermato sono effettuati da parte del pubblico ministero e, fatto salvo il caso in cui le oggettive circostanze operative non lo consentano, si procede all'interrogatorio, ai sensi dell'articolo 388 del codice di procedura penale, e all'udienza di convalida, ai sensi dell'articolo 391 del medesimo codice di procedura penale, a distanza mediante un collegamento video-telematico o audiovisivo, realizzabile anche con postazioni provvisorie, tra l'ufficio del pubblico ministero ovvero l'aula ove si svolge l'udienza di convalida e il luogo della temporanea custodia, con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone

presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto viene detto e senza aggravio di spese processuali per la copia degli atti. Il difensore o il suo sostituto e l'imputato possono consultarsi riservatamente, per mezzo di strumenti tecnici idonei. Un ufficiale di polizia giudiziaria è presente nel luogo in cui si trova la persona arrestata o fermata, ne attesta l'identità dando atto che non sono

posti impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà ad essa spettanti e redige verbale delle operazioni svolte. Senza pregiudizio per la tempestività dell'interrogatorio, l'imputato ha altresì diritto di essere assistito, nel luogo dove si trova, da un altro difensore di fiducia ovvero da un ufficiale presente nel luogo. Senza pregiudizio per i provvedimenti conseguenti all'interrogatorio medesimo, dopo il rientro nel territorio nazionale, l'imputato ha diritto di essere ulteriormente interrogato nelle forme ordinarie.

Le stesse modalità regolano, ai sensi del comma settimo dell'art. 19, l'interrogatorio della persona sottoposta a custodia cautelare in carcere, quando questa non possa essere condotta, nei termini previsti dall'art. 294 c.p.p., che disciplina l'interrogatorio della persona sottoposta a custodia cautelare, in uno stabilimento *militare* di pena per rimanervi a disposizione dell'autorità giudiziaria *militare*.

Per i sopra accennati reati di pirateria e reati connessi (assoggettati alla legge penale italiana), nei casi di arresto in flagranza, fermo o interrogatorio di persona sottoposta a custodia cautelare, si applica la stessa disciplina processuale (art. 19, co. 9, secondo periodo). In tali casi, l'arrestato, il fermato o la persona sottoposta a custodia cautelare possono essere ristretti in appositi locali del vettore militare. L'autorità giudiziaria può disporre l'affidamento in custodia all'armatore, all' esercente ovvero al proprietario della nave o aeromobile sottoposti a sequestro ai sensi dell'articolo 105 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata con legge 2 dicembre 1994, n. 689.

Non è peraltro chiara la ragione per cui, nel regolare la disciplina penale processuale per le missioni militari, la Novella si riferisca agli ufficiali di polizia giudiziaria *militare* e all'autorità giudiziaria *militare*, come se i problemi bisognosi di apposita normativa si ponessero solo in relazione a reati militari e solo a soggetti appartenenti alle Forze armate, il che non è, come dimostra l'errato coinvolgimento dei reati di pirateria nella stessa disciplina "militare"; ma, per la pirateria, si può interpretare

nel senso che quelle norme siano applicate nella giurisdizione ordinaria; arduo però ritenere di poterle mutuare in via generale. Il grave equivoco è purtroppo risalente (v. per es. decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 209, conv. con mod. in l. 24 febbraio 2009, n. 12; decreto-legge 1° dicembre 2001, n. 421, convertito, con mod. in l. 31 gennaio 2002, n. 6).