

QUALE SPECIALITA' PER IL DIRITTO PENALE MILITARE?

(testo provvisorio)

I

I. Il punto interrogativo apposto al titolo della mia relazione impone, o quantomeno suggerisce, un approccio problematico che legittima già in partenza un dubbio: e cioè che la specialità del diritto penale militare possa rappresentare una sorta di residuo atavico del passato, effetto di quella inerzia tipica di non pochi fenomeni giuridico-istituzionali, che tendono a sopravvivere come tradizione anche quando la loro utilità originaria è tramontata.

Tenterò di verificare nel corso dell'esposizione se e quanto un simile dubbio sia fondato.

Quel che sappiamo con certezza, come base preliminare di conoscenza, è che l'autonomia e la specialità del diritto penale militare si sono storicamente affermate quale riflesso di un retroterra politico-culturale e sociologico che in larga misura oggi non esiste più. C'è allora da sospettare, sin da subito che questo mutamento di quadro generale non sia privo di conseguenze anche rispetto al modo di concepire oggi un sistema o sottosistema di reati e pene a carattere specificamente militare. Premetto anche che le considerazioni che svolgerò risentiranno: innanzi tutto, della mia ottica di studioso – che è quella di penalista generale, e non di specialista di diritto penale militare; e, in secondo luogo, di un prevalente riferimento (anche implicito) al diritto penale militare italiano – che per alcune sue caratteristiche, tuttavia, può forse assurgere a tipo “paradigmatico” idoneo a sollecitare anche riflessioni a carattere teorico-generale (potenzialmente estensibili, dunque, ad altri ordinamenti).

Aggiungo che, considerati i complessi rapporti esistenti tra dimensione giuridica penale e fattori esterni a più livelli, lo stesso penalista dovrebbe orientare il suo orizzonte intellettuale secondo un'angolazione di tipo interdisciplinare: in modo da considerare non solo le connessioni normative tra sistema costituzionale, ordinamento militare e diritto penale, ma anche la dimensione politologica e sociologica dell'esercito quale istituzione di fatto interagente con le realtà circostanti. La politica criminale, e quindi anche la politica penale militare, verrebbero meno al loro compito se non si preoccupassero, preliminarmente, di fare i conti con la realtà empirica dei fenomeni da sottoporre a disciplina penale.

2. Non è facile sintetizzare in poche battute, le motivazioni della specialità che ha storicamente connotato il diritto penale militare – specialità che peraltro, nell'ambito di alcuni ordinamenti come ad esempio quello italiano si è tradotta non solo in una codificazione autonoma delle norme incriminatrici (talora persino con una distinzione aggiuntiva tra codice penale militare di pace e

codice penale militare di guerra), ma nella contemporanea previsione di un processo penale differenziato e di una speciale giurisdizione militare.

La motivazione di portata più generale, e cioè a carattere politico istituzionale, è connessa ad un'idea risalente nel tempo: l'idea che l'istituzione militare, quale universo a sé stante che vive una vita propria basata su valori e regole peculiari, necessiti anche di un modello di giustizia altrettanto differenziato, sotto diversi aspetti *derogatorio* rispetto ai principi che presiedono al sistema di giustizia destinato ai cittadini.

Di questa propensione politica a dar vita ad un sottosistema autonomo, caratterizzato dalla integrazione di settori normativi diversi, occorre in realtà tener conto anche quando – come nel caso di questo mio intervento – l'attenzione si concentri sugli aspetti di diritto penale sostanziale: può infatti accadere – come, ad esempio, comprovano certe tormentate vicende della giustizia militare nel contesto ordinamentale italiano – che le scelte di politica criminale relative ai limiti di estensione da assegnare all'area degli illeciti militari, siano anche influenzate da preoccupazioni che non hanno soltanto a che fare con le esigenze di tutela penale in senso stretto e che rispecchiano, piuttosto, un pregiudiziale interesse a conferire alla giurisdizione militare un ruolo e uno spazio di intervento non troppo secondario – in termini sia simbolici che pratici – rispetto a quelli propri della giustizia ordinaria. Da questi punto di vista, in altre parole, quanto più si intenda per ragioni politico - istituzionali valorizzare l'importanza della giustizia militare, tanto più prende campo un orientamento favorevole ad estendere il catalogo di reati da ricondurre alla sua competenza.

Ma, pur con la consapevolezza di questa compresenza di fattori condizionanti eterogenei, è forse possibile azzardare una formula di sintesi per compendiare le ragioni della specialità storica del diritto penale militare, almeno considerato nel suo nucleo centrale più caratterizzante: secondo la formula di sintesi che propongo, esso tenderebbe geneticamente ad atteggiarsi più come diritto penale di specifici tipi di autori e di doveri speciali, che non come diritto penale di corrispondenti beni giuridici e di corrispondenti offese.

Ciò non a caso. Nei suoi tratti originari il diritto penale militare è profondamente permeato – e non avrebbe potuto, del resto, essere diversamente – da quell'insieme di esigenze funzionali e di valori che, in senso idealtipico, connotano l'esercito considerato nella sua triplice dimensione organizzativa, ideologica ed etica. Si tratta peraltro di valori "ibridi", che cioè si inscrivono in una prospettiva sia di continuità con la tradizione aristocratico-feudale sia di mutamento politico sociale; e che – contraddittoriamente – evocano, per un verso, l'archetipo del guerriero eroico (coraggio, onore, disposizione al sacrificio, sprezzo del pericolo ecc.), e per altro verso, la tipologia del burocrate disciplinato e razionalmente calcolatore. Come è stato bene osservato: «i valori eroici e guerrieri, aristocratici ed anarchici, devono coesistere con i valori della rigida disciplina, del

calcolo razionale, dell'ordine, dell'economicità, che sono i valori tipici della società burocratizzata; e tale convivenza non è facile. I valori della prima categoria forniscono al militare la sua auto immagine specifica, che lo distinguono dal resto della società e ne alimenta le peculiarità: essi gli ricordano che la sua è l'unica categoria di professionisti cui la società richiede, in caso di necessità, anche il sacrificio della vita».

Queste diverse, e per certi aspetti contraddittorie, dimensioni dell'organizzazione e dell'etica militari finiscono con l'influenzare il diritto penale militare tradizionale in chiave derogatoria rispetto al diritto penale comune sotto una duplice angolazione. E cioè la razionalità penalistica rischia, da un lato, di appiattirsi su un paradigma disciplinare, nel senso che lo stesso illecito penale militare tende non di rado a sovrapporsi o a collocarsi in un rapporto di strettissima contiguità con la violazione disciplinare (in questo senso il diritto penale si burocratizza, diventa uno strumento di supporto del funzionamento dell'istituzione militare quale prototipo di organizzazione complessa). Mentre la stessa razionalità penalistica rischia, da un altro lato, di essere forzata e snaturata dalla logica di eccezione che presiede, nei contesti bellici, alla situazione-chiave del combattimento: non a caso, il diritto penale di guerra, oltre a punire comportamenti contrastanti con l'archetipo del soldato fedele e coraggioso, prevede corrispettivamente istituti premiali finalizzati a eccitare il valore dei combattenti e a fare concorrere la stessa disciplina penale al buon esito del conflitto e al conseguimento della vittoria.

Da tutto quanto precede derivano alcune conseguenze, peraltro connesse, che proviamo a riassumere. Primo: una tendenziale soggettivizzazione dell'illecito militare, nella cui economia la specialità del *Tätertyp* ha un peso determinante nel senso ora di aggravare, ora di attenuare il trattamento sanzionatorio. Secondo: un rapporto di stretta contiguità tra illecito penale militare e infrazione disciplinare e, nel contempo, una certa confusione tra dimensione giuridico-penale e dimensione etica, in particolare sotto il profilo della tradizionale etica militare. Terzo: una conseguente orientazione del trattamento punitivo incline a tener conto della specifica qualità dell'autore e a promuovere una rieducazione anch'essa almeno in parte orientata secondo esigenze e valori militari.

3. Quanto di questa tradizionale impostazione è suscettibile di sopravvivere?

Innanzitutto, rispetto al passato, è profondamente mutato il quadro politico-istituzionale di sfondo: nei sistemi liberaldemocratici contemporanei l'ordinamento militare non può più vantare alcuna forma di autonomia e separatezza istituzionale, ma – come ha ad esempio affermato e ribadito la Corte Costituzionale italiana – va ricondotto «nell'ambito del generale ordinamento statale» (Corte Cost. n. 332/2000). Ne deriva che neppure il diritto penale militare può atteggiarsi a settore avulso

sia dai principi costituzionali, sia dai principi generali del diritto penale (specie se – a loro volta – costituzionalmente rilevanti) (Corte Cost., n. 78/1989).

Ma, rispetto al passato, sono anche andate mutando le funzioni delle forze armate per riflesso dell'entrata in crisi del classico concetto di guerra e, nello stesso tempo, sono andati incontro ad un processo di obsolescenza alcuni capisaldi dell'etica militare di ascendenza castale-aristocratica. Gli ossimorici “soldati di pace” contemporanei si uniformano sempre di meno al modello del combattente impavido ed impregnato di etica del dovere. Le trasformazioni sociologiche manifestatesi nella società militare non hanno soltanto comportato il passaggio da un modello “eroico” a un modello “tecnocratico”. Gli scopi ampi ed eterogenei assegnati alle operazioni militari di pace fanno sì che i soldati assumano oggi un'identità multipla e meticciana, che li rende non soltanto uomini d'arme, ma «gendarmi, educatori, operatori sociali e samaritani».

Un simile mutamento al tempo stesso politico culturale e sociologico ha già sollecitato nell'ambito di alcuni ordinamenti riforma nel senso di un'accentuata professionalizzazione dell'attività militare, con conseguente abolizione o sospensione della leva obbligatoria.

Orbene: questi cambiamenti politico-istituzionali e queste trasformazioni sociologiche sono, verosimilmente, tali da incidere in profondità anche sulla misura di specialità che il diritto penale militare può pretendere di conservare.

II

4. Tentiamo di affrontare in termini aggiornati il problema della definizione contenutistica di reato militare: da che cosa esso deriva la sua specialità?

Di fronte a questo interrogativo, il penalista contemporaneo è tenuto a tradurre l'originario approccio basato sulla specialità dei doveri violati nel lessico della teoria del bene giuridico. Ma, nell'assecondare questo cambio di paradigma, occorre guardarsi dal rischio di un mero cambiamento di etichette: della teoria del bene giuridico bisognerebbe privilegiare soprattutto la funzione critica, onde evitare che ridefinire formalmente “bene” quel che la dottrina più antica definiva “dovere”, abbia alla fine l'effetto quasi automatico di ri-legittimare buona parte del diritto penale militare trasfuso nelle legislazioni storiche sin dal primo Ottocento.

Questa esigenza di verifica critica, in realtà, si avverte rispetto sia alle figure di reato che la tradizione legislativa e dottrinale tramanda con l'etichettatura di “reati esclusivamente militari” (cioè che non trovano riscontro nella normativa penale ordinaria: ad esempio, violata consegna); sia a quelle ipotesi criminose non esclusivamente militari, ma per dir così a “plurioffensività eterogenea”, che vengono militarizzate sulla base di una valutazione discrezionale del legislatore

(ad esempio, il reato di insubordinazione, che lede il bene dell'integrità fisica ma, al tempo stesso, viola il dovere militare dell'obbedienza gerarchica).

Orbene: come misurare, nell'economia complessiva di uno stesso illecito, il peso rispettivo della lesione comune e della lesione militare? E' indubbio che, in proposito, i margini di discrezionalità valutativa sono abbastanza ampi: onde scongiurare il puro arbitrio nel collocare un certo fatto di reato nella rispettiva area di competenza del penale comune o del penale militare, e nel definirne il corrispondente trattamento punitivo, ad esempio una Corte costituzionale come quella italiana raccomanda al legislatore di attenersi al canone della ragionevolezza (ad esempio, Corte cost. n. 298/1995). Ma il problema, appunto, diventa: quando la opzione normativa di militarizzare un determinato reato risulta davvero razionale o ragionevole dal punto di vista politico-criminale?

La risposta a un simile interrogativo, se implica un aggiornato approccio critico, non può certo appagarsi delle indicazioni che provengono dall'esperienza storico-positiva e dallo studio comparato delle diverse legislazioni. Oltretutto, ne emergono tendenze abbastanza eterogenee: mentre alcune legislazioni prevedono una disciplina sobria ed agile incentrata sui reati militari classici (com'è noto, quelli contro la disciplina e il servizio), altre contengono liste più lunghe e talora farraginose di illeciti, così conferendo un crisma di militarità anche a reati privi di una ben profilata identità militare (come esemplificazioni paradigmatiche di questi due orientamenti valgano, da un lato, la *Wehrstrafgesetz* dell'ordinamento tedesco e, dall'altro, il codice penale militare italiano). La ragione giustificatrice di questa conversione viene per lo più individuata nella qualifica militare dell'autore e/o in altre circostanze, assunte a "criteri di collegamento" tra il fatto commesso e un interesse militare (ad esempio, commissione dell'illecito in ambiente militare, o contro un altro militare ovvero ai danni dell'amministrazione militare ecc.). In effetti, l'utilizzazione di criteri di questo tipo risale già ad alcune codificazioni militari ottocentesche; ed è questa risalente tradizione che, verosimilmente, continua ad accreditarne la plausibilità politico-criminale sino ai nostri giorni. Ma che la dottrina specialistica (costituita prevalentemente, almeno nel contesto italiano, da magistrati militari) non abbia sinora manifestato significative riserve critiche in proposito, è anche spiegabile - forse - con una ulteriore ragione più pratica che teorica: l'utilizzazione dei suddetti criteri di collegamento determina infatti un sensibile ampliamento dei fatti criminosi candidabili alla militarizzazione, con l'effetto di accrescere la competenza e, quindi, la significatività di ruolo dei tribunali militari (laddove, ovviamente, questi continuano a essere configurati quali istituzioni giudiziarie differenziate).

4.1. Prima di esplicitare possibili rilievi critici circa la reale fondatezza dei criteri in discorso (v. *infra*, par. 4.2.), è opportuno soffermare criticamente l'attenzione su quelle tipologie delittuose che esibiscono, tradizionalmente, una più definita fisionomia militare, come nel caso paradigmatico dei reati contro la disciplina e il servizio.

Ammesso che disciplina e servizio siano qualificabili "beni giuridici" in un senso proprio, e non retorico, resta da chiedersi: che tipo di beni sono? Non certo concreti e afferrabili, ma a carattere normativo-istituzionale e a spettro ampio. Ciò affievolisce il potenziale lesivo della *singola* condotta tipica, circoscrivendolo tendenzialmente nei limiti di una astratta messa in pericolo, con conseguente parentela stretta tra reato e pura infrazione disciplinare. Sicché, si ripropone il problema politico-criminale di una accorta e credibile *actio finium regundorum* tra sfera penale e sfera amministrativo-disciplinare: problema che alcune legislazioni, come ad esempio quella tedesca, si preoccupano di risolvere facendo in alcuni casi dipendere la punibilità dalla circostanza che la condotta violatrice della disciplina o del servizio produca conseguenze dannose o concretamente pericolose (per la sicurezza, l'efficienza delle truppe, l'integrità fisica di un uomo o per cose di rilevante valore).

Rimedio, questo, in linea di principio senz'altro condivisibile allo scopo – appunto – di rimarcare la serietà lesiva dell'illecito penale. Ma rimane un inconveniente di ordine pratico-probatorio: non sempre risulterà facile provare che da *singole* condotte trasgressive della disciplina, o disfunzionali rispetto al servizio, derivano conseguenze dannose o effettivamente pericolose per beni o interessi ad ampio spettro come la sicurezza o l'efficienza delle truppe.

Una conferma irrefutabile della difficile compatibilità del nucleo più tipico del diritto penale militare con una moderna concezione del reato ispirata al principio di offensività? Se difficile compatibilità vi è, essa – a ben vedere – non è però dovuta a ragioni esclusivamente inerenti alle caratteristiche peculiari della materia militare: in non pochi settori dello stesso diritto penale comune, non a caso caratterizzati dalla presenza di beni giuridici collettivi a carattere immateriale o istituzionale, si ripropone infatti una analoga difficoltà di incentrare la incriminazione di ogni singola condotta tipica sulla sua idoneità a provocare danni o pericoli concreti. Da questo punto di vista, non esiste allora una vera e propria specialità strutturale tipica dei soli beni giuridici militari.

4.1.1. Ma la problematica della specialità del reato militare presenta risvolti ulteriori e più complessi rispetto ad alcune ipotesi delittuose, collocate in particolare tra i delitti contro la disciplina, nelle quali alla violazione della norma disciplinare si accompagna la lesione di un bene giuridico comune che riceve previa tutela nella legislazione penale ordinaria.

Fino a che punto il legislatore è legittimato a creare una fattispecie incriminatrice speciale che orienta la tutela in senso militare?

Questo problema ha trovato una esemplificazione paradigmatica, nell'ordinamento penale militare italiano, in una questione di costituzionalità sollevata in rapporto alla fattispecie di insubordinazione. Nella formulazione normativa originaria (risalente al 1941), questa fattispecie sanzionava con la stessa pena (ergastolo) il militare che usasse violenza contro un superiore – così violando innanzitutto un dovere di subordinazione gerarchica - , a prescindere dal fatto che l'aggressione a sua volta sfociasse in un omicidio consumato, in un omicidio tentato ovvero in un omicidio preterintenzionale. In questo modo, la specializzazione in chiave militare dell'incriminazione finiva con l'attribuire alla violazione del rapporto gerarchico un peso così assorbente, da appiattare la rispettiva differenza di gravità che nel codice penale comune giustifica la diversificazione di trattamento punitivo tra il reato consumato e il reato tentato, il reato doloso e il reato preterintenzionale.

Appiattimento legittimo in ragione della specialità della tutela penale militare – o appiattimento illegittimo per violazione di principi generali che oppongono un limite invalicabile alla stessa pretesa di specialità?

La risposta nel secondo senso, che sembra nell'attuale momento storico quella preferibile, corrisponde all'orientamento manifestato dal giudice delle leggi italiano in una nota e importante sentenza emessa nel 1979. Nel dichiarare l'incostituzionalità della originaria disciplina del reato di insubordinazione, la Corte costituzionale non ha invero negato la possibilità per il legislatore di creare una fattispecie speciale orientata in senso militare; essa ha stigmatizzato un eccesso di specialità determinato da un eccesso di deroga rispetto ai principi generali, in quanto la previsione di un trattamento punitivo unico per condotte tra loro diversissime nel diritto penale ordinario determina “uno stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco: antepoendo la disciplina militare (...) a quel bene supremo dell'ordinamento costituzionale e penale (...) che è il diritto alla vita”(Corte cost. n. 26/1979).

Prendendo spunto da questa importante sentenza, mi sembra plausibile formulare in termini più generali il seguente assunto: la specialità della tutela penale militare incontra un limite invalicabile nel rispetto di principi penalistici che assurgono, nel contempo, a principi generali dell'ordinamento giuridico; e ciò vale senz'altro per tutti i principi penalistici di rilevanza costituzionale.

4.2. Ma l'approccio critico va esteso al di là del novero ristretto dei reati tipicamente militari secondo la tradizione. Come caratterizzare e delimitare oggi un catalogo plausibile di illeciti di rilevanza militare, senza affidarsi alla pura discrezionalità legislativa?

Di fronte a un tale interrogativo, un penalista contemporaneo – a maggior ragione se di *mos italicus* – soggiacerà alla tentazione di cercare appigli nella Costituzione.

E, in effetti, si tratta di una strada che è stata percorsa nell'ambito del tormentato dibattito teorico che intorno al concetto di reato militare si è sviluppato nel contesto italiano. Limitandomi ai profili più generalizzabili di questo dibattito, metterei in evidenza come il punto di partenza consista nella premessa che dalla Costituzione sia ricavabile (sia pure implicitamente) un concetto tendenzialmente *restrittivo* di reato militare: il quale, secondo la Corte Costituzionale italiana, andrebbe a sua volta «definito come violazione di legge posta a tutela di valori afferenti l'istituzione militare, esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carta Costituzionale» (Corte Cost. n. 81/1980). Come è agevole osservare, una definizione come quella che precede, per quanto ispirata alla preoccupazione liberaldemocratica e antiautoritaria di non dilatare troppo l'ambito dei reati militari, mantiene ampi margini di genericità. E non potrebbe, del resto, essere diversamente. Anche sul versante della politica penale militare, il riferimento alla Costituzione non può fungere da strumento magico per una determinazione vincolata e automatica di ambiti e forme di tutela. L'orizzonte costituzionale può delineare soltanto il quadro assiologico di sfondo, al cui interno le scelte di politica penale vanno assunte; ma questo retroterra di valori, lungi dall'imporre al legislatore soluzioni obbligate, è compatibile con più modelli di disciplina penale costituzionalmente equivalenti: e l'onere della scelta del modello da adottare non può che essere rimesso alla deliberazione democratica nelle competenti sedi politico-istituzionali.

Ora, pur con la consapevolezza – qui ribadita – dei limiti di efficacia orientativa insiti nella teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, voler prendere sul serio una indicazione costituzionale in chiave restrittiva implicherebbe in realtà un orientamento di massima del seguente tenore: un illecito potrà qualificarsi reato militare a condizione che, assumendo come orizzonte il complesso dei valori-fine dell'istituzione militare, leda un interesse militare esclusivo, o, in ogni caso, di sicura prevalenza.

Rimane, come è evidente, il problema della specificazione concretizzatrice di un simile orientamento generale. Il fatto è che lo stesso concetto di bene o interesse militare, oltre a essere non di rado intimamente connesso con interessi a carattere politico-istituzionale, è in sé stesso abbastanza vago: se esso si specifica, ad esempio, in interessi quali mantenimento della disciplina, della coesione ed efficienza delle forze armate, buon andamento del servizio, buon funzionamento e patrimonio dell'amministrazione militare ecc., stabilire se e quando un singolo fatto sia tale da

incidere significativamente in uno dei suddetti beni, in aggiunta o in combinazione con un bene non militare, è valutazione che difficilmente può sottrarsi ad ampi margini di opinabilità.

Tutto ciò non esclude, però, che rimanga salva la possibilità di distinguere, in termini tendenziali di massima, tra concezioni più restrittive e concezioni più estensive di reato militare e, di conseguenza, tra modelli di legislazione rispettivamente orientate nei due sensi.

A titolo esemplificativo, citerei proprio il caso italiano come emblematico di una persistente tendenza più estensiva che restrittiva. Se ne hanno riscontri considerando, oltre alle originarie scelte di tutela contenute nei due codici penali militari del 1941, le linee ispiratrici sia di alcuni progetti di riforma successivi (rimasti allo stadio progettuale), sia di un recente effettivo intervento riformatore (occasionato nel 2002, dall'esigenza di svecchiare la disciplina penale militare allo scopo di renderla più adeguata alle esigenze di tutela connesse alle missioni militari all'estero con partecipazione italiana).

In estrema sintesi, l'impostazione di fondo adottata è riassumibile così: si tende a trasformare in reati militari buona parte dei reati comuni previsti nei settori più importanti del codice penale (sicurezza dello Stato e ordine pubblico, pubblica amministrazione, amministrazione della giustizia, fede pubblica, incolumità pubblica, ecc.), a condizione che siano commessi da soggetto militare e altresì ricorrano – quali criteri di collegamento con un interesse militare – determinate modalità di condotta, di luogo, di soggetto passivo, quali l'abuso di poteri o la violazione di doveri militari, la commissione del fatto in luogo militare ovvero a danno del servizio o dell'amministrazione militare. A ben vedere un simile modello di disciplina, utilizzando la tecnica del rinvio alle disposizioni incriminatrici della normativa penale comune, favorisce una ampia omogeneizzazione di contenuti tra sistema penale militare e sistema penale ordinario. E questo processo di avvicinamento può apparire molto opportuno, se si considera che i compiti assegnati ai cosiddetti "soldati di pace" delle missioni internazionali possono comportare esigenze di tutela penale che ben trascendono il tradizionale e circoscritto recinto dei reati militari in senso stretto. Se ciò è vero, rimane nondimeno da chiedersi quale sia la principale ragione di una opzione militarizzatrice così spinta, da rendere assai labile l'identità militare dell'illecito. E' verosimile che si tratti ancora una volta della preoccupazione, politico-istituzionale più che "endopenalistica", non solo di mantenere in vita i tribunali militari, ma anche di esaltarne la dignità e il ruolo pratico. Infatti, sotto uno stretto profilo di diritto penale sostanziale, la fondatezza dei criteri di collegamento assunti a *ratio* della conversione in reato militare è più supposta che dimostrata. Per esemplificare, si consideri il criterio della commissione del fatto in "luogo militare": è lecito ritenere che si tratti di una ragione di connessione troppo estrinseca per essere da sola sufficiente a riflettere, ai fini della qualificazione normativa di un certo fatto come reato militare, il coinvolgimento non marginale di interessi

militari. Non a caso, questa insufficienza è stata rilevata anche dalla Corte costituzionale nel contesto di una ulteriore dichiarazione di incostituzionalità relativa, questa volta, alla pur riformata fattispecie di insubordinazione. In poche parole, la Corte ha escluso che, quando la condotta aggressiva insubordinata sia dovuta a cause estranee alla disciplina o al servizio, basti a farle mantenere carattere di reato speciale la sua realizzazione in ambiente militare: quello del luogo di consumazione è infatti – secondo la Corte – un criterio “del tutto estrinseco all’area degli interessi militari attinenti alla tutela del servizio e della disciplina”(Corte cost. n. 45/1992).

Ma occorrerebbe, in realtà, una approfondita verifica critica estesa a tutti i possibili indici di lesività militare che abbiamo sopra menzionato, i quali, ancorché risalenti a una tradizione di matrice ottocentesca, hanno continuato non senza inerzia e vischiosità ad assumere rilievo in sede sia legislativa che dottrinale sino ai nostri giorni. Per fare ancora qualche esempio, si consideri l’altro criterio di collegamento costituito dalla commissione del fatto (integrante di per sé un reato comune) con abuso di poteri o violazione di doveri militari: si ripropone, in tal modo, un concetto di rilevanza militare orientato più secondo la prospettiva soggettiva dell’abuso di qualità o della violazione dei doveri speciali, che non del carattere obiettivamente militare del bene leso. Ancora: basta che un reato contro la pubblica amministrazione danneggi specificamente l’amministrazione militare per trasferirlo alla competenza del tribunale militare? Si tratta, com’è fin troppo facile osservare, di valutazioni politico-criminali che, in un’ottica oggettivistica ancorata alle caratteristiche dei beni giuridici lesi, risultano assai discutibili e quindi opinabili.

4.3. Una ulteriore indicazione di fondo desumibile dalla prospettiva costituzionale si riferisce ai valori-limite, cioè a quell’insieme di beni giuridici e diritti fondamentali a carattere personale che una disciplina militare compatibile con un ordinamento democratico deve comprimere soltanto nei limiti di stretta necessità.

Ne deriverebbe l’esigenza di configurare come reati militari forme di abuso di autorità o del grado da parte dei superiori ai danni degli inferiori, che si traducono in maltrattamenti, trattamenti umilianti, vessazioni e simili: si tratta di condotte incivili di prevaricazione, tanto più intollerabili in quanto si verificano in contesti di vita associativa – come appunto quello militare – governati da accentuate esigenze di ordine e disciplina.

Dell’esigenza di introdurre nuove fattispecie incriminatrici destinate a reprimere forme di abuso in ambiente militare, riconducibili – se si vuole – al moderno paradigma del *mobbing*, si fa carico un recente progetto di riforma legislativa.

4.4.V'è da chiedersi, a questo punto, se le considerazioni fin qui svolte sulla specialità dei beni giuridici militari valgano a giustificare una persistente autonomia del diritto penale militare, quale sottosistema differenziato da continuare a trasfondere in un codice o in un testo normativo specifico.

Fatte salve le considerazioni ulteriori che saranno sviluppate in seguito (anche con più particolare riferimento al problematicissimo diritto penale di guerra), una risposta all'interrogativo che precede non può che sfociare nel senso di un forte ridimensionamento di quelle esigenze di specialità, che venivano invece fino a un recente passato con alquanta retorica enfatizzate. Guardando infatti le cose nell'ottica prevalente del diritto penale sostanziale, la specificità dei beni di rilevanza militare, se considerata quale riflesso delle loro peculiari caratteristiche qualitative, non appare per nulla così marcata da connotarli come un *unicum* rispetto a beni comuni persino di stampo codicistico: tra questi, si considerino ad esempio beni altrettanto istituzionali e ad ampio spettro quali sicurezza dello Stato, pubblica amministrazione, amministrazione della giustizia ecc. E, se si insistesse nonostante tutto nel ritenere che i beni militari esibiscano un grado di specificità maggiore rispetto ai beni di tradizionale insediamento codicistico, si tratterebbe tuttavia di una specificità qualitativa fondamentalmente non dissimile da quella che oggi connota altri settori della legislazione penale extracodicistica. Insomma, i beni militari non potrebbero più pretendere una autonomia genetica e identitaria radicata in una originaria separatezza istituzionale dell'ordinamento militare. Una volta che quest'ultimo è da tempo divenuto parte integrante dei moderni ordinamenti democratico-costituzionali, l'unico senso possibile della specialità contenutistica della tutela penale militare non può che essere questo: "In definitiva, la legge penale militare in nessun modo può essere intesa se non come la legge penale speciale in materia militare, così come è prevista una legge speciale in materia di ambiente, oppure in materia finanziaria e così via".

III

5. Le questioni più complesse attengono senza dubbio al diritto penale militare di guerra – cui in qualche ordinamento, come ad esempio quello italiano, è stata persino riservata una codificazione *ad hoc*, distinta da quella contenente le leggi penali militari di pace.

Le difficoltà nell'affrontare il tema sono di diversa natura: connesse, da un lato, alle trasformazioni subite dal classico concetto di guerra elaborato nell'ambito dello *jus publicum europaeum*; dall'altro, alla conseguente entrata in crisi anche della tradizionale distinzione tra pace e guerra. Nello scenario internazionale contemporaneo, i due momenti tendono in realtà a coesistere in forma

ibridata: il quadro generale è infatti caratterizzato dalla frequente esplosione di conflitti “pre-moderni” all’interno di Stati deboli, e dall’intervento “post-moderno” della cosiddetta comunità internazionale o di coalizioni multinazionali, timorose di essere contagiate dall’instabilità e perciò preoccupate di ristabilire l’ordine e la pace.

Se questi sono dati di realtà con cui occorre fare i conti, è un ulteriore dato di fatto che la riflessione penalistica a livello teorico ha finora trascurato il settore del diritto penale bellico. Ma l’assenza di una esplorazione della materia secondo criteri moderni, l’“imbarazzante ritrosia propositiva” non possono sorprendere troppo: sono la verosimile conseguenza, per un verso, di una resistenza ideologica della stessa cultura penalistica contemporanea a confrontarsi senza ipocrisie e pudori con i problemi che i conflitti bellici pongono al diritto penale; e, per altro verso, della oggettiva difficoltà di aggiornare la elaborazione teorica di fronte a mutamenti fenomenologici in parte ancora fluidi.

Stando così le cose, la dottrina ha finito col giungere poco preparata rispetto a una questione che si è più volte riproposta nel corso degli anni più recenti: quale modello di diritto penale applicare nell’ambito delle missioni militari all’estero? A livello comparatistico, si registra invero una singolarità che forse merita di essere segnalata. Premesso che nel panorama degli ordinamenti giuridici contemporanei si rinviene una notevole varietà di modelli di diritto penale militare, mentre pressoché tutti gli Stati europei hanno esteso ai militari in missione fuori dai confini nazionali l’applicabilità della normativa penale di pace, in Italia si è manifestato un orientamento contraddittorio: in occasione della partecipazione italiana all’intervento militare “*Enduring Freedom*” in Afghanistan, governo e parlamento hanno nel 2001/2002 deciso l’applicabilità del codice penale di guerra (sia pure con la contestuale introduzione di modifiche e innovazioni normative finalizzate a integrarlo, aggiornarlo e depurarlo degli aspetti più autoritari sicuramente incompatibili con la Costituzione); invece nel 2006 si è assistito a un *revirement*, con un ritorno all’applicazione del codice penale di pace in tutte le missioni internazionali, comprese quelle in Afghanistan e in Iraq.

Oscillazioni siffatte in un contesto come quello italiano sono il riflesso, più che di una approfondita e progressiva revisione di criteri di politica criminale militare, di preoccupazioni politico simboliche di portata più generale – connesse cioè al diverso atteggiamento delle forze di centro-destra e di centro-sinistra, alternatesi al governo, rispetto alla opportunità politica di definire in termini di “guerra” i conflitti che occasionano le odierne missioni militari all’estero.

6. La tendenza a un uso politico strumentale della qualificazione in chiave di “guerra” di alcuni fenomeni conflittuali tipici del nostro tempo, si è manifestata con ben altra intensità e con effetti di

ben altra portata nel contesto statunitense. Si allude, com'è intuibile, alla campagna antiterroristica decisa dal presidente Bush, e ben presto definita “guerra” al terrorismo, in seguito al mostruoso attacco alle torri gemelle di New York dell' 11 settembre 2001.

Questo attacco, considerato nelle sue caratteristiche inedite, era interpretabile come *aggressione criminale*, come *azione di guerra*, o in *entrambi* i modi? Scegliere tra questi possibili paradigmi interpretativi, non è certo opzione tecnicamente neutrale, derivandone effetti pratici di grandissimo peso. Una qualificazione del tragico attentato in termini di crimine, sia pure di estrema gravità, avrebbe comportato una reazione di tipo pur sempre poliziesco-giudiziario, sia pure da dispiegare in uno scenario internazionale. Ad etichettare invece l'attentato come un atto di guerra, si creavano i presupposti psicologici (se non proprio giuridici) per reagire con una “guerra contraria”, o comunque per impostare in forma bellica una azione di polizia; e questo mutamento o mescolamento di categorie definitorie, con un giuoco ambiguo di equivalenze tra paradigma penale e paradigma militare, consentiva di puntare – tra l'altro – a questo importante obiettivo pratico: sviluppare una strategia antiterroristica tanto più efficace (almeno nelle intenzioni), quanto più affrancata dalle regole e dai vincoli garantistici che sarebbero stati altrimenti imposti dal normale ricorso agli strumenti repressivi a carattere giudiziario.

L'opzione bellica privilegiata da Bush ha, così, trovato la sua sostanziale legittimazione non nelle norme del diritto internazionale che non l'avrebbero – a rigore – consentita, ma come risposta a un crimine, come reazione punitiva. Questa sorta di equivalenza funzionale tra guerra e punizione ha, peraltro, avuto come effetto di rafforzare certe tendenze verso (per dir così) la “militarizzazione del diritto penale” - da intendere (in senso atecnico) come un suo uso in chiave belligerante contro nuove figure di nemici della società - già presenti da qualche tempo, invero, nel clima di allarme che si respira anche nei paesi occidentali più evoluti, e di cui è spia la nota teorizzazione jakobsiana del diritto penale del nemico. Ed infatti, oltre a bombardare ben presto l'Afghanistan per scacciare i talebani, il governo Bush dichiarava una seconda guerra mediante la sollecita approvazione di nuove leggi eccezionali suscettibili di esemplificare un modello di diritto penale del nemico addirittura esasperato: un diritto penale non solo del sospetto e della detenzione preventiva modello *Guantanamo* ; ma un diritto penale doppiamente “militarizzato”, in quanto attribuito alla competenza di nuove “Commissioni militari” istituite con decreto presidenziale proprio allo scopo di esercitare una repressione più efficace e, soprattutto, più libera dalle classiche garanzie a tutela dei fondamentali diritti individuali. Un nuovo sistema di giustizia penale militare, dunque, creato apposta per perseguire e segregare in prigionie speciali i sospetti terroristi (di nazionalità straniera!), classificati non a caso con la nuova etichetta di “combattenti nemici” o “combattenti illeciti”: qualificazione escogitata per evitare di considerarli prigionieri di guerra e di applicare loro, di

conseguenza, le garanzie previste dalle Convenzioni di Ginevra e tutte le altre garanzie assicurate a ciascuna persona accusata di un delitto.

Proprio questa esperienza statunitense ha dato vita alla forma di manifestazione più recente di una normativa penale militare di guerra, ma è certo che non si tratta di un modello meritevole di essere generalizzato. Al contrario, da questa vicenda emergono segnali preoccupanti: e cioè che, in presenza di circostanze di eccezionale drammaticità, anche un ordinamento di grande tradizione e ispirazione democratica può soggiacere alla vecchia tentazione di sfruttare la specialità di un nuovo diritto penale militare di guerra allo scopo di dare una giustificazione formale all'aggiramento del sistema delle garanzie di stampo liberale. Ma non sembra, anche questa volta, che i vantaggi pratici conseguiti abbiano compensato il costo molto alto di questa politica criminale vistosamente contraria ai principi di un ordinamento democratico: si allude alla verosimile perdita di fiducia dei cittadini americani e stranieri nei confronti della legittimità e moralità delle misure repressive adottate in nome della pace e, di conseguenza, della stessa democraticità del sistema politico complessivo.

7. La riflessione teorica sullo spazio oggi assegnabile a un plausibile diritto penale di guerra dovrebbe, dunque, essere sviluppata al riparo da tentazioni autoritarie di vecchio o nuovo stampo. Irrinunciabile è una preliminare angolazione prospettica orientata alle morfologia con cui la guerra in atto si presenta nello scacchiere mondiale. Si tratta di forme di autentica guerra o è preferibile parlare – come nello stesso linguaggio normativo odierno già si inclina a fare (cfr. ad esempio, nell'ordinamento italiano, la legge n. 15/2002) - di “conflitti armati”? Se si preferisce quest'ultima espressione allo scopo di precisare che la legislazione bellica può essere applicata anche a prescindere da una previa e formale dichiarazione di stato di guerra, secondo apposite procedure costituzionalmente regolate, la questione è lessicale e giuridico-costituzionale, più che di sostanza. D'altra parte, che qualcosa di equivalente alla realtà della guerra persista anche oggi è comprovato dalla filosofia politica contemporanea: nell'ambito della quale, mentre qualche studioso ritematizza le problematiche della *guerra giusta* in relazione all'attualità più cruda, altri in ogni caso discettano sulle diverse tipologie della guerra postmoderna. Si usi pure allora il termine guerra senza timore di sembrare antiquati o “politicamente scorretti”; i veri problemi, come sempre, si pongono al di là delle preferenze terminologiche o puramente ideologiche.

Quale modello di diritto penale bellico, oggi? E' ancora plausibile un diritto penale militare di guerra distinto da uno di pace?

Per rispondere all'interrogativo, dovremmo prima aver chiare le possibili funzioni di tutela di un odierno diritto penale di guerra. Compito certo non facile, proprio a causa della sopravvenuta

obsolescenza quantomeno di alcuni dei fondamenti sostanziali delle tradizionali normative di guerra.

Nel tentativo di elaborare spunti di riflessione aggiornata, è forse opportuno avanzare una distinzione tra due possibili prospettive di fondo: a) per un verso, una prospettiva di intervento penale volta ad assicurare o rafforzare il buon funzionamento e l'efficienza operativa della macchina bellica in rapporto agli obiettivi politico-militari da perseguire; b) per altro verso, una prospettiva di tutela antagonista rispetto alla precedente, volta – per dir così – a *civilizzare* il conflitto armato, cioè a umanizzarlo mediante (anche) il controllo penalistico dei presupposti e dei limiti dell'uso della violenza. In altre parole: da un lato, un contributo al raggiungimento del risultato militare; dall'altro, un freno garantistico, per evitare un impiego trasmodante della forza (così da minimizzare i danni collaterali in termini di perdite umane e di violazione di diritti fondamentali).

7.1. Specificare la prima prospettiva di tutela non è facile. Quali tipi di condotte punire (o continuare a punire) in quanto *disfunzionali* a una efficace conduzione delle operazioni belliche?

Una risposta a questo interrogativo è più agevole cominciare a fornirla in termini negativi piuttosto che positivi. Nel senso che mi sembrerebbe poco riproponibile oggi quel vecchio nucleo del diritto penale militare di guerra (di cui persistono emblematiche esemplificazioni, ad esempio, nel codice penale militare di guerra italiano ancora vigente) che sanzionava, perché disfunzionali rispetto all'obiettivo della vittoria e comunque contrastanti con una etica militare pretenziosa se non proprio di stampo eroico, condotte sintomatiche di insufficiente coraggio, codardia o scarso senso dell'onore militare: quali ad esempio rinuncia ad attaccare, resa di fronte al nemico o mancato inseguimento di un nemico battuto ecc. Un diritto penale di guerra che pretendesse di continuare a punire la violazione di obblighi a essere coraggiosi o a tenere condotte militarmente onorevoli, quale credibilità potrebbe più vantare? A parte la sopravvenuta inattualità del modello di etica militare evocato (nella storia in cui viviamo la società militare ha da tempo abbandonato il modello eroico per quello democratico, ed è stata altresì pervasa dalla diffusione al suo interno di valori e atteggiamenti psicologici tipici della società civile), quel poco che sappiamo sull'efficacia della minaccia penale è sufficiente per farci escludere che essa in ogni caso costituirebbe un buono strumento per promuovere le virtù morali del combattente valoroso.

Se così è, un supporto di tipo penalistico a un efficace uso della forza diventa più plausibile spostando l'angolazione visuale dal piano soggettivo a quello oggettivo: nel senso di fare, appunto, riferimento a possibili disvalori connessi alle modalità obiettive di svolgimento delle attività di servizio bellico. Ma ciò equivale, a ben vedere, a incentrare l'ottica sul buon funzionamento dei

servizi, questa volta riguardati in una proiezione dinamico-operativa più prossima al governo della violenza armata: da questo punto di vista, possono apparire suscettibili di sanzione penale forme di condotta che violano regole tecniche di adeguatezza ed efficienza nell'organizzare e/o nell'eseguire prestazioni di servizio che implicano il ricorso alla forza, così esponendo a rischio il buon esito delle operazioni.

Quanto alla individuazione delle regole di condotta da adottare nel gestire i conflitti armati, nella prassi militare attuale - com'è noto - assumono un ruolo determinante le cosiddette *regole di ingaggio*: cioè linee-guida o istruzioni, elaborate nel quadro di direttive politiche, che i comandanti sono tenuti a osservare nel decidere quando, come e in quale misura ricorrere all'uso della violenza. Ma non sono necessarie molte parole per spiegare perché non sarebbe assecondabile l'idea di attribuire alla trasgressione di tali regole automatica rilevanza penale. A parte il profilo della loro fonte normativa sub-legislativa, che solleva negli ordinamenti di *civil law* seri problemi di compatibilità col principio di riserva di legge in senso formale, il punto essenziale è questo: le regole di ingaggio, oltre a essere generiche mutevoli e flessibili, rispecchiano esigenze e finalità così eterogenee che apparirebbe sproporzionata per eccesso o, comunque, poco giustificata una indiscriminata elevazione a reato di ogni possibile condotta inosservante. Piuttosto, sarebbe necessaria una rigorosa analisi politico-criminale per verificare se, attraverso l'esperienza delle non poche missioni sinora svolte, si sia già consolidato un nucleo duro e stabile di linee-guida basilari per la gestione del conflitto bellico, suscettibili di tradursi anche in parametri utilizzabili ai fini della eventuale creazione di fattispecie incriminatrici aggiornate.

In questa prospettiva, di rilievo tutt'altro che secondario appaiono le regole di ingaggio dirette non solo ad assicurare il buon esito complessivo delle operazioni in conformità agli obiettivi politico-militari prefissati, ma anche a conseguire il risultato col minor dispendio possibile di risorse materiali e, soprattutto, umane. Sotto questa angolazione visuale, l'obiettivo di minimizzare le perdite (non solo tra i militari) finirebbe con l'incidere sulla stessa valutazione di funzionalità dei servizi *lato sensu* bellici, per cui nel novero delle regole tecniche da osservare rientrerebbero anche misure cautelari volte a tutelare la vita e l'integrità dei soldati. Forse, una prospettiva di modernizzazione del diritto penale bellico potrebbe allora consistere nello studio di nuove figure di reato colposo e di reati di pericolo astratto (tenuto conto dell'elevato rango dei beni da tutelare), incentrate sulla grave violazione di misure preventive volte a elevare gli *standards* di sicurezza personale: misure, beninteso, da concepire ed elaborare con un approccio tecnico-scientifico adeguato alla crescente complessità tecnologica dei sofisticati strumenti bellici odierni. Potrebbe profilarsi, così, un orizzonte di riflessione politico-criminale non sufficientemente esplorato nel variegato universo della responsabilità colposa e in quello della responsabilità per rischio, essendo

altri i settori fatti finora oggetto di privilegiata attenzione (responsabilità medica, infortuni sul lavoro, esposizione ad attività lavorative pericolose ecc.). Sarebbe facile osservare, nell'auspicare che si colmi una simile lacuna, che l'attività militare con uso della violenza rappresenta anch'essa una attività intrinsecamente pericolosa, anzi l'attività più pericolosa in assoluto, che come tale ben meriterebbe l'apertura di un novo capitolo nell'ambito della riflessione penalistica della seconda modernità.

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 una 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.

Rimarrebbero da approfondire, certo, ulteriori aspetti problematici di ordine empirico-criminologico, per verificare quanto la rigorosa osservanza di regole preventive e misure di sicurezza sia psicologicamente esigibile nei contesti situazionali soggetti alle dinamiche del combattimento, e quanto in questi contesti possa svolgere una funzione deterrente-orientativa la minaccia di sanzioni penali in ogni caso non troppo elevate (in quanto da mantenere, comunque, entro limiti proporzionati alla mancanza di un dolo di lesione). Si tratta infatti di situazioni di estremo pericolo per la vita, che provocano nei combattenti fortissime tensioni emotive, stress e non di rado crolli nervosi, sicché il combattimento condensa tutti i fattori psicologici che in una situazione sociale possono indebolire la capacità di autocontrollo personale. Di ciò si dovrebbe tenere conto, realisticamente, tutte le volte in cui è in discussione il possibile impiego delle risorse penali nei contesti di guerra.

7.2. Con le ultime considerazioni si sono accorciate le distanze tra una prospettiva di tutela penale a supporto del buon esito delle operazioni belliche e una prospettiva, di segno antagonistico, invece orientata a introdurre limiti garantistici a tutela di diritti umani fondamentali: una prospettiva che abbiamo precedentemente definito di civilizzazione o umanizzazione del conflitto armato, volta - appunto - a sottoporre (anche) a controllo penale il ricorso abusivo alla violenza bellica.

Si tratta, del resto, di un orizzonte di tutela penale tutt'altro che inedito, dal momento che è quello stesso che da tempo ispira il cosiddetto *diritto umanitario bellico*, il quale ha - com'è noto - la sua matrice nelle Convenzioni internazionali ed è stato via via trasfuso nei vari ordinamenti nazionali: alludiamo, com'è intuibile, alle norme penali che configurano i cosiddetti *crimini di guerra*,

consistenti nella violazione del *jus in bello*, cioè delle regole e dei limiti da osservare nell'esercizio della violenza in modo da contenere le sofferenze umane causate dai conflitti armati.

Oggi, in considerazione del principio di *complementarità* che notoriamente presiede ai rapporti tra la Corte penale internazionale e le giurisdizioni nazionali, gli Stati interessati sono tenuti ad adeguare la disciplina nazionale dei crimini di guerra a quella apprestata sul piano internazionale dallo Statuto di Roma. Questo processo di adeguamento, già avviato o concluso in alcuni ordinamenti, in altri deve ancora essere realizzato.

Ma, per quanto il diritto umanitario bellico abbia una stretta attinenza col diritto penale militare, l'analisi comparatistica mostra che questa attinenza non è considerata di per sé decisiva ai fini della scelta relativa alla collocazione sistematica dei crimini di guerra nella normativa penale specificamente militare ovvero nella legislazione penale comune (codicistica o extracodicistica). Per esemplificare: i crimini di guerra, mentre ad esempio in Finlandia sono previsti (insieme con quelli contro l'umanità e il genocidio) nel codice penale comune, in Germania sono inseriti nel recente codice autonomo dei delitti contro il diritto internazionale e in Italia sono invece ospitati – sin dal 1941 – nel codice penale militare di guerra (con la denominazione di “reati contro le leggi e gli usi di guerra”).

D'altra parte, la possibilità di un accorpamento sistematico in una stessa sede normativa dei crimini di guerra con quelli contro l'umanità e con il crimine di genocidio, poggia sul convergere di analoghe ragioni sostanziali di tutela, che hanno pur sempre a che fare col rispetto di valori elementari di umanità e di dignità personale. Sotto questa angolazione visuale, più sostanziale che formale, le analogie tendono a prevalere sulle differenze, con la conseguenza che il maggior tasso di militarità dei crimini di guerra può ben passare in seconda linea.

IV

8. Rimane da accennare al versante dei principi generali della responsabilità penale, rispetto ai quali il processo di omogeneizzazione tra normativa militare e normativa ordinaria ha senz'altro compiuto notevoli passi avanti: per cui su questo versante si può sostenere che la specialità militare è andata sempre più scolorandosi, sino a scomparire quasi del tutto.

Il che non deve peraltro sorprendere, se è vero che i principi basilari della responsabilità penale hanno valenza costituzionale, come nel caso paradigmatico del principio di colpevolezza; e se è vero che, negli ordinamenti costituzionali contemporanei, la specialità del diritto militare incontra

appunto un limite invalicabile nel rispetto dei principi fondamentali del sistema giuridico complessivamente considerato.

Differenze percepibili sono da escludere, innanzitutto, rispetto al modo di atteggiarsi dell'elemento soggettivo del reato in forma di dolo o colpa. E la tendenza ad una ampia omogeneizzazione è riscontrabile anche in tema di errore, e ciò emerge sicuramente oggi sul piano interpretativo pur laddove la pretesa originaria di qualche codice penale militare (come ad esempio quello italiano del 1941) fosse quella di limitare l'efficacia scusante dell'errore di diritto nel caso di ignoranza o errore coinvolgente gli specifici doveri militari.

Ampia omogeneizzazione anche nell'ambito delle cause di giustificazione o scriminanti. Non solo rispetto alla legittima difesa o allo stato di necessità, ma anche riguardo a quella possibile causa di esclusione della responsabilità che in ambito militare assume particolare rilievo, cioè l' *ordine del superiore*. Sia nel diritto penale comune, sia nel diritto penale internazionale, sia nel diritto penale militare tende infatti ad affermarsi l'analogo principio, secondo cui l'ordine può scusare a condizione che l'esecutore non conoscesse la sua illegittimità e l'ordine non fosse manifestamente illegale.

Quanto infine ad un altro istituto anch'esso molto rilevante in ambito militare, e cioè la *responsabilità da comando* (c.d. command responsibility: art. 28 Statuto C.P.I), che incrocia le problematiche del concorso di persone e della responsabilità per omissione, la possibilità di renderla compatibile col principio di colpevolezza comporta che se ne eviti una ricostruzione in termini di mera responsabilità oggettiva di posizione. Ciò vuol dire che, per chiamare il comandante a rispondere di omesso impedimento di crimini commessi da militari sottoposti, non sarebbe sufficiente presumere che egli in base alle circostanze "avrebbe dovuto sapere" che si stavano per commettere azioni delittuose: sarebbe necessario dimostrare quantomeno un atteggiamento colposo in termini di reale negligenza.

Un ulteriore rilievo. A maggior ragione in un orizzonte politico-culturale tendenzialmente avverso alla legittimità di principio della guerra – e perciò favorevole a rafforzare nei limiti del possibile il controllo penale del ricorso abusivo della violenza -, non dovrebbe più attribuirsi al paradigma della *eccezionalità* bellica il ruolo di criterio normativamente riconosciuto di possibile legittimazione di atti aggressivi trasmodanti: la cosiddetta "necessità bellica" o le "supreme esigenze di difesa", o clausole consimili dal contenuto altrettanto indeterminato, non si prestano in realtà ad assurgere a criteri orientativi credibili nel distinguere tra forme abusive e forme giustificate di violenza bellica. Come è stato ben osservato, tramite formule tradizionali di questo tipo "il diritto penale non svolge alcuna funzione né garantista, né di tutela di beni giuridici, così come l'attività degli organi

chiamati ad applicare tali parametri non potrebbe dirsi giurisdizionale. Un diritto penale apparente, insomma, una velleitaria presenza del tutto priva di efficacia”.

9. Il diritto penale militare proietta la sua specialità nella richiesta di *pene speciali*?

Rispondere in senso affermativo era più facile in passato, fino a quando cioè si pensava che l'ordinamento militare dovesse essere autonomo e differenziato in senso forte: con la conseguenza che lo stesso trattamento punitivo finiva, nella sostanza, col rappresentare una proiezione rafforzata delle sanzioni disciplinari interne. Non sorprende, dunque, che la dottrina specialistica meno recente e i legislatori coevi propendessero per una differenziazione marcata delle sanzioni applicabili ai reati militari. E ciò sino al punto di concepire modalità speciali di esecuzione persino di una sanzione, in sé rigida e poco modulabile, come la pena di morte (ad esempio, nella originaria codificazione militare italiana del 1941, si prevedeva la più onorevole fucilazione nel petto o la più mortificante fucilazione nella schiena, a seconda che la condanna comportasse o meno la degradazione – cioè la perdita della qualità di militare; con legge ordinaria n. 589/1994 la possibilità di applicare la pena di morte è stata, invece, abolita anche rispetto ai delitti previsti dal codice penale militare di guerra).

Se differenziazioni di questo tipo riflettono il codice d'onore di un'etica militare ormai tramontata, un problema sostanziale di persistente attualità riguarda il mantenimento o meno della pena capitale come sanzione applicabile nell'ambito del diritto penale militare (specie di guerra). E' noto che negli ultimi anni si è manifestato a livello internazionale, in particolare europeo (cfr. il nuovo Protocollo 13 alla Cedu, entrato in vigore il 1° luglio 2003), un orientamento favorevole a escludere la legittimità del ricorso alla pena di morte anche in presenza di circostanze eccezionali come quelle del tempo di guerra. Ma, a parte le considerazioni di valore determinanti ai fini della valutazione di legittimità, residua il problema della possibile efficacia dell'estremo castigo (anche se i due profili della legittimità e dell'efficacia in certa misura interagiscono). Per affrontare un tale problema in maniera non impressionistica, occorrerebbe disporre di ricerche criminologiche specifiche, non essendo corretto trasferire automaticamente alle situazioni-limite tipiche della guerra i termini del perdurante dibattito sulla pena capitale quale sanzione del diritto penale comune.

9.1. Ma il tema della pena di morte non è certo esaustivo dell'intera problematica delle pene militari. La stessa sanzione penale *par excellence*, la pena detentiva, può assumere in ambito militare connotazioni peculiari, come è comprovato da alcune legislazioni anche vigenti.

In questo senso, l'ordinamento italiano è abbastanza esemplificativo: esso prevede una forma speciale di reclusione (che si affianca alla reclusione ordinaria), definita appunto *reclusione*

militare, la cui nota caratteristica più significativa è costituita dal fatto che essa – applicabile peraltro soltanto nei casi in cui la condanna non comporta la degradazione - si esegue in stabilimenti di pena appositi, differenziati dagli stabilimenti penitenziari comuni: le finalità perseguite con la previsione degli istituti penitenziari separati sono quelle di evitare che il militare subisca il condizionamento negativo del carcere comune e, nello stesso tempo, di consentirgli una espiazione della pena in termini compatibili con la disciplina e l'addestramento militari.

Nel quadro delle suddette finalità, la specializzazione della sanzione detentiva ha finito storicamente col risentire e farsi carico di esigenze e preoccupazioni interne al mondo militare, in un *continuum* fluido tra punizione disciplinare e pena vera e propria. E si comprende come si sia profilato così, attraverso l'elaborazione della dottrina specialistica, un concetto di *rieducazione militare* come modello più specifico che si affianca al più generale modello di rieducazione riferibile al delinquente comune: "il delinquente militare dimostra di essere un cattivo militare oltre che un cattivo cittadino, sicché non basta, per la sua rigenerazione, la rieducazione alla vita sociale, ma occorre principalmente il suo recupero per la compagine militare".

La legittimità della previsione di una reclusione militare differenziata è stata avallata dalla Corte costituzionale: "nel quadro della odierna integrazione dell'ordinamento militare in quello statale", il fondamento della reclusione militare consisterebbe "in una particolare funzionalizzazione della reclusione del condannato al dovere costituzionale di difesa della Patria, attuale e non virtuale quando sia collegato alla qualità del cittadino alle armi"(Corte cost. n.414/1991).

Orbene: fino a che punto si può considerare speciale la rieducazione militare?

Un primo rilievo si impone, ed è questo: per potere prospettare una vera esigenza di rieducazione specifica, il presupposto dovrebbe essere che il colpevole sia autore di un reato dall'impronta marcatamente militare; per contro, tale esigenza viene meno o comunque si ridimensiona, quanto più si propenda per una politica criminale incline a militarizzare anche illeciti di opinabile rilevanza militare.

A parte il rilievo che precede, rimane ancora da comprendere che cosa davvero connoti la specialità della rieducazione militare. Che si tratti di qualche cosa di contenutisticamente diverso dalla rieducazione ordinaria, sembra lecito dubitare, specie nell'attuale momento storico. Il diffondersi di un modello professionale di forze armate, unitamente al superamento della tradizionale concezione in chiave prevalentemente belligerante delle loro funzioni istituzionali, attenua l'esigenza di una rieducazione orientata a presunti valori specifici dell'universo militare. Se così è, ove ragioni di specificità residuino, di questi si potrebbe comunque tenere conto inserendo nel processo rieducativo a spettro generale elementi trattamentali più direttamente riferibili alle esigenze della vita militare. Con un limite, beninteso: l'eventuale aggiunta di una dimensione trattamentale a più

specifico contenuto militare non potrebbe in realtà comportare una sua imposizione in forma coattiva, dovendosi anche in questo caso rispettare la personalità e dignità del colpevole.

A riprova del tendenziale ridimensionamento delle ragioni di tradizionale diversificazione del trattamento punitivo, depono del resto questa circostanza incontestabile quanto significativa: la stessa Corte costituzionale italiana, pur avendo avallato un concetto specifico di rieducazione militare, ha per altro verso favorito un processo di crescente omogeneizzazione tra sistema sanzionatorio comune e sistema sanzionatorio militare, riconoscendo la legittima operatività anche nel secondo di sanzioni sostitutive, misure alternative e benefici premiali concepiti in origine per i reati comuni.

Tutto ciò premesso, e ferma restando l'esigenza di non contraddire i principi generali di fondo che presiedono agli scopi delle pene, è peraltro da considerare la opportunità politico-criminale di dotare il sistema penale militare anche di tipologie sanzionatorie specificamente "modellate sulle prestazioni di servizio, nonché di arricchire il corredo delle cause estintive, incoraggianti la rieducazione e sensibilizzanti rispetto alla violazione commessa. E' indubbio che, da un lato, la convivenza forzata e prolungata, d'altro lato, la delicatezza, l'importanza e la gravosità della prestazione militare (...) possono richiedere una valutazione particolare del reato commesso".

Rimane, infine, da verificare la persistente attualità di alcuni profili di disciplina speciale tradizionalmente concepiti con più specifico riferimento ai reati commessi nell'ambito di contesti bellici o di operazioni con reparti mobilitati: si allude cioè alla previsione di speciali forme di premialità commisurate ai particolari meriti conseguiti o ai sacrifici subiti dal militare combattente per effetto della sua condotta di guerra; ovvero, alla previsione di forme di differimento delle pene detentive (non superiori a un certo limite) finalizzate allo scopo di evitare che l'esecuzione della pena diventi un comodo espediente per sottrarsi ai rischi connessi alle operazioni che comportano uso della violenza armata. Se la ragione pratica del differimento è evidente, riguardo più in particolare agli istituti premiali è da rilevare che la loro giustificazione politico-criminale non risiede nella realizzazione da parte del militare di condotte antagonistiche dirette a riparare le specifiche offese prodotte dai reati commessi, bensì si inserisce in una prospettiva più ampia di valutazione che coinvolge appunto il suo contegno complessivo. L'ottica premiale, da questo punto di vista, obbedisce dunque a criteri di valutazione estrinseci rispetto alle esigenze punitive in termini di retribuzione o di prevenzione generale e speciale riferite al reato singolo. E' il tipo di autore del soldato eroico, o che comunque sacrifica beni personali in nome del dovere, che stravolge le normale logica penalistica. E' questo un modello di premialità che merita ancora di essere assecondato?

v

10. Siano consentiti, a questo punto, alcuni rilievi conclusivi.

La specialità del diritto penale militare sarebbe un residuo del passato, se la si dovesse continuare a intendere in senso forte: cioè come caratteristica derivante da una presunta originarietà e autonomia dell'ordinamento militare, da una presunta preminenza e/o ontologica diversità degli interessi militari, da una inderogabile necessità di basare la responsabilità penale, il trattamento punitivo e le regole processuali su criteri che in misura rilevante derogano rispetto ai principi generali del sistema penale ordinario. Ma questo modello forte di specialità è contraddetto dalla stessa evoluzione registratasi nel corso degli ultimi decenni, sia in generale sul piano politico-culturale e sociologico, sia più specificamente sui versanti costituzionale, legislativo, dottrinale e giurisprudenziale.

Il processo di crescente omogeneizzazione tra sistema penale ordinario e sistema penale militare è confermato anche da un'analisi comparatistica, e ne costituisce significativa riprova la circostanza che in alcuni ordinamenti europei non esistono più organi giurisdizionali militari separati dalla giurisdizione comune.

Circoscrivendo l'attenzione al diritto penale sostanziale, si riscontra il più elevato grado di omogeneizzazione – ed è peraltro comprensibile – rispetto ai principi fondamentali della cosiddetta parte generale: si tratta infatti di principi di civiltà a vocazione universalistica e di rilevanza costituzionale, sia esplicita che implicita.

Se specialità del diritto penale militare residua, questa dovrebbe trovare un terreno d'elezione nel sistema delle specifiche incriminazioni e un ulteriore campo d'insediamento nel sistema sanzionatorio.

Quanto al sistema delle incriminazioni, si tratta peraltro di intendersi. Nel senso che la specialità militare, intesa come specialità qualitativa degli oggetti di protezione, risalta di più se il catalogo degli illeciti rimane tendenzialmente limitato a quel novero tradizionale e circoscritto di *reati propri* (Sonderverbrechen), che esemplificano da sempre il modello del reato tipicamente militare: reati cioè, come quelli contro la disciplina e il servizio, commessi da militari in violazione di doveri a carattere specificamente militare. Ma quando si abbandoni il piano dei doveri professionali specifici, e si opti per una selezione politico-criminale più ampia di beni o interessi giuridici di possibile rilevanza militare, la specialità qualitativa degli oggetti della tutela si attenua fortemente. In ogni caso, non essendo quello della rilevanza militare un connotato ontologico sottratto come tale alla discrezionalità valutativa del legislatore, ben si comprende come a livello comparatistico affiori a tutt'oggi un panorama abbastanza variegato di modelli di legislazione penale militare, ora

più restrittivi ora più estensivi nel delimitare l'ambito dei reati militari e la cerchia dei soggetti assoggettabili alla legge penale militare. Questa persistente mancanza di omogeneità – se si eccettua il generalizzato ricorso al ben noto principio di estensione extraterritoriale della legge penale nazionale ai militari operanti all'estero, che va sotto il nome di *legge nello zaino* – è inevitabilmente foriera di inconvenienti: specie nell'ambito delle missioni estere con partecipazione di soldati di diversa nazionalità, possono verificarsi ingiustificate differenze di trattamento e confuse sovrapposizioni sia di discipline penali che di giurisdizioni diverse. Ma il superamento delle autarchie penali nazionali, in vista di un processo di omogeneizzazione normativa a livello internazionale, trova ostacoli non facilmente superabili proprio nell'assenza di criteri di politica criminale atti a delimitare, con precisione e univocità, contenuti e confini di un sottosistema di tutela penale militare suscettibile di essere additato a modello comune capace di riscuotere ampio consenso (prima scientifico e poi politico). Se così è, la specialità qualitativa dei contenuti della tutela penale militare è forse oggi, nell'ottica del diritto penale sostanziale, meno evidente e problematica della specialità che oggi ad esempio connota il reato ambientale o il reato tributario.

Residua, infine, una possibile specialità inerente al sistema sanzionatorio. Ma neppure questa, per le ragioni già dette, è capace di imporsi (per dir così) “a rime obbligate” in una specifica direzione derogatrice: anche in proposito, fermo restando il rispetto dei principi generali di rilevanza costituzionale del sistema sanzionatorio, la scelta delle modalità di adeguamento delle concrete tipologie sanzionatorie alle esigenze militari rientra in una ampia discrezionalità legislativa.

Rilievi come questi fin qui sintetizzati fanno sopravvivere una qualche forma di significativa specialità del diritto penale militare?

In altra sede, ho avuto occasione di delineare un quadro riepilogativo delle ragioni tecniche che, secondo l'esperienza storica sinora maturata anche a livello comparatistico, fungono da criteri diagnostici per stabilire in generale se un determinato campo di materia si presti a essere inserito nel codice penale comune o abbia invece caratteristiche da legge penale speciale. In sintesi, si tratta di criteri alternativi così raggruppabili: principi generali di imputazione *versus* principi almeno in parte derogatori; beni giuridici a pregnanza assiologica *versus* beni o interessi artificiali; universalità *versus* settorialità; consolidamento *versus* novità; autonomia *versus* accessorietà a discipline extrapenali; semplicità *versus* tecnicismo; lesività *versus* violazione formale; sanzioni dure *versus* sanzioni miti. Orbene, applicando criteri di questo tipo ad un diritto penale militare non di ieri ma di oggi, la diagnosi finale non risulta univoca ma presenta elementi di incertezza: in un tale diritto è infatti verosimile che coesistano beni giuridici sia settoriali sia universali, sia artificiali sia a pregnanza assiologica, delitti formali e delitti concretamente lesivi, fattispecie più semplici e fattispecie tecnicamente più complesse; mentre la pressoché totale omogeneizzazione

ormai raggiunta sul versante dei principi generali di imputazione tenderebbe a far pendere di più il piatto della bilancia verso una possibile annessione del capitolo del penale militare nel grande libro del diritto penale comune.

Chi scrive è, in realtà, tutt'altro che contrario in linea di principio ad una moderna prospettiva di sottosistemi penali differenziati, beninteso entro un quadro di principi fondamentali e di garanzie costituzionalmente inderogabili, in tutti i casi in cui la differenziazione possa essere giustificata da una manifesta e accentuata specificità delle materie da regolare. Ma le cose – per quanto paradossale possa apparire - non sembrano stare più proprio in questi termini nel caso di un diritto penale militare davvero modernizzato. Infatti, una volta esclusa la necessità di mantenere regole di imputazione sensibilmente derogatorie, modelli processuali differenziati e organi giurisdizionali autonomi, le specificità residue del sistema delle singole incriminazioni militari non sembrerebbero in realtà tali da impedire un loro possibile inserimento nella stessa legislazione penale ordinaria. Del resto, si può dire che ogni settore criminoso della parte speciale dello stesso codice penale comune, ricostruito in tutta la sua specificità e sondato in profondità, costituisce un *sottosistema* a sé. Se è così, apparirà allora non troppo provocatorio avvicinarsi ad una possibile conclusione di questo tipo: il diritto penale militare, a volerlo guardare oggi senza precomprensioni e radicati pregiudizi, integra un sottosistema in un senso sostanzialmente non dissimile da quello che diamo allo stesso concetto riferito a ogni altro campo di materia.

Giovanni Fiandaca

