



1/2026

RASSEGNA DELLA GIUSTIZIA MILITARE



Direttore Maurizio Block
Vicedirettore Gaetano Carlizzi

ISSN 0391-2787



Rassegna della Giustizia Militare

Periodico semestrale a carattere scientifico
a cura della *Procura Generale Militare*
presso la Corte Suprema di Cassazione

Direttore: Maurizio BLOCK

Vicedirettore: Gaetano CARLIZZI

Proprietario ed Editore:

Ministero della Difesa - ISP: <https://www.difesa.it>

Direzione e Redazione:

Via degli Acquasparta 2 - 00186 Roma

linea urbana: 06-46915.1555 - linea militare:

205.1555

e-mail: rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it

Progetto grafico e impaginazione:

Formazione 360°

Ideato in collaborazione con:

Prof. Valerio Aiuti

Registrazione Tribunale Civile di Roma, n. 16019,
9 agosto 1975

Diffuso attraverso la rete internet sul Portale della
Giustizia Militare

<https://portalegiustiziamilitare.difesa.it>

ISSN: 0391-2787

Norme Redazionali

Link

I contenuti pubblicati rispecchiano le idee
personali degli autori e non riflettono la posizione
ufficiale del Ministero della Difesa

La Rassegna della Giustizia militare applica la
licenza Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0. a
tutti i contributi in prima pubblicazione. Restano
ferme, in ogni caso, le disposizioni di cui all'art. 300
del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66.



Rassegna della **Giustizia Militare**

1/2026 - ISSN 0391-2787

DOTTRINA

Sezione monografica - A cura di Marco Brigaglia, Gaetano Carlizzi e Giorgio Pino

Tra autorità e autonomia. Lo spazio dell'obbedienza responsabile

Atti del Convegno conclusivo del PRIN 2022 PNRR ABIDE – Rule of Law and the Problem of Responsible Obedience (Università degli Studi Roma Tre, 17 ottobre 2025)

Introduzione

2 Profili evolutivi e questioni interpretative intorno al dovere militare di obbedienza

Maurizio Block

19 Quel che resta dell'ordine

Tullio Padovani

29 Lo spazio dell'obbedienza responsabile fra potere e autonomia.

Una prospettiva di diritto costituzionale

Silvia Talini

54 Sicurezza nazionale, segreto di Stato e Costituzione repubblicana

Tomaso F. Giupponi

91 Il giuramento militare: una prospettiva filosofico-giuridica

Maurizio Manzin

GIURISPRUDENZA

111 Rapporti tra collusione con estranei per frodare la finanza e violazione finanziaria costituente delitto: quid iuris in caso di fatto realizzato del tutto al di fuori degli obblighi istituzionali?

Vincenzo Santoro

**132 La estensione analogica del reato militare di “falso in fogli di viaggio”
(art. 220 c.p.m.p.)**
Massimo Nunziata

Organigramma

Direttore: Maurizio BLOCK

Vicedirettore: Gaetano CARLIZZI

Comitato scientifico:

Paola Balducci, Roberto Bartoli, Giulio Bartolini, Teresa Bene, Silvio Bologna, Pierpaolo Bonacini, Carlo Bonzano, Marco Brigaglia, Michele Caianiello, Ida Caracciolo, Paolo Caroli, Marina Castellaneta, Federico Consulich, Carlotta Conti, Cristiano Cupelli, Marcello Daniele, Gabriella Di Paolo, Valeria Eboli, Paola Felicioni, Luigi Foffani, Emanuela Fronza, Giulio Garuti, Gian Luigi Gatta, Tomaso Giupponi, Antonio Gullo, Luca Lo Schiavo, Andrea Longo, Carlo Longobardo, Luca Lupária Donati, Antonella Massaro, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Chantal Meloni, Marco Miletto, Domenico Notaro, Fulvio Maria Palombino, Federico Pedrini, Giorgio Pino, Rosa Ruggiero, Antonio Scaglione, Riccardo Ursi, Antonio Vallini, Vito Velluzzi.

Comitato dei revisori:

Alberto Aimi, Valerio Aiuti, Teresa Alesci, Lorenzo Algeri, Rosanna Belfiore, Hervé Belluta, Davide Bianchi, Manfredi Bontempelli, Giovanni Blando, Pasquale Bronzo, Matteo Caldironi, Francesco Callari, Matteo Caputo, Maria Federica Carriero, Francesco Castagnino, Marco Cecchi, Federica Centorame, Giulia Ciliberto, Donatello Cimadomo, Anna Costantini, Rosita Del Coco, Jacopo Della Torre, Flora Di Donato, Giulia Fiorelli, Susanna Fortunato, Aldo Franceschini, Roberto Galasso, Gianluca Gentile, Francesca Graziani, Chiara Iannucci, Luigi Lacchè, Giuliana Lampo, Massimiliano Lanzi, Giulia Lasagni, Elisa Lorenzetto, Maurizio Lubrano, Nicola Madia, Marina Mancini, Maurizio Manzin, Ferruccio Maradei, Elena Marchese, Laura Marrone, Antonella Massaro, Marcella Miracolini, Francesca Mite, Marianonietta Monfredi, Barbara Nacar, Giacomo Pace Gravina, Daria Perrone, Michele Pifferi, Sara Prandi, Luca Pressacco, Federico Puppo, Ranieri Razzante, Nicola Recchia, Augusto Romano, Rossella Sabia, Vincenzo Santoro, Francesco Sanvitale, Elisa Scaroina, Annita Larissa Sciacovelli, Deborah Scolart, Alessandro Spena, Ludovica Tavassi, Gaia Tessitore, Elisabetta Tizzani, Serena Tomasi, Anna Toneatto, Maria Chiara Ubiali, Daniele Velo Dalbrenta, Carmine Vizza.

Comitato di garanzia:

Giovanni Chiarini, Paolo Ferrua, Giovanni Fiandaca, Manlio Frigo, Wollf Heintschel Von Heinegg, Giulio Illuminati, Pietro Laffranco, Giuseppe Leotta, Sergio Marchisio, Anna Marconcini, Giuseppe Mazzi, Michela Mazzilli, Renzo Orlandi, Tullio Padovani, Antônio Pereira Duarte, Fausto Pocar, Mariateresa Poli, Mauro Politi, Pierpaolo Rivello, Natalino Ronzitti, Aurel Sari, Giorgio Spangher, Claudia Storti, Gioacchino Tornatore, Ludwig Van Der Veken, Anna Vardapetyan, Giovanni Paolo Voena.

Comitato di redazione:

Claudio Domenico Amorelli, Giorgio Ardizzone, Andrea Conti, Alessia Di Domenico, Giordana Filippelli, Giulio Garofalo, Ilaria Giugni, Federica Helferich, Francesca Massi, Marco Mossa Verre, Luca Nania, Luigi Palmieri, Chiara Pistilli, Sonia Tognazzi, Diletta Perugia, Saverio Setti, Andrea Sgroi, Pierpaolo Travaglione, Raffaele Vitolo.



RASSEGNA DELLA GIUSTIZIA MILITARE

1/2026
ISSN 0391-2787

DOTTRINA

Sezione monografica - A cura di Marco Brigaglia, Gaetano Carlizzi e Giorgio Pino

Tra autorità e autonomia. Lo spazio dell'obbedienza responsabile

Atti del Convegno conclusivo del PRIN 2022 PNRR ABIDE – Rule of Law and the Problem of Responsible Obedience (Università degli Studi Roma Tre, 17 ottobre 2025)

Introduzione

Profili evolutivi e questioni interpretative intorno al dovere militare di obbedienza

Maurizio Block

Quel che resta dell'ordine

Tullio Padovani

Lo spazio dell'obbedienza responsabile fra potere e autonomia.

Una prospettiva di diritto costituzionale

Silvia Talini

Sicurezza nazionale, segreto di Stato e Costituzione repubblicana

Tomaso F. Giupponi

Il giuramento militare: una prospettiva filosofico-giuridica

Maurizio Manzin

Introduzione

In questa sezione monografica, sono raccolte, in versione rielaborata, alcune delle relazioni presentate in occasione della conferenza Tra autorità e autonomia. Lo spazio dell'obbedienza responsabile, tenutasi presso l'Università degli Studi Roma Tre il 17 ottobre 2025.

La conferenza è stata l'evento conclusivo del PRIN 2022 PNRR ABIDE – Rule of Law and the Problem of Responsible Obedience, un progetto di ricerca biennale che ha impegnato un nutrito gruppo di studiosi, appartenenti diversi ambiti disciplinari, delle tre università partner: l'Università degli Studi di Palermo (capofila), l'Università di Pisa, e l'Università degli Studi di Roma Tre.

Ciò che, nell'ambito del progetto, abbiamo denominato “problema dell'obbedienza responsabile” è la tensione che attraversa i rapporti di obbedienza in contesti ai principi dello stato di diritto e della democrazia costituzionale: da un lato, il vincolo di obbedienza richiede al subordinato di rinunciare, in una certa misura, ad agire secondo il proprio giudizio, sottomettendosi invece alle direttive di un'autorità; d'altro lato, al subordinato è richiesto di esercitare un controllo sulla legalità e legittimità delle direttive autoritative, controllo che può spingersi, in certi casi, fino al dovere di contestare la direttiva o di rifiutare di prestarvi obbedienza. La tensione è particolarmente drammatica in contesti istituzionali caratterizzati da spiccati vincoli gerarchici, necessità di massima coordinazione, e compiti che richiedono l'esercizio di attività coercitive. In questi contesti, è massima l'esigenza di obbedienza quanto più possibile prevedibile e disciplinata, ma è anche massima l'esigenza di controllo, perché massimo è il danno a diritti e valori fondamentali che può essere arrecato da direttive illegittime o financo criminose. Massimo vincolo di obbedienza, e massima esigenza di responsabilità. Il progetto ABIDE ha voluto indagare il problema dell'obbedienza responsabile in prospettiva interdisciplinare, con un focus su due dei contesti nei quali si presenta nella sua forma più estrema e, per molti versi, paradigmatica: l'ordinamento militare e l'istituzione penitenziaria.

Un aspetto cruciale della ricerca svolta è stata l'intensa e proficua collaborazione tra i gruppi di ricerca delle università partner e il Consiglio della Magistratura Militare, che ha affiancato il progetto in convenzione. Questa collaborazione ha consentito un ricchissimo, estremamente stimolante confronto fra prospettive, tradottosi nel libro Obbedienza e responsabilità – il principale risultato del progetto, che raccoglie contributi di accademici e di magistrati militari – e nella conferenza finale, di cui questa sezione è frutto.

Il primo contributo, di Maurizio Block, Procuratore Generale militare presso la Corte Suprema di Cassazione, ricostruisce i profili evolutivi del dovere militare di obbedienza,

mostrando il passaggio da un'obbedienza "cieca" a un'obbedienza ragionata e "intelligente". Attraverso l'analisi dell'art. 51 c.p. e della disciplina dell'ordinamento militare, l'Autore mette a fuoco il nodo della "manifesta criminosità" dell'ordine – tra dimensione oggettiva e soggettiva – e prospetta l'esigenza di una revisione del sistema penale militare.

Nel secondo contributo, Tullio Padovani, Accademico dei Lincei, muovendo dall'ordine in ambito militare, allarga lo sguardo sull'istituto dell'ordine dell'autorità come figura di diritto penale comune (art. 51 c.p.): distingue gli ordini vincolanti dagli ordini insindacabili, individua nell'apparentia juris il fondamento della scusante dell'esecutore dell'ordine e segnala la sostanziale anomia che circonda l'ordine 'privato', auspicandone una disciplina organica.

Chiude la sezione il contributo di Silvia Talini, Ricercatrice di Diritto Costituzionale presso l'Università di Roma Tre, che affronta il tema dell'obbedienza responsabile in prospettiva costituzionale, con riguardo all'esecuzione penale, leggendo i principi costituzionali e convenzionali come veri e propri "vincoli di obbedienza" gravanti su legislatore, giudici e amministrazione, e ricostruendo le forme di "disobbedienza attuativa" che percorrono il sistema penitenziario – sul piano delle fonti e del rapporto tra poteri –, evidenziando infine il ruolo delle Corti nel guidare il sistema penitenziario verso un maggiore adeguamento ai parametri costituzionali.



MAURIZIO BLOCK*

Profili evolutivi e questioni interpretative intorno al dovere militare di obbedienza

Evolving profiles and interpretative issues surrounding the military duty of obedience

Il saggio ricostruisce l'evoluzione del dovere militare di obbedienza, dall'art. 52, secondo comma, Cost. al codice dell'ordinamento militare, soffermandosi sui limiti dell'obbedienza (iniziativa, rimostranza, dovere di disobbedienza) e sulla nozione di ordine manifestamente criminoso tra art. 51 c.p., art. 1349 c.o.m. e Statuto di Roma. Esaminati i reati contro la disciplina e l'incidenza dell'art. 131-bis c.p., l'Autore auspica una complessiva revisione del sistema penale militare.

Parole chiave: dovere di obbedienza, ordine militare, ordine manifestamente criminoso, disciplina militare, disobbedienza.

The essay traces the evolution of the duty of obedience in Italian military law, from Article 52 of the Constitution to the 2010 Code of the military order. It focuses on the limits of obedience – initiative, remonstrance, the duty to disobey – and on the notion of manifestly criminal orders under Article 51 of the Criminal Code and the Rome Statute. After reviewing offences against military discipline, the Author advocates a reform of military criminal law.

Keywords: duty of obedience, military orders, manifestly criminal order, military discipline, disobedience.

*Procuratore Generale militare presso la Corte Suprema di Cassazione

SOMMARIO: 1. Il dovere di obbedienza tra tradizione e attualità. 2. L'art. 52, secondo comma, Cost. e la lenta attuazione legislativa. 3. L'ordine militare: natura, caratteri, distinzioni. 4. I limiti al dovere di obbedienza: iniziativa, rimostranza, dovere di disobbedienza. 5. L'ordine manifestamente criminoso tra art. 51 c.p. e art. 1349 c.o.m. 6. Lo Statuto di Roma e i progetti di codice dei crimini internazionali. 7. La tutela penale e disciplinare della disciplina militare. 8. L'art. 131-bis c.p. e la disobbedienza: casistica e criteri. 9. Prospettive di riforma.

1. Il dovere di obbedienza tra tradizione e attualità

Il problema del dovere di obbedienza e disobbedienza è uno dei punti centrali nello studio del diritto militare, amministrativo e penale, da anni, forse secoli.

Sfogliando, infatti, la *Rivista militare italiana*, pubblicata nell'ottobre di cento anni fa, troviamo un articolo di commento alle norme in materia di ordini militari, in cui l'autore rimarcava che l'adempimento all'ordine superiore è una virtù che «conviene strapparla mediante l'educazione e mediante le disposizioni che spronino ad obbedienza pronta e assoluta, sì!, ma serena, illuminata e coscienziosa»¹.

Già nel 1904, in *Istituzioni di diritto militare*, Bricito annotava come la miglior virtù della vita militare fosse «l'obbedienza pronta ed assoluta, intesa quale spirito d'abnegazione e di sacrificio del sé a vantaggio dell'interesse collettivo»².

L'obbedienza è la chiave di volta che sostiene il consorzio militare. È, dunque, non solo un dato di comune esperienza, ma anche un'acquisizione incontrovertibile di ogni sistema di diritto disciplinare militare, dalle fonti di diritto attico fino alle esperienze in materia più eterodosse. Emblematica, in tal senso, è la riorganizzazione dell'Armata Rossa del 1924 (durata meno di un anno), che aveva in un primo momento previsto l'abolizione della categoria degli Ufficiali (considerata un'eredità dello zarismo) e quindi, in un'estrema applicazione del principio egalitario, aveva abolito i gradi. Ebbene anche in questo contesto ci si rese conto dell'irrinunciabilità di un sistema disciplinare basato su ordini vincolanti e, quindi, furono reintrodotte delle categorie gerarchicamente ordinate e riaffermato il dovere generale di obbedienza conseguente alla subordinazione.

Direi inoltre che ciò che distingue il rapporto di impiego riguardante i militari ed i civili sta proprio nell'atteggiarsi del rapporto gerarchico: per i civili l'impartizione di una disposizione non sempre ha imperatività immediata e lascia spazio di interpretazione e un lasso di tempo ragionevole nell'esecuzione, in ambito militare ciò non avviene perché l'esecuzione per tradizione deve essere immediata ed ha il carattere di astrattezza nel senso che non comporta la valutazione di merito ma ne prescinde, un po' come in campo commerciale si dice per i titoli di credito che astraggono dal rapporto sottostante ed hanno una loro autonomia a prescindere da quest'ultimo.

¹ Così in *Rivista militare italiana*, III-XIX, Roma, 1925, 47.

² BRICITO 1904, 175.

Ebbene, ferma restando l'irrinunciabilità, nel contesto castrense, del dovere di obbedienza dei subordinati, la domanda che dobbiamo porci è: nei cent'anni che sono trascorsi dalle citazioni illustrate in apertura, l'endiadi gerarchia-subordinazione si è evoluta o conserva ancora rigidi tratti tradizionali?

In altre parole, il concetto di obbedienza cieca è sempre attuale o si è mitigato in favore di una obbedienza ragionata, mediata, o mi si consenta il termine, intelligente?

2. L'art. 52, secondo comma, Cost. e la lenta attuazione legislativa

Il punto di partenza irrinunciabile è, certamente, il secondo comma dell'art. 52 Cost., che informa l'ordinamento delle Forze armate allo spirito democratico della Repubblica.

Indubbiamente si tratta di una norma programmatica, la cui forza precettiva sarebbe subordinata *all'interpositio legislatoris*. Quest'ultimo, dunque, sarebbe il vero destinatario della norma ed il cittadino (militare) resterebbe privo di posizioni giuridiche soggettive direttamente azionabili davanti al giudice o all'Amministrazione militare.

In materia, già dalle sue prime pronunce, la Corte costituzionale ha però sempre assunto un atteggiamento di *sfavor* (o comunque d'interpretazione restrittiva) in ordine alla distinzione tra norme precettive e norme programmatiche. Pronunciandosi, già negli anni '50 (sentenza n. 1 del 1956), in merito alla libertà di manifestazione del pensiero (ma con considerazioni certamente estensibili alla materia in trattazione), i giudici della Consulta hanno evidenziato che anche il c.d. "programma" del legislatore può avere una propria coercibilità. Ciò ovviamente non esime il legislatore dal dare piena attuazione alla disposizione costituzionale in commento con la conseguenza che anche la norma programmatica ha un suo valore immediato e non solo mediato.

Ne consegue che l'attuazione del principio di adeguamento del mondo militare alle norme costituzionali comporta anche la volontà di operare un taglio netto rispetto a un passato buio e acquisire uno dei principi innovativi espressi dall'esperienza dei Tribunali di Tokyo e Norimberga: l'ordine superiore non è sempre legittimo e non scrimina sempre³.

³ L'affermazione del principio della responsabilità penale individuale risale già al secondo dopoguerra, quando esso venne fissato nello Statuto dei Tribunali di Norimberga e di Tokyo e contemplato nelle Convenzioni di Ginevra del 1949. Adesso, il principio è ben chiarito all'art. 25 dello Statuto della Corte Penale Internazionale. Si tratta, dunque, del superamento dell'ormai datato principio del *respondeat superior* – applicato in maniera pacifica dalla giurisprudenza internazionale fino alla Seconda guerra mondiale – secondo il quale il semplice fatto di aver obbedito ad un ordine impartito dal superiore gerarchico escludeva ogni responsabilità per il subordinato, qualunque fosse la consistenza (legittima o illegittima) del comando e del fatto commesso rispondeva, appunto, il superiore. Emerge chiaramente, in questa teoria, la prevalenza di un'impostazione statocentrica, protesa alla salvaguardia della gerarchia militare la cui azione era considerata necessaria alla corretta attuazione degli interessi dello Stato. In argomento, tra gli altri, v. AMATI 2010, 261 ss. Per un'ampia

L'intervento del legislatore, come purtroppo sovente accade nel contesto militare, si fece attendere.

Infatti, fino agli anni '60 del secolo scorso la materia era regolata da ogni Forza Armata in modo autonomo e, solo nel 1964, venne finalmente emanato un regolamento disciplinare unico.

Tale primo esperimento "unitario", che ha il pregio di aver dato inizio al processo di "democratizzazione" delle Forze Armate (nel senso di armonizzarne l'ordinamento con i principi della Costituzione repubblicana), venne comunque duramente criticato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, soprattutto per l'approccio ottocentesco con cui era stata trattata la condizione e l'etica militare: le norme militari erano precetti che quasi nulla avevano di giuridico e che risuonavano più di catechesi etica⁴. Il prologo di quel regolamento lo qualificava come «il codice morale delle Forze armate» ed enunciava «i principi e indica i metodi per creare e rafforzare una sostanziale disciplina, i quali formano la base e la forza dell'istituzione militare».

Emblematica di una tecnica legislativa che, assumendo toni quasi sacrali, sfuggiva ad una piena attuazione del predetto art. 52 Cost., è la disposizione sulla disciplina militare, definita come «l'unificazione di tutte le volontà individuali che compongono le Forze armate, sotto la volontà suprema di chi comanda: unità di direzione e di comando [...] Nella subordinazione e nell'obbedienza sta veramente l'essenza della disciplina militare».

La prima, vera, riforma organica dell'ordinamento militare, finalmente attuativa in parte del dettato costituzionale, intervenne con la legge n. 382 del 1978, che, per quanto di nostro interesse ora, nel prevedere il dovere di obbedienza in conformità al giuramento prestato, all'art. 4⁵, impose per la prima volta il limite oggettivo della funzionalizzazione dell'ordine al servizio e alla disciplina, che approfondiremo più avanti.

Nel 1986, intervenne una seconda riforma, la quale, però (nella materia di nostro interesse), si limitò a riportare la disciplina previgente.

L'evoluzione geopolitica successiva e i primi impegni esteri di contingenti di una certa consistenza (dalla missione in Libano, a quella in Albania, dalle operazioni in Iraq, al Kosovo, dalla Bosnia all'Afghanistan) resero necessaria una nuova azione del legislatore.

ricostruzione dell'evoluzione storica e della struttura dei rapporti intercorrenti tra superiore e subordinato in relazione alla responsabilità da comando, si faccia riferimento alle opere di MAUGERI 2007, 21 ss. e MELONI 2010.

⁴ È stato, comunque, osservato in dottrina che alla nozione di disciplina militare non è estraneo un aspetto etico-psicologico. Essa, infatti, non si riferisce soltanto a una regola tecnica, bensì include, per certi aspetti, il riferimento a una regola morale, a una regola di condotta, che investe profili squisitamente etici del comportamento del militare. Cfr. sul punto VENDITTI 1995, 198.

⁵ La norma risulta abrogata, ed il contenuto precettivo dell'art. 4 è ora approfondito dagli artt. 626 del d.lgs. n. 66/2010 e 715, 717 e 729 del d.P.R. n. 90/2010.

Su questo assetto, dunque, intervenne, riordinando e aggiornando un materiale normativo magmatico e datato, il Codice dell'ordinamento militare (d.lgs. n. 66/2010) e relativo regolamento di attuazione (oggi vigenti), i quali, ovviamente, perimetrano in modo puntuale e preciso il rapporto giuridico di diritto pubblico di supremazia-subordinazione e, per l'effetto, il dovere di obbedienza.

Ai sensi dell'art. 1346 del Codice, la «disciplina del militare è l'osservanza consapevole delle norme attinenti allo stato di militare in relazione ai compiti istituzionali delle Forze armate e alle esigenze che ne derivano. Essa è regola fondamentale per i cittadini alle armi in quanto costituisce il principale fattore di coesione e di efficienza». Rispetto ai previgenti regolamenti militari, quindi, il nucleo centrale di osservanza della disciplina militare si è spostato dalla assoluta fedeltà alla persona del superiore alla consapevole osservanza delle disposizioni di servizio finalizzate al raggiungimento degli scopi istituzionali delle Forze Armate, definiti all'art. 89 del medesimo Codice.

3. L'ordine militare: natura, caratteri, distinzioni

Lo strumento che attiva il predetto rapporto è l'ordine.

Per concorde opinione dottrinale e giurisprudenziale si tratta di un atto amministrativo, unilaterale, recettizio, in generale libero nella forma (essendo sufficiente la senso-percezione da parte del destinatario a dare a questo forza cogente) nel quale la motivazione come detto è assente e la sua validità ed efficacia ha in linea generale un valore assoluto.

L'ordine è una manifestazione di volontà intesa ad ottenere dal destinatario un determinato comportamento. La sua efficacia vincolante, e non il modo più o meno energico di manifestazione, segna la differenza con il consiglio, l'invito, l'esortazione. Esso è tale in quanto *specificamente intimato*, cioè con carattere personale e contingente. Si distingue, perciò, dalla prescrizione generale, normalmente contenuta in circolari, regolamenti, leggi eccetera.

L'ordine è militarmente vincolante, e perciò tutelato attraverso l'obbligo di obbedienza imposto all'inferiore in grado dal regolamento e dalla legge penale militare, in quanto sia una manifestazione del rapporto di servizio o di disciplina che intercorre tra superiore e inferiore⁶.

Sul punto, è opportuno operare una distinzione tra ordine e consegna: l'ordine si esaurisce non appena è stato eseguito dal militare o dai militari a cui era direttamente indirizzato. La consegna, invece, esplica i suoi effetti nei confronti di tutti i militari, che nel tempo si susseguiranno nell'adempimento del particolare servizio per il quale essa

⁶ Come osservato in VEUTRO 1976, 409.

è stata prevista, e fin quando la competente autorità militare non abbia provveduto a revocarla, modificarla o sostituirla⁷.

Il potere di dare ordini spetta ad ogni superiore del destinatario, anche se appartenente a forza armata diversa. La superiorità può essere in grado o in comando: la prima, con carattere di indelebilità e di continuità, risulta dal posto occupato nella gerarchia militare; la seconda, quando non coincide con quella in grado, risulta da una disposizione amministrativa, regolamentare o legislativa, ed è occasionale, valevole solo nei limiti delle specifiche attribuzioni, e cioè in servizio o a causa di esso, e nell'ambito del reparto o dell'ente in cui il comando si esercita.

Come detto, al potere di dare ordini, legittimamente esercitato dal superiore, corrisponde nell'inferiore il dovere di ubbidire. Quel che è certo è che non spetta all'inferiore alcun controllo sul merito dell'ordine (criteri di giustizia, opportunità o convenienza) o sull'uso del margine di discrezionalità, lasciato al superiore dai regolamenti, ma è anche certo che il dovere di obbedire nasce solo da un ordine militarmente vincolante.

A margine, è opportuno sottolineare che per costante giurisprudenza amministrativa anche il trasferimento di sede di servizio rientra nel *genus* degli ordini. A differenza degli impiegati civili, non è configurabile per i militari una situazione giuridica soggettiva tutelabile in ordine alla sede di servizio, atteso che la permanenza in una determinata sede costituisce, per sua natura, una semplice modalità di svolgimento del servizio a cui il militare è adibito in virtù di un provvedimento rientrante tra gli ordini che non sono soggetti ad alcun obbligo di motivazione. Questa è la granitica giurisprudenza del Consiglio di Stato formatasi già a partire dal 1990, in cui si rimarca, peraltro, che le esigenze di servizio indicate in un provvedimento di trasferimento non possono essere ricondotte esclusivamente a necessità organica o impegni tecnici operativi, bensì a tutti quei motivi di opportunità che possono oggettivamente compromettere l'ordinato svolgimento dei compiti istituzionali affidati alle Forze armate⁸.

Sempre sotto il profilo applicativo, è ormai granitica la giurisprudenza penalistica che sostiene che la sottoscrizione delle note caratteristiche ha la funzione di rendere certa e incontestabile l'avvenuta comunicazione al militare del contenuto delle note stesse⁹. Ne consegue che è certa l'attinenza al servizio dell'ordine di sottoscrivere le note, così come è noto il disservizio che consegue al rifiuto di sottoscriverle che, a tutti gli effetti, è considerato reato di disobbedienza.

Incidentalmente, va sottolineato che spetta certamente al giudice penale (militare, normalmente, e ordinario, nei casi di connessione) un sindacato disapplicativo in *bonam partem* sull'ordine illegittimo.

⁷ Cfr. Cass. pen., sez. I, 7 aprile 1988, n. 277.

⁸ Cfr. Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 1990, n. 25.

⁹ Cfr. già Cass. pen., sez. I, 23 settembre 1999, n. 748.

4. I limiti al dovere di obbedienza: iniziativa, rimostranza, dovere di disobbedienza

Conseguenza di tale carattere dell'ordine è che, diversamente da altri settori del pubblico impiego, al militare non è consentito in linea di principio alcun sindacato sull'ordine.

Ma vi sono delle deroghe a questo principio che sintetizzo nei seguenti punti.

Primo: se il militare non può eseguire, per contingente situazione, gli ordini ricevuti o se sono chiaramente mutate le circostanze che ne avevano determinato l'emanazione, egli, ai sensi dell'art. 717 del regolamento, ha il dovere (si badi, non l'opportunità) di agire di iniziativa, razionalmente e con senso di responsabilità, per conseguire lo scopo particolare al quale mirava l'ordine originario.

Secondo: il militare al quale è impartito un ordine che non ritiene conforme alle norme in vigore deve, con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni (c.d. rimostranza)¹⁰, ed è tenuto a eseguirlo se l'ordine è confermato.

Terzo: il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i superiori.

Appare chiaro che le prime due ipotesi testualmente previste dalla legge configurino un avanzamento nella concezione tradizionale dell'ordine: l'obbedienza, infatti, non è più cieca ma diventa intelligente ed è la stessa legge che lo impone configurando un obbligo di interlocuzione tra il superiore e l'inferiore che valorizza il rapporto gerarchico dandogli un nuovo connotato fondato sulla comunicazione e sulla cooperazione finalizzata alla realizzazione dell'interesse pubblico.

Ed è significativo che tale disposizione non sia limitata al solo tempo di pace ma abbia una valenza generale anche se la situazione in cui si verifica (tempo di pace o conflitto armato) non può non avere un'influenza ai fini della maggiore imperatività e necessità di immediata esecuzione.

La terza ipotesi configura invece un vero e proprio dovere di disobbedienza e presenta l'ovvia problematica afferente al requisito di manifesta natura criminosa dell'ordine.

¹⁰ In materia, in dottrina, si è sottolineato che la disobbedienza non può sussistere in tutti i suoi elementi quando l'inferiore ha giustificate ragioni per non eseguire l'ordine e fa immediatamente presenti al suo superiore tali ragioni, sostituendo alla pronta obbedienza la pronta rappresentazione delle ragioni stesse (cfr. VENDITTI 1995, 216-217).

5. L'ordine manifestamente criminoso tra art. 51 c.p. e art. 1349 c.o.m.

Già l'art. 40 c.p.m.p. nella sua originaria formulazione stabiliva che se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'autorità, del reato risponde sempre chi ha dato l'ordine ma risponde «del fatto anche il militare che ha eseguito l'ordine quando l'esecuzione di questo costituisce manifestamente reato».

Con la legge n. 382/1978 tale articolo è stato abrogato con la conseguenza che oggi si applica l'art. 51 del codice penale secondo cui:

«Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine».

L'art. 51 c.p. va posto in correlazione con l'art. 4 della legge n. 382/1978 (riprodotto testualmente nell'art. 1349 del d.lgs. n. 66/2010) secondo cui

«il militare al quale viene impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i superiori».

Come si coordinano i due articoli citati?

L'art. 51 c.p. configura una scriminante per l'ipotesi in cui il militare o civile commetta un reato quando abbia per errore scusabile ritenuto di adempiere ad un ordine legittimo ovvero quando non gli sia consentito alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine; a precisazione di ciò l'art. 4 della legge n. 382/1978 spiega che è sempre sindacabile l'ordine manifestamente criminoso o rivolto contro le istituzioni dello Stato¹¹.

Conseguentemente il militare che commetta un reato eseguendo un ordine manifestamente criminoso o rivolto contro le istituzioni dello Stato ha l'obbligo di non adempierlo perché altrimenti risponde del reato stesso¹².

Il che sposta la questione interpretativa sul quesito: cosa vuol dire "ordine manifestamente criminoso"?

Manifestamente criminoso significa oggettivamente criminoso? O va ravvisato anche un profilo soggettivo?

Un ordine che oggettivamente sia criminoso non vi è dubbio che vada disatteso.

¹¹ Cfr. GARINO 1990b, 331.

¹² PULITANÒ 1990, 329.

Tale giudizio di manifesta criminosità va effettuato dal giudice con un giudizio *ex ante* valutando cioè tutte le circostanze di luogo, di tempo e di persona che esistevano in quel momento e che si palesavano all'autore del reato. Il giudice può ravvisare la manifesta e oggettiva criminosità e condannare il militare che ciò nonostante abbia eseguito l'ordine¹³.

Come corollario evidentemente ne deriva che non sarà ipotizzabile la disobbedienza in caso di inesecuzione di ordine manifestamente criminoso, sia perché l'ordine non era attinente al servizio o alla disciplina sia perché sarebbe comunque configurabile la scriminante della difesa legittima o dello stato di necessità.

Ma *quid iuris* in questi casi:

- il militare non percepisce la manifesta criminosità dell'ordine e lo esegue;
- l'ordine non è manifestamente criminoso ma il militare ne ha percepito la criminosità e quindi non lo adempie;
- infine, l'ordine non è manifestamente criminoso ma il militare ne ha percepito la criminosità e vi adempie ciò nonostante.

Ebbene, una moderna concezione del diritto penale (che in linea con la giurisprudenza di legittimità valorizza il profilo volontaristico del dolo [anche eventuale]) deve far propendere per la concezione soggettiva: eccezion fatta, come si dirà, per le ipotesi dei *crimina iuris gentium*, sarà necessaria una indagine volta ad accertare se il militare fosse, in concreto ed *ex ante*, in grado di percepire non già la contrarietà dell'ordine al diritto penale, ma la sua “manifesta” contrarietà a quest'ultimo (dunque, con esclusione del dolo eventuale)¹⁴.

Una conferma di tale interpretazione si ricava da una nota pronuncia delle Sezioni Unite, secondo cui l'incertezza se una condotta sia o meno reato (in questo caso, l'incertezza se obbedire o meno) ed anche la stessa incertezza derivante da contrastanti orientamenti giurisprudenziali nell'interpretazione e nell'applicazione di una norma non abiliterebbe, da sola, a invocare la condizione soggettiva di ignoranza inevitabile della legge penale, in quanto il dubbio circa la liceità o meno di una condotta, ontologicamente inidoneo a escludere la consapevolezza dell'illiceità della medesima, deve indurre l'agente a un atteggiamento di cautela, fino all'astensione dalla condotta antigiuridica,

¹³ Cfr. RINALDI 2011, 214.

¹⁴ Come osservato in VEUTRO 1976, 185, «il criterio per valutare il carattere manifesto della criminosità – manifesto significa facile a toccare con mano – non può essere meramente oggettivo. Non ha molto senso, infatti, prendere come parametro il solito tipo medio di cittadino militare questa volta: eguale essendo la posizione di tutti i militari di fronte all'ignoranza della legge penale o dei doveri inerenti allo stato militare, la possibilità di valutare la criminosità dell'ordine dipende dalla conoscenza degli elementi di fatto, diversa in relazione al punto di osservazione dei vari militari».

ovvero, nel nostro caso, dalla disobbedienza¹⁵.

In altre parole: il militare che abbia il dubbio (ma non la certezza) che la condotta ordinata costituisca reato è tenuto alla rimostranza e, in caso di conferma dell'ordine, è tenuto a obbedire fatto salvo che sia chiaro e manifesto che l'ordine costituisca reato, caso in cui non dovrà adempiere altrimenti risponderà del reato commesso.

La dottrina è chiara nel sostenere che al di fuori di situazioni di evidenza, il militare deve considerarsi vincolato all'ordine: il dubbio non giustifica la disobbedienza, nemmeno nella forma del ritardo, perché la possibilità che l'ordine sia legittimo determina l'assunzione di un rischio che si traduce in un dolo eventuale. Per contro, poiché la legge penale militare non tutela gli ordini non militarmente vincolanti, la disobbedienza a questi, anche se non motivata dalla evidente illegittimità, è pur tuttavia non punibile, in quanto solo putativa. Si è altresì specificato che l'ordine criminoso (ma non manifestamente), se è da ritenere vincolante ai fini dell'esimente dell'obbedienza, non lo è, oggettivamente, per un giudizio di responsabilità per disobbedienza.

Per ritornare alla prima ipotesi fatta, qualora il militare non percepisca la criminalità dell'ordine in conseguenza di un errore, si applicherà l'art. 51, terzo comma, sempre che l'errore sia scusabile e non sia un errore di diritto perché quest'ultimo non scriminerebbe (ad esempio, il militare si giustifichi dicendo di non sapere che il "saccheggio" costituisca reato): infatti l'errore non scrimina se cade su legge penale, ma può scriminare, come detto, ai sensi del terzo comma dell'art. 51 c.p. se cade sul fatto o su legge extrapenale (obbedisco all'ordine di raccogliere del materiale credendolo, senza colpa, di proprietà dell'Amministrazione o *res nullius*).

Nella seconda ipotesi se il soggetto non adempie l'ordine che non sia manifestamente criminoso, nessun reato viene commesso per ordine dell'autorità ed il problema si sposta sulla disobbedienza ma egli non commetterà il reato di disobbedienza qualora provi che l'ordine era comunque criminoso e che quindi egli ha agito per stato di necessità o legittima difesa o comunque di fronte ad un ordine che non era attinente al servizio e alla disciplina.

Infine nell'ultima ipotesi siamo di fronte ad un ordine non manifestamente criminoso di cui il militare abbia compreso la criminalità, ma ciononostante vi adempia: il problema qui si sposta sotto il profilo della prova perché sarà difficile penetrare nella sua sfera personale ma, a mio parere, anche qualora ammetta di avere percepito la criminalità dell'ordine ma ciò nonostante vi abbia ottemperato, propenderei per la conclusione della sua non colpevolezza perché secondo i principi indicati la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità di esso, essendo l'ordine non manifestamente criminoso. È questa un'ipotesi in cui l'aspetto soggettivo non ha rilievo.

¹⁵ Cfr. Cass. pen., sez. un., 10 giugno 1994, n. 8154.

6. Lo Statuto di Roma e i progetti di codice dei crimini internazionali

Vorrei ricordare che disposizioni del sostanziale medesimo tenore sono contenute nello Statuto di Roma ratificato dall'Italia nel luglio 1999 e che all'art. 33 stabilisce quanto segue:

«Il fatto che un reato passibile di giurisdizione della Corte sia stato commesso da una persona in esecuzione di un ordine di un governo o di un superiore militare o civile non esonera tale persona dalla sua responsabilità penale, salvo se:

a) la persona aveva l'obbligo legale di ubbidire agli ordini del governo o del superiore in questione;

b) la persona non sapeva che l'ordine era illegale; e

c) l'ordine non era manifestamente illegale.

Ai fini del presente articolo, gli ordini di commettere un genocidio o crimini contro l'umanità sono manifestamente illegali».

Come si può notare la disposizione non è difforme da quella in vigore nel nostro ordinamento in quanto il soggetto è scriminato in poche circostanze tra cui quella in cui l'illiceità non era evidente (fatto non manifestamente criminoso). Nei casi di reati di genocidio o crimini contro l'umanità, essendo tali fatti palesemente criminosi per la loro stessa natura, non possono mai comportare la non punibilità del soggetto.

Ricordo che anche nel progetto del codice dei crimini internazionali redatto dalla Commissione Palazzo-Pocar, di cui ho fatto parte, l'art. 11 prevedeva che se un crimine previsto dal codice è commesso per ordine del superiore civile o militare del crimine risponde sempre chi ha dato l'ordine. Risponde del crimine anche chi ha eseguito l'ordine, salvo che si tratti di ordine non sindacabile il cui carattere criminoso non gli fosse noto o non gli fosse manifesto. Anche i crimini di genocidio e contro l'umanità sono considerati manifestamente criminosi. Questo è un principio che dovrebbe trovare esplicito riconoscimento anche nel nostro ordinamento anche se la gravità dei reati in questione fa sì che la criminosità dell'ordine sia sempre manifesta.

Nel progetto, che viene sostanzialmente ricalcato anche nel successivo progetto Nordio, viene enfatizzato l'aspetto soggettivo rispetto alla nostra disciplina in quanto viene dato rilievo a mio parere anche alla percezione del carattere criminoso dell'ordine attraverso la dizione «salvo che [...] il carattere criminoso non gli fosse noto».

7. La tutela penale e disciplinare della disciplina militare

Al di fuori di queste casistiche si deve osservare che l'art. 1349 del Codice dell'ordinamento è chiarissimo: gli ordini devono, conformemente alle norme in vigore, attenere alla disciplina, riguardare le modalità di svolgimento del servizio e non eccedere i compiti di istituto. Ecco nuovamente i due beni giuridici (servizio e disciplina) che innervano, quasi fossero la *Grundnorm*, l'ordinamento militare.

In tale ottica la Corte costituzionale ha provveduto ad espungere dal sistema di tutela penale della disciplina (che approfondiremo a breve) fatti in cui il legame con le prestazioni di servizio non fosse obiettivamente percepibile¹⁶.

La disciplina è, allora, meritevole di una appropriata tutela a seconda del grado di lesività che una violazione di questa possa cagionare alla prestazione di servizio. Questo è, infatti, secondo la più moderna dottrina, il bene oggetto di tutela che si dipana in un crescendo di incisività di sanzioni che sono la sanzione penale e quella amministrativa¹⁷.

La tutela della disciplina militare vede, infatti, l'astratto intervento di due giurisdizioni. Nell'ipotesi in cui la violazione del dovere di obbedienza non sia grave e, quindi, sia irrogata una sanzione disciplinare, sulla contestazione di questa sarà chiamato a statuire il g.a. in giurisdizione esclusiva (mentre, naturalmente, per i rapporti privatizzati la giurisdizione è ordinaria).

Nell'ipotesi in cui la violazione del dovere di obbedienza sia grave, l'ordinamento reagisce criminalizzando la condotta e, dunque, competente a conoscere la medesima ed, eventualmente, ad irrogare la sanzione è il giudice penale militare.

La disciplina è, infatti, uno dei due macro beni giuridici (l'altro è il servizio)¹⁸ alla cui tutela è predisposto un intero titolo del codice penale militare di pace¹⁹.

Due sono le grandi famiglie dei reati contro la disciplina.

La prima è la condotta base, ovvero la disobbedienza (art. 173 c.p.m.p.), che punisce il militare, che rifiuta, omette o ritarda di obbedire a un ordine attinente al servizio o alla disciplina, intimatogli da un superiore.

La seconda famiglia è quella dei reati complessi contro la disciplina, in cui alla condotta base di disobbedienza si aggiunge un ulteriore elemento caratterizzante. Così, in caso di pluralità di soggetti attivi (almeno quattro) il reato si convertirà, a seconda delle modalità esecutive, in rivolta o ammutinamento. Ancora, ove alla disobbedienza si ag-

¹⁶ Cfr. Corte cost., 19 dicembre 1991, n. 467; Id., 21 febbraio 2001, n. 39; Id., 11 gennaio 2023, n. 25.

¹⁷ Cfr. RIONDATO 1995, 38 ss.

¹⁸ RICHIELLO 1966, 881.

¹⁹ In materia, i giudici di legittimità hanno rilevato che il reato di disobbedienza è un reato monoffensivo contro la disciplina militare diretto a tutelare in via esclusiva la lesione di detta disciplina, onde assicurare il corretto funzionamento dell'apparato militare a mezzo dell'osservanza dell'ordine impartito dal superiore gerarchico (cfr. Cass. pen., sez. I, 30 marzo 2007, Calamia, in *Rassegna della Giustizia Militare*, 2007, 40).

giunga la violenza o l'ingiuria verrà in essere l'insubordinazione. Infine, ove la disobbedienza avvenga nei confronti di un militare che è tenuto a far rispettare una consegna, il reo incorre nel reato di forzata consegna.

8. L'art. 131-bis c.p. e la disobbedienza: casistica e criteri

Tutto ciò sposta il problema sulla concreta individuazione della linea di demarcazione tra violazione dell'ordine rilevante sul piano disciplinare e condotta penalmente rilevante.

Indagine complessa, alla luce della riconosciuta applicabilità ai reati militari dell'art. 131-bis c.p.

Consolidata è, al riguardo, la giurisprudenza della prima sezione della Cassazione: nel 2024, ad es., è stata riconosciuta l'assoluta marginalità del danno al servizio arrecato dalla disobbedienza all'ordine impartito dal superiore di interrompere la registrazione del colloquio in corso²⁰.

Diversamente, proprio quest'anno, si è ritenuta non applicabile la causa di non punibilità alla disobbedienza all'ordine, impartito nel contesto pandemico da COVID-19, di indossare la mascherina. In quel caso, in effetti, è stata valorizzata l'intensità del dolo (l'ordine fu più volte reiterato) e il rischio elevato a cui (ad un giudizio *ex ante*) quella condotta ha esposto la compagine militare in cui era assegnato il reo.

Dall'analisi di queste e altre pronunce di legittimità emerge netto l'orientamento secondo cui, ai fini dell'applicabilità dell'art. 131-bis al reato di disobbedienza è necessario valutare, oggettivamente, l'incidenza dell'ordine violato, quantomeno in prospettiva, sulla regolarità ed efficienza del servizio cui l'ordine era correlato²¹.

Ecco allora che volendo applicare le coordinate appena tracciate alla fattispecie dogmaticamente forse più complessa, ovvero quella del ritardo nell'esecuzione dell'ordine, possiamo schematizzare come segue:

– ritardo che non lascia intercorrere un apprezzabile spazio di tempo tra ordine ed esecuzione, con danno nullo per il servizio: sanzione disciplinare diversa dalla consegna di rigore, per violazione dell'art. 729 del regolamento²²;

²⁰ Cfr. Cass. pen., sez. I, 3 settembre 2024, n. 33369.

²¹ Al riguardo, si discute se valga concretare il reato di disobbedienza un formale atto di rifiuto, al quale faccia successivamente seguito la concreta esecuzione dell'ordine intimato. La giurisprudenza (cfr. Corte Mil. App., sez. dist. Verona, 7 luglio 1989, Santarelli, in *Rassegna della Giustizia Militare*, 1989, 475; Corte Mil. App., sez. dist. Napoli, 25 ottobre 1988, Camarda, *ivi*, 145) in generale opta per una risposta positiva al quesito, e in tal senso si orienta anche quella dottrina che sottolinea come il rifiuto, pur se seguito da un successivo adempimento, leda comunque di per sé la disciplina militare e comprometta al contempo le esigenze del servizio (GARINO 1990a, 148).

²² Cfr. Corte Mil. App. Verona, 7 ottobre 1993, Maffei, in *Rassegna della Giustizia Militare*, 1993, 359.

- ritardo che si manifesti in un apprezzabile spazio di tempo tra ordine ed esecuzione, con danno nullo per il servizio: applicazione della consegna di rigore, ai sensi dell'art. 751 del regolamento²³ ;
- ritardo che si manifesti in un apprezzabile spazio di tempo tra ordine ed esecuzione, con danno di lieve o media entità: applicazione della sanzione disciplinare di stato, anche eventualmente a seguito di assoluzione per declaratoria di non punibilità ex art. 131-bis c.p.;
- ritardo che si manifesti in un apprezzabile spazio di tempo tra ordine ed esecuzione, con danno di medio-alta entità o superiore al servizio: sanzione penale ex art. 173 c.p.m.p.

9. Prospettive di riforma

Fin qui la norma vigente. Quali le prospettive?

Il codice penale militare di pace (e di guerra) è un materiale normativo datato, meritevole di un rinnovamento alla luce degli scenari nazionali, sovranazionali e geopolitici radicalmente diversi rispetto a quelli in cui, nel 1941, le Forze armate erano chiamate ad operare. Meriterebbe pertanto una rivisitazione adeguata ai tempi in cui la distinzione tra pace e guerra non è più attuale: oggi lo è meno, poiché le situazioni conflittuali interne ed internazionali vivono di intensità assai diverse. Le stesse missioni internazionali cui hanno preso e prendono parte contingenti italiani si differenziano grandemente per livello della minaccia: assai elevato nell'operazione *Enduring Freedom* in Afghanistan e molto limitato nell'operazione in Kosovo. È evidente che una disobbedienza commessa nel contesto della prima produce effetti assai più gravi per la sicurezza del reparto schierato rispetto allo stesso reato commesso nel contesto della seconda.

Inoltre, sull'impianto codicistico militare si sono via via innestati strumenti deflativi e premiali (abbiamo prima citato il 131-bis) i quali, a volte, hanno in pratica annullato la contropinta penale. Proprio guardando al tetto edittale dell'art. 173 del codice penale militare di pace, considerato che la maggioranza dei militari è rivestita di un grado (dunque opera la rispettiva aggravante), nell'*id quod plerumque accidit* la sanzione massima irrogabile è di un anno e quattro mesi di reclusione militare in caso di giudizio di prevalenza delle aggravanti.

Ora, normalmente un militare imputato è incensurato (essendo condizione richiesta dai bandi di arruolamento) e la commissione di una disobbedienza (quasi sempre in dolo d'impeto) è indice di scarsa capacità a delinquere.

Ciò, nelle ipotesi (invero rare) in cui si giunga a condanna con rito ordinario e non si applichi la particolare tenuità, comporta la quasi automatica applicazione della sospen-

²³ In materia cfr. anche SETTI 2017, 34 ss.

sione ex art. 163 c.p. Non solo, nell'ipotesi (astratta) di mancata applicazione della citata sospensione, la pena detentiva non sarebbe comunque irrogabile in ragione dell'applicazione delle sanzioni sostitutive (in sede di cognizione) e/o misure alternative alla detenzione (in sede di esecuzione) introdotte di recente dalla Riforma Cartabia.

Non solo, nella maggior parte delle ipotesi l'imputato accede a riti alternativi (si pensi alla MAP)²⁴ aventi l'effetto di estinguere il reato²⁵.

Mi chiedo allora se la "vera" risposta sanzionatoria non sia quella disciplinare conseguente all'acquisizione ed alla valutazione, da parte dell'Amministrazione, delle risultanze processualpenali.

Il che, nei fatti, rimette in discussione la distinzione tra penale e disciplinare, quantomeno circa la disobbedienza che, ad oggi, è condotta sostanzialmente e fattualmente "depenalizzata".

Dunque, auspico una revisione del sistema penale militare, che sappia porsi come strumento idoneo a garantire, nel rispetto delle coordinate costituzionali e sovraordinate, l'efficienza del sistema della Difesa che, durante la pandemia da COVID-19, fu definito "il pronto soccorso della Repubblica" e che oggi, alla luce delle sfide multidominio di un mondo che sembra tornare a polarizzarsi, necessita di un *corpus* normativo in grado di reggere le sfide che si profilano all'orizzonte.

RIFERIMENTI

AMATI E. 2010, *L'ordine del superiore*, in AMATI E. et al., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giuffrè, 261 ss.

BRICITO Z. 1904, *Istituzioni di diritto militare*, Torino.

DELLI PAOLI G. 1978, *Postille in tema di applicazione della l. 26 luglio 1975 e successive modificazioni ai detenuti militari*, in *Rassegna della Giustizia Militare*, 1978, 385 ss.

GARINO V. 1990a, *Disobbedienza nel diritto penale militare*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV, Utet, 148 ss.

GARINO V. 1990b, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere nel diritto penale militare*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, V, Utet, 331 ss.

MAGGI V. 1980, *Sanzioni alternative, depenalizzazione, e sistema penale militare*, in *Rassegna della Giustizia Militare*, 1980, 643 ss.

MAUGERI A.M. 2007, *La responsabilità da comando nello statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè.

MELONI C. 2010, *Command responsibility in international criminal law*, T.M.C. Asser Press.

²⁴ NUNZIATA 2018, 10 ss. e NUNZIATA 1997, 1073 ss.

²⁵ In materia, è possibile approfondire in MAGGI 1980, 643; VENDITTI 1992, 1023. Analogamente, DELLI PAOLI 1978, 385.

NUNZIATA M. 2018, *Appunti sul sistema sanzionatorio penale militare: le sanzioni sostitutive di pene detentive brevi; il ragguaglio di pene pecuniarie; la cosiddetta messa alla prova*, in *Rassegna della Giustizia Militare*, 5/2018, 10 ss.

NUNZIATA M. 1997, *Il disposto dell'art. 24, c. 2, codice penale: porta d'ingresso della pena pecuniaria nel diritto penale militare?*, in *Rivista penale*, 1997, 1073 ss.

PULITANÒ D. 1990, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV, Utet, 329 ss.

RICHIELLO G. 1966, *Note sulla oggettività giuridica dei reati contro la disciplina militare*, in *Giustizia penale*, 1966, II, 881 ss.

RINALDI M. 2011, *Diritto militare*, Cedam.

RIONDATO S. 1995, *Profili dello stato di attuazione dei principi della disciplina militare*, in ID. (ed.), *Il nuovo ordinamento disciplinare delle forze armate*, Cedam, 38 ss.

SETTI S. 2017, *Coordinate teorico-applicative del reato di disobbedienza*, in *Rassegna della Giustizia Militare*, 5/2017, 34 ss.

VENDITTI R. 1995, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, V ed., Giuffrè.

VENDITTI R. 1992, *L'affidamento in prova del condannato militare: un ampliamento obbligato, ma preoccupante*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 1023 ss.

VEUTRO V. 1976, in LANDI G. et al., *Manuale di diritto e procedura penale militare*, Giuffrè.



TULLIO PADOVANI*

Quel che resta dell'ordine

The Remains of the Order

Il saggio riesamina l'ordine dell'autorità oltre il perimetro dell'art. 51 c.p., muovendo dai postulati di Kojève sul riconoscimento dell'autorità e *dall'apparentia iuris* quale fondamento delle scusanti dell'esecutore. Distinte vincolatività e insindacabilità dell'ordine, l'indagine si estende agli ordini privati, rilevanti ai fini della colpa ex art. 43 c.p., e propone, sulla traccia dell'art. 60 del codice Zanardelli, una disciplina organica dell'ordine illegittimo in ambito cautelare.

Parole chiave: ordine dell'autorità; art. 51 c.p.; obbedienza gerarchica; ordine privato; colpa specifica.

Starting from Article 51 of the Italian Criminal Code, the essay reassesses superior orders in criminal law. Drawing on Kojève's account of authority and on the doctrine of *apparentia iuris*, it distinguishes the binding force of orders from their unreviewability and extends the analysis to 'private' orders, which bear on negligence liability. Building on Article 60 of the 1889 Zanardelli Code, it advocates a comprehensive regulation of unlawful orders.

Keywords: superior orders; Article 51 Italian Criminal Code; hierarchical obedience; private orders; negligence.

*Accademico dei Lincei

SOMMARIO: 1. Introduzione. Ordini pubblici o ordini privati. 2. L'art. 51 c.p. e la sua dimensione applicativa. 3. Ordini vincolanti, ordini insindacabili: un accostamento problematico. 4. La disciplina dell'ordine privato.

1. Introduzione. Ordini pubblici o ordini privati

Il titolo della mia relazione postula una spiegazione preliminare. Riprendendo un tema – quello dell'ordine dell'autorità – del quale mi ero occupato a più riprese in tempi ormai lontani¹, mi sono reso conto che l'orizzonte su cui l'istituto si stagliava si era non poco modificato: pur se ancora assestato lungo una linea stabile, si era andato in qualche modo ampliando e frastagliando. Era sempre quello senza essere più quello. Non si trattava dunque di articolare la materia in una dimensione, per così dire, puramente (o essenzialmente) “rievocativa”, ma di proiettare lo sguardo oltre il limite tradizionale di soglia: non soltanto un bilancio consuntivo, quanto piuttosto un progetto esplorativo. La duplice esigenza si è espressa nella parafrasi di un celebre titolo, quello del romanzo di Kazuo Ishiguro (*Quel che resta del giorno*) e dell'omologo film con Anthony Hopkins ed Emma Thompson, capolavori in sequenza. Il titolo utilizza così quel resta in un doppio significato: quel che resta rispetto a ciò che è accaduto e già si è fatto, al passato, dunque; a quel che resta rispetto a ciò che si prospetta in futuro.

Per quanto riguarda, per così dire, il *depositum fidei*, e cioè la tradizione consolidata, il convegno dispone già della vasta relazione del Procuratore Generale Militare, che da par suo ha tracciato un quadro esauriente delle problematiche ermeneutiche connesse all'ordine soprattutto in ambito militare, dove tali problematiche assumono una rilevanza particolarmente accentuata. L'ordine dell'autorità compare tuttavia nel codice come istituto *di diritto* penale comune, riferibile anche a soggetti non rivestiti di qualifica militare. Un preciso vincolo soggettivo tuttavia persiste, nel senso che l'art. 51 c.p. postula nel datore dell'ordine la qualifica di pubblico ufficiale. Viceversa, il destinatario dell'ordine può essere, in linea di principio, chiunque. La potestà ordinatoria è, nell'orbita dell'art. 51 c.p., sempre pubblica, mentre l'obbligo di obbedienza investe anche il privato. Perciò la disposizione risulta comprensiva sia degli ordini c.d. gerarchici, nel senso che entrambi i soggetti – datore e destinatario dell'ordine – si collocano in un rapporto di natura pubblicistica, sia degli ordini c.d. di polizia, rivolti da un'autorità pubblica a soggetti privati.

D'altro canto, potestà ordinatorie sono riconosciute dall'ordinamento anche al di fuori di un ambito di natura pubblicistica. Emerge in primo piano la potestà ordinatoria tradizionalmente riconosciuta, nell'ambito dei rapporti familiari, quale attributo, un tempo, della patria potestà, oggi implicitamente ricompresa nell'ambito della responsa-

¹ PADOVANI 1973, 161 s.; PADOVANI 1977, 3 s.; PADOVANI 1987, 477 s.

bilità genitoriale, essendo evidente che tale posizione giuridica in quanto comprensiva di doveri funzionali verso i figli, non può prescindere dalla titolarità e dall'esercizio di corrispondenti poteri di guida della loro condotta. Ancor più vistosa si profila la presenza di potestà ordinatorie nella figura dell'imprenditore datore di lavoro che, in quanto capo dell'impresa, dispone e determina le modalità di svolgimento dell'attività da parte dei diversi collaboratori. Con l'introduzione della responsabilità amministrativa disciplinata dal d. lgs. 231/2001, la potestà ordinatoria costituisce poi una vera e propria rete connettiva che informa ed attualizza l'organizzazione dell'ente, la cui responsabilità si riferisce in particolare al reato commesso da persone che rivestono funzioni di «direzione» dell'ente stesso o che vi sono sottoposte (art. 5, lett. a e b, d. lgs. 231 cit.). I modelli organizzativi idonei ad escludere la responsabilità dell'ente sono, dal canto loro, concepiti come un apparato normativo prima ed esecutivo poi, basato su vigilanza, controllo e tempestivo intervento disciplinare: attività tutte per le quali l'ordine di servizio, variamente atteggiato, costituisce uno strumento ineludibile.

Questa variegata presenza di ordini "privati" resta estranea all'art. 51 c.p., in quanto rigidamente ancorato alla presenza di un datore dell'ordine qualificabile come pubblico ufficiale. In termini di disciplina specifica del rapporto di obbedienza l'ordine privato si colloca dunque in un ambito di relativa anomia, cui sarà necessario riservare una qualche attenzione. Infatti, l'indifferenza apparentemente opposta alla disciplina dell'ordine privato nei termini del rapporto di obbedienza ch'esso pur presuppone tra il "superiore" e l'"inferiore", contrasta e collide con la rilevanza che l'ordine privato può invece assumere per stabilire la responsabilità del destinatario dell'ordine che non abbia osservato le sue prescrizioni. Com'è noto, infatti, tra le forme di colpa specifica delineate dall'art. 43 c.p. è ricompresa, oltre all'inosservanza di «leggi» o di «regolamenti», anche l'inosservanza di «ordini» o di «discipline». Entrambe queste due ultime forme possono essere, e sono abitualmente, non solo di fonte pubblica, ma anche di fonte privata. La loro presenza nel contesto della responsabilità per colpa è dovuta in effetti all'intento di valorizzare la potestà ordinatoria del privato (tipicamente: dell'imprenditore) esercitata, nell'ambito dell'impresa, per prevenire i pericoli o ridurre i rischi connessi al suo svolgimento. Una tale evenienza, che un tempo poteva considerarsi occasionale e sussidiaria rispetto alla disciplina di fonte pubblica, si profila oggi in termini ben più ampi e definiti come un vero e proprio obbligo a carico del datore di lavoro. Allorché tale figura si riconduce ad un ente soggetto alla disciplina del d. lgs. 231 cit. (cioè nella larga maggioranza dei casi) la valutazione dei rischi destinata a confluire nel modello di organizzazione idoneo ad assumere efficacia esimente (art. 30, d. lgs. 81/2008) deve includere, tra l'altro, un sufficiente sistema di vigilanza «con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori» (art. 30, comma 1°, cit., lett. f): ciò che implica necessariamente l'emanazione di ordini destinati ad assumere efficacia vincolante per il lavoratore.

2. L'art. 51 c.p. e la sua dimensione applicativa

La materia dell'ordine presenta dunque un orizzonte più vasto di quello suggerito dall'ambito coperto dall'art. 51 c.p., che – come accennato all'inizio – si caratterizza per un'ermeneutica ormai saldamente stratificata. Essa si articola sui due versanti che definiscono la disposizione. Nel 1° comma (che identifica le due fonti del dovere di cui si ipotizza l'adempimento) l'ordine non può che essere formalmente e sostanzialmente legittimo; ciò che appunto fonda la natura scriminante della sua esecuzione. L'*incipit* del 2° comma è viceversa l'ipotesi che «un fatto costituente reato» sia stato commesso «per ordine dell'Autorità». Si tratta dunque di un ordine necessariamente illegittimo, rispetto alla cui esecuzione la responsabilità per il reato ricade «sempre» sul pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Si tratta di un uso tassativo dell'avverbio dal quale sarebbe tuttavia errato trarre la conclusione che il pubblico ufficiale risponda a prescindere dal riscontro effettivo della propria colpevolezza personale. La disposizione distingue saviamente tra «fatto costituente reato» (ciò che emerge dall'esecuzione dell'ordine) e «reato» (commesso per ordine dell'Autorità). Mentre il primo sussiste a prescindere dalla rilevazione dell'elemento psicologico, il secondo ne è invece necessariamente tributario: non si dà reato «commesso», se non vi corrisponde un titolo di imputazione idoneo a fondarlo. Così, ad es., se durante un'esercitazione l'ufficiale ordina di sparare in una determinata direzione, dove si trovano tuttavia persone non visibili che restano colpite, si potrà rilevare un «reato commesso» solo se il superiore sia quanto meno in colpa, o addirittura in dolo, rispetto all'evento cagionato. Nell'ipotesi che la presenza di estranei nel luogo dell'esercitazione fosse sfuggita incolpevolmente al superiore, la sua responsabilità non potrà essere affermata, perché in realtà non è stato commesso alcun «reato», ma propriamente solo un «fatto costituente reato».

Anche l'esecutore dell'ordine risponde, in linea di principio, dell'esecuzione di un ordine che implichi la commissione di un fatto costituente reato, ma con due eccezioni: l'errore di fatto sulla legittimità e l'insindacabilità della legittimità dell'ordine stesso. Si tratta di due ipotesi apparentemente eterogenee, ma in realtà solidamente poggiate su un fondamento comune, rappresentato dal fatto che condizione necessaria e sufficiente del dovere di obbedienza è il previo riconoscimento dell'autorità. Il rilievo è stato acutamente formulato da Alexandre Kojève, in un prezioso libretto costituito da una serie di appunti organici stesi in vista di una trattazione di più ampio respiro, che non vedrà tuttavia mai la luce². Secondo Kojève l'autorità si identifica in base a due postulati. Il primo è che ogni autorità, per essere tale, deve necessariamente essere riconosciuta. Non riconoscerla significa negarla, imponendo il ricorso alla forza coercitiva, che non è un surrogato dell'autorità, ma il suo contrario, e tanto pericoloso da dover essere disci-

² Cfr. KOJÈVE 2021, 19 s.

plinato dal diritto quale gestore monopolista dei limiti entro cui essa può essere utilizzata. Il secondo postulato è che ogni autorità è legittima nei confronti di coloro che la riconoscono. Riconoscerla come tale e identificarla come legittima sono una cosa sola: ritenerla illegittima significa necessariamente negarla.

La disciplina dell'art. 51 c.p. si ispira e si uniforma rigorosamente a tali postulati. L'errore *di fatto* è tale da far apparire legittima l'autorità; l'insindacabilità stabilisce a sua volta il confine dell'apparenza. Nell'un caso l'inferiore non ha la possibilità di cogliere l'illegittimità, nell'altro non ne ha il potere. L'asse intorno a cui ruota il dovere di obbedienza risulta quindi, in ambedue i casi, *l'apparentia juris*: l'apparenza di legittimità, risultante dall'errore o eretta sull'insindacabilità, fonda la scusante dell'inferiore. Secondo la classica definizione di Angelo Falzea, *l'apparentia juris* è la relazione per la quale un fenomeno materialmente presente e immediatamente reale fa apparire o manifesta un altro fenomeno non materialmente presente e non immediatamente reale, il cui effetto giuridico consiste nell'equiparazione di una situazione giuridica apparente ad una situazione giuridica reale, a tutela di uno o più terzi³. Rispetto alle ipotesi scusanti dell'art. 51 c.p. l'equiparazione è chiara ed è fondata, rispetto al subordinato esecutore, su due specifiche circostanze di «conversione» della realtà: l'errore di fatto e l'insindacabilità.

Il punto apparentemente problematico, rispetto alla prima circostanza è il quesito: perché mai solo l'errore di fatto? In proposito, è il caso di rilevare come nella disposizione non vi sia nulla che induca ad attribuire rilevanza al solo errore incolpevole. Non si tratta di una trascuratezza, ma di una scelta, perché l'errore in gioco non è l'errore sul fatto, ma un errore di fatto, cioè un errore su uno degli elementi costitutivi del fatto commesso (che potrà essere colposo o incolpevole, e rilevare a norma dell'art. 47 c.p.), ma su una circostanza empirica riferita al titolo in base al quale il soggetto ha agito (l'ordine dato), idonea a determinare la percezione ch'esso fosse legittimo. La rilevanza di un tale errore non può essere ragionevolmente subordinata alla valutazione circa la sua natura colposa o non colposa, perché in entrambe le ipotesi si è comunque determinata quell'apparenza di legittimità che determina nel soggetto intimato l'attualità del dovere di obbedienza. D'altra parte, non è meno ragionevole che l'errore comunque rilevante sia soltanto l'errore di fatto, e non anche quello di diritto. Quest'ultimo, infatti, si prospetterebbe fatalmente in termini valutativi, e non già percettivi come nel caso dell'errore di fatto. Per il subordinato si tratta di stabilire se il dovere di obbedienza sorga in base alla disciplina normativa del rapporto gerarchico; ma poiché il dovere di obbedienza si riferisce alla commissione di un fatto costituente reato, la valutazione richiesta al subordinato investe i limiti di osservanza della legge penale, secondo la disciplina dell'art. 5 c.p. e quindi in termini di esigibilità personale, che, in questo caso, finisce col dipendere anche e soprattutto dal potere di sindacato attribuito al subordinato.

³ Cfr. FALZEA 1958, 682 s.

3. Ordini vincolanti, ordini insindacabili: un accostamento problematico

La disciplina dell'errore di diritto sulla legittimità dell'ordine è pertanto desumibile dall'ultimo comma dell'art. 51 c.p., secondo cui «non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine». In altri termini si tratta di stabilire quand'è che l'ordine illegittimo determina un'apparenza di legittimità scusante rispetto al subordinato esecutore.

A questo proposito, è opportuno chiarire i termini di una *vexata quaestio* circa il nesso tra ordine insindacabile e ordine vincolante, che è spesso prospettato in chiave, per così dire, circolare: l'ordine insindacabile è un ordine vincolante, proprio perché insindacabile; d'altro canto l'ordine vincolante è tale perché è insindacabile. In realtà una simile tautologia non ha senso alcuno.

La vincolatività attiene alle modalità del rapporto di supremazia gerarchica, e rappresenta in sostanza il canone della sua operatività, mentre l'insindacabilità riguarda la sola situazione giuridica dell'inferiore gerarchico o del destinatario dell'ordine, circoscrivendo i limiti della sua personale responsabilità. Così definiti gli ambiti, è chiaro che la vincolatività è un attributo indistinto di tutti gli ordini, perché diversamente non esisterebbe l'autorità e non si darebbero ordini. Infatti, come rileva Kojève, l'autorità consiste nella possibilità che un agente ha di agire su un altro o su altri, senza che questi reagiscano negativamente nei suoi confronti, pur essendo in grado di farlo. Il vincolo all'obbedienza è l'assenza stessa dell'autorità⁴. Ma dunque anche gli ordini illegittimi sono vincolanti? Certamente, lo sono; e si tratta di una affermazione pacificamente basata sull'assetto normativo.

Per quanto riguarda gli impiegati civili dello Stato, vige ancora il D.P.R. 3/1957 che ne disciplina lo stato civile. L'art. 17 di tale D.P.R. prevede che l'impiegato cui venga rivolto un ordine ritenuto illegittimo, debba farne rimostranza al superiore che lo ha emanato. Se questi rinnova l'ordine, il subordinato è tenuto all'esecuzione dell'ordine, che assume quindi carattere vincolante. Una clausola derogatoria penale stabilisce tuttavia che l'impiegato non debba mai dare esecuzione ad un atto che sia vietato dalla legge penale. Su di essa ci si soffermerà tra breve.

Un meccanismo analogo si prospetta per l'amministrazione della pubblica sicurezza, per la polizia penitenziaria e per la disciplina militare, salvo che per la clausola derogatoria, che per i soggetti ora indicati è espressa in termini di «manifesta» criminalità. Sembra dunque emergere un diverso trattamento, nel senso che gli impiegati civili dello Stato non dovrebbero comunque e mai eseguire l'ordine che imponga la commissione di un atto vietato dalla legge penale, mentre per i militari e i soggetti della polizia di

⁴ Cfr. KOJÈVE 2021, 22.

sicurezza e penitenziaria il limite scatterebbe solo all'emergere di una criminalità «manifesta» dell'ordine emanato⁵.

La disparità sembra tuttavia, sul piano della pratica applicativa, assai meno incisiva di quanto la formula utilizzata possa lasciar presagire. Nel caso dell'art. 17 cit. l'impiegato, per potersi avvalere della clausola derogatoria rispetto al dovere di obbedienza dovrà, com'è ovvio, percepire la natura criminosa dell'atto comandato, e percepirla con tanta maggiore chiarezza dopo esser ricorso infruttuosamente alla rimostranza. In tale valutazione influirà in misura determinante la posizione funzionale che caratterizza la sua dipendenza gerarchica: ciò di cui può rendersi conto un minuterio di segreteria non è ciò che può percepire il capo di gabinetto. È allora inevitabile che la criminalità dell'ordine, stagliandosi su orizzonti funzionali diversificati, finisca con l'assumere forme di manifestazione parimenti diversificate, ma in ogni caso evidenti rispetto al soggetto chiamato all'esecuzione.

Nemmeno nel caso dei militari e dei soggetti assimilati la manifesta criminalità, che pur assume una tendenziale dimensione obiettiva, può essere avulsa dal riferimento al ruolo funzionale dell'inferiore. All'artiglieriere cui viene impartito l'ordine di sparare in una certa direzione, che è in realtà quella di un ospedale, non potrà essere obiettata la criminalità manifesta del comando ricevuto se egli non era in condizione di sapere o vedere che si trattava di un obiettivo precluso alla operazione bellica e destinato a dar corpo, se raggiunto, ad un crimine di guerra.

In definitiva, la manifesta criminalità, così come la percezione che l'atto sia vietato dalla legge penale, passa attraverso il riscontro di un'effettiva percepibilità funzionale. La conferma indiretta dell'assunto si coglie nell'ipotesi in cui la criminalità, quantunque non manifestamente tale in termini obiettivi, sia tuttavia percepita dal soggetto chiamato all'esecuzione dell'ordine. In tal caso, la responsabilità deve essere affermata, come si è del resto espressa la Suprema Corte, pur se in riferimento agli ordini di polizia, in una sentenza relativamente recente, secondo cui se il soggetto è comunque ed effettivamente consapevole della rilevanza penale dell'atto comandato, risponde di quanto compiuto a prescindere dalla sua «manifesta» criminalità⁶.

⁵ Per quanto riguarda l'amministrazione della pubblica sicurezza v. l'art. 66, L. 121/1981; per la polizia penitenziaria l'art. 10, L. 395/1999. Per la disciplina militare v. l'art. 729 del relativo codice.

⁶ Cfr. Cass. IV, 13 giugno 2013, n. 38130.

4. La disciplina dell'ordine privato

A questo punto, il quadro si proietta verso il futuro e, prima di cercare risposte, deve raccogliere interrogativi. Si è visto come gli ordini illegittimi siano vincolanti anche quando la loro esecuzione costituisca reato, se superano lo scoglio della rimostranza e salvo il caso che siano «manifestamente» criminosi nel senso poc'anzi precisato.

V'è tuttavia una terra di mezzo costituita dagli ordini illegittimi la cui esecuzione è solo suscettibile di determinare la commissione di un reato: non sono dunque ancora criminosi, ma possono diventarlo. La situazione si colloca precipuamente nell'ambito della responsabilità colposa. Si supponga un superiore che imponga all'inferiore gerarchico, autista di un veicolo, di procedere ad una velocità superiore al limite di velocità stabilito sulla strada percorsa. L'autista fa rimostranza, riceve una replica dell'ordine e, poiché la condotta imposta non è reato, ma semplice violazione amministrativa, esegue quanto comandato. In conseguenza dell'eccesso di velocità provoca un incidente mortale in danno di un malcapitato. Dell'omicidio colposo risponde in primo luogo il superiore, secondo la regola stabilita dall'art. 51, comma 2° c.p. Ma che ne è dell'autista esecutore dell'ordine illegittimo?

Se l'inosservanza cautelare imposta all'ordine costituisse illecito penale, il subordinato dovrebbe condividere la responsabilità per il reato colposo derivato dall'inosservanza, perché avrebbe dovuto rifiutare obbedienza all'ordine la cui criminalità gli risultava evidente. Non così nel caso in cui l'inosservanza cautelare costituisca illecito diversamente qualificato (sul piano amministrativo o anche semplicemente civile), perché l'ordine illegittimo sarebbe stato in tal caso, dopo la rimostranza vanamente esperita, vincolante per il destinatario. La soluzione lascia francamente insoddisfatti, non solo perché coordinata da un dato formale (la qualifica dell'inosservanza) del tutto priva di valore e di significato rispetto all'evento lesivo derivatone, ma anche perché destinata a proporre una vistosa quanto irragionevole disparità di trattamento rispetto all'ordine privato (comprensivo peraltro che dell'ambito del servizio pubblico non riconducibile alla disciplina dell'art. 51 c.p.). In caso di ordine privato, ferma la responsabilità del superiore, la responsabilità del subordinato esecutore dovrebbe essere desunta in concreto da una valutazione di esigibilità del rifiuto presentata sia in termini funzionali, sia in termini di consapevolezza circa la dimensione cautelare della condotta imposta. Da un semplice manovale non si può, ad es., richiedere di apprezzare il rischio cautelare connesso ad interventi di modifica del luogo di lavoro, ben percepibile invece da un preposto qualificato cui sia prescritto di organizzare quegli stessi interventi.

Utili spunti per introdurre una disciplina dell'ordine illegittimo in ambito cautelare avrebbero in realtà potuto trarsi dall'art. 60 c.p. Zanardelli. Questo conteneva per l'ordine dell'Autorità una disposizione assai più sintetica dell'attuale art. 51. L'art. 49, comma 1 n. 1 c.p. 1889 stabiliva infatti la non punibilità di chi «ha commesso il fatto [...] per ordine,

che era obbligato ad eseguire, dell'Autorità competente», mentre il 2° comma prescriveva che la pena del reato commesso in esecuzione dell'ordine fosse «applicata al pubblico ufficiale che ha dato l'ordine». L'applicazione giurisprudenziale di tali pur succinte disposizioni corrisponde, nelle linee essenziali, agli esiti ermeneutici dell'art. 51 c.p.

A prescindere da questa regola dettata per il settore pubblico, il c.p. Zanardelli conteneva altresì una disposizione – l'art. 60 – in tema di responsabilità nelle contravvenzioni. Il 1° comma stabiliva che nelle contravvenzioni commesse da persone sottoposte «all'altrui autorità, direzione o vigilanza», la responsabilità si estendesse alla persona titolare di una tale posizione giuridica, qualora si trattasse «di contravvenzione a disposizioni che essa era tenuta a far osservare, e se la contravvenzione poteva essere impedita dalla sua diligenza». Si trattava all'evidenza di un caso di concorso colposo nella contravvenzione basato su una posizione di garanzia e qualificato dalla violazione di una verifica cautelare. Per quanto ora interessa, ben più significativo si profila il 2° comma, per l'ipotesi che «la contravvenzione sia commessa per ordine della persona rivestita dell'autorità, o incaricata dalla direzione o vigilanza, e violi disposizioni che la prima medesima era tenuta per legge a far osservare». In tal caso, «la pena si applica anche alla persona subordinata, nel caso in cui questa abbia commesso la contravvenzione nonostante speciale precetto o avvertimento dell'Autorità».

In base a tale ultima disposizione si sanciva «di regola l'irresponsabilità della persona subordinata che eseguì, e la responsabilità della sola persona soprastante che diede l'ordine». Si trattava quindi di un considerevole ampliamento dell'efficacia scriminante dell'ordine del superiore, estesa anche all'ambito privato «per la difficoltà in cui il subordinato si trova di controllare l'ordine del superiore e di conoscere che esso sia contrario al precetto di legge», mentre il fatto stesso «dell'ordine impartito gli dà un ragionevole affidamento che colui che lo impartì avrà pensato a stare in regola coi propri obblighi legali». Difficoltà, da un lato, e affidamento, dall'altro, destinati a venir meno in presenza di «uno speciale precetto o avvertimento dell'Autorità», ristabilendo così la responsabilità anche a carico del subordinato esecutore⁷.

L'intelaiatura normativa desumibile da questa disciplina storica potrebbe costituire la traccia per una disciplina organica dell'ordine anche nell'ambito privatistico, e non solo per la materia della sicurezza ed igiene sul lavoro, ma, più in generale, per definizione in termini più rigorosi e più certi, i limiti della responsabilità del subordinato per il complesso delle attività svolte nell'esercizio dell'impresa. Ipotesi problematiche possono profilarsi nei più diversi ambiti. Ad un capo officina il responsabile di filiale di un'impresa automobilistica può ordinare di non consegnare al cliente la vettura in riparazione. Dal fatto scaturisce una querela per appropriazione indebita anche a carico del capo officina cui la vettura era stata originariamente consegnata. In quali termini definire la sua responsabilità personale per la ritenzione del mezzo? Gli esempi potrebbero

⁷ In argomento e per le citazioni cfr. MAJNO 1924, 168 s.

moltiplicarsi, e purtroppo anche le soluzioni a ciascuno relative. V'è da supporre che la materia risulti almeno in parte disciplinata nei modelli organizzativi redatti in base al d. lgs. 231/2001; ma si tratterà comunque di regole avulse da una cornice normativa generale cui sembra giunto il tempo di pensare.

RIFERIMENTI

- FALZEA A. 1958, *Apparenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, Giuffrè, 1958, 682 ss.
- KOJÈVE A. 2021, *La nozione di autorità*, Adelphi.
- MAJNO L. 1924, *Commento al codice penale italiano*, 3^a ed., UTET.
- PADOVANI T. 1973, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Giuffrè.
- PADOVANI T. 1977, *Osservazioni sulla rilevanza penale dell'ordine «privato»*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1977, 3 ss.
- PADOVANI T. 1987, *Ordine criminoso e obbedienza gerarchica nel diritto penale italiano*, in *Dei delitti e delle pene*, 1987, 477 ss.



Lo spazio dell'obbedienza responsabile fra potere e autonomia. Una prospettiva di diritto costituzionale

The Space of Responsible Obedience between Power and Autonomy. A Constitutional Law Perspective

Il saggio indaga le categorie dell'obbedienza, della disobbedienza e dell'obbedienza responsabile nell'esecuzione penale, in prospettiva costituzionale. Muovendo dai vincoli discendenti dalla Costituzione e dalla CEDU, ne analizza la protratta inosservanza sul piano delle fonti e dei rapporti tra poteri, evidenziando il ruolo delle Corti nella promozione di un'obbedienza responsabile e la necessità di una ricomposizione costituzionalmente orientata del sistema penitenziario.

Parole chiave: esecuzione penale; obbedienza responsabile; vincoli costituzionali; Corte costituzionale; diritti delle persone detenute.

This essay examines obedience, disobedience and responsible obedience in the enforcement of criminal penalties from a constitutional law perspective. It argues that constitutional and ECHR obligations have long been disregarded on the level of both legal sources and institutional relations, and assesses the growing role of domestic and supranational courts in restoring compliance, calling for a constitutionally oriented recomposition of the Italian prison system.

Keywords: penal enforcement; responsible obedience; constitutional obligations; Constitutional Court; prisoners' rights.

*Professoressa abilitata di II fascia in Diritto costituzionale – Università degli Studi Roma Tre.

SOMMARIO: 1. Premesse e obiettivi dell'indagine. 2. I principi costituzionali e convenzionali quali "vincoli di obbedienza". 3. Il binomio obbedienza/disobbedienza: la parabola storico-ordinamentale. 4. Il binomio obbedienza/disobbedienza nel sistema delle fonti. 5. La flessibilità delle pene: vincoli costituzionali ed elusioni attuative. 6. I diritti delle persone detenute tra disobbedienza attuativa e ruolo delle Corti. 7. La giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale tra effettività e disobbedienza attuativa. 8. La necessità di una ricomposizione costituzionalmente orientata dell'obbedienza responsabile.

1. Premesse e obiettivi dell'indagine

È noto come il complesso settore dell'esecuzione penale rappresenti un "banco di prova" particolarmente significativo per misurare il grado di effettività dei principi costituzionali.

In questa direzione, l'analisi che si propone è rivolta a indagare le categorie dell'"obbedienza", della "disobbedienza" e dell'"obbedienza responsabile" nel contesto penitenziario, adottando la prospettiva propria del diritto costituzionale. Il settore dell'esecuzione penale verrà dunque indagato, in primo luogo, quale terreno di applicazione del dettato costituzionale, con particolare riguardo, da un lato, al sistema delle fonti e, dall'altro, al complesso rapporto tra i diversi attori istituzionali coinvolti (legislatore, giudici e autorità amministrative).

Si tratta di piani – quello delle fonti e quello degli organi – che non costituiscono, è bene ricordarlo sin dalle riflessioni di apertura, ambiti separati, collocandosi, al contrario, in un rapporto di interdipendenza diretta che consente di leggere le dinamiche interne all'esecuzione penale in una dimensione ben più ampia, quella della Costituzione.

Muovendosi lungo tale crinale argomentativo, le riflessioni che seguono non si concentreranno sui diversi strumenti previsti dalla normativa per garantire l'osservanza delle regole all'interno degli istituti penitenziari (si pensi, a titolo di esempio, alle disposizioni in materia di sanzioni disciplinari), cercando, piuttosto, di declinare le nozioni di "obbedienza", "disobbedienza" e "obbedienza responsabile" alla luce del sistema costituzionale delle fonti e del rapporto tra poteri all'interno delle complesse – e spesso problematiche – dinamiche esecutive della sanzione penale.

Utilizzando tale prospettiva, le disposizioni costituzionali assumono la veste di veri e propri obblighi, idonei a fondare, nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento – primi fra i quali il legislatore, i giudici e le autorità amministrative – vincoli giuridici di obbedienza.

Ciò che occorre comprendere, dunque, è se, e in quale misura, tali vincoli siano stati effettivamente rispettati, ovvero disattesi, nel concreto sviluppo del sistema penitenziario italiano, nonché quale ruolo abbiano svolto – e possano ancora svolgere – le Corti nel tentativo di ricondurre l'ordinamento verso forme di "obbedienza responsabile" a prin-

cipi costituzionali (e convenzionali) spesso disattesi attraverso forme di “disobbedienza attuativa”.

2. I principi costituzionali e convenzionali quali “vincoli di obbedienza”

In coerenza con le premesse poste, il necessario punto di partenza non può che rinvenirsi nell'individuazione, almeno in sintesi, delle principali disposizioni della Costituzione che vengono in rilievo nell'analisi di senso e funzione della pena e, dunque, della “fisionomia costituzionale” a cui l'esecuzione penale deve tendere.

In effetti, i Costituenti hanno delineato una complessa “architettura costituzionale” posta a tutela della persona privata della libertà, dalla quale discendono molteplici obblighi di obbedienza che vincolano, come anticipato, tanto il legislatore quanto i giudici e l'amministrazione della giustizia.

Disposizione cardine è contenuta nell'art. 27, terzo comma, Cost., attorno al quale si è sviluppata gran parte della riflessione costituzionalistica sul sistema di esecuzione per effetto della duplice previsione del principio di umanizzazione, «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità» e del finalismo rieducativo delle stesse.

Si tratta di principi dotati di una portata innovativa dirompente rispetto al sistema previgente¹, introducendo veri e propri obblighi costituzionali concernenti tanto la persona detenuta quanto i luoghi di detenzione e gli strumenti da utilizzare al loro interno.

Sotto il primo profilo, la fisionomia dell'esecuzione penale non può ruotare esclusivamente attorno alle esigenze di ordine e sicurezza (sia interna che esterna), dovendo porre al centro del sistema la persona detenuta, considerata quale individuo che, pur privato della libertà personale, resta titolare di una dignità intrinseca e di diritti inviolabili². Il condannato, dunque, non è più, come in passato, “oggetto” dell'esecuzione ma

¹ Sul punto infra § 3.

² La giurisprudenza costituzionale ha più volte posto in luce la necessità di porre al centro dell'esecuzione penale la dignità della persona detenuta e la tutela dei suoi diritti inviolabili in funzione del percorso di reinserimento. In questo senso, la Corte ha affermato che «è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca. Tale principio è accolto nel nostro ordinamento nell'art. 27, comma terzo, Cost. [...] ed è, allora, alla luce di questo precetto che [...] va considerato il trattamento del condannato» (sent. n. 114 del 1979); «la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale» (sent. n. 349 del 1993); i principi di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost. «si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti. [...] L'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità – nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina – non possono mai consistere in “trattamenti penitenziari” che comportino

“soggetto”, portatore di posizioni giuridiche attive che l'ordinamento è chiamato non solo a riconoscere ma anche – e soprattutto – a garantire.

Sotto il secondo profilo, relativo alla conformazione dei luoghi della detenzione, i vincoli di obbedienza discendenti dalla Costituzione hanno imposto di superare l'idea del carcere come luogo di mera afflizione, configurandolo come un ambiente estremamente complesso e dinamico, all'interno del quale devono essere predisposti tutti quegli interventi idonei a favorire la risocializzazione della persona detenuta e il suo reinserimento nel consesso sociale³.

I vincoli di obbedienza nell'ambito di esecuzione penale non discendono, tuttavia, esclusivamente dall'art. 27, terzo comma, il quale è tutt'altro che “una monade” all'interno del disegno costituzionale. Umanità e rieducazione, in altri termini, si inseriscono all'interno di una trama più ampia di principi che concorrono a delineare il contenuto degli obblighi costituzionali.

Rileva, in primo luogo, l'art. 2 Cost., il quale, qualificando i diritti della persona come “inviolabili”, ne afferma la preesistenza e l'antioriorità logica rispetto allo Stato, ponendo così un forte limite anche al potere punitivo: nel corso della vicenda sanzionatoria i diritti della persona non possono essere disconosciuti, essi, semmai, possono subire limitazioni, ma esclusivamente all'esito di un puntuale bilanciamento con le esigenze di sicurezza connaturate allo *status detentionis* e nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza (art. 3, primo comma, Cost.)⁴.

condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà. [...] la dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso – anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale» (sent. n. 26 del 1999). Per un'analisi ampia dei diritti delle persone detenute si vedano i contributi pubblicati in RUOTOLO-TALINI 2019 (v. altresì i riferimenti infra § 6). Sulla valorizzazione dei diritti in funzione della concretizzazione dei principi posti dall'art. 27, terzo comma, Cost. anche infra, § 6.

³ Muovendosi nella direzione di assicurare una costante osmosi tra istituti penitenziari e società libera, la legge penitenziaria (n. 354 del 1975) coinvolge direttamente la comunità esterna nell'azione rieducativa; in questo senso, «la finalità del reinserimento sociale [...] deve essere perseguita anche sollecitando ed organizzando la partecipazione di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private all'azione rieducativa. Sono ammessi a frequentare gli istituti penitenziari con l'autorizzazione e secondo le direttive del magistrato di sorveglianza, su parere favorevole del direttore, tutti coloro che avendo concreto interesse per l'opera di risocializzazione dei detenuti dimostrino di potere utilmente promuovere lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera. [...]» (art. 17 ord. penit.). In ordine alla traduzione dei principi costituzionali nella legge penitenziaria n. 354 del 1975 infra § 3.

⁴ Si tratta di canoni frequentemente utilizzati dal Giudice delle leggi per valutare la compatibilità costituzionale delle condizioni di detenzione. In questo senso, v. ex plurimis, sentt. nn. 204 del 1974, 343 del 1987, 504 del 1995, 161 del 1997 (rapporto tra trattamento rieducativo e garanzia dei diritti); nn. 149 del 2018, 253 del 2019, 32 del 2020 (ergastolo, regime ostativo e accesso ai benefici penitenziari, su cui v. anche infra § 5); nn. 409 del 1989, 341 del 1994, 222 del 2018, 40 del 2019 (proporzionalità del quantum di pena in rapporto al finalismo rieducativo). La necessità di un bilanciamento in concreto tra diritti e sicurezza, secondo i canoni della

Assai incisivo è altresì il vincolo di obbedienza discendente dal principio di eguaglianza sostanziale che, come noto, impone allo Stato l'ambizioso compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.). È proprio alla luce di tale parametro – nonché del principio personalista discendente dal richiamato art. 2 Cost. – che la realtà penitenziaria mostra una prima, significativa forma di disobbedienza attuativa. In effetti, l'analisi della popolazione detenuta mostra chiaramente come la maggior parte delle persone recluse negli istituti penitenziari italiani sia espressione di una fortissima marginalità sociale: tossicodipendenti, migranti, individui al di sotto della soglia di povertà, con bassissimi livelli di scolarizzazione e frequentemente provenienti da aree del territorio nazionale caratterizzate da grave deprivazione socio-economica e, anche per questo, spesso controllate da varie forme di criminalità organizzata. Si tratta di una composizione che rende particolarmente evidente la distanza tra il mandato costituzionale di rimozione degli ostacoli economici e sociali e il prevalente utilizzo dello strumento penale rispetto a fenomeni che esprimono, anzitutto, condizioni strutturali di forte vulnerabilità.

Ciò che ne discende, evidentemente, è una disobbedienza attuativa grave e profondamente radicata, in larga parte dovuta a un mai sopito “populismo penale”⁵ e alla conseguente adozione di scelte legislative carcerocentriche volte alla creazione di “bolle securitarie” ispirate alla logica della vittimizzazione e dell'esclusione⁶. Basti richiamare, a titolo esemplificativo, le riforme attuate in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope, di immigrazione, di recidiva nonché, più recentemente, in relazione alla criminalità minorile, che hanno determinato un aumento esponenziale della carcerizzazione, con una distanza sempre più accentuata tra scopo costituzionale della pena – la risocializzazione – e realtà penitenziaria⁷.

proporzionalità e della ragionevolezza, è oggi espressa, dopo la riforma operata dal d.lgs. 8 ottobre 2018, n. 123, anche nella formulazione dell'art. 1 ord. penit.: «Negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà (comma 4). Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari» (comma 5).

⁵ Sul fenomeno del populismo penale, a titolo meramente esemplificativo, cfr. DONINI 2020, spec. 12 ss.; FERRAJOLI 2019; ANASTASIA et al. 2020; CORNELLI 2019.

⁶ PITCH 2022, 15 ss. Come efficacemente sostenuto, si tratta di un meccanismo in larga parte dovuto alle preoccupanti commistioni tra l'ossessione securitaria e la percezione dell'insicurezza, spesso utilizzate come veri e propri strumenti di governo (SIMON 2008).

⁷ Con riguardo alle politiche fortemente “custodialistiche” adottate in materia di stupefacenti, immigrazione e recidiva sia consentito un rinvio, anche in riferimento all'ampia dottrina richiamata, a TALINI 2018, 99 ss. In ordine all'aumento della carcerizzazione minorile, il riferimento è alle misure adottate con il d.l. 15 settembre 2023, n. 123 (c.d. Caivano), convertito con modificazioni dalla l. n. 159 dello stesso anno, il quale, in tema di contrasto al disagio giovanile e alla criminalità minorile, ha apportato numerose modifiche in materia di: misure di prevenzione, introduzione di nuove fattispecie incriminatrici, inasprimento del trattamento sanzionatorio e modifica del procedimento penale a carico dei minorenni. Si tratta di un intervento che, come posto in luce

Proseguendo nell'individuazione dei vincoli di obbedienza discendenti dalla Costituzione, particolarmente significativa è la formulazione dell'art. 13, posta a presidio della libertà personale mediante la duplice garanzia della riserva di legge e di giurisdizione (secondo comma) nonché dell'obbligo di punire ogni violenza fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a una sua restrizione (quarto comma)⁸. Sono principi che, se letti in armonia con i richiamati articoli 2, 3 e 27, terzo comma, contribuiscono a radicare in capo al legislatore specifici obblighi di determinazione delle condizioni e delle modalità dell'esecuzione penale nel rispetto della dignità della persona e dei principi di umanità, rieducazione e uguaglianza formale e sostanziale.

Un ultimo richiamo merita, infine, il troppo spesso dimenticato (almeno in questo contesto), art. 117, primo comma, Cost., il quale – a seguito della riforma del Titolo V – ha espressamente imposto al legislatore il rispetto «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», tra i quali quelli contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito CEDU), presidiata dalla Corte di Strasburgo⁹. Quest'ultima, come noto, ha progressivamente assunto un ruolo di primo piano nel delineare le condizioni minime di tutela delle persone detenute con particolare riferimento al divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU), introducendo così ulteriori livelli di vincolo – e, dunque, di obbedienza dovuta – a carico del legislatore nazionale, dei giudici e delle autorità penitenziarie¹⁰.

dal recente rapporto dell'Associazione Antigone sulla detenzione minorile, ha comportato un aumento senza precedenti del numero di presenze all'interno degli istituti penali per minorenni, per la prima volta sovraffollati (il rapporto è pubblicato online sul sito www.ragazzidentro.it). Per una riflessione critica sulle misure introdotte dal d.l. n. 123 del 2023, v. MASSARO 2024 nonché, per un'analisi sotto il profilo costituzionale delle misure adottate, PULITO 2024.

⁸ Si tratta di una formulazione dalla quale discende il diritto a non subire tortura, sul cui difficile processo di emersione nell'ordinamento italiano v. la nota successiva.

⁹ Sull'incidenza dei vincoli derivanti dalla Convenzione EDU, così come interpretati dai giudici di Strasburgo, nell'ordinamento interno v., tra le numerose sentenze della Corte costituzionale, le nn. 348 e 349 del 2007, 80 del 2011 e 49 del 2015.

¹⁰ Si avrà ampiamente modo di specificare come il "vincolo di obbedienza convenzionale" abbia prodotto effetti decisivi su diversi ambiti del sistema penitenziario italiano, come chiaramente dimostrano le vicende relative al sovraffollamento carcerario e al regime ostativo in riferimento alla mancata possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione e ai benefici penitenziari (infra, § 4). Ancora in riferimento all'incidenza, assai significativa, degli obblighi convenzionali sul diritto interno, occorre ricordare il ruolo decisivo svolto dalla Corte di Strasburgo anche con riguardo alla garanzia del diritto a non subire tortura all'interno dell'ordinamento italiano. In effetti, nonostante la chiara formulazione dell'art. 13, quarto comma, Cost. («È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà»), il reato di tortura è stato introdotto all'interno del Codice penale (art. 613-bis) solo in seguito alle ripetute condanne della Corte EDU nei confronti dell'Italia per i gravissimi fatti avvenuti durante il G8 di Genova nel 2001 e nel carcere di Asti nel 2004 (sentt. *Cestaro c. Italia* del 7 aprile 2015; *Cirino e Renne c. Italia*, *Azzolina ed altri c. Italia*, e *Blair e altri c. Italia* del 26 ottobre 2017). Per un'analisi sul complesso processo di emersione del diritto, non privo di criticità applicative anche a seguito dell'introduzione del reato, v. TALINI 2018, 221-252 e PUGIOTTO 2014.

Come si avrà modo di precisare, i richiamati parametri costituzionali (e convenzionali) non rappresentano mere affermazioni programmatiche aventi una funzione puramente “valoriale”, traducendosi, al contrario, in veri e propri obblighi positivi in grado di incidere sulla conformazione delle decisioni adottate in sede legislativa, giudiziaria e amministrativa.

3. Il binomio obbedienza/disobbedienza: la parabola storico-ordinamentale

Muovendo dalle coordinate costituzionali sinora richiamate, il dato che emerge con riguardo al binomio obbedienza/disobbedienza è di una protratta – e particolarmente significativa – inosservanza attuativa, in primo luogo, sotto un profilo storico-ordinamentale. In effetti, nei ventisette anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, il sistema penitenziario ha tollerato un assai preoccupante paradosso normativo: in assenza di una legge che disciplinasse il settore dell'esecuzione penale, sono rimaste in vigore le disposizioni contenute nel Regolamento fascista per gli istituti di pena del 1931¹¹, rendendo così evidente l'inconciliabile divergenza tra gli obblighi costituzionali e la loro concreta (in)attuazione.

La profonda distanza tra la fonte costituzionale e la disciplina attuativa è stata colmata solo nella c.d. stagione delle grandi riforme¹², con l'approvazione della legge 26 luglio 1975, n. 354, recante le nuove disposizioni in materia di ordinamento penitenziario e l'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà (di seguito “ord. penit.”). L'intento di realizzare un'“obbedienza attuativa”, direttamente discendente dalle prescrizioni costituzionali, emerge con particolare chiarezza dalla lettura dell'articolo di apertura, ove si afferma che «*il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e*

¹¹ R.D. n. 787 del 1931, sul quale, per approfondimenti, v. NEPPI MODONA 1974 e NEPPI MODONA 1973. In entrambe le opere l'Autore descrive la funzione meramente retributiva assunta dalla sanzione penale durante il regime fascista attraverso una condizione di completo isolamento dalla società esterna, il costante clima di violenza, l'uso della forza, pratiche di indottrinamento, l'organizzazione verticistica e centralizzata dell'Amministrazione penitenziaria e l'assenza di qualsiasi forma di svago e di opportunità trattamentale.

¹² Come noto, negli anni Settanta vennero approvate una serie di riforme storiche volte a offrire concreta attuazione ai principi costituzionali. Si ricorda, nell'ambito della garanzia dei diritti, l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300); la riforma del diritto di famiglia (legge 19 maggio 1975, n. 151); l'introduzione del divorzio (legge 1° dicembre 1970, n. 898); l'istituzione del Servizio sanitario nazionale (legge 23 dicembre 1978, n. 833); il superamento dei manicomi (legge 13 maggio 1978, n. 180, c.d. Basaglia); la legislazione in materia di interruzione volontaria di gravidanza (legge 22 maggio 1978, n. 194). Per un'analisi della stagione riformatrice degli anni Settanta come fase di attuazione del disegno costituzionale v., tra i molti, ZAGREBELSKY 1992. È stato altresì efficacemente rilevato come la pluralità degli interventi approvati in questo periodo «ben mette in luce come la vigenza di un sistema elettorale proporzionale non sia di ostacolo alle c.d. grandi riforme, che piuttosto richiedono una classe politica all'altezza del compito di attuazione e svolgimento della Costituzione» (RUOTOLO 2016, 12).

deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni [...]» (art. 1, primo comma, ord. penit.)¹³.

È sulla scia di una tale dichiarazione di intenti che il legislatore del 1975 ha introdotto un impianto normativo di notevole portata innovativa, destinato a cambiare, almeno sotto un profilo astratto-normativo, il volto dell'esecuzione penale. Rilevano, in tal senso, le norme rivolte alla valorizzazione del trattamento rieducativo dei detenuti; l'attenzione posta sulla singola persona condannata¹⁴; la previsione di un sistema di diritti funzionali al reinserimento sociale¹⁵; la presenza di misure *extra moenia*; il coinvolgimento nel percorso di reinserimento di figure professionali che affiancano il detenuto durante l'esecuzione, la previsione di una Magistratura di sorveglianza posta a presidio dell'osservanza delle nuove disposizioni penitenziarie¹⁶.

Dunque, almeno in questa fase della storia penitenziaria, il legislatore si è mosso nella direzione tracciata dai Costituenti, riducendo, tramite il nuovo impianto legislativo, il divario tra obblighi costituzionali e loro positiva attuazione.

Tuttavia, man mano che ci si allontana dalla stagione riformatrice degli anni Settanta, la parabola muta progressivamente direzione. In effetti, la storia della legge n. 354 – che nel 2025 ha compiuto cinquant'anni – mostra come, fatte salve alcune pur rilevanti eccezioni¹⁷, si sia gradualmente accentuata una rinnovata divergenza tra principi costituzionali e disciplina penitenziaria. Le scelte di politica criminale maturate negli

¹³ Si tratta di una formulazione su cui è recentemente intervenuto il già richiamato d.lgs. 8 ottobre 2018, n. 123 il quale, in conformità alle evoluzioni interpretative degli artt. 2 e 3 Cost., ha ampliato le maglie del divieto di non discriminazione e valorizzato espressamente il processo di responsabilizzazione della persona detenuta. In questo senso, la nuova formulazione del primo comma prevede che «il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione».

¹⁴ Infra, § 5.

¹⁵ Infra, § 6.

¹⁶ Infra, § 7.

¹⁷ Il riferimento è, soprattutto, alla legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. Gozzini), riforma storica nel processo di decarcerizzazione mediante il rafforzamento delle misure alternative alla detenzione e la valorizzazione dei benefici penitenziari. Tra le numerose novità apportate in questa direzione all'impianto originario della legge n. 354 del 1975: l'introduzione dei benefici connessi alla regolare condotta del condannato, l'estensione dell'applicabilità dell'affidamento in prova al servizio sociale, la previsione di particolari forme di affidamento per persone tossicodipendenti e alcolodipendenti, l'introduzione della detenzione domiciliare (art. 47-ter ord. penit.) e dei permessi premio (art. 30-ter ord. penit.). Sulle novità introdotte dalla legge n. 663 del 1986 nel sistema penitenziario, cfr. tra i molti, BASILE et al. 1987; MARGARA 1999. Tra gli ulteriori interventi volti a valorizzare, seppur in ambiti maggiormente circoscritti, gli istituti *extra moenia*: la legge 8 marzo 2001, n. 40, recante «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori» e la legge 26 novembre 2010, n. 199, contenente «Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno».

ultimi decenni, sovente ispirate a logiche emergenziali e securitarie, hanno dato luogo a una nuova stagione di disobbedienza attuativa, sedimentatasi sino ai tempi più recenti.

È all'interno di questo contesto di rinnovata "tensione costituzionale" che si inserisce l'intervento di un ulteriore attore istituzionale, le Corti, chiamate, in misura sempre crescente, a svolgere un problematico ruolo di supplenza rispetto a un legislatore sempre più inerte o mosso da logiche distanti dagli evocati parametri costituzionali. In effetti, soprattutto a partire dagli anni Novanta, il sindacato di costituzionalità – reso possibile, come si dirà a breve, dal mutamento di fonte in materia penitenziaria – e, successivamente, il sempre crescente ricorso alla Corte di Strasburgo hanno iniziato a rappresentare gli strumenti principali attraverso cui tentare di ricondurre il sistema dell'esecuzione penale verso forme di "obbedienza responsabile" ai principi costituzionali e convenzionali, in presenza di persistenti resistenze sotto il profilo legislativo (e non solo)¹⁸.

¹⁸ In argomento occorre ricordare che la Corte costituzionale, a partire dalla storica sentenza n. 313 del 1990, ha espressamente elevato il finalismo rieducativo a principio generale dell'ordinamento, il quale vincola non solo le autorità penitenziarie nel corso dell'esecuzione delle sanzioni ma anche – in un momento antecedente – giudici e legislatore. In questo senso, «la rieducazione non può essere ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario, ma si afferma come valore generale della sanzione da porre sullo stesso piano del momento umanitario. [...] il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici di cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie». E ancora, nella medesima pronuncia, «la pena ha sicuramente un carattere afflittivo, di difesa sociale e di prevenzione generale, ma che queste sono solo le condizioni minime che descrivono la sanzione in quanto tale, e non possono in nessun caso autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena». Se così non fosse «si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale [...] o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza [...], sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione. [...] la necessità costituzionale che la pena debba 'tendere' a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento penitenziario che concreta l'esecuzione della pena, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue». Per una riflessione sulla portata storica della sentenza n. 313 del 1990 nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla precedente visione polifunzionale della pena adottata dalla Corte, cfr., tra i molti, BAILO 2012, 292 ss.; FIANDACA 2001; RUOTOLO 2002, 34-35; GALLO 1994, 3204-3205.

4. Il binomio obbedienza/disobbedienza nel sistema delle fonti

Al fine di comprendere il crescente ruolo esercitato dalle Corti verso una “obbedienza responsabile” rispetto ai vincoli costituzionali e convenzionali, il necessario punto di partenza è rappresentato dall'analisi della richiamata “tensione” già sul piano del sistema delle fonti.

Seguendo tale prospettiva, occorre ricordare, *in primis*, come la riforma del 1975 abbia rappresentato un radicale mutamento rispetto al sistema previgente già con riguardo alla “veste giuridica” assunta dal nuovo ordinamento penitenziario: per la prima volta in Italia la disciplina dell'esecuzione penale e del trattamento delle persone detenute viene sottratta alla fonte regolamentare e ricondotta alla legge, in ossequio alla riserva contenuta nel richiamato art. 13, secondo comma, Cost.

Si tratta, con evidenza, di un mutamento non avente carattere squisitamente formale, consentendo, in primo luogo, il sindacato di costituzionalità sulle norme penitenziarie, sino ad allora precluso: il Giudice delle leggi ha così potuto iniziare a svolgere quel ruolo centrale nella promozione di una obbedienza responsabile ai principi costituzionali anche nel settore dell'esecuzione penale di cui si dirà ampiamente.

In secondo luogo, il passaggio alla fonte legislativa avrebbe dovuto implicare che ogni modifica all'ordinamento penitenziario non potesse avvenire per effetto di una semplice volontà governativa manifestata in sede regolamentare, richiedendo una ponderata volontà di natura parlamentare anche in ragione della delicatezza del bene giuridico tutelato, la libertà personale.

Proprio su questo terreno, tuttavia, si è manifestata una delle divergenze più evidenti. L'esecuzione penale, infatti, è uno dei settori che maggiormente ha risentito del fenomeno patologico dell'abuso della decretazione d'urgenza e, dunque, della forte tensione con l'assetto delineato dall'art. 77 Cost.¹⁹. Una parte assai significativa degli interventi di riforma è stata realizzata tramite decreti-legge connotati da frettezza redazionale e da un'impostazione essenzialmente reattiva, adottati per reagire a situazioni qualificate come “emergenziali” ma riconducibili, di fatto, a problemi di natura strutturale. Si pensi, a titolo esemplificativo, ai decreti adottati nel biennio 2013-2014 in risposta alla sentenza Torreggiani c. Italia della Corte EDU²⁰, attraverso i quali il decisore politico ha offerto risposta alla condanna per violazione dell'art. 3 CEDU in ragione dell'endemico fenomeno del sovraffollamento carcerario²¹. Si è trattato, con evidenza, di decreti che si

¹⁹ Sull'abuso della decretazione d'urgenza come fenomeno costituzionale distorsivo cfr., ex multis, CELOTTO 2001, 6 e CELOTTO 2009, 10 ss.; MODUGNO-CELOTTO 1994; MODUGNO-NOCILLA 1989.

²⁰ Sentenza pilota adottata l'8 gennaio 2013 (ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10) su cui la dottrina ha ampiamente discusso: cfr., tra i molti, DELLA MORTE 2013; FIORENTIN 2013a; VIGANÒ 2013.

²¹ Sul punto merita di essere ricordato che anche la Corte costituzionale, sempre nel 2013, ha espressamente affermato che il sovraffollamento e le condizioni materiali di detenzione possono determinare una violazione

sono limitati a una temporanea riduzione del numero delle persone ristrette in carcere attraverso l'introduzione di istituti a carattere eccezionale²², senza risolvere in modo strutturale il problema della sovrappopolazione detenuta. Lo dimostrano i dati più recenti, che attestano una presenza in carcere nuovamente superiore alle 63.000 persone, a fronte di una capienza regolamentare di poco superiore ai 51.000 posti²³; si tratta di una tendenza destinata a crescere anche per effetto del forte aumento, in particolare negli ultimi tre anni, delle ipotesi di carcerizzazione, ancora una volta realizzate attraverso l'utilizzo della decretazione d'urgenza (c.d. decreti sicurezza)²⁴.

Accanto all'abuso dei decreti legge, un'ulteriore manifestazione della tensione tra obbedienza costituzionale e disobbedienza attuativa si rinviene nel ricorso alle circolari ministeriali, le quali, in diverse occasioni, hanno travalicato la loro funzione di organiz-

del nucleo essenziale della dignità e dell'umanità della pena. In questo senso, nella sent. n. 279 del 2013, i giudici riconoscono che il «rispetto della dignità della persona, [...], costituisce un limite invalicabile a qualsiasi modalità di esecuzione della pena, alla luce degli articoli 2 e 27, terzo comma, della Costituzione, nonché dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come costantemente interpretato dalla Corte di Strasburgo». Ancora, in rapporto al collegamento tra modalità di detenzione, sovraffollamento e trattamenti contrari all'umanità, la Corte specifica che le «condizioni di detenzione che derivano, in larga misura, dal grave sovraffollamento carcerario possono tradursi in trattamenti inumani o degradanti, incompatibili con il rispetto della dignità della persona [...]». In ragione di tale divieto esiste, dunque, un dovere dei poteri pubblici di impedire condizioni contrarie alla dignità: «In uno Stato di diritto è inammissibile che l'esecuzione delle pene detentive si svolga in condizioni tali da compromettere la dignità umana dei detenuti. Lo Stato ha l'obbligo di organizzare il sistema penitenziario in modo da evitare che le persone ristrette siano sottoposte a condizioni di vita contrarie agli artt. 2 e 27, terzo comma, della Costituzione e all'art. 3 CEDU». Sul sovraffollamento carcerario come questione di rilevanza costituzionale, anche in relazione all'esistenza di un diritto a uno spazio detentivo conforme a dignità, si rinvia alle riflessioni compiute in TALINI 2018, cap. II, 85-176. Un'indagine assai ampia, in ordine al mai risolto problema della sovrappopolazione detenuta, è contenuta in ALBANO et al. 2021, nel quale viene ripercorsa anche la complessa giurisprudenza di legittimità in materia.

²² Si pensi alla liberazione condizionale speciale, introdotta con il decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, che consentiva una detrazione di settantacinque giorni ogni sei mesi di pena scontata, anziché dei quarantacinque previsti nella liberazione anticipata ordinaria (art. 54 ord. penit.). Il tratto distintivo dell'istituto risiedeva nel carattere temporaneo: operando esclusivamente nel biennio successivo all'entrata in vigore della legge di conversione (21 febbraio 2014, n. 10), la misura, pur avendo celermente diminuito il numero delle presenze in carcere, rientra a pieno titolo in quelle scelte meramente emergenziali aventi finalità esclusivamente deflattive e con effetti circoscritti al breve periodo. Per un'analisi critica sugli interventi adottati in risposta alla sentenza Torreggiani cfr. i contributi contenuti in RUOTOLO 2014.

²³ Dati pubblicati nella sezione "Statistiche" del sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it) e aggiornati al 28 febbraio 2026.

²⁴ Emblematico, in tal senso, il recentissimo decreto-legge 24 febbraio 2026, n. 23, il quale, oltre ad aumentare le pene detentive in relazione a diverse ipotesi di reato, ha introdotto nuove fattispecie penali e aggravanti. Si pensi, altresì, al già citato aumento della carcerizzazione minorile per effetto delle misure adottate con il decreto-legge 15 settembre 2023, n. 123 (v. nt. 8). Si segnala, in argomento, che, proprio in ragione di un ritorno a una gravissima situazione di sovraffollamento carcerario, il Tribunale di Sorveglianza di Firenze ha recentemente sollevato una nuova questione di legittimità costituzionale in ragione dell'impossibilità per il giudice di disporre il rinvio facoltativo dell'esecuzione quando la pena debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità (ord. n. 636 del 2026).

zazione dell'azione amministrativa, assumendo un contenuto sostanzialmente precettivo e in grado di incidere su posizioni giuridiche soggettive costituzionalmente tutelate, così determinando una elusione, *de facto*, della riserva di legge in materia di libertà personale (art. 13, secondo comma, Cost.), oltre che una sottrazione al possibile vaglio di costituzionalità. Ne discende la sedimentazione, all'interno del sistema penitenziario, di una forma di "diritto vivente di natura amministrativa", costituito da prassi e indirizzi consolidati dell'amministrazione che, pur in assenza di un'espressa base legislativa, finiscono per incidere in modo assai significativo sul contenuto effettivo dei diritti delle persone detenute²⁵. In tale contesto, è solo il caso di accennarlo, si pone in termini sempre più stringenti il dibattito intorno alla possibile estensione del sindacato della Corte costituzionale non solo sul diritto vivente di origine giurisprudenziale²⁶, ma anche su quello avente natura amministrativa, almeno laddove esso contenga pratiche in possibile contrasto con i principi costituzionali e normativi posti a tutela dei diritti inviolabili delle persone detenute (e non solo)²⁷.

5. La flessibilità delle pene: vincoli costituzionali ed elusioni attuative

Ulteriore ambito nel quale si manifesta, in modo particolarmente evidente, il divario tra obblighi costituzionali e loro effettiva attuazione è quello relativo all'individualizzazione del trattamento rieducativo tramite la garanzia della flessibilità delle pene. Si tratta di un principio che trova un solido ancoraggio tanto nella Costituzione quanto nella legislazione penitenziaria: l'art. 27, terzo comma, Cost. si riferisce al "condannato" al singolare, evocando un percorso esecutivo che deve farsi carico della specificità della singola persona; allo stesso modo, l'art. 13 dell'ordinamento penitenziario impone un percorso rieducativo modellato «*secondo i risultati che se ne ricavano nel corso dell'esecuzione*» nonché in relazione alle caratteristiche e alle attitudini personali della persona condannata²⁸.

²⁵ In argomento si rinvia alle considerazioni in precedenza compiute in TALINI 2020.

²⁶ Riflessioni ampie e assai eterogenee sull'evoluzione del diritto vivente sono contenute nei contributi pubblicati nei fascicoli tematici *A che punto è la dottrina del diritto vivente?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2023, 6 e 2024, 1.

²⁷ Si tratta di una questione che chiama nuovamente in causa il ruolo delle Corti nel ricomporre, per quanto possibile, il circuito dell'obbedienza ai vincoli costituzionali anche rispetto al compito delle autorità amministrative nella loro concreta attuazione (sul punto v. anche *infra*, § 7). Sul diritto vivente di natura amministrativa come questione ancora aperta, v. RUOTOLO 2024, 2620 ss. Un'ampia riflessione sulla crisi del sistema delle fonti nel contesto penitenziario, anche alla luce del loro combinarsi con atti minori e amministrativi, come le circolari, è contenuta in LORENZETTI 2024.

²⁸ In ordine all'irrinunciabilità del principio di flessibilità delle pene, la Corte costituzionale ha affermato che la «personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento. Pro-

È evidente come l'individualizzazione costituisca, per molti versi, uno degli aspetti più innovativi della riforma del 1975, pur essendo, al contempo, uno dei profili maggiormente traditi sul piano dell'effettività. È proprio su questo versante, dunque, che si misura, con particolare forza, il divario tra obblighi costituzionali e disobbedienza attuativa.

Basti richiamare, ancora una volta, il fenomeno del sovraffollamento carcerario, il quale, oltre a costituire di per sé un indice di disobbedienza attuativa, soprattutto per effetto delle già ricordate politiche "carcerocentriche"²⁹, incide direttamente anche sulla (im)possibilità di costruire percorsi effettivamente individualizzati.

Ma non solo. Rilevano, in tale contesto, anche le modifiche introdotte – spesso mediante decretazione d'urgenza – in materia di progressivo irrigidimento dei meccanismi preclusivi alla concessione di misure alternative alla detenzione e di benefici penitenziari. La vicenda dell'art. 4-bis ord. penit. è, in questo senso, paradigmatica: introdotto come strumento di contrasto alla criminalità organizzata e ai reati di particolare allarme sociale, il suo perimetro applicativo è stato progressivamente ampliato dal legislatore e reso sempre più permeato da presunzioni assolute e automatismi preclusivi, tali da comprimere in misura significativa la possibilità del giudice di modulare l'esecuzione della pena in relazione al singolo condannato.

In questa prospettiva, l'adempimento dei vincoli di obbedienza discendenti, da un lato, dall'art. 27, terzo comma, Cost., e, dall'altro, dall'art. 3, secondo comma, Cost., risulta profondamente compromesso: un sistema nel quale, per effetto di automatismi legislativi, viene preclusa all'autorità giudiziaria la possibilità di misurare la pena sul percorso individuale di ciascun condannato, si colloca strutturalmente in tensione con la finalità rieducativa e con il mandato di rimozione degli ostacoli che limitano il pieno sviluppo della persona umana.

Anche in questo ambito, sono state le Corti, nazionali e sovranazionali, a esigere nuovamente un'obbedienza responsabile da parte del legislatore. Rileva, con riferimento al sovraffollamento, la già citata sentenza pilota della Corte EDU *Torreggiani e altri c. Italia*: i giudici, ravvisando nella cronica congestione degli istituti una forma di trattamento inumano e degradante, hanno condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU, imponendo, al contempo, l'adozione di misure strutturali e compensative che, tuttavia,

spettiva, quest'ultima, che chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, in linea con le esigenze minime di rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile; ma che non può non chiamare in causa – assieme – la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società» (sent. n. 149 del 2018).

²⁹ Supra, §§ 2 e 4.

non si sono dimostrate in grado di determinare una duratura inversione di tendenza né sul piano legislativo né su quello organizzativo³⁰.

Con riguardo ai meccanismi preclusivi all'accesso a forme di esecuzione *extra moenia*, particolarmente rilevante è il percorso che ha condotto alla sentenza *Viola c. Italia*, ancora della Corte EDU – relativa all'incompatibilità del regime ostativo con l'art. 3 della Convenzione – e alle successive decisioni della Corte costituzionale n. 253 del 2019 e n. 97 del 2021. Si tratta di pronunce in cui la Corte ha sollecitato il legislatore a intervenire in senso riformatore sull'art. 4-bis ord. penit., nella direzione di una maggiore individuazione del giudizio di pericolosità e di una riduzione degli automatismi³¹.

La risposta adottata con il decreto-legge n. 162 del 2022, tuttavia, ha di fatto aggirato le indicazioni provenienti dalle Corti eludendo, di fatto, le prescrizioni costituzionali e convenzionali, attraverso il mantenimento di un impianto fortemente ostativo³². Si tratta di una vicenda che mostra un ulteriore livello di distorsione nel rapporto tra poteri: la disobbedienza attuativa non si manifesta esclusivamente nella mancata o tardiva attuazione dei principi derivanti dal dettato costituzionale, ma anche – e in misura crescente – nella risposta elusiva o meramente formale alle sentenze delle Corti.

Il circuito dell'“obbedienza responsabile” può risultare dunque fortemente alterato in uno dei suoi passaggi decisivi: l'interlocuzione tra giudici e Parlamento. Le decisioni delle Corti, chiamate a colmare una persistente disobbedienza attuativa, vengono solo formalmente recepite dal legislatore attraverso l'adozione di riforme che lasciano sostanzialmente inalterata la disciplina preesistente.

Ciò, evidentemente, alimenta un contenzioso sempre crescente, spostando nuovamente sul piano delle pronunce giurisprudenziali – nazionali e sovranazionali – il compito di garantire il rispetto dei vincoli di obbedienza costituzionale e convenzionale.

6. I diritti delle persone detenute tra disobbedienza attuativa e ruolo delle Corti

La tensione tra obblighi costituzionali e disobbedienza attuativa emerge in modo altrettanto evidente sul piano della garanzia dei diritti fondamentali delle persone detenute. La legge n. 354 del 1975 delinea con chiarezza la loro funzione all'interno del sistema penitenziario: l'art. 15 ord. penit., rubricato *Elementi del trattamento*, stabilisce che il trattamento del condannato «è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, della formazione professionale, del lavoro, della partecipazione a progetti di pubblica utilità, della religione,

³⁰ Supra, §§ 2 e 4.

³¹ Assai ampie in dottrina sono le riflessioni critiche relative al regime ostativo: si rinvia, ex plurimis, anche per i numerosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, al recente volume DANUSSO et al. 2024.

³² In ordine alla risposta elusiva offerta dal decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162 alle richieste della Corte costituzionale, v. GIANFILIPPI 2024.

delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia».

La garanzia dei diritti fondamentali, dunque, non si traduce in una mera “facoltà”, assumendo la fisionomia di un ulteriore vincolo di obbedienza rivolto a legislatore, giudici e amministrazione della giustizia in vista di una concreta realizzazione dell’ideale rieducativo. In questa prospettiva, la giurisprudenza costituzionale ha più volte chiarito che i diritti fondamentali della persona detenuta devono sempre essere garantiti, potendo subire limitazioni soltanto in presenza di esigenze di ordine e sicurezza specifiche, concrete e attuali³³.

Si tratta, tuttavia, di un impianto teorico ampiamente disatteso da parte del legislatore e, più in generale, dal sistema politico-amministrativo, mediante plurime forme di disobbedienza attuativa.

Rileva, anzitutto, una costante insufficienza di misure, anche sul piano delle scelte di bilancio, volte a sostenere l’effettività dei diritti riconosciuti dall’ordinamento penitenziario. La scarsità di opportunità lavorative intramurarie, le gravi criticità che caratterizzano la tutela della salute in carcere – aggravate dalla specificità delle patologie penitenziarie –, le difficoltà che ancora oggi connotano l’accesso all’istruzione e alla cultura negli istituti di pena, costituiscono solo alcuni esempi di una diffusa “ineffettività” del catalogo dei diritti formalmente riconosciuti dalla normativa penitenziaria³⁴.

In questo senso, autorevole dottrina ha efficacemente parlato di una “effettività rinnegante” della legislazione penitenziaria³⁵: a fronte di un diritto positivo che si muove nella direzione tracciata dalla Costituzione, è la sua concreta attuazione a risultare sistematicamente “tradita” o contraddetta attraverso prassi amministrative o carenze strutturali, anche di carattere economico, ormai sedimentate.

Accanto a questa forma di disobbedienza attuativa di natura prevalentemente pratica e gestionale, ne emerge un’altra, più squisitamente normativa, connessa al mancato adeguamento della legislazione penitenziaria all’evoluzione dei diritti nella società “libera”. In effetti, le “lancette” della legge n. 354 risultano, per molti versi, ancora ferme al 1975, impermeabili alle numerose trasformazioni nel frattempo intervenute.

Si pensi, a titolo di esempio, all’assenza nell’ordinamento penitenziario di disposizioni che tengano conto dello sviluppo tecnologico e delle sue potenzialità in termini di promozione dei diritti, come la possibilità di ricorrere, in modo sistematico, alla telemedicina per garantire il diritto alla salute, o all’utilizzo di strumenti di comunicazione a distanza per favorire il diritto all’affettività e il mantenimento dei legami familiari³⁶.

³³ Supra, § 2 (v., soprattutto, nt. 3).

³⁴ Si tratta di una distanza ampiamente indagata, con riguardo a diversi ambiti, all’interno dei contributi pubblicati in RUOTOLO-TALINI 2019.

³⁵ BRICOLA 1977.

³⁶ Si vedano, in argomento, MORRONE 2022 e TALINI 2022.

Ancora in riferimento alla mancata evoluzione della normativa penitenziaria, occorre ricordare la perdurante assenza di specifiche disposizioni dedicate alla detenzione femminile, le quali, superando la rappresentazione della donna con esclusivo riferimento al suo eventuale ruolo di madre, tutelino le peculiarità legate al genere, così superando, concretamente, le ancora presenti forme di discriminazione legata a sesso, identità di genere e orientamento sessuale³⁷.

Rileva, ancora, la mancata presenza all'interno dell'ordinamento penitenziario di una specifica disciplina riguardante la tutela della salute mentale, a fronte di un contesto nel quale il disagio psichico rappresenta un fenomeno estremamente diffuso e spesso affrontato con il solo utilizzo di psicofarmaci³⁸.

A fronte di questo intreccio di disobbedienze attuative – pratiche e normative – il ruolo della giurisprudenza è stato particolarmente incisivo, testimoniando, ancora una volta, la funzione delle Corti quali attori principali nella promozione, per quanto possibile, di un'obbedienza responsabile ai principi costituzionali.

Particolarmente significativo, quale caso emblematico del rapporto tra obbedienza costituzionale, disobbedienza attuativa e ruolo delle Corti, è il recente percorso – interamente giurisprudenziale – che ha condotto al riconoscimento dell'intimità intramuraria. Si tratta di un diritto non contemplato all'interno dell'impianto originario della legge penitenziaria, ma che la giurisprudenza costituzionale ha sin dagli anni Ottanta riconosciuto come componente essenziale della sfera affettiva e dell'autodeterminazione di ogni persona³⁹.

³⁷ In ordine alla complessa questione relativa alle discriminazioni di genere nel contesto della detenzione femminile cfr. ZUFFA-RONCONI 2014; ROSCIOLI 2007; MARIETTI 2025. Si veda altresì il Rapporto dell'Associazione Antigone sulle donne detenute in Italia pubblicato online su www.rapportoantigone.it. Più ampiamente, in materia di discriminazione di genere nel contesto detentivo, anche in riferimento alla tutela delle persone LGBTQIA+, cfr. CIUFFOLETTI 2019; VALERIO et al. 2018; CONNELLA 2025. Sono considerazioni che rientrano nel più ampio percorso evolutivo riguardante il multiforme diritto all'identità personale, sul quale v. PINO 2003 e, dello stesso Autore, PINO 2005.

³⁸ In argomento CAREDDA 2019, spec. 132 ss. Sul punto occorre rilevare che, a fronte della protratta inerzia del legislatore in ordine alla tutela della salute mentale delle persone detenute, è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 99 del 2019, con cui è stata estesa la possibilità di accedere alla detenzione domiciliare (o in luogo esterno di cura) in favore dei detenuti con una lunga pena ancora da scontare affetti da grave infermità psichica sopravvenuta. Sul legame tra la decisione della Corte e l'immobilismo parlamentare, v. RUOTOLO 2019. Ancora sulle eterogenee criticità connesse alla tutela della salute, fisica e mentale, nel corso dell'esecuzione penale cfr., tra i molti, ESPOSITO 2007; CARNEVALE-DI TILLIO 2006; FIORIO 2004.

³⁹ In proposito i giudici costituzionali hanno chiarito che «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale [...] [è] aspetto e fattore di svolgimento della personalità» che i «membri della collettività sono tenuti a riconoscere, per dovere di solidarietà sociale» (sent. n. 161 del 1985); dunque, essendo la sessualità «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire» (sent. n. 561 del 1987).

Tuttavia, al formale riconoscimento dell'intimità quale diritto inviolabile non ha fatto seguito il suo inserimento all'interno della normativa penitenziaria: ne è disceso, per oltre trent'anni, un significativo divario tra l'evoluzione del diritto nella società libera e il contesto detentivo, con particolare riguardo all'assoluta impossibilità di vivere, all'interno degli istituti, momenti di intimità in condizioni di riservatezza (ove, naturalmente, non ostino puntuali esigenze di sicurezza).

In questo contesto di protratta inerzia legislativa – e, dunque, di disobbedienza attuativa rispetto ai vincoli costituzionali – è intervenuto il Giudice delle leggi con un percorso giurisprudenziale a intensità crescente. Primo rilevante intervento è rappresentato dalla sentenza n. 301 del 2012, nella quale i giudici, pur non giungendo a una declaratoria di incostituzionalità della disciplina, hanno rivolto un incisivo monito al Parlamento in vista di una modifica della normativa che consentisse la protezione della dimensione intima del condannato anche nel corso della vita penitenziaria.

A dodici anni di distanza dalla pronuncia, la Corte, prendendo atto della protratta inerzia legislativa sul punto (nonostante la riforma della legge penitenziaria del 2018)⁴⁰, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 ord. penit. nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa a svolgere colloqui con il/la *partner* senza il controllo a vista del personale di custodia, quando non ostino specifiche ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina (sent. n. 10 del 2024).

Al di là dello storico passo compiuto dalla giurisprudenza costituzionale nell'emersione del diritto, ciò che maggiormente rileva ai fini della presente indagine è la consapevolezza, espressa nel percorso argomentativo della decisione, dell'ormai sedimentata disobbedienza attuativa da parte del legislatore anche a fronte di precedenti moniti, da cui discende la scelta dei giudici di operare la manipolazione e di rivolgersi direttamente alle autorità penitenziarie per assicurarne la garanzia. In questo senso, affermano i giudici, anche l'amministrazione della giustizia è chiamata a svolgere un ruolo fondamentale nella concreta garanzia del diritto all'intimità intramuraria e, più ampiamente, «nel percorso di inveroamento del volto costituzionale della pena».

La Corte, in questo modo, delinea una forma di obbedienza responsabile che coinvolge direttamente anche le autorità penitenziarie, invitate ad adottare, sia pure in modo graduale, tutte le misure organizzative necessarie al fine di rendere concretamente fruibile il diritto all'intimità all'interno degli istituti penitenziari. Si configura, in questo modo, un rapporto diretto – e non mediato – tra giurisprudenza costituzionale e amministrazione, che tende a compensare, almeno in parte, la persistente “disobbedienza” del legislatore.

Occorre tuttavia rilevare come, nonostante la conformazione della sentenza, il fenomeno della disobbedienza attuativa sia stato tutt'altro che superato. In effetti, anche

⁴⁰ Il riferimento è ai più volte richiamati d.lgs. 8 ottobre 2018, nn. 123 e 124.

a fronte dell'addizione operata dalla Corte nel 2024, i dati attualmente disponibili mostrano come, a oltre due anni di distanza dalla decisione, soltanto in un assai esiguo numero di istituti sono state effettivamente introdotte forme di colloquio riservato idonee a garantire il diritto all'intimità⁴¹. Parimenti, nessun intervento legislativo è stato finora adottato al fine di adeguare, come invece sarebbe necessario, l'ordinamento penitenziario all'incisiva manipolazione additiva operata dalla Corte.

La vicenda relativa all'intimità intramuraria, dunque, consente di cogliere in maniera particolarmente nitida la complessità del rapporto tra fonti e poteri all'interno del sistema penitenziario, nonché la difficoltà di assicurare un'obbedienza effettiva – legislativa e amministrativa – ai vincoli costituzionali, anche quando essi siano stati chiaramente esplicitati e rafforzati all'interno di sentenze di accoglimento del Giudice delle leggi.

7. La giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale tra effettività e disobbedienza attuativa

La dinamica sinora descritta trova un ulteriore, significativo ambito di manifestazione nel contesto della c.d. giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale.

Com'è noto, prima della riforma del 1975 il potere di vigilare sulla corretta esecuzione delle sanzioni penali veniva considerato pressoché indifferente al sistema delle garanzie giurisdizionali, risolvendosi, in larga parte, in un controllo sulle condizioni materiali di detenzione. Ancora una volta, è stato il legislatore del 1975 a determinare una profonda metamorfosi, conferendo alla magistratura di sorveglianza il compito di decidere sulle questioni inerenti ai diritti delle persone detenute e al loro percorso rieducativo, così riconducendo alla giurisdizione un profilo essenziale dell'esecuzione della pena in conformità con gli artt. 111 e 113 Cost.

Anche in questo ambito, tuttavia, il circuito dell'obbedienza ai vincoli costituzionali ha mostrato, per lungo tempo, evidenti distonie sul piano dell'effettività. L'amministrazione penitenziaria ha spesso manifestato la tendenza a non offrire concreta esecuzione

⁴¹ Sulla complessa vicenda relativa al processo di emersione giurisprudenziale del diritto all'intimità intramuraria, sia consentito un rinvio alle ampie riflessioni compiute nel tempo all'interno di diversi scritti, tra i quali: TALINI 2018, 253-284; TALINI 2025a; TALINI 2025b. In particolare, nell'ultimo scritto è stato posto in luce come la protratta inerzia dell'amministrazione nella garanzia del diritto abbia condotto all'accoglimento di numerosi reclami da parte della Magistratura di sorveglianza contenenti l'ordine, rivolto alle autorità amministrative, di garantire i colloqui riservati. Un'analisi delle principali ordinanze adottate in questo ambito è contenuta nell'Osservatorio semestrale del Centro di Ricerca "European Penological Center" sulla giurisprudenza di interesse per l'esecuzione penale pubblicato sulla Rivista *Consulta OnLine*.

alle ordinanze provenienti dalla magistratura di sorveglianza, considerando i relativi provvedimenti alla stregua di meri suggerimenti privi di forza vincolante.

A risanare la distorsione è intervenuta, ancora una volta, la giurisprudenza costituzionale e sovranazionale. Sul versante interno, rilevano in particolare le sentenze nn. 26 del 1999 e 135 del 2013, con le quali la Corte ha espressamente chiarito la natura giurisdizionale del procedimento che si instaura dinnanzi alla magistratura di sorveglianza e la conseguente necessità di assicurare, anche in tale sede, il rispetto delle garanzie del giusto processo (art. 111 Cost.), inclusa l'effettiva esecuzione delle decisioni adottate.

Volgendo lo sguardo al piano sovranazionale, decisiva, ancora una volta, si è mostrata la già richiamata sentenza Torreggiani, con la quale la Corte EDU ha condannato lo Stato italiano non solo in riferimento al sovraffollamento carcerario⁴², ma anche in ragione dell'ineffettività degli strumenti di tutela predisposti dalla legge penitenziaria, con particolare riguardo al reclamo generico di cui all'art. 35 ord. penit.

I giudici di Strasburgo hanno dunque imposto all'Italia un incisivo intervento riformatore anche su questo versante, adempiuto dalle forze politiche – ancora una volta tramite decretazione d'urgenza⁴³ – con l'introduzione di un reclamo giurisdizionale e del giudizio di ottemperanza (art. 35-bis ord. penit.)⁴⁴, nonché del rimedio compensativo per la detenzione in condizioni contrarie all'art. 3 CEDU (art. 35-ter ord. penit.)⁴⁵, così determinando un significativo avanzamento della normativa nel grado di effettività del sistema delle tutele.

Tuttavia, proprio con riguardo al percorso evolutivo compiuto in relazione al “diritto all'effettività dei diritti”, forte preoccupazione ha destato una previsione contenuta all'interno della legge delega n. 103 del 2017 per la riforma dell'ordinamento penitenziario, nella quale, tra i criteri direttivi rivolti al delegato, veniva indicata *«la semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del tribunale di sorveglianza [...]»* (art. 1, comma 85, lett. a).

Pur trattandosi di un criterio non esercitato nei decreti di riforma del 2018, esso risulta, ancora una volta, sintomatico dell'andamento ondivago che ha caratterizzato, negli ultimi decenni, la parabola della legislazione penitenziaria, ipotizzandosi, a soli quattro anni dalle riforme del 2013, un nuovo arretramento delle garanzie processuali, prospettando procedimenti dinanzi alla magistratura di sorveglianza a contraddittorio differito o addirittura eventuale⁴⁶.

⁴² Supra, §§ 2 e 4.

⁴³ Decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146 e decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92.

⁴⁴ Su cui, ex plurimis, cfr. GIOSTRA 2015; BORTOLATO 2014 e, dello stesso Autore, BORTOLATO 2015; FIORENTIN 2013b.

⁴⁵ Sul rimedio di cui all'art. 35-ter ord. penit. cfr., tra i molti, DEGL'INNOCENTI-FALDI 2017; DEGANELLO 2015.

⁴⁶ Sul rapporto tra titolarità dei diritti e forme di tutela nel corso dell'esecuzione penale cfr., tra i molti, PENNISI 2002, in particolare, sulla necessità di una tutela giurisdizionale dei diritti, 238; RUOTOLO 2013; MARI 2012;

Anche in questo ambito, dunque, il binomio obbedienza/disobbedienza torna a manifestarsi con particolare nitidezza: alle plurime spinte, provenienti dalle Corti, verso un'effettiva giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale, capace di offrire concretezza agli obblighi costituzionali (e convenzionali) sulle forme di tutela dei diritti, si contrappongono tentativi legislativi che si muovono in direzione antitetica, rendendo ancora una volta evidente l'esistenza di una "tensione", mai risolta, tra giurisprudenza e legislazione.

8. La necessità di una ricomposizione costituzionalmente orientata dell'obbedienza responsabile

Le considerazioni che precedono consentono di proporre alcune riflessioni conclusive.

Mantenendo uno sguardo storico-evolutivo sul settore penitenziario, ciò che emerge, in primo luogo, è un quadro di persistente e diffusa tensione tra i vincoli di obbedienza discendenti dalla Costituzione – e, per il tramite dell'art. 117, primo comma, dalla Convenzione EDU – e le azioni legislative e amministrative che disciplinano, nel concreto, l'esecuzione penale. Si tratta di una tensione che, come posto in luce, si manifesta tanto sul piano delle fonti quanto su quello del rapporto tra poteri.

È all'interno di tale contesto che le Corti – a diversi livelli – hanno svolto un ruolo sempre più significativo nel tentativo di ridurre il divario tra principi e realtà penitenziaria, promuovendo un percorso tendente, secondo diverse forme, all'obbedienza responsabile. Si tratta, tuttavia, di un ruolo che presenta evidenti limiti strutturali: il Giudice delle leggi – o la Corte EDU – non possono (e non devono) sostituirsi al legislatore nella (ri)definizione di una disciplina penitenziaria coerente con i vincoli costituzionali e convenzionali, né, allo stesso modo, la giurisprudenza (anche di sorveglianza) può, da sola, colmare le carenze organizzative e gestionali ormai sedimentate all'interno del sistema esecutivo delle pene.

In effetti, la categoria dell'"obbedienza responsabile", se guardata in una prospettiva ampia, suggerisce, in primo luogo, l'esigenza di una riaffermazione della centralità della legge nel sistema delle fonti che governano il complesso settore penitenziario. Solo un legislatore consapevole dei propri obblighi costituzionali, capace di adottare scelte non guidate esclusivamente dall'emergenza o dall'allarme sociale "del momento", può contribuire a ricomporre una complessiva legalità penitenziaria nel senso imposto dai

FIORENTIN 2010; PULVIRENTI 2009; TALINI 2018, 285 ss., al quale si rinvia anche per l'ulteriore richiamo della principale dottrina in materia. Più in generale, una riflessione in ordine alla ben più ampia questione relativa all'effettività dei diritti nella giurisprudenza costituzionale è contenuta in SILVESTRI 2009.

Costituenti.

In questa direzione, ciò che appare necessario è, innanzitutto, un rinnovamento che investa non solo il piano delle riforme legislative, ma anche quello della cultura e della collaborazione istituzionale tra tutti gli attori coinvolti all'interno dell'articolata vicenda punitiva. In assenza di una tale sinergia, difficilmente il sistema penitenziario potrà progressivamente transitare da una condizione di disobbedienza attuativa, ormai diffusa e sedimentata, verso un assetto in cui l'osservanza dei principi costituzionali non sia il risultato di occasionali interventi "correttivi" ad opera della giurisprudenza, ma costituisca un orizzonte condiviso dell'azione legislativa e amministrativa.

La stessa esperienza delle Corti, del resto, mostra chiaramente come il richiamo ai parametri costituzionali e convenzionali non si esaurisca in un controllo di mera compatibilità formale, ma implichi un costante raffronto, sul piano dell'effettività, tra i principi posti dalle Carte e una realtà penitenziaria in evoluzione. È all'interno di tale dialettica che trovano collocazione i diversi piani dell'obbedienza responsabile, intesa, in primo luogo, come canone volto a orientare il comportamento e le azioni di tutti gli attori istituzionali – legislatore in primis – verso ponderate scelte di sistema, che devono muoversi nella direzione di un'effettiva concretizzazione dei principi, sia con riguardo alla complessa struttura del sistema punitivo sia, in un momento ancora antecedente, alle scelte di politica criminale.

L'obbedienza responsabile, ancora, impone che il rispetto degli obblighi costituzionali (e convenzionali) non venga concepito come una sorta di vincolo "formale", assumendo, al contrario, la veste di criterio ordinatore di tutte le scelte compiute in ambito penitenziario anche da parte delle autorità penitenziarie e dei giudici della sorveglianza, chiamati, ogni giorno, a tradurli all'interno delle prassi di gestione degli istituti e delle decisioni adottate in sede giurisdizionale.

In questo senso, i principi di umanità, finalismo rieducativo (art. 27, terzo comma, Cost.), tutela dell'inviolabilità dei diritti (art. 2 Cost.) e dell'eguaglianza formale e sostanziale (art. 3 Cost.) non possono essere relegati al rango di mere clausole generali prive di forza prescrittiva, ma devono tradursi in azioni legislative (e amministrative) in grado di modellare la fisionomia dell'esecuzione penale: dalla conformazione del sistema dei diritti e delle misure *extra moenia*, alla distribuzione delle risorse e del personale; dal ripensamento dell'assetto organizzativo degli istituti sino alla ridefinizione delle fattispecie incriminatrici che maggiormente incidono sulla composizione "sociale" della popolazione detenuta.

Si tratta di prospettive poste in un rapporto di interdipendenza, consentendo di definire lo spazio complessivo entro cui si esplicano le plurime forme dell'obbedienza responsabile fra potere e autonomia, configurandosi come il terreno entro il quale la discrezionalità del legislatore e delle autorità preposte all'esecuzione delle pene si esercita dentro la Costituzione, assumendone i principi come criteri di orientamento e non

come ostacoli da eludere.

Solo attraverso una riappropriazione di tale visione “di sistema” l'obbedienza potrà dirsi davvero “responsabile”, non limitandosi a evitare la manifesta elusione dei parametri costituzionali, ma facendosi carico, in positivo, di ridurre quella distanza – ad oggi troppo ampia – tra ciò che la Costituzione impone e quanto la realtà penitenziaria in concreto restituisce.

RIFERIMENTI

ALBANO A.-LORENZETTI A.-PICOZZI F. 2021, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema “irrisolvibile”*, Giappichelli.

ANASTASIA S.-ANSELMI M.-FALCINELLI D. 2020, *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, CEDAM.

BAILO F. 2012, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Giuffrè.

BASILE T.-FASSONE E.-TUCCILLO T. 1987, *La riforma penitenziaria. Commento teorico-pratico alla l. 663/1986*, Jovene.

BORTOLATO M. 2015, *sub art. 35-bis o.p.*, in DELLA CASA F.-GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4, CEDAM, 394 ss.

BORTOLATO M. 2014, *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Archivio penale*, 2014, 2, 563-583.

BRICOLA F. 1977, *Introduzione*, in AA.VV., *Il carcere “riformato”*, il Mulino.

CAREDDA M. 2019, *Un diritto fondamentale e universale: la tutela della salute alla prova della realtà carceraria*, in RUOTOLO M.-TALINI S. (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica.

CARNEVALE A.-DI TILLIO A. 2006, *Medicina e carcere. Gli aspetti giuridici, criminologici, sanitari e medico-legali della pena*, Giuffrè.

CELOTTO A. 2009, *Problemi sul decreto-legge*, Editoriale Scientifica.

CELOTTO A. 2001, *Decreto-legge (postilla di aggiornamento)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Istituto della Enciclopedia italiana, 2001.

CIUFFOLETTI S. 2019, *Carcere e Antidiscriminazione. Prime prove di tutela dei diritti a fronte della (dimidiata) riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *GenIUS*, 2019, 2, 1-29.

CORNELLI R. 2019, *Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 4, 128 ss.

DANUSSO C.-PUGIOTTO A.-RUOTOLO M.-GALLIANI D.-PALAZZO F.C.-DOLCINI E. 2024, *Ergastolo e diritto alla speranza. Forme e criticità del “fine pena mai”*, Giappichelli.

DEGANELLO M. 2015, *I rimedi risarcitori*, in CAPRIOLI F.-SCOMPARIN L. (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Giappichelli, 275 ss.

DEGL'INNOCENTI L.-FALDI F. 2017, *Il rimedio risarcitorio ex art. 35-ter ord. pen. e la tutela dei diritti del detenuto*, Giuffrè.

DELLA MORTE G. 2013, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 147-158.

DONINI M. 2020, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in www.sistemapenale.it, 7 settembre 2020.

ESPOSITO M. (a cura di) 2007, *Malati in carcere. Analisi dello stato di salute delle persone detenute*, FrancoAngeli.

FERRAJOLI L. 2019, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, 2019, 1.

FIANDACA G. 2001, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 131 ss.

FIORENTIN F. 2013a, *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo rintocco della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'ultimatum della Corte EDU*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 4, 2037 ss.

FIORENTIN F. 2013b, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2013, 3, 235-267.

FIORENTIN F. 2010, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 2810 ss.

FIORIO C. 2004, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in SCALFATI A. (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, CEDAM, 70 ss.

GALLO E. 1994, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 3204 ss.

GIANFILIPPI F. 2024, *L'evoluzione delle misure extramoenia: ritmo sincopato in direzione costituzionalmente orientata*, in CAREDDA M.-FIORELLI G.-GONNELLA P.-MASSARO A.-RICCARDI A.-RUOTOLO M.-TALINI S. (a cura di), *L'esecuzione penale. Linee evolutive nella dimensione costituzionale*, Editoriale Scientifica, 119 ss.

GIOSTRA G. 2015, *Un pregiudizio "grave e attuale"? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 gennaio 2015.

GONNELLA P. 2025, *Persone detenute LGBT+. Parole, norme, pratiche, numeri e diritti negati*, in CAREDDA M.-FIORELLI G.-GONNELLA P.-MASSARO A.-RICCARDI A.-RUOTOLO M.-TALINI S. (a cura di), *Identità ed esecuzione penale*, Editoriale Scientifica, 107-126.

LORENZETTI A. 2024, *Il sistema delle fonti nel settore penitenziario*, Editoriale Scientifica.

MARGARA A. 1999, *Per Mario Gozzini. Il carcere utile: il senso di un impegno*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1999, 3, 117-126.

MARI A. 2012, *La tutela dei diritti dei detenuti*, in *Cassazione penale*, 2012, 259 ss.

MARIETTI S. 2025, *Il carcere femminile tra stato delle cose e potenzialità di riforma*, in CAREDDA M.-FIORELLI G.-GONNELLA P.-MASSARO A.-RICCARDI A.-RUOTOLO M.-TALINI S. (a cura di), *Identità ed esecuzione penale*, Editoriale Scientifica, 95-106.

MASSARO A. 2024, *La risposta "punitiva" a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, in *Diritto penale e processo*, 2024, 2.

MODUGNO F.-CELOTTO A. 1994, *Rimedi all'abuso del decreto-legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 5, 3232-3250.

MODUGNO F.-NOCILLA D. 1989, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1989, 425 ss.

MORRONE A. 2022, *Telemedicina e carcere*, in CAREDDA M.-FIORELLI G.-GONNELLA P.-MASSARO A.-RICCARDI A.-RUOTOLO M.-TALINI S. (a cura di), *Pena e nuove tecnologie. Tra "trattamento" e "sicurezza"*, Editoriale Scientifica.

NEPPI MODONA G. 1974, *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Politica del diritto*, 1974, 183 ss.

NEPPI MODONA G. 1973, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, vol. 5, Einaudi, 1903 ss.

PENNISI A. 2002, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli.

PINO G. 2005, *L'identità personale*, in AA.VV., *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, vol. II, UTET.

PINO G. 2003, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, il Mulino.

PITCH T. 2022, *Il malinteso della vittima*, Gruppo Abele.

PUGIOTTO A. 2014, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, 2.

PULITO L. 2024, *Profili di incostituzionalità del "modello Caivano"*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, 2024, 239 ss.

PULVIRENTI A. 2009, *Il controllo giurisdizionale sul trattamento penitenziario del detenuto*, in SPANGHER G. (a cura di), *Trattato di procedura penale*, UTET, 335 ss.

ROSCIOLI A. 2007, *La condizione della donna detenuta*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2007, 3.

RUOTOLO M. 2024, *Spigolature sul diritto vivente. A margine del dibattito promosso dalla Rivista Giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2024, 6, 2620 ss.

RUOTOLO M. 2019, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il "reo folle"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 2.

RUOTOLO M. 2016, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 2016, 3.

RUOTOLO M. 2013, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 3, 2084 ss.

RUOTOLO M. 2002, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Editoriale Scientifica.

RUOTOLO M. (a cura di) 2014, *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Editoriale Scientifica (disponibile in open access al sito www.dirittoepenitenziarioecostituzione.it).

RUOTOLO M.-TALINI S. (a cura di) 2019, *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica (disponibile in open access al sito www.dirittoepenitenziarioecostituzione.it).

SILVESTRI G. 2009, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica.

SIMON J. 2008, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Raffaello Cortina.

TALINI S. 2025a, "L'effettività rinnegante" del diritto all'intimità, in CITRIGNO A.M.-RANDAZZO A. (a cura di), *Carcere e diritti alla prova dell'effettività*, in Consulta OnLine, fasc. spec. II, 2025.

TALINI S. 2025b, *Le addizioni di sistema. A proposito di interventi manipolativi e silenzi legislativi*, in *Federalismi.it*, 2025, 14.

TALINI S. 2022, *L'uso delle tecnologie per il mantenimento dei rapporti affettivi*, in CARED-DA M.-FIORELLI G.-GONNELLA P.-MASSARO A.-RICCARDI A.-RUOTOLO M.-TALINI S. (a cura di), *Pena e nuove tecnologie. Tra "trattamento" e "sicurezza"*, Editoriale Scientifica.

TALINI S. 2020, *Infradiritto e libertà personale. Riflessioni intorno a interpretazione e applicazione del diritto*, in *Etica & Politica*, XXII, 2020, 3, 341-357.

TALINI S. 2018, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Editoriale Scientifica.

VALERIO P.-BERTOLAZZI C.-MARCASCIANO P. 2018, *Trasformare l'organizzazione dei luoghi di detenzione. Persone transgender e gender nonconforming tra diritti e identità*, Editoriale Scientifica.

VIGANÒ F. 2013, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 gennaio 2013.

ZAGREBELSKY G. 1992, *Il diritto mite*. Legge, diritti, giustizia, Einaudi.

ZUFFA G.-RONCONI S. 2014, *Recluse. Lo sguardo della differenza femminile in carcere*, Ediesse.



TOMASO F. GIUPPONI*

Sicurezza nazionale, segreto di Stato e Costituzione repubblicana

National security, State secret and the Constitution of the Italian Republic

Il segreto di Stato e la tutela della sicurezza nazionale pongono diversi problemi di inquadramento giuridico, fin dal loro fondamento costituzionale. Il contributo affronta le principali problematiche dell'attuale disciplina del segreto di Stato e del sistema di classificazione, anche alla luce dell'evoluzione normativa in materia. Particolare rilievo è dato ai principi costituzionali rilevanti e alle connesse dinamiche istituzionali, nell'ottica della ricerca di un equilibrio tra i valori in gioco, al centro di una complessa giurisprudenza della Corte costituzionale.

Parole chiave: Sicurezza nazionale, segreto di Stato, sistema di classificazione, controllo parlamentare, giurisprudenza costituzionale

State secrets and the protection of national security raise various issues regarding their legal framework, beginning with their constitutional basis. The essay addresses the main problematic aspects of the current regulations governing State secrets and the classification system, particularly considering recent legislative developments. Emphasis is placed on the relevant constitutional principles and the associated institutional dynamics, with a view to striking a balance between the values at stake, which are at the center of a complex body of Constitutional case law.

Keywords: National security, State secrets, classification system, parliamentary oversight, constitutional case law

SOMMARIO: 1. Il quadro costituzionale di riferimento: ordine pubblico e sicurezza, difesa e forze armate, sicurezza dello Stato e sicurezza nazionale – 2. La disciplina del segreto di Stato e il sistema di classificazione – 3. L'apposizione, l'opposizione e la conferma del segreto di Stato. Il segreto "illegale". – 4. Il controllo del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica. – 5. La Corte costituzionale "giudice" del segreto? Il difficile bilanciamento tra sicurezza nazionale e diritti fondamentali.

1. Il quadro costituzionale di riferimento: ordine pubblico e sicurezza, difesa e forze armate, sicurezza dello stato e sicurezza nazionale

Sicurezza interna e difesa esterna, notoriamente, rappresentano il nucleo storico primigenio ed irrinunciabile intorno al quale si è consolidato lo stesso concetto moderno di Stato, che tradizionalmente vede nella garanzia della sicurezza della comunità e nella tutela dei confini nazionali (oltre che dell'integrità territoriale) una delle sue finalità principali.

Non è un caso, allora, che a partire da tali origini siano andate a formarsi diverse amministrazioni, collegate all'esercizio di specifiche funzioni e alla costituzione dei relativi apparati serventi: l'amministrazione di pubblica sicurezza, da un lato, e l'amministrazione militare, dall'altro. La prima, in via di generale approssimazione, finalizzata alla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico all'interno della comunità; la seconda, invece, con il compito di garantire la sicurezza esterna rispetto a minacce e potenziali aggressioni da parte di altri Stati.

Il concetto di sicurezza (interna ed esterna) rappresenta dunque uno dei «miti» più potenti nell'evoluzione del costituzionalismo, e ha giocato (e continua ancora a giocare) un ruolo fondamentale in relazione allo stesso concetto moderno di Stato. Tuttavia, come tutte le cose, ha subito delle inevitabili mutazioni nel passaggio dagli assetti assolutistici a quelli liberali, prima, e da quelli liberali a quelli liberaldemocratici poi.

Oggi, alla luce dei principi che caratterizzano tutti gli ordinamenti democratici contemporanei, tale concetto deve necessariamente essere declinato in conformità con i canoni dello Stato di diritto, e in particolare con la tutela dei diritti fondamentali e con la separazione dei poteri. Tutto questo porta ad interrogarsi di quale sicurezza si debba oggi parlare anche nell'ambito del nostro ordinamento costituzionale, alla luce delle diverse dimensioni che tale concetto può assumere, anche sul piano strettamente giuridico.

Nel complesso, la sicurezza è richiamata dieci volte, cinque nella prima parte (artt. 13, comma 3, 16, comma 1, 17, comma 3, 25, comma 3, 41, comma 2, Cost.) e cinque nella seconda parte (artt. 117, comma 2, lett. d, art. 117, comma 2, lett. h, 117, comma 3, 120, comma 2, 126, comma 1, Cost.). Quanto alla difesa e alle forze armate, invece, minori

(ma non meno significativi) sono gli articoli della Costituzione che vi fanno riferimento, uno nella prima parte (art. 52 Cost.) e due nella seconda parte (artt. 87, comma 9, e 117, comma 2, lett. d, Cost.). Ad essi, tuttavia, vanno aggiunte le disposizioni relative all'utilizzo dello strumento bellico e alla dichiarazione dello stato di guerra (artt. 11 e 78 Cost.).

Diversi, quindi, sono i riferimenti costituzionali in materia; tra di essi, tuttavia, due sembrano assumere un particolare rilievo: 1) l'art. 117, comma 2, lett. f), che affida alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la materia «ordine pubblico e sicurezza», ad eccezione della polizia amministrativa locale; 2) l'art. 117, comma 2, lett. d), che affida allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di «difesa e Forze armate», accanto a quella relativa alla «sicurezza dello Stato». ¹

Quanto alla competenza statale in materia di ordine pubblico e sicurezza, la riforma del Titolo V del 2001 ha rappresentato la comparsa (per la prima volta) nel testo della Costituzione del concetto stesso di ordine pubblico, volutamente evitato dall'Assemblea costituente, anche per il timore di una sua potenziale evocazione in chiave «antidemocratica» e autoritaria. In ogni caso, come noto, la riforma del 2001 ha riaperto l'annoso dibattito relativo al concetto stesso di «ordine pubblico» e alla sua sovrapposizione alla nozione di «sicurezza pubblica». Senza poter qui rievocare quel dibattito, unitamente al (pur oscillante) contributo della giurisprudenza costituzionale², può ritenersi ormai ampiamente condivisa l'idea che con l'endiadi «ordine pubblico e sicurezza» debba intendersi sostanzialmente la prevenzione e repressione dei reati, espressione del monopolio dell'uso legale della forza, di competenza esclusiva dello Stato, dell'amministrazione di pubblica sicurezza e delle Forze di polizia.³

¹ A tali previsioni, poi, si devono aggiungere anche l'art. 120, comma 2, secondo il quale il Governo può sostituirsi agli organi degli enti territoriali nel caso, tra l'altro, di «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica»; e l'art. 126, comma 1, che prevede la possibilità, con decreto del Presidente della Repubblica, di rimuovere gli amministratori regionali (tra le altre ipotesi anche) per ragioni di «sicurezza nazionale».

² Si vedano in particolare (prima della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001) le sentt. nn. 2/1956, 19/1962, 168/1971, 218/1988, 290/2001. Successivamente, tuttavia, la posizione della Corte costituzionale sembra essersi sostanzialmente consolidata, indicando nell'ordine pubblico e nella sicurezza sostanzialmente un'endiadi, quale «settore riservato allo Stato relativo alle misure inerenti alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell'ordine pubblico» (così, in particolare, la sent. n. 407/2002; in senso analogo, vedi tra le altre anche le successive sentt. nn. 6/2004, 162/2004, 428/2004, 95/2005, 383/2005, 222/2006, 237/2006, 129/2009, 196/2009, 72/2010, 167/2010, 226/2010, 274/2010, 35/2011, 300/2011, 35/2012, 118/2013, 33/2015, 63/2016, 172/2017, 148/2018, 285/2019).

³ Cfr. anche l'art. 159, comma 2, del d.lgs. n. 112/1998, secondo il quale «le funzioni e i compiti amministrativi legati all'ordine pubblico e alla sicurezza pubblica [...] concernono le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni». Sul punto, vedi anche l'art. 1, comma 1, del R.D. n. 773/1931 (TULPS), secondo il quale «l'autorità di pubblica sicurezza veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità, e alla tutela della proprietà; cura l'osservanza delle leggi e dei regolamenti [...] nonché delle ordinanze [...]; presta soccorso nel caso di pubblici e privati infortuni». Coerentemente con tale approccio, l'art. 24 della legge n. 121/1981 prevede che la Polizia di Stato eserciti le proprie

Quanto a «difesa e forze armate», con tale concetto si intende evocare, tradizionalmente, quella funzione esclusiva dello Stato volta a garantire una risposta armata in caso di aggressione militare da parte di uno Stato estero. Strettamente collegata alla previsione del dovere di difesa della Patria (art. 52 Cost.), essa si inserisce nell'ambito di una precisa visione internazionale e interna del ruolo delle forze armate e dell'utilizzo dello strumento bellico. Per questo motivo la sua analisi non può prescindere dal contenuto delle altre disposizioni costituzionali in materia: l'art. 11 Cost. e il connesso principio pacifista, l'art. 78 Cost. sulla deliberazione parlamentare dello stato di guerra e l'art. 87 Cost., sul ruolo del Capo dello Stato nel comando delle forze armate e nell'ambito del Consiglio supremo di difesa, da lui presieduto.

A partire da questo quadro, diverse sono state le interpretazioni in relazione alla natura e all'estensione del dovere di difesa di cui all'art. 52 Cost. Secondo una prima lettura, infatti, il concetto di «difesa» accolto sarebbe solo quello connesso agli stati di guerra deliberati secondo le procedure previste dagli artt. 78 e 87 Cost. e nell'ottica di cui all'art. 11 Cost., che (come noto) considera legittima esclusivamente la guerra «difensiva» o quella deliberata dal Consiglio di sicurezza dell'ONU, ex art. 42 della Carta di San Francisco del 1945 (cui la stessa Costituzione implicitamente rinvia). Diversamente, invece, si potrebbe ritenere che il dovere di difesa abbia un contenuto più ampio, e valga anche in chiave preventiva e in tempo di pace, evocando l'art. 52 Cost. la necessità di garantire in via permanente la protezione dello Stato e del suo ordinamento, con particolare riferimento a situazioni eccezionali ed emergenze (anche internazionali) in grado di minacciare la sicurezza nazionale.

Sul punto, la Corte costituzionale sembra aver accolto la seconda impostazione citata, avendo affermato in più di una occasione che la difesa della Patria è una necessità fondamentale e suprema attinente all'esistenza e difesa dello Stato, la quale è garantita, in primo luogo, dalle forze armate, presidio dell'indipendenza e libertà della nazione⁴.

funzioni «al servizio delle istituzioni democratiche e dei cittadini», garantendo «l'esercizio delle libertà e dei diritti dei cittadini», vigilando «sull'osservanza delle leggi, dei regolamenti e dei provvedimenti della pubblica autorità», tutelando «l'ordine e la sicurezza pubblica», provvedendo «alla prevenzione e repressione dei reati» e prestando soccorso «in caso di calamità ed infortuni».

⁴ Cfr., tra le altre, le sentt. nn. 37/1962 e 16/1973. Più recentemente, la Corte costituzionale ha tuttavia affermato che «accanto alla difesa militare, che è solo una forma di difesa della Patria, può ben [...] collocarsi un'altra forma di difesa, per così dire, civile, che si traduce nella prestazione dei già evocati comportamenti di impegno sociale non armato» nell'ambito del servizio civile volontario, quale «adempimento del dovere di solidarietà [...] nonché di quello di concorrere al progresso materiale e spirituale della società» (artt. 2 e 4 Cost.); cfr. le sentt. nn. 228/2004 e 431/2005. Tale punto di vista sembra essere stato accolto anche dal legislatore il quale, fin dalla legge n. 382/1978, ha specificato come alle forze armate spetti non solo il compito di difendere la Patria in caso di guerra, ma anche quello di «concorrere alla salvaguardia delle libere istituzioni e al bene della collettività nazionale nei casi di pubbliche calamità» (cfr. art. 1.2). Attualmente, l'art. 89 del d.lgs. 66/2010 (Codice dell'ordinamento militare) stabilisce che il compito «prioritario» delle forze armate è la difesa dello Stato, prevedendo altresì che esse operino «al fine della realizzazione della pace e della sicurezza, in conformità alle regole del diritto internazionale e alle determinazioni delle organizzazioni internazionali delle quali l'Italia fa

Diversi, invece, appaiono i concetti di sicurezza dello Stato e sicurezza nazionale, evocati più volte dalla giurisprudenza costituzionale e, da ultimo, indicati espressamente dalla riforma costituzionale del 2001 quale competenza legislativa esclusiva statale⁵. Con tali nozioni, infatti, si evoca la necessità di tutelare l'integrità territoriale dello Stato, la sua indipendenza e la sua sovranità, rispetto a pericoli che possono rappresentare una minaccia ai suoi interessi vitali e alla sua stessa sopravvivenza come Stato democratico. Da questo punto di vista, quindi, possono venire in considerazione sia minacce esterne alla comunità, sia interne ad essa, in grado di minare alle basi l'unità della Repubblica e la sua indipendenza sullo scenario internazionale.

Anche tale rilevante interesse, tuttavia, deve essere letto alla luce dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, essendo solo ed esclusivamente in tale contesto che può parlarsi di una sicurezza della Stato democratico per come esso è stato consacrato nella Carta costituzionale del 1948. Non è un caso, allora, che anche il dovere di difesa della Patria di cui all'art. 52 Cost. (uno dei presidi fondamentali della sicurezza dello Stato) debba essere letto unitamente al successivo art. 54 Cost. il quale, imponendo a tutti i cittadini il dovere di fedeltà alla Repubblica, lo declina secondo l'inderogabile osservanza della stessa Costituzione e delle leggi della Repubblica.

Un interesse, in definitiva, che va oltre i confini delle già evidenziate competenze statali in materia di ordine pubblico e sicurezza sul piano interno, ma che si differenzia anche dalle esigenze di difesa militare tradizionalmente intese, sul piano esterno, quale ambito di intervento privilegiato delle forze armate; e la cui peculiarità e complessità richiede la precisione di uno specifico apparato dello Stato in grado di valutare l'esistenza, la consistenza e l'attualità delle minacce così individuate, in modo da consentire l'adozione da parte del circuito politico-democratico delle decisioni ritenute più opportune per la salvaguardia della sicurezza dello Stato: i servizi di informazione e l'amministrazione per la sicurezza della Repubblica.

Negli ultimi decenni, come noto, lo scenario internazionale è profondamente mutato, e di conseguenza anche gli apparati di sicurezza e difesa si sono progressivamente adeguati, per essere in grado di affrontare nuove minacce, diverse e un tempo sconosciute. Tale percorso è avvenuto sia sul piano nazionale, sia sul piano sovranazionale, come ben dimostrato dalle vicende della NATO ma anche dalla difficile cooperazione in materia di sicurezza e difesa a livello UE.

parte» e debbano concorrere «alla salvaguardia delle libere istituzioni», svolgendo anche e «compiti specifici in circostanze di pubblica calamità e in altri casi di straordinaria necessità e urgenza».

⁵ Si ritiene, infatti, che i concetti di «sicurezza nazionale» e di «sicurezza dello Stato» debbano essere considerati sostanzialmente coincidenti, evocando i supremi interessi che riguardano l'esistenza stessa della comunità nazionale e della sua indipendenza e sovranità. Proprio per questo, da ultimo, il legislatore ha utilizzato l'espressione «sicurezza della Repubblica», volta ad individuare lo specifico apparato dello Stato finalizzato alla tutela di tali particolari interessi, i quali tuttavia rimangono riferiti alla comunità intesa nel suo complesso, quale Repubblica democratica (cfr. la legge n. 124/2007).

Di fronte a fenomeni globali come il terrorismo internazionale, i flussi migratori nonché, più di recente, le emergenze ambientali, economiche e sanitarie, è apparso evidente come il livello di intervento statale non fosse più, da solo, sufficiente a garantire una risposta efficace, anche alla luce dell'evoluzione tecnologica e digitale in atto. Ciò ha spinto non solo, sul piano interno, ad un ripensamento dei consolidati confini tra gli apparati amministrativi dello Stato tradizionalmente coinvolti nella tutela della sicurezza interna ed esterna, ma anche all'attivazione di forme di collaborazione in relazione a specifiche attività o politiche, sia sul piano interno che sovranazionale.

Dunque, si è dato avvio ad un processo, ancora in corso e dal futuro incerto, che ha richiesto un complessivo ripensamento dei soggetti istituzionali, delle procedure e degli assetti amministrativi coinvolti.

Tale consapevolezza spinge, non senza qualche difficoltà, ad individuare un comune terreno di azione, che veda coinvolte non solo le tradizionali amministrazioni nazionali, ma anche le più rilevanti organizzazioni sovranazionali coinvolte in questo processo. In gioco, infatti, non sono tanto (o solo) la difesa dello Stato e la sicurezza pubblica tradizionalmente intese, quanto la stessa sicurezza nazionale, parte del più generale e complesso sistema di equilibri internazionali.

Come in parte già anticipato, in relazione al progressivo consolidamento di un perimetro normativo più certo in materia di sicurezza nazionale ha giocato un ruolo fondamentale la giurisprudenza della Corte costituzionale, che in molte occasioni ha sostanzialmente «indicato la via» ad un legislatore spesso lento e distratto in relazione a tale delicatissimo e nevralgico settore delle politiche pubbliche.

Ripercorrendo rapidamente le principali decisioni in questione, possono essere rintracciate alcune significative affermazioni, che rappresentano il fondamento e la cornice costituzionale degli interessi sottesi alla tutela della sicurezza nazionale:

a) l'interesse alla sicurezza dello Stato in relazione alla propria integrità territoriale, all'indipendenza e alla sua stessa sopravvivenza è «presente e preminente su ogni altro in tutti gli ordinamenti statali, quale ne sia il regime politico⁶»;

b) tale interesse trova espressione e fondamento, all'interno della nostra Costituzione, negli artt. 52 e 126 Cost., anche in relazione ad altre norme essenziali della nostra Carta fondamentale, quali l'art. 1, che «riassume i caratteri essenziali dello Stato stesso nella formula di Repubblica democratica», e l'art. 5, che proclama «l'indipendenza nazionale, i principi dell'unità e dell'indivisibilità dello Stato⁷»;

c) in base a tali premesse normative si può, allora, «parlare della sicurezza esterna ed interna dello Stato, della necessità di protezione da ogni azione violenta o comunque

⁶ Così, in particolare, la sent. n. 82/1976.

⁷ Cfr. la sent. n. 86/1977.

non conforme allo spirito democratico che ispira il nostro assetto costituzionale dei supremi interessi che valgono per qualsiasi collettività organizzata a Stato⁸;

d) tali interessi, per la loro stessa natura, attengono «allo Stato-comunità e, di conseguenza, rimangono nettamente distinti da quelli del Governo e dei partiti che lo sorreggono⁹»;

e) per la loro peculiarità, è opportuno dunque che l'individuazione dei fatti, degli atti e delle notizie che possono compromettere la sicurezza nazionale siano il frutto di una valutazione la quale «non può non consistere in un'attività ampiamente discrezionale e, più precisamente, di una discrezionalità che supera l'ambito ed i limiti di una discrezionalità puramente amministrativa, in quanto tocca la *salus rei publicae* ed è, quindi, intimamente legata all'accertamento di questi interessi¹⁰»;

f) tale compito, «istituzionale per i supremi organi dello Stato», non può che essere affidato a chi è «posto al vertice dell'organizzazione governativa, deputata a ciò in via istituzionale» e legato da un rapporto di fiducia nei confronti del Parlamento e, dunque, al Presidente del consiglio, ex art. 95 Cost¹¹.;

g) ciò non significa, in ogni caso, che l'autorità competente «sia da ritenere sciolta da qualsiasi vincolo, dotata di un potere assolutamente incontrollato e incontrollabile» (circostanza che contrasterebbe con i principi di una democrazia costituzionale), dal momento che il Presidente del consiglio dovrà comunque rendere conto del suo operato al Parlamento, quale «sede normale di controllo nel merito delle più alte e più gravi decisioni dell'Esecutivo», quali quelle in materia di sicurezza nazionale¹².

I principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale in questione, confermati negli anni successivi in diverse occasioni¹³, sono stati recepiti prima dalla legge n. 801/1977 e, trent'anni dopo, sviluppati e confermati dalla legge n. 124/2007.

⁸ In questo senso, ancora una volta, la sent. n. 86/1977.

⁹ Così la già citata sent. n. 86/1977, in base alla quale «è solo nei casi nei quali si tratta di agire per la salvaguardia di questi supremi, imprescindibili interessi dello Stato che può trovare legittimazione il segreto in quanto mezzo o strumento necessario per raggiungere il fine della sicurezza. Mai il segreto potrebbe essere allegato per impedire l'accertamento di fatti eversivi dell'ordine costituzionale».

¹⁰ Cfr. la sent. n. 86/1977.

¹¹ In questo senso, espressamente, la sent. n. 86/1977.

¹² Cfr. la sent. n. 86/1977: «è dinanzi alla rappresentanza del popolo, cui appartiene quella sovranità che potrebbe essere intaccata [...] che il Governo deve giustificare il suo comportamento ed è la rappresentanza popolare che può adottare le misure più idonee per garantire la sicurezza di cui trattasi».

¹³ Si ricordano, in particolare, le sentt. nn. 110/1998, 410/1998, 487/2000, 106/2009, 40/2012, 24/2014.

2. La disciplina del segreto di stato e il sistema di classificazione

La legge n. 124/2007, come noto, mantiene collegate la disciplina dei servizi di informazione e la normativa in materia di segreto di Stato. Anche alla luce della già citata giurisprudenza costituzionale, il punto di riferimento istituzionale in materia di segreto è quindi individuato, in sostanziale continuità con il precedente assetto, nel Presidente del Consiglio, vertice del potere esecutivo. Ad esso spetta, infatti, in via esclusiva «l'alta direzione e la responsabilità generale della politica dell'informazione per la sicurezza, nell'interesse e per la difesa della Repubblica e delle istituzioni democratiche poste dalla Costituzione a suo fondamento»¹⁴, oltre che ogni competenza in materia di apposizione e tutela del segreto di Stato, nonché di conferma della sua opposizione ad opera di pubblici ufficiali, pubblici impiegati o incaricati di pubblico servizio¹⁵. A tal fine egli «determina i criteri per l'apposizione e l'opposizione del segreto ed emana le disposizioni necessarie per la sua tutela amministrativa, nonché quelle relative al rilascio e alla revoca dei nulla osta di sicurezza»¹⁶.

A supporto delle sue delicate attribuzioni in materia è posto ora il Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS), il quale deve assicurare «l'attuazione delle disposizioni impartite dal Presidente del Consiglio [...] ai fini della tutela amministrativa del segreto di Stato e delle classifiche di segretezza, vigilando altresì sulla loro corretta applicazione»¹⁷. In particolare, all'interno dello stesso DIS è prevista la costituzione di un apposito Ufficio centrale per la segretezza (UCSE), con compiti di coordinamento, consulenza e controllo in materia di segreto di Stato e sistema di classificazione¹⁸. Tra i

¹⁴ Cfr. l'art. 1, primo comma, lett. a), della legge n. 124/2007. In tale compito, il Presidente del consiglio è coadiuvato dal Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica (CISR), con compiti di consulenza e proposta (vedi l'art. 5, terzo, quarto e quinto comma, della legge n. 124/2007: «Il Comitato è presieduto dal Presidente del Consiglio dei ministri ed è composto dall'Autorità delegata, ove istituita, dal Ministro degli affari esteri, dal Ministro dell'interno, dal Ministro della difesa, dal Ministro della giustizia e dal Ministro dell'economia e delle finanze. Il direttore generale del DIS svolge le funzioni di segretario del Comitato. Il Presidente del Consiglio dei ministri può chiamare a partecipare alle sedute del Comitato, anche a seguito di loro richiesta, senza diritto di voto, altri componenti del Consiglio dei ministri, i direttori dell'AISE e dell'AISI, nonché altre autorità civili e militari di cui di volta in volta sia ritenuta necessaria la presenza in relazione alle questioni da trattare»..

¹⁵ Cfr. l'art. 1, primo comma, lett. b) e c), della legge n. 124/2007.

¹⁶ Cfr. l'art. 1, secondo comma, della legge n. 124/2007. Come noto, con D.P.C.M. dell'8 aprile 2008 sono stati adottati i criteri per l'individuazione delle notizie, delle informazioni, dei documenti, degli atti, delle attività, delle cose e dei luoghi suscettibili di essere oggetto di segreto di Stato, mentre le nuove norme relative al rilascio dei NOS risultano attualmente disciplinate dal D.P.C.M. n. 5 del 6 novembre 2015 (cfr., in particolare, gli artt. 23 ss.).

¹⁷ Così, espressamente, l'art. 4, terzo comma, lett. l), della legge n. 124/2007.

¹⁸ In base all'art. 9, secondo comma, della legge n. 124/2007, infatti, competono all'UCSE: «a) gli adempimenti istruttori relativi all'esercizio delle funzioni del Presidente del Consiglio dei ministri [...] a tutela del segreto di Stato; b) lo studio e la predisposizione delle disposizioni esplicative volte a garantire la sicurezza di tutto

suoi compiti, infatti, rientrano non solo gli adempimenti istruttori relativi all'esercizio dei poteri del Presidente del consiglio in materia di segreto di Stato, ma anche il rilascio e la revoca dei nulla osta di sicurezza (NOS), che autorizzano determinati soggetti (di verificata e scrupolosa fedeltà alla Repubblica e ai valori democratici della Costituzione) all'accesso a notizie classificate¹⁹.

Quanto all'Autorità delegata ora prevista e disciplinata dalla legge n. 124/2007²⁰, essa non sembra avere un ruolo centrale in materia di segreto di Stato; la legge, infatti, prevede che ad essa possa essere assegnato solamente lo svolgimento dei compiti non attribuiti in via esclusiva al Presidente del consiglio (tra i quali rientrano espressamente, invece, le competenze in materia di segreto di Stato²¹).

La legge di riforma conferma sostanzialmente le finalità di tutela già presenti nell'art. 12 della legge n. 801/1977, a loro volta evidenziate dalla più volte citata giurisprudenza costituzionale in materia, la quale, come noto, ha fin dall'inizio ravvisato il suo fondamento costituzionale del segreto di Stato in diverse disposizioni costituzionali. Secondo la Corte, infatti, per individuare il fondamento costituzionale del segreto di Stato occorre fare riferimento non solo al concetto di difesa della Patria di cui all'art. 52 Cost., ma anche a quello di sicurezza nazionale, espressamente previsto nell'art. 126 della Costituzione ed in numerose altre disposizioni degli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale.

Ebbene, proprio a tali concetti occorre fare riferimento per dare concreto contenuto alla nozione del segreto di stato, ponendoli però anche in relazione con altre norme della stessa Costituzione che fissano elementi e momenti imprescindibili del nostro Stato: in particolare vanno tenuti presenti la indipendenza nazionale, i principi della unità e della

quanto è coperto dalle classifiche di segretezza [...], con riferimento sia ad atti, documenti e materiali, sia alla produzione industriale; c) il rilascio e la revoca dei nulla osta di sicurezza (NOS), previa acquisizione del parere dei direttori dei servizi di informazione per la sicurezza e, ove necessario, del Ministro della difesa e del Ministro dell'interno; d) la conservazione e l'aggiornamento di un elenco completo di tutti i soggetti muniti di NOS».

¹⁹ Sul punto, la legge di riforma prevede un apposito procedimento preventivo di accertamento delle indispensabili caratteristiche dei potenziali destinatari dei NOS, attraverso il coinvolgimento delle forze armate, delle forze di polizia e delle pubbliche amministrazioni in genere (e la cui disciplina è rimessa ad apposito regolamento, da ultimo adottato con il già citato D.P.C.M. del 6 novembre 2015; cfr. l'art. 9, quarto e quinto comma, della legge n. 124/2007). In ogni caso, è espressamente previsto che i soggetti coinvolti debbano «essere informati della necessità dell'accertamento nei loro confronti» e possano conseguentemente rifiutarlo, «rinunciando al NOS e all'esercizio delle funzioni per le quali esso è richiesto» (cfr. l'art. 9, ottavo comma, della legge n. 124/2007).

²⁰ In base a quanto stabilito dall'art. 3 della legge n. 124/2007: «Il Presidente del Consiglio dei ministri, ove lo ritenga opportuno, può delegare le funzioni che non sono ad esso attribuite in via esclusiva soltanto ad un Ministro senza portafoglio o ad un Sottosegretario di Stato, di seguito denominati Autorità delegata».

²¹ Cfr. l'art. 1, primo comma, lett. b) e c) della legge n. 124/2007, in base al quale spettano in via esclusiva al Presidente del consiglio l'apposizione e la tutela del segreto di Stato, oltre che la conferma dell'opposizione dello stesso.

indivisibilità dello Stato (art. 5) e la norma che riassume i caratteri essenziali dello Stato stesso nella formula di Repubblica democratica (art. 1).

Attualmente è previsto che siano coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività le cose e i luoghi la cui conoscenza o la cui diffusione siano in grado recare grave danno «all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato²²».

Da questo punto di vista, dunque, appare evidente la volontà di una maggiore analiticità in relazione agli oggetti di tutela, con un'espressa estensione anche ai luoghi, mentre in riferimento all'individuazione delle informazioni potenzialmente suscettibili di tutela tramite il segreto di Stato, è prevista l'adozione di specifici criteri tramite un apposito D.P.C.M., adottato l'8 aprile 2008. In base a detto regolamento, sono esemplificativamente individuati una serie di ambiti operativi di tutela tramite il segreto di Stato piuttosto ampi, che vanno dalla tutela della sovranità popolare a quella degli interessi economici, dalla tutela da forme di eversione, alla dislocazione degli apparati e delle strutture militari²³.

Particolarmente rilevante, per quanto ci riguarda, l'indicazione, tra i possibili ambiti oggetto di segreto, della struttura, delle attribuzioni e delle attività del DIS e dei servizi di informazione, comprese le relazioni con gli organismi di *intelligence* di altri Stati, che rischia ancora una volta di perpetuare quella sostanziale (e problematica) sovrapposizione tra riservatezza dell'attività di *intelligence* e disciplina del segreto di Stato che si è messa in evidenza fin dall'inizio.

In base alla disciplina vigente, il segreto di Stato cessa ordinariamente dopo quindici anni dalla sua apposizione (o, come vedremo, dalla conferma della sua opposizione). Trascorso questo termine «chiunque vi abbia interesse può richiedere al Presidente del Consiglio dei ministri di avere accesso alle informazioni, ai documenti, agli atti, alle attività, alle cose e ai luoghi coperti dal segreto di Stato²⁴». Entro trenta giorni dalla

²² Cfr. l'art. 39, primo e terzo comma, della legge n. 124/2007. Rispetto alla precedente definizione, a ben vedere, scompare il riferimento alla tutela del «libero esercizio delle funzioni degli organi costituzionali», che ampie critiche aveva ricevuto per la sua indeterminatezza, mentre la nozione di «integrità dello Stato democratico» è sostituita con la nozione di «integrità della Repubblica».

²³ Cfr. l'art. 5 del D.P.C.M. dell'8 aprile 2008. Quanto alla difesa militare, vedi ora anche l'art. 235 del d.lgs. n. 66/2010, in base al quale «il segreto su atti, documenti, notizie, attività e beni militari è disciplinato dalla legge 3 agosto 2007, n. 124» e dai relativi D.P.C.M. di attuazione.

²⁴ Cfr. l'art. 39, settimo comma, della legge n. 124/2007. Particolarmente rilevante, sul punto, quanto stabilito dall'art. 10, secondo comma, del D.P.C.M. dell'8 aprile 2008, in base al quale «ai fini della richiesta di accesso [...] il Presidente del Consiglio dei Ministri, sentita l'amministrazione interessata, valuta preliminarmente la sussistenza in capo al richiedente di un interesse diretto, concreto ed attuale collegato all'oggetto dell'accesso, nonché meritevole di giuridico apprezzamento in relazione alla qualità soggettiva del richiedente ed alla finalità per la quale l'accesso sia richiesto». Tale disposizione, infatti, evidenzia bene come il regime giuridico

richiesta, il Presidente del consiglio consente l'accesso alle informazioni, qualora non ritenga di prorogare con provvedimento motivato il vincolo di segretezza.²⁵

In ogni caso, la durata complessiva del segreto di Stato non può superare i trent'anni, ed è comunque sempre possibile, per il Presidente del Consiglio, far venir meno il vincolo di segretezza in ogni momento, qualora risultino cessate le esigenze originarie di tutela²⁶. Un'eccezione sembra risultare dalla previsione della necessaria intesa con le autorità estere o internazionali coinvolte nella gestione dell'eventuale segreto di Stato sulla base di accordi internazionali, che deve sempre precedere l'eventuale scelta nazionale di cessazione del vincolo del segreto: in sua assenza, dunque, la durata del segreto potrebbe eccedere anche il termine massimo di trenta anni²⁷.

Diverso, invece, il sistema di classificazione relativo alle c.d. notizie riservate. Come noto, anche alla luce della disciplina penalistica in materia²⁸, mentre le notizie sottopo-

delle informazioni per le quali sia cessato il vincolo non sia in ogni caso paragonabile ad una piena conoscibilità *erga omnes*, venendo in conto non ben precisate «qualità soggettive» del richiedente, tali da sfumare la posizione giuridica soggettiva in un sostanziale interesse legittimo.

²⁵ Per alcuni casi di proroga si vedano, ad es., la Relazione annuale approvata dal Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR) il 29 luglio 2010 (XVI legislatura, DOC XXIV, n. 5, pp. 42-44); la Relazione approvata il 14 luglio 2011 (XVI legislatura, DOC XXIV, n. 6, pp. 39-40); la Relazione approvata il 23 gennaio 2013 (XVI legislatura, DOC XXIV, n. 7, pp. 22-23); nonché, più recentemente, la Relazione approvata il 22 febbraio 2022 (XVIII legislatura, DOC XXXIV, n. 8), in particolare p. 115.

²⁶ Come avvenuto più volte nel corso degli anni. Per alcuni esempi, si vedano la Relazione approvata dal COPASIR il 10 dicembre 2014 (XVII legislatura, DOC XXXIV, n. 1, pp. 37-38); la Relazione approvata il 14 aprile 2021 (XVIII legislatura, DOC XXXIV, n. 4, p. 14) nonché, più di recente, la Relazione approvata il 15 aprile 2025 (XIX legislatura, DOC XXXIV, n. 3), in particolare p. 10.

²⁷ Si pensi, solo per fare un esempio, all'ambito connesso alla difesa militare congiunta in ambito NATO (su cui si vedano, tra l'altro, la legge n. 465 del 1949, di ratifica ed esecuzione del Trattato di Washington dello stesso anno, e la successiva legge n. 1226 del 1954, di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Ottawa del 1951, in particolare all'art. 7); o al sistema di classificazione adottato in seno all'UE (sul quale si vedano le decisioni del Consiglio europeo, n. 2013/488/UE del 23 settembre 2013; della Commissione europea 2015/444/UE, Euratom, del 13 marzo 2015; nonché il Regolamento n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001, anche in relazione al successivo Accordo interistituzionale del 20 novembre 2002). Da ultimo, sulla problematica rilevanza dei vincoli derivanti dagli accordi in ambito NATO e sulla loro "specialità" rispetto alla disciplina nazionale, vedi Cass., Sez. I penale., sent. n. 12096 del 27 marzo 2025, in base alla quale «nel nostro ordinamento [...] coesistono il segreto di stato [...] e il segreto NATO [...], fermo restando che il cono applicativo dell'art. 39 della legge 124 del 2007 è di particolare ampiezza e tale da determinare possibili interrelazioni in concreto». Dunque, non può escludersi «che l'autorità politico-amministrativa possa opporre il segreto di Stato, anche alla autorità giudiziaria, in riferimento a specifiche vicende che riguardino gli accordi NATO e il coinvolgimento dell'Italia in attività correlate, ma ciò non significa [...] che la fonte del segreto NATO sia da ricercarsi nelle norme di diritto sostanziale o processuale che concernono la disciplina del segreto di Stato, data la piena autonomia delle rispettive discipline normative e la diversa matrice genetica del segreto NATO, che riguarda tutta la documentazione riservata che si genera nel contesto operativo della Alleanza Atlantica», anche alla luce della sua peculiare fonte legale «peraltro rinforzata ai sensi dell'art. 11 Cost.».

²⁸ Si vedano, ad es., gli artt. 256 (procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato) 257 (spionaggio politico o militare) e 258 (spionaggio di notizie di cui è stata vietata la divulgazione); ma soprattutto i successivi artt. 261 (rivelazione di segreti di Stato) e 262 (rivelazione di notizie di cui sia stata vietata la divulgazione).

ste a segreto di Stato escludono in radice ogni possibilità di una loro eventuale conoscibilità al di fuori dei soli casi ritenuti essenziali, quelle classificate vengono sottoposte ad un certo regime di divulgazione, anche se limitato, e sono comunque accessibili all'autorità giudiziaria.

Ciò appare confermato dalle disposizioni legislative in materia, in base alle quali «le classifiche di segretezza sono attribuite per circoscrivere la conoscenza di informazioni, documenti, atti, attività o cose ai soli soggetti che abbiano necessità di accedervi in ragione delle proprie funzioni istituzionali»²⁹. Diverso, invece, il caso del segreto di Stato, per il quale è espressamente previsto che «le informazioni, i documenti, gli atti, le attività, le cose e i luoghi coperti da segreto di Stato sono posti a conoscenza esclusivamente dei soggetti e delle autorità chiamati a svolgere rispetto ad essi funzioni essenziali, nei limiti e nelle parti indispensabili per l'assolvimento dei rispettivi compiti e il raggiungimento dei fini rispettivamente fissati»³⁰.

Dunque, un diverso grado di tutela, che è alla base di importanti conseguenze sul piano delle responsabilità istituzionali, dell'organizzazione e degli effetti (con particolare riguardo ai poteri dell'autorità giudiziaria)³¹. Quanto agli interessi tutelati invece, la Corte costituzionale ne ha da ultimo affermato la sostanziale omogeneità (in coerenza con la Corte di cassazione, e nel comune sforzo di necessaria oggettivizzazione), motivo per cui le notizie riservate sembrerebbero differenziarsi da quelle segrete solo in ragione dell'entità del concreto danno connesso alla loro eventuale divulgazione, e non alla luce della natura degli interessi protetti³². La necessità di evitare ogni forma di sovrapposizione tra i due ambiti di tutela appare in ogni caso confermata dalla stessa disciplina del segreto di Stato, in base alla quale esso «non può essere opposto o confermato

Come noto, il riferimento obbligato era al R.D. n. 1161/1941 (ora abrogato dal d.lgs. n. 66/2010), relativo alle c.d. notizie riservate o di vietata divulgazione in ambito militare.

²⁹ Così l'art. 42, primo comma, della legge n. 124/2007.

³⁰ Cfr. l'art. 39, secondo comma, della legge n. 124/2007. Sul punto, vedi anche la direttiva del Presidente del consiglio del 14 febbraio 2012, la quale ribadisce che «il ricorso al segreto di Stato impone in primo luogo un'attenta e ponderata valutazione della gravità del danno che potrebbe derivare all'integrità della Repubblica. Il vincolo non può perciò essere considerato alla stregua di uno strumento ordinario di protezione delle informazioni sensibili per la sicurezza: a tal fine sono invece espressamente preordinate le classifiche di segretezza».

³¹ Autorità giudiziaria che, come già visto, di fronte alla conferma dell'esistenza di un segreto di Stato, vede impedita ogni possibilità di accesso alle informazioni segretate, salvo il ricorso al conflitto di attribuzione; mentre, nel caso di notizie «riservate», può procedere alla loro acquisizione, anche se con la predisposizione delle necessarie cautele. Sul punto, vedi ora l'art. 42, ottavo comma, della legge n. 124/2007: «Qualora l'autorità giudiziaria ordini l'esibizione di documenti classificati per i quali non sia opposto il segreto di Stato, gli atti sono consegnati all'autorità giudiziaria richiedente, che ne cura la conservazione con modalità che ne tutelino la riservatezza, garantendo il diritto delle parti nel procedimento a prenderne visione senza estrarne copia».

³² Cfr. la sent. n. 295/2002, in conformità con quanto stabilito da Cass., Sez. V penale, sent. n. 3348 del 29 gennaio 2002.

ad esclusiva tutela della classifica di segretezza o in ragione esclusiva della natura del documento, atto o cosa oggetto della classifica». ³³

In relazione alle notizie «riservate», il sistema di classificazione prevede l'individuazione di quattro livelli di tutela: a) segretissimo; b) segreto; c) riservatissimo; d) riservato. In base alla legge di riforma, «per la trattazione di informazioni classificate segretissimo, segreto e riservatissimo è necessario [...] il possesso del nulla osta di sicurezza (NOS)» il quale, però, si prevede abbia diversa durata a seconda del livello di tutela previsto (cinque anni per l'accesso alla classifica di segretissimo; dieci anni per le classifiche di segreto e riservatissimo)³⁴. L'ambito dei singoli livelli di segretezza, i soggetti cui è conferito il potere di classificare le informazioni, i criteri per l'individuazione delle materie che ne sono oggetto e altri aspetti operativi di grande rilevanza sono rimessi ad un apposito regolamento³⁵. In base al D.P.C.M. n. 7 del 12 giugno 2009, è prevista la seguente classificazione: a) segretissimo – danno eccezionalmente grave; b) segreto – danno molto grave; c) riservatissimo – danno grave; d) riservato – danno lieve³⁶.

Gli allegati al citato D.P.C.M. «individuano l'ambito dei singoli livelli di classifica, i soggetti cui è conferito il potere di classifica e l'indicazione (non tassativa) di alcune materie e interessi che possono essere oggetto di classifica³⁷». In relazione all'indicazione delle materie oggetto di potenziale classificazione, tuttavia, il D.P.C.M. riprende sostanzialmente in toto anche quanto già previsto dal regolamento sul segreto di Stato del 2008, rendendo quindi di fatto sovrapponibile sistema di classificazione e apposizione del segreto, che riguardano interessi in gran parte corrispondenti. Ciò, in particolare, è evidente per le classifiche di «segretissimo», «segreto» e «riservatissimo» (anche se

³³ Così, espressamente, l'art. 40, terzo comma, della legge n. 124/2007, nel modificare l'art. 204 c.p.p.

³⁴ Cfr. l'art. 42, comma 1-bis, nonché l'art. 9, terzo comma, della legge n. 124/2007. Sul punto, vedi anche l'art. 31 del D.P.C.M. n. 5 del 6 novembre 2015.

³⁵ Così, espressamente, l'art. 42, settimo comma, della legge n. 124/2007: «con apposito regolamento sono determinati l'ambito dei singoli livelli di segretezza, i soggetti cui è conferito il potere di classifica e gli uffici che, nell'ambito della pubblica amministrazione, sono collegati all'esercizio delle funzioni di informazione per la sicurezza della Repubblica, nonché i criteri per l'individuazione delle materie oggetto di classifica e i modi di accesso nei luoghi militari o in quelli definiti di interesse per la sicurezza della Repubblica».

³⁶ Cfr. l'art. 4, terzo, quarto e quinto comma, del D.P.C.M. n. 7 del 12 giugno 2009. Da ultimo, si segnala come l'art. 1, lett. v), del già citato D.P.C.M. n. 5 del 6 novembre 2015 accenni anche alla diversa categoria delle informazioni «a diffusione esclusiva», definite come quelle «la cui diffusione è limitata al solo ambito nazionale italiano, unitamente ad uno o più ambiti nazionali stranieri, per motivi di protezione di interessi strategici nazionali e delle relazioni con paesi stranieri» (in merito ad attività industriali di rilievo strategico), attraverso la limitazione della conoscibilità delle stesse «a persone in possesso della sola cittadinanza italiana, unitamente o meno a persone che posseggono la sola cittadinanza di uno o più paesi stranieri». In base al successivo art. 41, secondo comma, del medesimo D.P.C.M., qualora alle informazioni coperte dal vincolo in questione «sia stata attribuita una classifica, le misure di tutela applicabili, ulteriori rispetto alla limitazione della diffusione, sono quelle corrispondenti al relativo livello di classifica, così come stabilite nelle vigenti disposizioni in materia».

³⁷ Si vedano, rispettivamente, gli allegati A, B, C e D del D.P.C.M. n. 7 del 12 giugno 2009.

con una progressiva limitazione degli interessi di natura militare)³⁸, mentre gli ambiti operativi della classifica di «riservato» sono individuati sostanzialmente in negativo rispetto alle altre tre classifiche, anche se in parte in relazione alle medesime materie. Comuni a tutte le classifiche risultano, inoltre, i settori connessi ai rapporti ispettivi in materia di tutela delle informazioni classificate, alla gestione delle attività connesse alla sicurezza delle informazioni classificate e alle relative tecnologie.

Dunque, il criterio di distinzione tra gli ambiti operativi del segreto di Stato e del sistema di classificazione risulta rimesso a criteri essenzialmente quantitativi, alla luce della rilevanza degli interessi coinvolti e del potenziale danno derivante dalla circolazione delle relative informazioni: nel primo caso, in relazione alla tutela dei «supremi e imprescindibili interessi dello Stato» connessi all'integrità della Repubblica, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza rispetto agli altri Stati e alla difesa militare; nel secondo caso, invece, in merito agli «interessi fondamentali della Repubblica». Rimangono comunque presenti i già citati rischi di sovrapposizione, non solo tra le due diverse forme di tutela (segreto e sistema di classificazione), ma tra gli stessi livelli di classificazione singolarmente presi, anche alla luce del maggior numero di soggetti coinvolti nel sistema.

Compito del Presidente del Consiglio, in quest'ultimo caso, è infatti esclusivamente quello di sovrintendere all'applicazione della relativa disciplina legislativa e regolamentare, tramite il già citato supporto del DIS e dell'UCSE, dal momento che l'apposizione della classifica di segretezza è di competenza dell'autorità che ha formato il documento, ha acquisito per prima la notizia o è responsabile della cosa³⁹, a partire dai vertici politici e amministrativi dei Ministeri interessati⁴⁰.

Coerentemente con quanto previsto in materia di segreto di Stato, anche le classifiche di segretezza sono sottoposte a precisi limiti temporali. Si prevede, infatti, una declassificazione al livello immediatamente inferiore di tutela dopo cinque anni dalla data di apposizione del vincolo. In ogni caso, dopo altri cinque anni (e, quindi, nel ter-

³⁸ Presenti con maggiore evidenza nell'ambito della classifica di «segretissimo» (ad es.: materiali o quanto possa interessare l'efficienza bellica dello Stato ovvero le operazioni militari in progetto e in atto; metodi ed impianti di comunicazione e sistemi di captazione dei segnali per le Forze armate). Va sottolineato, tuttavia, che tutti e quattro i livelli di classifica contengono un riferimento alle materie di cui al già citato R.D. n. 1161 del 1941, ora abrogato, relativo alle c.d. notizie riservate in ambito militare.

³⁹ Cfr. l'art. 42, secondo comma, della legge n. 124/2007. Il successivo quarto comma del medesimo articolo prevede poi che «chi appone la classifica di segretezza individua, all'interno di ogni atto o documento, le parti che devono essere classificate e fissa specificamente il grado di classifica corrispondente ad ogni singola parte». Tale circostanza, ancora una volta, sottolinea le profonde differenze tra classifiche di segretezza e disciplina del segreto di Stato, nell'ambito della quale, come in parte già anticipato, vi è un'esclusiva competenza del Presidente del Consiglio.

⁴⁰ Cfr., sul punto, i già citati allegati A, B, C e D del D.P.C.M. n. 7 del 12 giugno 2009. Sulla complessa organizzazione nazionale per la sicurezza, articolata in organi centrali e periferici, vedi anche gli artt. 5 ss. del D.P.C.M. n. 5 del 6 novembre 2015.

mine massimo di dieci anni) cessa ogni ulteriore vincolo⁴¹. Anche in questo caso, però, è prevista un'eccezione: il soggetto che ha proceduto alla classifica (o il Presidente del Consiglio, se il vincolo supera i quindici anni) possono prorogare la durata del vincolo con apposito provvedimento motivato, anche di fronte a richieste di accesso presentate oltre la scadenza dei limiti temporali appena indicati⁴².

Nel complesso, l'attuale disciplina conferma però l'intenzione del legislatore di mantenere formalmente indipendenti i rispettivi ambiti di tutela connessi al segreto di Stato e al sistema di classificazione, come dimostrato dai soggetti coinvolti (esclusivamente il Presidente del Consiglio, nel primo caso; anche altri soggetti, a partire dall'Autorità delegata, nel secondo), dalla diversa indicazione di limiti temporali ai rispettivi vincoli (in genere fino a trenta anni per il segreto; di norma non oltre i dieci anni per le classifiche di segretezza), nonché dall'esplicita indicazione che «la cessazione del vincolo del segreto di Stato non comporta l'automatica decadenza del regime della classifica e della vietata divulgazione». ⁴³

Lo stesso art. 2 del D.P.C.M. dell'8 aprile 2008, in questo senso, ribadisce ancora una volta la diversità di tutela rispettivamente apprestata dal segreto di Stato e dalle classifiche di segretezza, specificando che mentre il segreto di Stato, sulla base di specifica determinazione del Presidente del Consiglio, è finalizzato alla salvaguardia dei «supremi e imprescindibili interessi dello Stato» già evidenziati dalla legge n. 124/2007, e che attengono «all'esistenza stessa della Repubblica democratica», le classifiche di segretezza, più limitatamente, «sono attribuite dalle singole amministrazioni per circoscrivere la conoscenza di notizie, informazioni, documenti, atti, attività o cose ai soli soggetti che abbiano necessità di accedervi e siano a ciò abilitati in ragione delle proprie funzioni istituzionali⁴⁴».

⁴¹ Cfr., in questo senso, l'art. 42, quinto comma, della legge n. 124/2007. Sul punto, in generale, vedi anche quanto previsto dall'art. 19, secondo comma, del D.P.C.M. n. 5 del 6 novembre 2015, in base al quale «la declassifica di un'informazione è disposta dall'autorità che ha apposto la classifica». In ogni caso, si specifica, l'Autorità nazionale per la sicurezza può sempre «disporre la variazione o l'eliminazione della classifica di segretezza attribuita», anche anticipatamente rispetto al termine temporale previsto. Sul punto, si segnalano alcune importanti direttive del Presidente del Consiglio dei ministri (8 aprile 2008, 22 aprile 2014, 2 agosto 2021) con le quali si è provveduto a «declassificare» e a consentire il conseguente versamento straordinario anticipato presso gli Archivi di Stato, della documentazione relativa ad alcune dolorose vicende repubblicane (il sequestro Moro; le stragi di Piazza Fontana, Gioia Tauro, Peteano, della Questura di Milano, di Piazza della Loggia, del treno Italicus, di Ustica, di Bologna e del Rapido 904; Gladio e la Loggia P2).

⁴² Cfr., in questo senso, l'art. 42, sesto comma, della legge n. 124/2007, nonché l'art. 19, quinto e sesto comma, del D.P.C.M. n. 5 del 6 novembre 2015 (il quale, ancora una volta, indica la necessità che tali istanze siano presentate da soggetti portatori «di un interesse giuridicamente tutelato»).

⁴³ Così l'art. 7, secondo comma, del D.P.C.M. dell'8 aprile 2008.

⁴⁴ Sul punto, si veda anche l'art. 4, primo e secondo comma, del D.P.C.M. n. 7 del 12 giugno 2009.

3. L'apposizione, l'opposizione e la conferma del segreto di stato. Il segreto "illegale"

Dal punto di vista delle responsabilità e, in particolare, delle procedure previste in merito all'apposizione del segreto, la legge n. 124 del 2007 compie uno sforzo particolarmente evidente. Unico titolare del potere di apposizione del segreto (inteso quale decisione di vincolare una determinata informazione al segreto di Stato) è il Presidente del Consiglio: il vincolo del segreto, infatti, deve essere apposto su sua «espressa disposizione», tramite specifica annotazione sugli atti, documenti o cose che ne sono oggetto⁴⁵.

Dunque, a differenza del regime precedente, l'apposizione è ora un compito esclusivo del Presidente del Consiglio, per di più rientrante tra quelli individuati dalla legge come non esercitabili dall'apposita Autorità delegata⁴⁶. Questa, a ben vedere, lungi dall'essere una soluzione impraticabile o in qualche modo contraddetta all'interno della stessa legge⁴⁷, appare pienamente coerente con la volontà di un ulteriore rafforzamento delle responsabilità presidenziali in materia di segreto di Stato, in linea con la volontà di una maggiore chiarezza sulle decisioni di segretazione e con la necessità di individuare un *dies a quo* certo per la decorrenza del vincolo, ora sottoposto a precisi termini temporali.

In questo senso, d'altronde, sembra andare anche il D.P.C.M. dell'8 aprile 2008, in base al quale «l'apposizione del segreto di Stato è disposta dal Presidente del Consiglio dei ministri autonomamente o su richiesta dell'amministrazione competente, tramite il Direttore generale del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS)»⁴⁸. Dunque un ruolo, quello del Presidente del Consiglio, di decisore finale, anche sulla base di

⁴⁵ Cfr. l'art. 39, quarto comma, della legge n. 124/2007.

⁴⁶ Significativa, in questo senso, la sostituzione dell'originaria delega di funzioni all'attuale Autorità (cfr. il D.P.C.M. del 22 maggio 2008, che riservava espressamente al Presidente del Consiglio solo gli atti relativi alla conferma del segreto di stato), con il successivo D.P.C.M. del 16 luglio 2008, in base al quale, oltre alle funzioni espressamente indicate, «il Sottosegretario di Stato assolve ogni altra funzione specifica che il Presidente del Consiglio dei Ministri ritenga delegargli», ma «nel rispetto della legge». Motivo per cui «restano, comunque, attribuite al Presidente del Consiglio dei ministri tutte le competenze a lui attribuite in via esclusiva» dalla legge n. 124/2007, tra cui, ovviamente, anche quella relativa all'apposizione del segreto.

⁴⁷ Si veda, in particolare, quanto stabilito dallo stesso art. 39, quinto comma, della legge n. 124/2007, in base al quale spetta al Presidente del Consiglio disciplinare, con apposito D.P.C.M., «i criteri per l'individuazione delle informazioni, dei documenti, degli atti, delle attività, delle cose e dei luoghi suscettibili di essere oggetto di segreto di Stato». In realtà, ferma restando l'esclusiva competenza a decidere del Presidente del Consiglio, l'adozione di tali criteri non solo rappresenta una precisa scelta di pubblicità in materia di procedure per l'apposizione del segreto, ma consente la possibilità alle amministrazioni interessate o i servizi di segnalare al Capo del Governo la necessità di vincolare determinate informazioni di cui siano venute in possesso.

⁴⁸ Cfr. l'art. 6 del D.P.C.M. dell'8 aprile 2008, in base al quale «le determinazioni del Presidente del Consiglio dei ministri sono comunicate, per il tramite del Direttore generale del DIS, alla amministrazione competente. In caso di esito positivo della richiesta, l'amministrazione, ove possibile, annota sull'oggetto dell'apposizione la dicitura "segreto di Stato" in modo che non si confonda con la eventuale stampigliatura della classifica di segretezza».

indicazioni e proposte provenienti dalle diverse amministrazioni interessate (cosa che rende tali, impegnative decisioni comunque praticabili e oggettivamente gestibili, con l'eventuale supporto degli appositi uffici del DIS (e in particolare del già citato UCSE)⁴⁹.

Con l'apposizione, allora, scatta il particolare regime giuridico connesso alla tutela delle informazioni segretate. Sul punto, però, sembrano porsi nuovamente alcune questioni che hanno impegnato la dottrina e la giurisprudenza sotto il vigore della precedente disciplina, e incentrate essenzialmente sulla natura dell'atto di apposizione e dello stesso segreto di Stato. Si tratta, infatti, di capire se (sulla base di una interpretazione formale) debbano considerarsi oggetto di segreto di Stato solo ed esclusivamente quelle informazioni su cui sia stato regolarmente apposto il vincolo su disposizione del Presidente del Consiglio, o se possano, invece, identificarsi anche informazioni che, per la loro stessa natura, debbano ritenersi oggettivamente sottoposte a tale vincolo, pur in assenza di una formale apposizione. In questo senso, il problema è allora quello, più volte affrontato in dottrina, della natura costitutiva o dichiarativa dell'atto di apposizione.

Alla luce dei principi costituzionali in gioco, più volte evidenziati dalla stessa Corte costituzionale e sostanzialmente recepiti dalla legge n. 124/2007, la citata responsabilità in capo al Presidente del consiglio, che oggi ha in materia una competenza esclusiva frutto della particolare discrezionalità politica alla base delle determinazioni relative al segreto, sembra escludere la possibilità di ipotizzare l'esistenza di informazioni o dati che, di per sé e quasi ontologicamente, siano da considerarsi segreti⁵⁰. Se, infatti, la valutazione delle scelte a fondamento della politica di tutela del segreto di Stato è operata principalmente sul piano politico, è sempre la responsabilità politica del Presidente del consiglio che deve essere evidenziata e messa in gioco in materia di segreto di Stato⁵¹.

Ciò, a ben vedere, porta a considerare l'atto di apposizione come un atto di natura essenzialmente politica⁵², e non meramente amministrativo. Questo, in ogni caso, non significa certo individuare un potere di segretazione arbitrario ed assolutamente privo di ogni forma di controllo, quanto ribadire che il corretto esercizio del potere di segre-

⁴⁹ A tale Ufficio, come abbiamo già anticipato, spettano infatti gli adempimenti istruttori relativi all'esercizio delle funzioni del Presidente del consiglio in materia di segreto di Stato (art. 9, secondo comma, lett. a, della legge n. 124/2007), come sottolineato anche dalla già citata direttiva del Presidente del Consiglio del 14 febbraio 2012.

⁵⁰ Inoltre, sul piano del diritto costituzionale in senso stretto, non sembra comprensibile la distinzione in base alla quale l'atto di apposizione non sarebbe costitutivo del segreto in quanto tale, ma solo dell'obbligo di attivarsi da parte degli organi pubblici per la sua specifica tutela e protezione, essendo difficile ipotizzare l'esistenza di un segreto di Stato privo delle prescritte forme di tutela e non chiaramente riconducibile ad un'espressa volontà politica in merito.

⁵¹ Diverso, come abbiamo visto, è invece il caso delle notizie riservate e del connesso sistema di classificazione, che consente differenti interventi e valutazioni autonome ad opera delle singole amministrazioni dello Stato, pur nell'ambito delle indicazioni e dei criteri stabiliti dal Presidente del Consiglio.

⁵² Prima della legge n. 124/2007, infatti, era possibile una sua qualificazione come atto di natura amministrativa, anche alla luce del diverso, già citato, regime di competenza in materia di apposizione.

tazione da parte del Presidente del Consiglio richiede in ogni caso il rispetto delle procedure e dei limiti ora espressamente previsti dalla legge di riforma, la cui osservanza è valutata, in primis, sul piano del controllo politico-parlamentare e, in ultima analisi, dalla Corte costituzionale attraverso lo strumento del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.

Rimangono, in ogni caso, alcuni elementi problematici. Si pensi, in particolare, all'individuazione del *dies a quo* a partire dal quale far decorrere il termine di cessazione del vincolo del segreto: in base alla legge n. 124/2007, infatti, tale termine decorre «dall'apposizione del segreto di Stato o, in mancanza di questa, dalla sua opposizione» confermata dal Presidente del Consiglio⁵³.

A meno di non mettere in discussione la necessaria manifestazione formale da parte del Presidente del Consiglio (aprendo la strada a inaccettabili concezioni ontologiche del segreto), l'unica possibile interpretazione della norma in questione coerente con l'impianto complessivo della legge (e con i principi costituzionali coinvolti) sembra essere quella che ritiene le due ipotesi non come alternative tra loro, ma, rispettivamente, come regola generale (la prima) e eccezione particolare (la seconda).

In sostanza, l'unico caso ipotizzabile di opposizione in assenza di, previa, formale apposizione da parte del Presidente del Consiglio sembra essere quello in cui la valutazione del segreto si ponga per la prima volta proprio con la procedura di interpello in questione (comportando, quindi, una sostanziale contestualità dell'apposizione e dell'opposizione, o meglio della conferma della stessa)⁵⁴.

Diversa, invece, la natura dell'atto di opposizione, consistente nella dichiarazione di scienza, da parte del pubblico ufficiale, del pubblico impiegato o dell'incaricato di pubblico servizio chiamati a rendere dichiarazioni⁵⁵ o a deporre nell'ambito di un pro-

⁵³ Cfr. l'art. 39, settimo comma, della legge n. 124/2007. Sul punto, ancora una volta, si veda anche la direttiva del Presidente del consiglio del 14 febbraio 2012, la quale sottolinea come «avere certezza sul *dies a quo* del segreto di Stato è indispensabile per l'applicazione delle norme che ne disciplinano l'efficacia nel tempo». Quanto all'oggetto del segreto, la stessa direttiva sottolinea come possa accadere che l'apposizione o l'opposizione «si riferiscano a questioni complesse [...] che, per loro natura, contengono molteplici elementi informativi»; per questo motivo appare necessario, in questi casi, «circoscrivere con il massimo di puntualità gli atti che contengano le informazioni tutelate dal segreto di Stato».

⁵⁴ Sul punto (anche se in riferimento alla disciplina legislativa del 1977), la Corte costituzionale ha tuttavia affermato che «se è vero che – di regola – la sussistenza dei presupposti del segreto di Stato è riconosciuta in un atto proveniente da determinati soggetti abilitati dalla legge a farlo valere (atto che, in tal caso, assume valore ricognitivo, da un lato, e costitutivo, dall'altro, del vincolo del segreto), nondimeno, il documento, la cosa, la notizia o i rapporti, che vengono in rilievo di volta in volta, possono presentare caratteristiche di contenuto o di forma tali da indurre a ritenere che essi, *ictu oculi*, rivestono connotazioni di per sé coperte dal segreto di Stato. In altri termini, in dette particolari ipotesi, la caratteristica della segretezza è intrinseca all'atto, perché percepibile immediatamente ed univocamente [...]. È evidente che, in tal caso, l'assenza di una espressa dichiarazione lascia un notevole grado di discrezionalità a chi debba far uso del documento, cosa, notizia o rapporto» (così la sent. n. 106/2009).

⁵⁵ Cfr. l'art. 41 della legge n. 124/2007. Questa, come noto, appare una delle principali novità della riforma, che

cedimento penale, relativa all'esistenza del segreto di Stato sui fatti oggetto del procedimento stesso. Con l'opposizione, dunque, non si appone direttamente alcun vincolo, ma si manifesta solo la conoscenza in ordine alla sua esistenza (salvo l'eccezione appena segnalata).

In ogni caso, è previsto che l'autorità giudiziaria debba informare il Presidente del Consiglio ai fini della conferma dell'opposizione del segreto di Stato (il c.d. interpello)⁵⁶. Se, entro un termine di trenta giorni dalla richiesta, il Presidente del Consiglio conferma, con atto motivato⁵⁷, l'esistenza del segreto, è fatto divieto all'autorità giudiziaria di acquisire e utilizzare, direttamente e indirettamente, le notizie coperte dal segreto⁵⁸. Dunque, se tali notizie risultano essenziali per il prosieguo del procedimento, dovrà essere dichiarato il non doversi procedere per l'esistenza di un segreto di Stato⁵⁹.

L'autorità giudiziaria potrà invece procedere oltre, ove siano disponibili mezzi di prova autonomi e indipendenti dalle notizie segretate; inoltre, se il Presidente del con-

ha esteso il dovere di opporre il segreto di Stato anche a soggetti diversi dal testimone (ad es. periti e consulenti tecnici), sollevando il problema, però, di considerarsi o meno ricompresi anche l'indagato o l'imputato, anche alla luce della difficile convivenza tra dovere di fedeltà alla Repubblica e diritto di difesa. In ogni caso, l'eventuale rivelazione di segreti di Stato a fini difensivi, pur punibile in astratto, potrebbe risultare scriminata dall'art. 51 c.p. come esercizio di un diritto. In ogni caso, con la sent. n. 40/2012, la Corte costituzionale sembra ormai aver sciolto ogni dubbio, avendo affermato espressamente che con la riforma del 2007 «l'imputato viene ad essere [...] incluso tra i titolari del potere-dovere di opporre il segreto di Stato», senza affrontare (però) la connessa questione dell'operatività della già citata scriminante di cui all'art. 51 c.p.

⁵⁶ Sul punto, in realtà, sembra esserci una «duplicazione» procedurale nell'ambito del nuovo art. 41 della legge n. 124/2007 il quale, al primo comma, evoca una sorta di dovere di informazione da parte dell'autorità giudiziaria nei confronti del Presidente del Consiglio «per le eventuali deliberazioni di sua competenza»; mentre, al secondo, prevede la vera e propria procedura di interpello, ma limitatamente all'evenienza che la conoscenza di quanto coperto dal segreto sia ritenuta dall'autorità giudiziaria «essenziale per la definizione del processo».

⁵⁷ Sulla motivazione dell'atto di conferma del segreto di Stato, vedi ora la sent. n. 40/2012 della Corte costituzionale, la quale ha sottolineato come essa sia finalizzata «a giustificare, in termini congruenti e plausibili – nei rapporti tra poteri – lo sbarramento all'esercizio della funzione giurisdizionale conseguente alla conferma del segreto», così da ricondurre le notizie segretate nell'ambito della tutela della sicurezza nazionale, a differenza dell'obbligo di motivazione connesso alla comunicazione al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica della conferma del segreto, la quale è invece finalizzata a permettere un sindacato politico «sulle modalità di esercizio in concreto del potere di segretazione» da parte del Presidente del Consiglio.

⁵⁸ Così, analogamente, gli artt. 40, primo comma, e 41, quinto comma, della legge n. 124/2007.

⁵⁹ Cfr. gli artt. 40, primo comma, e 41, terzo comma, della legge n. 124/2007. Anche in questo caso appare evidente una sostanziale codificazione della giurisprudenza costituzionale, secondo la quale, di fronte alla conferma del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio, la magistratura non rimane comunque priva di ogni possibilità d'azione. Ferma restando l'inutilizzabilità, anche al fine di trarne spunti per successive acquisizioni probatorie (e quindi in via indiretta), delle notizie coperte da segreto di Stato, in quell'occasione la Corte aveva specificato che «l'opposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio dei ministri non ha l'effetto di impedire che il pubblico ministero indaghi sui fatti di reato cui si riferisce la *notitia criminis* in suo possesso, ed eserciti se del caso l'azione penale, ma ha l'effetto di inibire all'autorità giudiziaria di acquisire e conseguentemente di utilizzare gli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto» (così, espressamente, la sent. n. 110/1998).

siglio non dovesse rispondere all'interpello entro i trenta giorni previsti, il segreto si intende non confermato e le informazioni potranno essere acquisite dall'autorità giudiziaria⁶⁰. Infine (con una previsione non priva di ambiguità) qualora il Presidente del consiglio non ritenga di confermare l'opposizione del segreto, «provvede [...] a declassificare gli atti, i documenti, le cose o i luoghi oggetto di classifica di segretezza, prima che siano messi a disposizione dell'autorità giudiziaria competente»⁶¹.

Un procedimento in gran parte analogo è previsto dagli artt. 256 e 256-ter c.p.p., relativi all'esibizione e all'acquisizione di atti documenti o altre cose per i quali venga eccepito il segreto di Stato, anche se nell'ambito di una intricata, e a tratti problematica, stratificazione normativa.

Quanto ai limiti di segretazione, l'attuale disciplina legislativa si sofferma espressamente sul c.d. segreto illegale, stabilendo che «in nessun caso possono essere oggetto di segreto di Stato notizie, documenti o cose relativi a fatti di terrorismo o eversivi dell'ordine costituzionale o a fatti costituenti i delitti di cui agli articoli 285, 416-bis, 416-ter e 422 del Codice penale»⁶².

Dunque, come noto, viene primariamente esclusa la possibilità di impedire, attraverso lo strumento del segreto, l'accertamento di condotte di reato volte a mettere in pericolo gli stessi beni alla cui tutela è finalizzato lo stesso segreto di Stato. A tale previsione, però, sulla base delle note polemiche degli ultimi decenni, si aggiunge ora anche l'espressa indicazione dell'impossibilità di una attivazione del segreto relativamente a fatti di strage e criminalità organizzata, oltre che in relazione alle condotte poste in essere dagli agenti dei servizi in violazione della specifica disciplina, ora prevista, relativa alle c.d. garanzie funzionali.

La legge n. 124 del 2007, infatti, prevede disposizioni molto più dettagliate rispetto alle scarse indicazioni contenute nella legge n. 801/1977,⁶³ introducendo non solo norme

⁶⁰ Cfr. l'art. 40 primo comma, e 41, quarto e sesto comma, della legge n. 124/2007. Da segnalarsi, in questo caso, una differenza tra disciplina della testimonianza (art. 202 c.p.p.), e disciplina del più ampio divieto di riferire: nel primo caso, infatti, l'interpello al Presidente del Consiglio appare automatico, mentre nel secondo, come abbiamo già visto, l'autorità giudiziaria procede solo «se ritiene essenziale la conoscenza di quanto coperto dal segreto per la definizione del processo».

⁶¹ Così l'art. 40, terzo comma, della legge n. 124/2007, nell'introdurre un nuovo comma 1-*quinquies* all'art. 204 c.p.p.

⁶² Cfr. l'art. 39, undicesimo comma, della legge n. 124/2007, in relazione ai delitti di strage, associazione mafiosa e scambio elettorale politico-mafioso. In senso analogo, si veda anche il successivo art. 40, secondo comma, della legge il quale, nel riformulare l'art. 204 c.p.p., conferma tali limitazioni, anche se con l'esclusione delle condotte di terrorismo.

⁶³ Limitate, come noto, alla previsione dell'obbligo, per gli agenti dei servizi, di fare rapporto esclusivamente ai rispettivi direttori, i quali avevano il dovere di denunciare i fatti configurabili come reati e i relativi elementi di prova alla polizia giudiziaria; in presenza della necessità di perseguire specifiche finalità informative, poi, i Ministri competenti (previo assenso del Presidente del consiglio) potevano ritardare tale adempimento per il tempo strettamente necessario (cfr. l'art. 9 della legge n. 801/1977). Una disciplina sostanzialmente analoga è, oggi, contenuta nell'art. 23, sesto, settimo e ottavo comma, della legge n. 124/2007.

relative alla tutela del personale dei servizi di informazione⁶⁴, ma anche (e per la prima volta) una vera e propria causa di giustificazione speciale connessa a specifiche esigenze informative, adottata sulla base di una puntuale autorizzazione del Presidente del consiglio⁶⁵ e circondata da tutta una serie di limitazioni⁶⁶. Ebbene, proprio in relazione a tale ipotesi l'attuale art. 204 c.p.p. prevede che «non possono essere oggetto del segreto [...] notizie o documenti concernenti le condotte poste in essere da appartenenti ai servizi di informazione per la sicurezza in violazione della disciplina concernente la speciale causa di giustificazione» in questione⁶⁷.

Rimane, però, un dubbio: chi è il giudice dell'attinenza o meno delle notizie dei documenti o delle cose segretate ai fatti espressamente esclusi dalla tutela del segreto di

⁶⁴ Come, ad esempio, la previsione in base alla quale l'autorità giudiziaria assuma tutte le possibili cautele in occasione dell'assunzione di dichiarazioni da parte degli addetti ai servizi di intelligence, prevedendo anche la segretezza degli atti di indagine che abbiano visto una loro partecipazione informativa (art. 27 della legge n. 124/2007); o, ancora, il nuovo art. 270-bis c.p.p. sulle intercettazioni di comunicazioni di servizio, il quale prevede la necessità di acquisire l'assenso del Presidente del Consiglio in merito ad una loro utilizzazione processuale, onde evitare la divulgazione di informazioni eventualmente segretate.

⁶⁵ Cfr. l'art. 18 della legge n. 124/2007.

⁶⁶ Secondo quanto previsto dall'art. 17 della legge n. 124/2007, infatti, l'operatività della speciale causa di giustificazione è connessa al rispetto di quattro specifiche condizioni: a) deve trattarsi di condotte poste in essere nell'esercizio o a causa di compiti istituzionali dei servizi di informazione per la sicurezza, in attuazione di un'operazione autorizzata e documentata; b) devono risultare come indispensabili e proporzionate al conseguimento degli obiettivi dell'operazione, non altrimenti perseguibili; c) devono essere frutto di una obiettiva e compiuta comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti; d) devono comportare il minor danno possibile per gli interessi lesi. E' inoltre previsto che «la speciale causa di giustificazione [...] non si applica se la condotta prevista dalla legge come reato configura delitti diretti a mettere in pericolo o a ledere la vita, l'integrità fisica, la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale, la salute o l'incolumità di una o più persone»; restano, altresì esclusi i reati di attentato contro gli organi costituzionali dello Stato e contro le assemblee regionali (art. 289 c.p.) e contro i diritti politici del cittadino (art. 294 c.p.), oltre ai delitti contro l'amministrazione della giustizia (salve le condotte di favoreggiamento indispensabili al raggiungimento dei fini istituzionali dei servizi). Infine, non risultano autorizzabili le condotte di soppressione, sottrazione o falsificazione di documenti concernenti la sicurezza dello Stato (art. 255 c.p.), i reati connessi allo sfruttamento della prostituzione, oltre a tutte le condotte per le quali non è consentita l'opposizione del segreto di Stato (anche se con alcune significative eccezioni, come nel caso della partecipazione ad associazioni mafiose o della direzione, organizzazione e partecipazione ad associazioni terroristiche: cfr. l'art. 17, quarto comma, della legge n. 124/2007, come modificato, da ultimo, dal d.l. n. 48 del 2025). Sul particolare "interpello" connesso all'opposizione in giudizio di tale speciale causa di giustificazione, si veda poi quanto stabilito dall'art. 19 della legge n. 124/2007.

⁶⁷ Deve in ogni caso essere sottolineato come lo stesso testo dell'art. 40, secondo comma, della legge n. 124/2007, nel riformare l'art. 204 c.p.p., stabilisca che «si considerano violazioni della predetta disciplina le condotte per le quali, essendo stata esperita l'apposita procedura prevista dalla legge, risulta esclusa l'esistenza della speciale causa di giustificazione». In questo modo, come abbiamo già sottolineato, si manifesta ancora una volta una sostanziale sovrapposizione tra attività dei servizi di informazione e disciplina del segreto di Stato: se, alla luce del D.P.C.M. dell'8 aprile 2008, gran parte dell'attività e dell'organizzazione dei servizi può essere oggetto di segreto di Stato, allora è evidente che ciò non potrà avvenire in relazione alle condotte illegittime degli stessi servizi, del tutto estranee alle finalità istituzionali che, oggi, possono essere perseguite anche attraverso (limitate) condotte formalmente illegali.

Stato? In primo luogo, sicuramente, il Presidente del consiglio il quale, esercitando il suo esclusivo potere di apposizione, è tenuto a rispettare i limiti citati, non disponendo la segretezza di informazioni connesse a fatti di tale natura. In secondo luogo, nell'ambito del procedimento penale, il funzionario chiamato a deporre o a rendere dichiarazioni, che è tenuto ad opporre il segreto esclusivamente al di fuori di tali ipotesi. In terzo luogo, e ai fini di una delimitazione dei confini del procedimento giudiziario, la stessa autorità procedente, nel suo esclusivo potere di qualificazione giuridica dei fatti oggetto di indagine⁶⁸. Infine, ovviamente, la Corte costituzionale in occasione di eventuali conflitti di attribuzione, fermo restando il controllo politico esperibile in sede parlamentare.

Sul punto, tuttavia, deve essere segnalato uno degli aspetti più controversi della disciplina in materia. Attualmente, infatti, è previsto che l'autorità giudiziaria debba comunicare al Presidente del consiglio i provvedimenti con cui respinge l'eventuale eccezione di segretezza opposta, perché relativa ai già citati casi di esclusione⁶⁹; tuttavia, l'art. 66 delle disp. att. c.p.p. stabilisce che, ricevuta tale comunicazione, il Presidente possa, entro trenta giorni, confermare il segreto con atto motivato «se ritiene che non ricorrano i presupposti» di legge «perché il fatto, la notizia o il documento coperto dal segreto di Stato non concerne il reato per cui si procede», in questo modo, però, sovrapponendo la sua valutazione sulla rilevanza processuale delle informazioni segretate a quella del giudice, con un evidente depotenziamento degli stessi casi di esclusione legislativamente indicati.

4. Il controllo del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica

La legge n. 124/2007, anche sulla scia delle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, ha significativamente rafforzato il controllo politico sul sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e sul segreto di Stato, anche alla luce della parziale riforma attuata dalla successiva legge n. 133/2012. In questo senso, un ruolo centrale è attribuito alle Camere⁷⁰ e, in particolare, al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR), che viene rinnovato nella sua composizione e nelle sue at-

⁶⁸ Cfr. l'art. 204, primo comma, c.p.p., in base al quale «se viene opposto il segreto, la natura del reato è definita dal giudice».

⁶⁹ Così l'art. 204, secondo comma, c.p.p.

⁷⁰ Cfr. l'art. 38 della legge n. 124/2007, in base al quale «entro il mese di febbraio di ogni anno il Governo trasmette al Parlamento una relazione scritta, riferita all'anno precedente, sulla politica dell'informazione per la sicurezza e sui risultati ottenuti».

tribuzioni rispetto al precedente Comitato parlamentare di controllo (COPACO)⁷¹.

Composto da cinque deputati e cinque senatori nominati dai Presidenti delle Camere «in proporzione al numero dei componenti dei gruppi parlamentari», il nuovo organo di controllo deve in ogni caso garantire la rappresentanza paritaria della maggioranza e delle opposizioni. Tale specificazione, a ben vedere, conferma la consapevolezza della particolare rilevanza dei compiti del COPASIR, tali da consigliare un pieno coinvolgimento delle minoranze a garanzia del corretto funzionamento del sistema di *intelligence* e della potestà di segretezza governativa. Il Presidente, non a caso, è espressamente previsto debba appartenere ai gruppi di opposizione⁷². Per la delicatezza delle sue funzioni, è stabilito che tutti i suoi componenti e i funzionari addetti siano tenuti al segreto relativamente alle informazioni acquisite⁷³.

In base al Regolamento interno, le sedute, le deliberazioni e gli atti del Comitato sono segrete, salvo che il comitato stesso non decida di renderle pubbliche in tutto o in parte⁷⁴.

Compito istituzionale del Comitato è verificare, «in modo sistematico e continuativo, che l'attività del Sistema di informazione per la sicurezza si svolga nel rispetto della Costituzione, delle leggi, nell'esclusivo interesse e per la difesa della Repubblica e delle sue istituzioni».

A tal fine, la legge di riforma prevede specifiche funzioni di controllo e consultive, oltre che determinati obblighi di comunicazione. Più nello specifico, esso svolge il suo controllo attraverso l'esercizio di poteri conoscitivi assai rilevanti⁷⁵: audizioni, richieste di atti, accessi e sopralluoghi, controllo della documentazione di spesa, ecc. Tuttavia, in merito alla possibilità di convocare dipendenti dei servizi di informazione, la legge prevede la necessità di un consenso del Presidente del consiglio, che può anche opporsi per giustificati motivi.

⁷¹ Si ricorda che, in base all'art. 11 della legge n. 801/1977, era prevista l'istituzione di un «Comitato parlamentare costituito da quattro deputati e quattro senatori nominati dai Presidenti dei due rami del Parlamento sulla base del criterio di proporzionalità», al fine di esercitare «il controllo sull'applicazione dei principi stabiliti dalla [...] legge». Esso, come noto, poteva solamente «chiedere al Presidente del Consiglio dei ministri [...] informazioni sulle linee essenziali delle strutture e dell'attività dei Servizi e formulare proposte e rilievi».

⁷² Cfr. l'art. 30 della legge n. 124/2007, in base al quale il COPASIR deve essere istituito all'inizio di ogni legislatura, «entro venti giorni dalla votazione della fiducia al Governo». Tuttavia, alla luce delle possibili difficoltà nella formazione del governo e per garantire continuità all'azione di controllo parlamentare in materia di sicurezza nazionale, è ora prevista l'istituzione di un Comitato provvisorio, le cui funzioni cessano decorsi venti giorni dalla votazione della fiducia (cfr. l'art. 30-bis della legge n. 124 del 2007, inserito dal d.l. n. 115 del 2022). L'organizzazione interna del COPASIR, tra l'altro, prevede un Ufficio di presidenza composto da un Vicepresidente e da un Segretario, ed è rimessa ad un apposito regolamento interno approvato a maggioranza assoluta dei componenti (art. 37 della legge n. 124/2007; Regolamento del 22 novembre 2007).

⁷³ Cfr. l'art. 36 della legge n. 127/2007.

⁷⁴ Così gli artt. 8 e 12 del Regolamento, approvato il 22 novembre 2007.

⁷⁵ Cfr., in particolare, l'art. 31 della legge n. 124/2007.

Quanto alle informazioni e agli atti in possesso dei servizi di informazione, è previsto che il COPASIR ne possa ottenere copia, salva la possibilità di un'opposizione di una specifica «esigenza di riservatezza» connessa al rischio di «pregiudicare la sicurezza della Repubblica, i rapporti con Stati esteri, lo svolgimento di operazioni in corso o l'incolumità di fonti informative, collaboratori o appartenenti ai servizi di informazione per la sicurezza».⁷⁶ Se il COPASIR insiste, ritenendo infondata tale opposizione, spetta al Presidente del consiglio confermare o meno la sua esistenza, secondo procedure analoghe a quelle previste in generale per l'opposizione e la conferma del segreto di Stato.

In ogni caso, e significativamente, si prevede che non possa essere opposta o confermata alcuna esigenza di riservatezza «in relazione a fatti per i quali non è opponibile il segreto di Stato»; è inoltre stabilito che «in nessun caso l'esigenza di riservatezza o il segreto di Stato possono essere opposti» al COPASIR nell'ambito di specifiche indagini, deliberate a maggioranza dei due terzi dei componenti il Comitato, e relative alla rispondenza dei comportamenti dei funzionari dei servizi ai loro compiti istituzionali⁷⁷. Dunque, nel momento di massima delicatezza del controllo, nessun ostacolo deve essere posto al COPASIR. In ogni caso, qualora ritenga infondate le determinazioni in merito del Presidente del consiglio o non ottenga risposta nel termine prescritto, il Comitato riferisce direttamente alle Camere per ogni ulteriore valutazione sul piano politico.

A tali funzioni di controllo, la legge affianca specifiche funzioni consultive, con particolare riferimento all'adozione dei regolamenti previsti dalla legge di riforma e concernenti l'organizzazione e lo stato giuridico del personale dei servizi⁷⁸. È poi previsto che il COPASIR debba presentare al Parlamento una relazione annuale «per riferire sull'attività svolta e per formulare proposte e segnalazioni su questioni di propria competenza»⁷⁹.

Maggiore rilevanza sembrano avere, invece, gli specifici obblighi di comunicazione attualmente previsti a favore del Comitato, anche perché possono rappresentare il presupposto logico dell'attivazione di puntuali attività di controllo. Non è un caso, allora, che debbano essere comunicate al COPASIR, entro trenta giorni dalla loro conclusione, tutte le operazioni speciali in cui sia stata espressamente autorizzata la commissione di fattispecie delittuose, proprio al fine di valutare le circostanze di tali operazioni speciali e la loro piena rispondenza allo schema legislativo relativo alle c.d. garanzie funziona-

⁷⁶ Cfr. l'art. 31, settimo e ottavo comma, della legge n. 124/2007.

⁷⁷ In questo senso l'art. 31, nono comma, della legge n. 124/2007.

⁷⁸ Cfr. l'art. 32 della legge n. 124/2007, il quale prevede anche che il Presidente del consiglio debba informare preventivamente il COPASIR delle nomine dei vertici di DIS, AISE e AISI.

⁷⁹ Così l'art. 35 della legge n. 124/2007, il quale in ogni caso specifica che «il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica può, altresì, trasmettere al Parlamento nel corso dell'anno informative o relazioni urgenti».

li⁸⁰. Inoltre, il Presidente del consiglio deve comunicare immediatamente al Comitato ogni ipotesi di conferma dell'esistenza della speciale autorizzazione di cui abbia dato comunicazione all'autorità giudiziaria⁸¹.

Il caso più significativo di comunicazione obbligatoria al COPASIR riguarda proprio il segreto di Stato. Il Presidente del Consiglio, infatti, è tenuto a dare comunicazione al Comitato di ogni caso di conferma dell'opposizione del segreto, indicandone le ragioni essenziali⁸². Rispetto alla legge n. 801/1977 la volontà di un rafforzamento dei poteri di controllo del Parlamento è evidente, anche se l'impianto di fondo viene sostanzialmente confermato: unica possibilità di intervento, qualora il COPASIR ritenga infondata la conferma del segreto, è l'adozione di una specifica relazione alle Camere, per le conseguenti valutazioni sul piano esclusivamente politico. In ogni caso, in base alle disposizioni vigenti, sembra ribadita la limitazione dell'obbligo di comunicazione in relazione all'acquisizione di elementi di prova orali (testimonianza e dichiarazioni rese nel corso del procedimento), mentre non risulta previsto nel caso di acquisizioni documentali. A tale controllo, di natura essenzialmente politica, si aggiunge quello relativo all'eventuale decisione di una proroga del termine di scadenza del vincolo del segreto (come abbiamo visto, generalmente indicato in quindici anni), il cui provvedimento motivato deve essere in ogni caso trasmesso «senza ritardo» dal Presidente del consiglio al COPASIR⁸³.

Nell'ottica di un ulteriore rafforzamento dei poteri parlamentari di controllo in materia, la già citata legge n. 133/2012 ha stabilito che, di fronte alla comunicazione delle «ragioni essenziali» della decisione del Presidente del consiglio di confermare l'opposizione in giudizio del segreto di Stato, il Presidente del COPASIR possa chiedere allo stesso di esporre, «in una seduta segreta e appositamente convocata, il quadro informativo idoneo a consentire l'esame nel merito della conferma dell'opposizione del segreto

⁸⁰ Cfr. l'art. 33, quarto comma, della legge n. 124/2007. Analogamente, deve essere data comunicazione al COPASIR dell'effettuazione di intercettazioni preventive autorizzate nell'ambito di attività di *intelligence* (cfr. l'art. 4 del d.l. n. 144 del 2005), oltre che di eventuali colloqui personali svolti con detenuti o internati, autorizzati al fine di acquisire informazioni per la prevenzione di reati con finalità terroristica, anche internazionale (cfr. l'art. 4, comma 2-bis, del d.l. n. 144 del 2005). Con le medesime modalità, devono essere comunicate le misure di *intelligence* di contrasto attivate in situazioni di crisi o di emergenza all'estero, che coinvolgano aspetti di sicurezza nazionale o per la protezione di cittadini italiani (cfr. l'art. 7-bis del d.l. n. 174 del 2015); oltre che le misure di *intelligence* di contrasto in effettuate ambito cibernetico (cfr. l'art. 7-ter d.l. n. 174 del 2015). Spetta sempre al Presidente del Consiglio, poi, informare con cadenza mensile il COPASIR circa le attività di ricerca elettronica, svolte esclusivamente verso l'estero, «a protezione degli interessi politici, militari, economici, scientifici e industriali» della Repubblica (cfr. l'art. 8, comma 2-bis, del d.l. n. 7 del 2015). Da ultimo, devono essere comunicate al COPASIR «tempestivamente» tutte le richieste di cui all'art. 270-bis c.p.p., con le conseguenti determinazioni adottate in merito all'eventuale opposizione del segreto di stato (art. 33, quinto comma, della legge n. 124 del 2007).

⁸¹ Così l'art. 19, quarto comma, della legge n. 124/2007.

⁸² Cfr. gli artt. 40, quinto comma, e 41, nono comma, della legge n. 124/2007.

⁸³ Così, espressamente, l'art. 39, settimo e ottavo comma, della legge n. 124/2007.

di Stato». ⁸⁴

Molto spesso, infatti, le previste «ragioni essenziali» erano state interpretate in modo assai generico dal Presidente del consiglio, che si limitava a consegnare al Comitato informazioni assai scarse, tanto da spingere più volte lo stesso a richiedere ulteriore documentazione esplicativa ⁸⁵.

Fin dalla prima relazione presentata al Parlamento ⁸⁶, il COPASIR ha sottolineato la necessità di una maggiore possibilità di intervento in materia di segreto di Stato, con particolare riferimento all'assenza di un termine previsto per le comunicazioni del Presidente del consiglio ⁸⁷ e della mancanza di chiarezza sui conseguenti obblighi informativi del Comitato stesso nei confronti delle Camere (limitati, o meno, ai soli casi di ritenuta infondatezza della conferma del segreto) ⁸⁸.

In questo senso va letta anche la modifica del Regolamento interno operata nel 2009, con l'introduzione dell'art. 10-bis, in base al quale «il Comitato inizia l'esame delle co-

⁸⁴ In questo senso, con previsione analoga, gli artt. 10 e 11 della legge n. 133/2012, nel modificare gli artt. 40 e 41 della legge n. 124/2007.

⁸⁵ Come accaduto, per esempio, nel caso della comunicazioni di conferma connesse al caso «Abu Omar» e al c.d. «dossieraggio» illegale da parte di alcuni agenti del SISMI, che hanno aperto un ampio confronto tra il COPASIR e la Presidenza del consiglio (oltre che all'interno dello stesso Comitato) al fine di ottenere ulteriori elementi informativi volti a valutare la fondatezza o meno della conferma del segreto (cfr. la relazione approvata il 29 luglio 2010, XVI legislatura, DOC XXIV, n. 5, 39 ss.).

⁸⁶ Si veda la Relazione approvata il 29 luglio 2009 (XVI legislatura, DOC XXIV, n. 3), in particolare 52-53.

⁸⁷ Solamente nell'ambito della peculiare disciplina di cui all'art. 270-bis c.p.p., infatti, è previsto (blandamente) che il Presidente del Consiglio debba dare «tempestiva comunicazione» al COPASIR circa l'eventuale opposizione del segreto di stato su comunicazioni di servizio degli appartenenti al comparto *intelligence* acquisite dall'autorità giudiziaria tramite intercettazioni, nonché delle sue relative determinazioni in merito. Nessun accenno in merito, invece, è rintracciabile all'interno dei già citati artt. 40, quinto comma, e 41, nono comma, della legge n. 124 del 2007. Per alcuni casi di conferma dell'opposizione del segreto di stato, con conseguente richiesta di approfondimento da parte del COPASIR anche alla luce di un'approfondita discussione interna circa il suo ruolo, si veda, in particolare, la Relazione approvata dal COPASIR il 29 luglio 2010 (XVI legislatura, DOC XXIV, n. 5, pp. 39-41); nonché la Relazione approvata il 14 luglio 2011 (XVI legislatura, DOC XXIV, n. 6, pp. 38-39). Per un caso più recente, vedi invece la Relazione approvata il 19 agosto 2022 (XVIII legislatura, DOC XXIV, n. 12, p. 95). Nell'ambito della già citata disciplina speciale di cui all'art. 270-bis c.p.p., diversi sono stati i casi di mancata opposizione del segreto: si vedano, ad es., la Relazione approvata il 4 febbraio 2016 (XVII legislatura, DOC XXXIV, n. 3, p. 20); la Relazione approvata il 9 febbraio 2017 (XVII legislatura, DOC XXXIV, n. 4, p. 17); la Relazione approvata il 24 gennaio 2018 (XVII legislatura, DOC XXXIV, n. 5, pp. 35-36).

⁸⁸ Per la prassi in materia si vedano, ancora una volta, le singole relazioni annuali del COPASIR. Per un caso di comunicazione al Comitato di una mancata conferma del segreto da parte del Presidente del consiglio, espressione di «leale collaborazione» tra Governo e COPASIR, vedi ad esempio la Relazione approvata il 23 gennaio 2013 (XVI legislatura, DOC XXXIV, n. 7, p. 22). Viceversa, per un caso di lamentata assenza di collaborazione, di fronte alla cessazione del vincolo del segreto, si veda la Relazione approvata il 9 febbraio 2022, che stigmatizza il mancato riscontro del governo alle ripetute richieste del COPASIR (XVIII legislatura, DOC XXXIV, n. 8, pp. 93-94). Infine, vedi anche la comunicazione di revoca di alcuni segreti di Stato in anticipo rispetto alla prevista scadenza quindicennale (cfr. la Relazione approvata il 10 dicembre 2014, XVII legislatura, DOC XXIV, n. 1, 37-38; più recentemente, vedi la Relazione approvata dal COPASIR il 15 aprile 2025 (XIX legislatura, DOC XXXIV, n. 3), in particolare p. 10).

municazioni del Presidente del Consiglio dei ministri di apposizione, opposizione e conferma dell'opposizione del segreto di Stato entro trenta giorni dalla loro trasmissione», fissando anche «un termine per la conclusione dell'esame delle comunicazioni [...], in relazione alle quali può richiedere chiarimenti anche attraverso audizioni e acquisizioni di documenti». Qualora ritenga infondata «l'apposizione, l'opposizione o la conferma dell'opposizione del segreto di Stato», il COPASIR riferisce a ciascuna delle Camere per le conseguenti valutazioni. Tale riforma appare assai significativa, dal momento che estende l'obbligo di comunicazione in parola anche ai casi di apposizione⁸⁹ e opposizione in giudizio del segreto, laddove la legge n. 124/2007, come abbiamo visto, lo limita espressamente ai soli casi di conferma dell'opposizione⁹⁰.

Quanto al delicato problema dell'opponibilità del segreto di Stato allo stesso Comitato parlamentare, la legge di riforma sembra operare una sostanziale cesura rispetto al regime precedente (che, come noto, contemplava tale ipotesi)⁹¹. Attualmente, come abbiamo in parte già visto supra, è prevista solamente la possibilità, da parte del Presidente del consiglio, di confermare l'opposizione di una specifica «esigenza di riservatezza» connessa alla richiesta, agli appartenenti dei servizi di informazione, di documenti o notizie «che possano pregiudicare la sicurezza della Repubblica, i rapporti con Stati esteri, lo svolgimento di operazioni in corso o l'incolumità di fonti informative, collaboratori o appartenenti ai servizi di informazione per la sicurezza».

In ogni caso, come è stato sottolineato, emerge con evidenza un punto di debolezza nell'ambito del complessivo rafforzamento del sistema dei controlli parlamentari sul sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e, in particolare, sul segreto di Stato. In alcune rilevanti occasioni, infatti, il coinvolgimento del Comitato è esclusivamente successivo, circostanza che rischia di depotenziare significativamente il suo intervento, che può solo manifestarsi con un'eventuale relazione al Parlamento affinché prenda le opportune decisioni.

⁸⁹ Per un caso di comunicazione dell'apposizione del segreto di stato, vedi la Relazione approvata dal COPASIR il 29 luglio 2010 (XVI legislatura, DOC XXIV, n. 5, pp. 41-42).

⁹⁰ Tale discrasia, da ultimo, è stata sottolineata anche dalla Relazione approvata il 9 febbraio 2022 (XVIII legislatura, DOC XXXIV, n. 8, pp. 94-95), che ha indicato la necessità di un adeguamento sul punto della legge n. 124 del 2007, considerato che «il momento originario e genetico di formazione del segreto di stato acquista una pregnanza certamente superiore alle ipotesi di opposizione e conferma dell'opposizione, che giocoforza hanno una scansione cronologica distinta e diversa; pertanto prevedere un obbligo informativo sui casi di apposizione [...] accrescerebbe la sfera di controllo del Comitato che potrebbe attivarsi, se del caso, con maggiore prontezza».

⁹¹ Cfr. l'art. 11, quarto e quinto comma, della legge n. 801/1977: «il Presidente del Consiglio dei ministri può opporre al Comitato parlamentare, indicandone con sintetica motivazione le ragioni essenziali, l'esigenza di tutela del segreto in ordine alle informazioni che a suo giudizio eccedono i limiti» connessi ai poteri del Comitato. «In questo caso il Comitato parlamentare ove ritenga, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, che l'opposizione del segreto non si sia fondata, ne riferisce a ciascuna delle Camere per le conseguenti valutazioni politiche».

5. La Corte costituzionale “giudice” del segreto? Il difficile bilanciamento tra sicurezza nazionale e diritti fondamentali

Con una sostanziale codificazione della giurisprudenza costituzionale sul punto, la legge n. 124/2007 individua nella Corte costituzionale il giudice ultimo in materia di segreto di Stato: «quando è sollevato conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, qualora il conflitto sia risolto nel senso dell'insussistenza del segreto di Stato, il Presidente del Consiglio dei ministri non può più opporlo con riferimento al medesimo oggetto. Qualora il conflitto sia risolto nel senso della sussistenza del segreto di Stato, l'autorità giudiziaria non può né acquisire né utilizzare, direttamente o indirettamente, atti o documenti sui quali è stato opposto il segreto di Stato»⁹².

In occasione dell'articolato conflitto che ha visto opposti Presidente del consiglio e magistrati bolognesi (1998-2000)⁹³, la Corte aveva infatti già precisato che, alla luce della disciplina allora vigente, «l'opposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio dei ministri non ha l'effetto di impedire che il pubblico ministero indaghi sui fatti di reato cui si riferisce la notizia criminis in suo possesso, ed eserciti se del caso l'azione penale, ma ha l'effetto di inibire all'autorità giudiziaria di acquisire e conseguentemente di utilizzare gli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto»⁹⁴. Dunque, non uno sbarramento totale all'esercizio della giurisdizione, ma solo il divieto di utilizzare gli specifici elementi coperti dal segreto ritualmente opposto.

Secondo i giudici costituzionali, però, il divieto in questione «riguarda l'utilizzazione degli atti e documenti coperti da segreto sia in via diretta, ai fini cioè di fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale, sia in via indiretta, per trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine, le cui eventuali risultanze sarebbero a loro volta viziate dall'illegittimità della loro origine». Gli effetti della conferma del segreto, quindi, riguardano il contenuto informativo protetto, al di là del supporto materiale che lo veicola (documento o altro), impedendo ogni forma di utilizzazione anche per ulteriori spunti investigativi. Dunque, conseguenza della conferma dell'opposizione del segreto di Stato non è il completo sbarramento dell'esercizio della funzione giurisdizionale, la quale ben potrà procedere oltre qualora abbia reperito aliunde sufficienti elementi di prova, del tutto autonomi e diversi rispetto a quelli coperti dal segreto⁹⁵.

⁹² Così, espressamente, l'art. 40, primo comma, della legge n. 124/2007 nel riformare il testo dell'art. 202 c.p.p.; analogamente dispone il successivo art. 41, settimo comma, della medesima legge, in relazione al divieto di riferire al di fuori del caso della testimonianza.

⁹³ Relativo ad un procedimento penale che aveva coinvolto alcuni funzionari del SISDE in relazione ad operazioni antiterrorismo, e che ha visto ben tre interventi della Corte costituzionale. Si tratta, come noto, delle già citate sentt. nn. 110/1998, 410/1998 e 487/2000.

⁹⁴ Cfr. la sent. n. 110/1998.

⁹⁵ Questo, dunque, il punto di equilibrio individuato dalla Corte, anche al fine di garantire il rispetto di quel-

Tale assetto, come appare evidente, rappresenta il tentativo di un bilanciamento dei differenti interessi costituzionali in gioco: da un lato, la sicurezza della Repubblica; dall'altro, l'obbligatorietà dell'azione penale connessa all'esercizio indipendente della funzione giudiziaria. Tale bilanciamento, operato in via generale dal legislatore, risulta sottoposto al controllo della Corte costituzionale sotto un duplice profilo: in primo luogo, da un punto di vista più generale, in relazione all'eventuale giudizio di costituzionalità sulla stessa disciplina legislativa; secondariamente, da un punto di vista più puntuale e circoscritto, in occasione di eventuali conflitti di attribuzione tra l'autorità giudiziaria e il Presidente del consiglio, finalizzati a valutare in concreto la rispondenza dell'utilizzo del segreto di Stato al nostro assetto costituzionale⁹⁶.

Dopo le prime decisioni della seconda metà degli anni '70⁹⁷ la Corte costituzionale è stata chiamata ad esprimersi quasi esclusivamente in relazione a conflitti di attribuzione⁹⁸. Tuttavia, la consapevolezza di intervenire in un settore del tutto particolare, in cui le ragioni dello Stato di diritto trovano un limite nelle esigenze di sicurezza nazionale, ha spinto il Giudice costituzionale ad assumere un atteggiamento piuttosto cauto nelle sue decisioni. Questo alla luce della considerazione, più volte ribadita, in base alla quale la decisione relativa alla segretazione è espressione di una valutazione ampiamente discrezionale, volta alla tutela del supremo interesse dell'integrità dello Stato, e proprio per questo frutto di valutazioni politiche al massimo livello, nell'ambito del raccordo Governo-Parlamento⁹⁹.

Se questo è vero, allora, si capisce l'affermazione in base alla quale la Corte ritiene di non potersi comunque sostituire

«al legislatore, operando, in concreto e di volta in volta, senza alcuna base legislativa, valutazioni di merito attinenti al bilanciamento tra i beni costituzionali sottostanti rispettivamente alle esigenze di tutela del segreto e di salvaguardia dei valori protetti

la leale collaborazione che deve sempre ispirare i reciproci rapporti tra i diversi poteri dello Stato: «fermo il principio di legalità, i rapporti tra Governo e autorità giudiziaria debbono essere ispirati a correttezza e lealtà, nel senso dell'effettivo rispetto delle attribuzioni a ciascuno spettanti. Entro questo quadro, non potrebbe ad esempio l'autorità giudiziaria aggirare surrettiziamente il segreto opposto dal Presidente del Consiglio, inoltrando ad altri organi richieste di esibizione di documenti dei quali le sia nota la segretezza formalmente opposta» (così, ancora una volta, la sent. n. 110/1998).

⁹⁶ Oltre che, come previsto espressamente dall'art. 19 della legge n. 124/2007 relativamente alle c.d. «garanzie funzionali», in caso di contestazione da parte dell'autorità giudiziaria procedente della conferma, da parte del Presidente del consiglio, dell'esistenza della già citata autorizzazione connessa alla speciale causa di giustificazione operante per il personale dei servizi di informazione.

⁹⁷ Cfr. le sentt. nn. 82/1976, 86/1977 e, in qualche modo, 295/2002 (nonché l'ord. n. 344/2000).

⁹⁸ Si ricordano, in questo senso, i conflitti di cui alle ordd. nn. 49/1977, 259/1984, 426/1997, 266/1998, 320/1999, 321/1999, 404/2005, 124/2007, 125/2007, 337/2007, 338/2007, 230/2008, 425/2008, 376/2010, 69/2013, 244/2013.

⁹⁹ Come affermato sin dalla (più volte citata) sent. n. 86/1977.

dalle singole fattispecie incriminatrici». ¹⁰⁰

In questo senso, la Corte riconosce quindi un ruolo centrale al principio di leale collaborazione tra poteri, ed esclude che l'opposizione del segreto possa, di per sé, costituire un generale ed automatico sbarramento all'esercizio della funzione giurisdizionale.

Come già anticipato, infatti, di fronte alla conferma dell'esistenza di un segreto di Stato l'autorità giudiziaria può proseguire le sue indagini, ma a patto di avere a disposizione altri elementi di prova, del tutto autonomi dalle fonti segretate, non potendone trarre ulteriori elementi di prova, né direttamente né indirettamente. Quanto alla valutazione sulla fondatezza dell'opposizione e della successiva conferma del segreto da parte del Presidente del Consiglio, essa appare di natura essenzialmente politica e, dunque, di competenza delle Camere (e del Comitato parlamentare, in particolare). ¹⁰¹

La legge n. 124/2007, portando a compimento le stesse indicazioni della giurisprudenza costituzionale, sembrerebbe ora avere dato nuovo slancio all'idea di una Corte quale "giudice ultimo" in materia di segreto di Stato. La maggiore articolazione degli interessi (oggettivi) che stanno a fondamento del segreto, la più chiara ricostruzione di procedure, protagonisti, limiti e responsabilità connessi alla decisione di segretazione e l'espressa indicazione che «in nessun caso il segreto di Stato è opponibile alla Corte costituzionale» sembrano infatti delineare un'istanza di controllo che non si deve limitare alla verifica dall'esterno del formale rispetto delle procedure previste, ma che può affrontare il cuore del problema connesso alla giustificazione costituzionale, ai presupposti legali e al rispetto dei limiti connessi al segreto di Stato.

La successiva giurisprudenza della Corte sembra però aver sostanzialmente smentito tale lettura, come dimostrato dalle complesse vicende legate al caso "Abu Omar". ¹⁰² Le sentt. 106/2009 e 24/2014, infatti, evidenziano tutta la difficoltà della Corte costituzionale in tale delicatissimo settore, con affermazioni a volte in parte contraddittorie con le stesse premesse poste. Ancora una volta, al centro dei diversi conflitti di attribuzione

¹⁰⁰ Così, in particolare, la sent. n. 110/1998, nel sottolineare ancora una volta la necessità di una riforma legislativa in materia di segreto di Stato.

¹⁰¹ Tali principi, come abbiamo visto, sono stati affermati con forza nell'ambito del complesso conflitto sorto tra la Presidenza del Consiglio e la magistratura bolognese. Pur caratterizzata da momenti di particolare asperità (dovuti ai diversi tentativi da parte dei giudici procedenti di «aggirare» gli effetti della conferma del segreto e delle successive decisioni della Corte), tale vicenda appare comunque sintomatica del difficile ruolo della Corte costituzionale, di fronte ad un caso in cui lo strumento del segreto era utilizzato, in realtà, al fine di tutelare le attività e l'organizzazione dei servizi di sicurezza, allora prive di ogni forma di «garanzia funzionale».

¹⁰² Come noto, la vicenda trae origine dal rapimento da parte di alcuni agenti della CIA (avvenuto a Milano nel febbraio del 2003) del cittadino egiziano Nasr Osama Mustafà Hassan, detto Abu Omar, sospettato di attività terroristica. Nel corso delle indagini furono coinvolti anche i vertici e alcuni funzionari del SISMI, accusati di aver collaborato nell'attuazione della *extraordinary rendition* da parte dei servizi americani. Una volta opposto il segreto sull'organizzazione interna del SISMI e sui rapporti con la CIA da parte degli imputati, esso fu confermato in più occasioni dalla Presidenza del consiglio, cosa che portò ad un aspro conflitto con la magistratura milanese, fino a giungere ad una serie di ricorsi "incrociati" decisi dalla Corte (in senso sostanzialmente favorevole al Governo) con la già citata sent. n. 106/2009.

tra Governo e magistrati milanesi è stato l'utilizzo del segreto di Stato per tutelare la riservatezza delle modalità operative dei servizi. Il caso "Abu Omar", infatti, al di là dello spinoso tema delle c.d. extraordinary renditions e della loro incompatibilità con il nostro ordinamento costituzionale,¹⁰³ ha posto all'attenzione della Corte, tra l'altro, anche il problema dell'apposizione del segreto da parte del Presidente del consiglio sui c.d. interna corporis e sui rapporti tra servizi di informazione italiani e servizi di *intelligence* stranieri.¹⁰⁴

Richiamata tutta la propria giurisprudenza in materia, la Corte conferma che all'autorità giudiziaria

«è escluso [...] qualsiasi sindacato sull'an, ma anche sul quomodo del potere di segretazione, atteso che il giudizio sui mezzi idonei e necessari per garantire la sicurezza dello Stato ha natura squisitamente politica e, quindi, mentre è connaturale agli organi ed alle autorità politiche preposte alla sua tutela, certamente non è consono alla attività del giudice»

ordinario.¹⁰⁵ A tali nette affermazioni, i giudici costituzionali accompagnano, però, la significativa specificazione: «ferme restando le competenze di questa Corte in sede di conflitto di attribuzioni». Dunque, un'inibizione che sembrerebbe limitata alla giurisdizione ordinaria, lasciando invece intatta la possibilità di una piena esplicazione del diverso giudizio sulle attribuzioni costituzionali in gioco, che spetta alla sola Corte.

Tuttavia, a ben vedere, la Corte si è rifiutata di sindacare le motivazioni degli atti di segretazione governativi adottati in concreto,¹⁰⁶ sostenendo che «il giudizio sui mezzi ritenuti necessari o soltanto utili a garantire la sicurezza dello Stato spetta al Presidente del Consiglio dei ministri sotto il controllo del Parlamento». Tale giudizio, secondo la Corte, risulterebbe infatti una sorta di «sindacato sulle ragioni della disposta segretazione», evidentemente non ritenuto coerente con le funzioni del Giudice costituzionale in sede di conflitto di attribuzione. Dunque, nessun controllo sulla motivazione dell'atto di conferma del segreto che miri ad accertare, ad esempio, la proporzionalità del mezzo rispetto allo scopo, ritenuta una valutazione di natura essenzialmente politica spettante alle Camere, tramite il COPASIR. Ciò, si continua, sarebbe confermato anche dal tenore

¹⁰³ «Questa Corte su un piano generale conviene [...] con le risoluzioni del Parlamento Europeo circa la illiceità delle c.d. consegne straordinarie, perché contrarie alle tradizioni costituzionali e ai principi di diritto degli Stati membri dell'Unione Europea ed integranti specifici reati». In ogni caso, continuano i giudici costituzionali, «il segreto di Stato non è stato apposto sul reato di sequestro di persona, bensì soltanto sulle fonti di prova attinenti a rapporti tra Servizi italiani e stranieri», argomento che sembra escludere definitivamente ogni possibile discussione in merito.

¹⁰⁴ Settore, come abbiamo visto, ora potenzialmente oggetto di segreto di Stato, in base al D.P.C.M. dell'8 aprile 2008, con tutti i già segnalati problemi in merito.

¹⁰⁵ Così la sent. n. 106/2009, nel riprendere alcuni passi della precedente sent. n. 86/1977.

¹⁰⁶ Cfr. le note del Presidente del Consiglio dell'11 novembre 2005 e del 26 luglio 2006 (anche in relazione alla precedente direttiva del 30 luglio 1985), nonché, in particolare, le due successive conferme del segreto opposto in giudizio, adottate con note del 15 novembre 2008.

letterale delle disposizioni della stessa legge n. 124/2007 la quale, nel riformulare l'art. 202 c.p.p., affermerebbe che

«nel conflitto di attribuzione [...] la Corte è chiamata a valutare la sussistenza o insussistenza dei presupposti del segreto di Stato ritualmente opposto e confermato, non già ad esprimere una valutazione di merito sulle ragioni e sul concreto atteggiarsi della sequenza rappresentata dall'apposizione/opposizione/conferma del segreto stesso; giudizio quest'ultimo riservato, [...] in sede politica, al Parlamento».

Tale impostazione, ribadita anche dalla successiva sent. n. 40/2012,¹⁰⁷ è stata da ultimo confermata dalla sent. n. 24/2014, sempre nell'ambito della vicenda "Abu Omar"¹⁰⁸. In questa occasione, infatti, la Corte ha sottolineato come, ferma restando la permanente antiggiuridicità del fatto-reato oggetto del procedimento penale, con conseguente obbligo del pubblico ministero di svolgere le relative indagini, ciò che risulta inibito alla magistratura è solo «l'espletamento di atti che incidano [...] sul perimetro tracciato dal Presidente del Consiglio» nel momento in cui «ha indicato l'oggetto del segreto», cosa che spetta esclusivamente a lui fare «senza che altri organi o poteri possano ridefinirne la portata, adottando comunque comportamenti nella sostanza elusivi dei vincoli che dal segreto devono [...] scaturire».¹⁰⁹

¹⁰⁷ Cfr. le note del Presidente del Consiglio dell'11 novembre 2005 e del 26 luglio 2006 (anche in relazione alla precedente direttiva del 30 luglio 1985), nonché, in particolare, le due successive conferme del segreto opposto in giudizio, adottate con note del 15 novembre 2008.

¹⁰⁸ Alla luce della sent. n. 106/2009, infatti, il Tribunale di Milano e la Corte d'Appello avevano dichiarato non potersi procedere nei confronti dell'ex Direttore del SISMI Pollari e di altri funzionari del Servizio per l'esistenza del segreto di Stato sui rapporti tra Servizi italiani e CIA nonché sull'organizzazione interna delle stesse Agenzie d'informazione. Successivamente al ricorso presentato dalla Procura generale di Milano, la Corte di cassazione aveva però annullato con rinvio il citato proscioglimento in appello, ritenendo tra l'altro che il segreto più volte confermato dal Presidente del Consiglio avrebbe riguardato i soli rapporti tra Servizi che si fossero realizzati nell'ambito di operazioni comuni, cosa da escludersi fosse avvenuto nel caso del sequestro di Abu Omar per espressa dichiarazione dello stesso Presidente del Consiglio (cfr. Cass., Sez. V penale, sent. n. 46340 del 29 novembre 2012). Il processo era quindi proseguito di fronte ad altra sezione della stessa Corte d'Appello di Milano, la quale aveva ammesso la produzione in giudizio della documentazione relativa all'opposto segreto di Stato e, anche sulla base della stessa e nonostante la nuova opposizione del segreto da parte degli imputati, li aveva successivamente tutti condannati, provocando il ricorso alla Corte costituzionale da parte del Presidente del Consiglio, fino all'epilogo processuale definitivo dell'intera vicenda (Cass., Sez. I penale, sent. n. 20447 del 16 maggio 2014). Tuttavia, da ultimo, vedi anche la sent. della Corte EDU, IV Sez., *Nasr e Ghali c. Italia*, del 23 febbraio 2016 (ric. n. 44883/09), con la quale i giudici di Strasburgo hanno condannato il nostro Paese in merito alla vicenda "Abu Omar" per violazione, tra gli altri, degli artt. 3, 5 e 8 della CEDU (divieto di tortura e trattamenti disumani degradanti; diritto alla libertà e alla sicurezza; diritto al rispetto della vita privata e familiare), sottolineando un utilizzo improprio dello strumento del segreto di Stato (di per se definito «legittimo»).

¹⁰⁹ In applicazione di tali principi, la Corte afferma che l'interpretazione della Corte di cassazione della nota del Presidente del consiglio dell'11 novembre 2005 avrebbe illegittimamente comportato una «sostanziale modifica (di contenuto e di portata) di quello che [...] era stato il precipuo oggetto del segreto». In base alla stessa nota, infatti, «il segreto era stato apposto su documenti e notizie riguardanti i rapporti tra i Servizi italiani e quelli stranieri, nonché sugli interna corporis del Servizio, ovvero sulla organizzazione dello stesso e sulle

In ogni caso, la Corte dimostra di essere consapevole del fatto che il nuovo art. 204, comma 1-bis, c.p.p. stabilisce espressamente che non possono essere sottoposti a segreto di Stato fatti, notizie o documenti relativi a condotte illegali poste in essere da agenti e funzionari dei Servizi, in violazione della disciplina (ora) vigente in merito alla speciale causa di giustificazione (le c.d. garanzie funzionali), precisando che «si considerano violazioni della predetta disciplina le condotte per le quali, essendo stata esperita l'apposita procedura prevista dalla legge, risulta esclusa l'esistenza della speciale causa di giustificazione». In questi casi, di fronte a condotte penalmente rilevanti poste in essere in assenza od oltre i limiti della prescritta autorizzazione, la legge prevede che il Presidente del Consiglio informi senza ritardo l'autorità giudiziaria.

Tuttavia tale previsione viene interpretata alla luce della specifica vicenda all'origine del conflitto, dal momento che (secondo la Corte) «il divieto di segreto sulle attività illecite poste in essere dagli agenti dei Servizi [...] avrebbe dovuto [...] imporre una condotta del tutto antitetica rispetto a quella mantenuta nella vicenda da parte» del Presidente del Consiglio: «la ribadita e confermata sussistenza del segreto, invece, ed il correlativo promovimento dei vari conflitti, attestano, di per sé, la implausibilità della tesi che vorrebbe ricondurre i fatti nel quadro di una iniziativa a titolo personale dei vari imputati».

Nel complesso, dunque, la giurisprudenza della Corte conferma, ancora una volta, la necessità di una lettura «costituzionalmente orientata» del segreto di Stato. Le esigenze costituzionali che stanno alla base del segreto, infatti, possono (quasi fisiologicamente) confliggere con altri interessi di analogo rilievo¹¹⁰, ponendo il problema del loro reciproco bilanciamento. Come abbiamo in parte già visto, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto pieno rilievo costituzionale agli interessi tutelati dal segreto di Stato, riconducendoli (in estrema sintesi) alla necessità di salvaguardare la sicurezza nazionale, valore «preminente su ogni altro in tutti gli ordinamenti statali, quale ne sia il regime politico»¹¹¹, anche perché riguardante «la esistenza stessa dello Stato, un aspetto del quale è la giurisdizione»¹¹². Coerentemente con questo approccio, le più recenti decisioni del Giudice delle leggi hanno chiarito che rispetto ai valori costituzionali sottesi al segreto di Stato «altri valori – pur di rango costituzionale – sono fisiologicamente destinati a rimanere recessivi», in virtù della necessità di salvaguardare la «salus rei

direttive impartite dal direttore dei Servizi, anche se relative alla vicenda delle *renditions* e del sequestro di Abu Omar», motivo per cui «nessuna limitazione poteva derivare in ordine a tali fatti in dipendenza di una riconducibilità o meno degli stessi a formali deliberazioni governative o dei vertici dei Servizi, posto che [...] l'esistenza o meno di tali deliberazioni avrebbe, a *fortiori*, formato oggetto essa stessa di segreto».

¹¹⁰ Si pensi, ad esempio, alla tutela giurisdizionale dei diritti e al diritto di difesa (art. 24 Cost.), all'esercizio dell'attività giurisdizionale (101 Cost.), o all'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), per non parlare della libertà di manifestazione del pensiero e al diritto all'informazione (art. 21 Cost.), pietra angolare della costruzione del nostro ordinamento come ordinamento democratico.

¹¹¹ Cfr. la sent. 82/1976.

¹¹² Come sottolineato dalla sent. n. 86/1977.

publicae». ¹¹³

Rimane fermo, in ogni caso, il tradizionale divieto di apporre il segreto di Stato su «fatti eversivi dell'ordine costituzionale», ora sostanzialmente ribadito (insieme alle altre limitazioni già ricordate) dalla legge n. 124/2007. Di fronte a segreti «illegali», dunque, verrebbe meno la stessa finalità costituzionale del segreto di Stato, e di conseguenza la sua legittima prevalenza sui diversi valori con esso potenzialmente in conflitto. Per quanto riguarda la nozione di ordine costituzionale, diverse sono, tuttavia, le possibili interpretazioni (con conseguenze evidenti anche in relazione all'individuazione degli atti eversivi dello stesso). Se, infatti, da un punto di vista generale è senz'altro vero che (con formula riassuntiva) per ordine costituzionale deve essere inteso l'insieme dei principi e dei valori fondanti il nostro ordinamento giuridico, e le istituzioni democratiche che ne sono espressione, in relazione alla necessità di una concreta individuazione delle singole condotte materiali che tendano a sovvertirlo sembra necessario un ulteriore sforzo di specificazione, pena la conseguenza di ritenere ogni singola condotta di reato, in quanto limitativa di determinati diritti fondamentali (il cui nucleo essenziale appartiene senz'altro ai principi fondamentali del nostro ordinamento), atto eversivo dell'ordine costituzionale.

Tale lettura, da ultimo, è stata fatta propria anche dalla Corte costituzionale, la quale ha affermato che «un singolo atto delittuoso, per quanto grave, non è di per sé suscettibile di integrare un fatto eversivo dell'ordine costituzionale, se non è idoneo a sovvertire, disarticolandolo, l'assetto complessivo delle istituzioni democratiche». ¹¹⁴

Solo entro questi limiti, di fronte al conflitto tra sicurezza nazionale e diritti fondamentali, emerge quindi la necessità di un loro reciproco bilanciamento, attuato caso per caso ed in relazione alle concrete vicende in contestazione, nella consapevolezza che, in un ordinamento democratico, l'eccezione rappresentata del segreto di Stato risulta legittima solo se finalizzata alla salvaguardia dei valori fondamentali accolti nel testo costituzionale. Come, però, poter bilanciare un interesse «supremo» come quello della sicurezza nazionale con altri diritti e interessi costituzionali? Senza poter approfondire in questa sede tali complesse problematiche, appare però evidente come la risposta dipenda dalla individuazione o meno di una vera e propria gerarchia di valori all'interno del nostro ordinamento costituzionale.

¹¹³ Così la sent. n. 40/2012, in sostanziale conformità con la precedente sent. n. 106/2009, poi confermata dalla successiva sent. n. 24/2014.

¹¹⁴ Cfr. le già citate sentt. nn. 106/2009 e 40/2012. Sul punto, vedi anche Cass., Sez. V penale, sent. n. 46340 del 29 novembre 2012, nel complesso tentativo di differenziare i «fatti eversivi dell'ordinamento costituzionale» di cui all'art. 204 c.p.p. dai fatti eversivi dell'ordine costituzionale di cui all'art. 39 della legge n. 124/2007, riconducendo a quest'ultima (considerata più ampia) nozione «quei principi fondamentali che formano il nucleo intangibile destinato a contrassegnare la specie di organizzazione statale, cui si è voluto dare vita»; principi che «sono contenuti, prevalentemente, nei primi cinque articoli della Costituzione, la cui norma chiave è quella prevista dall'art. 2, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili».

Se, infatti, si parte dal presupposto dell'assenza di una tale gerarchia assiologica, l'eventualità di un bilanciamento in materia appare possibile, valutando volta per volta i confini dei diversi interessi in gioco, secondo un giudizio di proporzionalità tra mezzi impiegati e fini perseguiti. All'opposto, qualora si consideri presente tale gerarchia, le conclusioni possono essere differenti a seconda che si ritengano prevalenti gli interessi sottesi al segreto di Stato o quelli connessi alla tutela dei diritti fondamentali (sulla base dello schema tradizionale regola/eccezione).

La Corte costituzionale, sul punto, ha sottolineato che «la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi». Di conseguenza «il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato [...] secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».¹¹⁵ D'altro canto, come noto, lo stesso Giudice costituzionale ha più volte identificato nel diritto di agire e resistere in giudizio, ex art. 24 Cost., un vero e proprio principio supremo del nostro ordinamento costituzionale, dal momento che «è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio».¹¹⁶

Dunque, almeno teoricamente, la possibilità di un bilanciamento tra sicurezza nazionale e diritti fondamentali sembrerebbe percorribile a prescindere dalla lettura che si dia sulla presenza o meno di una gerarchia di interessi nel nostro ordinamento. Più esattamente, anche per chi sostenga l'esistenza di tale gerarchia, si tratterebbe di temperare il "supremo interesse" alla sicurezza nazionale con il "principio supremo" di tutela giurisdizionale dei diritti, intesa quale garanzia di un giudice e di un giudizio, presupposto indefettibile di tutela dei diversi diritti e interessi potenzialmente confliggenti con il segreto di Stato.

Naturalmente, vista la natura degli interessi in gioco, appare ragionevole che tale compito non debba spettare alla giurisdizione ordinaria; tuttavia, sembra senz'altro uno dei compiti ascrivibili al ruolo della giurisdizione costituzionale, anche in occasione della risoluzione dei conflitti di attribuzione tra autorità giudiziaria e Presidenza del consiglio. Come abbiamo visto, però, finora la Corte costituzionale (pur avendo posto tutte le premesse per poter esercitare tale compito) ha ritenuto, in modo in parte contraddittorio, di limitare fortemente il suo ruolo di "giudice" del segreto, ritenendo di fatto impossibile ogni forma di bilanciamento in materia di segreto di Stato, e rimettendo al circuito politico-parlamentare ogni forma di controllo sull'esercizio del potere di

¹¹⁵ Così, in particolare, la sent. n. 85/2013.

¹¹⁶ Cfr., da ultimo, la nota sent. n. 238/2014 (sull'immunità dalla giurisdizione italiana degli Stati esteri), anche sulla scia di quanto affermato già in occasione della sent. n. 18/1982.

segretazione¹¹⁷.

Se, infatti, a detta dello stesso Giudice costituzionale, compito del conflitto di attribuzione è quello di valutare la sussistenza o insussistenza anche dei presupposti del segreto di Stato, tale controllo non dovrebbe limitarsi ad una verifica sul piano meramente procedurale, ma dovrebbe spingersi a sindacare, quanto meno, la fondatezza e la legittimità del segreto stesso (a meno di non volerlo ridurre ad una sorta di verifica esterna di regolarità, senza alcun possibile sindacato nel merito dell'atto di segretazione, dei suoi presupposti fondanti, dei suoi limiti di legittimità e legalità).

Fuori discussione, sia chiaro, ogni valutazione politica sulle ragioni poste a fondamento dell'atto di segretazione; tuttavia, l'esclusione di ogni possibile giudizio sulle motivazioni addotte, sull'oggetto della segretazione e sul rispetto dei limiti sostanziali previsti dalle norme che disciplinano le attribuzioni costituzionali in materia sembra ridurre a ben poca cosa lo strumento del conflitto di attribuzione in materia. Con, in più, i già citati elementi di contraddittorietà con le stesse finalità della legge di riforma (per quanto possano valere), che ha espressamente escluso l'opponibilità del segreto stesso alla Corte costituzionale, evidentemente al fine di garantire alla stessa l'acquisizione di tutti gli elementi utili ad un giudizio nel merito sulla legittima conferma del segreto nei confronti dell'autorità giudiziaria.

In conclusione, così interpretato, il giudizio della Corte, lungi dall'apparire un'espressione di bilanciamento tra i diversi interessi costituzionali in gioco, sembra limitarsi ad un sindacato esterno in merito al rispetto formale delle procedure previste, in ossequio all'autonoma valutazione governativa e parlamentare di quella che sembra essere una sorta di *political question*¹¹⁸.

¹¹⁷ Circostanza, da ultimo, stigmatizzata anche dalla già citata sentenza della Corte EDU dello scorso 23 febbraio 2016, con la quale i giudici di Strasburgo hanno sottolineato come la violazione dei diritti di Abu Omar e di sua moglie non sia stata causata da un'inefficace azione della magistratura ordinaria, quanto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (e, in particolare, dalla sent. n. 24/2014), oltre che dal comportamento del Governo e della Presidenza della Repubblica (con specifico riferimento, in quest'ultimo caso, all'esercizio del potere di grazia nei confronti di alcuni degli agenti della CIA condannati per la *rendition* in questione). Tuttavia, secondo la Corte EDU, l'unica finalità logicamente riconducibile alla scelta del Governo di evocare il segreto di Stato rispetto a circostanze «ampiamente conosciute dal pubblico» perché oggetto di diversi articoli di stampa sarebbe stata solamente quella di «evitare la condanna degli agenti del SISMI»; come poter ritenere, si chiedono i giudici di Strasburgo, che l'opposizione del segreto di stato su fatti già ampiamente conosciuti dall'opinione pubblica possa avere come finalità quella di «garantire la riservatezza degli stessi»?

¹¹⁸ Con tutte le difficoltà del caso, come ricordato ancora una volta dai giudici di Strasburgo nella citata sentenza, i quali hanno evocato, ad esempio, il contrasto interno al COPASIR in occasione della verifica di alcuni casi di conferma del segreto di Stato da parte del Presidente del consiglio, anche in riferimento al già citato caso «Abu Omar» (cfr, in particolare, la relazione approvata 29 luglio 2010, XVI legislatura, DOC XXIV, n. 5, pp. 39 ss.). In quella circostanza, infatti, «si sono manifestati all'interno del Comitato diversi orientamenti in ordine alle modalità» attraverso cui esercitare «il controllo [...] attribuito dalla legge sull'utilizzazione del segreto di Stato», motivo per cui «nella seduta del 9 marzo 2010 il Comitato ha preso atto che, in virtù delle diverse impostazioni emerse nella discussione, e tenuto conto della composizione paritaria dell'organismo parlamentare, non potevano determinarsi le condizioni per giungere ad una valutazione condivisa sulla conferma del segre-

In questo modo, però, non solo è affermata l'evidente preminenza delle esigenze di tutela della sicurezza nazionale su quelle connesse all'esercizio della funzione giurisdizionale, ma il conflitto di attribuzione appare depotenziato nelle sue stesse funzioni, non potendo giungere la Corte, in quella sede, ad un'esatta delimitazione delle rispettive sfere di attribuzione costituzionalmente fondate senza spingersi ad una valutazione del pieno rispetto dei presupposti legittimanti il ricorso al segreto e dei connessi limiti sostanziali (indispensabili nell'ambito di una ricostruzione dello stesso in chiave oggettiva e costituzionalmente orientata, e non meramente soggettiva).

to di Stato nei [...] procedimenti giudiziari di cui alle comunicazioni del Presidente del Consiglio».



MAURIZIO MANZIN*

Il giuramento militare: una prospettiva filosofico-giuridica

The Military Oath: A Legal-Philosophical Perspective

Il contributo analizza il giuramento militare come atto linguistico-istituzionale e filosofico-giuridico, distinto da contratto e promessa. Ne indaga la funzione fondativa, valoriale e identitaria, mostrando come, nella tarda modernità frammentata e secolarizzata, esso possa operare come principio di coesione, radicamento e orientamento dell'agire militare.

Parole chiave: Giuramento militare; Costituzione; Onore; Fedeltà; Identità militare.

The article examines the military oath as a linguistic-institutional and legal-philosophical act, distinct from contract and promise. It explores its foundational, value-based and identity-forming function, arguing that, in a fragmented and secularized late modernity, the oath may act as a principle of cohesion, rootedness and orientation for military action.

Keywords: Military oath; Constitution; Honour; Fidelity; Military identity.

*Professore ordinario di Filosofia del Diritto all'Università degli Studi di Trento

SOMMARIO: 1. A guisa di premessa: il giuramento come trascendimento. 2. Breve analisi del concetto di giuramento. 3. Il giuramento come emersione del giuridico. 4. Il giuramento e i suoi falsi equivalenti. 5. Il giuramento in una società frammentata e secolarizzata. 6. Attualità del giuramento militare (l'Albero di San Clemente).

1. A guisa di premessa: il giuramento come trascendimento

Il Capo Stato Maggiore dell'Esercito, Gen. C.A. Carmine Masiello, ha voluto che quest'anno il CalendEsercito – l'ormai tradizionale calendario EI – fosse interamente dedicato al tema del giuramento militare. Nelle parole dell'alto ufficiale,

«[I]n un mondo in costante cambiamento, i nostri Valori rappresentano un punto fermo, una bussola per affrontare ogni sfida e il fondamento che unisce tutti i soldati nel comune senso del dovere verso il Paese, al di là dei gradi e dei ruoli [...]. Nel giuramento solenne di “servire la Repubblica Italiana con disciplina e onore” si concretizza l'impegno a difendere con lealtà questi ideali e principi immutabili nel tempo»¹.

La celebrazione del giuramento militare è stata realizzata editorialmente attraverso una successione di *short stories*, raccontate mese dopo mese nel calendario, e corredate da illustrazioni. Ognuna di esse è dedicata a uno dei «punti fermi» richiamati dal Capo di SME: Bandiera, Costituzione, Patria, Disciplina, Onore, Repubblica, Dovere, Valore, Lealtà, Inno, Milite Ignoto, Giuramento. Il fatto che la pubblicazione dello Stato Maggiore sia intitolata al giuramento, sembra suggerire che quest'ultimo sia stato (et pour cause) considerato assorbente rispetto a tutti gli altri «punti». In questo nostro breve contributo cercheremo di scandagliare le ragioni per le quali un'interpretazione di questo tipo ha il vantaggio di mettere in luce la dimensione originaria e fondativa dell'atto del giurare *in armis* – una dimensione in qualche misura ineludibile, quali che siano state le effettive intenzioni dei curatori del calendario, e in ogni modo orientata non a contraddirle, ma anzi, a rafforzarle.

Esiste, naturalmente, una discreta letteratura sul giuramento in generale, massimamente dedicata all'aspetto storico-politico e a quello normativo², mentre la bibliografia specificamente focalizzata sul giuramento militare nel nostro ordinamento è meno ab-

¹ CalendEsercito 2026, 1.

² Il testo di riferimento è certamente l'autorevole PRODI 1992 (ma v. anche GROSSI 2001). Per il rapporto individuo-ordinamento, mediato dal giuramento, cfr. COSTA 1999-2001; per la connessione fra costituzione e fondamento, cfr. FIORAVANTI 1999; per i profili costituzionalistici della difesa, v. rec. URSI 2022 (si tratta di un numero monografico della rivista quadrimestrale Diritto costituzionale). Un discorso a parte meriterebbe AGAMBEN 2008, che vede nel giuramento la struttura originaria del linguaggio umano, tuttavia decostituita nei discorsi politici e giuridici della post-modernità, in cui regna oramai uno 'spergiuro diffuso'.

bondante: se si eccettua la voce corrispondente nell'*Enciclopedia giuridica* della Treccani³, occorre ricavare le posizioni della dottrina da opere di carattere per lo più manualistico sul diritto militare⁴. Diversamente da questi indirizzi di studio, più che ai risvolti teorico-politici e giuspubblicistici dell'istituto, queste poche righe tenteranno di scorgere le implicazioni filosofiche, e addirittura metafisiche – termine desueto e sovente mal connotato presso i più – dell'atto solenne con il quale il militare orienta il proprio *status* verso una costellazione di condotte idealtipiche.

E poiché le parole sono importanti, cominceremo con l'osservare che il termine 'giuramento' (dal latino: s.n. *iuramentum*, v. iurare) contiene la parola *ius*: diritto. I Romani designavano con *iuramentum* l'atto di formulare una promessa circa (i) la verità di un'asserzione, o circa (ii) una condotta da realizzare o evitare, in entrambi i casi al cospetto di una divinità testimone e vindice (materialmente rappresentata o meno)⁵. Nel primo caso, la promessa riguardava un *dictum*, ossia la descrizione di uno stato di cose in un mondo possibile (tipicamente, che una determinata predicazione riferita a un certo soggetto corrisponde alla realtà storica: es. 'sono innocente'). Nel secondo caso, la promessa si riferiva a una condotta futura o, più spesso, a una classe indeterminata di condotte (es. 'farò – o non farò – così e così'), che il promittente s'impegnava a compiere o non compiere. Il *iusiurare* poteva, pertanto, riguardare tanto (i) un'attività demandata alla *ragione* (descrivere uno stato di cose in un mondo possibile), quanto (ii) un'attività demandata (anche) alla *volontà*⁶. Il giuramento dei *milites* (detto anche *sacramentum*) costituiva, a sua volta, una *species* all'interno di questo *genus*, poiché al coté volontaristico aggiungeva alcuni elementi rituali finalizzati a rafforzare il vincolo promissorio con l'istituzione militare e la lealtà ai comandanti⁷.

In tutti i casi, l'atto del giurare secondo una determinata formula iscriveva la promessa circa la descrizione (vera) del fatto, o la prescrizione delle condotte, entro un orizzonte simbolico, antropologico e teologico dominato da figure appartenenti alla sfera della trascendenza: dèi o altro (più tardi, nel cristianesimo, il Dio trinitario, le gerarchie angeliche o i santi). Quest'incrocio fra la dimensione orizzontale (*l'hic et nunc* del rito celebrato) e quella verticale (un *altrove* sovraordinato allo spazio-tempo) è costitutivo del

³ D'AURIA 1989.

⁴ Come p. es. LANDOLFI 2005; BRUNELLI 2018; VENDITTI 1996; RIVELLO 2017 (questi ultimi due per i risvolti di carattere penalistico).

⁵ Il concetto è stato approfondito da DUMÉZIL 1966. Per un'analisi del contesto istituzionale del giuramento romano, v. DE MARTINO 1972-5. Del (suo) giuramento parla anche, con tratti accorati, Cicerone nel *de republica* (CICERONE 2008).

⁶ Cfr. MOMMSEN 1871-1888, vol. 2.

⁷ Abbiamo citato il più noto esempio romano, ma il giuramento è patrimonio di numerose culture indoeuropee: cfr. in prop. POCCETTI 2021. Sulla natura sacrale del giuramento per il miles nell'esercito romano, v. ex multis WATSON 1985; CAMPBELL 1984.

giuramento, e si manterrà in tutte le sue acculturazioni, ivi inclusa quella del nostro ordinamento militare⁸.

Il soldato, il marinaio, l'aviatore, l'appartenente alle forze dell'ordine che presta il suo giuramento con atto solenne – nella prospettiva che abbiamo testé illustrato – non si limita a firmare una specie di contratto (torneremo più avanti su quest'argomento), ma suggella con un'apposita liturgia il suo essere, in quella circostanza, punto di convergenza delle dimensioni orizzontale e verticale, poiché le parole pronunciate vincolano ad un *altrove* che è anche testimone e vindice della promessa individualmente prestata.

La formula del giuramento attualmente in uso presso le FFAA – «giuro di essere fedele alla Repubblica italiana, di osservarne la Costituzione e le leggi e di adempiere con disciplina ed onore tutti i doveri del mio stato per la difesa della Patria e la salvaguardia delle libere istituzioni»⁹ – richiama, infatti, assieme ad elementi di natura storico-istituzionale circoscritti nello spazio-tempo (repubblica, costituzione, leggi, *status* ecc.), alcuni principi seu valori (fedeltà, disciplina, onore, dovere, Patria, libertà) finalizzati a radicare quegli elementi in una sfera che sorpassa la puntualità degli avvenimenti in una linea spazio-temporale, epperò a proiettarli in un orizzonte durevole ('valore' dal v. lat. *valēre*, ossia *aver forza*).

Sotto il profilo filosofico-giuridico, che qui primariamente ci riguarda, il giuramento può essere dunque interpretato come un atto di trascendimento dell'immanenza¹⁰, con il quale il soggetto non si limita a manifestare una volontà (di *essere fedele*, di *osservare*, di *adempiere*, di *difendere*, di *salvaguardare*), ma si vincola in riferimento a un ordine che trascende gli elementi spazio-temporalmente costituiti – un ordine che non è interamente disponibile alla sua autodeterminazione¹¹. Questo trascendimento eccedente la storicità delle istituzioni, il quale conferisce alle istituzioni stesse profondità valoriale, può essere considerato sotto tre diversi e concorrenti aspetti.

In primo luogo, il trascendimento riguarda la *fonte del vincolo*. Nell'ordinario agire giuridico, l'obbligazione trae origine da una norma positiva o dall'incontro di volontà. Nel giuramento, invece, il vincolo si radica in un riferimento che eccede entrambe queste dimensioni: esso implica il riconoscimento – esplicito o implicito – di un ordine di verità e di valore che precede e fonda l'atto stesso del soggetto. In tal senso, il giuramento non crea semplicemente un obbligo, ma *riconosce* un obbligo già inscritto in una dimensione più ampia dell'essere¹².

⁸ Cfr. SCHMITT 2013; TAYLOR 2007.

⁹ La formula è stabilita dall'art. 575 del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), che ha recepito la formula originariamente introdotta dalla Legge 382/1978.

¹⁰ Una filosofia del diritto aperta al trascendimento è certamente quella cd. dell'esperienza giuridica, esplorata e difesa da COTTA 1985.

¹¹ Una prospettiva critica sull'autodeterminazione come fondamento del diritto, è quella di D'AGOSTINO 1993.

¹² Cfr. BOBBIO 2011, 45 ss.; GROSSI 2003.

In secondo luogo, il trascendimento investe lo *statuto del soggetto*. Il soggetto che giura non rimane identico a sé stesso: egli si espone, per così dire, a un giudizio che non è più soltanto interno (coscienza) o esterno (ordinamento), ma si colloca su un piano ulteriore, in cui la verità dell'impegno assunto diventa criterio di valutazione della sua stessa identità. Il riferimento all'onore, tradizionalmente connesso al giuramento, esprime precisamente questa trasformazione: non si tratta di adempiere a un obbligo, ma di essere all'altezza di una misura che eccede il calcolo utilitaristico.

In terzo luogo, il giuramento introduce una *discontinuità temporale*. Mentre gli atti giuridici ordinari si collocano interamente nel flusso del tempo, e sono quindi soggetti a modificazione, revoca o estinzione, il giuramento pretende una stabilità che tende a sottrarsi alla pura contingenza storica. Esso impegna il futuro del soggetto in modo non integralmente negoziabile, conferendo all'atto una dimensione di durata che eccede la mera successione degli eventi. In questo senso, si può dire che nel giuramento il tempo viene, almeno in parte, 'attraversato' da una pretesa di permanenza¹³.

Da ciò discende una conseguenza rilevante sul piano giuridico: il giuramento non è riducibile a una tecnica di rafforzamento dell'obbligazione, in quanto tale esaurita all'interno dei meccanismi psicologici di rinforzo, ma rappresenta un fondamento simbolico e normativo che contribuisce a dare senso e stabilità all'intero sistema delle obbligazioni. Esso opera come punto di ancoraggio tra la dimensione positiva del diritto e una sfera di significato che non può essere interamente formalizzata o positivizzata.

Infine, il trascendimento proprio del giuramento consente di comprendere perché esso sia stato tradizionalmente percepito come atto grave, sottratto al mero formalismo esteriore e alla banalizzazione. Il divieto di giurare con leggerezza (*Deus non irridetur*) non è soltanto una prescrizione religiosa, morale o di costume, ma riflette la consapevolezza che, attraverso il giuramento, il soggetto si colloca in una posizione di responsabilità che eccede l'ordinario regime delle azioni giuridiche. In questa prospettiva, il giuramento appare come un punto di contatto tra diritto, etica e antropologia filosofica: un istituto nel quale l'obbligazione giuridica si apre a una dimensione di senso più ampia, che ne costituisce, al tempo stesso, il limite e il fondamento.

Su queste basi, la nostra analisi si articolerà in tre momenti: una ricostruzione della natura filosofico-giuridica del giuramento; una distinzione rispetto ad altri istituti affini; e, infine, una riflessione sulla sua funzione nell'attuale contesto storico.

¹³ Significativa, a questo riguardo, la recente decisione dello Stato Maggiore della Difesa di concedere a tutto il personale in congedo delle FFAA – anche a coloro che avevano prestato servizio per il fatidico, ma breve, periodo della leva – il diritto di fregiarsi di un Distintivo d'Onore appositamente realizzato (SMD, Atto Istitutivo 12/12/2025). La scelta di SMD sembrerebbe andare nella direzione di una durata del senso di appartenenza alla Forza Armata non limitata al periodo di ferma obbligatoria o di servizio – quindi, per molti versi, analoga a quanto testé discusso.

2. Breve analisi del concetto di giuramento

Prima di procedere all'analisi filosofico-giuridica del giuramento, appare opportuno un chiarimento preliminare del termine e del concetto secondo una triplice prospettiva – sintattica, semantica e pragmatica – al fine di delimitare con maggiore precisione il fenomeno in esame ed evitare sovrapposizioni con atti linguistici e istituti affini.

Sotto il profilo sintattico, il giuramento si configura come un enunciato performativo esplicito, tipicamente espresso in prima persona singolare e al tempo presente ('giuro di...', 'giuro che...'), nel quale la forza illocutoria è segnalata direttamente dal verbo performativo. In tali enunciati, com'è noto, l'atto linguistico non si limita a descrivere uno stato di cose, ma coincide con la realizzazione dell'atto stesso: il dire è, al contempo, un fare¹⁴. La riuscita dell'atto (la sua *felicità*, in termini tecnici) dipende dalla sussistenza di condizioni istituzionali e contestuali determinate: la competenza del soggetto, la presenza di un contesto riconosciuto, l'assenza di vizi che ne compromettano la validità.

Sotto il profilo semantico, il giuramento presenta una struttura complessa, che eccede il mero contenuto proposizionale dell'enunciato. La proposizione ('difenderò...', 'sarò fedele...') costituisce soltanto il nucleo esplicito dell'atto, cui si aggiunge un elemento implicito ma essenziale: il riferimento a un'istanza di garanzia che conferisce all'enunciato una particolare forza vincolante¹⁵. Nella forma tradizionale, tale istanza è identificata con la divinità; nelle configurazioni secolarizzate, essa può assumere la forma dell'ordinamento, della Costituzione o di valori ritenuti fondamentali. In ogni caso, il significato del giuramento non è riducibile alla sola proposizione dichiarativa, ma implica una relazione triangolare tra soggetto, contenuto e istanza di validazione, che fonda la pretesa di verità o di obbligatorietà dell'atto.

Sotto il profilo pragmatico, infine, il giuramento può essere qualificato come un atto illocutorio appartenente alla classe dei commissivi, ma con caratteristiche peculiari che lo distinguono dalle promesse ordinarie. Attraverso il giuramento, il soggetto non si limita ad assumere un impegno, ma modifica la propria posizione normativa all'interno di una comunità di riferimento, collocandosi in una condizione di responsabilità rafforzata. Tale atto produce effetti che non dipendono esclusivamente dall'intenzione soggettiva, ma dal riconoscimento intersoggettivo e istituzionale della sua validità: il giuramento vincola perché è riconosciuto come vincolante all'interno di un determinato orizzonte normativo¹⁶.

A ciò si aggiunge un ulteriore elemento, che segna la specificità del giuramento rispetto ad altri atti linguistici: la sua tendenziale *indisponibilità*. Mentre altri atti com-

¹⁴ AUSTIN 1962, 5-7. Ulteriori approfondimenti in SBISÀ 2007.

¹⁵ SEARLE 1969, 45 ss.

¹⁶ SEARLE 1969, 57-71; cfr. anche BACH-HARNISH 1979.

missivi possono essere revocati o rinegoziati entro certi limiti, il giuramento si caratterizza per una pretesa di stabilità che eccede la normale dinamica degli atti linguistici e giuridici. Tale pretesa non deriva soltanto dalla forma dell'enunciato, ma dalla struttura complessiva dell'atto, nella quale il riferimento a un'istanza superiore svolge una funzione costitutiva.

Questo triplice inquadramento consente di comprendere perché il giuramento non sia riducibile né a una mera dichiarazione linguistica, né a una semplice promessa rafforzata. Esso si configura, piuttosto, come un atto linguistico-istituzionale complesso, nel quale dimensione performativa, contenuto di significato e funzione normativa risultano strettamente intrecciati, dando luogo a una forma peculiare di vincolo che si colloca al confine tra linguaggio, diritto ed etica¹⁷.

3. Il giuramento come emersione del giuridico

Il giuramento, lo abbiamo visto, aspira *all'universale*: in primo luogo, e banalmente, perché si tratta di un istituto diffuso in culture anche molto diverse nello spazio e nel tempo; in secondo luogo, perché apre ad un 'attraversamento' del tempo lineare che rende il soggetto punto di contatto fra mondo e sovramondo. In virtù di questa sua natura, esso è finalizzato a radicare l'obbligazione giuridica e morale in un territorio non transeunte. Ma è questa, oggi, l'interpretazione prevalente del giuramento militare?

Nel dibattito pubblico contemporaneo, soprattutto nelle società occidentali avanzate, il discorso intorno alle istituzioni tende a privilegiare categorie quali i diritti individuali, l'innovazione tecnologica e la dimensione procedurale della democrazia. In questo quadro, concetti come onore, fedeltà e disciplina appaiono spesso marginali, 'retorici', quando non sospetti: residui di un lessico ritenuto incompatibile con una sensibilità ormai segnata dal pluralismo e dalla diffidenza verso ogni forma di vincolo forte. E tuttavia, proprio tali categorie costituiscono il nucleo essenziale della condizione militare¹⁸. Esse non rappresentano semplici attributi storici o culturali, ma esprimono esigenze strutturali di ogni organizzazione chiamata a operare in contesti di rischio estremo, nei quali la coesione, l'affidabilità reciproca e la disponibilità al sacrificio non possono essere garantite unicamente da meccanismi giuridici ordinari. In questo contesto, il giuramento militare assume un rilievo paradigmatico; esso si colloca, infatti, al crocevia tra dimensione giuridica, etica e simbolica, costituendo uno degli atti fondativi

¹⁷ Per Agamben, ad esempio, il giuramento non costituisce soltanto un performativo in senso linguistico, ma un atto nel quale il soggetto espone sé stesso alla verità della parola pronunciata. La progressiva neutralizzazione del giuramento nella tarda modernità può essere interpretata, secondo Agamben, come indice di una più generale crisi del rapporto tra linguaggio, verità e responsabilità (AGAMBEN 2008, 88 ss).

¹⁸ Su ciò MANZIN 2022.

dell'identità del militare¹⁹. Non si tratta soltanto di un adempimento formale previsto dall'ordinamento, ma di un momento istitutivo attraverso il quale l'individuo entra a far parte di una comunità caratterizzata da specifici doveri e responsabilità.

Sotto il profilo del diritto positivo, il giuramento trova riconoscimento nell'ordinamento italiano, in particolare nel Codice dell'ordinamento militare (d.lgs. 15 marzo 2010 n. 66), ed è coerente con i principi costituzionali che impongono ai cittadini a cui sono affidate funzioni pubbliche di adempierle «con disciplina e onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge» (art. 54 Cost.), nonché con il «*sacro dovere*»²⁰ di difesa della Patria (art. 52 Cost.)²¹. A nostro avviso, tuttavia, una lettura esclusivamente normativa dell'istituto rischia di risultare insufficiente a coglierne la reale portata. Il giuramento, infatti, sembra sorpassare la dimensione della mera giuridicità positiva: esso rinvia a una sfera di significato che coinvolge il rapporto tra individuo, comunità e valori. È proprio questa ultroneità a renderlo, da un lato, difficilmente traducibile nei termini del linguaggio giuridico contemporaneo, e dall'altro, particolarmente esposto al rischio di essere considerato un residuo simbolico privo di reale incidenza.

Da questa consapevolezza sorgono due domande, le quali hanno guidato la nostra analisi in ogni suo punto. In primo luogo: che cos'è il giuramento, se lo si considera non soltanto come istituto giuridico, ma come forma dell'esperienza umana e del diritto? E in secondo luogo: quale funzione esso può ancora svolgere nella società contemporanea, segnata da processi di secolarizzazione²² e frammentazione²³? L'ipotesi di fondo è che il giuramento non sia riducibile né a un atto formale né a una semplice promessa individuale, ma costituisca un dispositivo attraverso il quale l'ordinamento giuridico si collega a una dimensione valoriale che ne fonda la stabilità e la coesione. In tale prospettiva, il giuramento militare appare non come una reliquia, più o meno veneranda, del passato, bensì come un elemento che, soprattutto nella tarda modernità, può contribuire a rispondere alle tensioni disgregative che attraversano le società contemporanee²⁴.

Nel contesto dell'ordinamento italiano, il giuramento militare è formalmente rivolto alla Repubblica e alla Costituzione, in coerenza con quanto previsto dal Codice dell'ordinamento militare e con i principi costituzionali precedentemente richiamati. Questo dato positivo, tuttavia, non esaurisce la portata dell'atto, ma ne rappresenta piuttosto il

¹⁹ Su impegno morale ed etica militare v. utilm. COOK 2004; il 'classico' HUNTINGTON 1957; e, per alcuni aspetti, lo stesso WALZER della *just war*.

²⁰ Il corsivo è nostro.

²¹ Difficile non notare la prossimità concettuale fra l'aggettivo 'sacro', utilizzato dai Costituenti in quest'unico luogo della carta fondamentale, e il termine che designava il giuramento dei militari in età romana: *sacramentum*. In entrambi i casi, la funzione difensiva *pro aris et focis* viene ancorata all'inviolabilità – tale è il significato di *sacer* – dell'origine di tutte le cose.

²² TAYLOR 2007.

²³ BAUMAN 2000.

²⁴ In questo senso, la nostra tesi diverge da quella di AGAMBEN 2008.

punto di emersione giuridica (notavamo in precedenza che il termine *iuramentum* custodisce quello di *ius*)²⁵. Occorre, infatti, distinguere tra il referente formale del giuramento e il suo contenuto sostanziale. Sul piano formale, il giuramento vincola il militare a un ordinamento limitato nello spazio-tempo: quello – per dirla un po' *grossière* – determinatosi a seguito della caduta della dittatura, della guerra civile e della vittoria degli Alleati nel secondo conflitto mondiale. Sul piano sostanziale, esso implica l'adesione a un insieme di valori che quell'ordinamento, rispetto ad altri possibili, pretende di incarnare.

In questa prospettiva, la Repubblica non si presenta come un mero apparato istituzionale, ma come forma storica di una comunità politica. La Costituzione, a sua volta, non è soltanto un testo normativo, ma esprime un ordine di principi-valori che orientano l'intero sistema giuridico. Infine, la Patria può essere intesa come la dimensione collettiva storico-identitaria in cui tali istituzioni trovano radicamento, quale memoria vivente che trascende le generazioni.

Il giuramento militare, dunque, non si esaurisce in un atto di obbedienza a entità contingenti, né può essere ridotto a una forma di lealtà istituzionale in senso debole. Esso implica piuttosto una sorta di 'fedeltà qualificata', che si dirige verso ciò che, nelle istituzioni, si presenta come portatore di valore. In altri termini, il militare non giura semplicemente a una struttura, ma a ciò in relazione a cui quella struttura pretende di valere. Questa distinzione consente di evitare due opposte riduzioni: da un lato, quella formalistica, che identifica il giuramento con un vincolo puramente legale; dall'altro, quella relativistica, che lo riduce a un atto simbolico privo di contenuto determinato. Tra queste due polarità, il giuramento si colloca come atto nel quale il diritto positivo rinvia a un orizzonte valoriale che lo fonda e lo orienta.

In tale quadro diventa comprensibile anche il nesso tra giuramento e onore²⁶. L'onore non è qui inteso come categoria meramente sociale o reputazionale, ma come misura interna dell'adesione del soggetto ai valori cui si è vincolato. Il venir meno al giuramento non costituisce soltanto una violazione giuridica, ma una frattura dell'identità personale del militare.

Ulteriore elemento di rilievo è il rapporto tra giuramento e dovere. Il dovere giuridico in quanto tale è suscettibile di delimitazione, interpretazione e, in certa misura, di bilanciamento. Il giuramento, invece, introduce una dimensione che tende a eccedere tali limiti, richiamando il soggetto a una disponibilità che non è interamente riconducibile a parametri predeterminati. È in questo senso che può essere compreso il carattere

²⁵ Bruno Montanari distingue in proposito tra «giuridico» e «normativo», dove il secondo rappresenta l'emersione 'positivizzata' da un sostrato originario del diritto – il «giuridico», appunto (cfr. MONTANARI-BARCELLONA 2023). Per parte nostra, troviamo che questa distinzione sia analoga a quella operata da ERACLITO nel frammento 22 B 114 DK (14 A 11 Colli), in cui l'Efesio distingue il *nomos* umano da quello divino, che lo alimenta incessantemente (*trephontai*).

²⁶ Sull'onore in rapporto all'etica militare, cfr. FRENCH 2003; IGNATIEFF 1998.

cosiddetto supererogatorio di talune condotte, quali l'eroismo. L'atto eroico non si lascia ridurre a un obbligo giuridico, né può essere imposto come tale; esso rappresenta piuttosto l'espressione estrema della fedeltà ai valori cui il soggetto si è vincolato mediante il giuramento. Proprio perché eccede la misura ordinaria del dovere, l'eroismo rivela, per contrasto, la profondità dell'impegno assunto.

Da ultimo, il riferimento ai valori consente di cogliere un ulteriore profilo, a cui abbiamo già accennato nella premessa: il giuramento non è rivolto soltanto al presente, ma implica una dimensione di continuità nel tempo. Esso collega il soggetto a una tradizione e, al contempo, lo proietta verso una responsabilità nei confronti delle generazioni future. In tal modo, il giuramento contribuisce a costituire una linea di trasmissione che supera il tempo storico, conferendo stabilità e senso all'appartenenza istituzionale.

In sintesi, l'oggetto del giuramento militare non può essere adeguatamente compreso se non si riconosce la duplice dimensione – istituzionale e valoriale – che lo caratterizza. È proprio questa duplicità a consentire al giuramento di fungere da punto di connessione tra l'ordinamento positivo (nel mondo) e un orizzonte di significato (nel sovramondo) che lo trascende senza annullarlo.

4. Il giuramento e i suoi falsi equivalenti

La corretta comprensione del giuramento richiede, oltre alla sua definizione positiva, anche una chiarificazione in negativo. In particolare, è necessario distinguere il giuramento da alcune figure apparentemente affini – quali il contratto e la promessa – che, se assunte come modelli interpretativi, ne altererebbero profondamente la natura, riducendolo entro categorie che gli sono strutturalmente estranee.

Una prima, assai diffusa *deminutio* consiste nel ricondurre il giuramento allo schema contrattuale, interpretandolo come un accordo tra il soggetto e l'ordinamento, o tra il soggetto e l'istituzione cui egli/ella accede. Tale impostazione, pur suggestiva e in certo senso comprensibile alla luce delle categorie dominanti del pensiero giuridico moderno²⁷, rischia tuttavia di risultare fuorviante. Il contratto – figura difficilmente iscrivibile entro un orizzonte di eternità – presuppone infatti una relazione tra parti poste su un medesimo piano, ciascuna portatrice di una volontà autonoma e, almeno in linea di principio, equivalente. Esso s'inscrive tipicamente nella sfera dei rapporti tra privati e riflette una logica di coordinamento tra interessi, come tale estranea alla dimensione fondativa della sfera pubblica. Anche quando il contratto coinvolge la pubblica amministrazione, esso conserva questa struttura di fondo: resta un dispositivo di regolazione di interessi, non un atto istitutivo di appartenenza.

²⁷ Sulla logica negoziale e reciproca, in quanto tipica della modernità giuridica, v. BOBBIO 2011; FERRAJOLI 2007.

Il contratto si basa su una logica negoziale, di scambio e di reciprocità, ed è per sua natura transeunte: modificabile, rescindibile o dichiarabile invalido secondo le regole dell'ordinamento. Il giuramento, al contrario, non nasce dall'incontro di volontà, né si esaurisce in un equilibrio di interessi. Esso non è il prodotto di una negoziazione, ma l'assunzione unilaterale di un vincolo che si radica in un ordine che trascende le parti e le precede. In questo senso, parlare di contratto significa proiettare sul giuramento categorie proprie della modernità giuridica individualistica, per loro natura incapaci di coglierne la specificità²⁸.

Ma vi è di più. La riduzione contrattualistica implica una conseguenza decisiva: se il giuramento fosse un contratto, esso sarebbe, almeno in linea di principio, revocabile o rinegoziabile. Il vincolo deriverebbe dalla volontà e, come tale, resterebbe nella disponibilità delle parti. Proprio questa possibilità, tuttavia, contraddice l'intuizione fondamentale che accompagna storicamente il giuramento, ossia la sua pretesa di stabilità e, in un certo senso, d'indisponibilità. Il contratto vive interamente nella storia: nasce, si modifica e si estingue. Il giuramento, invece, pretende di impegnare il soggetto in una dimensione che non si lascia integralmente assorbire dal divenire storico. In ciò consiste la sua irriducibilità allo schema negoziale: esso non è un atto in cui si entra e da cui si esce, ma un atto che segna e ridefinisce la posizione del soggetto.

Una seconda *deminutio*, solo apparentemente meno problematica, consiste nell'identificare il giuramento con una promessa rafforzata. Anche in questo caso, la somiglianza superficiale tra i due – entrambi implicano un impegno – non deve trarre in inganno. La promessa appartiene, come il contratto, alla sfera della volontà individuale: essa esprime una decisione del soggetto, che può essere mantenuta o meno, e la cui forza dipende, in ultima analisi, dalla coerenza del promittente. Anche quando la promessa assume rilevanza giuridica, essa resta inscritta in una logica di imputazione e responsabilità che non eccede il piano umano: il soggetto risponde delle proprie azioni all'interno di un sistema di sanzioni e conseguenze previste.

Il giuramento, invece, non si limita a impegnare la volontà, ma coinvolge l'intera persona in rapporto a un ordine di verità e di valore. Il militare che giura non si limita a dire 'farò' o 'non farò', ma implicitamente afferma 'risponderò': e risponderò non soltanto al cospetto dell'ordinamento, ma in riferimento a una misura che trascende la mia stessa volontà²⁹. In questo senso, il giuramento introduce una dimensione di responsabilità che non è integralmente riducibile alla responsabilità giuridica in senso tecnico. Ne consegue che il giuramento non è una promessa più intensa, ma un atto qualitativamente diverso³⁰. Esso non rafforza semplicemente l'impegno, ma ne trasforma la

²⁸ Sui limiti della modernità giuridica, cfr. esemplarmente GROSSI 2003.

²⁹ Come ha osservato Agamben, il giuramento rappresenta il dispositivo attraverso cui l'uomo mette in gioco sé stesso nella parola, garantendo con la propria vita la verità del linguaggio (AGAMBEN 2008, 11 ss).

³⁰ Norberto Bobbio ha affrontato la questione della distinzione fra *contratto* e *promessa* sia sul piano della teoria

natura, sottraendolo, almeno in parte, alla disponibilità del soggetto e collocandolo in una sfera in cui la distinzione tra volontà e valore tende a ricomporsi.

La distinzione rispetto a contratto e promessa consente così di mettere a fuoco il tratto positivo del giuramento: il suo riferimento ai *valori*. Mentre il contratto ha per oggetto prestazioni e la promessa ha per oggetto comportamenti futuri, il giuramento si riferisce primariamente a contenuti che si presentano come dotati di una pretesa di validità non meramente contingente. Tali contenuti possono essere designati, in termini generali, come valori.

Il riferimento ai valori implica che il giuramento non sia orientato soltanto a regolare un comportamento futuro, ma a fondare un orientamento dell'agire. Il soggetto non si vincola semplicemente a fare qualcosa, ma a essere fedele a ciò che riconosce come degno di valere. In questo senso, il giuramento incide sulla struttura stessa dell'identità personale, configurandosi come un atto che impegna il soggetto nella sua interezza. Ecco perché, come abbiamo ricordato precedentemente, il richiamo all'onore acquista un significato specifico. Esso esprime la dimensione nella quale il soggetto si misura rispetto ai valori cui si è vincolato. L'onore qui in gioco non è riconducibile – dicevamo – alla semplice reputazione sociale, né può essere ridotto a un residuo di *shame culture*: esso indica, piuttosto, una forma di coerenza interna tra l'impegno assunto e l'identità personale, una fedeltà a sé stessi in quanto vincolati a ciò che si è riconosciuto come valido.

In questo quadro, il carattere non contingente dei principi-valori cui il giuramento rinvia non implica affatto che essi siano astratti o indeterminati. Al contrario, essi trovano concreta espressione nelle istituzioni e nelle pratiche dell'ordinamento, pur senza esaurirsi in esse. È proprio questa tensione tra incarnazione storica e pretesa di validità generale a conferire al giuramento la sua specifica struttura: esso si colloca al punto in cui il contingente rinvia al non contingente, senza mai coincidere con esso.

In definitiva, il giuramento si configura come un atto che non può essere adeguatamente compreso attraverso le categorie del contratto o della promessa, poiché esso appartiene a un diverso livello di esperienza giuridica: quello in cui il diritto si connette a – o, come si è detto, emerge da – una dimensione di senso che ne fonda la legittimità e ne orienta l'applicazione. In tale livello, il vincolo non è soltanto imposto o assunto, ma riconosciuto come significativo, e proprio per questo capace di impegnare il soggetto oltre la mera contingenza delle situazioni.

5. Il giuramento in una società frammentata e secolarizzata

generale del diritto (BOBBIO 1958), sia su quello della filosofia politica (BOBBIO 1984), sottolineando l'unilateralità e asimmetria della seconda rispetto al sinallagma.

Per comprendere il significato attuale del giuramento, è necessario collocarlo entro la specifica configurazione della società contemporanea, che può essere efficacemente descritta come una fase avanzata – e, per molti aspetti, esausta – della modernità. Si tratta di una condizione nella quale le categorie che hanno strutturato l'ordine politico e giuridico degli ultimi secoli mostrano segni di progressiva rarefazione, senza che siano ancora emersi principi alternativi capaci di sostituirle in modo coerente. Uno dei tratti più evidenti di tale fase è la *frammentazione*: una condizione che non si limita a un ambito specifico, ma percorre trasversalmente le principali dimensioni dell'esperienza collettiva, producendo una dispersione dei centri di riferimento e una crescente difficoltà a ricondurre a unità i diversi piani dell'agire umano.

Sul piano politico, il modello nazional-statuale emerso dalla pace di Westfalia (1648) e fondato sulla sovranità territoriale si è progressivamente articolato in una pluralità di livelli che si allontanano dallo schema classico e da un sistema gerarchico chiuso di fonti di diritto interne. Organizzazioni sovranazionali, istituzioni internazionali, sistemi di governance multilivello e reti informali di potere costellano oggi la scena dei rapporti fra, e dentro, le entità statuali. Questa evoluzione, pur rispondendo a esigenze reali – economiche, tecnologiche, geopolitiche – ha prodotto un effetto collaterale non trascurabile: l'indebolimento della percezione di unità dell'ordine politico e, conseguentemente, della sua capacità di presentarsi come sede ultima della decisione e della responsabilità³¹.

Sul piano sociale, le tradizionali e relativamente stabili strutture gerarchiche sono state sostituite da una molteplicità di posizioni e identità, spesso fluide, reversibili e sovrapponibili. La stratificazione sociale si presenta meno leggibile, mentre i percorsi biografici diventano più discontinui. Analogamente, la famiglia, un tempo struttura relativamente coesa anche in contesti culturali e ideologici profondamente diversi, ha conosciuto processi di differenziazione che ne hanno modificato profondamente la funzione, riducendone, in molti casi, la capacità di fungere da luogo primario di trasmissione di valori e appartenenze.

Sul piano antropologico, la stessa idea di persona appare frammentata in una pluralità di dimensioni – biologica, psicologica, sociale, culturale – non sempre integrate tra loro. L'unità del soggetto, che costituiva un presupposto implicito di gran parte della tradizione giuridica occidentale, tende a essere sostituita da una concezione plurale e dinamica dell'identità, nella quale i diversi livelli dell'esperienza non trovano necessariamente una sintesi.

Infine, il diritto si presenta sempre più come un sistema articolato in settori, sottosistemi e livelli normativi, spesso privi di un centro evidente di coerenza. Alla moltiplicazione delle fonti si accompagna una crescente difficoltà di coordinamento, mentre la funzione integrativa del diritto si indebolisce, lasciando spazio a logiche settoriali e

³¹ Sulla necessità della percezione di unità dell'ordine politico, cfr. WEBER 2001; SCHMITT 2013.

funzionali.

Il risultato è un quadro complessivo caratterizzato da forze centrifughe, che tendono a disperdere i legami, a relativizzare i punti di riferimento e a rendere più fragile il senso di appartenenza dei singoli individui. In tale contesto, l'esperienza dell'unità – sia essa personale, sociale o istituzionale – appare sempre più problematica e, in molti casi, precaria.

Parallelamente ai processi di frammentazione, la modernità avanzata è segnata da una profonda *secolarizzazione*, intesa non soltanto come diminuzione dell'influenza delle istituzioni religiose, ma come progressiva espulsione del riferimento al trascendente dall'orizzonte pubblico³². Ciò che viene meno non è soltanto un contenuto, ma una struttura: la possibilità stessa di riferire l'agire umano a un ordine che lo trascenda e l'orienti.

In tale contesto, le categorie che rinviano a una dimensione sovratemporale – verità, onore, fedeltà, sacrificio – tendono a essere reinterpretate in chiave puramente soggettiva o simbolica. Esse perdono il loro carattere vincolante e vengono ricondotte a opzioni individuali, tra loro equivalenti, esposte alla logica della preferenza e del consenso. Il diritto stesso risente di questa trasformazione, orientandosi sempre più verso modelli procedurali e funzionali, nei quali la legittimità è affidata a criteri di consenso, di efficienza o di equilibrio tra interessi, piuttosto che a un riferimento a contenuti sostanziali dotati di una pretesa di validità. In una simile temperie, il giuramento militare appare come un elemento eccentrico, difficilmente riconducibile alle categorie dominanti: esso richiama infatti un ordine di *senso* che non può essere integralmente tradotto nei termini della razionalità strumentale, né ricondotto a una mera funzione organizzativa.

La combinazione tra frammentazione e secolarizzazione produce un rischio specifico: quello di ridurre il giuramento a un mero rito formale, privo di incidenza reale – al limite, ridondante. In questa prospettiva, il giuramento verrebbe interpretato come un semplice momento cerimoniale, di natura estetico-esornativa, funzionale alla costruzione di un'identità istituzionale, ma sostanzialmente privo di effetti vincolanti ulteriori rispetto a quelli già previsti dall'ordinamento. Tale riduzione, tuttavia, non è, per così dire, neutrale. Essa comporta la perdita della dimensione propriamente fondativa del giuramento, trasformandolo da atto istitutivo a gesto allegorico. In questo modo, viene meno uno degli elementi attraverso i quali l'ordinamento si collega a un orizzonte di significato più ampio, e si indebolisce la capacità del diritto di radicarsi in qualcosa che non sia integralmente disponibile.

Al contrario, il giuramento, lungi dall'essere considerato, più o meno benevolmente, un residuo del passato, potrebbe agire come fattore di ricomposizione. Richiamando il soggetto a un riferimento che eccede la contingenza, esso introduce, infatti, una dinamica opposta rispetto alle forze centrifughe dominanti: opera, in effetti, come principio

³² Un rimando d'obbligo, al riguardo, è DEL NOCE 2024 (=1970).

centripeto, capace di ricondurre a unità dimensioni altrimenti disperse. E questo per almeno tre ragioni. In primo luogo, esso contribuisce a ricomporre la frattura interna al soggetto, collegando la dimensione della volontà a quella del valore e conferendo stabilità all'agire. In secondo luogo, esso rafforza il legame tra individuo e istituzione, non sulla base di un mero interesse o di un calcolo, ma attraverso un vincolo che si radica in un riconoscimento più profondo. In terzo luogo, esso connette il piano storico con una dimensione che pretende di eccederlo, introducendo un elemento di *durata* in un contesto altrimenti dominato dalla transitorietà. Così inteso, il giuramento può essere interpretato come una forma di resistenza strutturale alla dissoluzione dei legami, sia pure nel contesto specifico e limitato della condizione militare: non una negazione 'polare' della modernità, ma una sua possibile correzione di rotta, attraverso il recupero di una dimensione che essa tende a marginalizzare ma di cui continua, implicitamente, ad avere bisogno.

Al di là del suo rilievo giuridico, poi, il giuramento svolge una funzione propriamente antropologica. Esso risponde a un'esigenza fondamentale dell'esperienza umana: quella di stabilire punti di riferimento stabili in un contesto d'incertezza. Nella condizione contemporanea, caratterizzata da fluidità e instabilità, tale esigenza si manifesta con particolare intensità, e in questo quadro, il giuramento offre al soggetto la possibilità di ancorare la propria azione a un fondamento che non sia interamente esposto alle oscillazioni del presente. Esso può dunque essere inteso come un dispositivo di stabilizzazione delle coscienze³³, capace di contrastare la fragilità che deriva dall'assenza di riferimenti condivisi, purché non lo si riduca utilitaristicamente a questa sola, pur rilevante, funzione sociale.

L'istituzione militare, nella misura in cui non sia avulsa dalla società, ne patisce inevitabilmente gli effetti – sia quelli positivi, sia quelli distorsivi – e uno di questi, tra i più rilevanti, è certamente la frammentazione, con le conseguenze che ne derivano: crisi delle identità e delle appartenenze, sovrapposizione delle funzioni, attenuazione del carisma delle strutture. Ecco allora che, lungi dall'essere un residuo simbolico privo di sostanza, il giuramento militare può rappresentare un istituto il quale, proprio nella tarda modernità, possiede i requisiti per riacquistare una rinnovata attualità. Esso si configura come uno dei pochi strumenti in grado di rispondere a bisogni che le categorie dominanti faticano a soddisfare: il bisogno di unità, di stabilità – soprattutto, di senso. Se così è, la condizione militare potrebbe rappresentare non soltanto una specifica forma di organizzazione funzionale (quando non un male necessario), come spesso tende ad essere considerata, ma anche un possibile punto di ancoramento per settori e ruoli sociali sempre più esposti a dinamiche ondovaghe ed esistenzialmente disorientanti. In questa prospettiva, il giuramento non appare più come un residuo del passato, ma come un indice – forse tra i più significativi – di ciò che, anche nel presente, resiste

³³ Su ciò il rimando d'obbligo è a MACINTYRE 2007.

alla pura dispersione.

6. Attualità del giuramento militare (l'Albero di San Clemente)

Se, nella sezione precedente, abbiamo mostrato come la tarda modernità sia attraversata da dinamiche di frammentazione e da una progressiva neutralizzazione del trascendente, il giuramento militare può ora essere considerato nella sua (auspicabile) funzione positiva all'interno di tale contesto, dal momento che non si tratta di un atto puramente formale di natura estetica o cerimoniale, ma di un dispositivo attivo, capace di incidere sulla struttura dell'esperienza individuale e collettiva, operando in profondità sui presupposti stessi dell'agire.

La prima funzione del giuramento militare è quella di operare come principio di *coesione*. In un contesto dominato da forze dissipative, esso introduce un movimento opposto, riconducendo a unità ciò che tende a disperdersi. Questa funzione si manifesta a più livelli, tra loro strettamente interconnessi. Sul piano individuale, il giuramento contribuisce a integrare le diverse dimensioni della persona, orientando volontà, azione e identità verso un medesimo centro di significato (esso sottrae, infatti, l'agire alla mera contingenza delle situazioni e lo riconduce a un criterio di unità interna); sul piano istituzionale, il giuramento rafforza il legame tra il militare e l'organizzazione di appartenenza, trasformando una relazione funzionale, potenzialmente reversibile e strumentale, in un rapporto di appartenenza qualificata, caratterizzato da stabilità e riconoscimento reciproco; sul piano collettivo, infine, il giuramento contribuisce a mantenere in un vincolo solidale la comunità politica, richiamando i soggetti a un patrimonio condiviso di valori che precede e supera le singole volontà. In questo senso, il giuramento opera come un elemento di stabilizzazione dell'ordine, non tanto perché imponga comportamenti determinati, quanto perché orienta le coscienze, rendendo possibile una convergenza che non dipende esclusivamente da meccanismi esterni di regolazione.

Il giuramento svolge, inoltre, una funzione costitutiva *dell'identità* del militare. Attraverso di esso, il 'cittadino in uniforme' non si limita ad assumere un ruolo, ma entra in una forma di esistenza caratterizzata da specifici doveri e responsabilità, che incidono sulla sua stessa autocomprensione. L'identità militare non è, infatti, riducibile a un insieme di competenze o di funzioni, come potrebbe indurre a ritenere la crescente e pervasiva tecnicizzazione degli strumenti operativi, ma implica un modo di essere nel quale il rapporto tra individuo e istituzione assume una qualità diversa (quest'aspetto è fondamentale) rispetto ad altri ambiti dell'ordinamento³⁴. Il giuramento segna il passaggio da una condizione esterna a una appartenenza interna: da un rapporto di mera adesione a un rapporto di identificazione, nel quale il soggetto si riconosce parte di una

³⁴ Sull'identità militare cfr. HUNTINGTON 1957; JANOWITZ 1960; IGNATIEFF 1998.

comunità ordinata gerarchicamente e orientata a fini che eccedono l'interesse individuale.

In questa prospettiva, il giuramento può essere visto come un atto di ingresso in una catena di appartenenze che si estende dall'unità operativa fino alla comunità nazionale e, oltre ancora, a un orizzonte di valori che trascende il tempo storico. Tale struttura gerarchica non è puramente organizzativa, ma esprime un ordine di senso nel quale il singolo si colloca, e attraverso il quale acquisisce una posizione determinata. L'appartenenza non è, dunque, soltanto funzionale, ma ontologicamente significativa: essa definisce il modo in cui il soggetto si rapporta a sé stesso, agli altri e all'istituzione.

Per comprendere la natura di tale radicamento, può essere utile ricorrere a una immagine di profonda suggestione. Ci riferiamo al mosaico che decora il catino absidale della Basilica di San Clemente in Roma, nel quale è raffigurato l'Albero della Vita, opera risalente al XII secolo. Le sue radici non si sviluppano soltanto nel terreno, ma attingono a una sorgente profonda, estendendosi poi verso l'alto e fruttificando. L'Albero della Vita, con le radici in Terra e in Cielo, suggerisce un'intuizione significativa: la solidità di ciò che vive e fruttifica non dipende soltanto da ciò che è immediatamente visibile, ma dal suo rapporto con una fonte che lo trascende, sia 'in alto' che 'in basso' (*sicut in coelo et in terra*). In termini analoghi, il giuramento può essere inteso come ciò che radica l'azione del militare in un fondamento che non è interamente esposto alla contingenza. Esso tiene insieme dimensioni che, altrimenti, tenderebbero a separarsi: il passato, da cui si alimenta (tradizione, memoria, sacrificio di chi ha preceduto), e il futuro, verso cui si proietta (responsabilità, continuità, missione). Si tratta, in altri termini, di un connubio tra identità e memoria che collega la dimensione immediata dell'agire – decisioni, ordini, operazioni – a un orizzonte più ampio, conferendo profondità e stabilità all'azione stessa. In assenza di tale radicamento, l'agire rischierebbe di ridursi a una mera esecuzione funzionale, priva di orientamento interno e, in ultima analisi, di senso.

La terza funzione del giuramento riguarda la sua capacità di rispondere alla fragilità che caratterizza la condizione contemporanea. In un contesto segnato da incertezza, mutevolezza e pluralità di riferimenti, il soggetto è esposto al rischio di una perdita di orientamento, che può tradursi in indecisione, adattamento opportunistico o deresponsabilizzazione. Non da oggi, in effetti, alla sacralità sancita dalla carta fondamentale e dalla tradizione del *sacramentum militis* – riferimenti a un orizzonte di senso eccedente la contingenza – il modello secolarizzato offerto al militare oscilla, nel migliore dei casi, tra funzionalismo tecnicizzante ed economia d'impresa. In tale prospettiva, il rischio è quello di concepire l'agire militare esclusivamente in termini di efficienza, *performance* o gestione delle risorse, smarrendo la dimensione assiologica che lo giustifica. Il giuramento interviene proprio in questo punto, offrendo un criterio di stabilità e di radicamento che non dipende esclusivamente dalle circostanze. Esso richiama il soggetto a una responsabilità che, come si è detto, non è interamente negoziabile, contribuendo a

rafforzare la capacità di assumere decisioni anche in condizioni estreme, quando le coordinate ordinarie dell'agire vengono meno. In questo senso, il giuramento non elimina la complessità del reale, ma fornisce un punto fermo a partire dal quale affrontarla, rendendo possibile una forma di orientamento che non si riduce al calcolo.

Alla luce delle considerazioni svolte, emerge un ultimo profilo, particolarmente rilevante: la funzione del giuramento non appare facilmente sostituibile da altri strumenti dell'ordinamento. Né le norme giuridiche, né i meccanismi organizzativi, né gli incentivi, per quanto sofisticati, possono integralmente rimpiazzare ciò che il giuramento realizza. Esso opera, infatti, su un piano nel quale il diritto incontra l'etica e l'identità personale, producendo un tipo di vincolo che non è riconducibile a forme puramente esterne di obbligazione: proprio per questo, il giuramento continua a svolgere una funzione essenziale nel contesto militare, contribuendo a rendere possibile ciò che, altrimenti, difficilmente potrebbe essere richiesto, ossia la disponibilità a esporsi fino al sacrificio estremo. Tale disponibilità non può essere integralmente prodotta né dal comando né dalla sanzione, ma richiede un fondamento interno, che il giuramento contribuisce a istituire e a mantenere.

In questo senso, il giuramento non è soltanto un atto che vincola, ma un atto che fonda: fonda un modo di essere, una forma di appartenenza e, in ultima analisi, la possibilità stessa dell'agire militare in quanto tale.

Riferimenti

- AGAMBEN G. 2008, *Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento*, Laterza.
- AUSTIN J.L. 1975, *How to Do Things with Words*, Clarendon Press.
- BACH K.-HARNISH, R.M. 1979, *Linguistic Communication and Speech Acts*, MIT Press.
- BAUMAN Z. 2000, *Liquid Modernity*, Polity Press.
- BOBBIO N. 1958, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli.
- BOBBIO N. 1984, *Il futuro della democrazia*, Einaudi.
- BOBBIO N. 2011, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza.
- BRUNELLI G. 2018, *L'ordinamento militare*, Cedam.
- CAMPBELL J.B. 1984, *The Emperor and the Roman Army*, Clarendon Press.
- CICERONE 2008, *La repubblica*. Testo latino a fronte, Rizzoli.
- COOK M.L. 2004, *The Moral Warrior*, Suny Press.
- COSTA P. 1999-2001, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Laterza.
- COTTA S. 1985, *Il diritto nell'esistenza*, Giuffrè.
- D'AGOSTINO F. 2011, *Filosofia del diritto*, Giappichelli.

- D'AURIA G. 1989, *vc. Giuramento - 1) Diritto pubblico*, in Enciclopedia giuridica Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1 ss.
- DEL NOCE A. 2024, *Il problema dell'ateismo*, il Mulino.
- DE MARTINO F. 1972-75, *Storia della costituzione romana*, Jovene.
- DUMÉZIL G. 1966, *La religion romaine archaïque*, Payot.
- FERRAJOLI L. 2007, *Principia iuris*, Laterza.
- FIORAVANTI M. 1999, *Costituzione*, il Mulino.
- FRENCH S.E. 2003, *The Code of the Warrior*, Bloomsbury.
- GROSSI P. 2001, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè.
- GROSSI P. 2003, *Prima lezione di diritto*, Laterza.
- HUNTINGTON S.P. 1957, *The Soldier and the State*, Harvard University Press.
- IGNATIEFF M. 1998, *The Warrior's Honor*, Metropolitan Books.
- JANOWITZ M. 1960, *The Professional Soldier*, Free Press.
- LANDOLFI F. 2005, *Diritto militare*, Giuffrè.
- MACINTYRE A. 2007, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, University of Notre Dame Press.
- MANZIN M. 2015, *Miles Christi. La dimensione cristiana tra istituzione militare e tutela internazionale dei diritti umani*, in Birolo M.S.- Scillitani L. (eds.), *Il giusto testimone. Studi e interventi in memoria di Francesco Paolo Montanino*, Rubbettino, 63 ss.
- MANZIN M. 2022, *Ethos e nomos nell'ordinamento militare*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 2022, 1 (5), 117ss.
- NN T. 1871-1888, *Römisches Staatsrecht*, Hirzel, disponibile in <https://www.digitale-sammlungen.de/de> (consultato il 13 maggio 2026).
- MONTANARI B.-BARCELLONA M. 2023, *Potere e negoziazione. Il diritto al tempo del post-pensiero*, Castelvecchio.
- POCCETTI P. 2021, *La terminologia indoeuropea del giuramento tra semantica e pragmatica*, in De Martino M.-Santi C. (eds.), *Nomen Numen. Espressioni del sacro tra storia delle religioni, linguistica e archeologia*, Agorà & Co., 2021, 11-36.
- PRODI P. 1992, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, il Mulino.
- RIVELLO P.P. 2017, *Procedura penale militare*, Giappichelli.
- SBISÀ M. 2007, *Detto non detto. Le forme della comunicazione implicita*, Laterza.
- SCHMITT C. 2013, *Le categorie del «politico»*. Saggi di teoria politica, il Mulino.
- SEARLE J.R. 1969, *Speech Acts*, Cambridge University Press.
- SME - *Stato Maggiore Esercito* (ed.) 2025, *Lo giuro. CalendEsercito 2026*.
- TAYLOR C. 2007, *A Secular Age*, Harvard University Press.
- URSI R. (ed.) 2022, *Difesa e costituzione, Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale*, 2022, 1(5).

VENDITTI R. 1996, *Il diritto penale militare*, Giuffrè.

WALZER M. 2015, *Just and Unjust Wars*, Basic Book.

WATSON G.R. 1985, *The Roman Soldier*, Cornell University Press.

WEBER M. 2001, *La scienza come professione. La politica come professione*, Einaudi.



RASSEGNA DELLA GIUSTIZIA MILITARE

1/2026
ISSN 0391-2787

GIURISPRUDENZA



VINCENZO SANTORO*

Rapporti tra collusione con estranei per frodare la finanza e violazione finanziaria costituente delitto: quid iuris in caso di fatto realizzato del tutto al di fuori degli obblighi istituzionali?

Cassazione penale, sezione I, 7 ottobre 2025, n. 33153

*Presidente: **MOGINI S.** Estensore: **CENTOFANTI F.** Imputato: B.M. P.M. **BELLELLI R.** (Diff.)*

*REATO MILITARE – COLLUSIONE IN FRODE ALLA FINANZA – Concetto di frode –
Mera omis sione di adempimento fiscale – Insussistenza.*

*Presidente del Tribunale Militare di Verona

1. Premesse sulle sentenze di merito.

Con la sentenza in commento¹ la Corte di cassazione ha annullato senza rinvio una sentenza della Corte militare di appello² con la quale, a conferma della sentenza di primo grado³, l'imputato era stato condannato per il reato di collusione in frode alla finanza in quanto, stipulato, quale locatario, un contratto di locazione di un immobile ad uso abitativo, aveva omesso di provvedere alla sua formale regolarizzazione e di conseguenza consentito ai locatori di evadere le imposte sui redditi delle persone fisiche, dovute in relazione ai corrispettivi percepiti (pari, nel periodo dall'agosto 2014 al luglio 2020, a complessivi 28.800 euro, con tributo evaso ammontante a 6.048 euro).

L'annullamento viene pronunciato in riscontro dell'articolato ricorso presentato dalla difesa, con il quale si evidenziava come il rapporto di locazione dell'immobile, sviluppatosi per molti anni nella forma di un comodato gratuito in ragione dei rapporti di amicizia sussistenti con il soggetto che ne aveva la proprietà, si fosse in seguito trasformato in contratto di locazione oneroso a causa del subentro, per lascito ereditario, di nuovi proprietari. Questi ultimi, intenzionati a ottenere quanto prima la disponibilità dell'immobile, non avevano mai acconsentito alla prescritta formalizzazione del contratto e, quindi, di fatto, costretto l'imputato a sottostare al regime di pagamento in nero del canone di locazione, donde era poi conseguita, a loro favore, l'evasione della pertinente imposta.

In particolare, il ricorso mette capo a rilievi focalizzati sul nucleo offensivo del contestato reato e, evidenziandone la duplice oggettività giuridica, esprime l'avviso che siffatta fattispecie delittuosa non si riscontri nelle ipotesi, come quella di specie, in cui non vi sia alcuna violazione di obblighi istituzionali e il finanziere non abbia agito «*nel contesto della sua attività professionale, ma da privato cittadino*».

2. La decisione della Corte di cassazione.

Il giudice di legittimità, pur disattendo l'argomento secondo il quale il reato di collusione non si configura nella ipotesi in cui il finanziere agisca da privato cittadino, accoglie il ricorso per ragioni correlate alla insussistenza degli estremi costitutivi del reato di collusione.

¹ Cass. pen., sez. I, 7 ottobre 2025, n. 33153.

² C. mil. App. Roma, 18 settembre 2024, n. 72.

³ Trib. mil. Napoli, sez. II, 26 ottobre 2023, n. 55.

In tale prospettiva il giudice di legittimità in primo luogo mette in evidenza che il reato di collusione dell'appartenente alla Guardia di Finanza con estranei è, in conformità alla unanime giurisprudenza di legittimità⁴, un reato di pura condotta, che si consuma con il perfezionamento dell'accordo fraudolento e che si profila come una deroga al generale principio stabilito dall'art. 115 c.p., secondo cui l'accordo e l'istigazione alla commissione di un reato non sono di per sé punibili tutte le volte che non siano seguiti dal compimento di atti che raggiungano almeno la soglia del tentativo di delitto.

Per effetto di tale reato, quindi, sono attratti nell'area della punibilità:

«intese collusive aventi direzione fraudolenta; intese non necessariamente proiettate alla perpetrazione di reati fiscali, ma da attuarsi, o concretamente attuate, secondo modalità comunque idonee a compromettere, eludere o sviare le attività istituzionali della polizia tributaria».

In esito a tali rilievi preliminari la Corte sottolinea come l'incriminazione in esame tuteli, in modo pregnante, sia l'interesse dello Stato alla riscossione dei tributi e alla regolarità del gettito fiscale che l'obbligo di fedeltà del finanziere rispetto all'istituzione e alla disciplina del Corpo.

In tale sottolineatura trova fondamento e ragion d'essere il rigetto del motivo in diritto formulato dal difensore, per il quale, quando il finanziere svolga un ordinario atto della sua vita privata, del tutto disgiunto da qualsivoglia impegno o contesto di servizio istituzionale, si sarebbe fuori dalla sfera di efficacia della predetta norma incriminatrice.

La Cassazione non condivide tale impostazione e afferma che per la configurabilità del reato non è indispensabile che la relativa condotta si colleghi ad uno specifico obbligo di servizio, la cui violazione sia in qualche modo connessa alla frode fiscale che forma oggetto dell'accordo criminoso, essendo viceversa sufficiente che l'agente prenda parte all'accordo fraudolento rivestendo la qualità di militare della Guardia di Finanza; in questa qualità è ravvisabile il *proprium* del reato e ad essa si ricollega la sua oggettività giuridica in discorso⁵, intesa ad una protezione rafforzata dell'interesse dello Stato «al perseguimento delle violazioni finanziarie, allorché tale interesse sia minacciato da esponenti dell'Istituzione che avrebbero il dovere di garantirne il soddisfacimento».

Giunti a questo punto dell'impianto argomentativo, la Corte si sofferma sul dolo specifico che connota il reato e sottolinea, in conformità a consolidati orientamenti di

⁴ Cass. pen., sez. I, 12 settembre 2019, n. 37820, Rv. 276840-02; Cass. pen., sez. I, 19 marzo 2014, n. 12943, Rv. 260135-01; Cass. pen., sez. I, 4 luglio 2007, n. 25819, Rv. 236894-01; Cass. pen., sez. I, 30 aprile 1991, n. 4820, Rv. 187218-01.

⁵ Cass. pen., sez. I, 13 maggio 2020, n. 14820, Rv. 279051; Cass. pen., sez. II, 2 marzo 2006, n. 7600, Rv. 233235-01; Cass. pen., sez. VI, 17 settembre 1998, n. 9892, Rv. 213049-01.

dottrina, come la finalità in frode alla finanza debba necessariamente refluire sui peculiari connotati dalla condotta ad esso preordinata e “delimitarne” la rilevanza penale.

Ciò in quanto, radicandosi l'intero significato offensivo del reato sull'intesa tra finanziere ed estraneo che sia rivolta a tale fine illecito e non essendo necessaria la sua realizzazione ai fini dell'integrazione del reato, è gioco forza concludere che:

«la qualificazione normativa di tale finalità in termini di frode ha una funzione selettiva delle condotte incriminate, posto che costituisce frode, sia secondo il linguaggio comune, sia in accezione propriamente tecnico-giuridica, l'attività umana connotata da malizia, falsità o altro espediente ingannatorio».

In tal modo il giudice di legittimità arriva ad intrecciare condotta tipica e finalità tipica e delineare la prima come accordo che si contrassegni «per l'indicazione o l'apprestamento di qualsiasi espediente o mezzo fraudolento, dotato di potenzialità lesiva dell'interesse erariale»⁶.

Da ciò la conclusione che «la frode sussiste, se la condotta che si imputa al finanziere è una condotta di concorso in evasione fiscale, allorché siano ideati mezzi comunque ingannevoli, suscettibili di pregiudicare lo specifico interesse alla percezione dell'entrata tributaria e causalmente efficienti nel determinarne la compromissione». E cioè si verifica «allorquando l'evasione, quale risultato della condotta prefissasi dall'agente» sia «frutto, sempre in chiave programmatica, dell'impiego di tali mezzi» nel senso che deve connotarsi per:

«il *quid pluris* integrante il concetto di frode, che deve consistere in un artificio, raggiro o uso di altro mezzo insidioso nei confronti della finanza, e non può viceversa consistere nella mera omessa rappresentazione dei fatti costitutivi dell'obbligazione tributaria per i quali vi sarebbe stato obbligo di dichiarazione».

Nel caso di specie, per contro, non si è ravvisato alcun contegno di frode e si è constatato solamente la mera omissione di un adempimento fiscale, gravante sulla generalità dei contribuenti e non accompagnato da «note modali ulteriori idonee a compromettere, eludere o sviare le attività istituzionali della polizia tributaria».

3. In merito ai rapporti tra dolo specifico e condotta di collusione.

⁶ Nel medesimo senso, Cass. pen., sez. I, 8 maggio 2020, n. 14146, Rv. 279050-01; Cass. pen., sez. I, 15 novembre 2012, n. 44514, Rv. 253826-01.

La sentenza in esame si iscrive nell'apprezzabile prospettiva, permeata da costante attenzione al fondamentale principio di offensività, che imprime al concetto di collusione una portata che valga a distinguerlo dal mero e anodino accordo e, conseguentemente, ne arricchisce i requisiti costitutivi con l'aggiunta di elementi che traggono alimento e consistenza dalla peculiare ed illecita finalità che tale accordo si propone di realizzare.

In particolare, si opera un raccordo tra condotta e finalità della condotta e l'intreccio dei due elementi fa da base per la conformazione della prima nei termini di un accordo che contenga già sé l'embrione dell'illecito scopo cui è preordinato. Con la conseguenza che un mero accordo, privo di qualsiasi connotato di insidia e raggiro, non integra il prescritto paradigma della collusione⁷.

In relazione a tali rilievi può sin d'ora evidenziarsi come essi, pur muovendosi all'interno della accreditata prospettiva esegetica che non circoscrive la collusione alle sole condotte attinenti al servizio istituzionale e sviluppandone le implicazioni con coerenza e consequenzialità, conducano a risultati che, di fatto, ridimensionano fortemente la sottolineata premessa che nel reato di collusione il finanziere venga in rilievo nella totalità di ogni atto in cui il predetto sia coinvolto e non nel solo contesto in cui svolga compiti istituzionali o operi in raccordo con compiti istituzionali.

Rileviamo altresì che ove lo specifico presidio di tutela predisposto dalla remota legge 9 dicembre 1941, n. 1383, si esaurisse nella sola fattispecie della collusione in frode alla finanza, i principi affermati dalla Suprema Corte nella sentenza in esame avrebbero il pregio di preludere ad una più circoscritta area di sua astratta efficacia e di espungervi da essa tutte quelle condotte le quali, ancorché risoltesi in pregiudizio degli interessi erariali, fossero prive di un intrinseco connotato di frode.

Troverebbe quindi piena attuazione il principio di frammentarietà, per effetto del quale la generica condotta di accordo in funzione di uno scopo di illecita lesione degli interessi erariali viene a rilevare soltanto nella ipotesi in cui si realizzi con un contegno fraudolento⁸.

La tesi non è del tutto nuova, posto che nell'iniziale contesto di applicazione della predetta norma incriminatrice non mancarono contributi esegetici i quali, originati

⁷ L'importante rilievo della Corte di cassazione si inquadra puntualmente nell'orientamento, sorretto da ampio consenso in dottrina, secondo cui il ricorso al dolo specifico intanto è compatibile con i principi di materialità e di offensività in quanto si eviti di incentrare il contenuto offensivo del reato proprio sul dato meramente soggettivo, cioè sulla parte della fattispecie che non trova corrispondenza materiale. In questi casi, in particolare, il legislatore non si limita a prescrivere un connotato del solo dolo (finalità dell'agente) ma richiede anzitutto una pari qualità della condotta (finalità dell'azione): la finalità dell'agente è anche finalità dell'azione, che pertanto deve possedere la idoneità-capacità di raggiungere lo scopo. In merito, Brunelli D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, IV ed., Torino, 2025, p. 181 ss.

⁸ Di diverso avviso, però, Cass., sez. I, 1° ottobre 2025, n. 32519, che ha confermato la condanna per collusione con riguardo ad una fattispecie in cui il finanziere aveva corrisposto in nero il corrispettivo della acquisita disponibilità di un immobile e così consentito al proprietario del predetto immobile l'evasione delle prescritte imposte.

dalla preoccupazione di darne una ragionevole dimensione, ebbero a sostenere che la «collusione non costituisce reato se il fine è quello di commettere una contravvenzione finanziaria e non già un delitto». Nella stessa locuzione *frodare*, e nelle richiamate pene degli artt. 215 e 219 c.p.m.p., – si sostiene – è già contenuta l'idea delittuosa⁹.

Ed è altresì noto come la suddetta tesi non abbia avuto seguito. La giurisprudenza si è, infatti, orientata verso una direzione del tutto opposta ed ha affermato che la collusione «può avere ad oggetto qualunque frode alla pubblica finanza, anche non costituente reato», recisamente confutando l'ipotesi esegetica che essa costituisse «nient'altro che l'accordo preparatorio del delitto contrabbando»¹⁰.

In particolare, si afferma, con rilievo che sembra far refluire nella struttura dell'accordo l'idoneità al conseguimento dello scopo fraudolento, che la fattispecie si realizza per effetto dell'indicazione o apprestamento di qualsiasi espediente o mezzo fraudolento dotato di potenzialità lesiva dell'interesse alla percezione dell'entrata tributaria¹¹, a prescindere dalla circostanza che il fatto lesivo dell'interesse tributario configuri o meno un illecito penale.

Emerge, quindi, come in tale prospettiva la punibilità dell'accordo collusivo configuri e rappresenti qualcosa di più di una deroga alla fondamentale disposizione dell'art. 115 c.p. Nella misura in cui si ritiene che lo scopo del patto collusivo possa abbracciare anche fatti penalmente irrilevanti, purché illeciti fiscali o finanziari, si assiste alla realtà di un accordo che costituisce reato anche quando persegua l'obiettivo, che si suppone di non necessario avveramento, di non violare la legge penale. E questo, comunque si opini ed anche tenendo fermo l'assunto che il reato si consumi con l'accordo o con il solo accordo, sta fuori da qualsiasi deroga al citato art. 115 c.p., posto che in tale disposizione si parla solo e soltanto della tendenziale irrilevanza penale degli accordi intesi alla commissione di un reato e non seguiti dalla realizzazione del medesimo.

4. Collusione e violazione degli obblighi istituzionali.

Tirando le fila di quanto rilevato in precedenza si arriva alla questione se il reato di collusione debba correlarsi all'esercizio delle funzioni istituzionali o ne prescinda del tutto, con la conseguenza che nell'orbita del delitto verrebbero a rientrare anche gli accordi che, pur risolvendosi in pregiudizio dell'erario, concernano fatti privati del finan-

⁹ Ciardi G., *I reati speciali per i militari della Guardia di Finanza*, in *Riv. guardia fin.*, 1958, pp. 172-173.

¹⁰ In tal senso, Cass., sez. VI, 23 febbraio 1991, n. 2488, Rv. 186473-01: «Il reato di collusione di militare della guardia di finanza può concorrere con il reato di corruzione e quello di contrabbando doganale, trattandosi di reati autonomi con diverse obiettività giuridiche».

¹¹ Cass. pen., sez. I, 4 luglio 2007, n. 25819; Cass. pen., sez. I, 2 maggio 2006, n. 15019, Rv. 234010.

ziere e non coinvolgano la sua specifica funzione istituzionale di prevenire e reprimere gli altrui illeciti fiscali.

Qui è importante dislocare puntualmente l'astratta conformazione che può assumere il patto – per il momento usiamo questa neutra espressione – che coinvolga finanziari e soggetti estranei e che sia preordinato ad un obiettivo di frode alla finanza.

La astratta tipizzazione di tali evenienze mette capo a tre distinte tipologie di accordi: la prima, decisamente “più vestita” nella componente offensiva, è quella che si esprime in un accordo tra finanziere e privato e comporta, per trarre origine da informazione di ufficio o per essere realizzato nel contesto di un servizio, una specifica violazione del dovere istituzionale di prevenire e reprimere gli altrui illeciti fiscali e finanziari; la seconda, in progressione offensiva decrescente, consiste nel patto – come accaduto nella vicenda oggetto della sentenza in esame – che il finanziere stringa con un estraneo in un contesto del tutto al di fuori dei compiti istituzionali e che produca l'effetto di consentire al privato di evadere obblighi di contribuzione fiscale; la terza, e per vero più complicata, tipologia di accordo, si invera nelle ipotesi in cui, sempre al di fuori di ogni contesto correlato ai compiti istituzionali, il finanziere realizzi un accordo con un estraneo inteso a garantire un ingiusto profitto, in pregiudizio dell'interesse fiscale, ad entrambi¹².

A fronte di tale quadro riassuntivo si è delineata, con connotati di assolutezza e senza operare distinzioni tra le indicate tipologie di accordo, la questione se l'accordo collusivo fosse da correlare alle sole circostanze in cui il finanziere operasse nel contesto degli adempimenti istituzionali o in collegamento con tali adempimenti, come parrebbe desumersi, sia detto sin da subito, dalla circostanza, normativamente prescritta, che l'accordo collusivo debba intercorrere con un estraneo: e cioè debba rivelare, proprio per la prescritta connotazione di “estraneità” dell'antagonista, il tradimento della fiducia e dell'affidamento riposto dall'ordinamento nel fedele e corretto adempimento dei compiti istituzionali.

Per taluni¹³ l'interpretazione che non richieda il collegamento con l'esercizio delle funzioni sarebbe erronea e contraria alla logica del sistema, posto che lo strappo radicale al principio dell'art. 115 c.p. non potrebbe basarsi esclusivamente sul mero possesso della qualifica di finanziere. Si sottolinea, in particolare, che il tradimento della fiducia che esprime la “collusione con estranei” ha una dimensione oggettiva, che è strettamente correlata alle funzioni svolte dal finanziere ed ai suoi compiti di istituto, rispetto ai quali l'estraneo è portatore di interessi antagonisti e confida, per la loro attuazione, nel-

¹² Come accade, per esempio, quando si avvale, per assistenza a un parente stretto, dei servizi di un “badante” e entrambi concordano corresponsione e ricezione del compenso in nero. E in generale in tutti le ipotesi in cui concordi ed attui il pagamento in nero di una qualsiasi prestazione a suo favore a fronte di una riduzione del prezzo da pagare, così realizzando un suo vantaggio e consentendo al soggetto che effettua la prestazione di non includere tra i profitti fiscalmente rilevanti la somma introitata.

¹³ In tal senso, si vedano i motivi di ricorso per cassazione di cui alla sentenza Cass. pen., sez. I, 8 giugno 2016, n. 23842.

la complicità di colui che avrebbe il contrapposto obbligo istituzionale di impedirne la illecita attuazione. E quindi allorquando il finanziere “sposa” gli illeciti interessi del privato e lo fa mediante un accordo in cui ciascuna delle parti è consapevole della identità e qualifica delle altre.

Per la Suprema Corte¹⁴ tale tesi non può essere condivisa. Si rileva, con assunto ribadito dalla sentenza in commento, che la fattispecie della collusione configura un reato formale che si perfeziona in virtù del semplice accordo fra finanziere e terzo; accordo che, di per sé, comporta la rottura del rapporto di fiducia tra il militare della Guardia di Finanza e la pubblica amministrazione e, conseguentemente, la lesione del particolare interesse protetto dalla norma.

In particolare, si sottolinea che la giurisprudenza della Corte di cassazione è stata sempre costante nel ritenere che per la configurabilità del delitto di collusione, di cui all'art. 3 della legge n. 1383/1941, non è necessario che il finanziere eserciti, con attualità, un determinato servizio d'istituto, funzionale alla frode fiscale che forma oggetto dell'accordo criminoso¹⁵.

In realtà la esegesi sopra delineata potrebbe anche essere intesa, e su tale premessa pacificamente condivisa, nel senso che il necessario impegno nelle tipiche attività istituzionali si delinea in due differenti modalità: in primo luogo come necessità che il finanziere colluda con estranei nel concreto e attuale esercizio delle sue mansioni istituzionali; in secondo luogo a designare le ipotesi in cui il finanziere, pur in contesti in cui non è in servizio, si prodighi per garantire gli illeciti interessi dell'estraneo per il tramite di atti che siano comunque correlati alla attività istituzionale, nella duplice fisionomia di presupporne o implicarne conoscenza e svolgimento.

Ed è indubbio che tale ricostruzione, proprio perché contempla in entrambe le situazioni l'illecita tutela di un interesse del privato in un contesto, comunque, di spendita della qualifica istituzionale, abbia precipuo fondamento.

Del tutto diversa sembra la ipotesi in cui il contegno del finanziere sia del tutto scollegato dagli impegni istituzionali, pregressi o prospettici, e il predetto ponga in essere un atto a mezzo del quale, non di rado con modalità che non rivelano in alcun modo che

¹⁴ Cass. pen., sez. I, 13 maggio 2020, n. 14820, Rv. 27905; Cass. pen., sez. I, 8 giugno 2016, n. 23842, con riguardo ad un fatto di commercializzazione in nero di prodotti contraffatti; Cass. pen., sez. II, 2 marzo 2006, n. 7600, Rv. 233235; Cass. pen., sez. VI, 17 settembre 1998, n. 9892, Rv. 213049, tutte nel senso che per la configurabilità del delitto di collusione non è necessario che il finanziere eserciti, con attualità, un determinato servizio d'istituto, funzionale alla frode fiscale che forma oggetto dell'accordo criminoso, ma è sufficiente che l'agente rivesta la qualità di militare della Guardia di Finanza, perché è solo ad essa che fa riferimento l'obiettività giuridica della norma incriminatrice.

¹⁵ Cass. pen., sez. I, 8 giugno 2016, n. 23842; Cass. pen., sez. II, 14 febbraio 2026, n. 5493, Rv. 233235; Cass. pen., sez. VI, 17 settembre 1998, n. 9892, Rv. 213049.

si tratti di un finanziere, soddisfi illecitamente un proprio interesse in pregiudizio del fisco¹⁶.

Per impostare e risolvere adeguatamente la appropriata disciplina penale di tali vicende occorre una breve escursione nel campo di applicazione dell'altra previsione incriminatrice contenuta nella legge n. 1383/1941: e cioè quella della «violazione finanziaria costituente delitto».

5. La violazione finanziaria costituente delitto.

Si è già visto come il reato di collusione con estranei in frode della finanza figuri all'interno di una disposizione a più norme, nell'ambito della quale trova collocazione anche il diverso reato della «violazione finanziaria costituente delitto», con soggetto attivo sempre il militare della Guardia di finanza.

La prima questione che pone la suddetta previsione concerne la sua puntuale sfera di applicazione. Ed è questione che necessariamente richiede di comprendere le ragioni per le quali, a fronte della astratta eventualità che il finanziere commetta ogni e qualsiasi tipologia di illecito fiscale, amministrativo e penale, la specifica norma selezioni e contempli solo l'illecito finanziario che configuri un delitto; e configuri tale illecito in aggiunta a quello di collusione, che di per sé considerato ben può delinearsi come l'accordo propedeutico alla realizzazione di qualsivoglia illecito; e quindi anche un delitto finanziario.

In tale scenario normativo possono ritagliarsi due opzioni esegetiche: la prima va nel senso che la specifica previsione contempli un reato necessariamente monosoggettivo e si proponga di qualificare come grave reato speciale la più intensa e significativa espressione di infedeltà fiscale realizzata dal finanziere: cioè un illecito finanziario che sia delitto; la seconda va nel senso opposto e mette capo alla conclusione che, a prescindere dal reato di collusione e quindi anche ove se ne realizzino gli estremi, il finanziere risponde altresì del delitto finanziario commesso nella ipotesi che si tratti di delitto realizzato in conformità ed attuazione dell'accordo collusivo.

In difetto di univoche controindicazioni normative, pare più plausibile la seconda prospettazione, per effetto della quale viene a delinearsi un reato che può anche essere commesso in concorso con estranei, come appunto accadrà tutte le volte che il delitto

¹⁶ Si consideri al riguardo un atto di compravendita immobiliare, in cui il finanziere, acquirente e tenuto al pagamento delle specifiche imposte, si accordi con il venditore per indicare nell'atto un prezzo di acquisto inferiore a quello realmente corrisposto. Gli esempi che possono farsi sono ovviamente molteplici.

finanziario sia commesso proprio da costoro con la complicità, inverata nel pregresso reato di collusione, del finanziere.

In tale prospettiva si pone altresì il problema di quale sia la appropriata disciplina della ipotesi in cui l'accordo inteso a realizzare un delitto finanziario sia seguito dalla sua effettiva realizzazione. In particolare, ci si è chiesti se il delitto finanziario, proprio perché attuazione dell'accordo collusivo:

- a) concorra con il reato di collusione;
- b) venga assorbito dal reato di collusione;
- c) rilevi, ove si delinei il pregresso reato di collusione, solo come violazione finanziaria costituente delitto e non dia affatto luogo agli estremi oggettivi e soggettivi del diverso reato di collusione.

Sul punto si è registrato un contrasto di giurisprudenza.

Un primo orientamento¹⁷, muovendo dal presupposto che il reato previsto dalla prima parte dell'art. 3 della legge n. 1383/1941 («violazione finanziaria costituente delitto») sia figura del tutto autonoma rispetto al reato di collusione, afferma che ove tale reato sia commesso in concorso con estranei, «lo stabilito concerto non dà luogo ad un'ipotesi di collusione, bensì ad un accordo che direttamente sorregge il reato concordato di violazione finanziaria e rende attribuibile a ciascuno il risultato esterno dei contributi unificati».

Per un diverso e maggioritario orientamento, le tre ipotesi delittuose contemplate dall'art. 3 della citata legge («violazione alle leggi finanziarie costituente delitto», «collusione con estranei in frode alla finanza» e «peculato del militare della Guardia di Finanza») costituiscono tre ipotesi delittuose ciascuna a sé stante, aventi diversa obiettività giuridica e possono concorrere tra loro secondo il principio del concorso formale dei reati.

In particolare, si evidenzia come aspetti fondamentali a sostegno di un siffatto assunto siano, da un lato, il contenuto già di per sé delittuoso dell'accordo collusivo, che costituisce eccezione alla regola di cui all'art. 115 c.p., e non perde la natura di reato perfetto qualora dia luogo, quale seguito non necessario né inevitabile, alla esecuzione di

¹⁷ Cass. pen., sez. I, 30 aprile 1991, n. 4820, secondo cui «il reato previsto dalla prima parte dell'art. 3 della legge 9 dicembre 1941 n. 1383, riguarda la violazione finanziaria (qualsiasi violazione finanziaria) costituente delitto, commessa dal militare della guardia di finanza ed è figura del tutto autonoma rispetto alle altre due ipotizzate dallo stesso articolo, tra cui la collusione. Trattasi di reato proprio, monosoggettivo (non richiedente cioè il necessario concorso di altri soggetti, qualificati o no) che il militare può commettere con condotta tipica, se agente isolatamente o con altri militari, ovvero in qualsiasi forma partecipativa, se concorrente con altri soggetti; in tale ultimo caso lo stabilito concerto non dà luogo ad un'ipotesi di collusione, bensì ad un accordo che direttamente sorregge il reato concordato di violazione finanziaria e rende attribuibile a ciascuno il risultato esterno dei contributi unificati».

una violazione finanziaria, che – si afferma – costituisce una distinta figura delittuosa che comprende aggiuntiva materialità; dall'altro, la diversità degli interessi giuridici protetti, che impedisce la configurabilità di una progressione criminosa – dalla collusione alla violazione finanziaria effettiva – o di altra forma unificante dei due reati che porti alla soppressione dell'autonoma rilevanza dell'accordo collusivo¹⁸.

Da ciò, si ribadisce, la duplice e connessa conclusione che l'accordo collusivo non copra la violazione finanziaria, in quanto la assunzione dell'intesa illecita ad elemento doloso della violazione finanziaria non ne elide la già raggiunta autonomia delittuosa, sicché soltanto il concorso delle due ipotesi copre l'intera area dell'illecito penale, se commesso dal militare della Guardia di Finanza¹⁹.

6. Delitto finanziario e sua rilevanza anche al di fuori del contesto di esercizio delle funzioni istituzionali.

A questo punto occorre un ulteriore passo in avanti, il cui scopo è quello di stabilire se, ed in che misura, la specifica previsione dell'illecito finanziario costituente delitto offra spunti per confinare la condotta di collusione nel contesto della violazione degli obblighi istituzionali; e quindi comprenda soltanto quei fatti che rivelino ed esprimano quel peculiare significato lesivo che gli deriva dalla loro ascrivibilità ad un soggetto che, per lo *status* istituzionale e nel puntuale svolgimento dei correlativi obblighi o in relazione ai medesimi, ha tradito la fiducia in lui riposta dall'ordinamento, si è alleato con estranei al corpo di appartenenza e ha condiviso obiettivi che costituiscono la radicale negazione di contenuto e ragione dei suoi obblighi istituzionali.

E tale significato criminoso discende proprio dall'accordo con l'estraneo, che realizza una scelta di campo antagonista rispetto ai doveri istituzionali²⁰ e prelude alla commissione di illeciti, anche di natura non penale, che il predetto ha il dovere di prevenire e reprimere in quanto custode e tutore degli interessi giuridici correlati al leale adempimento degli obblighi fiscali.

¹⁸ Cass. pen., sez. I, 23 luglio 1991, n. 7710, Rv. 187812-01.

¹⁹ Orientamento ribadito di recente da Cass. pen., sez. II, 20 settembre 2019, n. 38820, ove si ribadisce che il reato di collusione configura un delitto istantaneo a consumazione anticipata nel quale, in ragione della rilevanza attribuita al bene giuridico protetto costituito dalla regolare riscossione dei tributi; si ribadisce che l'applicazione della sanzione penale è anticipata al momento dell'accordo collusivo, senza sia richiesto anche il reale conseguimento del "risultato della frode"; ed infine si sottolinea che ogni altra attività criminosa commessa dal finanziere in attuazione del patto criminoso, libero o imposto che sia, non può considerarsi assorbita nell'obiettività del delitto di collusione, ma conserva la propria autonomia giuridica e integra una distinta violazione della legge penale.

²⁰ Non sembra ultroneo rilevare come il termine collusione esista anche nella lingua inglese (*collusion*) nel significato di *conspire, connive, plot*, tutti a designare l'accordo illecito con la controparte.

La suddetta prospettiva svela, sembra a chi scrive, la duplice *ratio* della previsione finanziaria costituente delitto. In primo luogo, essa è preordinata a ritagliare, tra le diverse tipologie di illeciti finanziari che seguano ed attuino il patto collusivo, quelle che non vengono assorbite dalla collusione e mantengono una loro specifica rilevanza autonoma, in concorso con la collusione.

In secondo luogo, essa si stacca dal reato di collusione ed è intesa a sanzionare le uniche fattispecie di illecito finanziario che il militare della Guardia di Finanza commetta in contesti del tutto indipendenti dalle sue specifiche funzioni istituzionali e per la illecita realizzazione di un suo esclusivo interesse personale. Fatti che possono essere realizzati in forma monosoggettiva²¹ oppure in forma concorsuale²².

In tali ipotesi, il finanziere si comporta da evasore fiscale in contesti e con modalità che, pur rivelando intenti e realizzando condotte in pregiudizio degli interessi del fisco, non comporta una violazione dei tipici doveri istituzionali di prevenzione e repressione degli illeciti fiscali commessi da altri, appunto gli estranei parte dell'accordo collusivo²³.

Ed è in tale prospettiva che si colgono il particolare significato dello speciale reato di violazione finanziaria costituente delitto e i limiti di sua puntuale rilevanza; limiti per effetto dei quali la violazione finanziaria costituente delitto costituisce tendenzialmente un reato monosoggettivo, che, di per sé considerato, può prescindere da un accordo collusivo con estranei e ben può delinearsi per la illecita tutela di un interesse personale ed esclusivo del militare della Guardia di Finanza. Si tratta, cioè, di una fattispecie che, pur potendo essere realizzata in concorso di persone, si staglia con una precisa e netta autonomia rispetto al reato di collusione ed è intesa a reprimere con la medesima sanzione prevista per quest'ultimo reato solo la più grave tipologia di illeciti finanziari commessi dal finanziere e per la tutela di un suo personale interesse.

Prospettiva, questa, che esclude che con la complessa disposizione a più norme di cui all'art. 3 della legge n. 1383/1941 il legislatore abbia elevato il militare della Guardia di Finanza a depositario di un obbligo di rispetto della normativa fiscale vigente in ogni istante della sua esperienza di vita e considerato ogni suo illecito fiscale come violazione di puntuali doveri istituzionali.

²¹ Come accade, si ribadisce, nei casi in cui il finanziere, per avventura proprietario di immobili, li conceda in locazione e si faccia pagare in nero, omettendo di inserire i redditi percepiti nella apposita dichiarazione fiscale.

²² Come accadrà quando, anche qui sia consentito ribadire, il finanziere chiedi ed ottenga di pagare in nero, con notevole sconto sul prezzo, cene o simili; oppure concordi con un terzo di farsi fatturare una donazione, fiscalmente deducibile, per un importo maggiore di quanto effettivamente versato, se non del nulla effettivamente versato (vicenda che non sempre comporta la infedeltà del soggetto che emette la fattura, perché può accadere che costui, da parte sua, dichiari il vero nelle pertinenti e rilevanti dichiarazioni fiscali).

²³ Rimane aperta la questione se in tali ipotesi assuma rilevanza, quale reato speciale, anche il tentativo di violazione finanziaria costituente delitto oppure se in tali ipotesi, anche alla luce del peculiare statuto del tentativo nei reati tributari, trovi applicazione solo la normativa ordinaria.

Il che sta a significare, si ribadisce, che in difetto di esplicite o sistematiche controindicazioni normative è del tutto plausibile che tale violazione finanziaria possa essere commessa anche in concorso con altri soggetti, non importa se finanziari o estranei. Se la base di innesto del fatto può non avere nulla a che fare con i doveri istituzionali, l'eventuale accordo, chiunque ne sia il destinatario, non assume rilievo come autonoma collusione ed esaurisce la sua rilevanza penale all'interno del concordato e realizzato delitto finanziario²⁴.

Se così non fosse, infine, sarebbe davvero incomprensibile la ragione per la quale la collusione rileva solo se coinvolge un "estraneo" e non è affatto tale se si realizzi per effetto di un accordo tra finanziari. Ed è appena il caso di rilevare, per concludere sul punto, che nella sopra esposta prospettiva l'illecito finanziario costituente delitto che il finanziere commetta, per la illecita tutela di un suo interesse personale ed in concorso con estranei, si appaga di un accordo che non richiede alcuna componente di frode ed è del tutto coincidente con il semplice accordo che presidia ogni realizzazione concorsuale di un reato.

Al riguardo è doveroso specificare che quanto sopra rilevato concerne solo la ipotesi del delitto finanziario che sia commesso *uti privatus* e non presupponga in alcun modo un reale accordo collusivo, di cui il predetto delitto, proprio perché frutto della collusione, sia la mera attuazione: il che accadrà, proprio in ragione della peculiare genesi della norma incriminatrice, in tutte le ipotesi di accordo collusivo che metta capo alla realizzazione dei variegati delitti finanziari ad opera degli estranei.

Diciamo meglio: è indubbio che il delitto finanziario possa essere realizzato anche in attuazione di un pregresso accordo collusivo; e quindi quale concreto epilogo di un atto di "cospirazione" con la parte istituzionalmente antagonista. Ed è indubbio che in tale evenienza, proprio per la chiara formulazione normativa, i due delitti concorrano.

Ciò che invece intendiamo mettere in rilievo è che tale delitto finanziario, ove non espressivo di violazione di doveri istituzionali, è la unica fattispecie penale in cui assume rilievo di per sé sufficiente la mera qualifica di finanziere; ed è quindi l'unica fattispecie che viene in rilievo, quale reato speciale, nelle ipotesi in cui il finanziere agisca *uti privatus* per realizzare un suo illecito interesse personale.

²⁴ Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 1991, n. 4820, Rv. 187200-01: «Trattasi, pacificamente, di reato proprio, monosoggettivo (non richiedente, cioè, il necessario concorso di altri soggetti, qualificati o no), che il militare può commettere con condotta tipica, se agente isolatamente o con altri militari, ovvero in qualsiasi forma partecipativa, se concorrente con altri soggetti: in quest'ultimo caso, lo stabilito concerto non dà luogo ad ipotesi di collusione, bensì ad accordo che direttamente sorregge il reato concordato di violazione Finanziaria, e rende attribuibile a ciascuno il risultato esterno dei contributi unificati». La sentenza inoltre sottolinea: «Definiti così i profili del reato di contrabbando militare, fattispecie propria non esclusiva e monosoggettiva, il concorso dei civili va ricondotto alla disciplina di cui all'art. 117 C.P., che prevede la estensione a tutti i partecipi, che risponderebbero comunque di un reato, di quello specifico dipendente dalla qualifica personale di uno di essi: il relativo titolo, difatti, si estende obiettivamente, ope legis, agli altri, salva per costoro la possibilità di attenuazione della pena, se il reato proprio è più grave».

7. In merito al concetto di collusione.

E qui torniamo all'enigma di fondo: e cioè se il reato di collusione richieda un mero accordo, purché funzionale ad uno scopo in frode al fisco, o sia qualcosa di diverso, per intrinseco contenuto ed a prescindere dalla peculiare finalità illecita che ne costituisce lo scopo.

Se diamo un'occhiata ai reati di accordo contemplati nel nostro sistema penale non tardiamo a rilevare che ciò che li contraddistingue è la circostanza che tutti i soggetti coinvolti hanno la medesima posizione nei confronti dell'interesse protetto, sicché le contemplate manifestazioni di volontà convergono verso il medesimo obiettivo offensivo e provengono da soggetti indistintamente tenuti al rispetto di quell'interesse dedotto nella norma incriminatrice.

Nel caso del reato di collusione si assiste ad una realtà sensibilmente diversa. La espressa ed esclusiva punibilità del finanziere, infatti, ha il senso di attestare che il bene protetto dalla norma incriminatrice è ipotizzabile solo in relazione al finanziere ed ai suoi obblighi istituzionali di prevenire e reprimere le offese agli interessi erariali. E tale realtà permane immutata, nella fisiologica conformazione della norma, anche quando l'adesione del privato renda in qualche modo immanente la realizzazione della distinta e separata offesa all'interesse fiscale.

Sicché, proprio riprendendo gli spunti della dottrina²⁵, viene da chiedersi se non abbia maggiore plausibilità la tesi che attribuisce al reato di collusione natura di fatti-specie monosoggettiva. Ed in tale prospettiva rilevare come l'impiego della locuzione «collude con estranei» denoti la dimensione unilaterale dell'offesa e, nel contempo, la sua essenziale correlazione con gli obblighi istituzionali. L'offesa, in altri termini, sta tutta nel contegno del finanziere, privilegiato custode della legalità fiscale per vincolo istituzionale, il quale tradisce i suoi precisi obblighi e agisce per far ottenere ad un terzo, vero e proprio antagonista istituzionale, illeciti vantaggi in frode all'erario.

In tale ottica ben si giustifica la non punibilità del privato. Nello stretto circuito del reato di collusione, infatti, il privato non offende alcun interesse affidato alla sua protezione o comunque riconducibile a lui. Se e quando, sulla scia della strada spianatagli del finanziere infedele, dovesse commettere l'illecito fiscale, risponderà di tale illecito, perché solo tale illecito esprime e recepisce la dimensione offensiva del suo apporto.

²⁵ Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, Milano, 1985, il quale ritiene sia da capovolgere l'impostazione tradizionale ed afferma il carattere monosoggettivo del predetto reato, da cui discende la fisiologica impossibilità di estenderne la efficacia sanzionatoria nei confronti dell'estraneo.

Così ricostruita la fattispecie di collusione, non pare azzardato rilevare che essa può atteggiarsi anche nei termini di tentata collusione, sempre che non si ritenga che la manifestazione di volontà nel senso di preludere a reati in frode al fisco sia di per sé già atto collusivo.

Al riguardo deve infatti rilevarsi che anche atti unilaterali potrebbero integrare il reato di collusione; e per rendersene conto basti pensare al fatto del finanziere che, in violazione dell'obbligo di segretezza, invii, magari in formato anonimo, una missiva ad un imprenditore e gli comunichi che in un determinato giorno è programmata una verifica fiscale.

Nel linguaggio della norma incriminatrice, quindi, l'estraneo è connotato in negativo, in quanto privo di quella qualifica speciale che costituisce la fonte degli obblighi di prevenzione e repressione, e si identifica in ogni soggetto che non rientri nella categoria concettuale di "militare della Guardia di Finanza"²⁶.

In tale ricostruzione ben si spiega perché il legislatore abbia usato il termine «collude» in luogo del termine «si accorda», che di certo non avrebbe sollevato perplessità, posta la espressa indicazione aggiuntiva della finalità fraudolenta dell'accordo.

Il termine «collude», per contro, designa la essenzialità del collegamento con il servizio: il servizio, postulato dalla qualifica, refluisce nella condotta tipica, perché solo chi ha doveri correlati allo specifico servizio può violarli nella forma della collusione con il destinatario dei compiti di prevenzione e repressione di cui è egli gravato: in senso figurato, vero e proprio nemico istituzionale.

Sembrerebbe quindi accreditarsi la natura monosoggettiva del reato, con il suo conseguente e puntuale delinearsi tutte le volte in cui il finanziere violi, con la finalità di tutelare interessi opposti a quelli che è tenuto a proteggere, i propri doveri istituzionali; e quindi leda l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, che fa capo solo ed esclusivamente a lui.

La non punibilità del privato, si ribadisce, è quindi del tutto coerente alla fisionomia dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice e, ci sembra, si delinea in termini di assolutezza. Il privato è sempre non punibile per la collusione, perché questo reato si realizza esclusivamente in un'area chiusa, coincidente con quella dei militari della Guardia di Finanza e correlata ai loro doveri istituzionali. Le cose non mutano, ci sem-

²⁶ Allo stesso modo di quanto accade con il reato di induzione indebita, del pari connotato da un accordo che esprime una lesione del vincolo di fiducia riposto dall'ordinamento in capo al pubblico ufficiale e a cui riguardo si ritiene che nelle ipotesi in cui il privato non dia o non prometta denaro o altra utilità al pubblico ufficiale, resistendo alle illecite richieste di quest'ultimo, viene meno la ratio che si colloca a fondamento del requisito del perseguimento di un indebito vantaggio da parte del destinatario della condotta induttiva, che pertanto esula dal paradigma delineato dalla norma incriminatrice. Qualora dunque l'agente pubblico, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, compia atti idonei diretti in modo non equivoco a indurre il privato a dare o a promettere indebitamente un'utilità, senza riuscire nel suo intento, perché, l'evento non si verifica per la resistenza del privato, si configura quindi il tentativo di induzione indebita (artt. 56 e 319-*quater* c.p. (in tal senso, Cass. pen., sez. VI, 12 gennaio 2016, n. 6846, Rv. 265901 e Cass. pen., sez. VI, 22 giugno 2016, n. 35271).

bra e pur consapevoli di diversi orientamenti giurisprudenziali,²⁷ pertanto, quando sia il

²⁷ Sul punto si è delineato uno scenario controverso. Secondo la dottrina prevalente e la giurisprudenza minoritaria, l'estraneo con il quale è intervenuto l'accordo collusivo non è mai punibile. Si argomenta che l'illecito in esame configura un reato necessariamente plurisoggettivo ed è espressamente presidiato dalla sola punibilità del militare della Guardia di Finanza, sicché è da escludere che possa trovare applicazione la disposizione generale sul concorso di persone nel reato. In tal senso, Antonioni F., voce *Collusione*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 454; Martini A., voce *Collusione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Utet, 1985, p. 294; Melchionda A., *Interesse protetto e ratio di tutela nella collusione del finanziere*, in *Giust. pen.*, 1985, II; Cass. pen., 7 luglio 1985, in *Giust. pen.*, 1986, II, c. 89; Cass. pen., 5 febbraio 1991, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1455; Cass. pen., 30 aprile 1991, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 655; Cass. pen., 13 maggio 1991, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 724; Cass. pen., 28 luglio 1991, in *Giust. pen.*, 1992, II, c. 47. Per altra, cospicua, parte della giurisprudenza, l'estraneo che collude deve ritenersi punibile poiché con la sua azione cosciente e volontaria concorre alla realizzazione dell'evento dannoso voluto dal militare. Si sottolinea che lo scopo della norma è quello di evitare, mediante l'anticipazione della soglia della punibilità alla semplice collusione, la messa in pericolo dell'interesse dello Stato alla regolare riscossione dei tributi e se ne fa derivare la conclusione che non vi è motivo per ritenere che il legislatore abbia logicamente voluto mandare esente da pena il privato che è parte necessaria dell'accordo fraudolento finalizzato, peraltro, al raggiungimento di un suo concreto interesse economico (Cass. pen., sez. III, 4 marzo 1986, in *Cass. pen.*, 1987, pp. 1634-1635; Cass. pen., sez. III, 17 giugno 1985, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1711; Cass. pen., sez. VI, 22 aprile 1989, in *Cass. pen.*, 1991, p. 125; Cass. pen., sez. VI, 6 novembre 1990, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1803; Cass. pen., sez. I, 10 dicembre 1993, in *Giust. pen.*, 1995, II, c. 20; Cass. pen., 18 novembre 1996, in Scandurra G.-Scandurra D. (a cura di), *Il diritto penale militare nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte di Cassazione*, Milano, 2002, p. 65, nt. 37; Cass. pen., sez. I, 19 marzo 1997, n. 2645. In merito, Rivello P.P., *Giustizia ordinaria e giustizia militare di fronte al delitto di collusione da parte della Guardia di finanza*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 639 ss.). Tesi, questa, che sembra dare per scontato che alla base della collusione debba esservi l'illecito obiettivo di garantire tutela agli interessi del privato, in ipotesi in contrasto con la retta e puntuale applicazione della normativa finanziaria di specifico settore. Si è però rilevato, nel quadro di un indirizzo che è poi divenuto prevalente, che la predetta conclusione non è persuasiva, in quanto ispirata a criteri interpretativi di natura politico-criminale e sociologica, piuttosto che ad una rigorosa analisi della disciplina normativa. In tale diversa ottica si osserva, innanzitutto e con apparente, ancorché parziale, avallo dell'orientamento che esclude la punibilità, che l'art. 110 c.p. assolve ad una funzione incriminatrice *ex novo* di una condotta "atipica", sicché non può trovare applicazione per la condotta "tipica" del concorrente necessario, proprio perché già prevista, come elemento costitutivo, nella fattispecie del reato plurisoggettivo improprio e, in quanto non sanzionata, espressione chiara e inequivoca della deliberata volontà del legislatore di non punirla. Alla norma generale sul concorso, quindi, non può farsi riferimento per sanzionare attività che la norma speciale già prevede, ma non punisce, quali, nella fattispecie in esame, il consenso o la mera adesione alla proposta di collusione fatta dal militare ovvero il semplice incontro di volontà tra le parti. Ciò premesso, si prosegue affrontando il quesito se il concorrente necessario possa essere punito, a titolo di concorso, nel caso in cui non si limiti alla mera adesione all'altrui proposta collusiva, bensì tenga una condotta "atipica", diversa e ulteriore rispetto a quella di concorrente necessario e finalizzata ad istigare, determinare o agevolare l'*intraneus* al reato. A tale quesito viene data una risposta affermativa, richiamandosi all'indubbia efficacia dell'art. 110 c.p. rispetto alle condotte atipiche e sottolineando che non si comprende perché mai debba andare esente da pena «l'*estraneus* che, superando la soglia della mera adesione all'intesa collusiva (unica condotta tipica prevista dall'art. 3 delle legge n. 1383), istighi il militare o lo determini alla collusione o organizzi la *societas* collusiva, gestendone gli utili» (Così, Cass. pen., sez. VI, 10 giugno 1998, n. 9892, in *Guida dir.*, 1998, n. 42, p. 86 ss.; nello stesso senso Cass. pen., sez. I, 14 marzo 1989, n. 8767. Sulla più generale problematica si veda il già citato l'interessante lavoro di Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, cit. L'autore si sofferma anche sul reato di collusione (pp. 96-107) osservando, in esito ad articolate riflessioni che sottolineano come l'unico accordo che rileva sia quello con estranei, come la condotta di collusione si condensi in una manifestazione di disponibilità a venir meno ai propri doveri funzionali. La tesi sopra indicata è indubbiamente in linea con la dominante esegesi delle ipotesi di reati a plurisoggettività impropria, di cui si

privato a prendere la iniziativa. Perché la iniziativa di costui attiva norme incriminatrici ulteriori rispetto alla collusione, per solito coincidenti con i reati finanziari ed i reati di corruzione o istigazione alla corruzione.

Sfuma, quindi, la questione se il privato che si attivi o presti adesione alla proposta di frode al fisco debba conoscere o meno la qualifica di finanziere. L'unica qualifica che deve conoscere, se del caso, è quella di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, essenziale per il delinearsi del reato di corruzione o di istigazione alla corruzione: cioè di reati il cui oggetto giuridico è di spessore più ampio e suscettibile di offesa anche da parte del privato.

Ed in questa prospettiva ben potrebbe sostenersi, proprio in puntuale attuazione dei fondamentali principi di materialità ed offensività, che la condotta di collusione, pur trovano il suo momento consumativo nell'accordo, non si esaurisce sempre ed in ogni caso in tale accordo ma comprenda anche, ad eccezione della contemplata violazione finanziaria costituente delitto, i fatti in cui si materializzi l'infedeltà manifestata con l'accordo e che per solito assumeranno la fisionomia dei reati di omissione di atti di ufficio, violata consegna e rivelazione di atti di ufficio.

Il punto merita una precisazione. Non si intende dire che tutti i fatti conseguenti all'accordo collusivo siano tasselli costitutivi di tale accordo. Bensì che lo siano solo gli atti che di per sé incarnino la lesione degli obblighi di specifico incardinamento in capo al finanziere.

In altri termini si registra una differenza tra reati che danno sostanza alla collusione e ne costituiscono parte costitutiva, e reati che ne costituiscono la attuazione, come accade per i reati finanziari che tale accordo abbia reso possibile²⁸.

ha ampio riscontro con riguardo al reato di rivelazione di segreti di ufficio.

²⁸ Non sembra pertanto da condividere la contraria tesi affermata da Cass. pen., sez. I, 6 giugno 2019, n. 37820, Rv. 276840-01, per la quale: «Configura un'ipotesi di concorso formale tra il delitto militare di collusione con estranei per frodare la finanza, previsto dall'art. 3 della legge 9 dicembre 1941, n. 1383, ed il delitto comune di rivelazione di segreti d'ufficio, previsto dall'art. 326 cod. pen., la condotta di un appartenente alla Guardia di Finanza che comunichi ad un privato notizie riservate circa un'imminente attività d'ufficio che lo riguardi, attesa la diversità dei beni giuridici protetti dalle rispettive norme incriminatrici, consistenti nella regolarità del gettito fiscale e nella disciplina del corpo della Guardia di Finanza quanto al primo delitto e nel prestigio e nel buon funzionamento della pubblica amministrazione quanto al secondo». *In motivazione si afferma che* «le due ipotesi criminose, anche nel caso specifico in cui il militare risulti contestualmente sottoposto a procedimento penale per il delitto comune per la condotta di comunicazione della notizia riservata inerente l'imminente ispezione, possono realizzare il concorso formale di reati, non risolvibile in termini di specialità o di continenza con assorbimento di uno nell'altro, dal momento che la collusione postula il mero consenso del militare e del privato per il compimento di un'azione illecita, che non è richiesto si traduca in un effetto in concreto verificatosi nella realtà fenomenica, mentre la rivelazione di un segreto d'ufficio richiede la divulgazione di notizia, che deve rimanere inaccessibile, a tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione. In altri termini, l'informazione data di nascosto al privato circa un atto dell'ufficio a lui destinato non esaurisce il contenuto di disvalore del fatto perché rappresenta soltanto lo strumento attraverso il quale l'intesa illecita già raggiunta riceve attuazione». Va da sé che nella nostra prospettiva già la rivelazione di segreti di ufficio per la finalità di agevolare il privato nella realizzazione di un suo illecito interesse in danno

Tirando le fila di quanto rilevato in precedenza sembra del tutto plausibile la conclusione che nel reato di collusione si riscontri, da un lato, una condotta oggettiva che è di per sé carica di significato offensivo; dall'altro, un profilo soggettivo che si innesta su tale condotta e la qualifica nei termini richiesti dalla fattispecie incriminatrice.

In primo luogo, viene quindi in rilievo una condotta di collusione, nel cui ambito trovano collocazione tutte le ipotesi in cui il finanziere viene meno ai suoi doveri istituzionali e compie un atto che realizza ed esprime una scelta di campo a favore dell'illecito interesse che ha il dovere istituzionale di prevenire e reprimere e che può realizzarsi sia agevolando il privato nelle modalità di perseguimento del suo illecito interesse, sia omettendo di doverosamente rilevare e segnalare analoghi fatti contraddistinti dalla già intervenuta illecita realizzazione di tale interesse.

In secondo luogo, ai fini della integrazione del reato di collusione occorre che la condotta sopra indicata venga realizzata «per frodare la finanza»; cioè sia assistita dal dolo specifico di consentire al privato la evasione dei suoi obblighi fiscali.

Si tratta di due essenziali componenti della particolare fattispecie criminosa, perché è ben possibile che la condotta materiale risulti posta in essere per finalità diverse, come accadrà nelle ipotesi in cui il finanziere si accordi con un soggetto nell'obiettivo di far figurare un concorrente commerciale, di cui sia constatata la impeccabile conformità ai doveri fiscali, come autore di violazioni fiscali inesistenti, per pregiudicarlo nel successivo e indisturbato svolgimento della sua attività commerciale.

In questo caso, si ritiene, non ricorre il reato di collusione e la rilevanza penale del fatto sarà da correlare non al semplice accordo, ma al concreto atto posto in essere dal finanziere per la illecita tutela del soggetto privato, un tempo di certo definibile nei termini di abuso di ufficio ed attualmente di più complicato inquadramento, salva l'ipotesi che la segnalazione dell'inesistente illecito finanziario metta capo ad una calunnia.

8. Quid iuris in caso di accordo collusivo e attuazione della frode in danno del fisco? Concorso di reati o esclusiva ed assorbente rilevanza della sola collusione?

Consideriamo ora la ipotesi che l'accordo collusivo, nel senso sopra indicato, abbia trovato piena attuazione con la realizzazione degli illeciti in frode al fisco. E conside-

del fisco costituisce collusione; o, a ritenere il reato non monosoggettivo, tentata collusione per l'ipotesi che il privato rigetti l'iniziativa del finanziere.

riamo, da un lato, l'ipotesi che tali illeciti costituiscano illeciti amministrativi o reati contravvenzionali; dall'altra, l'ipotesi che tale illecito abbia natura di delitto finanziario.

In relazione al primo scenario, sembrerebbe plausibile la conclusione che tali illeciti amministrativi o integranti reati contravvenzionali siano assorbiti, limitatamente alla posizione del solo militare della Guardia di Finanza, nel grave reato di collusione.

Tali conclusioni troverebbero un significativo riscontro proprio nella complessiva formulazione delle pertinenti fattispecie previste dall'articolo 3 della legge n. 1383/1941.

In tale previsione normativa, posta a chiusura delle distinte fattispecie delittuose contemplate dalla legge speciale, si legge, infatti, che le ipotesi della collusione e della violazione finanziaria costituente delitto comportano sia la applicazione delle pene detentive «stabilite dagli articoli 215 e 219 del Codice penale militare di pace», sia le «sanzioni pecuniarie delle leggi speciali».

Vediamo di spiegare meglio. Qualunque sia il significato che si intenda dare a tale ultima previsione sanzionatoria, se cioè correlata alle sole sanzioni pecuniarie (cioè sanzioni definite in relazione all'importo del tributo evaso) o comprenda anche le pene pecuniarie dell'ammenda e della multa, è comunque indubbio che per suo tramite il legislatore ha inteso riversare nel contesto del reato militare l'intero coefficiente offensivo dell'illecito fiscale in concreto realizzato in attuazione dell'accordo collusivo.

Tale previsione sanzionatoria, in altri termini, non avrebbe alcun senso se il reato di collusione fosse destinato a concorrere con l'illecito attuativo dello scopo, poiché in tal caso sarebbe del tutto ovvio che detto illecito trovi applicazione con tutto l'arsenale sanzionatorio che gli è proprio, compreso quello rappresentato dalle sanzioni pecuniarie correlate, per solito, all'importo dell'obbligo tributario e finanziario violato. E quindi non vi sarebbe alcuna necessità di statuire che la sanzione per la collusione comprende anche le «sanzioni pecuniarie delle leggi speciali».

Ed ancora. Se tale illecito non si fosse realizzato, e quindi fossimo in presenza di un accordo collusivo rimasto privo di attuazione, non disposeremmo in alcun modo di un illecito dal quale mutuare le «sanzioni pecuniarie delle leggi speciali»²⁹.

Ciò consente di affermare che la realizzazione dello scopo dell'accordo collusivo, e quindi l'illecito in frode alla finanza che ne costituisce l'obiettivo, sia parte costitutiva del reato di collusione e esaurisca in tale reato, punito con la reclusione da due a dieci anni, la sua carica sanzionatoria penale, cui si aggiunge – ed ecco il *surplus* di sanzione che caratterizza la collusione andata in porto – la specifica sanzione pecuniaria prevista dalla norma comune che configura l'illecito finanziario³⁰.

²⁹ Sul punto, Santoro V., *In merito ai rapporti tra il reato di collusione in frode alla finanza e i reati attuativi dello scopo collusivo o ad esso correlati*, in *questa Rivista*, fasc. 3, 2022. Come accade, per esempio, quando l'accordo per realizzare uno dei variegati reati di contrabbando non venga seguito dalla realizzazione di tali illeciti. In tal caso manca la concreta offesa all'interesse fiscale e non potranno trovare attuazione le sanzioni pecuniarie, commisurate, come già rilevato, all'importo dell'imposta evasa e conseguenti solo alla realizzazione dell'offesa.

³⁰ In tale prospettiva diviene agevole escludere la operatività qualsivoglia norma che sia espressamente previ-

Ed in tali ipotesi, salvo quanto si dirà tra poco, il carico sanzionatorio del reato di collusione graverebbe esclusivamente sul finanziere, mentre il privato concorrente risponderà solo e soltanto dell'illecito fiscale in cui si è risolta l'attuazione dell'accordo collusivo³¹.

Le conclusioni di cui sopra, infine, non si applicheranno nella ipotesi in cui l'accordo con un estraneo metta capo alla realizzazione di un delitto finanziario (*id est*, violazione finanziaria costituente delitto); quindi nel contesto del secondo scenario preso in esame.

In tali casi, in ragione della rilevante offesa agli interessi dell'erario, entra in gioco, in concorso con la collusione, il diverso reato militare speciale, previsto sempre dal più volte citato articolo 3 della legge n. 1383/1941, quale unica ipotesi di reato scopo concorrente con l'accordo collusivo. E la cui rilevanza si estende anche al privato concorrente, che ne risponde ai sensi della previsione di cui all'articolo 14 del c.p.m.p.³².

9. Conclusioni.

In esito ai rilievi sopra esposti, pare doversi concludere nel senso che il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte nella sentenza in commento è del tutto da condividere nella parte in cui sottolinea la necessità che l'accordo collusivo si connoti per una componente di frode e non possa farsi coincidere con il mero accordo preordinato ad un mero inadempimento fiscale.

E ci sembra che tale conclusione, e la conseguente implicazione sulla correlazione tra accordo collusivo e violazione dei doveri istituzionali, trovi un forte aggancio proprio nelle parole impiegate dal legislatore per designare il punto di incidenza del dolo specifico: cioè frodare la finanza. Orbene, "finanza" è concetto molto ampio, che nel suo farsi strada nell'esperienza applicativa è divenuto sinonimo di "erario" ed ha finito con l'abbracciare ogni ipotesi di pregiudizio degli interessi finanziari di natura pubblicistica.

Tale esegesi si spiega proprio per la stretta correlazione che si riscontra tra la qualifica soggettiva «il militare della Guardia di Finanza» e la «finanza» quale prospettiva vittima dell'accordo collusivo; correlazione che trova fondamento e confini nei tipici compiti

sta solo per l'illecito fiscale di per sé considerato (cause estintive, oblazione e simili). E verosimilmente non rileva, nel senso di intaccare la realtà del reato speciale di collusione, neanche la eventuale *abolitio criminis* del reato contravvenzionale dedotto come componente dell'accordo collusivo.

³¹ Avremmo quindi una fattispecie concorsuale che si esprime in distinti titoli di reato. E ciò sull'assunto, che ci sembra pacifico, che non sia in nessun modo percorribile l'ipotesi che in tali situazioni il privato concorrente nell'illecito fiscale amministrativo o contravvenzionale risponda di concorso nel più grave reato di collusione. Ipotesi implausibile proprio per la rilevata connotazione della collusione quale reato a circuito chiuso, che tutela e sanziona solo la specifica condotta del finanziere che viola il suo, e solo suo, dovere di prevenire e reprimere gli altrui illeciti fiscali

³² Art. 14 c.p.m.p.: «Sono soggette alla legge penale militare le persone estranee alle forze armate dello Stato, che concorrono a commettere un reato militare». In merito v. *supra*, nota 27.

istituzionali di difesa della Guardia di Finanza, ente esponenziale del complesso di variegati compiti di prevenzione e repressione degli illeciti in danno dell'erario; e pertanto violati, nella loro espressione sintetica, da ogni atto con il quale il custode di tale legalità finanziaria venga meno ai suoi doveri e si metta al servizio di colui (estraneo anche nel senso di non custode di tale legalità) che intende realizzare un illecito interesse in pregiudizio di quello che il primo avrebbe dovuto tutelare.

Diversa è però l'ipotesi, per concludere, di un accordo che preluda ad una violazione finanziaria costituente delitto realizzata in contesto "privato", in relazione alla quale non è richiesto alcun contegno fraudolento ed è sufficiente che venga posto in essere, anche in concorso con altri, un fatto corrispondente ad una fattispecie delittuosa.

Sicché, ove la vicenda esaminata dalla Corte avesse comportato, per la misura dell'importo evaso, uno qualsiasi dei reati tributari puniti con la reclusione o con la multa, avremmo avuto il reato militare sopra indicato, con responsabilità a tale titolo estesa anche al privato concorrente e per il fatto puro e semplice della violazione dell'obbligo tributario.

Massima: Ai fini dell'integrazione del reato di collusione tra l'appartenente alla Guardia di Finanza e l'estraneo, previsto dall'art. 3, legge 9 dicembre 1941, n. 1383, è necessario che l'accordo abbia ad oggetto la "frode alla finanza", ossia contempra mezzi insidiosi o ingannatori volti ad eludere o sviare le attività istituzionali di accertamento e controllo della polizia tributaria; ne deriva che il reato non può consistere in una mera omessa rappresentazione di fatti costitutivi di un'obbligazione tributaria per i quali vi è obbligo di dichiarazione (Fattispecie relativa a militare della Guardia di Finanza al quale si contestava unicamente di aver condotto in locazione un appartamento senza formalizzare alcun contratto, così consentendo ai locatori di evadere le imposte dovute in relazione ai corrispettivi percepiti).

Riferimenti normativi: Art. 3, legge 9 dicembre 1941, 1383.

Precedenti: Cass., sezione I, 22 maggio 2023, n. 21936; Cass., sezione I, 8 aprile 2022, n. 13642; Cass., sezione I, 13 maggio 2020, n. 14820; Cass., sezione I, 12 settembre 2019, n. 37820; Cass., sezione I, 5 novembre 2014, n. 45864.



MASSIMO NUNZIATA*

LA ESTENSIONE ANALOGICA DEL REATO MILITARE DI "FALSO IN FOGLI DI VIAGGIO" (ART. 220 C.P.M.P.)

Presidente: **SIANI V.** *Estensore:* **CAPPUCCIO D.** *Imputato:* D.N. A. P.M. **PICARDI A. (conf.)**

FALSO IN FOGLIO DI VIAGGIO - REATO MILITARE - Esposizione nei fogli di viaggio di circostanze non veritiere relative alle missioni compiute - Falso materiale - Falso ideologico - Art. 220 c.p.m.p. - Art. 480 c.p.

* Sostituto procuratore generale militare presso la Corte militare di Appello

1. Il reato militare di falso (art. 220 c.p.m.p.) e la parte speciale del c.p.m.p.

Il catalogo dei reati militari della parte speciale del c.p.m.p. è stato costruito abusando del metodo "casistico", con ovvie conseguenze inflattive, ben note. Invero, siffatta tecnica redazionale implica un, davvero nefasto, effetto moltiplicativo delle fattispecie di reato¹.

La - conseguente - distribuzione casuale, delle fattispecie incriminatrici, peraltro (contenute nel c.p. o nel c.p.m.p., o nelle altre leggi penali speciali)², implicata dalla tecnica redazionale utilizzata dal legislatore³ si riflette nelle incongruenze sistematiche e nei difetti di coordinamento, variamente rinvenibili, oltre che nella - corrispondente - rarefazione del potere cognitivo della speciale autorità giudiziaria militare: esattamente si è parlato di giurisdizione «a macchia di leopardo»⁴.

Il criterio di elencazione dei singoli reati contenuti nella parte speciale del c.p.m.p. è imperniato (analogamente a quello già adottato per la parte speciale del c.p.) sul bene giuridico tutelato.

Nella selezione dei beni giuridici da tutelarsi con l'apprestamento di sanzioni penali, il legislatore del 1941 ha adottato il parametro efficacemente definito come della "progressione discendente", passando dalla oggettività giuridica che, nella scala dei valori propria dell'epoca della compilazione, era ritenuta più eminente per giungere, poi, a quelle meno degne⁵.

Nel catalogo delle incriminazioni del c.p.m.p., il titolo IV del Libro II è dedicato agli speciali reati militari contro l'amministrazione militare, la fede pubblica, la persona ed il patrimonio, nel cui ambito il capo II concerne i "reati di falso": esso si apre con l'art.

¹ Cfr. le risalenti critiche negative già svolte, illo tempore, da: Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Giuffrè, Milano, 1959, pag. 6 ss., ove è constatato come attraverso detto metodo si pervenga ad un tessuto normativo frammentario e molto spesso sordo, con una proliferazione di reati frutto di una legislazione stratificata.

² Invero, la distinzione basilare del compendio codicistico dei reati militari va rinvenuta nell'essere gli stessi stati "ricalcati" o meno sulle corrispondenti fattispecie del codice penale comune. Di detta configurazione l'esplicito riflesso normativo è il disposto dell'art. 37, c. 2 c.p.m.p. che così recita: «È reato esclusivamente militare quello costituito da un fatto che, nei suoi elementi materiali costitutivi, non è, in tutto o in parte, previsto come reato dalla legge penale comune».

³ Cfr. Venditti, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1997, pag. 111.

⁴ V. le, tuttora attuali, osservazioni a suo tempo svolte da Paoletta, *Reato militare e bene giuridico*, in *Rass. giust. mil.*, 1993, pag. 277 ss.

⁵ Così già Padovani-Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1991, pag. 39 ss.

220, rubricato "falso in fogli di licenza, di via e simili"⁶, oggetto della sentenza che si annota⁷.

La stessa fattispecie incriminatrice appare già difettosa nella descrizione letterale dell'oggetto materiale della condotta, così recitando, al comma 1: «il militare, che forma, in tutto o in parte, un falso foglio di licenza o di via o un permesso o una autorizzazione di libera uscita o d'ingresso o di libera circolazione in uno stabilimento militare, o un documento di entrata in un luogo di cura militare o di uscita da questo, ovvero altera alcuno di detti fogli, autorizzazioni o documenti veri, è punito con la reclusione fino a un anno». Infatti, ciò si è riflesso nella ripetuta applicazione estensiva del suindicato disposto che si rinviene nella giurisprudenza di legittimità⁸.

Peraltro, già in dottrina, non sembra si sia mai seriamente dubitato che la condotta incriminata, ricalcata su quella prevista dall' art. 476, c. 1 c.p., consista unicamente in un "falso materiale": nei reati contro la fede pubblica previsti dal codice penale, infatti, la sotto-categoria della falsità in documenti si articola, come è notorio, nella basilare distinzione tra "falsità materiale" (in cui il documento viene falsificato nella sua materialità: esso non è più "genuino", secondo l' insegnamento tradizionale del Manzini) e "falsità ideologica" (in cui il documento viene falsificato nel suo contenuto sostanziale: esso non è più 'veritiero')¹⁰.

⁶ Valide ed attuali restano tuttora le considerazioni svolte al riguardo da Veutro, Falso (dir.pen.mil.), in Enc. for., Vallardi, Milano 1958, III, pag. 709.

⁷ In argomento vedasi anche Brunelli, Falsità nel diritto penale militare, in Dig. disc. pen., vol. V, UTET, Torino, 1991, pag. 97.

⁸ Ad es., già Cass. pen., sez. I, 29 ottobre 1986, Castagna, in Rass.giust.mil., 1987, pag. 90, facendo riferimento all'operata elencazione esemplificativa della norma, afferma che, del tutto correttamente, nel caso di formazione, da parte di un militare, di un falso foglio di viaggio, sia stato ravvisato il reato militare di cui all'art. 220 c.p.m.p., essendo il "foglio di viaggio" equiparabile al "foglio di via", che è espressamente elencato tra i documenti che possono essere l'oggetto materiale della condotta incriminata. Altresì, secondo Cass. pen., sez. I, 17 aprile 2012, n. 14524, deve rispondere del reato militare di falso di cui all'art. 220 c.p.m.p., il militare che alteri i "fogli di marcia" del veicolo da lui condotto al fine di appropriarsi del relativo carburante, stante la non tassatività, desumibile dalla stessa rubrica dell'articolo, della tipologia degli atti falsificabili.

⁹ Invero, trattasi di interpretazione del tutto prevalente in dottrina: cfr., ad es., Brunelli-Mazzi, Diritto penale militare, Giuffré, Milano, IV ediz., 2007, pag. 388, «...la condotta consiste quindi in una falsità materiale: nel caso di falsità ideologica si applicheranno, comunque, le norme del codice penale»; Veutro, Diritto penale militare, in Landi-Veutro-Stellacci-Verri, Manuale di diritto e di procedura penale militare, Giuffré, Milano, 1976, pag. 455, «...falsità documentale: falsità materiale...»; Sabino, Sub art. 220 c.p.m.p., in AA.VV., a cura di Brunelli e Mazzi, Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, Giuffré, Milano, 2001, pag. 849, «...la norma non si applica in quei rari casi in cui potrebbe configurarsi una falsità ideologica».

¹⁰ Per un inquadramento sistematico delle principali fattispecie di reato comune a tutela della fede pubblica, si rinvia alle classiche voci enciclopediche: Grande, Falsità in atti, in Dig. disc. pen., vol. V, UTET, Torino, 1991, pag. 52; Manzione, Falsità in documenti, in Dig. disc. pen., vol. V, UTET, Torino, 1991, pag. 50; Nappi, Falsità in atti, in Enc.giur., Treccani, Roma, 1989, XIV.

2. L'inquadramento della fattispecie: un caso di estensione analogica della norma penale.

Orbene, il pronunciamento del Supremo Collegio che si annota, avente contenuto di parziale annullamento della sentenza emessa dal giudice di prime cure, disattende quegli orientamenti estensivi di parte della giurisprudenza penale militare di merito, rinvenibili sia in pronunce di primo grado che in pronunce di appello che, prescindendo dal tenore letterale della norma sostanziale di riferimento (la quale, come si legge anche nella pronuncia di legittimità che si annota, è testualmente ricalcata su quella contenuta nell'art. 476, c. 1 c.p.), sembrerebbero quasi volersi spingere ad una integrazione analogica del - pur lacunoso - dettato legislativo¹¹.

Orbene, è il caso di rammentare che il divieto di analogia in diritto penale¹² costituisce una fondamentale garanzia per la libertà dei consociati: non a caso esso non è contemplato dall'ordinamento giuridico dei regimi totalitari¹³.

La sentenza della Corte di legittimità incide "in parte qua" su quei profili della pronuncia di primo grado che non si esauriscono in una mera interpretazione estensiva, giungendo, piuttosto, ad una applicazione della norma incriminatrice sostanziale oltre i casi in essa contemplati.

Infatti, nella fattispecie esaminata in sentenza non vi è dubbio che la attestazione non veritiera realizzata nei certificati di viaggio dall'imputato integri una loro falsificazione "ideologica": condotta, questa, che, alla stregua della giurisprudenza di legittimità, esula dal perimetro applicativo del reato militare di cui all'art. 220 c.p.m.p., limitato alla sola falsificazione "materiale" del documento (il caso di scuola è quello dello "sbianchettamento" del foglio di viaggio).

La questione, inoltre, è stata pure risolta nel medesimo senso, secondo cui il reato militare è limitato al solo "falso materiale", anche dalla giurisprudenza di legittimità, la

¹¹ Sulla distinzione tra interpretazione estensiva ed integrazione analogica, cfr. per tutti Fiandaca-Musco, Diritto penale, parte generale, Zanichelli, Bologna, 2019, pag.94 ss.

¹² Per una analisi organica della tematica di teoria generale rimane, tutt'ora, insostituibile la disamina a suo tempo svolta, nella classica voce enciclopedica, da Vassalli, Analogia nel diritto penale, in Dig. disc. pen., vol. I, UTET, Torino, 1987, pag. 158.

¹³ Sulla legge del 1935 che l'abolì nella Germania nazionalsocialista è, ancora oggi, illuminante lo studio del Nuvolone, La riforma del § 2 del codice penale germanico, in Riv. it. dir. pen., 1938, pag. 530 ss. Va, tuttavia, aggiunto che, invece, una corrispondente abolizione non è mai intervenuta nel diritto penale dell'Italia fascista, essendo rimasto sempre inalterato il dettato dell'art. 1 del codice Rocco, recettivo del principio di stretta legalità, ancorché in dottrina risulti pure essere stata auspicata una siffatta riforma, come, in particolare, nello scritto del Maggiore, Diritto penale totalitario nello Stato totalitario, in Riv. it. dir. pen., 1939, pag. 140 ss. In ordine, poi, alla "concezione sostanziale" del reato nell'ordinamento dei paesi del cd. "socialismo reale", si rinvia al classico studio del De Sanctis, La nozione materiale del reato e la concezione di "legalità sostanziale" nel sistema penale dei paesi socialisti, in Riv. it. dir. proc. pen., 1986, pag. 866 ss. Si aggiunga, inoltre, per la traduzione in italiano del testo del codice penale del 1960, il noto volume del Napolitano, Il nuovo codice penale sovietico, Giuffrè, Milano, 1963.

quale, pure, ha analizzato sotto più profili la consistenza fattuale del reato militare di cui all'art. 220 c.p.m.p.¹⁴.

Ciò, tra l'altro, sembrerebbe pienamente aderente al disegno normativo tracciato nel codice penale, ove si trova articolata la bipartizione tra il "falso materiale" (p. e p. dall'art. 476, sulla cui lettera è stata ricalcata la descrizione della condotta incriminata nell'art. 220 c.p.m.p.) ed il "falso ideologico" (in particolare, quello p. e p. dall'art. 480 c.p., al quale è stato affermato debba essere ricondotta la falsa attestazione in un certificato di viaggio redatto da un militare nel corso di attività di servizio, dalla recente giurisprudenza di legittimità)¹⁵.

D'altronde, va osservato che, pochi anni addietro, la stessa Corte militare di Appello, nel riformare altra sentenza di prime cure, pure in quel caso proprio del Tribunale militare di Napoli, già aveva dichiarato il difetto di giurisdizione della A.G. militare in ordine a fattispecie, del tutto identica, di avvenuta falsificazione ideologica di documenti di viaggio da parte di militare in servizio¹⁶.

Orbene, il codice penale militare del 1941, oggi in grande parte ancora vigente nel testo originario, va rammentato, è "complementare" rispetto al codice penale comune¹⁷. La sua applicazione deve considerare il compendio del c.p. comune, al quale, sovente, si aggiunge e non si sostituisce. Ove il fatto, come avviene nel caso in esame, appaia strettamente inquadrato da una norma specifica, cioè quella sopra indicata, contenuta nel catalogo del codice penale comune, solo alla stessa può ricondursi, proprio in forza dell'art. 15 c.p., con conseguente sua attribuzione alla cognizione del giudice ordinario, che è l'unico che può esprimersi sulla responsabilità penale in relazione allo stesso.

¹⁴ Così, recentemente, Cass. pen., sez. F., 24 agosto 2017, n. 47926, che ha ricondotto la falsificazione ideologica di fogli di viaggio al reato comune p. e p. dall'art. 480 c.p., avente ad oggetto certificati od autorizzazioni amministrative. In senso contrario v., Cass. pen., sez. I, 9 maggio 2013, n. 19968. Anche con riguardo alla falsificazione ideologica del "memoriale di servizio" in uso all'Arma dei Carabinieri, attraverso attestazioni non veritiere da parte del compilatore dello stesso, è stato ripetutamente affermato che essa sia unicamente riconducibile al reato comune di cui all'art. 479 c.p. (e non già al reato militare di cui all'art. 220 c.p.m.p.). Cfr. Sul punto Cass. pen., sez. V, 18 novembre 1999, n. 14718; Cass. pen., sez. V, 29 gennaio 2009, n. 14902; Cass. pen., sez. V, 7 ottobre 2019, n. 45441.

¹⁵ Cfr., in tal senso, ancor più di recente, Cass. pen., sez. I, 7 maggio 2025, Selvaggi.

¹⁶ Cfr., in questo senso, C. mil. App., sez. I, 5 ottobre 2016, Geraci. Si aggiunga, nello stesso senso, più di recente, C. mil. App., sez. I, 12 ottobre 2023, Laganà. Nonché, nel medesimo senso, ancor più recentemente, C. mil. App., sez. I, 18 giugno 2025, Nanni. In senso contrario, peraltro, C. mil. App., sez. I, 26 marzo 2025, De Nicola, che - invece - propendeva per la riconducibilità della avvenuta falsificazione ideologica di certificati di viaggio da parte di un militare appartenente all'Arma dei Carabinieri allo speciale reato militare di "falso" di cui all'art. 220 c.p.m.p. Si tratta della sentenza annullata "in parte qua" dalla sentenza che si annota.

¹⁷ Il connotato di "specialità" della legge penale militare ricorre sotto più profili. La legge penale militare è speciale rispetto alla legge penale comune, in primo luogo in relazione ai soggetti che ne sono destinatari non il cittadino, ma il "cittadino in armi", il militare. Quindi, essa è "speciale" sia perché è destinata ad una categoria soggettiva speciale, ma è "speciale" anche perché è aggiuntiva rispetto alla legge penale comune.

Ne discende che, poiché in luogo della speciale figura di falso militare di cui all' art. 220 c.p.m.p., poteva soltanto essere ravvisato il reato di falso comune di cui all' art. 480 c.p., di conseguenza, l'unica norma incriminatrice cui è riconducibile il fatto descritto nella imputazione essendo quella di cui al codice penale, il fatto costituiva unicamente "reato comune" (e non già un "reato militare"), apparendo sottratto alla cognizione della speciale A.G. militare, giusta il disposto di cui all' art. 103, u.c. Cost.

Considerazioni conclusive

Se un appartenente alle Forze Armate commette un "reato militare", cioè un reato previsto da una legge penale militare, è assoggettato alla giurisdizione penale militare (non già alla giurisdizione penale ordinaria).

Orbene, una delle "parole-chiave" che si devono avere sempre ben presenti quando si tratta di applicare una incriminazione del codice penale militare è "frammentarietà". Come già il diritto penale non tutela i beni e gli interessi da qualsiasi tipo di lesione o messe in pericolo, ma soltanto dalle lesioni o messe in pericolo che siano state espressamente tipizzate nel catalogo delle incriminazioni, ancora di più nel diritto penale militare, che, geneticamente e storicamente, essendo strutturato come mezzo sanzionatorio principale per la tutela del servizio e della disciplina militare, non comprende tutte le possibili violazioni di questi beni e interessi o messe in pericolo degli stessi, ma soltanto quelle che sono state ritenute di rilievo tale da essere meritevoli da essere sanzionate penalmente.

Conseguentemente, non tutte le possibili condotte criminose che possono, in astratto, essere commesse da un militare sono contenute nel catalogo di parte speciale del c.p.m.p. Logica conseguenza è che sarebbe erroneo ritenere che per i militari il giudice naturale sia lo speciale Giudice militare¹⁸. In tempo di pace, secondo la diuturna lettura giurisprudenziale del Supremo Collegio, la giurisdizione "normale" è quella del Giudice ordinario e pertanto l'ambito giurisdizionale dello speciale Giudice militare è residuale, quindi, "eccezionale", in senso proprio (giusta il chiaro disposto dell' art. 103, u.c. Cost.)¹⁹.

¹⁸ Cfr., ad es., Cass. pen., sez. I, 1° dicembre 2009, n. 50012, che ha risolto il conflitto con la dichiarazione della sussistenza della giurisdizione del Tribunale ordinario per il reato comune di falso (nella specie, in un procedimento per i reati militari di truffa militare e diserzione e per il reato comune di falso in certificazione amministrativa, il Tribunale ordinario aveva declinato la giurisdizione in favore del Tribunale militare, il quale, a sua volta, aveva sollevato conflitto, limitatamente al reato comune di falso, da esso inconoscibile in virtù del divieto di cui all' art. 103, u.c. Cost.). Infatti, al comma 2 dell' art. 13 c.p.p. si prevede che, nel caso di connessione tra procedimenti per reati comuni e procedimenti per reati militari, la connessione operi solo quando sia più grave il reato comune e che, in tal caso, per tutti i reati proceda il giudice ordinario.

¹⁹ Così già Cass. pen., sez. I, 31 maggio 1994, PGM in proc. Garro, secondo cui «in tempo di pace la giurisdizione "normale" è quella ordinaria, mentre quella militare ha carattere eccezionale ed è subordinata a un duplice limite, uno di natura oggettiva, rappresentato dal fatto che ne formano oggetto esclusivamente i reati militari, e cioè gli illeciti penali sanzionati con pena militare, e l'altro di ordine soggettivo, costituito dall'appartenenza alle Forze Armate degli autori dei reati i quali pertanto devono trovarsi in effettivo servizio attuale alle armi».

Invero, non essendo seriamente dubitabile che la condotta di "falso ideologico" non integri un reato militare ma un reato comune, nella specie, si verte in tema di "reato comune", come tale esso è conoscibile solo dalla competente A.G.O., ancorché commesso da un appartenente alle FF.AA. dello Stato²⁰.

"Repetita iuvant", se il fatto, come avviene proprio nel caso in esame, è strettamente inquadrabile in norma specifica, quella del catalogo di parte speciale del codice penale comune, solo alla stessa può ricondursi, proprio in forza dell'art. 15 c.p., con conseguente sua attribuzione alla cognizione del giudice ordinario, che è l'unico che può esprimersi sulla responsabilità penale in relazione allo stesso.

Riconducendo alla condotta punibile alla stregua dell'art. 220 c.p.m.p., al di là della stessa lettera della norma incriminatrice (pedissequamente ricalcata su quella dell'art. 476 c.p., quindi concernente un "falso materiale"), anche il "falso ideologico", con un'operazione ermeneutica qualificabile come un'integrazione analogica, in definitiva, con la sentenza che qui si annota, l'A.G. militare si è sostituita alla A.G. ordinaria cui competeva, in via esclusiva, la cognizione della fattispecie di reato comune unicamente contestabile al prevenuto, finendo per sottrarre lo stesso fatto alla cognizione del giudice naturale precostituito per legge (da individuarsi nel tribunale ordinario)²¹.

Poiché l'unica norma incriminatrice cui è correttamente riconducibile il falso ideologico, descritto nella imputazione, è quella di cui al codice penale, il fatto costituisce unicamente "reato comune" (e non già "reato militare") ed appare, conclusivamente, sottratto alla cognizione dei Tribunali militari, in osservanza della vincolante limitazione posta dall' art. 103, u.c. Cost.

Massima: la falsificazione ideologica di un certificato di viaggio realizzata da un militare non è una condotta punibile ai sensi dell'art. 220 c.p.m.p., dovendo essere correttamente ricondotta alla fattispecie di cui all' art. 480 c.p.

Riferimenti normativi: art. 220 c.p.m.p.

art. 476 c.p.

art. 480 c.p.

art 13 c.p.p.

Precedenti: Cass. pen., sez. F., 24 agosto 2017, n. 47926.

²⁰ Già, apparentemente in modo superfluo, ex pluribus, Cass. pen., sez. III, 16 ottobre 1993, Garofoli, aveva ribadito che il giudice ha l'obbligo di attenersi alla precisa dizione letterale della norma incriminatrice.

²¹ In senso parzialmente contrario, peraltro, Cass. pen., sez. I, 13 dicembre 2024, Bevilacqua, che, pur apoditticamente, concede la riconducibilità anche della avvenuta falsificazione ideologica di certificati di viaggio da parte di un militare allo speciale reato militare di "falso" di cui all' art. 220 c.p.m.p.

