



Rassegna della
Giustizia Militare

Rivista di
Diritto e Procedura penale militare

a cura della
Procura Generale Militare della Repubblica
presso la Corte Suprema di Cassazione

RASSEGNA DELLA GIUSTIZIA MILITARE

Direttore: dott. Maurizio BLOCK (Procuratore Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione)

Comitato Scientifico: Paola BALDUCCI, Samuel BOLIS, Francesco CALLARI, Ida CARACCILOLO, Domenico CARCANO, Paolo FERRUA, Luigi Maria FLAMINI, Manlio FRIGO, Umberto LEANZA, Sergio MARCHISIO, Umberto MONTUORO, Massimo PAPA, Fausto POCAR, Mauro POLITI, Ranieri RAZZANTE, Pierpaolo RIVELLO, Natalino RONZITTI, Antonio SCAGLIONE, Deborah SCOLART, Giovanni Paolo VOENA

Comitato dei Revisori: Paolo BENVENUTI, Gaetano CARLIZZI, Enrico DE GIOVANNI, Lorenzo DEL FEDERCIO, Iole FARGNOLI, Alfonso FERGIUELE, Clelia, IASEVOLI, Giulio ILLUMINATI, Sebastiano LA PISCOPIA, Carlotta LATINI, Saverio LAURETTA, Carlo LONGOBARDO, Giuseppe MAZZI, Giuseppe MELIS, Domenico NOTARO, Gianfranco NUCERA, Gianluca PASTORI, Mariateresa POLI, Silvio, RIONDATO, Francesco SALERNO, Fabrizio SCARICI, Sergio SEMINARA, Giovanni SERGER, Giorgio, SPANGHER, Carmelo Elio TAVILLA, Gioacchino TORNATORE

Caporedattore: Tenente Colonnello Commissario (A.M.) Umberto MONTUORO

Redazione: Avvocato Andrea CONTI, Capitano (t.E.W.– E.I.) Saverio SETTI, Maggiore (Commissario – E.I.) Pierpaolo TRAVAGLIONE, 1° Maresciallo (A.M.) Antonio MATTEIS – Content manager e I.T. Consulting, Maresciallo Capo (CC) Giovanna COLANGELI – Segreteria amministrativa e Curatore editoriale.

*** **

Denominazione della Rivista Scientifica: Rassegna della Giustizia Militare

ISSN: 0391-2787

Registrazione: Tribunale di Roma n. 16019, Decreto 9 agosto 1975

Periodico on-line

Proprietario ed Editore: Ministero della Difesa

Sede: Via degli Acquasparta 2 - 00186 Roma

ISP (Internet Service Provider): Comando C4 Esercito – www.difesa.it

Indirizzo web: http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Pagine/default.aspx

Indirizzo e-mail: rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it

Recapiti telefonici: 06.47355214 - 06.68806026 – 06.6861179

INDICE DEL NUMERO 6 / 2020

- La disciplina sulla competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati ex art. 11 c.p.p. ed il procedimento penale militare**
di *Andrea Conti* p. 1
- Verso la quarta conferenza internazionale sulle scuole sicure: la protezione dei bambini e dell'educazione durante i conflitti armati**
di *Adriano Iaria* p. 15
- Gustav Radbruch's 1946 essay "Statutory Lawlessness and Suprastatutory Law" and his sketched patterns for the criminal liability of judges for National Socialist crimes and German early courts practice***
di *Jean Paul Pierini* p. 23
- La denuncia erariale in ambito militare: indicazioni operative**
di *Saverio Setti* p. 47
- Uso improprio degli istituti giuridici tipici della pubblica amministrazione da parte del dipendente militare: quali tutele per il soggetto passivo e per l'amministrazione?**
di *Antonio Zippo* p. 57

La disciplina sulla competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati ex art. 11 c.p.p. ed il procedimento penale militare

*The rules of jurisdiction for proceedings concerning magistrates
ex article 11 of Criminal Procedure Code and military criminal procedure*

di *Andrea Conti*¹

Abstract: L'Autore, traendo spunto da una recente sentenza della Corte di Cassazione, analizza l'applicabilità al magistrato militare della deroga alle regole generali della competenza per territorio dettata dall'art. 11 c.p.p. – e relativa all'ipotesi in cui un magistrato assume la qualità di indagato, di imputato, di persona offesa o danneggiata dal reato –. Infine, verrà eseguita una panoramica delle possibili situazioni ricollegabili alla necessità sottesa alla deroga di competenza di cui all'art. 11 c.p.p.².

Abstract: *The Author, drawing inspiration from a recent judgment by the Court of Cassation, analyzes the applicability to the military magistrate of the derogation from the general rules of jurisdiction for the territory dictated by article 11 of Criminal Procedure Code - and relating to the hypothesis in which a magistrate assumes the role of suspect, accused, victim or damaged by the crime -. Finally, it will be taken into consideration an overview of the possible situations related to the article 11 of Criminal Procedure Code.*

Sommario: 1. La *quaestio iuris* – 2. Il foro derogatorio di cui all'art. 11 c.p.p. e la sua applicabilità al magistrato militare – 3. La competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati ed il processo penale militare – 3.1. Il magistrato militare ed il processo penale militare – 3.2. Il magistrato ordinario ed il processo penale militare – 4. Riflessioni conclusive.

1. La *quaestio iuris*

La Corte di Cassazione, con una recente sentenza³, ha affrontato il problema dell'applicabilità al magistrato militare della deroga alle regole generali della competenza per territorio, contenuta nell'art. 11 c.p.p., nei procedimenti in cui un magistrato assume la qualità di indagato, di imputato, di persona offesa o danneggiato dal reato.

In particolare, la Suprema Corte ha affermato – richiamando la *ratio* della disciplina in forza della quale deve essere determinata la competenza nel caso in cui il procedimento penale coinvolga un magistrato – che laddove un magistrato militare assuma la qualità di indagato, di imputato, di persona offesa o danneggiata dal reato in un procedimento penale pendente avanti all'Autorità Giudiziaria Ordinaria, la competenza territoriale deve essere determinata secondo i canoni generali indicati dal codice di rito (artt. 8-10 c.p.p.)⁴, senza che possa operare la disciplina derogatoria di cui all'art. 11 c.p.p.

¹ Avvocato e Dottore di ricerca in diritto processuale penale.

² Articolo sottoposto alla procedura di *double blind peer review*.

³ Cfr. Cass, sez. I, 30 dicembre 2019, n. 52136, confl. comp. G.i.p. c/o Trib. Trento, in *CED Cass.*, n. 278361.

⁴ Sul punto si vedano gli artt. 8-10 c.p.p. Per un approfondimento sulla disciplina della competenza territoriale si vedano, *ex plurimis* ed oltre alla manualistica (tra cui F. DELLA CASA, G.P. VOENA, *Soggetti*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Padova, 2020, 11 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2020, 76 ss.; O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAIRO, G. SPANGHER, N. GALANTINI, L. FILIPPO, G. GARUTI, O. MAZZA, G. VARRASO, D. VIGONI, *Procedura penale*, Torino, 2020; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2020; G. TRANCHINA, G. DI CHIARA, *I soggetti*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, a cura di D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina ed E. Zappalà, Milano, 2018, 60 ss. e C. TAORMINA, *Procedura penale*, Torino, 2015), G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, Milano, 2010; A. DE BENEDECTIS, *La rilevanza del principio del giudice naturale nella determinazione della competenza per territorio nel processo penale*, in *Giust. pen.*, 2016, III 175 ss.; C. DE ROBBIO, *Giurisdizione e competenza in materia penale*, in *Giur. merito*, 2013, 2605 ss.; R. MONALDI, *L'accertamento della competenza per territorio*, in *Riv. pen.*, 2018, 719 ss.; M. NATALE, *Alcune considerazioni sul tema*

La giustificazione di siffatta esclusione si fonda, secondo il provvedimento in commento, sulla constatazione che, se il processo penale coinvolge un magistrato militare appartenente al medesimo ambito territoriale dell’Autorità Giudiziaria procedente, non sussiste la necessità di tutelare la terzietà e l’imparzialità del Giudice che, diversamente, è alla base della disciplina che determina l’introduzione di un diverso modo di individuare la competenza nel caso in cui un magistrato ordinario venga coinvolto in un processo penale pendente avanti ad una Autorità Giudiziaria Ordinaria del medesimo ambito territoriale in cui esercita la propria attività professionale. In altre parole, «deve escludersi la sussistenza di rischi, anche solo astratti, di compressione dell’imparzialità del magistrato ordinario chiamato a celebrare un giudizio in cui assuma la qualifica di “imputato, persona offesa o danneggiato” un magistrato militare che eserciti le sue funzioni nella medesima sede territoriale»⁵.

L’assenza di rischi di compromissione dell’imparzialità e della terzietà del Giudice sono fondati, almeno secondo il sintetico ragionamento della Suprema Corte, sulla strutturazione ordinamentale dei rapporti tra la Magistratura Ordinaria e la Magistratura Militare, la quale risulta essere organizzata «in termini di separatezza e completa autonomia in ragione della rispettiva appartenenza a due giurisdizioni separate dal punto di vista organizzativo, oltre che funzionale»⁶.

Da ciò deriva, con specifico riferimento alla problematica in oggetto, che la Magistratura Ordinaria e la Magistratura Militare, essendo plessi giurisdizionali distinti ed autonomi, non hanno la possibilità di influenzarsi reciprocamente, con la conseguente assenza di criticità in punto di terzietà ed imparzialità dell’Organo giudicante laddove un magistrato militare dovesse venire giudicato da un magistrato ordinario stante l’insussistenza di rapporti di colleganza o di normale frequentazione⁷ fra le Autorità Giudiziarie Ordinarie e le Autorità Giudiziarie Militari appartenenti al medesimo ambito territoriale⁸.

Ne consegue che deve escludersi la possibilità di invocare le regole derogatorie di competenza di cui all’art. 11 c.p.p. nel caso in cui il procedimento penale ordinario coinvolga un magistrato militare⁹.

Benché la linearità della pronuncia della Suprema Corte e l’apparentemente appagante soluzione interpretativa prospettata inducano – anche alla luce delle indicazioni provenienti dalla più attenta dottrina¹⁰ – a considerare risolta la problematica connessa al coinvolgimento di un magistrato militare in un procedimento pendente avanti all’Autorità Giudiziaria Ordinaria, appare maggiormente

della naturalità e della precostituzione per legge del giudice, in *Giur. cost.*, 2006, 4648 ss.; B. SARGENTI, *Giurisdizione e competenza territoriale in materia penale*, in *Giur. merito*, 2012, 2641 ss.; A. MACCHIA, sub art. 10 c.p.p., in AA.VV., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di Lattanzi e Lupo, vol. I, Milano, 2020, 41 ss. ed alla bibliografia ivi citata.

⁵ Cfr. Cass, sez. I, 30 dicembre 2019, n. 52136, confl. comp. G.i.p. c/o Trib. Trento, cit., la quale precisa anche che «detta situazione non giustifica la competenza derogatoria neanche sotto il profilo legato all’esigenza di tutela dell’immagine “pubblica” della neutralità della giustizia, stante l’assenza di qualunque collegamento concreto nell’esercizio delle funzioni giurisdizionali tra magistrati militari ed ordinari».

⁶ In questi termini si esprime Cass, sez. I, 30 dicembre 2019, n. 52136, confl. comp. G.i.p. c/o Trib. Trento, cit., che prosegue affermando la conseguente «assenza di qualunque collegamento concreto nell’esercizio delle funzioni giurisdizionali tra magistrati militari ed ordinari».

⁷ Tanto che Cass, sez. I, 30 dicembre 2019, n. 52136, confl. comp. G.i.p. c/o Trib. Trento, cit., precisa anche che non sussistono «interferenze tra i due ordini suscettibili di ingenerare nell’opinione pubblica la convinzione di una comune appartenenza dei magistrati ordinari e militari ad un unico organo di giustizia» e che non si rende, «pertanto, necessaria quella particolare tutela rafforzata dell’imparzialità e dell’immagine dell’organo giudicante nel singolo procedimento che giustifica la disciplina derogatoria di cui all’art. 11 cod. proc. pen.».

⁸ Si noti che, invece, proprio seguendo il ragionamento di Cass, sez. I, 30 dicembre 2019, n. 52136, confl. comp. G.i.p. c/o Trib. Trento, cit., tali rapporti di colleganza e di normale frequentazione permangono – o si suppone permangano – se si tratta di magistrati appartenenti al medesimo plesso giurisdizionale.

⁹ Cfr. Cass, sez. I, 30 dicembre 2019, n. 52136, confl. comp. G.i.p. c/o Trib. Trento, cit., secondo cui «in senso contrario non depono l’equiparazione tra magistrati militari e magistrati ordinari prevista nell’art. 52, comma 1 e 4, del Decreto Legislativo 15 marzo 2010, n. 66 – Codice dell’ordinamento militare –».

¹⁰ In tale senso si esprimono, oltre agli Autori indicati alla successiva nota 12, V. NAPOLEONI, *Lo speciale foro per i procedimenti riguardanti i magistrati: quadro giurisprudenziale e modifiche legislative*, in *Cass. pen.*, 1999, 3023 e R. MONALDI, *La competenza nei procedimenti riguardanti i magistrati: nella giurisprudenza di legittimità la piena adesione al dato testuale dell’art. 11 c.p.p.*, in *Riv. pen.*, 2019, 1104.

opportuno¹¹ soffermarsi sulle problematiche connesse alla determinazione di competenza nei casi indicati dall'art. 11 c.p.p. per comprendere, in maniera sistematica, quali possano essere le possibili ipotesi sussumibili in tale fattispecie normativa sia con riferimento al procedimento ordinario sia con riguardo al processo penale militare.

2. Il foro derogatorio di cui all'art. 11 c.p.p. e la sua applicabilità al magistrato militare

Al fine di analizzare sistematicamente le ipotesi riconducibili all'istituto che consente di derogare alle regole generali in tema di competenza territoriale, occorre preliminarmente prendere in esame la fattispecie normativa di riferimento¹².

L'art. 11 c.p.p.¹³ – rubricato *Competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati* – prevede che, nel caso in cui la persona sottoposta alle indagini¹⁴, l'imputato, la persona offesa od il danneggiato¹⁵ dal reato sia¹⁶ un magistrato¹⁷, la competenza territoriale non debba essere determinata

¹¹ Dello stesso avviso appare P.P. RIVELLO, *Il procedimento militare*, Milano, 2010, 132, secondo il quale «questa materia ha finora costituito oggetto di scarsi approfondimenti; del resto lo stesso legislatore, intervenendo sul punto con una specifica regolamentazione [...] aveva mostrato di avere una conoscenza assai imprecisa ed una scarsa consapevolezza della situazione che avrebbe dovuto essere disciplinata, dando pertanto vita ad una regolamentazione lacunosa, che trascurava del tutto gli aspetti maggiormente significativi».

¹² Per un approfondimento sull'art. 11 c.p.p. si vedano, *ex plurimis*, C. SANTORIELLO, *La Consulta promuove la nuova disciplina in tema di competenza per procedimenti penali riguardanti soggetti appartenenti all'ordine giudiziario*, in *Giur. cost.*, 1999, 2932 ss.; A. MACCHIA, *sub art. 11 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, vol. I, Milano, 2020, 44 ss.; P. BALDUCCI, *Modificata la disciplina sulla competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 19 ss.; G. BONETTO, *Commento alla legge 2/12/1998 n. 420 Disposizioni per i procedimenti riguardanti i magistrati*, in *Leg. pen.*, 1999, 35 ss.; R. MONALDI, *La competenza nei procedimenti riguardanti i magistrati: nella giurisprudenza di legittimità la piena adesione al dato testuale dell'art. 11 c.p.p.*, cit., 1103 ss.; G. SPANGHER, *Nuovi criteri per la competenza nei processi riguardanti i magistrati e per la revisione*, in *Corr. giur.*, 1999, 8 ss.; C. RIVIEZZO, *Due riforme in tema di competenza*, in *Gazz. giur.*, 1999, f. 2, 9 ss. e G. TUCCIARELLI, *Riflessioni sulle nuove norme relative ai procedimenti riguardanti i magistrati*, in *Gazz. giur.*, 1999, f. 6, 12 ss.

¹³ Il cui testo oggi in vigore è stato introdotto dalla legge 2 dicembre 1998, n. 420 – rubricata *Disposizioni per i procedimenti riguardanti i magistrati* –, la quale ha anche introdotto l'art. 11-bis c.p.p. che si occupa di individuare la competenza nei casi in cui un magistrato addetto alla Direzione Nazionale Antimafia venga coinvolto in un procedimento penale e l'art. 30-bis c.p.c. il quale individua, relativamente al processo civile, il foro competente per le cause in cui sono parte i magistrati. Per un approfondimento sul testo di legge si veda, oltre agli Autori indicati alla precedente nota 12, V. NAPOLEONI, *Lo speciale foro per i procedimenti riguardanti i magistrati: quadro giurisprudenziale e modifiche legislative*, cit., 3008 ss., ove ritroviamo una completa disamina dell'iter parlamentare che ha condotto all'approvazione della legge 2 dicembre 1998, n. 420 ed ampi riferimenti alla situazione normativa previgente alla modifica dell'art. 11 c.p.p.

Appaiono di interesse le osservazioni di M. NUNZIATA, *La nuova competenza territoriale per i reati militari commessi da giudici militari secondo la legge 2 dicembre 1998, n. 420*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 5: «è di tutta evidenza che il legislatore, all'atto di disciplinare organicamente la materia dei procedimenti giudiziari (penale e civili) in cui siano parte i magistrati, volendo contemplare anche gli organi giurisdizionali speciali ed i giudizi svolgentesi innanzi a questi, ha ritenuto di dettare» una normativa che «appare significativamente carente».

¹⁴ Per un approfondimento relativo al magistrato coinvolto nelle indagini preliminari si veda, per tutti, A. CARCHIETTI, *Fascicoli iscritti ex art. 11 del codice di procedura penale: appunti in materia di indagini*, in *Sist. pen.*, 2000, f. 4, 19 ss. e G. GIOSTRA, *Competenza per i reati commessi da magistrati ignoti?*, in *Cass. pen.*, 1995, 2069 ss.

¹⁵ L'interpretazione prevalente ritiene che l'art. 11 c.p.p. non possa trovare applicazione né nella fase esecutiva né nel procedimento di prevenzione. Sul punto si vedano, in giurisprudenza, Cass., sez. V, 3 ottobre 2019, n. 3241, Rossi, in *CED Cass.*, n. 278304; Cass., sez. I, 3 maggio 2019, n. 25387, Bocalatte, in *CED Cass.*, n. 276485-01 e Cass., sez. I, 27 ottobre 2016, n. 55084, Puliga, in *CED Cass.*, n. 268846-01.

¹⁶ Si noti che è necessario che il magistrato abbia assunto formalmente la qualità di indagato, imputato, persona offesa o danneggiata dal reato. Cfr., da ultimo, Cass., sez. V, 1 marzo 2018, n. 21128, C., in *CED Cass.*, n. 273168; Cass., sez. II, 7 maggio 2013, n. 36365, Braccini e altri, in *CED Cass.*, n. 256873-01; Cass., sez. VI, 2 aprile 2012, n. 13182, Vitalone, in *CED Cass.*, n. 252592; Cass., sez. II, 22 gennaio 2011, n. 15583, Aiello e altri, in *CED Cass.*, n. 249877-01 e, in dottrina, R. MONALDI, *La competenza nei procedimenti riguardanti i magistrati: nella giurisprudenza di legittimità la piena adesione al dato testuale dell'art. 11 c.p.p.*, cit., 1103 ed A. MACCHIA, *sub art. 11 c.p.p.*, cit., 47.

¹⁷ Secondo la giurisprudenza la disciplina derogatoria dettata dall'art. 11 c.p.p. si applicherebbe, oltre ai magistrati togati, anche agli esperti delle sezioni agrarie dei Tribunali (cfr. Cass., sez. I, 10 giugno 1999, n. 4307, confl. comp. in proc. Li Bassi e altri, in *CED Cass.*, n. 214010 e Cass., sez. I, 20 settembre 2001, n. 38294, Amoruso, in *CED Cass.*, n. 219868),

alla luce delle regole generali se applicando quest'ultime risulta competente un Ufficio Giudiziario compreso nel distretto di Corte d'Appello in cui il magistrato coinvolto esercita le proprie funzioni o le esercitava al momento del fatto¹⁸. In tali casi la competenza territoriale spetta al Giudice – ugualmente competente per materia – che ha sede nel capoluogo del distretto di Corte d'Appello determinato dalla legge¹⁹, ovverosia dall'art. 1 disp. att. c.p.p.²⁰, il quale individua «un criterio di competenza di tipo sostanzialmente “circolare” strutturato come una sorta di meccanismo “a catena”

agli esperti che compongono il Tribunale di Sorveglianza (cfr. Cass, sez I, 18 marzo 2008, n. 16713, confl. comp. in proc. Manacorda, in *CED Cass.*, n. 240126-01), ai giudici onorari del Tribunale per i Minorenni (cfr. Cass., sez. I, 10 maggio 2000, n. 3481, confl. comp. in proc. Galdi ed altri, in *CED Cass.*, n. 216252-01), ai giudici di pace (cfr. Cass., sez. I, 16 giugno 2009, n. 28889, confl. comp. in proc. Federico e altri, in *CED Cass.*, n. 244313-01 e Cass., sez. I, 24 aprile 2001, n. 24837, confl. comp. in proc. Bidetti, in *CED Cass.*, n.219218-01) ed ai magistrati onorari il cui incarico sia connotato da stabilità (cfr. Cass., SS.UU., 15 dicembre 2004, n. 292, Scabbia ed altro, in *CED Cass.*, n. 229632; Cass., sez. V, 12 marzo 2018, n. 18110, Esposito ed altri, in *CED Cass.*, n. 273182-01 e la giurisprudenza citata alla nota 39).

Mentre l'art. 11 c.p.p. non trova applicazione con riferimento ai giudici della Corte di Cassazione (cfr. Cass., sez. VI, 13 maggio 2009, n. 30760, Neretti e altro, in *CED Cass.*, n. 244641-01), ai magistrati che svolgono attività di assistente di studio presso sedi istituzionali diverse da quelle di giurisdizione ordinaria (cfr. Cass., sez. V, 6 aprile 2004, n. 31721, Sieni, in *CED Cass.*, n. 229322-01), ai giudici popolari (Cass., sez. I, 5 ottobre 1998, n. 4788, confl. comp. in proc. Foci, in *Cass. pen.*, 1999, 3484); ai magistrati amministrativi (cfr. Cass., sez. VI, 10 giugno 2002, n. 2874, Stara, in *CED Cass.*, n. 224098 e Cass., sez. VI, 2 dicembre 1999, n. 4027, Stara, in *CED Cass.*, n. 217110-01) ed ai giudici tributari (cfr. Cass., sez. VI, 6 ottobre 2016, n. 46616, Venturati, in *CED Cass.*, n. 268134-01).

¹⁸ Cfr. R. MONALDI, *La competenza nei procedimenti riguardanti i magistrati: nella giurisprudenza di legittimità la piena adesione al dato testuale dell'art. 11 c.p.p.*, cit., 1105, secondo la quale, con l'utilizzo della locuzione “o le esercitava al momento del fatto”, «il legislatore ha quindi immaginato che tra la data della commissione del fatto e la successiva celebrazione del processo potessero intervenire dei mutamenti nella vita professionale del magistrato, ed ha esteso l'operatività della norma anche a quel caso».

Inoltre, occorre anche precisare anche quanto dispone l'art. 11, comma 2, c.p.p.: se nel distretto determinato ai sensi dell'art. 11, comma 1, c.p.p. il magistrato è venuto ad esercitare le proprie funzioni in un momento successivo a quel fatto, è competente il giudice che ha sede nel capoluogo del diverso distretto di Corte d'Appello determinato ai sensi dell'art. 11, comma 1, c.p.p. Per un approfondimento sull'art. 11, comma 2, c.p.p. si veda, per tutti, V. NAPOLEONI, *Lo speciale foro per i procedimenti riguardanti i magistrati: quadro giurisprudenziale e modifiche legislative*, cit., 3019 ss.

¹⁹ La disciplina è completata dall'art. 11, comma 3, c.p.p. in forza del quale i procedimenti connessi a quelli in cui un magistrato assume la qualità di persona sottoposta alle indagini, di imputato ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato sono di competenza del medesimo giudice individuato a norma dell'art. 11, comma 1, c.p.p. Per un approfondimento sul punto si vedano, tra i tanti, A. MACCHIA, sub *art. 11 c.p.p.*, cit., 47; V. NAPOLEONI, *Lo speciale foro per i procedimenti riguardanti i magistrati: quadro giurisprudenziale e modifiche legislative*, cit., 3021 e R. MONALDI, *La competenza nei procedimenti riguardanti i magistrati: nella giurisprudenza di legittimità la piena adesione al dato testuale dell'art. 11 c.p.p.*, cit., 1105 e, in giurisprudenza, Cass., sez. I, 19 febbraio 2018, n. 21729, D'Aloi, in *CED Cass.*, n. 276314-01; Cass., sez. V, 25 settembre 2014, n. 42854, Galati, in *CED Cass.*, n. 261080; Cass., sez. II, 20 febbraio 2014, n. 13296, Mancuso, in *CED Cass.*, n. 259550-01; Cass., sez. VI, 15 novembre 2012, n. 46244, Filippi ed altri, in *CED Cass.*, n. 254283; Cass., sez. I, 25 gennaio 2005, n. 6786, confl. comp. in proc. Frolla, in *CED Cass.*, n. 232940-01 e Cass., sez. I, 21 giugno 2001, n. 27741, Alfano, in *CED Cass.*, n. 219972-01.

Si noti, per completezza, che nella formulazione previgente all'entrata in vigore della legge 2 dicembre 1998, n. 420, l'art. 11, comma 3, c.p.p. prevedeva la non applicabilità dei criteri di competenza di cui all'art. 11, comma 1 e 2, c.p.p. nei casi di reati commessi in udienza in danno al magistrato, fatta comunque salva l'applicabilità delle norme sull'astensione e la ricasazione del giudice. Tale norme veniva dichiarata costituzionalmente illegittima da C. Cost., 31 luglio 1991, n. 390, in *Giur. cost.*, 1990, 311 ss. (per un commento alla pronuncia si vedano T. RAFARACI, *L'incostituzionalità dell'art. 11 comma 3 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1992, 1160 ss.; N. TRIGGIANI, *In margine alla sentenza della Corte cost. n. 390 del 1991 sulla competenza per i procedimenti penali riguardanti magistrati*, in *Giur. cost.*, 1992, 3131 ss. e S. BOGNANI, *Alcune osservazioni sull'art. 11 c. 3 c.p.p.*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 384 ss.)

²⁰ Cfr. art. 1 disp. att. c.p.p. – rubricato *Modalità di determinazione della competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati* – secondo cui agli effetti di quanto stabilito dall'articolo 11 c.p.p., il distretto di Corte d'appello nel cui capoluogo ha sede il giudice competente è determinato sulla base della Tabella A allegata alle presenti norme, la quale individua gli spostamenti di competenza per i procedimenti penali nei quali un magistrato assume la qualità di persona sottoposta ad indagini, di imputato ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato. Per completezza si riportano gli incroci indicati dalla Tabella A: da Roma a Perugia; da Firenze a Genova; da Genova a Torino; da Torino a Milano; da Milano a Brescia; da Brescia a Venezia; da Venezia a Trento; da Trento a Trieste; da Trieste a Bologna; da Bologna ad Ancona; da Ancona a L'Aquila; da L'Aquila a Campobasso; da Campobasso a Bari; da Bari a Lecce; da Lecce a Potenza; da Potenza a Catanzaro; da Cagliari a Roma; da Palermo a Caltanissetta; da Caltanissetta a Catania; da Catania a Messina; da Messina a Reggio Calabria; da Reggio Calabria a Catanzaro; da Catanzaro a Salerno; da Salerno a Napoli e da Napoli a Roma.

(da Roma a Perugia; da Perugia a Firenze; da Firenze a Genova; da Genova a Torino; ecc.) in modo da evitare “incroci” di competenze»²¹.

La *ratio* dell’individuazione di un foro derogatorio va ricercata nella necessità di garantire l’imparzialità del giudice che risulterebbe compromessa, anche solo in potenza, qualora nel procedimento penale risulti coinvolto un altro magistrato che esercita – od esercitava – le proprie funzioni nello stesso ambito territoriale del giudice chiamato a procedere²²: l’appartenenza a sedi geograficamente ravvicinate è tale da ingenerare, almeno potenzialmente, rapporti di amicizia e di vicinanza tra magistrati idonei a minare e compromettere l’imparzialità e la terzietà del Giudice²³.

La competenza funzionale²⁴ individuata dall’art. 11 c.p.p. si applica, dunque, nei casi in cui venga coinvolto un magistrato in un procedimento pendente avanti all’Autorità Giudiziaria Ordinaria.

Nel tentativo interpretativo di individuare l’ambito di applicazione soggettivo della norma²⁵ – ovverosia nel corso del dibattito volto a comprendere quali soggetti possano rientrare nella nozione di “magistrato” utilizzata dall’art. 11 c.p.p. –, si è posto il problema se un magistrato militare potesse beneficiare del regime derogatorio di competenza laddove fosse coinvolto in un procedimento penale ordinario.

L’esegesi prevalente ha fornito a tale quesito una risposta negativa: l’art. 11 c.p.p. non può essere applicato al magistrato militare nella misura in cui – come affermato anche dalla Corte di

²¹ In questi termini si esprime G. AMATO, *Disciplina estesa alla fase delle indagini ma senza rilievo per i giudizi in corso*, in *Guida al dir.*, 1998, f. 49, 165. Dello stesso avviso appare V. NAPOLEONI, *Lo speciale foro per i procedimenti riguardanti i magistrati: quadro giurisprudenziale e modifiche legislative*, cit., 3019.

²² Cfr. P.P. RIVELLO, *Il procedimento militare*, cit., 132, il quale precisa che «la sussistenza di un effettivo pericolo di condizionamento può concernere unicamente le ipotesi in cui i soggetti interessati risultano inseriti in maniera stabile o quantomeno in via non meramente provvisoria in un organo giudiziario».

²³ Sul punto risultano particolarmente interessanti le osservazioni di A. CARCHIETTI, *Fascicoli iscritti ex art. 11 del codice di procedura penale: appunti in materia di indagini*, cit., 19-20: «il reato commesso dal singolo magistrato non discredita il solo magistrato. Produce effetti deleteri a danno di tutta la magistratura e dell’esercizio di quel “potere diffuso” che fa capo al singolo magistrato. [...] Il reato commesso dal magistrato, nell’esercizio delle sue funzioni, mina l’autorevolezza della magistratura tutta, poiché crea una crepa in un organo che deve erigere mura invalicabili contro l’aggressione mossa da logiche estranee alla motivazione giuridica dei provvedimenti. L’imputato, la parte civile, l’indagato, il cittadino, potranno maturare il convincimento che dietro la sentenza di condanna, dietro l’assoluzione, dietro l’esercizio dell’azione penale o dietro qualsivoglia determinazione giudiziaria vi sia una spiegazione parallela e patologica». Si vedano anche P.P. RIVELLO, *Procedura e ordinamento giudiziario militare. Giurisdizione penale internazionale*, Torino, 2000, secondo cui l’art. 11 c.p.p. risulta finalizzato «alla volontà di scongiurare pericolo di “condizionamento ambientale”, onde assicurare in tal modo l’imparzialità e la terzietà del giudicante» e R. MONALDI, *La competenza nei procedimenti riguardanti i magistrati: nella giurisprudenza di legittimità la piena adesione al dato testuale dell’art. 11 c.p.p.*, cit., 1103.

In giurisprudenza, si vadano, tra le tantissime, Cass., sez. I, 5 ottobre 1998, n. 4788, conf. Comp. in proc. Foci ed altri, in *CED Cass.*, n. 211802-01, ove si legge che l’art. 11 c.p.p. «costituisce un’evidente eccezione al principio generale del giudice naturale, così come individuato dal codice di rito, e trova la sua ragion d’essere nella necessità di assicurare in ogni caso l’imparzialità del giudice che potrebbe essere compromessa nei casi in cui giudicandi e giudicanti fossero legati da particolari rapporti di comunanza professionale territoriale e quindi di frequentazioni quotidiane» e Cass., sez. V, 6 aprile 2004, n. 31721, Sieni, cit., ove si legge che la *ratio* dell’art. 11 c.p.p. «è quella di impedire che l’esercizio concreto di quelle funzioni, possa costituire motivo di condizionamento tale da pregiudicare l’imparzialità del giudice territorialmente competente, secondo le norme ordinarie, a conoscere del procedimento».

²⁴ Cfr. Cass., SS.UU., 15 dicembre 2004, n. 292, Scabbia ed altro, cit.; Cass., sez. I, 22 ottobre 2003, n. 45248, confl. comp. in proc. Romualdi, in *CED Cass.*, n. 226908-01 e Cass., sez. VI, 3 ottobre 2003, n. 43499, Avallone, in *CED Cass.*, n. 228184. In dottrina si esprime in tal senso R. MONALDI, *La competenza nei procedimenti riguardanti i magistrati: nella giurisprudenza di legittimità la piena adesione al dato testuale dell’art. 11 c.p.p.*, cit., 1103. Si noti che la natura funzionale, e non semplicemente territoriale, della competenza individuata dall’art. 11 c.p.p. comporta la conseguente rilevabilità, anche di ufficio, del relativo vizio in ogni stato e grado del procedimento (cfr. art. 21, comma 1, c.p.p.).

Contra C. Cost., 12 luglio 2000, n. 349, in *Giur. cost.*, 2000, 2548 ss.; Cass., sez. I, 26 novembre 1990, n. 4244, confl. comp. in proc. Colombi, in *CED Cass.*, n. 186358; Cass., sez. VI, 26 ottobre 1999, n. 9834, Battaglia ed altri, in *CED Cass.*, n. 220801; Cass., sez. IV, 6 dicembre 2001, n. 4697, Benevento ed altro, in *CED Cass.*, n. 220794; Cass., sez. VI, 18 aprile 2002, n. 25279, Mancini, in *CED Cass.*, n. 222267 e Cass., sez. V, 25 ottobre 2018, n. 53218, P., in *CED Cass.*, n. 274162-01, le quali ritengono che la competenza delineata dall’art. 11 c.p.p. ha natura di competenza per territorio, con le conseguenti ricadute in punto di rilevabilità (cfr. art. 21, comma 2, c.p.p.).

²⁵ Sul punto sia concesso rinviare a quanto detto *supra* alla nota 17.

Cassazione²⁶ – la Magistratura Militare risulta essere funzionalmente e strutturalmente separata dalla Magistratura Ordinaria con la conseguente impossibilità di interferenza reciproca – essendo il giudice militare, secondo tale orientamento interpretativo, un soggetto che svolge una funzione differente e completamente scollegata da quella del magistrato ordinario²⁷ – da cui deriva l’inapplicabilità della deroga – non sussistendo criticità in punto di terzietà ed imparzialità dell’Autorità Giudiziaria procedente – alle regole generali in tema di competenza territoriale.

Tuttavia, tale soluzione interpretativa pone un dubbio e solleva una critica.

Con riferimento al dubbio, benché si condivida l’idea che la Magistratura Militare debba essere considerata una magistratura speciale benché costituzionalizzata²⁸, appare discutibile affermare l’assenza di qualsivoglia interferenza tra la Magistratura Militare e la Magistratura Ordinaria in quanto, come emerge chiaramente dalla prassi, le contiguità e le contingenze tra i due plessi giurisdizionali sono frequenti e costanti²⁹. Inoltre, si noti che il magistrato militare proviene, ormai da diversi anni, esclusivamente dai ranghi della Magistratura Ordinaria³⁰, con la conseguenza

²⁶ Cfr. Cass, sez. I, 30 dicembre 2019, n. 52136, confl. comp. G.i.p. c/o Trib. Trento, cit.

²⁷ Di questo avviso sembra essere P.P. RIVELLO, *Il procedimento militare*, cit., 134, secondo cui «il coinvolgimento, come imputato o danneggiato, di un magistrato [...] militare in un procedimento celebrato innanzi ad un organo della giustizia ordinaria non dovrebbe incidere sulla serenità valutativa del magistrato ordinario». Dello stesso avviso risultano essere anche G. AMATO, *Disciplina estesa alla fase delle indagini ma senza rilievo per i giudizi in corso*, cit., 168 e, in giurisprudenza, Cass., sez. VI, 10 giugno 1998, Ferrauto ed altri, in *Guida al dir.*, 1998, f. 42, 86.

²⁸ Infatti, la giurisdizione militare può essere definita come la porzione di giurisdizione speciale – e non eccezionale – affidata all’Autorità Giudiziaria militare avente ad oggetto l’accertamento dei reati militari posti in essere dagli appartenenti alle Forze Armate. Sul punto, si veda l’insegnamento di C. Cost., 23 luglio 1987, n. 278, in *Foro it.*, 1988, I, 748 ss., ove si legge che la giurisdizione militare in tempo di pace non può essere ricondotta nella giurisdizione ordinaria, precisando che «l’entrata in vigore della Costituzione [...] non equivale a rendere “ordinaria” una magistratura “speciale” bensì a rendere “costituzionale” la medesima». Si tenga conto che le norme costituzionali di riferimento sono l’art. 103, comma III, Cost. e la VI disp. trans. Cost. e si veda, per tutti, R. VENDITTI, *Il processo penale militare*, Milano, 1997, 39 ss.; P.P. RIVELLO, *Procedura e ordinamento giudiziario militare. Giurisdizione penale internazionale*, cit., 18 ss.; G. MAZZI, *La giurisdizione militare come giurisdizione eccezionale e i suoi limiti costituzionali*, in *Cass. pen.*, 1993, 953 ss. e G. RICCIO, *Ordinamento militare e processo penale. Natura e limiti della giurisdizione*, Napoli, 1988.

Sul punto si vedano anche le osservazioni di D. BRUNELLI, G. MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, 2007, 421 ss.; D. BRUNELLI, *Osservazioni sulla natura della giurisdizione militare dopo la legge 7 maggio 1981, n. 180*, in *Rass. giust. mil.*, 1984, 593 ss.; R. MAGGIORE, voce *Giurisdizione penale militare*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 405 ss.; V. GARINO, voce *Diritto processuale penale militare*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VI app., Torino, 1986, 220 ss.; R. VENDITTI, *Il processo penale militare*, cit., 1 ss. (con particolare riguardo al profilo storico e di diritto comparato) e P.P. RIVELLO, *Procedura e ordinamento giudiziario militare. Giurisdizione penale internazionale*, cit., 1 ss.

²⁹ Sul punto si noti anche che P.P. RIVELLO, *Procedura e ordinamento giudiziario militare. Giurisdizione penale internazionale*, cit., 113, afferma che «non appare corretto sostenere che comunque in tal caso non sussisterebbe alcun pericolo di compromissione dell’imparzialità del giudicante, non potendo questi mai trovarsi nella posizione inversa, e cioè di soggetto imputato innanzi al giudice militare. Tale situazione potrebbe invece configurarsi, con riferimento a reati commessi dal magistrato ordinario durante il precedente espletamento del servizio militare. Ma, a prescindere da questa ipotesi, non si deve dimenticare che l’art. 11 c.p.p. fa altresì riferimento al magistrato che assuma la qualità di persona offesa o danneggiata dal reato; è evidente come in tal caso il pericolo di un eventuale trattamento “di favore” da parte dei magistrati della stessa sede potrebbe ipotizzarsi rispetto ai magistrati militari».

Inoltre, si ricordi la Delibera del Consiglio della Magistratura Militare del 3 dicembre 1996, resa nel corso dell’*iter* parlamentare che ha portato all’approvazione della legge 2 dicembre 1998, n. 420, ove si rilevava che «i rapporti funzionali che necessariamente si instaurano fra uffici giudiziari militari e ordinari (si pensi alla connessione di procedimenti ex artt. 12 e 13 c.p.p.; ai conflitti potenziali o effettivi di giurisdizione e ai contrasti fra uffici del pubblico ministero ex artt. 20, 28 e 54 c.p.p.; alle norme sui rapporti tra procedimenti connessi ex artt. 210 e 238 c.p.p.; al comune vertice di legittimità individuato nella Corte di cassazione) rendono del tutto inopportuno l’assoggettamento dei procedimenti riguardanti magistrati militari alla cognizione dei colleghi ordinari operanti nello stesso distretto di corte (ordinaria) d’appello in cui quelli esercitano le loro funzioni».

³⁰ Secondo quanto dispone l’art. 73 d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 alla magistratura militare si accede mediante concorso a cui possono partecipare esclusivamente i magistrati ordinari (comma 1) e, solo nel caso in cui successivamente alla conclusione del concorso per titolo riservato ai magistrati ordinari permangano delle vacanze organiche, potrà essere bandito dal Ministero della Difesa un successivo concorso per titoli ed esami (comma 2), le cui modalità di svolgimento sono dettate dall’art. 74 d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66. Per un approfondimento su punto si vedano, per tutti, P.P. RIVELLO, *Il procedimento militare*, cit., 118 ss. e VENDITTI, *Il processo penale militare*, Milano, 1997, 31 ss.

che un magistrato militare ha esercitato, prima dell'ingresso nella giurisdizione militare, le funzioni giudicanti o requirenti quale magistrato ordinario.

Pertanto, risulta quanto meno dubbio e discutibile affermare, da un lato, la mancanza di possibili interferenze e condizionamenti tra i due plessi giurisdizionali e, dall'altro lato, l'assenza di lesioni al principio di imparzialità e terzietà del Giudice laddove un magistrato militare venga giudicato da un magistrato ordinario, soprattutto se si considera che il magistrato militare può aver esercitato le funzioni di magistrato ordinario nel distretto in cui il procedimento penale ordinario deve essere celebrato. Il rischio di essere giudicato da un magistrato con cui si sono intrattenuti rapporti di vicinanza e di colleganza appare, dunque, con riferimento al magistrato militare sussistente ed evidente, con la conseguente necessità di rendere operativo il criterio derogatorio di cui all'art. 11 c.p.p.

Con riferimento, invece, alla critica sollevata dall'orientamento maggioritario, occorre notare che l'esclusione del magistrato militare dall'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 11 c.p.p. non tiene in alcuna considerazione le peculiarità dell'ordinamento militare.

Infatti, appare semplicistico il generico riferimento al magistrato militare in quanto non si considera che il Tribunale Militare e la Corte Militare d'Appello sono organi collegiali a composizione mista³¹. Il Tribunale Militare è composto da due magistrati militari – c.d. membri togati – e da un militare appartenente all'Esercito, alla Marina, all'Aeronautica, all'Arma dei Carabinieri od alla Guardia di Finanza, avente un grado pari a quello dell'imputato o comunque non inferiore al grado di ufficiale³² – c.d. membro laico, anche detto giudice d'arma o ufficiale-giudice –, estratto a sorte tra gli ufficiali in servizio nella circoscrizione del Tribunale Militare³³ ed avente un mandato temporale della durata temporale di due mesi, con la possibilità di proseguire nell'esercizio delle funzioni sino alla conclusione dei dibattimenti in corso³⁴; mentre, la Corte Militare d'Appello è composta da cinque membri di cui tre magistrati militari togati e due membri laici di grado pari a quello dell'imputato e, comunque, non inferiore a tenente colonnello.

Da ciò deriva che l'orientamento che considera l'art. 11 c.p.p. inapplicabile al magistrato militare non consente di comprendere se tale limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione della deroga alla disciplina generale in tema di competenza territoriale opera con riferimento al solo magistrato militare togato oppure anche nei confronti dei membri laici della giustizia militare.

L'omessa considerazione della posizione dell'ufficiale-giudice crea un vuoto interpretativo che può essere colmato facendo ricorso a due differenti opzioni esegetiche.

Secondo una prima possibilità interpretativa, si potrebbe sostenere che l'art. 11 c.p.p. non può operare neppure nei confronti dei giudici d'arma nella misura in cui, da un lato, valgono le considerazioni di separatezza ed autonomia dei plessi giudiziari ordinario e militare e, dall'altro lato, si deve valorizzare la durata dell'incarico dell'ufficiale giudice, il quale esercita le funzioni giurisdizionali per un periodo di soli due mesi³⁵. La temporaneità dell'incarico non consentirebbe

Sul punto si ricordi che l'ultimo concorso per l'accesso alla magistratura militare non riservato ai magistrati ordinari è stato bandito nel 2000.

³¹ Cfr. M. NUNZIATA, *Corso di diritto penale militare*, Napoli, 2018, 186 e P.P. RIVELLO, *Il procedimento militare*, cit., 117.

³² Cfr. art. 54, comma 2, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, il quale precisa anche che nessun ufficiale può esimersi dall'assumere ed esercitare le funzioni di giudice. Non possono comunque essere destinati a tali funzioni: 1) gli ufficiali che svolgono incarichi di Ministro o Sottosegretario di Stato; 2) il Capo di stato maggiore della difesa; 3) il Segretario generale della difesa; 4) i Capi di stato maggiore delle Forze armate e i Comandanti generali dell'Arma dei carabinieri e della Guardia di finanza; 5) il Direttore generale per il personale militare.

³³ Si veda l'art. 54 d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 in forza del quale l'estrazione a sorte dei giudici di cui all'art. 54, comma 2, lettera c), d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 si effettua tra gli ufficiali, aventi il grado richiesto, che prestano servizio nella circoscrizione del Tribunale militare (comma 3); le estrazioni a sorte, previo avviso affisso in apposito albo, sono effettuate, nell'aula di udienza aperta al pubblico, dal presidente, alla presenza del pubblico ministero, con l'assistenza di un ausiliario, che redige verbale (comma 4); l'estrazione a sorte avviene ogni sei mesi, distintamente per ognuno dei bimestri successivi. Sono estratti, per ogni giudice, due supplenti (comma 6).

³⁴ Cfr. art. 54, comma 5, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66.

³⁵ Tale approccio interpretativo valorizza l'art. 54, comma 5, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 nella parte in cui individua la durata dell'incarico del giudice-militare in due mesi.

l'instaurazione di stabili rapporti di colleganza e vicinanza con i magistrati idonei, da un lato, a creare interferenze capaci di riverberarsi sul sereno svolgimento del processo penale eventualmente instaurato dall'Autorità Giudiziaria nei confronti del giudice d'arma e, dall'altro lato, di compromettere l'imparzialità e la terzietà del Giudice.

Tuttavia, appare prospettabile una differente e contrapposta soluzione interpretativa in forza della quale sarebbe necessario individuare una specifica disciplina che, derogando alle regole generali sulla competenza territoriale, possa garantire l'imparzialità e la terzietà del magistrato a cui è affidato un procedimento penale ordinario in cui sia coinvolto un membro laico della giustizia militare³⁶. Tale tesi si fonda, non solo sul ruolo funzionale dell'ufficiale-giudice³⁷, ma anche sull'equiparazione di quest'ultimo ad un magistrato onorario³⁸ – a cui, almeno secondo il prevalente orientamento, si applica l'art. 11 c.p.p.³⁹ – e sull'art. 54, comma 6, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, rubricato *Codice dell'ordinamento militare*, in forza del quale la durata dell'incarico del giudice d'arma può eccedere il bimestre in quanto può rimanere in carica fino alla conclusione dei dibattimenti in corso⁴⁰, con la conseguente possibilità di prolungare il tempo in cui creare stabili e duraturi rapporti di colleganza e di vicinanza con la magistratura anche ordinaria.

L'incertezza normativa ed applicativa derivante dalla correlazione tra l'art. 11 c.p.p. e la figura del membro laico della giustizia militare dimostra che l'inapplicabilità del foro derogatorio nei casi in cui l'indagato, l'imputato, la persona offesa od il danneggiato sia un magistrato militare risulta, per quanto fondata su solide ragioni di diritto, discutibile e, quantomeno, incompleta nella misura in cui non considera le peculiarità del rito penale militare e tutte le possibili sfaccettature che il coinvolgimento del magistrato militare in un procedimento ordinario può comportare.

³⁶ Di questo avviso risulta essere A. TENCATI, *Reati militari: giurisdizione e competenza*, in *Rass. giust. mil.*, 1996, 282, il quale evidenzia che «anche nei confronti dei giudici militari “laici” ricorre nondimeno la stessa *ratio* sottostante alla disciplina della competenza territoriale relativa ai reati dei magistrati: evitare che le indagini, od il giudizio, siano svolti dai colleghi dei giudicandi operanti nella loro stessa sede», ma precisa anche che «la giurisprudenza penale militare, da parte sua, non fornisce nessun aiuto perché i repertori giurisprudenziali non presentano precedenti in cui i componenti “laici” degli organi giudicanti militari abbiano assunto le sicuramente non invidiabili vesti degli indagati o degli imputati».

³⁷ Sul punto sia concesso rinviare ad A. CONTI, *Il diritto processuale penale militare*, in A. CONTI, S. SETTI, *Lezioni di diritto militare*, Padova, 2020, 252, secondo il quale «la componente squisitamente giuridica del collegio è integrata con la presenza “di militari talora del tutto privi di conoscenze giuridiche, chiamati purtuttavia a far parte di detti collegi in virtù della loro specifica qualificazione derivante dall'appartenenza alle Forze armate e dal grado rivestito”. Infatti, la giustificazione della presenza di un componente estraneo alla magistratura all'interno di un Organo Giurisdizionale risiede, come anche ricordato dalla Corte Costituzionale, nella opportunità di fornire uno specifico apporto tecnico in giudizi caratterizzati, per loro natura, da una rilevante complessità tecnica».

³⁸ Cfr., in giurisprudenza, C. Cost., 9 febbraio 1989, n. 49, in *Foro it.*, 1989, I, 603 con nota di R. MESSINA e, in dottrina, tra i tanti, L.M. FLAMINI, sub *art. 261-bis c.p.m.p.*, in AA.VV., *Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di D. Brunelli e G. Mazzi, Milano, 2001, 947 e M. NUNZIATA, *Il reale ambito di applicazione dell'art. 261-bis c.p.m.p. nella soluzione di un contrasto negativo tra pubblici ministeri*, in *Cass. pen.*, 2000, 1799.

³⁹ Sul punto si veda Cass., SS.UU., 15 dicembre 2004, n. 292, Scabbia ed altro, cit., ove si legge che «a deroga alle regole generali della competenza per territorio nei procedimenti in cui un magistrato assume la qualità di indagato, di imputato ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato, si applica anche al magistrato onorario il cui incarico sia connotato dalla stabilità, e cioè dalla continuità riconosciuta formalmente per un arco temporale significativo, in quanto questa, essendo sufficiente a radicarlo istituzionalmente nel plesso territoriale di riferimento, potrebbe ingenerare il sospetto, stante il rapporto di colleganza e di normale frequentazione tra magistrati della medesima circoscrizione, di un non imparziale esercizio della giurisdizione dei suoi confronti». Dello stesso avviso risultano essere anche Cass., sez. I, 13 dicembre 1999, n. 7124, conf. comp. in proc. La Torre, in *CED Cass.*, n. 214841-01; Cass., sez. I, 24 aprile 2001, n. 24837, conf. comp. in proc. Bidetti, in *CED Cass.*, n. 219218-01; Cass., sez. I, 11 luglio 2003, n. 30568, conf. comp. in proc. Landi, in *CED Cass.*, n. 226117-01 e Cass., sez. V, 12 marzo 2018, n. 18110, cit.

Contra Cass., sez. I, 30 giugno 1997, n. 4516, conf. comp. in proc. Bilotta, in *CED Cass.*, n. 208339-01; Cass., sez. I, 30 giugno 1999, n. 4532, conf. comp. in proc. Daccò, in *CED Cass.*, n. 214028-01 e Cass., sez. I, 21 febbraio 2000, n. 1267, conf. comp. in proc. Siracusano, in *CED Cass.*, n. 215707-01.

⁴⁰ Tale approdo interpretativo, invece, valorizza l'art. 54, comma 5, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 nella parte in cui prevede che il membro laico della giustizia militare debba proseguire nell'esercizio delle funzioni sino alla conclusione dei dibattimenti in corso.

3. La competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati ed il processo penale militare

La complessità connessa al coinvolgimento di un magistrato in un processo da celebrarsi nel medesimo ambito territoriale in cui quest'ultimo svolge, o ha svolto, la propria attività professionale e l'assenza di sistematicità nell'analisi delle problematiche connesse all'*iter* procedimentale penale militare, rende necessario soffermarsi con particolare attenzione alla disciplina relativa alla competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati ed il processo penale militare⁴¹.

In particolare, occorrerà prendere in esame – oltre alla già richiamata ipotesi in cui un magistrato militare venga coinvolto in un procedimento ordinario, con la conseguente, ma criticabile, inapplicabilità dell'art. 11 c.p.p. ed al caso, pacificamente regolato dall'art. 11 c.p.p., in cui magistrato ordinario venga coinvolto in un procedimento pendente avanti all'Autorità Giudiziaria Ordinaria – anche il caso in cui un magistrato militare venga coinvolto in un procedimento militare e l'ipotesi in cui ad essere parte dell'*iter* pendente avanti all'Autorità Giudiziaria Militare sia un magistrato ordinario⁴².

⁴¹ Cfr. P.P. RIVELLO, *Il procedimento militare*, cit., 132.

⁴² Sul punto occorre chiarire se e quando un magistrato, ordinario o militare, possa essere sottoposto ad un procedimento penale militare come indagato o imputato.

In primo luogo, occorre chiarire se il magistrato possa commettere un reato militare. La risposta a tale quesito deve essere positiva in quanto un soggetto estraneo alle Forze Armate può divenire destinatario della legge penale militare nella misura in cui, da un lato, l'art. 11, comma 1, n. 1, c.p.m.p. statuisce che il soggetto attivo di taluni reati militari possa essere anche il pilota o il capitano non appartenente alle Forze Armate di una nave o di un aeromobile civile e, dall'altro lato, l'art. 14 c.p.m.p. prevede, disciplinando il concorso dell'*extraneus* nel reato militare che “sono soggette alla legge penale militare le persone estranee alle forze armate dello Stato, che concorrono a commettere un reato militare” (comma 1) e che anche alcuni reati previsti e puniti dal codice penale militare di pace possono essere posti in essere da soggetti estranei alle Forze Armate (comma 2) – tra cui i fatti preveduti dagli articoli 94 c.p.m.p. (*Comunicazione all'estero di notizie non segrete né riservate*), 136 c.p.m.p. (*Abuso nel lavoro delle officine o di altri laboratori militari*), 140 c.p.m.p. (*Forzata consegna*), 141 c.p.m.p. (*Resistenza, minaccia o ingiuria a sentinella, vedetta o scolta*), 142 c.p.m.p. (*Violenza a sentinella, vedetta o scolta*), 145 c.p.m.p. (*Impedimento a portatori di ordini militari*), 182 c.p.m.p. (*Attività sediziosa*), 184 c.p.m.p. (*Raccolta di sottoscrizioni per rimostranza o protesta. Adunanza di militari*), a cui devono aggiungersi tutti quei comportamenti previsti e puniti da singole fattispecie criminose, frequenti soprattutto nella legge penale di guerra, ove il soggetto attivo del reato viene individuato non nel militare, ma in “chiunque” –. Sul punto si vedano D. BRUNELLI, sub art. 11 c.p.m.p., in AA.VV., *Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di D. Brunelli e G. Mazzi, Milano, 2001, 28 ss.; VEUTRO, *Diritto penale militare*, in G. LANDI, V. VEUTRO, P. STELLACCI, P. VERRI, *Manuale di diritto e procedura penale militare*, Milano, 1976, 131 e D. BRUNELLI, G. MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., 16-17, i quali precisano che «la legge penale militare, al pari della legge penale comune, obbliga tutti, cittadini o stranieri, poiché, astrattamente, tutti sono in condizioni di violarla».

Inoltre, il magistrato può anche aver commesso un reato militare prima di aver acquisito la qualifica e lo *status* di magistrato, in un momento in cui aveva la differente qualifica di appartenente alle Forze Armate ai sensi e per gli effetti di quanto dispongono gli artt. 3 e 5 c.p.m.p.

In secondo luogo, occorre chiedersi se il magistrato, chiarito che possa essere un soggetto attivo di un reato militare, possa essere sottoposto ad un procedimento penale militare. Sul punto occorre notare che la nozione di appartenente alle Forze Armate rilevante ai fini processuali non risulta essere pienamente sovrapponibile alla nozione di militare delineata per individuare i limiti di applicabilità soggettiva del diritto penale militare sostanziale. Infatti, possono essere considerati appartenenti alle Forze Armate, «ai fini della sottoposizione alla giurisdizione militare, oltre ai militari in servizio, i “militari considerati in servizio alle armi”, indicati dall'art. 5 c.p.m.p., in quanto tali figure si caratterizzano per l'assenza dal servizio effettivo ed insieme, però, per la permanenza di un legame organico con la forza in servizio». Il concetto di “appartenente alle Forze Armate” rilevante in punto di giurisdizione coincide, secondo l'ormai maggioritario orientamento interpretativo, con il militare in servizio attivo e non coincide «affatto con quella utilizzabile a fini sostanziali, ricavabile dai codici penali militari e volta a determinare la soggezione alla legge penale militare anziché a quella ordinaria» (così P.P. RIVELLO, *Il procedimento militare*, cit., 16). Pertanto, solo i militari in servizio (cfr. art. 3 c.p.m.p.) e i militari considerati in servizio (cfr. art. 5 c.p.m.p.) sono soggetti alla giurisdizione militare ai sensi di quanto dispone l'art. 263 c.p.m.p. Sul punto occorre richiamare C. Cost., 3 marzo 1989, n. 78, in *Giur. cost.*, 1989, 389 ss., la quale riconosce la giurisdizione esclusiva del Tribunale per i Minorenni nel caso in cui il militare sia anche un minorenni; C. Cost., 24 aprile 1986, n. 112, in *Giur. cost.*, 1986, 629 ss. e C. Cost., 24 aprile 1986, n. 113, in *Giur. cost.*, 1986, 635 ss., le quali escludono che gli iscritti alla leva non effettivamente arruolati e gli obiettori di coscienza possano essere sottoposti alla giurisdizione militare e, da ultimo, C. Cost., 10 novembre 1992, n. 429, in *Giur. cost.*, 1992, 4012 ss., ove si precisa che nella nozione di “appartenente alle Forze Armate” rilevante ai fini giurisdizionali non sono ricompresi i militari in congedo illimitato.

3.1. Il magistrato militare ed il processo penale militare

La prima fattispecie da analizzare riguarda la possibilità di applicare la disciplina di cui all'art. 11 c.p.p. al processo penale militare.

Fermo restando che debba essere tutelata la terzietà e l'imparzialità del Giudice militare, ci si dovrebbe chiedere se, laddove un magistrato militare venga coinvolto in un processo penale militare che dovrebbe essere celebrata nel medesimo ambito territoriale in cui quest'ultimo esercita le proprie funzioni, il Legislatore abbia individuato un meccanismo derogatorio analogo od assimilabile alla disciplina dettata dall'art. 11 c.p.p.

La risposta ad un simile quesito non può che articolarsi su due fronti: si dovrà, dapprima, esaminare la posizione del magistrato militare togato e, successivamente, quella del membro laico della giustizia militare.

Con riferimento al magistrato militare togato, occorre evidenziare che, alla luce del principio della complementarità di cui all'art. 261 c.p.m.p.⁴³, nel processo penale militare dovrebbe operare

In dottrina si vedano, tra i tanti, D. BRUNELLI e G. MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., 17 ss.; R. VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1997, 71 ss.; ID., *Primi rilievi sulla sentenza costituzionale n. 113/86 che esclude gli obiettori di coscienza dalla categoria degli "appartenenti alle Forze armate"*, in *Giur. cost.*, 1986, 652 ss.; M. NUNZIATA, *Corso di diritto penale militare*, cit., 25 ss.; V. MAGGI, *Limiti costituzionali al diritto e al processo penale militare*, Napoli, 1981, 103 ss.; G. MAZZI, *La nozione di reato militare secondo la Costituzione*, in *Cass. pen.*, 1995, 3259 ss.; ID., *La giurisdizione militare come giurisdizione eccezionale e i suoi limiti costituzionali*, in *Cass. pen.*, 1993, 1627 ss.; A. POGGI, *L'"appartenente alle Forze armate": problemi sostanziali e processuali*, in *Giur. cost.*, 1993, 510 ss.; L.M. FLAMINI, sub art. 263 c.p.m.p., in AA.VV., *Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di D. Brunelli e G. Mazzi, Milano, 2001, 955 ss. (e l'amplia bibliografia ivi citata); G. RICHIELLO, *Sulla incostituzionalità dell'art. 263 c.p.m.p. nella parte in cui assoggetta i militari in congedo alla giurisdizione militare*, in *Cass. pen.*, 1993, 787 ss.; P.P. RIVELLO, *I limiti di assoggettamento alla giurisdizione penale militare: ricondotti dalla Corte costituzionale entro l'alveo delineato della Costituzione*, in *Leg. pen.*, 1993, 607 ss. ed ID., *Il procedimento militare*, cit., 14 ss. ove sono riportate, anche con una significativa bibliografia, le vicende storiche della nozione in esame.

Pertanto, in conclusione, il magistrato, ordinario e militare, può diventare "protagonista" del processo penale militare solo se, al momento della commissione del fatto, possedeva la qualifica di appartenente alle Forze Armate rilevante ai fini della determinazione dei limiti soggettivi della giurisdizione militare.

⁴³ L'art. 261 c.p.m.p. dispone che, salvo che la legge disponga diversamente, le disposizioni del codice di procedura penale si osservano anche per i procedimenti davanti ai tribunali militari. Ne consegue che, in virtù del principio di complementarità, il processo penale militare sarà regolato dalle norme del codice di procedura penale ordinario, salvo le specifiche deroghe contenute nel codice penale militare di pace. Tuttavia, tali deroghe potranno dirsi attualmente operanti solo se conformi ai principi fondamentali del sistema processuale, tanto che «ciascuna norma del c.p.m.p. andrà [...] preventivamente vagliata dall'interprete al fine di riconoscerne o disconoscerne la compatibilità con i nuovi principi di marca accusatoria contenuti nel c.p.p. e, solo in caso di positivo riscontro, potrà trovare ancora applicazione» (così S. MARCOLINI, *Il principio di complementarità e il giudizio per decreto nel processo penale militare alla luce della sentenza costituzionale n. 274 del 1997*, in *Cass. pen.*, 1999, 3330). Tutto ciò comporta che l'interprete, prima di poter affermare la vigenza e l'applicabilità di un istituto, a rilevanza processuale, specificamente regolato dal codice penale militare di pace dovrà, in forza del criterio «del non contrasto o, se si preferisce, dell'armonia minima [...], saggiarne la compatibilità con i principi ispiratori del codice di rito comune o, per converso, il permanere della ragione giustificatrice del carattere di specialità» (in questi termini si esprime C. Cost., 18 luglio 1997, n. 274, in *Giur. cost.*, 1997, 2508 ss., ove si legge anche che «è allora evidente che, per mantenere la pienezza del significato e del valore della "complementarità", positivamente riconducibile all'art. 261, può non essere sufficiente all'interprete, in sede di ricognizione della norma da applicare, la mera constatazione del carattere derogatorio di una determinata disciplina del processo militare, ma rendersi necessaria una operazione ermeneutica più complessa che può assurgere a vera e propria attività di coordinamento interpretativo [quel coordinamento che il legislatore ha mancato di compiere con disposizioni espresse] e che comporti la previa valutazione della compatibilità delle norme del processo militare con i principii fondamentali del nuovo codice»). Per un approfondimento sul punto si vedano, *ex plurimis*, R. VENDITTI, *Il processo penale militare secondo la legge 7 maggio 1981, n. 180*, Milano, 1982, 1 ss.; ID., *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1978, 4 ss.; ID., *Il processo penale militare e il nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1993, 12 ss.; ID., *Il processo penale militare*, cit., 47 ss.; M. DI MOLFETTA, *Nuovo codice di procedura penale e processo penale militare: prime riflessioni*, in *Camere Penali*, 1990, f. 1, 15 ss.; P. REBECCHI, *Giustizia militare e nuovo codice di procedura penale*, in *Rass. giust. mil.*, 1991, 65 ss.; P.V. MOLINARI, *Brevi note sui rapporti tra le norme di coordinamento del nuovo codice di procedura penale ed i procedimenti militari*, in *Cass. pen.*, 1992, 1007 ss.; J.P. PIERINI, *Considerazioni in ordine ai rapporti tra gli ordinamenti penale e disciplinare militare*, in *Rass. Arma Carabinieri*, 1996, 6 ss.; M.N. MASULLO, *La funzione di integrazione dell'art. 261 c.p.m.p. e i suoi "effetti distorsivi" alla luce del nuovo codice di procedura penale. A proposito della parte civile nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 849 ss.; G. DI CHIARA, *Il processo penale*

l'art. 11 c.p.p.⁴⁴.

Tuttavia, tale soluzione interpretativa non risulta, nel concreto, applicabile: se sul versante teorico non vi sono ostacoli affinché la competenza derogatoria di cui all'art. 11 c.p.p. possa trovare applicazione nell'*iter* procedimentale penale militare, la strutturazione e l'organizzazione della magistratura militare ne impedisce l'operatività⁴⁵. Infatti, la disciplina contenuta nell'art. 11 c.p.p. si basa sull'idea che la Magistratura Ordinaria sia strutturata su diversi distretti di Corte d'Appello; mentre, la Magistratura Militare non prevede tale forma organizzativa in quanto vi è un unico distretto di Corte Militare d'Appello⁴⁶. Da ciò deriva che, proprio per come è strutturata ed organizzata la giustizia militare, la competenza circolare ed a catena disciplinata dall'art. 11 c.p.p. non può trovare applicazione nel processo penale militare.

Nonostante l'impossibilità concreta di fare applicazione della disciplina derogatoria dettata dall'art. 11 c.p.p., permane nel processo penale militare la necessità di tutelare l'imparzialità e la terzietà del giudice militare chiamato a giudicare un collega magistrato militare operante nel medesimo ambito territoriale in cui si svolge il procedimento.

Sul punto, stante il vuoto normativo e l'impossibilità di applicare interpretazioni correttive od adeguatrici⁴⁷, appare prospettabile esclusivamente una soluzione *de iure condendo*: occorre predisporre una disciplina *ad hoc* che, laddove un magistrato militare venga coinvolto in un procedimento penale militare, consenta, laddove il magistrato militare dovrebbe essere giudicato dallo stesso Ufficio ove ha prestato o presta servizio, di determinare la competenza secondo un sistema tabellare analogo a quello previsto per l'art. 11 c.p.p., ma articolato avendo come riferimento i circondari dei Tribunali Militari e non i distretti di Corte d'Appello. Solo in tal modo si potrebbe

militare tra specialità e complementarietà, in *Giur. cost.*, 1996, 2857 ss.; L.M. FLAMINI, *sub art. 261 c.p.m.p.*, in AA.VV., *Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di D. Brunelli e G. Mazzi, Milano, 2001, 935 ss.; S. MARCOLINI, *Il principio di complementarietà e il giudizio per decreto nel processo penale militare alla luce della sentenza costituzionale n. 274 del 1997*, in *Cass. pen.*, 1999, 3330 ss.; DE LALLA, *Saggio sulla specialità penale militare*, Napoli, 1990; M. NUNZIATA, *Corso di diritto penale militare*, Napoli, 2004, 125 ss.; P.P. RIVELLO, *Procedura e ordinamento giudiziario militare. Giurisdizione penale internazionale*, cit., 97 ss., il quale sottolinea come il rapporto tra il processo penale militare e il rito ordinario sia costruito sul principio di complementarietà; ID., *Il processo penale militare nell'impatto con il codice del 1988*, in *Giust. pen.*, 1990, III, 614 ss.; ID., *Il procedimento militare*, cit., 94 ss.; ID., *Processo penale militare*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, vol. VII, tomo II, *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di G. Garuti, 2011, 1178 ss.; G. DELLI PAOLI, voce *Processo penale militare*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991, 1 ss. e D. BRUNELLI, G. MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., 439 ss. In giurisprudenza, si vedano Cass., sez. I, 22 marzo 1991, n. 1449, Pagliarini e altri, in C.E.D. Cass., n. 187236, la quale, non solo afferma che «non può sorgere alcun dubbio circa l'applicabilità ai processi riguardanti reati di competenza dell'Autorità giudiziaria penale delle norme contenute nel nuovo codice di rito», ma anche che tale assunto è confermato dall'art. 207 disp. att. c.p.p. (sul ruolo dell'art. 207 disp. att. c.p.p. nei rapporti tra codice di rito e il c.p.m.p. si rinvia a G. RICCIO, *Premesse metodologiche e linee d'indirizzo per l'applicazione e la riforma della legge processuale penale militare*, in *Rass. giust. mil.*, 1991, 165 ss. ed a C. PAPAGNO, *sub art. 207 disp. att. c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Padova, 2007, pp. 6528 ss. ed alla bibliografia in esso citata); Cass., sez. I, 7 marzo 1995, n. 1421, P.G. mil. in proc. Pedrini, in C.E.D. Cass., n. 201122. Contra Cass., sez. I, 2 giugno 1994, n. 2660, P.G. mil. in proc. Marangi, in C.E.D. Cass., n. 198822. Inoltre, si tenga conto di quanto affermato C. Cost., 26 ottobre 1989, n. 503, in *Giur. cost.*, 1990, pp. 1239 ss.; C. Cost., 6 luglio 1994, n. 301, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 2585 ss. e C. Cost., 18 luglio 1997, n. 274, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 2508 ss. ed anche Cass., SS. UU., 14 dicembre 1994, Trombetta, in *Rass. giust. mil.*, 1994, 322; Cass., SS.UU., 14 dicembre 1994, n. 1684, Michelin e altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 250; Cass., sez. I, 3 luglio 1995, n. 9700, D'Avossa, in *Rass. giust. mil.*, 1995, 46; Cass., sez. I, 19 gennaio 1996, n. 2215, Pellicchia, in C.E.D. Cass., n. 203894 e Cass., sez. I, 19 giugno 2000, n. 4488, P.M. in proc. Spotorno, in C.E.D. Cass., n. 216290.

⁴⁴ Di questo avviso sembra essere anche V. NAPOLEONI, *Lo speciale foro per i procedimenti riguardanti i magistrati: quadro giurisprudenziale e modifiche legislative*, cit., 3022.

⁴⁵ Si noti che già M. NUNZIATA, *La nuova competenza territoriale per i reati militari commessi da giudici militari secondo la legge 2 dicembre 1998, n. 420*, cit., 3, avvertiva la necessità di coniugare l'applicabilità dell'art. 11 c.p.p. «con il particolare assetto degli organi della giustizia militare».

⁴⁶ Così almeno successivamente all'entrata in vigore della legge 24 dicembre 2007, n. 244, che ha determinato, fra le altre disposizioni concernenti la riorganizzazione della Magistratura Militare, la soppressione delle sezioni distaccate di Verona e di Napoli della Corte Militare d'Appello.

⁴⁷ Dello stesso avviso risulta essere anche P.P. RIVELLO, *Il procedimento militare*, cit., 138, secondo cui «questa ipotesi è stata totalmente trascurata dal legislatore e nessuno sforzo interpretativo può permettere di ovviare a tale evidente lacuna normativa».

garantire l'operatività di una deroga di competenza idonea a tutelare le esigenze di imparzialità e terzietà del Giudice anche nel processo penale militare⁴⁸.

Con riferimento, invece, al membro laico della giustizia militare, il Legislatore ha introdotto l'art. 261-*bis* c.p.m.p.⁴⁹ che espressamente regola l'ipotesi in cui l'ufficiale-giudice divenga indagato, imputato, persona offesa o danneggiata dal reato in un procedimento militare.

In particolare, la norma prevede che, laddove si verificano le condizioni individuate dall'art. 11 c.p.p., il giudice d'arma⁵⁰ dovrà essere giudicato, non dall'Ufficio Giudiziario Militare individuato secondo le regole generali in materia di competenza, bensì dal Giudice Militare del capoluogo della Corte Militare d'Appello o della Sezione distaccata di Corte Militare d'Appello individuato secondo le seguenti modalità:

- a) dalla Corte Militare d'Appello di Roma alla sezione distaccata di Napoli;
- b) dalla sezione distaccata di Napoli alla sezione distaccata di Verona;
- c) dalla sezione distaccata di Verona alla Corte Militare d'Appello di Roma⁵¹.

Tuttavia, l'art. 261-*bis* c.p.m.p. risulta inapplicabile⁵² in quanto, a seguito delle modifiche che hanno interessato l'ordinamento giudiziario militare, sono state soppresse le sezioni distaccate della Corte Militare d'Appello⁵³. Pertanto, attualmente, non vi è una normativa – considerando anche l'impossibilità di regolamentare tale situazioni facendo riferimento all'art. 11 c.p.p. – che possa tutelare il corretto svolgimento del procedimento militare nel caso in cui sia coinvolto un ufficiale-giudice.

⁴⁸ Infatti, si noti che «non può escludersi che nell'ambito del processo penale militare si verificano [...] condizioni assimilabili a quelle prese in esame dall'art. 11 c.p.p.» (così P.P. RIVELLO, *Il procedimento militare*, cit., 137) ed è parimenti «indubitabile che i condizionamenti psicologici derivanti da un simile contesto farebbero inevitabilmente apparire “pregiudicato” detto giudice [militare], che non potrebbe certo essere considerato immune da condizionamenti al riguardo, al pari di quanto lo sarebbe un magistrato ordinario» (in questi termini si esprime P.P. RIVELLO, *Il procedimento militare*, cit., 138).

⁴⁹ Si noti che tale norma è stata introdotta dalla legge 2 dicembre 1998, n. 420, ovverosia dal testo normativo che ha modificato l'art. 11 c.p.p. Sul punto si veda quanto detto *supra* alle note 10 e 11.

⁵⁰ L'art. 261-*bis* c.p.m.p. utilizza la locuzione “che svolgono le funzioni di giudice”, «con ciò sembrando escludere ogni rilievo a funzioni svolte in precedenza rispetto all'instaurazione del procedimento» (in questi termini si esprime L.M. FLAMINI, sub *art. 261-bis c.p.m.p.*, cit., 949 e dello stesso avviso anche Proc. gen. mil., decr. 21 settembre 1999, XY, in *Cass. pen.*, 2000, 1975, ove si legge che «l'art. 261-*bis* c.p.m.p. [...] è inequivocabilmente legato alla contestualità dell'effettivo svolgimento della funzione di giudice rispetto all'uno o all'altro dei due momenti considerati (quello dell'assunzione della qualità di indagato o quella della commissione del fatto)»). Inoltre, la locuzione appena richiamata «dovrebbe far escludere l'applicabilità dall'art. 261-*bis* nei confronti degli ufficiali sorteggiati come giudici supplenti, finquando essi non siano chiamati in concreto a comporre il collegio» (così L.M. FLAMINI, sub *art. 261-bis c.p.m.p.*, cit., 948).

⁵¹ La ratio dell'art. 261-*bis* c.p.m.p. appare evidente e chiaramente enunciata da P.P. RIVELLO, *Il procedimento militare*, cit., 135: «mediante detta normativa si tentò [...] di recepire la logica ispiratrice dell'art. 11 c.p.p., adattandola alla ben diversa struttura dell'organizzazione giudiziaria militare».

⁵² Di questo avviso risulta essere anche P.P. RIVELLO, *Il procedimento militare*, cit., 135, il quale, peraltro, evidenzia come tale disciplina normativa «anche in assenza dell'intervento operato dalla l. n. 244 del 2007 [...] avrebbe dovuta essere giudicata negativamente» in quanto «forniva [...] una soluzione parziale e del tutto inappagante» (136), riguardando esclusivamente i giudici d'arma e non essendo applicabile ai magistrati militari togati. Dello stesso avviso, e sempre con riferimento all'organizzazione della magistratura militare antecedente alla riforma del 2007, anche M. NUNZIATA, *Il reale ambito di applicazione dell'art. 261-bis c.p.m.p. nella soluzione di un contrasto negativo tra pubblici ministeri*, cit., 1798, secondo cui l'art. 261-*bis* c.p.m.p. «appare discutibile sia nell'*an* che nel *quomodo* della innovazione. Per quanto concerne l'*an*, siffatta scelta non può che dirsi sorretta da esigenze di garanzia e di imparzialità analoghe a quelle costituenti la *ratio* sottostante la previsione dell'art. 11 c.p.p. Per quanto concerne il *quomodo*, la modalità di funzionamento del meccanismo normativo introdotto [...] è tale da risultare oltremodo macchinosa e suscettibile di vanificazione» ed ID., *La nuova competenza territoriale per i reati militari commessi da giudici militari secondo la legge 2 dicembre 1998, n. 420*, cit., 4.

Si noti che taluni potrebbero ipotizzare una lettura sistematica dell'art. 261-*bis* c.p.m.p., che tuttavia passa attraverso una forzatura del dato letterale, in forza della quale la predetta norma potrebbe dirsi non abrogata nella misura in cui il riferimento alla Corte Militare d'Appello di Roma andrebbe letto ed interpretato come un rinvio al Tribunale Militare di Roma, il riferimento alla sezione distaccata di Napoli andrebbe sostituito con il Tribunale Militare di Napoli ed il riferimento alla sezione distaccata di Verona andrebbe sostituito con il Tribunale Militare di Verona.

⁵³ Cfr. legge 24 dicembre 2007, n. 244.

Tale problematica induce a compiere una ulteriore riflessione circa la necessità di individuare una disciplina che deroghi alle regole generali in materia di competenza per il caso in cui un ufficiale-giudice venga coinvolto in un processo penale militare.

Sul punto, si potrebbe notare che, da un lato, l'effettiva durata dell'incarico alla luce di quanto prevede l'art. 54, comma 6, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 ed il ruolo funzionale del giudice-militare⁵⁴ indurrebbe a ritenere necessaria l'introduzione, *de iure condendo*, di una normativa che regoli le ipotesi in esame, ma, dall'altro lato, la separatezza e l'autonomia della Magistratura Militare rispetto alla Magistratura Ordinaria e la temporaneità e la brevità dell'incarico del giudice d'arma⁵⁵ farebbero propendere per la superfluità di un foro derogatorio simile a quello disciplinato dall'art. 11 c.p.p.

3.2. Il magistrato ordinario ed il processo penale militare

Un'ulteriore ipotesi che occorre considerare è il caso in cui un magistrato ordinario venga coinvolto, come indagato, imputato, persona offesa o danneggiata dal reato, in un procedimento militare.

Prima facie, la risposta potrebbe essere intuitiva: essendo una situazione speculare a quella in cui un magistrato militare venga coinvolto in un processo penale ordinario, non potrà trovare applicazione l'art. 11 c.p.p. Infatti, considerata la separatezza e l'autonomia esistente tra la Magistratura Militare e la Magistratura Ordinaria, non vi dovrebbero essere ragioni per ritenere che l'imparzialità e la terzietà del giudice militare risulti compromessa per il solo fatto che "protagonista" dell'*iter* processuale sia un magistrato ordinario che eserciti le proprie funzioni nel medesimo ambito territoriale in cui si svolge il processo penale.

Tuttavia, come già abbiamo detto⁵⁶, se si valorizzano le effettive interferenze e contingenze tra la Magistratura Militare e la Magistratura Ordinaria e la provenienza dei magistrati militari esclusivamente – almeno con riferimento all'ultimo ventennio – dalla magistratura ordinaria, appare corretto, proprio per valorizzare le esigenze di tutela dell'imparzialità e della terzietà del Giudice, superare l'impostazione tradizionale e predisporre un meccanismo che, in deroga alle regole generali sulla competenza per territorio, consenta l'individuazione della competenza nei casi in cui il procedimento penale militare veda coinvolto, come indagato, imputato, persona offesa o danneggiata dal reato, un magistrato ordinario.

⁵⁴ Cfr. C. Cost., 9 febbraio 1989, n. 49, in *Foro it.*, 1989, I, 603, ove si legge che «i giudici esperti sono infatti chiamati a comporre i collegi, non a titolo di generica partecipazione popolare, ma in ragione dell'apporto particolarmente qualificato che possono dare in giudizi nei quali si riconosce la presenza di aspetti tecnici così rilevanti da suggerire l'opportunità di creare organi specializzati. L'attitudine a prestare detto apporto trova fondamento in specifiche competenze, che risultano talvolta dal possesso di determinati requisiti culturali [...], talaltra dalla iscrizione in determinati albi [...], talaltra infine dalla appartenenza ad un determinato corpo professionale o ad una determinata amministrazione, appartenenza che lascia presumere una utile familiarità con le speciali problematiche dei rispettivi settori», con la conseguenza che «essi sono quindi chiamati a dare un apporto di grande importanza anche per quanto concerne l'esatta ricostruzione dei fatti sottoposti a giudizio, così per l'aspetto oggettivo come per quello soggettivo». Si veda anche C. Cost., ord. 1 aprile 1992, n. 151, in *Cass. pen.*, 1992, 2635 ss. e C. Cost., 30 dicembre 1994, n. 460, in *Rass. giust. mil.*, 1994, 310 ss.

Sul punto si vedano P.P. RIVELLO, *Procedura e ordinamento giudiziario militare. Giurisdizione penale internazionale*, cit., 54 ss.; ID., *Spunti per un'analisi: i componenti "non togati" dei Tribunali militari*, in *Rass. giust. mil.*, 1991, 22 ss.; M. DE PAOLIS, *Qualche osservazione sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49/1989 in tema di giustizia penale militare*, in *Cass. pen.*, 1989, 1381 ss. e L.M. FLAMINI, sub art. 271 c.p.m.p., in AA.VV., *Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di D. Brunelli e G. Mazzi, Milano, 2001, 989 ss.

⁵⁵ Di questo avviso risultano essere P.P. RIVELLO, *Il procedimento militare*, cit., 136, secondo cui, considerata «la posizione degli ufficiali-giudici, non incardinati in maniera stabile all'interno dell'organo giudiziario e chiamati a farne parte solo per un periodo estremamente limitato di tempo, non pare atta a far insorgere quei rapporti di colleganza che giustificano il pericolo di compromissione dell'imparzialità, tale da imporre la trasmissione del procedimento al'altra sede giudiziaria» e M. NUNZIATA, *Il reale ambito di applicazione dell'art. 261-bis c.p.m.p. nella soluzione di un contrasto negativo tra pubblici ministeri*, cit., 1798, il quale precisa che «in un arco di tempo tanto contenuto è, oggettivamente, ben difficile che si crei quel contesto ambientale di "vicinanza" con i magistrati dell'ufficio tale da legittimare un giusto motivo di sospetto sulla loro imparzialità nel caso in cui vengano chiamati a giudicare il merito di un procedimento riguardante un ufficiale-giudice».

⁵⁶ Sul punto sia concesso rinviare quanto detto *supra* nel paragrafo 2 del presente lavoro.

4. Riflessioni conclusive

Alla luce di quanto fino ad ora analizzato, emerge come il coinvolgimento di un magistrato – come indagato, imputato, persona offesa o danneggiata dal reato – in un processo penale che deve celebrarsi nel medesimo ambito territoriale in cui magistrato stesso esercita le proprie funzioni pone, a livello di competenza territoriale, una serie di rilevanti e complesse problematiche che l'art. 11 c.p.p. di per sé solo non è in grado di risolvere compiutamente, soprattutto se si considerano le criticità connesse al processo penale militare.

Infatti, la prevalente ma, almeno a parere dello scrivente, semplicistica affermazione che porta a rendere inapplicabile l'art. 11 c.p.p. al magistrato militare coinvolto in un processo penale ordinario non appare idonea a fornire una risposta completa e complessiva alle problematiche analizzate: anche volendo superare i dubbi e le criticità derivanti da tale approdo interpretativo – che peraltro, solo parzialmente risolverebbe il problema posto che nulla viene detto in riferimento al giudice d'arma –, l'esegesi prevalente non si preoccupa di considerare – e, conseguentemente, di risolvere – i casi in cui un magistrato ordinario o un magistrato militare vengano coinvolti in un processo penale militare.

Pertanto, almeno a parere dello scrivente, appare necessaria una rivisitazione organica della materia che – consapevole del fatto che l'art. 11 c.p.p. può rappresentare un punto di partenza, ma non certo l'approdo definitivo – sappia, da un lato, considerare e valorizzare il ruolo del membro laico della giustizia militare e, dall'altro lato, introdurre una disciplina sulla competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati che, comprendendo le peculiarità del rito militare e le esigenze di tutela dell'imparzialità dell'Organo giudicante, possa dirsi effettivamente applicabile all'*iter* procedimentale militare. Solo in tal modo è possibile evitare che si crei un *vulnus* ai valori costituzionali di imparzialità e terzietà del Giudice.

Verso la quarta conferenza internazionale sulle scuole sicure: la protezione dei bambini e dell'educazione durante i conflitti armati

Towards the Fourth International Conference on Safe Schools: the Protection of Children and Education in Armed Conflicts

di *Adriano Iaria*¹

Abstract: La protezione dei civili durante i conflitti armati rappresenta una delle sfide più importanti e complesse di oggi. Le conseguenze della guerra hanno degli effetti ancor più gravi nei confronti di alcune categorie maggiormente vulnerabili, come i bambini, e sulle infrastrutture ad essi dedicate come scuole e ospedali. In vista della quarta conferenza internazionale sulle scuole sicure che si terrà in Nigeria nel 2021, l'articolo esplora la protezione dei civili e dei bambini con un focus sulla protezione del diritto all'educazione durante i conflitti armati concentrandosi, in particolare, sulle norme oggi esistenti e gli scenari attuali esasperati ulteriormente dalla pandemia da COVID-19.

Abstract: Today, the protection of civilians during armed conflicts represents one of the most important and complex challenges. War consequences have even more serious effects on some more vulnerable groups such as children as well as infrastructures dedicated to them such as schools and hospitals. In 2021, the fourth international conference on safe schools, that will take place in Nigeria, will continue to work on these topics and address them. The article explores the protection of civilians and children with a focus on the protection of the right to education during armed conflict. It tries to analyze the existing norms and scenarios by taking into account also the current COVID-19 pandemic.

Sommario: 1. Introduzione – 2. La protezione dei civili nei conflitti armati tra diritto e contemporaneità – 3. La protezione speciale riservata ai bambini nei conflitti armati – 4. Il diritto all'educazione sotto attacco – 5. Conclusioni

1. Introduzione

Il diritto internazionale umanitario, nel distinguere i combattenti dalla popolazione civile, riconosce ad alcune persone che non prendono parte al conflitto diritti o status particolari, meritori di essere ulteriormente disciplinati. È il caso, ad esempio, dei feriti e dei malati, del personale sanitario e religioso, delle donne e dei bambini.

Questi ultimi sono stati oggetto di una sempre maggior attenzione e necessaria protezione al mutare del loro ruolo nel corso degli anni. Sebbene i bambini possano esser sempre considerati vittime di un conflitto, essi sono stati dapprima protetti in quanto parte della popolazione civile (cfr. Quarta Convenzione di Ginevra del 1949), successivamente gli è stata riconosciuta una tutela maggiore in quanto popolazione civile con bisogni particolari (cfr. Protocolli Addizionali del 1977 alle Quattro Convenzioni di Ginevra) e, infine, tutelati affinché non prendessero direttamente parte ai conflitti armati, stabilendo, ad esempio, un'età minima per il reclutamento di soldati (cfr. Protocolli Addizionali del 1977 alle Quattro Convenzioni di Ginevra e la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989).

Il seguente articolo intende analizzare le sfide alla protezione dei bambini nei conflitti armati esaminando il quadro normativo internazionale esistente e confrontando i dati a oggi esistenti sul fenomeno con un'attenzione particolare alle attuali iniziative internazionali per la protezione dell'educazione e delle scuole nei conflitti armati in vista della Quarta Conferenza Internazionale sulle Scuole Sicure.

¹ Humanitarian Advocacy Officer nell'Unità Operativa Diplomazia Umanitaria di Croce Rossa Italiana. Nel giugno 2020 è stato nominato Ufficiale di Complemento della Marina Militare del Corpo di Stato Maggiore. È membro della International Society for Military Law and the Law of War e della Società Italiana di Intelligence.

2. La protezione dei civili nei conflitti armati tra diritto e contemporaneità

La protezione dei civili rappresenta uno dei due pilastri fondamentali del diritto internazionale umanitario. Infatti, se da una parte questa branca del diritto internazionale, che regola lo *jus in bellum*, disciplina i mezzi e i metodi di combattimento leciti che possono scegliere le parti in conflitto, dall'altra, stabilisce un quadro normativo per proteggere le persone che non prendono parte, o non prendono più parte al conflitto, affinché queste siano tutelate e non siano oggetto di violenza bellica.

Gli Stati conformano la loro azione al diritto internazionale umanitario esistente, rispettando le norme di origine consuetudinaria e pattizia esistenti. Oggi, le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 rappresentano il fulcro centrale del diritto internazionale umanitario essendo le convenzioni con il più alto numero di ratifiche mai raggiunte (196). Nel 1977 il corpus normativo relativo al diritto internazionale umanitario si è allargato e aggiornato con l'approvazione di due Protocolli Addizionali alle Convenzioni di Ginevra: il primo relativo ai conflitti armati internazionali e il secondo relativo ai conflitti armati non internazionali. I Protocolli Addizionali non sono giuridicamente vincolanti per tutti gli Stati, sebbene alcune norme in essi contenute siano consuetudinarie e giuridicamente vincolanti per tutti gli Stati. Tra queste, vale la pena fare cenno brevemente alle norme che stabiliscono il rispetto dei principi di distinzione, proporzionalità e precauzione nell'attacco.

Il principio di distinzione obbliga «le parti in conflitto a distinguere sempre tra civili e combattenti. Gli attacchi possono essere diretti soltanto contro i combattenti. Gli attacchi non possono essere diretti contro i civili»². Sebbene la Dichiarazione di San Pietroburgo del 1868 stabilisca che l'unico obiettivo legittimo che gli Stati hanno durante un conflitto è quello di indebolire le forze armate nemiche, è il Regolamento dell'Aja del 1907 che, nel proibire l'attacco, con qualsiasi mezzo, a città, villaggi, abitazioni o costruzioni indifese, formula una prima base nel riconoscere il principio di distinzione³. Dall'obbligo di distinzione tra civili e combattenti, discende il divieto di attacchi indiscriminati⁴.

La formulazione giuridica del principio di proporzionalità nell'attacco è contenuta nell'articolo 51 paragrafo 5 lettera b) del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1977⁵. Gli Stati sono obbligati a scegliere mezzi e metodi di combattimento che nel perseguire un vantaggio militare concreto e diretto non risultino eccessivi in relazione ai danni collaterali provocati a beni civili o alle persone che non prendono, o non prendono più parte, alle ostilità⁶. Il principio di proporzionalità nell'attacco, dunque, non consiste in un rapporto tra i mezzi utilizzati e i fini raggiunti, quanto, piuttosto, tra i mezzi utilizzati e il fine ultimo di non causare danni collaterali eccessivi rispetto al vantaggio militare diretto e concreto conseguito. Infine, il principio di precauzione nell'attacco impone agli Stati di tenere conto, nella conduzione di operazioni militari, della popolazione e dei beni civili che potrebbero coinvolti durante l'operazione e di prendere tutte le precauzioni possibili per minimizzare il rischio che beni e popolazione civile possano rimanere coinvolti⁷.

Nonostante le tutele legali previste dal diritto internazionale umanitario, i conflitti armati contemporanei provocano gran parte degli effetti nefasti nei confronti della popolazione civile. Il Rule of Law in Armed Conflicts (RULAC), progetto della Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, identifica 40 conflitti armati attualmente in corso in cui sono coinvolti 55 Stati: 5 conflitti armati internazionali, 24 conflitti armati non internazionali e 11 occupazioni militari⁸. In gran parte di questi conflitti si identificano almeno quattro caratteristiche comuni che espongono la popolazione civile alla violenza bellica: un'asimmetria tra le parti in

² ICRC, IHL Database, Customary IHL, Rule 1.

³ Convenzione dell'Aja sulle leggi e usi della guerra per terra e i suoi Regolamenti Allegati, art. 25.

⁴ ICRC, IHL Database, Customary IHL, Rule 11.

⁵ «Gli attacchi dai quali ci si può attendere che provochino incidentalmente morti e feriti fra la popolazione civile, danni ai beni di carattere civile, o una combinazione di perdite umane e di danni, che risulterebbero eccessivi rispetto al vantaggio militare concreto e diretto previsto».

⁶ ICRC, IHL Database, Customary IHL, Rule 14.

⁷ ICRC, IHL Database, Customary IHL, Rule 15.

⁸ Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Switzerland.

conflitto; fenomeni di guerriglia; un contesto prevalentemente urbano; un'erosione crescente del diritto internazionale umanitario.

Le parti in conflitto sono ineguali e il principio dell'uguaglianza delle armi risulta quindi non rispettato, non più attuale. I belligeranti hanno scopi disparati e impiegano mezzi e metodi diversi per perseguire le loro tattiche e strategie⁹. Inoltre, l'ineguaglianza tra le parti in conflitto vede spesso lo scontro tra eserciti regolari ben organizzati e gruppi armati che mettono in campo azioni di guerriglia. Tale fenomeno non è nuovo; già Carl Schmitt, nella Teoria del Partigiano¹⁰, analizzava le azioni di guerriglia con cui dovette fare i conti Napoleone in Spagna tra il 1803 e il 1813, ma valgono ancora le caratteristiche essenziali del "partigiano" di Schmitt per identificare il guerrigliero contemporaneo ovvero, un'irregolarità giuridica data dal suo essere un combattente irregolare, ciò in quanto né la sua natura né le sue azioni si conformano al diritto internazionale umanitario esistente; una crescente mobilità nel territorio; un forte impegno ideologico dato da una 'causa' e il carattere prevalentemente difensivo – tellurico nella definizione di Schmitt – della sua azione. I fenomeni di urbanizzazione globale, che porteranno entro il 2050 i 2/3 della popolazione mondiale a vivere nelle città¹¹, hanno già un impatto sui conflitti armati contemporanei. L'*urban warfare* rappresenta una sfida significativa (di non poco momento) per il diritto internazionale umanitario, poiché mezzi e metodi di combattimento considerati leciti – e.g. attaccare un obiettivo militare con armi esplosive come bombe, granate, missili – possono avere degli effetti estesi e provocare danni collaterali a infrastrutture civili, come scuole e ospedali, dislocate in vicinanza dell'obiettivo militare, che risultano sproporzionati rispetto al vantaggio militare diretto e concreto conseguito. «Le città stanno nuovamente diventando il punto focale delle battaglie, in parte a causa di una serie di fattori specifici dei conflitti moderni. La stragrande maggioranza di questi conflitti coinvolge gruppi armati che combattono tra loro o forze governative. I gruppi armati a volte si nascono nelle città, o possono ivi nascondersi, per trarre vantaggio dal terreno: attirare il nemico in un terreno che dia un vantaggio offensivo o difensivo è uno stratagemma tattico di base; per cui, combattere in una città consente ai gruppi armati di recuperare la loro relativa debolezza in queste situazioni di "guerra asimmetrica". In un certo senso, la città livella il campo di gioco. La superiorità tecnologica dei governi, dotati di moderne attrezzature militari, si traduce in una impossibilità di successo per i gruppi armati in una battaglia in aperta campagna, quindi si nascondono nel tessuto urbano, mescolandosi alla popolazione della città»¹². Asimmetria, guerriglia e contesto urbano comportano una «inimicizia assoluta»¹³ tra le parti in conflitto ed una progressiva erosione del diritto internazionale umanitario che vede la popolazione civile estremamente esposta alla violenza bellica.

Come descritto nel Report del Segretario Generale delle Nazioni Unite sulla popolazione civile nei conflitti armati, del 2019, più di 20.000 civili sono stati uccisi o feriti a seguito di attacchi in 10 paesi: Afghanistan, Repubblica Centrafricana, Iraq, Libia, Nigeria, Somalia, Sud Sudan, Siria, Ucraina e Yemen. L'uso di armi esplosive in aree popolate ha causato almeno 17.904 vittime civili. Per il nono anno consecutivo, oltre il 90 per cento delle vittime uccise e ferite dall'uso di armi esplosive in aree popolate sono civili. Nel 2019, i conflitti hanno costretto milioni di civili ad abbandonare le proprie case aggiungendosi ai 70,8 milioni di persone che erano già state sfollate a causa di conflitti e violenze all'inizio del 2019. La maggior parte di queste persone – oltre 41 milioni – sono persone sfollate nella propria nazione. Infine, secondo il *Global Report on Food Crises 2020*, 77 milioni di coloro che hanno affrontato la fame acuta nel 2019 - oltre il 57% del totale a livello globale - vivevano in 22 paesi e territori colpiti da conflitti o instabilità¹⁴.

La pandemia da COVID-19 ha ulteriormente esposto la popolazione civile limitando, o in alcuni casi impedendo completamente, l'assistenza umanitaria, disponendo la chiusura dei corridoi umanitari esistenti e la possibilità di accesso a cure mediche o ai dispositivi di protezione individuale.

⁹ PFANNER T., *Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action*, International Review of the Red Cross, Volume 87, Number 857, March 2005.

¹⁰ SCHMITT C., *Teoria del Partigiano*, Adelphi, 2005.

¹¹ United Nations, 2018 Revision of World Urbanization Prospects.

¹² BERNARD V., *War in Cities: The Spectre of Total War*, International Review of the Red Cross (2016), 98 (1), 1–11.

¹³ SCHMITT C., *Teoria del Partigiano*, Adelphi, 2005.

¹⁴ United Nations, S/2020/366 Protection of civilians in armed conflict. Report of the Secretary-General, 6 May 2020.

A seguito della pandemia da COVID-19, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, con l'approvazione della Risoluzione 2532 del 2020, per la prima volta ha disposto una cessazione generale e immediata delle ostilità e una pausa umanitaria per almeno 90 giorni consecutivi, al fine di consentire, in conformità con il diritto internazionale, compreso il diritto internazionale umanitario e il diritto dei rifugiati, ove applicabile: la fornitura sicura e senza ostacoli di assistenza umanitaria; la fornitura di servizi correlati da parte di attori umanitari imparziali nel rispetto dei principi di umanità, neutralità, imparzialità e indipendenza; le evacuazioni mediche¹⁵. Tuttavia, il Consiglio di Sicurezza ha ribadito, al paragrafo 3 della Risoluzione, che «questa cessazione generale e immediata delle ostilità e questa pausa umanitaria non si applicano alle operazioni militari contro lo Stato Islamico in Iraq e nel Levante (ISIL, noto anche come Da'esh), Al Qaeda e Al Nusra Front (ANF) e gli altri gruppi terroristi individuati dal Consiglio di Sicurezza». Inoltre, la pandemia ha provocato un rallentamento o una posticipazione di tutte le negoziazioni internazionali in materia di diritto internazionale umanitario confermando, da una parte, una certa resistenza da parte di alcuni Stati nel giungere a nuovi strumenti giuridicamente vincolanti o comunque rafforzare e implementare le misure già esistenti, dall'altra, la difficoltà a negoziare a distanza temi su cui è necessario costruire un consenso che va oltre il formalismo giuridico. Per questo, la scelta di procedere attraverso dichiarazioni politiche sta mostrando tutta la sua efficacia, come nel caso del processo avviato – e per il momento interrotto a causa del COVID-19 – che dovrebbe portare ad una dichiarazione politica ampiamente condivisa¹⁶ sulle armi esplosive in aree popolate che includa linee guida ed approcci condivisi.

3. La protezione speciale riservata ai bambini nei conflitti armati

Le Convenzioni di Ginevra del 1949 stabiliscono una certa protezione ai bambini coinvolti nei conflitti. La quarta Convenzione, relativa alla popolazione civile, all'art. 14 stabilisce che gli Stati, già in tempo di pace o dopo l'inizio delle ostilità, potranno costituire sul loro rispettivo territorio e, se necessario, sui territori occupati, delle zone e località sanitarie e di sicurezza organizzate in modo da proteggere dagli effetti della guerra i feriti e i malati, gli infermi, le persone anziane, i fanciulli d'età inferiore ai quindici anni, le donne incinte e le madri di bambini d'età inferiore ai sette anni. La stessa Convenzione, all'art. 24, obbliga gli Stati parte a prendere le misure necessarie per garantire che i bambini di età inferiore a 15 anni, orfani o separati dai genitori, non siano abbandonati a loro stessi e che il loro mantenimento, l'esercizio della religione e la loro educazione siano facilitate in ogni circostanza. Come specificato dal Comitato Internazionale della Croce Rossa nel commentario alla quarta Convenzione, «l'idea di educazione deve essere intesa nel suo senso più ampio, includendo l'educazione morale e fisica, il lavoro scolastico e l'istruzione religiosa. L'articolo specifica che questo compito deve essere affidato, per quanto possibile, a persone della stessa tradizione culturale dei genitori. Tale disposizione assume particolare rilevanza, in quanto ha lo scopo di escludere qualsiasi propaganda religiosa o politica intesa a svezzare i bambini dal loro ambiente naturale, poiché ciò causerebbe ulteriore sofferenza agli esseri umani già gravemente colpiti dalla perdita dei loro genitori»¹⁷. Inoltre, in caso di occupazione bellica, la Potenza occupante faciliterà il corretto funzionamento di tutte le istituzioni dedite alla cura e all'istruzione dei bambini in cooperazione con le autorità nazionali e locali¹⁸.

Nel 1977, con l'adozione dei due Protocolli Addizionali alle Convenzioni di Ginevra, la protezione dei bambini viene ulteriormente ampliata. Infatti, l'art. 77 del Primo Protocollo stabilisce che i bambini siano oggetto di un particolare rispetto e che le Parti in conflitto adotteranno tutte le misure praticamente possibili affinché i bambini di meno di 15 anni non partecipino direttamente alle ostilità, in particolare astenendosi dal reclutarli nelle rispettive forze armate. Inoltre, nel caso in cui

¹⁵ United Nations, S/RES/2532 Resolution 2532 (2020), 1 July 2020.

¹⁶ <http://www.inew.org/political-response/> <http://www.inew.org/political-response/>.

¹⁷ Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949, Commentary of 1958.

¹⁸ Art. 50, Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949.

reclutassero persone aventi più di 15 anni ma meno di 18 anni, le Parti in conflitto si impegneranno a dare la precedenza a quelle di maggiore età. Analoghe previsioni sono contenute nell'art. 4.3 del Secondo Protocollo relativo ai conflitti armati non internazionali. La *ratio* di tale previsione era quella di estendere la protezione nei confronti dei bambini non soltanto nei casi di occupazione bellica, come già previsto nella Quarta Convenzione di Ginevra, ma in tutte le situazioni di conflitto armato. Durante la conferenza diplomatica per l'adozione dei Protocolli Addizionali, non si giunse ad una definizione di «bambini» e, come ricostruito nel Commentario del 1987 del Comitato Internazionale della Croce Rossa, la scelta fu intenzionale come riportato dal Relatore del Comitato che lavorò sul progetto, il quale specificò che «*it should also be noted that the Committee decided not to place specific age limits in paragraphs 1 and 4 and that there is no precise definition of the term "children"*»¹⁹.

Sarà soltanto con la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 che si giungerà a definire come bambini le persone di età inferiore ai 18 anni²⁰ e richiamando all'art. 38 la stessa disciplina prevista dal Primo Protocollo alle Convenzioni di Ginevra per quanto riguarda il coinvolgimento diretto dei bambini nei conflitti armati e garantendo a tutti i bambini la protezione e la cura necessaria. Il reclutamento di bambini di età inferiore ai 15 anni, ai sensi dello Statuto della Corte Penale Internazionale, è considerato un crimine di guerra costituendo esso una seria violazione del diritto e delle consuetudini applicabili ai conflitti armati, siano essi internazionali e non²¹. Inoltre, dal 2000 si è aggiunto un protocollo opzionale *ad hoc* alla Convenzione, dedicato ai diritti del fanciullo ed al coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati, che eleva gli standard e la protezione garantita ai bambini sia per quanto riguarda la protezione che il loro reclutamento, anche volontario, sia per le forze armate che per i gruppi armati. Il protocollo opzionale, entrato in vigore nel 2014, è stato ratificato da 46 Stati²².

La protezione dei bambini durante i conflitti è stato un tema dell'agenda del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite a partire dal 1999 con l'approvazione della Risoluzione 1261. Precedentemente, era stata l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ad affrontare la violenza sui bambini nei conflitti armati istituendo, tra le altre cose, lo *Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict* con l'approvazione della Risoluzione 51/77 del 1996. Il compito del Rappresentante Speciale consiste nel rafforzare la protezione dei bambini vittime dei conflitti armati, sensibilizzare e promuovere la raccolta di informazioni circa le difficoltà che affrontano i bambini durante i conflitti armati e, infine, supportare la cooperazione internazionale sul tema.

Nel 1999, con la già citata Risoluzione 1261, il Consiglio di Sicurezza, nel richiamare tutte le parti al rispetto del diritto internazionale applicabile e in particolare le Convenzioni di Ginevra del 1949 e i loro Protocolli Addizionali del 1977, nonché la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, ha identificato sei gravi violazioni²³ perpetrate nei confronti dei bambini tra cui gli attacchi a beni civili, in particolare quelli che hanno una significativa presenza di bambini, come scuole e ospedali, su cui verterà la trattazione nella prossima sezione.

Nel 2005, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha adottato la Risoluzione 1612 che ha stabilito un meccanismo di monitoraggio e raccolta (*Monitoring Reporting Mechanism*) relativo alle gravi violazioni commesse contro i bambini nei conflitti armati.

¹⁹ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, Commentary of 1987.

²⁰ Article 1, Convention on the Rights of the Child.

²¹ Article 8, Rome Statute of the International Criminal Court.

²² https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&clang=_en.

²³ *Killing and maiming, sexual violence, abduction and forced displacement, recruitment and use of children in armed conflict in violation of international law, and attacks on objects protected under international law, including places that usually have a significant presence of children such as schools and hospitals.*

4. Il diritto all'educazione sotto attacco

Uno dei primi studi globali che mappa il fenomeno degli attacchi all'educazione è stato commissionato dall'UNESCO nel 2007²⁴ e dal 2010 è attiva la *Global Coalition to Protect Education from Attacks* (GCPEA), una coalizione di organizzazioni coinvolte nella protezione dei bambini e nella promozione della loro educazione in situazioni di conflitto, preoccupate dei sempre maggiori attacchi ai danni dei settori educativi.

La GCPEA definisce un attacco all'educazione come «qualsiasi minaccia o uso effettivo della forza mirata o indiscriminata da parte delle forze armate statali, comprese le forze dell'ordine, nonché da parte di gruppi armati non statali, su studenti, personale educativo o infrastrutture o materiali educativi, per scopi politici, militari, ideologici, settari motivi etnici o religiosi»²⁵.

Come spesso accade, sono tuttavia i singoli episodi che riescono a scuotere la coscienza dell'opinione pubblica e a spingere la comunità internazionale ad agire. Nel 2012, il tentato omicidio di Malala Yousafzai all'età di 12 anni a seguito delle sue battaglie sull'istruzione e sui diritti delle bambine da parte dei talebani diede un eco globale alla tutela dell'istruzione dagli estremismi. La Yousafzai venne insignita nel 2014 all'età di 17 anni del Premio Nobel per la pace «per la [sua] lotta contro la sopraffazione dei bambini e dei giovani e per il diritto di tutti i bambini all'istruzione»²⁶. Due anni dopo il tentato omicidio di Malala Yousafzai, l'intera opinione pubblica venne nuovamente scossa dal rapimento, nella notte tra il 14 e il 15 aprile 2014, di 112 bambine in una scuola cristiana nella città di Chibok in Nigeria ad opera del gruppo terroristico di Boko Haram, dando vita al movimento «*bring back our girls*» per chiederne l'immediato rilascio. Nell'aprile 2015, il gruppo terroristico al-Shabaab, come ritorsione all'azione di contrasto del governo Keniota in Somalia contro il gruppo terroristico, ha attaccato l'Università di Garissa in Kenya uccidendo 148 persone, tra cui 142 studenti²⁷.

Un mese più tardi, nel maggio 2015, i governi di Norvegia e Argentina hanno guidato un processo tra gli Stati membri delle Nazioni Unite per sviluppare la *Safe Schools Declaration*, che è l'unico strumento internazionale specificamente dedicato alla protezione dell'istruzione nei conflitti armati. La *Safe Schools Declaration* è un accordo politico intergovernativo – non giuridicamente vincolante – che stabilisce alcuni impegni per rafforzare la protezione dell'istruzione dagli attacchi e limitare l'uso di scuole e università per scopi militari. Inoltre, cerca di garantire la continuità di un'istruzione sicura durante i conflitti armati. Parte integrante della Dichiarazione sono le Linee Guida per la protezione delle scuole e delle università dall'utilizzo militare durante i conflitti armati. La Dichiarazione è stata aperta ai paesi per l'approvazione alla prima conferenza internazionale sulle scuole sicure tenutasi a Oslo, in Norvegia, nel maggio 2015. Ad oggi, 106 Stati²⁸ (Italia inclusa) hanno aderito a questo accordo politico internazionale. Nelle conclusioni della terza conferenza sulle scuole sicure tenutasi in Spagna nel 2019 si è sottolineato come le questioni di genere impattino diversamente i bambini esponendoli a rischi diversi. Le donne e le ragazze sono spesso prese di mira negli attacchi da gruppi che si oppongono all'istruzione femminile e possono anche essere soggette a forme specifiche di attacco, come lo stupro, il rapimento o reclutamento mentre sono a scuola o durante il viaggio da e verso le strutture educative. Anche quando le donne e le ragazze non sono specificamente prese di mira a causa del loro genere, le conseguenze a lungo termine possono essere diverse poiché spesso sono le prime ad abbandonare gli studi o le ultime a tornare una volta che la situazione si sia stabilizzata. Allo stesso tempo, in determinate situazioni, i ragazzi sono maggiormente vulnerabili a certi tipi di attacchi, come il reclutamento forzato. È stata sottolineata

²⁴ O'Malley B., *Education under attack: A global study on targeted political and military violence against education staff, students, teachers, union and government officials, and institutions*, Commissioned by UNESCO, Education Sector, Division for the Coordination of United Nations Priorities in Education, 2007.

²⁵ Global Coalition to Protect Education from Attacks, *Education under Attack 2020, A Global Study of Attacks on Schools, Universities, their Students and Staff, 2017-2019*.

²⁶ <https://www.nobelprize.org/prizes/peace/2014/yousafzai/facts/>.

²⁷ <https://www.bbc.com/news/world-africa-48695398>.

²⁸ https://www.regjeringen.no/en/topics/foreign-affairs/development-cooperation/safeschools_declaration/id2460245/.

l'importanza di attuare la Dichiarazione sulle scuole sicure in modo sensibile al genere²⁹. Oltre alla necessità di creare sinergie tra le diverse iniziative internazionali come l'agenda su donne, pace e sicurezza e gli obiettivi di sviluppo sostenibile, la Conferenza ha ribadito la necessità di migliorare i sistemi di monitoraggio e reportistica degli attacchi a strutture educative uniformando le tecniche di raccolta e di implementare sul piano pratico le Linee Guida per la protezione delle scuole e delle università dall'utilizzo militare durante i conflitti armati³⁰. La quarta conferenza sulle scuole sicure si terrà in Nigeria nel 2021.

La protezione dei bambini affetti dai conflitti armati è stato oggetto di un *pledge* durante la 33^a Conferenza Internazionale di Croce Rossa e Mezzaluna Rossa presentato dal Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale italiano. Il *pledge* aperto alla firma da parte di tutti i membri della Conferenza Internazionale risulta impegna a intraprendere tutte le azioni appropriate e necessarie per ridurre l'impatto dei conflitti armati sulla vita dei bambini; integrare nell'addestramento militare e in tutti i livelli della pianificazione militare e del processo decisionale la debita considerazione delle esigenze dei bambini colpiti dai conflitti armati; garantire l'accesso all'istruzione in situazioni di conflitto armato e fornire un sostegno speciale al ripristino delle strutture educative nei periodi postbellici. A oggi il *pledge* risulta essere quello maggiormente sottoscritto durante la Conferenza (28 Stati, 12 Società Nazionali di Croce Rossa e Mezzaluna Rossa e 3 Osservatori) incoraggiando l'adesione alla *Safe Schools Declaration* e al protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo specifico sui bambini nei conflitti armati³¹.

Come ribadito nel Report del Segretario Generale sulla protezione dei civili nei conflitti armati del 2020, attori coinvolti in conflitti hanno effettuato attacchi diretti o indiscriminati nei confronti di case, scuole, ospedali, mercati, luoghi di culto e infrastrutture civili essenziali come impianti elettrici e idrici per la potabilizzazione dell'acqua³².

Nel 2019, le Nazioni Unite hanno verificato 927 attacchi contro scuole (494) e ospedali (433). Gran parte di questi attacchi (503) sono stati perpetrati da Stati, pertanto obbligati al rispetto del diritto internazionale umanitario consuetudinario e pattizio³³. Le scuole hanno continuato ad essere utilizzate per scopi militari, smettendo di essere considerate spazi sicuri ed esponendo strutture, insegnanti e studenti ad attacchi. A seguito degli attacchi le lezioni sono state sospese per settimane e in alcuni casi cancellate completamente poiché erano venute meno le condizioni fondamentali per l'insegnamento³⁴. Tale trend, oltre ad esser stato sottolineato nel Report sui bambini e conflitti armati del Segretario Generale delle Nazioni Unite, è stato ribadito anche nel Report sulla protezione dei civili nei conflitti armati, ove si sottolinea il fatto che «[d]urante tutto l'anno, le scuole hanno continuato ad essere utilizzate per scopi militari, esponendo insegnanti e studenti ad attacchi. In molte situazioni di conflitto, gli attacchi alle scuole hanno incluso l'incendio di strutture, la distruzione di attrezzature scolastiche e minacce contro il personale scolastico. Tali incidenti sottolineano la necessità che le parti in conflitto rispettino rigorosamente il diritto internazionale umanitario e che gli Stati approvino e attuino la *Safe Schools Declaration*»³⁵.

Sebbene l'impatto non sia ancora misurabile, la pandemia da COVID-19 ha certamente influito sulla capacità degli Stati di assolvere all'obbligo di protezione dei bambini durante i conflitti. La chiusura prolungata delle scuole a seguito di attacchi o come misura volta alla prevenzione della diffusione del COVID-19, oltre a negare il diritto all'educazione e a un'infanzia felice, mina la capacità dei bambini ad aver accesso molto spesso all'unico pasto garantito, all'acqua potabile, a cure sanitarie e vestiario adeguato. Inoltre aumenta il tasso di dispersione scolastica e il rischio che bambini e bambine possano essere sfruttati, rapiti o indirizzati verso il reclutamento da parte di attori non statali o dalla criminalità organizzata.

²⁹ Third International Conference on Safe Schools, Conclusions.

³⁰ Ibidem.

³¹ <https://rcrcconference.org/pledge/protect-the-rights-of-children-affected-by-armed-conflicts/>.

³² United Nations, S/2020/366 Protection of civilians in armed conflict. Report of the Secretary-General, 6 May 2020.

³³ United Nations, A/74/845-S/2020/525 Children and Armed Conflict, Report of the Secretary-General, 9 June 2020.

³⁴ Ibidem.

³⁵ United Nations, S/2020/366 Protection of civilians in armed conflict. Report of the Secretary-General, 6 May 2020.

5. Conclusioni

Gli attuali conflitti armati vedono un sempre maggiore coinvolgimento diretto della popolazione civile ostilità. Alcune categorie della popolazione civile come il personale sanitario, le donne e i bambini sono maggiormente esposte alle violazioni del diritto internazionale umanitario. In particolare, questi ultimi devono ricevere una protezione rafforzata poiché maggiormente vulnerabili e poiché, data la giovane età, rischiano di rimanere orfani o esser separati dalle loro famiglie e affrontare difficoltà maggiori. Conflitti armati che si protraggono nel tempo hanno creato generazioni di bambini che sono cresciuti non conoscendo altro che la guerra, la violenza, il rischio di esser rapiti, la difficoltà d'accesso a beni primari come acqua, cibo, cure mediche e vestiario. Oltre a questa condizione sono sempre maggiori gli attacchi alle scuole, alle università, ai professori e gli alunni privando i bambini non soltanto dell'accesso all'educazione, ma in molti casi dell'unico pasto giornaliero garantito e dell'acqua potabile. Il diritto all'educazione deve esser garantito in ogni circostanza e, sebbene attaccare infrastrutture civili sia considerato un crimine di guerra, in questa sede vale la pena sottolineare come il coinvolgimento diretto nelle ostilità di infrastrutture civili come scuole e ospedali risulti ancora più grave. La comunità internazionale sta svolgendo una forte azione di *advocacy* per ribadire la necessità di non coinvolgere nelle ostilità la popolazione civile e in particolare tutti gli attori coinvolti nell'educazione dei bambini. In tal senso, è fondamentale la formazione delle forze armate e dei gruppi armati affinché la pianificazione strategica delle operazioni e il dispiegamento tattico dei combattenti tenga conto dei bisogni particolari dei bambini e porre in essere tutte le azioni necessarie volte a mitigare il rischio di coinvolgere strutture scolastiche nelle azioni militari. L'azione diplomatica portata avanti dai vari governi con la sottoscrizione della *Safe Schools Declaration* è centrale affinché sempre più Stati possano impegnarsi politicamente a implementare le Linee Guida per la protezione delle scuole e delle università dall'utilizzo militare durante i conflitti armati. Tali linee guida non prevedono soltanto il divieto d'attacco a scuole e università ma anche di utilizzo, salvo casi eccezionali, da parte di una delle parti belligeranti in supporto all'azione militare (e.g. acquartieramenti, deposito di munizioni) anche se queste sono temporaneamente o completamente abbandonate. Le linee guida considerano le scuole e le università come dei «santuari»³⁶ che vanno sempre protetti affinché studenti e professori possano il prima possibile tornare a svolgere le loro attività. A tal scopo è fondamentale che i Ministeri degli Esteri e della Difesa degli Stati che hanno aderito alla Dichiarazione possano collaborare il più possibile affinché l'azione delle forze armate tenga conto degli impegni presi sul piano diplomatico dal proprio Governo. Infatti, essendo degli impegni politici è fondamentale che la formazione delle Forze Armate tenga conto non soltanto dell'ordinamento giuridico nazionale e internazionale ma anche delle linee guida a cui lo Stato ha deciso di aderire volontariamente.

La società civile, il Movimento Internazionale della Croce Rossa e Mezzaluna Rossa, le università e i centri di ricerca specializzati nella promozione, sviluppo e tutela del diritto internazionale umanitario possono svolgere un ruolo fondamentale sia nella formazione delle Forze Armate, che nel sensibilizzare l'opinione pubblica sull'importanza di proteggere le istituzioni scolastiche dalla violenza. Se da una parte resta fondamentale il rispetto del diritto internazionale umanitario esistente, è allo stesso tempo necessario promuovere le iniziative politiche che rappresentano spesso un passo intermedio verso l'ampliamento e il progressivo consolidamento di eventuali nuove norme.

³⁶ Virginia Gamba, Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict during Arria Formula Meeting on the issue of attacks on schools in October 2017.

Gustav Radbruch's 1946 essay "Statutory Lawlessness and Suprastatutory Law" and his sketched patterns for the criminal liability of judges for National Socialist crimes and German early courts practice

Il saggio di Radbruch del 1946 su "Ingiustizia legale e diritto sovralegale" ed i suoi parametri per la responsabilità penale dei giudici per crimini Nazionalsocialisti e la prassi iniziale delle corti tedesche

di Jean Paul Pierini¹

Abstract: *The paper is essentially a spin-off of a very different research topic: Lawfare and the use of court proceedings to inhibit, interdict or disrupt foreign judicial proceedings and its limits under international law. The main research path required to examine the post-world war two international, zonal and domestic practice in the search of indicators of some kind of judicial privilege or at least signs or "deference" towards (foreign) judicial findings at issue in the proceedings. The purpose was to identify possible "limitations" or "restraints" to assess in the pursuit of a highest common denominator under international law. A glance at the German domestic practice in the application of the occupants' law (otherwise the practice would have been merely domestic) should ideally complete the picture. It did not. Nevertheless, the findings appear to be worth sharing to eventually trigger further and hopefully deeper research. Radbruch's 1946 essay about "Statutory Lawlessness and Suprastatutory Law" showed to be pivotal. The essay shows a complex structure and allows for several levels of reading: the "higher levels" still fuel the debate about the relationship between the essence of legal positivism, the possibility to recognize unjust law, the retrospective application of Suprastatutory law and also the relationship between moral and law. The focus of this paper is the lowest possible level of reading of Radbruch's essay and surely the less noble. The strictly "operational" criminal law constructs sketch, through the "solutions" he offers to the examples of the struggle against positivism in the Soviet occupation zone, his patterns for the punishment of judges for the consequences of their decision. This less sophisticated part of his essay shows an anxiety for the risk that the rejection of positivism could put the entire class of jurists into discussion as well as the entire work of the judiciary and compromise the aspiration for a re-building of the State in compliance with the rule of law. Radbruch's position apparently influenced the decisions of the courts in respect of the asserted validity of the so called "terror-laws", the "blocking effect" he associated to and derived from the offence of "perversion of the law" and the emerging of a preference for the model of participation of informants to the execution of death sentences that was perceived as the least compromising for the responsibility of judges. There is also a takeaway for further research. The debate about the blocking effect of the Rechtsbeugung highlights the question of the "criminal judgment", a concept that in the similar though different experience of "post-fascist" Italy did not emerge. In the latter when judges were prosecuted it was for "collaborationism" a crime established retrospectively. Although inclined to overcome the prohibition of retrospective laws, the authoritarian imprint characterizing the measures against fascists left the authority and the shield of formally legal judgments untouched.*

Abstract: Lo scritto, costituisce uno spin-off di una ricerca sul "lawfare" e l'utilizzo di procedimenti giurisdizionali per inibire, interdire o ritardare procedimenti giurisdizionali stranieri e gli eventuali limiti che tali prassi può incontrare nel diritto internazionale; un aspetto di una attualità sottovalutata. La ricerca principale ha comportato la necessità di verificare se nella prassi giurisprudenziale internazionale e domestica, il procedimento giurisdizionale e il "giudice" godono di una posizione particolare e, in particolare, se un massimo comune denominatore delle varie forme di "judicial privilege" o di "deferenza" verso il decisum straniero, è riconosciuto nel diritto internazionale. Il

¹ The Author is a senior Navy Officer in active duty actually serving as the deputy head of the General Office for Legal Affairs at the Navy General Staff. Views and considerations expressed reflect exclusively personal opinions and understanding of the Author.

filone principale ha comportato l'esame della giurisprudenza successiva alla Seconda guerra mondiale, internazionale, "zonale" e nazionale. Il quadro domestico tedesco, nell'applicazione del diritto dell'occupante (altrimenti la repressione dei crimini di giustizia si poneva come un fatto meramente domestico), doveva idealmente completare l'analisi. Non è stato così, ma quel che è emerso merita comunque una condivisione, non fosse altro come spunto di ricerca. Il saggio di Radbruch del 1946 su "Ingiustizia legale e diritto sovraleale" si è rivelato centrale nella ricerca. Il saggio ha una struttura complessa e più "strati" di lettura. I più "elevati" tra i vari livelli, alimentano tuttora il rapporto tra sull'essenza del positivismo giuridico, la riconoscibilità del diritto ingiusto e l'applicazione retroattiva del diritto sovraleale ed i rapporti tra morale e diritto. Lo scritto si concentra su quello che sicuramente è il più "basso" dei livelli di lettura e certamente il meno nobile: i concetti ed i meccanismi prettamente penalistici che il filosofo del diritto ha inserito nel proprio saggio. Si tratta della parte "operativa" delle soluzioni che Radbruch propone rispetto agli esempi di lotta al positivismo giuridico che si stavano sviluppando nella zona di occupazione Sovietica, e in particolare nella parte che esamina i parametri della responsabilità penale del giudice per gli effetti della sua decisione. Tale parte meno sofisticata del suo pensiero lascia trasparire un'inattesa ansia per il rischio che la lotta al positivismo giungesse a mettere in discussione l'intera classe dei giuristi e l'intera attività giurisdizionale svolta sotto il nazionalsocialismo; un rischio suscettibile di compromettere la rinascita di uno Stato di diritto. Le posizioni di Radbruch appaiono aver indirizzato la giurisprudenza rispetto alla validità delle leggi del terrore, la necessaria pregiudizialità del reato di "perversione della legge" rispetto ai potenziali reati realizzati con sentenze criminali (pregiudizialità che determina l'effetto inibitorio della fattispecie) e l'affermarsi di parametri per la responsabilità dell'informatore che, nel complesso apparivano meno compromettenti per il giudice che mandava a morte il denunciato. Vi sono anche degli spunti di ricerca in quanto il dibattito sul reato di perversione della legge e l'effetto inibitorio collegato allo stesso, in fondo, descrivono una categoria giuridica, la "sentenza criminale" che non è emersa nella similare ed al contempo differente esperienza post-fascista in Italia. In quest'ultima, quando giudici e pubblici ministeri furono condannati, ciò avvenne per il reato di "collaborazionismo" introdotto con effetto retroattivo. Benché più incline al superamento del limite del divieto di retroattività della legge penale, la immutata impronta autoritaria delle misure contro i fascisti lasciò sussistere intatto lo scudo costituito dalla correttezza formale delle decisioni giudiziarie.

Summary: 1. Premise – 2. Dealing with a past of Justice crimes: the occupants, the courts, the law and the balance – 3. Radbruch's formula (or formulas) in its operational part – 3.1. The criminal liability of judges for death penalties according to Radbruch – 3.2. Liability of informers and the problematic characterization of the conduct of judges – 4. Judges trials in German courts while CCL n. 10 was in force – 5. Towards a conclusion

1. Premise

The interest in the German domestic jurisprudence related with crimes committed by judges and prosecutors in the administration of NS justice, was due to the expectation to complement the framework provided by the Nuremberg Military Tribunals (NMT) and domestic courts of other States and useful under international law in order to establish how "judicial independence" and "judicial privilege" were interpreted in respect of international law and obligations. The research theme is essentially a spin-off of a very different topic: Lawfare and the use of court proceedings to inhibit, interdict or disrupt foreign judicial proceedings and its limits under international law.

As pointed out by international criminal courts, judicial decisions may prove to be of invaluable importance for the determination of existing law and attention should however be drawn to the need to distinguish between various categories of decisions and consequently to the weight

they may be given for the purpose of finding an international rule or principle². Great value ought, according to the said jurisprudence, to be attached among decisions of national courts to those operating by virtue, and on the strength, of Control Council Law no. 10 (CCL n. 10) of December 20, 1945, in force from January 30, 1946 until the August 31, 1951 (with different end dates for the different Occupation Zones), on the law applicable to international crimes and the jurisdiction of the courts called upon to rule on those crimes³. CCL n. 10 was subsequently abrogated as inherited occupation law, by the Federal Republic of Germany (FRG) in 1956.

It showed to be a non-starter as do many research hypotheses, even much less speculative ones. Sunk cost fallacy discourages continuing an endeavor due to aversion for the loss of time and resources (so-called “loss aversion”) result of previously invested resources and any “nevertheless” introducing an excuse or exception should raise suspicion; including the present one. Nevertheless, the insight jurisprudence and its philosophical enabler provided an unexpected and somehow discomfoting picture which is worth being briefly entertained.

2. Dealing with a past of Justice crimes: the occupants, the courts, the law and the balance

German courts started dealing with their own past in postwar occupied zones. Upon surrender, all German courts ceased to function, creating an unprecedented “complete standstill of justice”⁴. Late in 1945, the Allies moved to establish a “new democratic judicial system based on the achievements of democracy, civilization, and justice”⁵. While Nazi-members (and Nazi ideas) were to be excluded from the reconstituted judicial system, the vetting process showed to be difficult as there were not enough non-implicated judges, prosecutors, and court clerks available to staff the ordinary courts and over 90 percent of all judicial officials had belonged to the Nazi party⁶. In the Soviet zone, Nazi jurists were absolutely excluded, and there the occupation authorities appointed lay judges who were legally unqualified but politically reliable⁷. In the United States zone, and to a lesser degree in the French, this meant virtually no appointments; the courts were understaffed and slow to commence functioning⁸. In the British zone, the absence of non-implicated jurists led to pragmatic compromise by introducing a 50:50 rule known as the “piggyback system” (*Huckepack-Regel*): every non-implicated jurist could bring along one Nazi jurist⁹. An exception was represented by the short lived (1948 - 1950) “Highest Court for the British Zone” (*Oberster Gerichtshof für die Britische Zone* - OGHBZ), sitting in Cologne, sometimes appellate as the little *Reichsgericht*¹⁰, in charge of ensuring

² ICTY, case n. IT-95-16, *Kupreškić et al.*, Appeals Chambers, 14 January 2000, judgment, § 545, <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>.

³ Under Art. III.1(d) of CCL n. 10, each occupying authority had “*the right to cause all persons so arrested and charged, and not delivered to another authority as herein provided, or released, to be brought to trial before an appropriate tribunal. Such tribunal may, in the case of crimes committed by persons of German citizenship or nationality against other persons of German citizenship or nationality, or stateless persons, be a German Court, if authorized by the occupying authorities*”.

⁴ K. LOEWENSTEIN, *Reconstruction of the Administration of Justice in American-Occupied Germany*, *Harvard Law Review*, vol. 61 (1948). P. 420. Bibliographical references in H. FRIEDLANDER, *The Judiciary and Nazi Crimes in Postwar Germany*, Museum of Tolerance (MOT), Simon Wiesenthal Center Annual Volume 1, Chapter 2, <https://www.museumoftolerance.com/education/archives-and-reference-library/online-resources/simon-wiesenthal-center-annual-volume-1/annual-1-chapter-2.html>. On the topic, See also R. KOSTAL, *The Alchemy of Occupation: Karl Loewenstein and the Legal Reconstruction of Nazi Germany, 1945–1946*, *Law and History Review*, 29(1) (2011).

⁵ Control Council Proclamation No. 3 of 20 October 1945, in ELDON R. JAMES (edited by) *The Statutory Criminal Law of Germany with Comments*, Washington, Library of Congress, 1947, p. 211ff. Referred to by H. FRIEDLANDER, *The Judiciary and Nazi Crimes in Postwar*, cit.

⁶ For further references, See H. FRIEDLANDER, *The Judiciary and Nazi Crimes in Postwar*, cit.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ On the jurisprudence of the OGHBZ, See C. PÖPKEN, *Towards the Domestic Prosecution of Nazi Crimes against Humanity: The British, Control Council Law No. 10 and the German Supreme Court for the British Zone, 1947–1950*, in M. BERGSMO – C. WUI LING - YI PING (edited by), *Historical Origins of International Criminal Law: Volume 2*, FICHL Publication Series No. 21 (2014), Chapter 34, p. 427 ff.

as an appellate court a uniform interpretation especially of CCL n. 10 and clarify questions of law submitted by other superior courts in the British zone. The OGHZ set a remarkable jurisprudence and was composed by group selected judges and fascinating characters, not involved with the NS regime and picked up among judges and lawyers often with a curricula of victims of political and racial persecution, to include internment in concentration camps.

Manned as they were, apart from the above exception, the courts had to deal with their own NS past, characterized by the magnitude of the figures of death penalties enforced, ranging close to 50.000 including ordinary courts special and exceptional ones. In the NMTs' "jurists' case"¹¹, as a matter of classification of the evidence introduced by the prosecution about the Draconic character of Nazi laws and imposition of death penalty, cases in which extreme penalty was imposed were framed into seven main categories¹².

The domestic jurisprudence by the newly restored courts, while independent in their decision making, subject to the control of the respective zonal military administration to include the removal of decisions (CCL n. 2, art. VII n. 12), is considered, in this paper, irrespective if CCL n. 10 or pre-existing German law was considered for the application of the former or applied itself.

The application of CCL n. 10 was retained in the U.S. occupation zone, while in the British, French and Russia zone, German courts its application was progressively authorized in respect of crimes committed against Germans or stateless individuals. Ideally the authorization should have followed, at least in the British zone, "pilot cases" of military courts for different crimes.

The application of CCL n. 10 incurred significant resistance as perceived to be retrospective by German court. It should be observed that even the NMT addressed the question of the retrospective application of CCL n. 10 with ambivalence. The NMT held in the Justice case, not to have the authority to question whether the crimes in the indictment reflected pre-existing international law. The NMT also held the principle of non-retroactivity to be satisfied when the defendant knew or should have known that his actions were wrongful¹³.

Nor the question of the so-called "link requirement" between crimes against humanity and war crimes, conditioning the prosecution of "peacetime crimes against humanity" or "pre-war crimes against humanity" was addressed without ambivalence by the NMT. The "link" required under art. 6(c) of the 1945 "Charter of the International Military Tribunal"¹⁴ was, by contrast, not required under CCL n.10. The NMT maintained the need for the requirement in the Ministries case (trial IV) and excluded it in the *Justice* (trial III) and in the *Einsatzgruppen* (trial II)¹⁵. CCL n.10 was evidently troubling not only for German jurists. Provision on the applicable sentencing framework were promulgated with CCL n. 38 of 12 October 1946.

The way German courts addressed crimes committed by and through the administration of justice was (then and also later) unsatisfactory, incline to excuse the (rare) defendants on an inflated and exculpatory concept of the "positivist myth" and is subject to an almost unanimous critique; at least since the aftermath of the German reunification.

According to actual knowledge, the first investigations against judges belonging to the *Volksgerichtshof* started in 1954¹⁶. No judge sitting under the NS regime in an "ordinary court" was sentenced until 1968. Between 1954 and 1968, "ordinary judges" were indicted only in four cases.

¹¹ *Trials of War Criminals Before the Nurnberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10*, Vol. III, "The Justice case", United States Government Printing Office, Washington 1951.

¹² Categories were the following: 1. Cases against habitual criminals; 2. Cases of looting in the devastated areas of Germany, committed after air raids and under cover of black-out; 3. Crimes against the war economy-rationing, hoarding, and the like; 4. Crimes amounting to an undermining of the defensive strength of the nation; defeatist remarks, criticisms of Hitler, and the like; 5. Crimes of treason and high treason; 6. Crimes of various types committed by Poles, Jews, and other foreigners; 7. Crimes committed under the "Nacht und Nebel" program, and similar procedures.

¹³ KEVIN J. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Law*, Oxford University Press, 2011, p. 124. The A. compares the said standard with the standard of the IMT.

¹⁴ Available at: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf.

¹⁵ KEVIN J. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Law*, Oxford University Press, 2011, p. 124. The A. compares the said standard with the standard of the IMT.

¹⁶ I. KELLER, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Justizunrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Mein, 2013, p. 591 ff.

Until the abrogation of CCL n.10, German courts considered only situations involving special courts, “drumhead courts” or “flying tribunals”, either military or civilian ones and a small number of professional jurists. Such courts are held to have pronounced approximately 11.000 death penalties, mainly under “terror-laws” punishing defectors, those “undermining war efforts” often for words or critique spoken against the Regime, mainly immediately before (and sometimes also after) the German capitulation.

The above outcome does not consider nor include the prosecution of NS-jurists for “crimes against humanity” according to CCL n. 10, in the Eastern Soviet occupation zone (*Sowjetische Besatzungszone* - SBZ) and subsequent practice in the GDR. This paper does, accordingly, not deal with the “Dresden jurist trial”¹⁷ conducted mainly against judges of the special courts within the *Oberlandesgerichtshof* (held answerable for approximately 1346 death sentences executed from 1940 to 1942, in majority against Czechoslovaks)¹⁸. Nor the paper deals the infamous industrial farm trials known as *Waldheimer Prozesse*¹⁹ from the 21st of April to the 29th of June 1950 including, including among several thousand defendants handed over by the Soviet authorities, also approximately 130 jurists and within these dozens of judges belonging to the former *Reichsgericht*²⁰, essentially because belonging to the professional category.

3. Radbruch’s formula (or formulas) in its operational part

Gustav Radbruch’s reliance on a “suprastatutory law” and its moderate rejection of legal positivism gained widespread attention in philosophical and legal literature²¹; while a legal positivist himself, *Radbruch* nonetheless postulated long before the possibility to recognize of just law²².

The former minister of justice during the *Weimar* period and an eminent scholar in both criminal law and legal philosophy, once the NS party seized power, was dismissed from his university post in 1933 due to his former social democrat political career. He resumed his teaching post in September 1945. *Radbruch*’s work is the subject of a nearby infinite literature ranging analyzing his position amid positivists and the significance of his later shift in respect of earlier writings²³ and how to characterize later works, as well as the implications of his work for the retrospective application of law and the application of a higher material law opposed to formal law.

The “*Radbruch* formula” is still regarded as a milestone for the definition of the breaking point where statutory law is incompatible with the requirements of justice “to an intolerable degree” (*Unerträglichkeit*) or where statutory law is designed in a way that deliberately negates “the equality that is the core of all justice” (*Verleugnung*), and must therefore be disregarded by a judge. The

¹⁷ References in G. HACKE, *Der Dresdner Juristenprozess 1947 in Spannungsfeld der politischen und medialen Auseinandersetzung*, in C. VOLLNHALS - J. OSTERLOH. *NS-Prozesse und deutsche Öffentlichkeit: Besatzungszeit, frühe Bundesrepublik und DDR*, p. 167ff.. The decision, of the *Landgericht Dresden*, of the 23rd of May 1949, sentencing *Richard Müller* and *Curt August Zenker* and acquitting *Victor Paul Albert*, is published in C.F. RÜTER, *DDR Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung ostdeutsche Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsdelikte*, Amsterdam, 2006, Vol VIII, p. 691. The decision of the *Landgericht Dresden*, of the 27th of October 1950, against *Walther Burkhardt*, is published in C.F. RÜTER, *DDR Justiz und NS-Verbrechen*, cit., Vol VI, p. 109 ff.

¹⁸ G. HACKE, *Der Dresdner Juristenprozess 1947 in Spannungsfeld der politischen und medialen Auseinandersetzung*, cit., p. 173-4. The decision of the *Landgericht Dresden* of the 2 July 1947, is published in C.F. RÜTER, *DDR Justiz und NS-Verbrechen*, cit., Vol X, p. 542ff. The reasoning was announced orally. The defendants were convicted and sentenced to imprisonments to terms between 6 years and 1 year.

¹⁹ On the topic, N. HAASE – B. PAMPEL, *Die Waldheimer “Prozesse” – fünfzig Jahre danach: Dokumentation der Tagung der Stiftung Sächsische Gedenkstätten am 28 und 29 September 2000 in Walheim*, Baden Baden, 2001; L. SCHIFFNER, *Die Verfolgung von NS-Verbrechern in der SBZ/DDR am Beispiel der Waldheimer Prozesse 1950*, Göttingen, 2010.

²⁰ An early chronicle is provided by A. SCHÄFER, *Das große Sterben im Reichsgericht*, *Deutsche Richterzeitung*, 35 (1957), n. 11, p. 249ff.

²¹ See H. LEAWOODS, *Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher*, *Washington University Journal of Law & Policy*, 2, (2000), p. 497).

²² PH. GLAHÉ, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. Leben und Wirken Gustav Radbruchs*, *Revista de Filosofía*, December 2017, p. 121.

²³ Some of the later concepts are anticipated in G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Leipzig, 3. ed. 1932.

Verleugnung is eventually considered the “other version” of the “formula” or a “second formula”: while the first one defines intolerably unjust law, the second qualifies non-law²⁴.

According to critique, *Radbruch*'s formula showed specifically inadequate to address crimes of the NS regime committed through the administration of justice²⁵. He stated that legal positivism has in fact, with its conviction that “the law is law” made the German legal profession defenseless against statutes with an arbitrary and criminal content²⁶. The phrasing refreshed the myth rather than depicting the real legal professional landscape under the NS - Regime²⁷; it nevertheless contributed to the exculpation of the whole professional category. NS-laws were “anti-positive” and *Radbruch* had endorsed, as a minister of justice, a statistical research showing how judges in the Weimar Republic applied the law “politically” targeting the left party and leaving crimes by the right party almost unpunished²⁸. Rather than positivist, the judiciary in the Weimar republic already demonstrated the inclination to second political power that became evident once the NS seized power.

After the war, beside genuine concerns, the widespread discomfort among judges in respect of the retrospective application of CCL n. 10, was also an attempt to revive the legal positivism myth with an exculpatory back-thought. The French occupation authorities observed, in respect of the prosecution of informants²⁹, that German jurists who had administered the law in the spirit of National Socialism using the principle of analogy and so-called healthy popular emotions continued to withdraw behind ingrained textual formalism. While the remark describes a “legal positivism of convenience”, unfortunately, the dynamics and exchanges of views that occurred between the different occupying powers and the German administration of justice seem to have deepened in respect of the prosecution of other categories of NS crimes than those by judges and prosecutors.

It is worth observing that the interpretation of the law according to the NS principles and analogy at the detriment of the accused, introduced by the law amending the Criminal Code (*Strafgesetzbuch* – RStGB, then StGB) in 1935 through the abrogation of the prohibition of analogy, were indeed banned by the Control Council, as was the application of the law according to a “healthy people’s feeling” (*gesundes Volksempfinden*)³⁰ the magic formula unbounding positively positivists.

²⁴ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione die «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania Postcomunista*, Milan, 2001, p. 9 with reference to F. SALINGER, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, Heidelberg 1995; and ARTH. KAUFMANN, *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, p. 81 ff.

²⁵ A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung. Die Strafrechtlich Ahndung deutscher Justizverbrechen nach 1945*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019. pp. 508. In the topic, See M. WALTHER, *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im ‘Dritten Reich’ wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch–These*, in R. DREIER – W. SELLERT (edited by) *Recht und Justiz im “Dritten Reich”*, Frankfurt am Main, 1989, p. 346 ff.

²⁶ Translation by the A. not coinciding with that quoted in *Oxford Journal of Legal Studies*, cit. The Phrase reads: *Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung »Gesetz ist Gesetz« den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts.*

²⁷ PH. GLAHÉ, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cit., p. 120.

²⁸ The Report prepared in 1921 by Emil Julius Gumbel and confirmed by Gustav Radbruch, then Minister of justice, is quoted by G. JASPER, *Justiz und Politik in der Weimarer Republik, Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, Vol. 30 (1982), n. 2, p. 173. According to the Report, 15 cases of murder committed by leftists led to 8 executions and an average of 14 years imprisonment for those convicted. At the opposite in 314 homicide by individuals of the right side, those caught (...) ordinarily remained in jail for 2 months and were subsequently released. Out of the 314 homicides, 90% remained unpunished and only in 22 cases were individuals sentenced to imprisonment.

²⁹ A. SZANAIDA, *Indirect Perpetrators- The prosecution of informers in Germany, 1945 – 1965*, Lexington Books, 2010, p. 62, 305 n. 47, quoting Archives de L’Occupation Francaise en Allemagne et en Autriche. Colmar 3679/15/2. Gouvernement Militaire del la Zône Francaise d’Occupation. Delegation Supérieure pour le Gouvernement Militaire de Bade. Rapport Mensuel sur le période du 1 Novembre 1946 au 30 Novembre 1946 F – Observations générales sur le fonctionnement de la Justice Allemande.

³⁰ Control Council Proclamation No. 3 of 20 October 1945, in ELDON R. JAMES (edited by) *The Statutory Criminal Law of Germany with Comments*, cir., Art. II nr. 3. On the purpose of the Proclamation mentioned in the text, See J. OHLENROTH, *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone und die Aufarbeitung von NS-Unrecht*, Tübingen, 2020, p. 11.

As observed in a recent essay, neither the use nor the critique of positive law was politically innocent in the postwar period³¹.

Noteworthy, *Radbruch* in the initial part “I” of *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, introducing the theme of legal positivism, observed that by means of two maxims “an order is an order” and “a law is a law”, National Socialism contrive[d] to bind its followers to itself, soldiers and jurists respectively”. He then noted that “the former tenet was always restricted in its applicability; soldiers had no obligation to obey orders serving criminal purposes [...] a law on the other hand, knew no restrictions whatever”. The analogy with the “order” and the distinction apparently prompted a reaction, some months later in the same review, by *Helmut Coing*³², stressing generally morality as a requirement for the law and specifically distinguishing the situation of the abidance to status contrary to natural law from the obedience to an illegal order.

The jurisprudence of German courts upon the reunification in respect of offences committed under the significantly different legal system of the German Democratic Republic (GDR) judges and prosecutors, which is not the subject of this paper, has undergone an early and deep critique as to the alleged application of “double standards” in respect of other categories of offences committed under the former “regime” in the GDR³³. Reference is mainly to “border guards” held liable for so called “wall shootings” under the assumption they were obliged (and necessarily able) to evaluate, assess and disregard GDR laws as grossly illegal and in breach of Human rights obligations of the same GDR, whilst judges a context a much more advantageous (from a cultural viewpoint and due to the absence of time and operational constraints) to carry out a scrutiny of the statutes they were going to apply, apparently benefitted from a positivist approach inspired by the need to protect the trust judges had in the laws they were applying³⁴.

In the end of part “I” *Radbruch* refers to a decision by the *Amtsgericht Wiesbaden* - in the British occupation zone - holding that ‘statutes that declared the property of Jews to be forfeited to the State were in conflict with natural law and null and void the moment they were enacted’. He then approximates in part “II”, those situations in which the same problem was raised on the field of criminal law in the Soviet occupied zones (SBZ), shortly defined as “Russian zone”. This was no coincidence. Plausible, the main threat to the coveted rebuilding of a State based on the rule of law was perceived as coming from proceedings in the “Russian zone”.

Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht is a multi-layered writing in which separate parts may connect directly to complete a concept or a purpose. In this sense, *Radbruch*’s remark in part “II”, about the “struggle against positivism being taken up everywhere” may be read in conjunction with his admonition, in the end of part “III”, about “what frightful dangers for legal certainty there can be in the notion of «statutory lawlessness»”, in the denial of the very nature of the law in duly enacted statutes³⁵. In addition, both notations are linked to the consideration, at the beginning of part “IV”, that “not any judge acting on his own initiative should be allowed to invalidate statutes; rather, this task should be reserved to a higher court or to the legislation”.

The “examples” described in part “II” and subsequently addressed in part “IV” include: (1) the trial of an informant, (2) the declaration by the *Generalstaatsanwalt* of the *Land Sachsen, Schroeder* of the intention to prosecute judges for death penalties, (3) the sentencing to death under CCL n. 10 of two executioner (who did not quit or adduce health issues to be relieved from their duties) and (4) the case of a deserter subsequently killing a police officer who apprehended him; the

³¹ DEVIN O. PENDAS, *Retroactive Law and Procreative Justice: Dabating Crimes against Humanity in Germani, 1945 - 1950*, *Central European History*, 43 (2010), p. 456.

³² H. COING, *Zur Frage der strafrechtlichen Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze*, cit., p. 66.

³³ Reference is to U. HOMAN, *Die Rechtsbeugungsprozesse gegen ehemalige DDR - Richter und Staatsanwälte vor dem Bundesgerichtshof*, in *Kritische Justiz*, 1996, p. 494ff.. According to I. KELLER, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Justizunrecht*, cit., p. 113ff., the parameters were the same, but had different effects applied to border guards and to judges. Although at p. 115 it is observed that coherence (between the treatment of judges and border guards), could be established by not interpreting the regulation applicable to borders at the light of “over-positive” laws.

³⁴ *Bundesgerichtshof in Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, p. 3326.

³⁵ In the text, the part outside the brackets we have departed from the translation in *Oxford Journal of Legal Studies*, cit.

latter was released under the defense of necessity under § 54 of the Criminal Code (*RStGB* then *StGB*) at the initiative of the same *Generalstaatsanwalt Schroeder* (...). In the latter example, according to the *Generalstaatsanwalt Schroeder*, necessity was justified as “what the judiciary called law then is no longer valid today ... [as in his view] of the law, deserting the Hitler – Keitel army is no misdemeanor dishonoring the deserter and justifying his punishment ... he is not blameworthy because of it”. Examples (2 and 3) are considered, reversing *Radbruch*’s order before situation (1), later (*supra* § 3.1 and 3.2).

As mentioned previously, *Radbruch* recalled³⁶ the intention, declared of the *Generalstaatsanwalt* of the *Land Sachsen, Schroeder*, to call those responsible for judicial pronouncement (*Richtersprüche*) under the NS “Party-State” laws resulting in death sentences, to answer criminal charges, even if the pronouncements were in conformity with the said laws. According to the *Generalstaatsanwalt* the legislation of the NS “Party -State” (and the death sentences pronounced upon) were void as the law empowering Hitler (*Ermächtigungsgesetz*) was void as not adopted with the required two-third majority in violation of art. 48 of the then Weimar Constitution. Reference was to the “Law to Remedy the Distress of People and Reich” (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*) of 23 March 1933, enabling Hitler’s *Reichsregierung* to enact, for the forthcoming four years, statutes without the intervention of the chamber representing the people. The four years term was subsequently renewed by NS-*Reichstag*, a mockery of a democratic parliament.

In a footnote *Radbruch* commented that «also requiring discussion would be the extent to which “normative force of the factual” makes valid law out of systems that have come to power by way of revolution ... and my colleague *Walter Jellinek* has kindly pointed out that it would be inaccurate to suggest that the two-third majority was achieved only by eliminating the communists». The former notation brings us to the very topic addressed years later in the so-called “jurisprudence of successful treason”³⁷. As to the latter reference, it is worth observing that *Jellinek* welcomed the *Ermächtigungsgesetz* as dissolving the Weimar Constitution on a legal pathway based on formal legality (*gesetzmäßigen bahnen auf der Grundlage formaler Legalität*).

In its rejection of the genetic lack of empowerment argument, *Radbruch* suggests as a matter of legal certainty requiring positive law, secured by legislation and power, to take precedence ... unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree, that the statute, as flawed law, must yield to justice. It is impossible to drive a sharper line between statutory lawlessness and statutes that are valid despite their flaws. *Radbruch*’s closing argument introduces the *Verleugnungsformel* by observing that when there is not even an attempt at justice, where equality, the core of justice is deliberately betrayed in the issuance of positive law, then the statute is not only merely” flawed law”, it lacks completely the nature of law. As entire parts of NS laws did not serve justice, they never attained the dignity of law. He refers to “entire parts” of NS laws lacking the very nature of laws as they extricate from the essential requirements of justice, namely the equal treatment of equals. Further NS laws that are especially not law at all, include those enactments by means of which the NS Party claimed for itself the whole of the State (flouting the principle that any political party represents only a part of the State), treated human beings as sub-humans (*Unmenschen*) and denied them human rights, adopting punishments often including death penalty without due regard to the gravity of the conduct and for temporary deterrence.

The construct showed to be relied upon, and perhaps abused, by the courts to assess the validity of exceptional regulations as Terror-law and specifically the *Kriegssonderstrafrechtsverordnung* of 11 August 1938 (KSSVO) as amended on the 5th of May 1944; the said special wartime criminal statute was abrogated by the Control Council were held to be valid laws³⁸. In particular the KSSVO was held to punish conduct of an effective gravity in the given situation, as that of defectors or those “undermining war efforts”. Also anti-miscegenation laws were

³⁶ GUSTAV RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cit., p. 106 ff.

³⁷ See T. MAHMUD, *Jurisprudence of Successful Treason: Coup d’Etat &(and) Common Law*, in *Cornell International Law Journal*, Vol. 27 (1994) n. 1, Article 2.

³⁸ Control Council Law n. 11 of 30 January 1946, Art. I.

assessed to be valid laws. On the other side, such laws continued to be force in the United States (with less harsh penalties and different racial patterns) and until 1967³⁹ held to comply with the “Equal Protection and Due Process Clauses” under the Fourteenth Amendment to the U.S. Constitution, under the idea of an “equal burden”⁴⁰. Apart from the subsequent domestic practice, *Radbruch’s* construct resembles the demarcation line drawn by the NMT in the “jurists’ case”. In the said case, the Tribunal “accepted” the application of NS laws about habitual offenders, war depredation, offences against the war-economy, undermining war efforts, and treason (including remarks against the regime or the party), but punished the application of treason laws against foreign citizens, racist laws and the application of *Nacht und Nebel* orders aimed at getting rid of political oppositors⁴¹.

Looking on how to deal with the past, *Radbruch* argued that in respect of the legal injustice (*gesetzlichen Unrecht*) of the past twelve years, the requirements of justice should be realized with “smallest possible sacrifice of legal certainty”. The position was defined what was defined a “*Radbruchian gap*” complementing the *Radbruchian* formula⁴² (or formulas ...).

Radbruch’s construct emerging from the solutions provided to the different examples, while converging towards a one reason of concern (or anxiety), the ambit judges could be held criminally liable for their decisions, sketched principles still applied although the focus on his contribution to the legal-philosophical debate, overlooks its practical importance. The criminal law constructs show some ambiguities that will be discussed later.

Also *Radbruch’s* stand towards the “occupants’ law” requires a remark. He almost ignored CCL n. 10 in its 1946 essay. His subsequent position to CCL n. 10 was somehow cryptic. The issue of the “retrospectivity” of CCL n. 10 was exposed in an article on the *Süddeutsche Juristen Zeitung* by *Hodo von Hodenberg* (at the time presiding over the *Oberlandesgericht Celle*), as contrary to CCL n. 1, art. IV, n. 7 - prohibiting German courts from retroactively apply criminal law - and also to the fundamental principles enshrined in the Criminal code⁴³ before the NS regime enacted retrospective laws and in 1935 amended it to allow analogy *in malam partem* and healthy people’s feeling as criteria for interpretation; principle he considered newly endangered by the retrospective application of the law of the occupants. An opposed view was expressed in the same issue of the above journal by *August Wimmer*⁴⁴, stressing the need to fulfill an ethical duty of the State, significantly relying on natural law. In the same journal, there was also the article by the *Helmut Coing*⁴⁵ mentioned previously - directly addressing the question of the punishment of judges and arguing they should not, as it would be beyond natural law and “*nulla poena sine lege*” principle and the trust they relied in positive law (*infra* § 3.1). Some pages after there was short essay by *Gustav Radbruch*, “*Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit*”⁴⁶.

The line of reasoning developed in the last mentioned essay by *Radbruch* seems at a retrospective glance suitable, even if it were not intended to, of casting more shadow on the question of the lack of a sufficient description of the elements of the crimes under CLL n. 10, then it casted

³⁹ United States Supreme Court, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

⁴⁰ Reference is to the decision by the United States Supreme Court in *Pace v. Alabama*, 106 U.S. 583 (1883), which was first rejected in 1964 and then overruled by *Loving v. Virginia* in 1967. On the influence exercised on German race laws, See J.Q. WITHMAN, *Hitler’s American Model: The United States and the Making of Nazi Race Law*, Princeton University Press, 2017, p. 55.

⁴¹ See M. LUBER, *Strafverteidigung im Nürnberger Juristenprozess am Beispiel des Angeklagten Oswald Rothaug*, Berlin, 2018, p. 322.

⁴² For a general critique, see D. G. Morris, *Accommodating Nazi Tyranny? The Wrong Turn of the Social Democratic Legal Philosopher Gustav Radbruch After the War*, *Law and History Review*, Vol. 34, Issue 3, August 2016, p. 661., <https://www.cambridge.org/core/journals/law-and-history-review/article/accommodating-nazi-tyranny-the-wrong-turn-of-the-social-democratic-legal-philosopher-gustav-radbruch-after-the-war/5762A0D48A72E79A65FAFACD5C15D2E1>.

⁴³ H. FREIHERR VON HODENBERG, *Zur Anwendung des KRG 10 durch Deutsche Gerichte*, in *Süddeutsche Juristen Zeitung*, 1947, p. 113 ff.

⁴⁴ A. WIMMER, *Die Bestrafung von Humanitätsverbrechen und der Grundsatz “nullum crimen sine lege”*, in *Süddeutsche Juristen Zeitung*, 1947, p. 123 ff.

⁴⁵ H. COING, *Zur Frage der strafrechtlichen Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze*, cit., p. 67.

⁴⁶ G. RADBRUCH, *Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, cit. p. 133.

light on the question of its retrospective application. *Radbruch*'s position was somehow overly supportive for the retroactive application of CCL n. 10, but potentially dissuasive as a matter of certainty of its provisions. He stressed CCL n. 10 to be primarily intended for the courts of the occupant. He further argued the Nuremberg Statute and the CCL n. 10 to establish the pre-stage of real and proper formation of a complete description of the elements of an offense (*Vorstadium zu einer regelrechten Tatbestandsbildung*) authorizing the judge to shape the elements of the crime. He referred to an authorization for a judicial law making (*Ermächtigung richterlicher Ausgestaltung*). Conclusively, besides referring to natural law, he argued that the prohibition against retroactive application of the law did not apply to "non-codified criminal law". If his considerations were agreeable, he does not seem, supposing that that was his intention, to have made a successful argument for the application of CCL n. 10. Although not the topic of this paper, that the *nulla poena sine lege* debate, as pointed out in literature⁴⁷, contributed to the eventual democratization of West Germany by deradicalizing the judiciary ... because the judges and prosecutors used the language of fairness, due process, and legal formalism to help undermine the prosecution of Nazi criminals ... committing themselves to a strict proceduralist view of the law that stood in contrast to the tradition of patriotic instrumentalism and right-wing natural law theorization that had characterized much of the German judiciary before 1945.

3.1 The criminal liability of judges for death penalties according to *Radbruch*

Radbruch argued that the punishment of a judge for homicide as a consequence of their decisions requires the simultaneous determination he has "perverted the law" – on autonomous crime defined as *Rechtsbeugung* under then § 336 (later § 339)⁴⁸ and § 344 (at the time and currently "prosecution of innocent persons")⁴⁹ of the *Strafgesetzbuch* (StGB) - since the independent judge's decision can be the object of punishment only if he has violated the very principle that is independence was intended to serve, the principle of submission to the statute, which is to the law⁵⁰.

The *Rechtsbeugung* may be established, based on the criteria previously addressed in his essay, the applied was not law at all, or that the degree of punishment imposed, say the death sentence pronounced at the discretion of the judge – made a mockery of any intention to deliver justice. While the adaptation of the more theoretical part of his construct to the problem raised by the *Generalstaatsanwalt* of the *Land Sachsen* is neither more conclusive nor more unambiguous than the "formula" or "formulas" themselves, such adaptation determines the exclusion of the *Rechtsbeugung* in situations in which positive, although flawed law was applied.

⁴⁷ DEVIN O. PENDAS, *Retroactive Law and Procreative Justice: Dabating Crimes against Humanity in Germani, 1945 - 1950*, cit., p. 433.

⁴⁸ At the time, the *Rechtsbeugung* defined under § 336 of the StGB (in force from the 1st of January 1972 to the 1st of September 1969), which read: "Ein Beamter oder Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache vorsätzlich zu Gunsten oder zum Nachtheile einer Partei einer Beugung des Rechtes schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft". The provision may be found at the following link: <https://lexetius.com/StGB/336,5>. A suggested translation could be: "An official or an arbitrator who, in the direction or decision of a legal matter makes himself culpable of bending the law at the benefit or to the detriment of a party shall be punished with imprisonment up to five years". In the timeframe relevant for this paper, § 336 did not specifically mention "judges" as the current version of § 339 of the StGB. The actual provision titled "Judicial perversion of the justice", may be found on the website of the German Ministry of Justice https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p3234. On the provision, See, D. QUASTEN, *Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR*, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2003.

⁴⁹ The provision referred to by *Radbruch* was in force from 1 January 1972 to 1 September 1969, and read "Verfolgung Unschuldiger. Ein Beamter, welcher vorsätzlich zum Nachtheile einer Person, deren Unschuld ihm bekannt ist, die Eröffnung oder Fortsetzung einer Untersuchung beantragt oder beschließt, wird mit Zuchthaus bestraft". The current provision may be found at the following link: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p3234

⁵⁰ "Denn das Urteil des unabhängigen Richters darf Gegenstand einer Bestrafung nur dann sein, wenn er gerade den Grundsatz, dem jene Unabhängigkeit zu dienen bestimmt war, die Unterworfenheit unter das Gesetz, d. h. unter das Recht, verletzt hätte".

Radbruch then questioned if judges, educated as they were to the prevailing legal positivism, not knowing other than the enacted law, could have the “intent” required for the *Rechtsbeugung*?⁵¹. The question is a rhetorical one. It does not complete the construct with a remark about the inner attitude of judges. It questions conclusively the possibility to establish the mental element of the crime of the perversion of the law⁵². And even if they had – concludes *Radbruch* – the required intent, there is a remaining although painful legal remedy, the reliance of the danger for life, they would have called upon themselves by interpreting NS law and legal injustice. Situation he qualifies with reference to “necessity” under then § 54 of the StGB (corresponding to now § 35 of the StGB)⁵³. At the time the “necessity” qualified as a “defense” excluding culpability and the additional provision about “necessity as a justification” under § 34 StGB, excluding “unlawfulness” of the conduct, had yet to be introduced. *Radbruch* then considered the reliance on the defense to be (again) «painful as the ethics of a judge should be directed to justice at the cost of his life». It is worth observing that *Radbruch* had explored since 1924 the topic of the delinquent acting upon a subjective conviction, not excluding punishment, defined the *Überzeugungstäter*⁵⁴. A *Tätertyp* that could have better taken into account in the development of the positivist rehabilitation (or rescue) attempt. *Radbruch* mentioned the *Überzeugungstäter* in its 1947 in his “*Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit*”⁵⁵; although the said essay did not address the critical issue of the responsibility of judges.

At the time of *Radbruch*’s 1946 essay, the jurisprudence of the *Reichsgericht* on the *Rechtsbeugung* was scarce at its best. There were only four *Rechtsbeugung* cases and only one⁵⁶ involving a “judicial” perversion of the law. According to other sources, the cases involving judicial *Rechtsbeugung* were two⁵⁷. Based on the underlying facts, the decision did not suggest a “blocking effect” (*Sperrwirkung*) as the judge “bent the law” in the direction of a legal matter at the benefit of the defendants and did not realize “prejudicial effects” suitable of being framed under other criminal provisions⁵⁸. The *Reichsgericht*’s decision did not consider the need for a direct intent. Early comments to the judgment⁵⁹ anticipated the later discussion requiring knowledge of the illegality of the application of the law by the judge and direct intent for the *Rechtsbeugung* as an “*Absichtsdelikt*”⁶⁰. Although not expressly stated in then § 336, the subjective element should have been derived from the material element and their circumstances⁶¹. The decision is also relevant as it clarified that a *Rechtsbeugung* may occur also in the “direction of a legal issue” without requiring that the conduct

⁵¹ The original phrasing reads: “*Aber konnten Richter, die von dem herrschenden Positivismus soweit verbildet waren, daß sie ein anderes als das gesetzte Recht nicht kannten, bei der Anwendung positiver Gesetze den Vorsatz der Rechtsbeugung haben?*”. The translation in *Oxford Journal of Legal Studies*, cit., reads: “*But what about judges who has been so deformed by the prevailing positivism that they knew no other law than enacted law? Could such judges, in applying positive-law statutes, have had the intention of perverting the law?*”.

⁵² The argument is noted, as a criminal lawyer, by D. G. Morris, *Accommodating Nazi Tyranny? The Wrong Turn of the Social Democratic Legal Philosopher Gustav Radbruch After the War*, cit. p. 662.

⁵³ The provision referred to by *Radbruch* was in force from 1st January 1872 to 1st January 1975 and read: “*Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung außer dem Falle der Notwehr in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen begangen worden ist*”.

⁵⁴ G. RADBRUCH, *Der Überzeugungverbrecher*, in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. n. 44 (1924), p. 34.

⁵⁵ G. RADBRUCH, *Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, cit. p. 133.

⁵⁶ A one case is mentioned by W. SARSTEDT, *Fragen zur Rechtsbeugung*, in H. LÜTTGER – H. BLEI – P. HANAU (edited by), *Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972*, Berlin, 1987 (reprint), p. 427. The Author, while listing four *Rechtsbeugung* cases entertained by the *Reichsgericht*, accounts for the three not involving “judges”, as they refer to a police officer (one case) and to civil servants of municipalities. The A. considers that as the *Rechtsbeugung* raised significant interest, the probabilities of further unpublished decisions to be low.

⁵⁷ I. MÜLLER, *Die Verwendung des Rechtsbeugungstatbestands zu politischen Zwecken*, *Kritische Justiz*, Vol. 17 (1984), p. 119ff., available at: https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0023-4834-1984-2-119.pdf?download_full_pdf=1.

⁵⁸ RGSt 57, 31 (34), *Juristische Wochenschrift*, 1922, p. 1025, with comments by VON LILIENTHAL and ALSBERG. The decision is discussed in I. MÜLLER, *Die Verwendung des Rechtsbeugungstatbestands zu politischen Zwecken*, cit.

⁵⁹ Reference is to the comments of VON LILIENTHAL and ALSBERG. In *Juristische Wochenschrift*, 1922, p. 1025.

⁶⁰ I. MÜLLER, *Die Verwendung des Rechtsbeugungstatbestands zu politischen Zwecken*, cit., p. 120.

⁶¹ I. MÜLLER, *Die Verwendung des Rechtsbeugungstatbestands zu politischen Zwecken*, cit., p. 120.

affected or reflected on the judgment. The “other” case foregoing *Radbruch*’s essay was “almost judicial” and involved a police officer sanctioning administrative violations (*Polizeiübertretungen*) despite lapse of time and statutory limitations, although the decision is quoted in respect of the actual text of § 339 and its application to the prosecutor (*Staatsanwalt*) in the investigation phase⁶².

Radbruch’s extremely concise considerations about the *Rechtsbeugung*, addressed the “blocking effect” and implicitly the requirement for a direct intent. The reasoning reminds the pleading of a lawyer in his final compelling address to a court. If it was not, but the German courts appear to have listened and the difficulty (or the reluctance) to establish the required intent characterized most of the proceedings (*infra* § 3).

Radbruch returns on the question of the *Rechtsbeugung* in respect of the “example” of the criminal executioners sentenced to death in *Halle* (Saxony, Soviet Occupation Zone). He recalls the *maxim* «the lords and masters hold evil in check, and I carry out their final judgment (“*Die Herren steuern dem Unheil, ich exequiere ihr Endurteil*”), an inscription to be found on the executioner’s sword⁶³. *Radbruch* further argued that just as a judge’s pronouncement of the death sentence can constitute murder only if it is based on perversion of the law, so the executioner can be punished for his deed only if it fits the circumstance described in § 345 of the StGB: the deliberate carrying out of a punishment that should not be carried out. Quoting *Karl Binding*⁶⁴, the execution becomes unjust in so far as it deviates from the sentence... this amounts to a disavowal of the single authority that matters for the execution as such, and therein lies the kernel of guilt⁶⁵. The “blocking effect” is the same argued for judges though “downscaled” to executioners. *Radbruch*’s solution to the example sidesteps CCL n. 10 and ignored it. The question if the blocking effect of the *Rechtsbeugung* could prevent the application of CCL n. 10 was addressed subsequently by the courts (*infra* § 4).

Radbruch’s position on the criminal responsibility of judges for their decisions in application of NS statutes and the solution provided to the judges’ “example”, were considered “doubtful” and “interrogative” in an essay by *Giuliano Vassalli*⁶⁶ arguing a convergence with *Helmut Coing*’s position⁶⁷. As observed previously, *Coing* took up the question in a short writing in 1947 and provided a significantly different perspective, which is worth to mention. According to *Coing* laws are valid not only because secured by legislation and power, but also their moral values, to include justice, soundness and loyalty. The judge’s obedience to the law is not a blind one; rather he abides, altogether with the legislator, to the moral values of the society. In applying immoral laws, a judge abdicates his moral authority and it must be expected that he doesn't abide by such laws. *Coing* argues that the judge, if disobedience would cost him his life, should nonetheless resign or, at least, avoid assignments, as those in special courts that would bring him to apply immoral law. The judge should accordingly retreat in those non-corrupt (or less corrupt) sectors of the law. If he does not, then he should not be any longer eligible as a judge. Nevertheless, immoral laws justify a right to resist, but not resisting does not mandate a punishment. In conclusion, he argues that the principle *nulla poena sine lege* should prevail and prevent the punishment of the judge for having violated natural laws. In the beginning of the writing, he refers to “ordinary criminal proceedings”, in roman in the original text, to distinguish such proceedings from the NMT “jurists’ case”. There is in *Coing*’s writing an

⁶² RGSt 69, 213.

⁶³ See H. KÖHLER, *Das Katte-Richtschwert*, in *Von Galgenstrick und Henkersknoten*, Die Mark Brandenburg, n. 22, Berlin 1996, S. 14-17.

⁶⁴ K. BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, vol. 2, Leipzig, 1905, p. 569.

⁶⁵ From the time K. BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, cit., commented § 345, I StGB (1905) and the time *Radbruch* recalled the comment (1946), the provision had undergone a slight change in 1934. The earlier version, dating back to 1876, read “*Gleiche Strafe trifft den Beamten, welcher vorsätzlich eine Strafe vollstrecken läßt, von der er weiß, daß sie überhaupt nicht oder nicht der Art oder dem Maße nach vollstreckt werden darf*”. The provision referred to the foregoing § 344 (Prosecution of innocents). After 1934 the provision became Independent from § 344 and read “*Ein Beamter, der vorsätzlich eine Strafe oder eine Maßregel der Sicherung und Besserung vollstreckt, die nicht zu vollstrecken ist, wird mit Zuchthaus bestraft*”.

⁶⁶ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione die «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania Postcomunista*, cit. p. 75.

⁶⁷ H. COING, *Zur Frage der strafrechtlichen Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Vol. 2 (1947), n. 2, p. 66.

interesting “criminal law kernel”. He questioned if the judge by applying statutes contrary to natural law harmed other individuals causing their death may be liable for murder, personal injury or an unlawful deprivation of liberty should be punished. He then observed that from the mere viewpoint of the conformity of the conduct with the legal model of such crimes (from the *Tatbestandsseite*), the judge could be liable as an instigator or eventually an indirect perpetrator. Supposedly, *Coing* had in mind a commission by means of the executioner or prison officials. Nevertheless – he argues – that such cases may not be resolved based on the *Tatbestandsseite*, but rather by answering the question if the State is called to punish violation of moral and natural law. According to *Coing*, if one looks at the sole *Tatbestandsseite*, then it may not be said that natural law removes a cause of justification for the judge’s conduct which already fulfils the requirements under positive law for murder; the juxtaposition between conduct of the judge punishable as such and causes of justification is according to *Coing* a mere “thinking scheme” (*Denkschema*) as natural law is sufficient to justify the punishment. The reference to causes of justification was to all those provisions authorizing the judge, in accordance with criminal procedural law and for the application of the relevant substantive law, to intervene in the sphere of the individual, affecting his right to life and freedom; by removing such justification ... the execution of death penalty becomes a murder. The *Rechtsbeugung* and its corollary, the “blocking effect” construct were not expressly mentioned by *Helmut Coing*, although the reference seems pretty clear.

3.2 Liability of informers and the problematic characterization of the conduct of judges

The topics of the responsibility of judges and the “*Richterprivileg*”⁶⁸ are intertwined with the criminal responsibility of informants making “truthful denunciations” of individuals subsequently tried and sentenced to death or to disproportionate punishment.

Informants’ crimes on personal or political motives were particularly odious as informants were not compelled by law to denounce and acted on political and eventually personal motives. Informants further supported and reinforced the NS-power system. Their prosecution raised significant difficulties as it was felt that even when prosecuted under domestic law existing at the time of the denunciation, the punishment would represent a retrospective application of the law.

Cases, including those dealt by “denazification courts” ranged in the order of decisively some hundred⁶⁹, dwarfing the number of cases involving judges. The “*grudge informer case*”, gained a significant attention in legal philosophy⁷⁰ and triggered a debate about the relationship between morale and law. *Radbruch*’s in part “II” of his *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, reproduces at length the pleadings by the *Generalstaatsanwalt* in the so-called “*Puttfarken case*” decided by the *Landgericht Nordhausen*⁷¹. *Puttfarken* was an informer indicted for the murder of an individual sentenced to death by a court upon his denunciation and subsequently executed.

The denounced individual, named *Göttig*, was accused of having written on the wall of a WC “Hitler is a mass murder and to blame for the war”; besides he listened to foreign radio broadcast. The death sentence pronounced against the victim of the denouncement was for “preparing to commit

⁶⁸ On the topic, see the comprehensive discussion in A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*. cit., p. 81 ff.

⁶⁹ According to DEVIN O. PENDAS, *Retroactive Law and Procreative Justice: Dabating Crimes against Humanity in Germani, 1945 - 1950*, cit., p. 429, in the western occupation zone there were 4.419 convictions and informant trial amounted to a total of 38,5% of the trials conducted.

⁷⁰ See H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, originally published in 1958 and reproduced in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 49 and LON L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, 71 *Harvard Law Review*, Vol. 71 (1958), p. 630. In the case debated, the informant, an estranged wife, denounced her husband to the authorities for an anti-national speech. The husband was convicted, imprisoned and subsequently sent to the Russian front. After the war, the wife was investigated in a criminal proceeding for having illegally deprived her husband of his freedom by means of a judicial proceeding. Due to the “positivist” roots of the German legal system the responsibility of the judges who sentenced the husband was never taken into consideration as they acted under the absolute compulsion of the law. The decision of the *Oberlandesgericht Bamberg* in a *Klagerzwangsverfahren* – a procedure aimed at judicially coercing a prosecution – is published in *Juristenzeitung* 1950, 207 ff.

⁷¹ LG *Erfurt-Nordhausen*, 07.05.1946, 3Lsl/46.

high treason". The *Generalstaatsanwalt* observed that in a legal sense, there had been no such preparation and the denounced person had simply expressed a naked truth. He then added "scruples of legal form must not be allowed to obfuscate" plain facts. In his pleadings the *Generalstaatsanwalt* observed that the informant was not under an obligation to denounce *Göttig*, he did not act in the interest of the administration of justice. The informant was aware of the fact that he was delivering *Göttig* to an arbitrary power and although he may not have known "how" the judges would have perverted the law, he knew they would. The informant had admitted, "he intended to send *Göttig* to the gallows".

The pleading specifically addressed the question of the "form of participation" in the crime by the informant. The pleading touched upon the question of the law passed in Thuringia in 1946, to amend (with a correspondingly limited geographical scope) § 47 StGB (then) about "joint perpetration"⁷² ... to situations of "indirect perpetration" whereas the perpetrator commits a crime "through another person" and the latter - the agent - "acted lawfully" (*Als Täter wird bestraft, wer schuldhaft die strafbare Handlung selbst oder durch einen anderen ausführt, auch wenn der andere rechtmäßig handelt*).

The *Generalstaatsanwalt* in the *Puttfarken* case alleged that the amendment was not "innovative" (and did not imply a retrospectively application of forms of participation, but rather provided an "authentic interpretation" of criminal law applicable since 1871. He referred to a work by prominent scholar *Richard Lange*⁷³ explaining that the amendment due to uncertainties emerged in respect of "indirect perpetration" in situations in which the perpetrator had abused for his criminal purposes the administration of justice. *Richard Lange* also delivered an expert opinion on the question⁷⁴. The amendment accordingly clarified that the "indirect perpetrator" was punishable even if the person used as an "instrument" acted within its duties or legitimately.

The *Generalstaatsanwalt* while supporting the "indirect perpetration" model in his pleading considered that "no one ever dreamed that a German Court could be the instrument of a crime ... yet today we face such a case ... the *Puttfarken* case will not be the only one". He was not only right but also clairvoyant. Subordinately, the *Generalstaatsanwalt* considered that if the indirect perpetration is rejected, then it can hardly be avoided that the judges who sentenced [the victim] to death, are to be regarded as murderers ... then the accused would have been an accessory to the crime and he would need to be punished as such. As a further subordinate option, the pleading considered the applicability of art. II.1(c) of CCL n.10 and the conviction of the accused for a "crime against humanity". The reference was to the crime of "*persecution*". The court in the end chose the accessory liability paradigm.

Commenting the case, *Radbruch* observed that the patterns of a culpability as an "indirect perpetrator" was unchallengeable when the informant intended to use the courts as a tool and the "automatizations" of a criminal proceeding as a mean for his murderous purpose⁷⁵. He then amplified its consideration asserting - by referring to the already mentioned opinion of *Richard Lange* - that such murderous intent subsists particularly in situations where the informant acted specifically for the elimination of the denounced person on personal motives, as on desire to marry his wife, gain possession of his belongings or replace him in his post⁷⁶. In a footnote, *Radbruch* remarked that it is of course a peak of subjectivism in theory of participation, that the criminal intent - in the shape of a

⁷² The provision referred to by the *Generalstaatsanwalt* was § 47, in the version in force from 1st January 1872 to 1st January 1975, and read: "Wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird Jeder als Täter bestraft". The provision corresponds to actual § 25.2 (If several persons commit an offence jointly, each person incurs a penalty as an offender). Details on the statute, developed after the handover of Thuringia to the Soviet force, at the end of 1945, See P. WEBER, *Justizverwaltung und Politische Ziele*, Berlin, 2009, p. 101.

⁷³ R. LANGE, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich in der Fassung des thüringischen Anwendungsgesetzes vom 1. November 1945 mit strafrechtlichen Einzelgesetzen*, Weimar 1946.

⁷⁴ He also wrote a short essay on the problem of the punishment of informants, See R. LANGE, *Zum Denunziantenproblem*, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1948, n. 6, p. 303.

⁷⁵ *Ibid.* p. 108.

⁷⁶ *Ibid.* p. 108.

“subjective element of injustice” – determining the unlawfulness is proper of the indirect perpetrator although missing in the agent.

The next step is the assimilation of the exercise of authority or power of command over a subordinate the ordinary requirement for indirect perpetration – a feature at the time of indirect perpetration, which has become familiar to those dealing with international criminal law - to situations of criminal misuse through a denunciation of the judicial apparatus. The equation is between the authority exercised by the perpetrator over the person used as a means for the commission of the crime... with the compulsion otherwise exercised over the judge by the law.

In *Radbruch's* construction, the intent and criminal scope of the informant are key elements. He after further considered that the use of the court as a mere tool is particularly evident in those cases in which the informant has taken into account a politically tendentious exercise of judicial functions of the judge being it a matter of political fanaticism or because under pressure by the former ruler⁷⁷. What is accordingly outlined is a criminal responsibility of the informant characterized by its intent, while the judge, as an “instrument”, may be criminally responsible, based on the patterns of the *Rechtsbeugung*; but he also may be not and the informant showing his criminal intent may be punishable as an indirect perpetrator. Had the informant not such an intent, then he can be convicted as an “accessory”, solely when he brought the conviction and subsequently the execution of the denounced and the judge dealing with the denunciation made himself culpable of homicide. The latter culpability required obviously that the judge made himself culpable of a *Rechtsbeugung* or a perversion of the law, which showed to be very difficult. *Radbruch* then observed that “this was in fact the route taken by the court” in *Puttfarken's* case. The circumstances of the informant said case are relevant to establish his position towards the outcome of the case. *Radbruch* disagreed with the intended prosecution of judges for applying constitutionally void statutes, as well as with the sentencing to death of the executioners under CCL n.10. He was also in disagreement with the anti-positivist clear-cut in the deserter’s case. *Radbruch's* purpose in outlining the actual informant example seems rather characterized by the intention to fix the above concepts. Although in the pleadings in the *Puttfarken* case the informant’s intent to have *Göttig* executed is said to have been acknowledged, *Radbruch* observed, commenting the conviction of the informant as an accomplice - presupposing the judges’ criminal responsibility for murder - that they had sentenced *Göttig* “contrary to law and statute”.

It is worth observing that, “indirect perpetration” was not codified in the German StGB until 1975, when a new subparagraph I was introduced in § 25; and the former subparagraph I, on “joint perpetration”, became subparagraph II. At the material time of *Radbruch's* *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, “indirect perpetration” was a doctrinal construct within the “joint perpetration”. At this purpose, it is worth observing that the requirements for indirect perpetration were (and still are), defined by the doctrine and by the jurisprudence. The *Reichsgericht* dealt with “indirect perpetration” as early as 1880, when it established that the use of others for the commission of a crime was to be considered as perpetration and not participation⁷⁸ and accordingly to be distinguished from accomplice liability. *Radbruch* developed in 1922 what is known as the *Radbruch Entwurf*, the project of a new criminal code⁷⁹. The project subsequently went through the 1925 and the 1927 project, progressively losing its liberal imprint. In his introduction to the 1925 project, *Radbruch* observed that under § 25⁸⁰ and § 26⁸¹, “indirect perpetration” would become superfluous as the form of participation has been merged with “instigation”⁸². According to the said provisions,

⁷⁷ *Ibid.* p. 108.

⁷⁸ RGSt. 1, 147.

⁷⁹ G. RADBRUCH, *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1922*, in G. RADBRUCH (edited by R. WASSERMANN) *Gesamtausgabe Strafrechtsreform* vol. 9, Heidelberg 1992, p. 49ff.

⁸⁰ § 25 reads: “Wer vorsätzlich veranlaßt dass Andere eine strafbare Handlung ausführt, wird als Anstifter gleich einem Täter bestraft”.

⁸¹ § 26 read: “Wer vorsätzlich einen anderen die Ausführung der Strafbaren Handlung erleichtert, wird als Gehilfe gleich einem Täter bestraft, doch kann die Strafe gemildert werden”.

⁸² Reproduced in F. GOLTSCHE, *Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches)*, Berlin, 1992, p. 174.

the indirect perpetrator could be punished as a perpetrator as long as the conduct of the agent conformed to the legal model of the crime and was unlawful. The same requirement applicable to the accessory in respect of the conduct of the principal. From a dogmatic viewpoint, it is worth observing that the German penal system embraced a “three elements construct” of the crime: conformity with the legal definition (encompassing both the material and the mental element), unlawfulness and culpability (*Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld*). The third and last element, once the *Vorsatztheorie* (classifying the intent as an element of “culpability”) is rejected, could be missing in the “instrument” as well as in the principal, and the indirect perpetrator or the accessory would eventually remain criminally responsible. Interestingly, since 1943 accomplice liability under (then) § 48 required the conduct of the principal to be “threatened with punishment” (*mit Strafe bedrohten Handlung*). Prior to the 1943 amendment, the conduct required to be “punishable” (*strafbare Handlung*). By contrast, the current text of §§ 26 and 27 requires the conduct to be “unlawful” (*rechtswidrige Tat*). Despite slight differences, all versions are compatible, in a “three elements construct” of the crime, with a requirement for the conduct of the agent or the principal to conform with the legal definition and be unlawful.

The apparent contradiction between *Radbruch*’s remarks on the *Puttfarken* case and his prior position has been critically noted⁸³. Nonetheless, while a theoretical and legal-philosophical construct requires coherence and consistency, an operational and practical suggestion in the light of the unique post-war situation may depart from established principles. The informant “indirect perpetration” model not implying necessarily an unlawful conduct by the judge became a legal die-hard principle.

The initial and long lasting partly symbolic consequences of the choice between accomplice or accessory liability on one side and indirect perpetration on the other extended beyond the ambit of legal philosophy. The “unlawfulness” of the instrument’s conduct became “optional” for the punishment of the “indirect perpetration” and was at the opposite still a requirement for the “principal” ... to determine accessory liability of the informant; circumstance the subtle German jurist dealing with informant cases were fully aware of.

Despite its somehow cryptic reason, the preference for the indirect perpetration model was *prima facie* less and far-reaching as to the guilt of the judiciary used as a “killing tool” and exempted the courts from incidentally “characterizing” the conduct of the judge in the informant’s trials. On the other side, the model would have avoided conflicting findings between the conviction of the informant and a subsequent acquittal of the judge.

In the *Generalstaatsanwalt*’s pleadings in the *Puttfarken* pleading case as discussed by *Radbruch*, the “form of participation” in the crime against humanity is not specifically addressed.

The forms of participation listed in art. II.2 (b) of CCL n.10 ranged from being a principal to the membership in organizations declared to be criminal and encompassed accessory liability and aiding or abetting. CCL n. 10 did not mention “indirect perpetration”. Such form of participation was acknowledged - as perpetration by means in the form of a control over an apparatus of power, substantially corresponding to current art. 25 (3) (a) of the Statute of the International Criminal Court (ICC) – in the “Ministries case” by the NMT⁸⁴. As pointed out in respect of the NMT, most of the Nuremberg Tribunals did not even take the trouble to state clearly on which of alternatives enumerated in [art. II (2)] their decisions were based in a particular case⁸⁵. In the informants’ case the “contextual element” requiring the proof of a conscious participation in a systematic government organized and approved procedure amounting to persecution is barely compatible with the hyper subjective construct based on the informant’s intent ... not shared by the judge as “instrument”.

When CCL n. 10 applied to informants, they were charged under art. II.2(c) with “persecutions on political, racial or religious grounds”. In the absence of a clear and exhaustive definition,

⁸³ A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, cit., p. 84.

⁸⁴ See K. J. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Law*, cit. p. 272, quoting the case of defendant *Berger*. Reference is *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10, Ministries Case, Trial XI, Vol. XIV, p. 545*, available at: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-XIV.pdf.

⁸⁵ A. VON KNIERIEM, *The Nuremberg Trials*, Chicago, 1959, p. 211, text in square brackets inserted in quote by K. J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Law*, cit. p. 252.

persecution could be established without distinguishing about the form of participation⁸⁶. Therefore, form of participation remained sometimes unaddressed due to the idea that under the said law, the listing of possible forms of participation established an “equivalence” eventually reflecting on the sentencing.

This “watered” the implications (if) deriving from the conviction of informants as to the judges’ guilt of at least their unlawful conduct. It also allowed for the characterization of the consequences of the denunciation as “inhumane” without feeling too much implying the responsibility of judges. Situations of concurrence between charges under CCL n. 10 and under the StGB - falling under the so called *Idealkonkurrenz* (§ 73 of the StGB) or ideal concurrence of offences - when a single conduct violated more criminal provision - showed problematic as such⁸⁷. Different approaches included the subsidiarity of CCL n. 10 in respect of the StGB, its opposite - the primacy and speciality of the CCL n. 10 over the StGB and ... the more challenging, the concurrency, somehow supported in the British zone by the authorization to bring alternative charges⁸⁸. The more challenging perspective adopted in the British zone mandated accordingly concurrence, ordinarily between provisions pertaining to the same legal system ... in respect of substantially foreign law imposed by the occupants. Under the *Idealkonkurrenz*, models of participation (and their implications) eventually extended to charges and convictions under CCL n. 10.

An example is represented by landmark decision in the denunciation case of *Helene Schwärzel* for his role in the death of *Carl Goerdeler*, an accomplice of the organizers of the failed assassination attempt on Hitler of 20 July 1944 sentenced to death by *Volksgesichtshof* and subsequently executed on February 2, 1945. *Helene Schwärzel* charged as an “indirect perpetrator” of murder in conjunction with committing a crime against humanity because she had informed the authorities of the whereabouts of *Carl Goerdeler*. The *Landgericht Berlin* convicted her on November 14, 1946 for a crime against humanity and sentenced her to fifteen years imprisonment⁸⁹, as the conduct was held not to constitute an offence under German law. Nevertheless, the idea of “indirect participation” soon emerged⁹⁰.

The forms of participation under art. II.2 (b) of CCL n.10 led to considerations privileging the awareness of the inhumane consequences of denunciations whether the persecution was direct or indirect, through either instigation or aiding as an accessory... when the informant was aware of the inhumane consequences of his denunciation⁹¹. Remarks about the consequences were accordingly suitable to cross that line imagined by *Radbruch*. The view that informants were liable as accessories emerges in correspondence of the French Occupation authorities⁹².

Once CCL n. 10 was no longer in force, a case previously judged as a crime against humanity, was characterized as accessory liability for having aided the murder of the denounced person⁹³. Should the above “three elements construct” be applied, under whatever form of participation, being it complicity of indirect perpetration, the unlawfulness of the conduct of the principal or the agent, does not seem to be questionable.

⁸⁶ See, *Landgericht Offenburg*, 04.07.1946, in C.F. RÜTER – D.W. DE MILDT (edited by) *Justiz und NS-Verbrechen*, cit., Vol. I, p. 65; *Landgericht Freiburg*, 12.09.1947, *ibid* 683.

⁸⁷ See J. OHLENROTH, *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone und die Aufarbeitung von NS-Unrecht*, Göttingen, 2020. p. 89 ff.

⁸⁸ See J. OHLENROTH, *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone und die Aufarbeitung von NS-Unrecht*, cit. p. 89ff.

⁸⁹ C.F. RÜTER – D.W. DE MILDT (edited by) *Justiz und NS-Verbrechen*, cit., Vol. I, p. 715.

⁹⁰ See, *Landgericht Berlin*, 10.05.1947, in C.F. RÜTER – D.W. DE MILDT (edited by) *Justiz und NS-Verbrechen*, cit., Vol. I, p. 723.

⁹¹ See, *Landgericht Saarbrücken*, 15.12.1947, in C.F. RÜTER – D.W. DE MILDT (edited by) *Justiz und NS-Verbrechen*, cit., Vol. I, p. 786.

⁹² *Archives de L’Occupation Francaise en Allemagne et en Autriche. Colmar AJ3674/17. Oberregierungspräsidium Hessen Plaz. Nachrichten und Presseamt. Zeitungsaussichte. 21.05.1946. Gegen Die Denunzianten. Generalstaatsanwalt Dr. K über die Verfahren.* Reference in A. SZANAIDA, *Indirect Perpetrators*, cit, pp. 52-53, 303 n. 8.

⁹³ *Landgericht Hamburg*, 8.12.1941, in C.F. RÜTER – D.W. DE MILDT (edited by) *Justiz und NS-Verbrechen*, cit., Vol. 4, p. 800. A. SZANAIDA, *Indirect Perpetrators*, cit, p. 186.

The jurisprudence embracing, when applying criminal law other than that of the Occupants, the indirect perpetration “model” and preferring it over the accessory liability model, under CCL n. 10, when the prosecution was delegated to German Courts, despite differences in respect of the different “zones”, stands also for the upholding the “*Richterprivileg*” and the limitation of the responsibility of judges altogether with those rarer cases in which judges and prosecutor taking part in drumhead courts were held liable.

4. Judges trials in German courts while CCL n. 10 was in force

Radbruch’s construction was discussed in depth since the first proceeding, held while CCL n.10 was in force, and the defendants were members of drumhead courts (*Standgerichte*) convened “on the spot” in the final days of the war. This exceptional jurisprudential path comprehended a total twelve proceedings⁹⁴, resulting in several convictions.

Among the defendants there were, nevertheless, a few fulltime jurists otherwise discharging judicial or prosecutorial role. The *Rechtsbeugung* and its “blocking effect” outlined for the first time by *Radbruch* were pivotal in the said proceedings and completed the civil “judicial privilege” under § 839 of the Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*). Crimes committed through the administration of justice (*Strafrechtspflege*) required establishing a “perversion of the law” or *Rechtsbeugung* in order to consider a (criminal) death sentence as a murder, a sentencing to prison an unlawful imprisonment or a fine an extortion. The elements of the *Rechtsbeugung* are according to a modern metaphor like a door through which the material elements of other offenses may enter; if the door remains closed, then the way to the punishment for such offenses is precluded⁹⁵. From a different perspective, once a *Rechtsbeugung* was established, an act pertaining to the (non-only apparent) exercise of judicial functions affecting individual rights (as life, freedom and property rights) may become a criminally relevant conduct and the judgment, if not directly deprived of its attitude as *res iudicata*, is held without validity⁹⁶. Without a *Rechtsbeugung* to be established, violations of substantive and procedural formal positive law did not become criminally relevant.

Natural law was rarely considered and was apparently deemed to be beyond the cognitive horizon of the defendants although they were otherwise active as judges and prosecutors; when taken into consideration, its violation was not perceived by the defendants and they lacked the necessary intent. The jurisprudence embraced the “direct intent” requirement for the offence of “perverting the law”. The difficulty to prove the “direct intent” – a condition already raised by *Radbruch* - resulted in the shielding judges and prosecutors from responsibility for ordinary crimes for which eventual intent would have sufficed.

The “blocking-effect” of the requirement for a *Rechtsbeugung*, a primer by *Radbruch*, was debated long after the Second World War and influenced the repression of crimes committed by judges of the former German Democratic Republic (GDR – DDR) upon the German reunification⁹⁷. The purpose of the blocking-effect was explained with the need to protect judicial independence and is generally held not to attach to those exercises of judicial in which the judicial character is simply an excuse and so called “apparent only proceedings” (*Scheinverfahren*).

Narrowing the focus on the cases in which the said defendants were charged, the first case was decided the 19th of February 1948 by the jury court (*Schwurgericht*) within the *Landgericht Weiden* and subsequently partially upheld by the *Oberlandesgericht Nürnberg* on 2 November

⁹⁴ The judgments are collected and published in C.F. RÜTER – D.W. DE MILDT (edited by) *Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsdelikten 1945 – 1966*, Amsterdam, since 1968, Vol II.

⁹⁵ Ref. to G. KÜPPER, *Sperrwirkung rechtspflegebezogener Tatbestände*, in E. GRAUL – G. WOLF, *Gedächtnisschrift für Dieter Meurer*, Berlin, 2002 (reprint), p. 130: *Der Rechtsbeugungstatbestand ist wie ein Tor, durch das weitere Tatbestände Eingang finde, bleibt es geschlossen, so ist der Weg zur Strafbarkeit geschlossen.*

⁹⁶ According to the decision of the *Bundesgerichtshof* of the 30th of November 1954, in C.F. RÜTER – D.W. DE MILDT (edited by) *Justiz und NS-Verbrechen*, cit., Vol. XIII, p. 336ff, the *Volksgerichtshof* decision in the case of Major General *Remer* (convicted to the death penalty for betrayal) may not be regarded as provided with *res iudicata*.

⁹⁷ See, at this purpose, I. KELLER, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Justizunrecht*, cit., p. 510ff.

1948⁹⁸. The *Schwurgericht* examined the responsibilities of the “convening authority” (the so-called *Gerichtsherr*) of the *Standgericht* (taking also responsibility for the execution) - *Ruckdeschel* - the presiding judge of the *Standgericht* - *Schwarz* (at the time, presiding judge of the local *Landgericht*) - the two lay members of the *Standgericht* and the prosecutor - *Alois Then* - for their respective role in the sentencing to death, the 23 of April 1945 (when allied troops were next to the town) and the execution of two individuals accused of undermining war efforts⁹⁹. Drumhead courts were established under the *Kriegsstrafverfahrensordnung* (KStVO) of the 17th of August 1938 (as amended on the 11th November 1939), for the punishment of offenses under the KSSVO of 11 August 1938 as amended on the 5th of May 1944. The provisions were extended for the establishment of “civil” drumhead courts by the “*Verordnung über die Einrichtung von Standgerichten*”, of the 21 February 1945. The court discussed the construction asserting the validity of the KStVO and the KSSVO, which were signed by General *Wilhelm Keitel*, the Chief of the Armed Forces High Command (OKW) and the Councilor of the *Reich*, *Adolf Hitler*. The provisions of the said enactments were extended in the final days to civilians and the drumhead courts were according to circumstances eventually composed entirely, as in the instant case, by civilians. The Court also echoed *Coing*’s consideration about immoral laws ... to exclude the immorality of the enactments. The convening authority *Ruckdeschel* had previously ordered the immediate execution of the accused and only subsequently convened the *Standgericht*. The court in order to establish his responsibility in the death of the convicted persons excluded that the convened court conducted an “apparent only proceeding”, as it could not be established that the presiding judge and the two lay members or at least the majority of them had agreed. *Ruckdeschel* was sentenced for the “attempted” murder and “perverting the law” (*Rechtsbeugung*) as he confirmed the judgment and ordered the execution based upon the sole dispositive part of the sentencing and lacking a written reasoning by the *Standgericht*. It is difficult to “reconcile” the “attempt” to cause the death of a person in a situation in which such death in effect occurred. It may be supposed that *Ruckdeschel* attempted only to cause the death through a *Scheinverfahren*, but instead and unexpectedly ... convened an “independent court” (...) that determined by itself the death sentence ... he later confirmed and caused to be executed (...). Apparently, the court “hyper segmented” the causation chain and did not consider the relationship between the sentencing and the subsequent confirmation of the judgment, which represent the last element in the causation¹⁰⁰. As a matter of fact, “chains of causation” appear to be longer and segmented in cases about judges’ responsibility than in those dealing with deaths triggered by denunciations ... and gone through a trial. The presiding judge was sentenced for murder and for “perverting the law” (*Rechtsbeugung*) for having avoided intentionally applying mitigating factual circumstances and a less severe punishment. The jury court held it could not establish the “direct intent” required for the *Rechtsbeugung* in respect of the procedural and substantial flaws of the proceeding and the sentencing, to include the lack of access to a defense counsel. Remarkably, access to counsel was not mandatory under the KStVO. The jury court acquitted the two lay judges; the presiding judge *Schwarz* had admitted not having instructed them properly and therefore he acted as an “indirect perpetrator” in respect of their perverting the law ... (also) through his fellow lay-assessors. *Alois Then*, the prosecutor, was initially convicted for murder, unlawful execution of a decision and persecution of innocents. The *Oberlandesgericht Nürnberg* quashed his conviction and the case returned to a first instance tribunal finally acquitting him.

In the so-called *Petersen* case, decided the 4th of June 1948, the jury court (*Schwurgericht*) within the *Landgericht Hamburg*¹⁰¹, in the British zone, dealt with the sentencing to death for defeatism and the execution of three sailors by a military drumhead-court the 9th of May 1945 (the

⁹⁸ The decisions are published by C.F. RÜTER – D.W. DE MILDT (edited by) *Justiz und NS-Verbrechen*, cit., Vol. II, respectively pp. 235 and 318.

⁹⁹ The case is discussed extensively by A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, cit. pp. 224 – 242.

¹⁰⁰ On the so-called *Bestätigungsrecht* exercised with the confirmation of the sentence under § 79 of the KStVO, See M. MESSERSCHMIDT, *Die Wehrmachtjustiz 1933 – 1945*, Paderborn, 2005 p. 68.

¹⁰¹ The judgment is reproduced in H.J. PARDO – S. SCHIFFNER, *Der Prozess Petersen vor dem Schwurgericht in Hamburg. Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Hamburg, 1949. We were unable to access the said work and relied on the substantial parts reproduced by A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, cit., pp. 242 – 248.

day after the German surrender). The defendants were the convening (and confirming) authority, the presiding military judge, two military laymen assessors of the court, the military superior of the sentenced sailors intervening as a witness and then interceding for the confirmation of the verdict and another officer having requested within the proceeding a harsh punishment. The jury court acquitted all the defendants, except the presiding judge and the superior pledging for the confirmation of the judgment and convicted to two years imprisonment for crimes against humanity under CCL n.10¹⁰². After the first instance decision, the case was appealed and returned for re-trial to the *Landgericht*; then appealed anew and returned for the second time to the *Landgericht*. Over the course of multiple decisions, the charges shifted from crimes against humanity under CCL n.10 to homicide, then to homicide “and” *Rechtsbeugung*¹⁰³. In the first decision by the jury court, the *Richterprivileg* was discussed in respect of ... crimes against humanity as opposed to crimes under the StGB requiring, as seen above, as a precondition the elements of the *Rechtsbeugung* and the direct intent to deviate from the application of (formal) law to be established. To no great surprise, the drumhead-court proceeding was held to be regularly conducted, despite the lack of the appointment of a defense counsel and the resulting decision characterized as a regular judicial pronouncement as opposed to a *Scheinverfahren* or apparent-only proceeding. The lack of a defense counsel was held, in respect of the defendant *Holzwig* a relevant, but “not intentional” ... procedural error as direct intent could not be established having regard to its personality and attitude. The jury court addressed the question if a judge (or a prosecutor) could be found guilty of a crime against humanity, besides and irrespective of a *Rechtsbeugung*, holding the *Rechtsbeugung* (and its direct intent) to be a requirement in order to make the judge answerable for a crime against humanity ... his judicial activity. The *Richterprivileg* was explained by the jury courts as “one of the more substantial fundamentals of a State abiding to the rule of law, is the independence of the judge and the untouchableness of his person for properly adopted pronouncements” (“*Eines der wesentlichsten Fundamente eines Rechtsstaates ist die Unabhängigkeit des Richters und die Unantastbarkeit seiner Person für ordnungsgemäße Richtersprüche*”)¹⁰⁴. The *Schwurgericht* found nonetheless the presiding judge *Holzwig* and the military commander guilty *Sander* guilty of a crime against humanity for having, when reporting to the convening and approving authority *Petersen* about the judgment, counseled and urged him to confirm it¹⁰⁵. The *Schwurgericht* held that the *Richterprivileg* had ended with the end of the trial. The judgment ultimately focused on “out of courtroom” activity of the judge and in respect of such activity, *Holzwig* (while “non-intentionally” overlooking the legal flaws of the proceedings as a judge ...), as a jurist should have been aware how dangerous such limited proceedings were for the accused. *Petersen* was acquitted as he acted under an irreproachable guilt and was not to blame because humanely inadequate¹⁰⁶. The decision was criticized for prioritizing subjective aspects pertaining to the defendants’ personality over objective elements. Hyper-subjectivism is a second common trait of the sting of decisions dealing with judges. Besides, the case showed a questionable “segmentation” of the causation chain already mentioned above. The decision was subsequently challenged with an application for *Revision* (a challenge for reasons of violation of substantive and procedural law) to the “Highest Court for the British zone (*Obersten Gerichtshof für die Britische Zone* - OGHBZ). In its decision of December 7, 1948¹⁰⁷ the OGHBZ quashed the appealed judgment, because the jury court had not properly considered the conformity of the conduct with the (rather vague) legal definitions of the crime against humanity under CCL n.10. The OGHBZ, while still underlining the qualification of the conduct as a crime against humanity, was of the view that the conduct of the defendants was a typical expression of a NS-attitude towards the deprivation of the victims of their dignity and their being degrading to objects. The inhumane conduct was not identified in the trial

¹⁰² A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, cit., p. 245.

¹⁰³ A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, cit., p. 245.

¹⁰⁴ A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, cit., p. 246.

¹⁰⁵ See J. OHLENROTH, *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone und die Aufarbeitung von NS-Unrecht*, cit. p. 190ff.

¹⁰⁶ A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, cit., p. 247, fn. 132.

¹⁰⁷ C.F. RÜTER – D.W. DE MILDT (edited by) *Justiz und NS-Verbrechen*, cit., Vol. V, p. 257.

itself, but rather with the victims receiving a death penalty and their being executed. The “inhumanity” did not – in the words of the OGHBZ – reside in the proceeding and its shortcomings¹⁰⁸.

The OGHBZ stressed that the *Rechtsbeugung* was not a pre-condition also for the punishment of the judge for a crime against humanity under CCL n. 10. On the point, the OGHBZ observed that “it is totally untenable to think that the dependence of criminal jurisdiction under Nazi-regime, in particular its dependence from the Nazi-ideology and the Nazi-driven justice, could be healed by leaving the inhumanity born from a judicial decision untouched”. Although the phrasing stands unequivocally for the irrelevance of the *Richterprivileg* in respect of the punishment for a crime against humanity, the subsequent passages significantly blur the essence of the *Rechtsbeugung* in respect of an excessive, disproportionate and inhumane sentencing within the framework established by the law ... which did not come into question “as the lower court excluded a corresponding intent of the judge”. The OGHBZ apparently split the question admitting the possibility of the intentional infliction of an inhumane treatment based on natural law, although the requirements for a *Rechtsbeugung* could fail as the accused judge held its judgment to conform to (formal) law. The decision also questioned the *rationale* of the blocking effect as protection judicial independence in decision making, as under National socialism, the administration of justice was based on an rejectable legal misjudgment and the judges lacked the independence the blocking effect aims to protect. The argument is the same used by the NMT in “jurists’ case” to argue that there was “no merit in the suggestion that Nazi judges are antitled to the benefit of the Anglo-American doctrine of judicial immunity ... [which] is based on the concept of an independant judiciary administering impartial justice”¹⁰⁹. The position was criticized¹¹⁰ as the blocking effect or *Sperrwirkung* has already become a legal mantra. Interestingly, the OGHBZ did not contest the blocking effect as such, but rather its application under CCL n. 10 and based on the *ratio* of the blocking effect, rather on its being part of a different body of laws in respect of CCL n. 10. The case returned to the *Landgericht* for re-trial by a jury court and the convening authority, the presiding judge, the lay judges and the military bystanders were convicted for a crime against humanity. The conviction was appealed again to the in the meantime established *Bundesgerichtshof* (BGH) and at the time CCL n.10 ceased to be applicable¹¹¹. This required to verify the requirements of the crime of *Rechtsbeugung* and, subordinately, that of homicide. In the BGH appear to have lowered, for the first time (and apparently also for the last time for many years to come), the requirement for a direct intent holding *dolus eventualis* sufficient while restricting the subjective applicability of the *Richterprivileg*. Upon the *Revision* the case returned to a court of first instance.

Another (civil) *Standgericht* case involving the liability of a full time jurist for the sentencing to death and the killing of *Count von Montgelas* for having privately expressed his thoughts over the NS-regime in a hotel room ... to a female Gestapo “*agent provocateur*” and therefore ... “undermined war efforts”. The *Stangericht* case was the same examined, in the context of the wider and overreaching charges against *Oeshey* in the NMT “jurists’ trial”. The defendant in the split proceeding in front of the *Landgericht Nürnberg*¹¹² (in the U.S. zone) was the former prosecutor in the case of *Count von Montgelas, Schröder* who had taken care of the execution of the conviction in the absence of a proper confirmation by the convening/approving authority. In its decision of the 17th of September 1948, the *Landgericht* followed *Radbruch*’s construction to uphold the legal validity of the *Kriegsstrafverfahrensordnung* (KStVO) and the *Kriegssonderstrafrechtsverordnung* as formal applicable law. Prosecuting the victim for words spoken upon provocation of an agent was in the

¹⁰⁸ A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, cit., p. 251.

¹⁰⁹ *Trials of War Criminals Before the Nurnberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10*, Vol. III, “The Justice case”, cit. 1023.

¹¹⁰ References in J. OHLENROTH, *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone und die Aufarbeitung von NS-Unrecht*, cit. p. 197, to H. VON WEBER, *Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit in der Rechtsprechung*, *Montasschrift für Deutsches Recht*, 1949, p. 261.

¹¹¹ On the “transitional” practice of the Federal Court in respect of convictions under CCL n. 10, See J. OHLENROTH, *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone und die Aufarbeitung von NS-Unrecht*, cit. p. 62 ff.

¹¹² The decision is unpublished and substantial parts are reproduced and commented by A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, cit., p. 273 ff.

view of the court, contrary to moral laws the accused jurist was not aware of. While such early judicial pronouncement about the immorality of the prosecution for a State-provoked conduct is in itself remarkable, the court excluded the defendant's "direct intent" of the *Rechtsbeugung* in respect of the incompetence of the *Standgericht* and the lack of confirmation of the judgment. Instead, *Schröder* was convicted for the "negligent" enforcement of the *Standgericht* judgment and negligent killing. The decision stands for the absence of a blocking effect. In the case there were no charges for crimes against humanity, as the U.S. authorities, unlike the British, the French and the Soviet ones, had not correspondingly "empowered" German courts. The decision was appealed to the *Oberlandesgericht* (OLG) *Nürnberg*, upholding the finding that there was no blocking effect flowing from the judicial privilege.

In the *Müller* case¹¹³, examined in the British zone, resulted in a string of decision of lower and upper courts following a set of appeals and re-trials, the defendant was a judge, vested with directive and supervisory functions for the *Landgericht Köln*, accused of crimes against humanity under CCL n. 10 and *Rechtsbeugung* because he used to intervene in pending affairs assigned to subordinate judges urging them for harsher judgments and sentencing. In its unpublished judgment the *Landgericht Bonn* on November 4, 1948, acquitted the accused from the *Rechtsbeugung* as he had not directly induced the required mental element ... a *Rechtsbeugung* in a specific legal case by subordinate judges. As to crimes against humanity, according to the OGHBZ, while an "attempt" of was not punished as such, the defendants' overall conduct could have reinforced the National socialist measures to direct judicial proceedings could amount to a crime against humanity¹¹⁴. The approach followed by the OGHBZ is remindful that of the NMT in the "jurists' case" although applied to a lower scale. The decision was subsequently criticized as missing the threshold established by the NMT. Later on, upon return from the OGHBZ, the *Landgericht Bonn*¹¹⁵, when discussing the elements of crimes against humanity, considered that the defendant had not caused the required "event" and that his pressuring judges created the "danger" of a crime against humanity which was not punishable as such. Instead, *Müller* was convicted for continued attempt to commit *Rechtsbeugung*.

In another *Standgericht* case of the former judge (*Amtsrichter*) "Dr K" (*Koob*) was convicted for homicide for death sentences delivered as the presiding judge by the *Landgericht Aschaffenburg* on December 6, 1948¹¹⁶. The decision was upheld by the *Oberlandesgericht* (OLG) *Bamberg* on April 1, 1949. The latter decision excluded the *Richterprivileg* for apparent only proceedings providing a judicial appearance to a killing. After the return to the first instance, the case was heard again by the *Bayerischen Obersten Landesgerichts* on April 19, 1950 setting the framework for the subsequent first instance trial, to include *Rechtsbeugung*.

A string of postwar decisions dealt, starting with the decision of the *Schwurgericht* within the *Landgericht Kassel* of the 28th of June 1950¹¹⁷, with the circumstances of the imposition of the death penalty on April 20, 1943 by the Special Court within the OLG *Kassel* (and composed by judges of the said high court) to the Jewish citizen *Werner Holläder* for "racial disgrace" (*Rassenschande*) under the German 1935 anti-miscegenation laws. *Holläder* had entertained relationships with four "Arian" women. While German racial laws did not allow for death penalty to be applied, the Special court (not competent to entertain the specific criminal charge), through the abusive characterization of *Holläder* as an "habitual offender", acrobatically justified the imposition of a death penalty. The reasoning of the Special court's judgment was stuffed with racial remarks. In 1950 the former presiding judge and the assessor of the Special court, *Fritz Hassencamp* and *Edmund Kessler* were

¹¹³ A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, cit., p. 279 ff.

¹¹⁴ References in J. OHLENROTH, *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone und die Aufarbeitung von NS-Unrecht*, cit. p. 215.

¹¹⁵ A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, cit., p. 279 ff.

¹¹⁶ Listed by I. KELLER, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Justizunrecht*, cit. p. 593ff. as the "fifth exception" out of twelve "Standgericht cases". The case is discussed by A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, cit., p. 299 ff.

¹¹⁷ The judgment is partly reproduced in C.F. RÜTER – D.W. DE MILDT (edited by) *Justiz und NS-Verbrechen*, cit., Vol. XLIX, p. 449. Relevant parts are quoted and discussed by A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, cit., p. 347 – 352 ff.

charged with *Rechtsbeugung* and homicide. The *Landgericht Kassel* held the application of racial laws to conform to the law (without considering they deviated from basic postulates of justice). According to a critique which is difficult not to adhere to, the judgment of the *Landgericht Kassel* is intolerable and close to a *Rechtsbeugung* itself¹¹⁸ as it “falsified” the reasoning of the Special court. The said reasoning was held to be relevant for the evaluation of the circumstances, quoting comments about the “vulgarity” and “naughtiness” of *Holläder*’s conduct unscrupulousness in breaching the trust of others and “surgically” eliding racial remarks linking such vulgarity and naughtiness as typical for Jews. The *Landgericht* cleaned the Special court’s awful reasoning from its antisemitism. The latter court had emphasized that the *racial* disgrace was committed while Germany was at its third year of war when “its fight with world Jewry was at the climax (“*als der Kampf Deutschland mit dem Weltjudentum seinen Höhepunkt erreicht hatte*”) and mandated a punishment. In the end the *Landgericht*, while criticizing the defendant for having forgotten, as judges, that legal positivism may not be the sole parameter of decision, acquitted them as it found the direct intent for the *Rechtsbeugung* not to be established. Further, the *Landgericht* excluded the possibility of a perversion of natural law (*Naturrechtsbeugung*) as the crime applied only to situations in which positive material or formal law is bent.

Upon an application for *Revision* by the accuse, the OLG *Frankfurt* in its judgment of the 7th of February 1951¹¹⁹, took distance from the first instance decision, but in the end considered that in the view of the *Landgericht*, anti-Semitic remarks were not material to the decision the defendants had concurred to adopt in 1943, as the majority of the Special court. As a matter of law, according to the OLG, the court of lower instance had not considered that a *Rechtsbeugung* may occur a) in the “management of a legal issue” (*Leitung einer Rechtssache*), through the intentional improper application of formal law or b) in the “decision of legal issue” (*Entscheidung einer rechtssache*) through the intentional improper application of material law. The OLG did not entertain the question of the perversion of natural law, which was implicitly rejected. The OLG further held that the *Landgericht* had considered the facts at issue solely in respect of the possible violation of “material law” in the “decision of a legal issue”. The case was sent back for retrial to *Landgericht Kassel* for consideration of violations of formal law in the management of the case ... and reconsideration of the issue of violations of material law in the decision of a case ... relying not solely on the reasoning of the decision and the consultations between the judges concurring in the decision, but also by focusing on the internal, subjective perspective (to say if the defendants held the decision to be just and proper or concurred to it due to their political attitude). After the retrial, the *Landgericht Kassel* acquitted both defendants; the judgment was not appealed. In the decision the *Landgericht* upheld the blocking effect for the application of criminal provisions of the StGB as juxtaposed to CCL n. 10.

5. Towards a conclusion

In respect of the original (and overtly missed) purpose of this paper, the identification of elements supporting a somehow different treatment under international law of judicial activity *vis a vis* a foreign judicature, the elusive practice in respect of judges and prosecutor and the indirect practice of German courts in respect of informers don’t support any finding. Such practice due to the inferential character of the indirect consequences of the “*Richterprivileg*” seems to reflect rather a specific feature of German criminal law and an attitude of its judiciary, hardly compatible with the practice and “*opinio juris*” requirements of customary law.

The argumentative structure of the more “operational parts” of *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, entertaining the judges and informants’ examples, sketches a way-out for dealing with judges and informant cases. *Radbruch* stressed at the end part of his 1946 writing, the need to ensure justice and at the same time legal certainty, which is itself part of justice, and to rebuild

¹¹⁸ A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, cit., p. 349.

¹¹⁹ The judgment is partly reproduced in C.F. RÜTER – D.W. DE MILDT (edited by) *Justiz und NS-Verbrechen*, cit., Vol. XLIX, p. 485. Relevant parts are quoted and discussed by A. HOEPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, cit., p. 352 - 354.

a State based on the rule of law, serving both; a balance he probably weighted in the “solutions” to the different cases or examples.

As observed in legal literature, it is hard to say if the German attitude in respect of the responsibility of judges has been conditioned by the influential stand taken by *Radbruch* and *Coing*¹²⁰. Apparently “thinking schemes” as that of the blocking effect derived from the *Rechtsbeugung* provided an easier way-out and showed capable of becoming a die-hard principle, providing a better argument to be used in court in respect of natural law allowing resistance but not punishment for not resisting.

In a “back mirror perspective” *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* leaves the feeling of a discomfiting anxiety to address the dilemma of ensuring “legal certainty” despite the widespread involvement of judges and prosecutors in the application of NS laws with an arbitrary and criminal content, often zealously and often also beyond the already arbitrary content of the law, while still ensuring the punishment of most heinous crimes. It would be unjust to put the blame for the failure of transitional justice in addressing “judicial crimes” on *Radbruch*’s work. His “could be strategy” was subsequently “overplayed”, exceeded and abused by courts. If *Radbruch* took the “wrong turn” is debated¹²¹; his subsequent 1948 essay on the fall of the *Reich*’s ministry of justice in the NMT judges’ trials and his tragic rhetoric about the evil to avoid a greater evil to the administration of justice, adds further questions¹²².

There is also a takeaway for further research. The debate about the “blocking effect” of the *Rechtsbeugung* defined the contours of the “criminal judgment”, a concept that in the similar though different experience of “post-fascist” Italy did not emerge. In the latter when judges were prosecuted it was for “collaborationism”¹²³ a crime established retrospectively. Although inclined to overcome the prohibition of retrospective laws, the authoritarian imprint characterizing the measures against fascists left the authority and the shield of formal legal judgments untouched. This also prevented the punishment of informants for truthful denunciations as indirect perpetrators when the denounced was sentenced to unjust punishment with a formally legal judgment. The issue of natural law and immoral laws remained consequently a merely philosophical topic.

¹²⁰ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione die «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania Postcomunista*, cit. p. 77.

¹²¹ For a general critique, See D. G. Morris, *Accommodating Nazi Tyranny? The Wrong Turn of the Social Democratic Legal Philosopher Gustav Radbruch After the War*, cit. p. 649 ff.

¹²² G. RADBRUCH, *Das Reichsjustizministerium Ruhm und Ende. Zum Nürnberger Juristen Prozess*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1948, p. 57 ff.

¹²³ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione die «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania Postcomunista*, cit. p. 7; See also G. VASSALLI, *Intorno all’omicidio mediante delazione*, in *Giurisprudenza penale*, 1948, p. 59, 71 and fn. 22.

La denuncia erariale in ambito militare: indicazioni operative

*The financial losses complaint in the military:
operational indications*

di Saverio Setti¹

Abstract: Al verificarsi di un danno erariale in contesto castrense, alle ordinarie disposizioni giuscontabili si affiancano le norme del diritto militare. Al fine di poter efficacemente ripristinare la perdita sofferta dal patrimonio pubblico sono, quindi, disposte particolari modalità tanto per la predisposizione della denuncia quanto per l'esercizio di una inchiesta amministrativa preistruttoria che corre parallela alle indagini del Procuratore contabile.

Abstract: *When a damage to the Treasury happens in a military context, the ordinary accounting law provisions need to be matched with the rules of military law. In order to effectively restore the loss suffered by the public treasury, special procedures are therefore provided both for the complaint and for a preliminary administrative inquiry which runs parallel to the investigations of the Treasury Prosecutor.*

Sommario: 1. Il soggetto tenuto alla denuncia di danno erariale – 2. La denuncia del comandante – 3. L'accertamento preistruttorio del danno

1. Il soggetto tenuto alla denuncia di danno erariale

Nel processo contabile, l'azione del pubblico ministero, non essendo espressiva di una potestà di controllo generalizzato², trae impulso dalla conoscenza di fatti e notizie che possano far ragionevolmente presumersi la consumazione di un illecito amministrativo-contabile.

Ponendosi in netta discontinuità con un precedente delle Sezioni riunite che riconosceva al PM contabile un potere di iniziativa officiosa³, il nuovo codice di giustizia contabile, d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, dispone che «il pubblico ministero inizia l'attività istruttoria, ai fini dell'adozione delle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione erariale, sulla base di specifica e concreta notizia di danno». Ciò significa che, diversamente dal PM penale⁴, il pubblico ministero contabile non è rivestito della potestà di ricerca delle notizie di danno erariale, ma egli agisce su impulso di altri soggetti giuridici⁵.

¹ Capitano dell'Esercito, dottore in Scienze Strategiche, in Relazioni Internazionali ed in Giurisprudenza.

² Per una distinzione tra le funzioni giurisdizionali e di controllo della Corte dei conti, si rimanda, in dottrina, a G. BERTI, *Cenni sulla responsabilità pubblica tra controllo amministrativo e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Riv. C. conti*, 2005, VI, 386 ss.; L. GIAMPAOLINO, *La Corte dei conti tra controllo e giurisdizione*, *Riv. C. conti*, 2007, V, 291 ss. e M. RISTUCCIA, *I controlli sulle autonomie del nuovo quadro istituzionale. I rapporti tra il controllo e le funzioni giurisdizionali della Corte dei conti*, *Riv. C. conti*, 2006, V, 188 e, nella giurisprudenza costituzionale a C. cost., 22 marzo 1999, n. 104, in *Giur. Cost.*, 1988, 556; C. cost., 31 marzo 1995, n. 100, in *Riv. C. conti*, 1995, f. 2 e C. cost., 19 novembre 2015, n. 235, in www.cortecostituzionale.it.

³ Cfr., sul punto, C. conti, sez. riun., 3 agosto 2011, n. 12/QM, in www.corteconti.it.

⁴ Cfr. art. 330 c.p.p. Si vedano, anche, in giurisprudenza, Cass. pen., sez. III, 26 gennaio 1999, n. 3261 in *Dejure* e in dottrina, M. SCAPARONE, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Padova, 2000, 446 e G. FUMU, *L'attività pre-procedimentale del pubblico ministero*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Atti del convegno – Perugia 20 – 21 aprile 1990, a cura di A. Gaito, Napoli, 1991, 135.

⁵ In dottrina si è, comunque, puntualizzato che «ben potrebbe essere una *notitia damni* legittimamente acquisita dal Procuratore contabile quella rinvenuta navigando in *internet* (es. leggendo notizie giornalistiche o, in siti istituzionali, sentenze civili, penali o amministrative di condanna della p.a. per condotte illecite di pubblici dipendenti) o nel sito di una pubblica amministrazione», pur riconoscendo «che tale *modus procedendi* potrebbe astrattamente tradursi in un controllo generalizzato sui fatti “ipotetici o indifferenziati” vietato dall'art. 51, comma 2 del Codice» (così in P. EVANGELISTA, *Il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, in AA.VV., *La nuova Corte dei conti*, Milano, 2018, 580). In

Una prima fonte di informazioni per il PM contabile è la magistratura, sia essa civile, penale (ordinaria e militare), amministrativa⁶ o contabile⁷. Informativa di ipotesi di danno erariale possono, poi, giungere alla procura contabile da denunce delle Forze di polizia e della Guardia di finanza⁸, dall'Autorità nazionale anticorruzione⁹ e da segnalatori (c.d. *whistleblower*)¹⁰.

La maggior parte delle denunce, comunque, provengono dalla medesima amministrazione danneggiata: diversamente, infatti, da quanto accade per dal cittadino comune, rivestito della mera facoltà di denuncia, nei confronti della pubblica amministrazione l'ordinamento prevede l'obbligo di denuncia di danni e comportamenti lesivi del patrimonio pubblico.

In linea generale, l'art. 52, comma 1 del codice di giustizia contabile pone in capo ai responsabili delle strutture burocratiche di vertice delle amministrazioni ed ai dirigenti o responsabili di servizi, in relazione al settore cui sono preposti, l'obbligo di presentare tempestiva denuncia alla procura della Corte dei conti territorialmente competente di fatti che possono dare luogo a responsabilità erariali dei quali siano venuti a conoscenza, direttamente o a seguito di segnalazione di soggetti dipendenti, nell'esercizio delle loro funzioni.

Stante la particolare articolazione della catena di comando militare, che idealmente si dipana dal dipendente meno elevato in grado sino al Capo di Stato maggiore della difesa, appare utile brevemente soffermarsi sulla concreta individuazione dell'organo tenuto alla denuncia contabile. Prima di volgere lo sguardo alle normative di settore, è opportuno sottolineare l'orientamento interpretativo della Procura generale, che intende in senso ampio l'espressione «organi di vertice», ricomprendendo anche i funzionari ed i dirigenti preposti (anche reggenti) agli uffici, divisioni, reparti e così via: dunque personale dotato di posizione gerarchica superiore rispetto all'autore della condotta ritenuta dannosa per l'erario¹¹.

A precisare il soggetto militare tenuto alla denuncia erariale, interviene l'art. 452, comma 1 del d.P.R. 15 marzo 2010, n. 90 che impone l'obbligo di denuncia del fatto alla procura regionale della Corte dei conti al «comandante dell'organismo», ovvero il comandante, con grado dirigenziale e dotato di autonomia amministrativa, responsabile dell'indirizzo dell'organismo cui è preposto¹². Ne consegue che il soggetto tenuto alla segnalazione è il comandante di corpo, cioè l'ufficiale preposto [...] al comando o alla direzione di unità, di ente o servizio organicamente costituito e dotato di autonomia nel campo dell'impiego e in quello logistico, tecnico ed amministrativo»¹³.

giurisprudenza, la tesi è accolta da C. conti, sez. I app., 1° marzo 2018, n. 95 e C. conti, sez. Lazio, 1° febbraio 2011, n. 137, entrambe in www.corteconti.it.

⁶ A margine, è opportuno evidenziare che uno specifico obbligo di informativa della Procura contabile è disposto per il giudice penale dall'art. 129, c. 3 disp. att. c.p.p., per il giudice penale dall'art. 5 della legge 24 marzo 2001, n. 89 e, per il giudice amministrativo, dall'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 24 e dall'art. 4, comma 3 del d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198.

⁷ La Corte dei conti che, in sede di controllo, rilevi illeciti dannosi è tenuta alla segnalazione alla competente procura erariale ex artt. 52, comma 4 e 133, comma 1 del c.g.c. D'altra parte, come ricordato dalla Corte costituzionale, «l'obbligo di segnalazione discende dai principi generali e grava sulle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, laddove emergano fatti idonei a evidenziare una responsabilità contabile» (così in C. cost., 19 novembre 2015, n. 235, in www.cortecostituzionale.it). In materia, si vedano, altresì, C. conti, sez. Friuli Venezia-Giulia, 18 febbraio 2010, n. 15; C. conti, sez. Lazio, 28 settembre 2009, n. 419 e C. conti, sez. II app., 14 luglio 2017, n. 488 tutte in www.corteconti.it.

⁸ La quale è rivestita del compito di prevenire e reprimere gli illeciti e le violazioni che minacciano l'integrità del bilancio dello Stato, delle Regioni, degli Enti locali e dell'Unione europea. In materia di coordinamento tra l'azione preventivo-repressiva della Guardia di finanza e l'esercizio della funzione requirente del pubblico ministero contabile si rimanda alla circolare n. 212112 del 10 luglio 2017 della Procura generale presso la Corte dei conti.

⁹ Cfr. l'art. 213, comma 6 del 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁰ Sul punto si rimanda alla legge 30 novembre 2017, n. 179 ed alle linee guida ANAC n. 6 del 20 aprile 2015 in materia di tutela del dipendente segnalatore di illeciti.

¹¹ Sul punto si rimanda alle note esplicative di coordinamento della Procura generale presso la Corte dei conti n. 3083 del 28 dicembre 2017 e n. 9434/2007P del 2 agosto 2007.

¹² Cfr. art. 449, commi 1 e 2 del d.P.R. 90/2010.

¹³ Così l'art. 726 del d.P.R. 90/2010. Si deve, comunque, tenere conto del fatto che, ai sensi dell'art. 726, comma 3 del medesimo d.P.R., sono i vertici di Forza Armata che stabiliscono, per mezzo di atti regolamentari, quali comandi e quali Comandanti siano da considerarsi «di corpo».

Sul comandante di corpo, dunque, grava un obbligo di denuncia delle ipotesi di danno erariale di cui sia venuto a conoscenza direttamente o indirettamente¹⁴.

Una prima conseguenza di quanto considerato è l'evidente verticalizzazione del dialogo tra amministrazione attiva e procura contabile¹⁵, con la conseguenza che il militare non apicale non ha l'obbligo, ma solo la mera facoltà (al pari di altri qualsiasi cittadino), di denunciare un'ipotesi di *eventus damni* alla procura erariale¹⁶.

Dunque si pone la questione dell'eventuale esistenza obbligo in capo ad un militare, non rivestito della qualifica di comandante di corpo, di riferire a quest'ultimo, direttamente o per via gerarchica, il verificarsi di una ipotesi di danno. Più approfonditamente è necessario indagare gli eventuali obblighi di comunicazioni gravanti sul militare nelle tre seguenti ipotesi: *a)* egli sia il soggetto tenuto a rispondere dell'illecito erariale; *b)* egli sia stato coinvolto nell'illecito erariale e *c)* egli abbia avuto una conoscenza indiretta dell'illecito erariale.

La prima ipotesi è direttamente normata dal diritto militare. L'art. 452, comma 1 del d.P.R. 90/2010, dispone che «allorché si verificano mancanze, deterioramenti e diminuzioni di denaro e di materiali o comunque danni all'amministrazione o a terzi, chi è tenuto a rispondere predispone immediatamente apposito rapporto e lo trasmette per via gerarchica al comandante dell'organismo». Questa disposizione pone una assai rilevante questione in merito alla compatibilità dell'obbligo di autodenuncia erariale, cui può essere connessa una responsabilità disciplinare o penale, con i principi generali dell'ordinamento. Se, infatti, come sostenuto da autorevole dottrina, i giudizi innanzi alla Corte dei conti hanno la sostanza di «un processo penale che si svolge nelle forme del processo civile»¹⁷, se ne dovrebbe dedurre l'applicazione del principio per cui *nemo se detegere tenetur* che, però, è contraddetto dalla disposizione appena presentata¹⁸.

¹⁴ Sul punto è bene precisare che la giurisprudenza non richiede al comandante un controllo pratica per pratica perché «il controllo non deve essere pervasivo in quanto nell'ambito organizzativo ed operativo deve esservi rapporto di collaborazione e di fiducia, fra i diversi soggetti operanti, in particolare fra dirigente e collaboratori; sussiste affidamento, da parte del dirigente, circa la capacità professionale del collaboratore, mancando il quale lo svolgimento dell'attività amministrativa è impossibile, generandosi paralisi della stessa. [...] Il dirigente non può essere chiamato a rispondere dei vizi procedurali; solo se si discosta dall'istruttoria, è personalmente responsabile di quei vizi» (così in C. conti, sez. I app., 7 ottobre 2002, n. 343, in www.corteconti.it).

¹⁵ L'ordinamento prevede un'unica eccezione: l'ipotesi di riscontro di fatti dannosi per l'erario nel contesto dell'attività di organi di controllo e di revisione delle pubbliche amministrazioni e di dipendenti incaricati di funzioni ispettive, i quali «sono tenuti a fare immediata denuncia di danno direttamente al procuratore regionale competente, informandone i responsabili delle strutture di vertice delle amministrazioni interessate» (così all'art. 52, c. 2 del c.g.c.).

L'ordinamento militare (all'art. 112 del d.P.R. 90/2010) ha istituito e disciplina (agli artt. 538 ss.) l'Ufficio centrale per le ispezioni amministrative (ISPEDIFE) che: *a)* provvede al servizio delle ispezioni amministrative e contabili, con azione sia diretta che decentrata, promuovendo l'accertamento delle eventuali responsabilità e i conseguenti provvedimenti; *b)* cura i rapporti con il Ministero dell'economia e delle finanze per l'attività a questo devoluta nel campo ispettivo; *c)* svolge le verifiche finalizzate all'accertamento dell'osservanza delle disposizioni sui rapporti di lavoro a tempo parziale, di cui all'articolo 1, commi da 56 a 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

Oltre ad ISPEDIFE, l'ordinamento militare prevede la figura di un ispettore temporaneo, ovvero il militare responsabile della condotta di inchieste amministrative *ad hoc*, che prende il nome di ufficiale inquirente. Incaricato di svolgere, a seconda dei casi solo o in commissione, una inchiesta formale ovvero informale, egli è tenuto, *ex art.* 1065, comma 7, del d.P.R. 90/2010, a provvedere «alle comunicazioni alle autorità giudiziarie competenti, secondo la normativa vigente, ove emergano danni erariali o commissione di reati».

¹⁶ Cfr. P. EVANGELISTA, *Il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, cit., 589.

¹⁷ Così M. RISTUCCIA, *Applicabilità dei principi del giusto processo al giudizio contabile*, in *Riv. C. conti*, 2000, 201. In P. SANTORO, *Prolegomeni al giusto processo contabile*, in *Riv. C. conti*, 2002, f. 2, 329 si sottolinea «l'ambigua coesistenza di elementi propri del giudizio penale (azione) e di una struttura processualciviltistica nel rito».

¹⁸ Come rilevato in C. conti, sez. I app., 19 gennaio 2016, n. 28, in www.corteconti.it, si sono venuti a creare due indirizzi interpretativi. Il primo, rigorista, che sostiene «che l'obbligo di denuncia dovrebbe sempre sussistere prescindendo da eventuali effetti che dalla stessa denuncia deriverebbero, in quanto in base al contenuto dell'articolo 97 della Costituzione, esisterebbe una prevalenza dei caratteri di garanzia per l'Erario»; mentre il secondo orientamento, garantista, «n base alla quale l'obbligo di denuncia in parola non può sostanziarsi in un'autodenuncia e, pertanto, tale obbligo deve ritenersi posto a carico di un soggetto diverso dall'autore del presunto fatto dannoso; quest'ultimo soggetto, inoltre, in base alla regola della "verticalizzazione" in precedenza richiamata, dovrà essere gerarchicamente sovraordinato o, comunque, esercitare un'attività di controllo o vigilanza sull'autore del fatto. In base a tale tesi, pertanto, l'inclusione tra i soggetti, tenuti all'obbligo di denuncia in parola, di coloro i quali abbiano partecipato, a titolo commissivo e omissivo alla realizzazione

A dirimere la questione sono intervenute le Sezioni riunite che, dopo aver rilevato come le giurisdizioni sovraordinata e costituzionale abbiano sempre ritenuto il principio del *nemo se detegere tenetur* strettamente ed unicamente connesso al rito penale¹⁹, e dopo aver puntualizzato che il principio in discorso non è previsto nel c.g.c.²⁰, hanno concluso per la sussistenza dell'obbligo di autodenuncia²¹.

Anche l'ipotesi in cui il militare sia stato coinvolto nell'illecito erariale è normata dalle disposizioni regolamentari dell'ordinamento militare: l'art. 748, comma 5 impone al militare l'obbligo di «dare sollecita comunicazione al proprio comando o ente [...] degli eventi in cui è rimasto coinvolto e che possono avere riflessi sul servizio». Se si considera che il servizio è l'adempimento dei fini istituzionali e che non v'è dubbio che i beni della difesa, comunque inquadrati, siano diretti, in tutto o in parte, al perseguimento dei fini istituzionali, consegue che ogni diminuzione patrimoniale della difesa quale possibile danno erariale appare chiaramente quale un evento produttivo di riflessi sul servizio. Se, poi, si considera che il militare deve in ogni occasione «adempire integralmente ai doveri che derivano dalla sua condizione di militare per la realizzazione dei fini istituzionali delle Forze armate»²² appare evidente che sia necessaria una interpretazione estensiva del concetto di «essere coinvolto», comprensiva di ogni percezione sensoriale diretta dell'*eventus damni*.

Più complessa è l'ipotesi di militare che abbia una percezione indiretta di ipotesi di danno erariale, ad es. in virtù di sospetti ovvero riferimenti indiretti da parte di altri. Non paiono aversi dubbi nell'ipotesi in cui il militare abbia indiretta conoscenza di una specifica e concreta notizia di danno ovvero nell'ipotesi in cui la notizia, per quanto non specifica, sia produttiva di effetti sul servizio: egli sarà tenuto, per i ricordati doveri di realizzazione dei fini istituzionali, a riferire ai superiori.

Maggiori problemi emergono nella ricerca di un obbligo, giuridicamente vincolante, di riferire ai superiori la mera indiretta percezione di notizie, prive di effetti sul servizio, che potrebbero far presumere l'esistenza di un danno erariale. Sebbene si potrebbe far rientrare anche questa ipotesi nel dovere di responsabilità gravante sul militare, sul piano pratico è necessario considerare che la mancanza del requisito della specificità, il carattere *de relato* della percezione non sembrerebbe potersi individuare una norma impositiva di una doverosa comunicazione gerarchica di notizie imprecise ovvero frutto di semplici “voci di corridoio”, la cui verticalizzazione avrebbe il solo effetto di ritardare la speditezza dell'azione di comando e controllo.

2. La denuncia del comandante

Presupposto perché sorga l'obbligo di denuncia è «il verificarsi di un fatto dannoso per la finanza pubblica»²³, che segna anche il *dies a quo* per il decorso del termine prescrizione. Ne

del fatto dannoso, contrasterebbe sia con il fondamentale principio del “*nemo tenetur se detegere*” sia con la stessa *ratio legis*. Inoltre, secondo tale orientamento, l'adesione all'opposta tesi comporterebbe, peraltro, un'elusione del termine prescrizione in quanto risulterebbe raddoppiato». Sul punto, cfr. anche C. conti, 13 luglio 2015, n. 273; C. conti, sez. Lombardia, 13 aprile 2016, n. 65; C. conti, sez. Campania, 19 settembre 2014, n. 1039 e C. conti, sez. riun. 19 marzo 2015, n. 8/QM, tutte in www.corteconti.it.

¹⁹ Cfr., Corte EDU, sez. V, 5 luglio 2012, n. 11663/04, *Chambaz c. Suisse*; Corte EDU, 21 dicembre 2000, n. 34720/97, *Heaney e McGuinness c. Irlanda*; Corte EDU 8 febbraio 1996, n. 18731/91, *Murray c. Regno Unito* e Corte EDU 17 dicembre 1996, n. 19187/91, *Saunders c. Regno Unito*, tutte in www.curia.europa.eu. In giurisprudenza costituzionale si rimanda alle pronunce C. cost., 7 aprile 1983, n. 85 e C. cost., 26 febbraio 2002, n. 33, entrambe in www.cortecostituzionale.it.

²⁰ Eccezione fatta per il disposto di cui all'art. 60, comma 4, che garantisce la facoltà di non rispondere al soggetto chiamato in audizione qualora le dichiarazioni possano essergli pregiudizievoli.

²¹ Cfr. C. conti, sez. riun., 30 gennaio 2017, n. 2, in www.corteconti.it.

²² Così all'art. 717 del d.P.R. 90/2010.

²³ Così nella Circolare della Procura generale della Corte dei conti N. I.C./16 del 28 febbraio 1998.

In materia di definizione del concetto di danno, la giurisprudenza contabile ha pienamente mutuato gli arresti di legittimità: «può rilevarsi che, anche sulla scorta degli approdi interpretativi della giurisprudenza civile (Cass. n. 1442 del 1983; n. 3444 del 1989, n. 5701 del 1999 n. 21495 del 2005), partendo dalla considerazione che “il danno non è una mera lesione di un diritto, ma lesione di un diritto dalla quale siano derivate conseguenze pregiudizievoli oggettivamente apprezzabili” (così, a partire da SSUU sentt. nn. 26972 – 26975 del 2008), la giurisprudenza contabile concorda oggi nell'affermare che l'*exordium praescriptionis* nel caso di danno all'erario va individuato nel momento in cui il danno si ‘esteriorizza’,

consegue la necessità di un lavoro ermeneutico diretto a stabilire l'esatto significato del concetto di «verificazione»²⁴. Non si pongono particolari problemi nell'ipotesi di occultamento doloso²⁵ sia della condotta che dell'effetto lesivo della stessa, poiché la legge ancora l'*exordium praescriptionis* e, di conseguenza, l'insorgenza dell'obbligo di denuncia alla data di scoperta²⁶ del danno da parte dell'amministrazione²⁷.

In tutte le altre ipotesi, a seguito dell'intervento chiarificatore delle Sezioni riunite, il *dies a quo* si individua in base al momento di perfezionamento della fattispecie dannosa, ovvero quando si sia verificato almeno un principio di cominciamento dell'effetto lesivo sul patrimonio pubblico, anche perché, prima di esso, non può ravvisarsi un'ipotesi di danno erariale (tuttalpiù un illecito disciplinare o penale) per mancanza dell'elemento strutturale della *deminutio patrimonii*²⁸. Pertanto, in coerenza con il principio di cui all'art. 2935 c.c., nelle ipotesi non rientranti dei casi di occultamento doloso, in luogo della conoscenza effettiva, il termine iniziale della prescrizione deve individuarsi con riferimento alla conoscibilità oggettiva del danno, cioè il momento in cui l'ente danneggiato ha avuto conoscenza del depauperamento patrimoniale, o avrebbe potuto averne se avesse esercitato le proprie competenze con diligenza²⁹.

L'individuazione dell'esatto momento in cui sorge l'obbligo di denuncia da parte del comandante rileva anche ai fini della responsabilità erariale omissiva gravante in capo al comandante medesimo, che risponde a titolo di danno erariale della medesima somma la cui pretesa erariale egli ha lasciato cadere in prescrizione³⁰.

ossia diviene percepibile non soltanto come modificazione patrimoniale negativa, ma anche riconoscibile come ingiusto (spesa non dovuta o valore perduto: v., *ex plurimis*, Sez. I n. 365 del 2018 e 8 del 2019 ; Sez. II n. 891 del 2016, 129 del 2017 e 182 del 2019; Sez. III n. 303 del 2017 e 170 del 2019), completandosi in tal modo la nozione giuridica di fatto dannoso per l'Erario» così in C. conti, sez. III app., 29 ottobre 2019, n. 207 in www.corteconti.it.

²⁴ Infatti «il “fatto” causativo di danno è concepito come fattispecie a formazione progressiva, per il cui completamento non è sufficiente la condotta che ha comportato la violazione degli obblighi di servizio (in sé solo potenzialmente lesiva), ma occorre anche la dimostrazione di una concreta *deminutio patrimonii* dell'Ente pubblico (il c.d. *eventus damni*). Le due componenti della fattispecie dannosa (l'azione illecita e l'effetto lesivo), tuttavia, possono non coincidere sul piano temporale, potendo verificarsi l'effetto lesivo a distanza di tempo dall'azione illecita» così in C. conti, sez. riun., 15 gennaio 2003, n. 2/Q in www.corteconti.it.

²⁵ Infatti, secondo consolidata giurisprudenza contabile, perché si configuri tale occultamento non è sufficiente una condotta, anche dolosa, in violazione degli obblighi di servizio, ma è necessario un «*quid pluris*» consistente in «una condotta specifica, ingannatrice e fraudolenta, diretta intenzionalmente ad occultare l'esistenza del danno» (così in C. conti, sez. Emilia-Romagna, 16 marzo 2017, n. 149 e C. conti, sez. I app., 21 marzo 2016, n. 393). D'altra parte, come osservato in giurisprudenza, «anche a voler ritenere l'omessa comunicazione comportamento omissivo idoneo a 'occultare' il danno», è comunque necessario che nel contesto comportamentale del soggetto agente si rinvenivano elementi idonei a far ritenere l'intenzionalità del 'silenzio' e la sua preordinazione a nascondere il danno, laddove il silenzio che fosse eventualmente ascrivibile a colpa, più o meno grave, dell'obbligato, non sarebbe idoneo a determinare il ritardato esordio del termine prescrizione previsto dall'art. 1, comma 2, della più volte citata Legge n. 20/1994» (C. conti, sez. Liguria, 22 luglio 2015, n. 83 in www.corteconti.it).

²⁶ Per «scoperta», la giurisprudenza intende la conoscibilità obiettiva dei lineamenti essenziali del fatto dannoso da parte dell'Amministrazione danneggiata. Sul punto, cfr., C. conti, sez. III app., 29 ottobre 2019, n. 207 e C. conti, sez. III app., 28 ottobre 2019, n. 203, entrambe in www.corteconti.it.

²⁷ Cfr. l'art. 1, comma 2 della legge 14 gennaio 1994, n. 20. Nell'ipotesi in cui il danno emerga nel contesto di un procedimento penale, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione vada individuato nel momento in cui il danno stesso viene delineato in tutte le sue componenti e, dunque, nella data del rinvio a giudizio in sede penale (cfr., *ex plurimis*, C. conti, sez. riun., 25 ottobre 1996, n. 63; C. conti, sez. I app., 5 febbraio 2008, n. 64; C. conti, sez. I app., 4 dicembre 2007, n. 497; C. conti, sez. I app., 11 luglio 2007, n. 194; C. conti, sez. I app., 16 aprile 2007, n. 94; C. conti, sez. I app., 8 marzo 2007, n. 45; C. conti, sez. I app., 18 marzo 2003, n. 103 e C. conti, sez. II app., 7 giugno 2004, n. 184, tutte in www.corteconti.it). Parte minoritaria della giurisprudenza, però, tende a far coincidere il *dies a quo* non dal rinvio a giudizio ma dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna (cfr. A. ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, 2012, 26).

²⁸ Sul punto si rimanda a C. conti, sez. riun., 25 ottobre 1996, n. 62/A, in *Riv. C. conti*, 1996, f. 6, 87, dove si precisa che «non possono considerarsi specifiche e concrete [...] le notizie relative alla mera condotta, in carenza di ipotesi di danno, quale presupposto oggettivo della responsabilità amministrativa». In *terminis* anche C. conti, sez. II app., 16 agosto 2010, n. 306 e C. conti, sez. Toscana, 10 febbraio 2010, n. 19, entrambe in www.corteconti.it.

²⁹ Cfr. C. conti, sez. III app., 17 giugno 2019, n. 117, in www.corteconti.it.

³⁰ Cfr. art. 1, comma 1, l. 20/1994. Si noti che il comandante potrebbe essere chiamato a rispondere non solo in caso di omissione di denuncia, ma anche in caso di ritardo della stessa se questo dovesse incidere sulla possibilità di acquisizione

È bene, però, evidenziare che, come indicato in dottrina, «la “tempestività” della denuncia non deve essere intesa nel senso di “automatico” inoltro della denuncia stessa a ridosso dell’evento dannoso (c.d. “denuncia preliminare”), prima ancora che siano stati compiuti accertamenti amministrativi al riguardo. Il requisito dell’“immediatezza” infatti non esclude che la denuncia debba essere anche “completa”, cioè che debba contenere tutti quegli elementi utili alla magistratura contabile per poter dare corso all’azione di giudizio di propria competenza»³¹.

La denuncia cui è tenuto il comandante di corpo, pur libera nella forma, non lo è nei contenuti. La notizia di danno erariale, ai sensi dell’art. 51 del c.g.c, deve essere specifica e concreta, ovvero consistere in «informazioni circostanziate e non riferibili a fatti ipotetici o indifferenziati». L’importanza di tale disposizione, evidentemente diretta ad evitare un controllo generalizzato del PM contabile sull’operato dell’amministrazione, è tale che il medesimo art. dispone la nullità degli atti istruttori compiuti sulla base di notizie generiche.

Il contenuto necessario della denuncia, desumibile dal combinato degli artt. 51, commi 1 e 2, 52, comma 1 e 53 del c.g.c., è così schematicamente individuabile:

- a) una precisa e documentata esposizione del fatto, ovvero della condotta attiva od omissiva tenuta dal dipendente e del risultato dannoso della stessa, contenente solo informazioni circostanziate e non riferibili a fatti ipotetici o indifferenziati. Come hanno precisato le Sezioni riunite l’espressione notizia di danno specifica e concreta deve intendersi riferita «non già ad una pluralità indifferenziata di fatti, ma ad uno o più fatti, ragionevolmente individuati nei loro tratti essenziali e non meramente ipotetici, con verosimile pregiudizio per gli interessi finanziari pubblici, onde evitare che l’indagine del PM contabile sia assolutamente libera nel suo oggetto, assurgendo ad un non consentito controllo generalizzato. Di conseguenza, sono idonei ad integrare una specifica notizia e concreta notizia di danno:
 - i. l’esposto anonimo, se riveste i caratteri di specificità e concretezza [...];
 - ii. i fatti conosciuti nel corso della fase dell’invito a dedurre, anche per soggetti diversi dall’invitato [...];
 - iii. i fatti conosciuti a seguito di delega di indagini [...]»³²;
- b) ove possibile, l’indicazione delle generalità del presunto responsabile, ovvero grado, nome, cognome, reparto di appartenenza, posizione funzionale, incarico, codice fiscale, residenza e domicilio;
- c) la quantificazione del danno subito dall’erario, eventualmente integrata con l’indicazione di un danno all’immagine patito dall’amministrazione. Tale indicazione deve, altresì, evidenziare le illegittimità o le diseconomie gestionali originate dalla condotta dei presunti responsabili. Nelle ipotesi di incertezza nella quantificazione del danno, è necessario indicare gli elementi, che sulla base della concreta esperienza dell’amministrazione militare, possano servire alla determinazione del danno stesso.

A livello sub-regolamentare, è prevista una procedura semplificata per le ipotesi di danno aventi natura ricorrente e modesta rilevanza economica, consistente «nell’inoltro alla Procura presso la Corte dei conti territorialmente competente, a cadenza periodica (ad esempio, semestrale), di un sintetico rapporto-denuncia che segnala gli eventi dannosi. Tale rapporto si deve sostanziare in un prospetto riepilogativo, contenente una scheda riassuntiva per ciascuna vicenda, con la succinta descrizione del fatto, dell’ammontare dei danni, degli accertamenti svolti e delle risultanze emerse»³³.

di elementi probatori da parte del PM. La stessa giurisprudenza contabile ha avuto modo di intervenire in materia, chiarendo che l’onere della denuncia in parola configura una fattispecie «di responsabilità subordinata, nel senso che essa si realizza in capo al soggetto che ha l’obbligo di denuncia, allorché, a causa della sua inerzia, venga meno la possibilità del risarcimento, per effetto della maturazione della prescrizione» (così in C. conti, sez. Liguria, 16 dicembre 1999, n. 1155, in *Riv. C. conti*, 2000, f. 1, 112).

³¹ Così in S. LA PISCOPIA, *Sulla responsabilità amministrativa patrimoniale negli organismi tipici del Ministero Difesa*, in *www.contabilità-pubblica.it*, 2014, 3.

³² Così in C. conti, sez. riun., 3 agosto 2011, n. 12/QM, in *www.corteconti.it*.

³³ Così nella nota esplicativa di coordinamento della Procura generale presso la Corte dei conti n. 3083 del 28 dicembre 2017, 20.

Infine, la trasmissione della denuncia, in applicazione dell'art. 6 c.g.c., avviene esclusivamente a mezzo di posta elettronica certificata, all'indirizzo p.e.c. della Procura regionale.

3. L'accertamento preistruttoria del danno

Aver adempiuto, con tempestività ed esaustività, l'obbligo di denuncia non spoglia le Pubbliche amministrazioni dai poteri ad essa direttamente intestati in relazione ai fatti emersi.

Primariamente, infatti, l'art. 52, comma 6, c.g.c. tiene fermo l'obbligo del comandante di porre in essere tutte le iniziative necessarie a evitare l'aggravamento del danno, intervenendo ove possibile in via di autotutela e comunque adottando gli atti amministrativi necessari a evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione³⁴. Nelle more della decisione dei magistrati contabili, l'amministrazione ha, poi, il dovere di assumere le iniziative di competenza per conseguire, in via amministrativa, la rifusione del danno, sia mediante immediata compensazione ex art. 1243 c.c. sia in senso cautelare mediante il fermo amministrativo di cui all'art. 69, comma 6 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2240³⁵.

³⁴ Trattasi di un tipico esempio in cui esiste la presunzione assoluta dell'interesse pubblico all'annullamento di un atto. Come osservato in B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, 2017, 41, «la sussistenza di interessi pubblici ritenuti indisponibili dall'amministrazione, quali quelli finanziari e di spesa pubblica, impone l'esercizio del potere di autotutela indipendentemente dal grado di consolidamento delle posizioni giuridiche private, poiché l'interesse pubblico alla eliminazione dal mondo giuridico del provvedimento originario è *in re ipsa* e l'annullamento d'ufficio perde il carattere della discrezionalità per divenire un provvedimento vincolante». In giurisprudenza, cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 16 maggio 2016, n. 1965 e Cons. St., sez. III, 22 dicembre 2014, n. 630 in www.giustizia-amministrativa.it e C. conti, sez. Emilia Romagna, 28 settembre 2007, n. 744 in *Riv. C. conti*, 2007, 249.

³⁵ La norma sancisce che se l'Amministrazione dello Stato vanta, a qualsiasi titolo, diritti di credito nei confronti dei soggetti che, a loro volta, sono creditori di altre Amministrazioni pubbliche, e questa richiama a quelle la sospensione del pagamento, tale richiesta deve essere eseguita in attesa del provvedimento definitivo.

Il fermo consente all'Amministrazione debitrice, nella persona del comandante, di richiedere, in via cautelativa, ad un'altra Amministrazione creditrice la sospensione del pagamento per salvaguardare il credito pubblico. Come, infatti, appuntato dal Consiglio di Stato, «il c.d. fermo amministrativo è un provvedimento di autotutela cautelare avente struttura di un atto impeditivo di pagamento, preordinato al fine di consentire ed agevolare la compensazione nell'adempimento da parte dello Stato delle sue obbligazioni pecuniarie» (così in Cons. St., sez. III, 20 gennaio 1997, n. 1420, in *Cons. Stato*, 1997, 1321). Detto provvedimento, secondo una parte della dottrina, costituisce una chiara espressione di autotutela amministrativa (cfr., sul punto, C.A. MOLINARI, *Il fermo amministrativo*, in *Foro Amm.*, 1969, 341; A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, Napoli, 1990, 521; N. SANTI DE PAOLA, *Fermo amministrativo, fermo contabile e blocco dei pagamenti*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 98; R. CAFARO, *Opposizioni alle cartelle esattoriali ed al fermo amministrativo*, Matelica, 2006, 99 e M. BASILAVECCHIA, *Il fermo amministrativo nei procedimenti tributari*, in *Rass. trib.*, 1995, 240). Altra dottrina ritiene che il fermo costituisca, piuttosto, una forma di privilegio dell'Amministrazione (cfr. S. CASSESE, *Il fermo amministrativo: un privilegio della pubblica amministrazione*, nota a Corte cost., 19 aprile 1972, in *Giur. cost.*, 1972, 331 ss.). In tal senso anche L. MONTEL, voce *Fermo amministrativo*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, secondo la quale: «se, per definire l'autotutela, si assume il criterio sostanziale per cui è tale ogni attività di risoluzione dei conflitti insorgenti con altri soggetti, in relazione alle pretese dell'amministrazione, va riconosciuto che qui non vi è un conflitto: è piuttosto il fermo che lo fa sorgere. Se, invece, si adotta il criterio del procedimento, non si può non riconoscere che il fermo non si accompagna ad alcuna forma contenziosa o semi contenziosa. Se, infine, si vuol seguire il criterio razionale, del rapporto in cui si inserisce, va notato che qui il privato non agisce nell'esercizio di situazioni soggettive sottoposte a funzione».

A margine, si sottolinea che lo strumento in discorso è ben utilizzabile anche nell'ipotesi in cui l'Amministrazione sia, allo stesso tempo, creditrice e debitrice, per quanto sia possibile assai più celermente addivenire a compensazione alla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 1243 c.c.

Come osservato in dottrina, «poiché in forza del principio della c.d. integrità operativa ex art. 226 del regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato R.d. 23 maggio 1924, n. 827, in virtù del quale «tutte le entrate, a qualsiasi titolo introitate debbono essere versate nelle casse dello Stato», il debitore di una somma nei confronti dello Stato non può eccepire la compensazione del proprio debito con un credito vantato nei confronti dello Stato stesso. Tuttavia, però, quest'ultimo può operare compensazioni tra propri crediti e debiti per cui, in caso d'incameramento delle somme dovute dallo Stato al privato a soddisfazione del credito dello Stato azionato con fermo, si verifica quella compensazione o conguaglio, di cui il fermo costituisce anticipazione, come eccezionale, derogatoria ipotesi di esercizio di potestà di autotutela, in forza del quale l'Amministrazione si pone in una posizione di assoluta preminenza in rapporti di natura privata, non attinenti a funzioni né finalità pubbliche» (così in C. BUCCICO, *Misure cautelari a tutela del credito erariale*, Torino, 2016, 8). In giurisprudenza, cfr., inoltre Corte cost., 19 aprile 1972, n. 67, in *Foro it.*, 1977,

Sotto un profilo preistruttorio, in linea generale, «il minimale contenuto degli elementi da indicare nella denuncia [...] può essere arricchito successivamente da comunicazioni integrative»³⁶. Ma ciò che, in generale, è una facoltà, diviene un obbligo nel contesto militare dove, ai sensi del comma secondo dell'art. 453 d.P.R. 90/2010, il comandante, una volta effettuata la denuncia, dispone un'inchiesta amministrativa volta ad accertare le cause dell'evento dannoso, l'entità del danno e le eventuali responsabilità.

La titolarità della condotta dell'inchiesta varia a seconda dell'importo del danno. Se questo non supera, ad una prima analisi, i 50mila euro, il responsabile del procedimento deve essere individuato nella figura di un ufficiale (o dipendente civile non inferiore alla terza area funzionale), di grado o qualifica pari o superiore all'inquisito; mentre per importi superiori, l'inchiesta è condotta da una commissione d'inchiesta il cui presidente, (anche in questo caso ufficiale o dipendente civile non inferiore alla terza area funzionale), sia di grado o qualifica pari o superiore all'inquisito³⁷.

Se la responsabilità può estendersi al comandante, oppure non è possibile costituire la commissione, gli atti relativi sono trasmessi all'autorità gerarchicamente sovraordinata, ovvero ad altra autorità individuata dagli ordinamenti di Forza armata o interforze sulla base delle peculiari configurazioni organizzative, informando la Procura regionale presso la Corte dei conti.

Il procedimento amministrativo inquirente segue le regole ordinarie di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241: il responsabile del procedimento, acquisito, ove necessario, il parere degli organi tecnici competenti, muove le opportune contestazioni scritte ai presunti responsabili, acquisisce gli atti istruttori, esamina le cause e le circostanze inerenti all'evento dannoso, determina l'entità dei danni, chiude il procedimento dandone informazione ai controinteressati e redige in duplice esemplare, apposita relazione, contenente le proprie conclusioni per il successivo inoltro al comandante di corpo.

Quest'ultimo infatti, e non l'autorità redigente la relazione, è, ai sensi dell'art. 453 del d.P.R. 90/2010, competente a determinare in via amministrativa la responsabilità e gli addebiti relativi al danno accertato, ma solo se il danno il danno presunto, riferito all'evento che lo ha determinato, non supera l'importo di 50mila euro. Nell'ipotesi in cui il danno sia superiore a 50mila ma non superiore a 500mila euro, la competenza si sposta sul comandante gerarchicamente superiore, ovvero su un'altra autorità individuata dagli ordinamenti di Forza armata o interforze sulla base delle peculiari configurazioni organizzative³⁸. Per danni di importo superiore la competenza è accentrata.

Dette autorità, cui spetta altresì il compito di informare l'autorità giudiziaria ove all'esito degli accertamenti emergano ipotesi di reato³⁹, dispongono, se il caso, l'addebito ai responsabili e la diminuzione del carico ovvero emettono il decreto di scarico di materiale, ex art. 194 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827, nel caso di eventi dannosi dovuti a caso fortuito o forza maggiore⁴⁰. Di tutto ciò deve essere data tempestiva informazione alla Procura contabile, per le eventuali azioni di competenza.

L'ordinamento militare, fornisce anche i criteri di massima per l'addebito, commisurato per i materiali assunti in carico, al prezzo risultante dalle scritture contabili e, per i materiali non ancora assunti in carico, al prezzo di acquisto⁴¹.

1146; TAR Lazio, sez. III, 14 marzo 1990, n. 410, in www.giustizia-amministrativa.it e C. conti, sez. Lombardia, 13 aprile 2006, n. 248, in www.corteconti.it.

³⁶ Così P. EVANGELISTA, *Il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, cit., 599.

³⁷ Per quanto l'ordinamento militare sia silente circa il numero dei componenti la commissione, è possibile sostenere che essa debba essere composta da due o quattro membri in aggiunta al presidente, ciò sia perché questa è la prassi applicativa che emerge dalla vita dei reparti sia per una possibile applicazione analogica dell'art. 563, comma 1 del d.P.R. 90/2010.

³⁸ In tutte queste ipotesi, ai sensi dell'art. 452, c. 5, d.P.R. 90/2010, il comandante è tenuto ad inviare all'autorità competente una copia della relazione munita di proprio parere.

³⁹ Cfr. art. 452, c. 7, d.P.R. 90/2010.

⁴⁰ Cfr. art. 453 del d.P.R. 90/2010.

⁴¹ Cfr. art. 454 del d.P.R. 90/2010, in cui si aggiunge che «l'addebito può essere ridotto o aumentato quando il valore effettivo dei materiali risulta inferiore o superiore a quello di carico o di acquisto. L'addebito per deterioramento di materiali è commisurato alla spesa di ripristino in perfetta efficienza. Per i materiali che dopo la riparazione risultino deprezzati è addebitata anche la differenza di valore. Se i materiali deteriorati sono dichiarati fuori uso, il prezzo ricavato dalla vendita è portato in diminuzione dall'addebito».

Compito del comandante di corpo è, in caso di determinazione amministrativa di responsabilità contabile, la costituzione in mora⁴² del militare ritenuto responsabile⁴³. *Naturaliter*, l'adempimento del debitore, da comunicarsi con immediatezza al PM contabile, comporta l'archiviazione dell'ipotesi di danno.

La procedura appena descritta, dalla denuncia al procedimento di accertamento del danno, non si applica per ogni tipo di diminuzione patrimoniale. L'art. 452, comma 8, d.P.R. 90/2010, specificamente esclude i casi di: *a)* inefficienze, usure, guasti, rotture e ad altre cause affini; *b)* pagamenti indebitamente effettuati di cui agli articoli 2033 e 2036 del codice civile⁴⁴; *c)* sciupio o smarrimento di equipaggiamenti o materiali; *d)* diminuzioni dei materiali derivanti da cali di giacenza dei beni consumabili che rientrino nei limiti predeterminati da specifiche norme tecniche fissate dagli organi tecnici e logistici competenti.

Resta, infine, da chiarire quale sia la natura giuridica ai fini del procedimento contabile della determina di responsabilità erariale emessa dal comandante, ovvero da diversa autorità, a seguito della presa di coscienza della relazione dell'organo inquirente.

Appare, in primo luogo, evidente che il contenuto della determina e della relazione siano inidonei a vincolare il giudice contabile: se infatti si considera che tutte le segnalazioni che giungono al plesso giurisdizionale della Corte dei conti, ivi comprese le segnalazioni operate dalla medesima Corte in esercizio delle attribuzioni di controllo, «non possono mai assumere il valore di prova di un danno erariale, prova che così giungerebbe, già preconstituita, all'interno del giudizio di responsabilità»⁴⁵, ne consegue che nemmeno la dichiarazione di responsabilità erariale del comandante non è né sostitutiva del processo contabile né in esso vincolante⁴⁶. I fatti oggetto di

⁴² In deroga al disposto dell'art. 1219, comma 2, numero 1, per il quale non è necessaria la costituzione in mora quando il debito deriva da fatto illecito. Per un approfondimento, si rimanda a C. conti, sez. Lombardia, 17 dicembre 2012, n. 474 (in materia di inquadramento dogmatico ed effetti sull'effetto interruttivo di prescrizione) e C. conti, sez. Lombardia, 16 maggio 2017, n. 74 (ove si riafferma che l'atto di costituzione in mora non richiede l'uso di particolari adempimenti o formule solenni essendo sufficiente che il creditore manifesti chiaramente, con un qualsiasi scritto diretto al debitore e portato comunque a sua conoscenza, la volontà di ottenere il soddisfacimento del proprio diritto) ed a Cass. civ., sez. I, 25 maggio 2005, n. 11016, in *Dejure* (in materia di rapporti con la costituzione in mora tra privati).

⁴³ A seguito dell'entrata in vigore del d.P.R. 24 febbraio 2012, n. 40, la costituzione in mora può legittimamente essere sottoscritta anche dall'ufficiale responsabile del servizio amministrativo dell'ente.

⁴⁴ In queste ipotesi di indebito oggettivo e soggettivo non si procede con il recupero erariale perché il credito è certo, liquido ed esigibile, dunque il comandante può azionare due diversi strumenti di recupero.

Il primo è la riscossione delegata all'Agenzia delle Entrate – riscossione, essendo questa competente a svolgere i servizi relativi alla amministrazione, alla riscossione ed al contenzioso anche delle entrate di natura extratributaria, ai sensi dell'art. 62, comma 2 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300. Questo procedimento si caratterizza per il fatto che all'ente militare è riservato soltanto la formazione e l'emissione del titolo esecutivo (c.d. ruolo di riscossione, ovvero un elenco contenente l'indicazione del creditore, della somma dovuta e le sintetiche ragioni di credito, ex art. 12, commi 1 e 3 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602), mentre viene affidato ad un soggetto diverso (l'agente della riscossione) lo svolgimento delle attività volte al conseguimento del pagamento dovuto. Una volta che il ruolo è firmato dal comandante, esso diviene esecutivo ed è trasmesso all'agente della riscossione territorialmente competente, il quale procede poi alla notificazione al debitore (c.d. cartella di pagamento) e cura tutti gli adempimenti necessari per conseguire, anche in via coattiva la somma dovuta. Il secondo strumento è la riscossione diretta mediante l'avviso di ingiunzione, prevista dal regio decreto 14 aprile 1910, n. 639. Il procedimento di esecuzione, ai sensi dell'art. 2 del r.d. 693/1919, prende avvio con l'ingiunzione di pagamento diretta nei confronti del debitore e contenente essenzialmente i seguenti elementi: *a)* l'indicazione dell'ente impositore titolare del credito ingiunto; *b)* l'indicazione del soggetto destinatario della pretesa impositiva; *c)* l'indicazione della parte precettiva dell'atto, ovvero la specificazione delle somme richieste e la relativa motivazione (ben potendosi ritenere adeguata un'esposizione sintetica tale da porre il debitore in grado di conoscere i presupposti di fatto e di diritto dell'intimazione [cfr., sul punto, Cass. civ., sez. II, 16 giugno 1980, n. 3822, in *Dejure*]); *d)* l'ingiunzione di pagare entro trenta giorni sotto pena degli atti esecutivi la somma dovuta; *e)* l'indicazione dell'autorità giudiziaria alla quale dovrà essere presentato il ricorso o l'opposizione ed il relativo termine (cfr. sul punto, G. PUOTI, B. CUCCHI e F. SIMONELLI, *La nuova riscossione tributaria. Procedure esecutive e di notificazione*, Padova, 2012, 51). A margine, si deve evidenziare che la *litera legis* prevede che «la ingiunzione è vidimata e resa esecutoria dal pretore». Tuttavia, la necessità di vidimazione è caduta in desuetudine a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 229 del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51 che non solo ha abolito la figura del pretore ma ha, al contempo, sancito l'esecutività ex lege dell'ingiunzione amministrativa. L'ingiunzione è poi notificata, nella forma delle citazioni, da un ufficiale giudiziario. Trascorso inutilmente il termine di giorni trenta l'ente creditore procede, per mezzo di un ufficiale giudiziario, al pignoramento dei beni del debitore.

⁴⁵ Così la Relazione illustrativa sul c.g.c., 24, in www.governo.it.

⁴⁶ Cfr. *ampliter* C. cost., 27 gennaio 1995, n. 29.

segnalazione, infatti, «devono essere sempre dimostrati e scrutinati solo e soltanto all'interno del [...] giudizio»⁴⁷.

Dunque, sotto un profilo dogmatico-classificatorio la documentazione di cui trattasi è una prova precostituita che entra nel fascicolo del PM contabile, che può decidere di farne un uso processuale ovvero di scartarla.

Nel caso il Procuratore introduca la relazione in giudizio, vi sia una contraria allegazione della controparte⁴⁸, e, dunque, sia necessario acquisire la prova in giudizio, è necessario valutarne l'efficacia di convincimento. Non v'è dubbio, infatti, che la relazione sia un atto pubblico, ma esso non è in grado di vincolare il giudice nella sua decisione. Infatti, l'atto pubblico, ai sensi dell'art. 2700 c.c., ha valore fidefacente della provenienza dell'atto dalla persona che lo ha formato e delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti, ma non possiede medesimo valore di prova legale in merito a valutazioni e giudizi espressi dall'inquirente o dal comandante, dunque è sempre ammessa la prova contraria⁴⁹.

D'altra parte, nel decidere la causa, il giudice emette una decisione «secondo diritto»⁵⁰, in applicazione del principio *iura novit curia*, dunque non può essere vincolato da una valutazione in diritto espressa da un diverso organo.

⁴⁷ Così la Relazione illustrativa sul c.g.c., 24, in www.governo.it.

⁴⁸ In convenuto, infatti, è onerato dalla proposizione di tutte le sue difese e dalla presa di posizione in riferimento ai fatti contestati già in sede di comparso di costituzione, ai sensi dell'art. 90 del c.g.c., posto che il successivo art. 90, comma 5 dispone il principio di non contestazione, ritenendo provati «i fatti non specificamente contestati dalle parti costituite».

⁴⁹ Cfr. C. conti, sez. II app., 14 giugno 2012, n. 376 e C. conti, sez. III app., 12 febbraio 1998, n. 36, entrambe in www.corteconti.it, e Cass. civ., sez. VI, 29 marzo 2018, ord. n. 7883 in *Dejure*. In dottrina, si rimanda a C. CHIARENZA e P. EVANGELISTA, *Il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, in AA.VV., *La nuova Corte dei conti*, cit., 757 e V. TENORE, *L'ispezione amministrativa ed il suo procedimento*, Milano, 1999, 75 ss.

⁵⁰ Cfr. art. 95, comma 1 del c.g.c.

Uso improprio degli istituti giuridici tipici della pubblica amministrazione da parte del dipendente militare: quali tutele per il soggetto passivo e per l'amministrazione?

Improper use of the legal institutions typical of public administration by the military employee: what safeguards for the taxable person and for the administration?

di Antonio Zippo¹

Abstract: Il sistema legale comprende numerose istituzioni. Quali sono gli strumenti di cui dispongono i funzionari pubblici e le forze armate quando vengono utilizzati per scopi diversi da quelli per i quali sono previsti?

Abstract: *The legal system includes numerous institutions. What are the tools that civil servants and the military have when they are used for purposes other than those for which they are contemplated?*

Sommario: 1. Introduzione – 2. La specificità dell'ordinamento militare – 2a. Gli istituti giuridici specifici dell'ordinamento militare – 2b. Nuovi istituti giuridici: il whistleblowing – 2c. Conseguenze di una “distorta applicazione” delle tutele previste dall'ordinamento giuridico – 3. Le possibili tutele vs. la condotta dello stalker – 3a. *Stalker* e soggetto passivo della condotta – 3b. Pubblica amministrazione vs *stalker* – 4. Conclusioni

1. Introduzione

Il Decreto Legge 23.2.2009, numero 11, recante “*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*”, convertito con Legge nr. 38 del 2009, ha introdotto l'art. 612 *bis* del Codice Penale, rubricato come atti persecutori.

La norma in commento, in particolare, prevede che “*salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da un anno a sei anni e sei mesi chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita...*”.

Il decreto in esame, come evidenziato dalla relazione inerente il Disegno di Legge di conversione in Legge del d.l. nr. 11/2009², conteneva una serie di misure urgenti volte al contrasto dei reati di violenza sessuale e ad una più concreta tutela delle vittime dei reati di violenza sessuale, inserendo nell'ordinamento tra i delitti contro la libertà morale, la nuova figura delittuosa relativa agli atti persecutori.

La fattispecie di reato in parola, è stata oggetto di una importante sentenza da parte della Corte di Cassazione³, con la quale è stata affermato che il reato di atti persecutori è integrato da una serie di comportamenti tra cui lo *stalking* giudiziario ed è stata recentemente oggetto di una sentenza del Tribunale di Monza nel 2020, che ha condannato un Avvocato a quattro anni e all'interdizione dalla professione per cinque anni, con l'accusa di *stalking* giudiziario nei confronti di un imprenditore brianzolo, nei confronti del quale il legale avrebbe tentato oltre 200 cause civili e penali da quando, nel 2011, questi avrebbe deciso di interrompere la loro collaborazione⁴.

¹ Ufficiale Superiore del Corpo di Commissariato Militare Marittimo della Marina Militare. I contenuti del presente articolo rispecchiano le opinioni personali dell'autore e non sono in alcun modo attribuibili alla Forza Armata di appartenenza.

² Disponibile seguendo il percorso: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.wp?facetNode_1=0_8&facetNode_3=1_8\(200902\)&facetNode_2=1_8\(2009\)&previousPage=mg_1_2&contentId=SAN46424](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.wp?facetNode_1=0_8&facetNode_3=1_8(200902)&facetNode_2=1_8(2009)&previousPage=mg_1_2&contentId=SAN46424).

³ Cassazione Penale, Sez.V, 21.09.2019, (ud. 21.09.2019, dep. 06.11.2017), nr. 50438.

⁴ Cfr. https://www.ansa.it/lombardia/notizie/2020/06/19/prima-condanna-per-stalking-giudiziario_7f42fa1f-0310-4e1e-8ae7-b9c184f59036.html.

Lo *stalking* giudiziario, ad oggi poco conosciuto ed ancora poco approfondito anche dal punto di vista dottrinale e giurisprudenziale, si caratterizza per l'infondatezza dell'azione legale promossa – che può sostanziarsi anche con una pluralità di denunce ed esposti nei confronti di un individuo – e perseguita per arrecare danno e disagio piuttosto che avere giustizia e tutela di un diritto.

Ad oggi, la più recente giurisprudenza ha evidenziato che “*in tema di Stalking giudiziario, la reiterazione delle iniziative giudiziarie, che poi non abbiano esito positivo, possono integrare molestie ai fini che qui interessano, solo se appaiono del tutto strumentali e perciò, appunto, aventi una sola finalità persecutoria, per cui in assenza di tale specifica condizione, il ricorso ripetuto agli strumenti giuridici dovrà intendersi legittimo esercizio del diritto di tutelare i propri interessi a fronte di situazione che sono o che appaiono effettivamente illegittime (in applicazione dell'esimente di cui all'art. 51 c.p.)*”⁵.

Da una prima lettura, si è portati a ritenere che si possano avere situazioni di questo tipo solo con specifico riguardo a questioni relative alla vita privata di un individuo: in realtà supporre una cosa di genere è fortemente limitativo di quanto possa accadere in concreto, in quanto detta condotta può ben interessare anche questioni di carattere lavorativo, non ultimo in un ambiente talmente specifico quale quello militare.

Contrariamente a quel che si può pensare, infatti, l'ambiente militare presenta delle peculiarità che possono rendere particolarmente dirompente tale condotta, come meglio illustrato nei paragrafi successivi.

2. La specificità dell'ordinamento militare

2a. Gli istituti giuridici specifici dell'Ordinamento Militare

L'amministrazione militare, come già osservato da autorevole dottrina⁶, si distingue per tratti di assoluta originalità, discendenti dalle peculiarità delle proprie funzioni.

Infatti, sebbene la Costituzione non assegni alle Forze Armate⁷ una posizione differente rispetto alla pubblica amministrazione⁸, è altrettanto vero tuttavia che il Legislatore, con la l. nr. 183/2010, ha sancito la specificità del ruolo delle Forze armate (unitamente a quello delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco), *nonché dello stato giuridico del personale ad esse appartenente, in dipendenza della peculiarità dei compiti, degli obblighi e delle limitazioni personali, previsti da leggi e regolamenti, per le funzioni di tutela delle istituzioni democratiche e di difesa dell'ordine e della sicurezza interna ed esterna, nonché per i peculiari requisiti di efficienza operativa richiesti e i correlati impieghi in attività usuranti*⁹.

Già prima della Legge in commento, tuttavia, va osservato che anche dal punto di vista sistemico, le norme relative alle Forze Armate sono sempre state adottate con provvedimenti normativi differenti rispetto a quelle inerenti il pubblico impiego - come sancito peraltro dallo stesso art. 1 del d.lgs. nr. 165/01 – e riportate da ultimo ed in massima parte del d.lgs. nr. 66 del 2010 “Codice dell'Ordinamento Militare” (C.O.M.) e nel D.P.R. nr. 90 del 2010 “Testo Unico dell'Ordinamento Militare” (T.U.O.M.)¹⁰.

⁵ Cfr. Corte Appello, Firenze, Sez.II, 14.05.2018, nr. 1057.

⁶ Cfr. V.POLI – V. TENORE, *I procedimenti amministrativi tipici e il diritto di accesso nelle Forze Armate*, Giuffrè Editore 2002, pag. 1.

⁷ Cfr. V.POLI – V.TENORE, *op. cit.*, pag. 24. In particolare, riprendendo quanto a propria volta affermato da G. LANDI, Forze Armate, in EdD, vol XVIII, Milano, 1969, 25, le Forze Armate “*non sono un'istituzione costituzionale bensì a rilevanza costituzionale*”, attesa la sussistenza di numerose disposizioni costituzionali che incidono sulle stesse.

⁸ Cfr. V.POLI – V. TENORE, *op. cit.*, pag. 1.

⁹ Cfr. art. 19 della Legge 4 novembre 2010 nr. 183. L'affermazione è presente nella scheda *Temi dell'attività Parlamentare*, consultabile al link: <https://leg16.camera.it/465?area=13&tema=61&Funzionalit%C3%A0+delle+Forze+armate>.

¹⁰ In proposito, si evidenzia che l'evoluzione del comparto pubblico ha seguito una direttrice comune, individuabile nell'attuazione della legge-delega 28 dicembre 1995, nr. 549, applicabile a tutte le amministrazioni statali e dall'altro, mediante la legge 18 febbraio 1997, nr. 25, di riforma dei Vertici Militari.

In secondo luogo, va altresì evidenziato come l'attività amministrativa delle Forze Armate, in particolar modo nelle fasi successive all'entrata in vigore della l. nr. 241/90, abbia registrato - al pari di tutte le altre pubbliche amministrazioni - un forte incremento: la "gestione" dell'apparato che consente alle Forze Armate di assolvere ai propri compiti istituzionali, infatti, si esplica attraverso provvedimenti che scaturiscono da una molteplicità di procedimenti amministrativi, derivanti tra l'altro:

- dallo svolgimento di inchieste sommarie o formali a mente degli artt. 552 e segg. del T.U.O.M., in presenza di fatti di particolare gravità o risonanza e che pertanto necessitano di uno specifico approfondimento nell'ambito dell'Amministrazione Militare;
- dagli approfondimenti derivanti dall'aver individuato un danno all'erario a mente dell'art. 452 e seg. del T.U.O.M.;
- dall'esercizio della potestà sanzionatoria (di stato o di corpo), a mente degli artt. 1357 e 1358 del C.O.M., con l'avvio dei rispettivi procedimenti amministrativi volti all'esercizio di tali attribuzioni da parte dell'Autorità competente;
- dalla valutazione del Personale Militare mediante la redazione periodica della documentazione caratteristica a mente dell'art. 688 del T.U.O.M., al verificarsi della casistica di cui agli artt. 691 e 692 del T.U.O.M.;
- dall'avanzamento al grado superiore a mente delle norme contemplate dal d.lgs. nr. 66/2010 (C.O.M.) e del D.P.R. nr. 90/2010 (T.U.O.M.);
- dalle procedure concorsuali tese all'arruolamento nelle Forze Armate.

La prima considerazione discendente da quanto sopra affermato risiede nel fatto che qualsiasi atto adottato nell'ambito delle Forze Armate quale settore specifico del Pubblico Impiego, è assoggettato a quanto previsto dall'ordinamento giuridico in materia di:

- accesso agli atti amministrativi *ex artt.* 22 e seg. della l. nr. 241/90;
- potere sostitutivo *ex art.* 2 – comma 9 *bis* – della l. nr. 241/90;
- impugnazione del provvedimento, rimettendolo alla cognizione del giudice competente, con conseguente necessità di fornire alla Difesa erariale tutti gli strumenti di cognizione per resistere in giudizio.

La seconda considerazione, invece, deriva dal fatto che nell'ambito dell'Ordinamento Militare, esistono ulteriori strumenti volti ad incentivare il naturale dialogo che deve esistere tra subordinato e superiore, al fine di rendere quanto più solida possibile la presenza dell'interessato nell'ambito della compagine militare.

Ci si riferisce, nello specifico, a quanto previsto dall'art. 735 del T.U.O.M., rubricato come *relazione con i superiori*.

In proposito si evidenzia che:

- il comma 1 dell'articolo in commento, prevede che il Militare *possa chiedere, per via gerarchica, di conferire con il Ministro della Difesa o con un superiore, precisando il motivo della richiesta per le questioni di servizio, oppure dichiarandone il carattere privato, nel caso di questioni non riguardanti il servizio e la disciplina;*
- il comma 5 del medesimo testo, prevede che *qualunque Militare possa far pervenire al Ministro della Difesa, tramite il Comandante di Corpo o altra autorità superiore, un plico chiuso nel quale sono trattate solo questioni personali di particolare gravità e delicatezza attinenti al rapporto di impiego e di servizio;*
- il comma 6 stabilisce che *qualunque Militare può presentarsi direttamente a) ai propri superiori fino al comandante di compagnia o reparto corrispondente per gravi e urgenti motivi; b) a qualsiasi superiore fino al comandante di corpo per gravi ed urgenti motivi; c) all'autorità competente o a qualsiasi superiore nei casi di urgenza nei casi di sicurezza che interessano la sicurezza del reparto o se si tratta di questioni attinenti alla sicurezza dello Stato o alla salvaguardia di vite umane;*
- il comma 8 prevede che ogni Militare *possa conferire direttamente con l'Autorità incaricata di una ispezione, sempre se consentito mediante apposita comunicazione nell'ordine del giorno del corpo ispezionato.*

In merito al quadro normativo sopra richiamato, è appena il caso di sottolineare che il conferimento per motivi di servizio con il Ministro della Difesa o con il Vertice della Forza Armata di appartenenza, prevede un complesso iter istruttorio volto a rimettere all'Autorità adita dal conferimento non solo le doglianze espresse dall'interessato, ma anche i pareri resi dalle Autorità sovraordinate poste sulla linea gerarchica dell'istante.

Quanto sopra descritto, lascia chiaramente intuire come gli strumenti previsti nell'ambito dell'apparato amministrativo, sommati a quelli specifici che caratterizzano l'Ordinamento Militare, si prestino a poter essere "sviliti" delle loro precipue funzioni, di cui si sottolinea fin da subito l'irrinunciabilità ed importanza, per poter essere impiegati in maniera "pretestuosa" per esprimere in più sedi le proprie doglianze o per far incorrere l'Amministrazione in errore, qualora ad esempio non evase dall'Autorità competente (es. dal Comandante di Corpo o dai Superiori posti sulla linea gerarchica) secondo la tempistica prevista *ex lege*¹¹.

2b. Nuovi Istituti Giuridici: il *Whistleblowing*

Con la Legge 3 agosto 2009, nr. 116, l'Italia ha ratificato la Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4 e firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003.

La ratificata della Convenzione in esame, oltre ad aver sancito anche l'introduzione di norme di adeguamento interno e di modifiche al codice penale e al codice di procedura penale¹², ha determinato la necessità di dare attuazione a quanto previsto dall'art. 8 - comma 4 - della stessa, che cristallizza l'intenzione di ogni Stato contraente di inserire nel proprio ordinamento giuridico misure appropriate per tutelare da trattamenti ingiustificati coloro che, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, segnalino alle autorità competenti fatti concernenti reati ricompresi nell'ambito della Convenzione stessa.

Detta tutela è realizzata, in particolare, attraverso la disciplina introdotta dall'art. 54-*bis* del d.lgs n. 165 del 2001, inserito dall'art. 1, comma 51, l. 6 novembre 2012, n. 190 e modificato dall'art. 31, comma 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n.

¹¹ Ci si riferisce, in proposito, non solo a quanto previsto in tal senso dalla l. nr. 241/90 e dal D.P.R. 184/2006 *Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi*, ma anche dalle tempistiche sancite dagli artt. 1031 e seg. del T.U.O.M.

¹² Cfr. <https://www.osservatoriosullefonti.it/rubriche/fonti-comunitarie-e-internazionali/162-ratifica-ed-esecuzione-della-convenzione-onu-contro-la-corruzione>. "L'articolo 3 estende le fattispecie di peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri, di cui all'articolo 322-*bis*, 2° comma, numero 2), cod. pen., alle ipotesi in cui il denaro o altra utilità è dato, offerto o promesso *al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria*. L'articolo 4 dispone che in relazione all'articolo 377 bis c.p. ("*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, con violenza o minaccia, o con offerta o promessa di denaro o di altra utilità, induce a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci la persona chiamata a rendere davanti alla autorità giudiziaria dichiarazioni utilizzabili in un procedimento penale, quando questa ha facoltà di non rispondere, è punito con la reclusione da due a sei anni*") all'ente che abbia commesso tale delitto si applica la sanzione pecuniaria sino a cinquecento quote. L'articolo 5 introduce nel codice di procedura penale gli articoli 740-*bis* e 740-*ter*. Ai sensi dell'art. 740-*bis* (*Devoluzione ad uno Stato estero delle cose confiscate*), nei casi previsti da accordi internazionali le cose confiscate in esecuzione di un provvedimento definitivo di un'autorità straniera vengono devolute allo Stato estero nel quale il provvedimento è stato pronunciato alla duplice condizione che il provvedimento sia riconosciuto in Italia e lo Stato estero ne abbia fatto richiesta. Secondo l'art. 740-*ter*. (*Ordine di devoluzione*), è la Corte di appello che, contestualmente al riconoscimento del provvedimento straniero, ordina la devoluzione delle cose confiscate, trasmettendo copia del provvedimento al Ministero della giustizia, che ne stabilisce le modalità in accordo con lo Stato richiedente. L'articolo 6 stabilisce che è designato quale autorità nazionale anti-corruzione ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione il soggetto al quale sono state trasferite le funzioni dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito all'interno della pubblica amministrazione di cui alla legge 133/2008. La legge 133/2008, nel sopprimere l'Alto Commissario per la prevenzione ed il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito all'interno della pubblica amministrazione e l'Alto Commissario per la lotta alla contraffazione, ha *trasferito le rispettive funzioni al Ministro competente che può a tale fine delegare un sottosegretario di Stato*. A tale soggetto sono assicurate autonomia ed indipendenza. L'articolo 7 individua il Ministero della giustizia quale autorità centrale ai fini dell'applicazione della Convenzione, competente, fra l'altro, per la ricezione e l'invio delle richieste di assistenza giudiziaria sulla base della medesima".

114, come oggi vigente a seguito delle modifiche sostanziali apportate dall'art. 1, comma 1, l. 30 novembre 2017, n. 179¹³.

Questa disciplina ha regolato, sul piano dell'ordinamento, l'istituto comunemente noto come *whistleblowing*, di derivazione USA¹⁴.

Nel comparto pubblico, il *whistleblower* è il pubblico dipendente che, nell'interesse dell'integrità della Pubblica Amministrazione, segnali al responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza, ovvero all'A.N.A.C., o denunci all'Autorità Giudiziaria ordinaria o a quella contabile, condotte illecite cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro¹⁵.

L'istituto in esame riconosce importanti tutele nei confronti di chi se ne avvale: ci si riferisce, nello specifico, al fatto che il dipendente pubblico *whistleblower* non può essere sanzionato, licenziato, demansionato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi sull'interessato, quale diretta conseguenza della propria segnalazione¹⁶.

Sussistono poi delle ulteriori garanzie che presidiano l'anonimato di chi denuncia. Infatti:

- ai sensi del comma 3 dell'art. 54-bis d.lgs. 165/2001, “*l'identità del segnalante non può essere rivelata*”;
- nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'articolo 329 del codice di procedura penale;
- nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei conti, l'identità del segnalante non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria;
- nell'ambito del procedimento disciplinare l'identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa;
- qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità;
- la segnalazione è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni;
- per le medesime ragioni protettive, la segnalazione deve ritenersi sottratta anche all'accesso civico generalizzato, regolato dal d.lgs. n. 33 del 2013.

2c. Conseguenze di una “distorta applicazione” delle tutele previste dall'ordinamento giuridico

Gli istituti giuridici sopra descritti, qualora utilizzati in maniera “distorta” e “pretestuosa”, possono dare origine ad una vera e propria “spirale” all'interno dell'Amministrazione che può protrarsi per anni, determinando in prima battuta un aggravio delle routinarie incombenze lavorative, ma non solo: l'interessato, infatti, potrebbe non limitarsi all'impiego degli istituti sopra descritti (ricorso gerarchico, istanza di conferimento con Autorità di Vertice, inoltro di plico chiuso, segnalazione al competente Responsabile per l'Anticorruzione e Trasparenza ed all'A.N.A.C. quale *whistleblower*), ben potendo rivolgersi direttamente anche ad Autorità differenti da quelle fin qui menzionate, ovvero l'Autorità Giudiziaria Ordinaria, Militare e Contabile, unitamente alla Giustizia Amministrativa per i provvedimenti amministrativi derivanti.

Al contempo, preso atto delle doglianze espresse dall'interessato e della eventuale documentazione a corredo di quanto affermato, l'Autorità gerarchica sovraordinata ben potrebbe

¹³ Cfr. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_29_21_5.page.

¹⁴ Cfr. https://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Bimestrale/2018/Documents/Cap_Pierpaolo_Travaglione.pdf.

¹⁵ Cfr. *Il whistleblowing dopo la l. nr. 179/2017*, Giuffrè Francis Editore, pag. 7 e segg.

¹⁶ L'adozione di misure ritenute ritrosive, nei confronti del segnalante è comunicata in ogni caso all'ANAC dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere. L'ANAC informa il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri o gli altri organismi di garanzia o di disciplina per le attività e gli eventuali provvedimenti di competenza.

decidere di rimettere il carteggio ricevuto alla già citata Autorità Giudiziaria, per le successive valutazioni del caso.

In buona sostanza l'ordinamento militare, delineato *in primis* dal Codice e dal Testo Unico dell'Ordinamento Militare, unitamente alle tutele garantite a più ampio spettro dall'ordinamento giuridico, offrono delle condizioni favorevoli all'eventuale *stalker*, determinando particolari conseguenze anche per l'intero apparato amministrativo.

L'istruttoria di ogni procedimento amministrativo, infatti, comporta il necessario impiego di personale e mezzi per dare seguito alle istanze o adire le autorità competenti, determinando altresì la distrazione del personale destinati presso gli uffici dalle routinarie incombenze lavorative, con generale aggravio dell'agire amministrativo.

A tal riguardo, è logico quindi domandarsi quali siano le tutele che a propria volta possano essere attuate alla luce della condotta in esame, a maggior ragione nell'eventualità in cui i plurimi accertamenti condotti dall'Autorità Giudiziaria e dalla Polizia Giudiziaria non dovessero giungere ad appurare la rilevanza penale o contabile degli aspetti evidenziati dall'istante.

3. Le possibili tutele vs. la condotta dello *stalker*

3a. *Stalker* e soggetto passivo della condotta

In prima battuta, potrebbe rivelarsi applicabile nel caso di specie il reato di *calunnia* di cui all'art. 368 del codice penale, peraltro procedibile d'ufficio.

Detto reato si configura qualora un soggetto, per mezzo di denuncia, querela, richiesta o istanza incolpi di un reato una persona fisica o giuridica, di cui conosce l'innocenza o simuli a carico di quest'ultimo le tracce di un reato.

In proposito, tuttavia, va evidenziato che il reato *de quo* prevede per la sua ascrivibilità il *dolo generico*, da intendersi quale coscienza e volontà dell'autore della condotta della completa "innocenza" della persona resa oggetto dei propri scritti. Infatti, l'erronea convinzione della colpevolezza della persona esclude l'elemento soggettivo¹⁷.

Ne deriva, pertanto, che detto reato non potrà essere ipotizzato in presenza del totale o parziale convincimento dell'agente della veridicità di quanto affermato.

In secondo luogo, si potrebbe pensare alla configurabilità di quanto previsto a suo tempo dall'art. 594 del c.p. relativo all'*ingiuria*, abrogato ex D. Lgs. nr. 7 del 2016¹⁸, che prevede tuttavia che la condotta debba essere posta in essere in presenza del soggetto passivo del reato e quindi non configurabile avvalendosi degli scritti esaminati nel paragrafo precedente.

In materia di ingiuria, appare altresì opportuno evidenziare come il già citato d.lgs. nr. 7/2016 non abbia abrogato l'ingiuria militare, prevista dall'art. 226 del c.p.m.p. La formulazione letterale della norma in parola, tuttavia, è ostativa alla propria configurabilità nel caso in esame.

Rimane da esaminare quanto previsto dal codice penale e dal codice penale militare in tema di diffamazione.

In particolare, va evidenziato che la diffamazione è contemplata dall'art. 595 del codice penale, che punisce chi, fuori dai casi di ingiuria ex art. 594 c.p., "*comunicando con più persona, offende l'altrui reputazione*".

L'orientamento interpretativo prevalente della Cassazione ricostruisce in modo particolarmente ampio l'ambito di operatività del delitto di diffamazione previsto dall'art. 595 cod. pen., ritenuto sussistente tutte le volte in cui sia posta in essere una condotta lesiva dell'identità personale diretta a distorcere, alterare, travisare e offuscare il patrimonio intellettuale, politico, religioso, sociale, ideologico o professionale dell'individuo, mediante l'offesa della sua reputazione (Cass., Sez. V, sentenza del 2011, n. 37383).

¹⁷ Cfr. Cass. Pen. Sez. VI, 27.05.2013.

¹⁸ In merito alla legittimità costituzionale dell'abrogazione dell'articolo in commento, cfr. Corte Costituzionale, sentenza nr. 37 del 2019.

Il Codice Penale Militare di Pace, invece, disciplina la diffamazione all'art. 227, oggetto peraltro di una Sentenza della Corte Costituzionale (Corte Costituzionale, 29 ottobre 2009, n. 273) che ha sancito l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevede l'applicabilità anche al delitto di diffamazione militare dell'art. 596, comma terzo, numeri 1) e 2), e comma quarto, c.p.

A fattor comune, va osservato che ai fini dell'integrazione dell'elemento psicologico nel delitto di diffamazione è sufficiente la sussistenza del *dolo generico* che può anche assumere la forma del dolo eventuale, in quanto è sufficiente che l'agente, consapevolmente, faccia uso di parole ed espressioni socialmente interpretabili come offensive, cioè adoperate in base al significato che esse vengono oggettivamente ad assumere senza un diretto riferimento alle intenzioni dell'agente (Cass. pen., 16.12.1998, n. 212343).

Anche in questo caso, pertanto, si ritiene che il soggetto passivo di detta condotta possa difficilmente vedersi attore di un'azione che si traduca in una pronuncia da parte dell'Autorità Giudiziaria competente, volta ad acclarare la rilevanza dal punto di vista penale o penale militare del soggetto attivo delle condotte.

Non va sottaciuto, inoltre, che l'uso "strumentale" e senza soluzione di continuità dell'istituto del "*whistleblowing*", pone problematiche non di poco conto circa la possibilità di ostendere la documentazione prodotta dal *whistleblower*, sebbene partecipata in forma irrituale a più articolazioni della Pubblica Amministrazione, con un doppio ordine di conseguenze:

- l'impossibilità per il soggetto passivo di accedere agli scritti (rivelatisi infondati) che lo menzionano alla luce di quanto previsto dall'art. 54 *bis* del d.lgs. nr. 165/2001;
- la concreta possibilità, per il responsabile del procedimento di accesso agli atti, di autorizzare l'ostensione di documentazione "coperta" dalla tutela in esame, con il rischio pertanto di commettere una violazione del già citato art. 54 *bis* e quindi di rispondere direttamente ai profili sanzionatori di carattere pecuniario, da ultimo previsti dal Regolamento ANAC del 1 luglio 2020 (pubblicato sulla G.U. del 18.08.2020¹⁹).

Si evidenzia, in proposito, che nel parere reso dal Garante della Protezione dei dati personali sullo schema di "*Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui sono venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001 (cd. Whistleblowing)*" del 4 dicembre 2019²⁰, è espressamente previsto che "*la disciplina in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti deve essere considerata come una delle "norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro"*, il cui rispetto è condizione di liceità del trattamento (art. 88 del Regolamento).

In proposito, qualora il *whistleblower* si sia rivolto anche all'Autorità Giudiziaria, l'eventuale archiviazione del procedimento penale instauratosi a seguito della sua denuncia non è elemento idoneo a determinare l'applicazione del comma 9 ed a far venir meno la tutela di cui all'art. 54 *bis*, alla luce del fatto che l'archiviazione, per sua natura, non può contenere quell'accertamento della responsabilità penale e/o civile del *whistleblower* nelle forme richieste dalla richiamata disposizione.

Ne deriva che il *whistleblower*, anche in caso di archiviazione del procedimento istauratosi a seguito della sua denuncia, conserva le tutele previste dall'art. 54-*bis* e la sua segnalazione continua ad essere sottoposta a divieto di accesso di cui al comma 4 dell'art. 54 *bis* del d.lgs. nr. 165/01.

Rimane ferma tuttavia la possibilità per i soggetti che lamentino una lesione della loro reputazione o del loro onore, di sporgere comunque denuncia nei confronti del *whistleblower* sulla base dei contenuti ed esiti del procedimento penale archiviato.

¹⁹ http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=1fea73ef0a7780426c032eb975d2aec5.

²⁰ Si segnala in proposito la pubblicazione sulla G.U. nr. 205 del 18.08.2020 del "*Regolamento per la gestione delle segnalazioni e per l'esercizio del potere sanzionatorio in materia di tutela degli autori di segnalazioni di illeciti o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito del rapporto di lavoro di cui all'art. 54 – bis del decreto legislativo nr. 165/2001*", deliberato dall'A.N.A.C.".

3b. Pubblica Amministrazione vs *Stalker*

Con riguardo invece alle possibili azioni esperibili dalla Pubblica Amministrazione, si rileva che l'art. 340 del codice penale contempla “*l'interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità*”, prevedendo che “*chiunque, fuori dei casi preveduti da particolari disposizioni di legge [331, 431, 432, 433], cagiona una interruzione o turba la regolarità di un ufficio o servizio pubblico [358] o di un servizio di pubblica necessità [359], è punito con la reclusione fino a un anno*”.

Anche detta fattispecie di reato non è di facile configurabilità, soprattutto con specifico riguardo ad un ufficio incardinato in una più ampia articolazione della P.A., sebbene una recente sentenza della Corte di Cassazione lasci intravedere alcune aperture²¹.

Di fondo, tuttavia, non può sottacersi che una incessante attività di un dipendente pubblico volta ad avvalersi nel tempo della Pubblica Amministrazione quale “tramite” per lamentare fatti o comportamenti già vagliati dall'A.G. ed attribuiti ad altro dipendente pubblico, determina in astratto un danno all'erario, individuabile nelle ore di lavoro:

- impiegate dal personale dell'ufficio della P.A. preposto alla trattazione delle istanze ricevute per dare seguito all'attività istruttoria interna e per dare riscontro, ovvero per interessare l'Autorità Giudiziaria laddove si intravedano profili da dover rimettere necessariamente alla già citata A.G. per la possibile individuazione di fattispecie di reato;
- sottratte allo svolgimento delle pratiche di *routine*, con importanti ripercussioni sull'efficacia dell'azione amministrativa, atteso il fatto che il personale preposto alla trattazione delle istanze in parola e quindi chiamato a redigere relazioni/missive derivanti dal contenuto delle istanze ricevute, è sovente lo stesso a cui sono demandate altre incombenze lavorative.

Alla luce di quanto sopra esposto, non si ritiene pertanto di poter escludere a priori che detto *modus operandi*, qualora reiterato nel tempo e giudicato “privo di fondamento penale o contabile” dall'A.G. interessata dalla stessa P.A. alla luce dei contenuti degli scritti ricevuti, potrebbe essere rimesso a propria volta alla cognizione della già citata Magistratura al fine di rispondere del danno arrecato all'erario.

In proposito, si osserva che la cognizione della Magistratura Contabile ha registrato a partire dagli anni 70 un progressivo ampliamento della propria giurisdizione in tema di “danno all'erario” e, più in generale, in tema di “danno pubblico²²”.

Nel caso in esame, si ritiene possa sussistere un potenziale “danno da disservizio²³”, ovvero tipologia di danno distinto da quello patrimoniale diretto²⁴, individuabile nel rallentamento della

²¹ <https://www.diritto.it/sentenze/corte-di-cassazione-vi-sez-pen-sentenza-n-1334-del-11-01-2019/>

²² Va evidenziato che la nozione di danno all'erario, che risente di una mancanza di una definizione normativa specifica, ha trovato tra l'altro una importante evoluzione grazie alle Sentenze in materia della Magistratura Contabile e della Corte di Cassazione. Quest'ultima, in particolare, superando la nozione iniziale di danno erariale, accolse il più esteso concetto di “danno pubblico”, comprensivo non solo della lesione degli elementi patrimoniali ma anche degli interessi pubblici generali riferibili allo stato-comunità (Cass. SS.UU., 4 gennaio 1980, nr. 2).

²³ Cfr. Corte Conti, (Puglia) sez. reg. giurisd., 10/05/2012, n.621 secondo la quale “...Il danno patrimoniale “da disservizio” è una sottospecie del danno erariale, che si registra quando si sia verificato o “un esercizio illecito di pubbliche funzioni”, o “una mancata resa della prestazione dovuta dal pubblico dipendente” (fra le altre, Corte conti, sez. Umbria n. 371/2004) o, ancora, un mancato conseguimento della legalità, efficienza, efficacia, economicità e produttività dell'azione della p.a., per via della disorganizzazione del rispettivo servizio dovuta alla condotta commissiva od omissiva, connotata da dolo o da colpa grave, del pubblico dipendente (in tal senso, Corte conti, sez. Veneto n. 866/2005)...”.

²⁴ Cfr. Corte Conti, (Emilia-Romagna) sez. reg. giurisd., 08/09/2008, n.787 che stabilito che “...Il danno da disservizio si risolve nel pregiudizio - ulteriore rispetto al « danno patrimoniale diretto » - recato dalla condotta illecita del dipendente al corretto funzionamento dell'apparato pubblico, concretandosi, ad esempio, in una o più delle seguenti fattispecie: mancato conseguimento della legalità, della efficienza, della efficacia, della economicità e della produttività dell'azione e dell'attività di una pubblica amministrazione, dispendio di energie per la ricostruzione di contabilità mancanti o contraffatte, costo sostenuto dall'amministrazione per accertare e contrastare gli effetti negativi sull'organizzazione delle

quotidiana attività lavorativa dell'Ufficio interessato a dare riscontro alle istanze trasmesse dal dipendente, a svantaggio delle quotidiane incombenze lavorative e con conseguente aggravio della trattazione dei procedimenti di interesse²⁵.

Inoltre, possibili profili di "danno erario" sono individuabili nell'eventuale attività ispettiva interna che l'Amministrazione potrebbe disporre alla luce degli scritti in commento, con conseguenti spese per l'erario derivanti dall'attività di trasferta/missione da corrispondere al personale incaricato degli accertamenti in parola, che peraltro verrebbe distolto dalle mansioni principali con conseguente aggravio della routine lavorativa ordinaria²⁶.

In questo caso, non possono essere sottaciute le potenziali difficoltà da parte del Giudice Contabile ad operare una stima concreta del danno basata su elementi puntuali o comunque in via equitativa ex art. 1226 del c.c.

Di contro, sussistono tuttavia dei parametri oggettivi che potrebbe essere impiegati, quali le ore di lavoro utilizzate dalla P.A. per riscontare le molteplici richieste pervenute dal medesimo dipendente e le ore di straordinario autorizzate al pubblico dipendente per evaderle ovvero per garantire il corretto funzionamento dell'ufficio, alla luce delle routinarie incombenze lavorative e della necessità, comunque, di rispettare le tempistiche fissate dalla legge per la conclusione dei procedimenti amministrativi discendenti da dette richieste.

Con riguardo invece ad una eventuale azione in sede civile, si evidenzia che l'art. 2059 del c.c. consente il risarcimento del danno non patrimoniale solo *nei casi determinati dalla legge*, l'archetipo dei quali è quello previsto dall'art. 185 c.p., per il quale ogni reato obbliga il colpevole al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale²⁷.

Il fatto, inoltre, che il giudice penale non abbia pronunciato una sentenza di accertamento dell'esistenza del reato, non preclude tuttavia l'avvio di un'azione risarcitoria in sede civile, attesa l'autonomia esistente tra i due giudizi²⁸, a meno che non sopravvenga una sentenza penale che faccia stato anche nel procedimento civile ai sensi degli artt. 651 e 652 del c.p.p.

È appena il caso di ricordare, infatti, che *"ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale, il giudice civile, allorquando non sia vincolato dal giudicato penale di condanna ai sensi dell'art. 651 c.p.p. è tenuto ad accertare "incidenter tantum" l'effettiva sussistenza del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi, incluso l'elemento soggettivo, pur non ostando al risarcimento il mancato positivo accertamento della colpa dell'autore del danno se essa, come nel caso di cui all'art. 2054 c.c., debba ritenersi sussistente in base ad una presunzione di legge e se, ricorrendo la colpa, il fatto sarebbe qualificabile come reato; ne consegue che non è sufficiente alla parte attrice, che si affermi danneggiata dall'altrui fatto illecito costituente reato, la mera allegazione del fatto, ma è necessario che la parte stessa ne fornisca la prova, documentale nel caso di cui all'art. 651 c.p.p. o soltanto orale, nei casi in cui il reato si sia estinto per una delle cause previste dalla legge, o non si sia proceduto per difetto di querela o di imputabilità, prova che dovrà essere valutata dal giudice civile*

strutture e degli uffici in conseguenza di comportamenti dolosi di un dipendente, costi sostenuti per il ripristino della funzionalità dell'ufficio, mancato conseguimento del buon andamento dell'azione pubblica, dispendio di risorse umane e di mezzi strumentali pubblici....".

²⁵ Cfr. Corte Conti, (Trentino-Alto Adige) sez. reg. giurisd., 31/12/2007, n.56, secondo cui *"...la Procura regionale può ravvisare la sussistenza di elementi idonei e sufficienti alla configurazione della responsabilità amministrativa per un danno all'erario riguardato sotto vari profili (all'immagine, da disservizio, alla funzione pubblica, da perdita di "chance", da lesione della concorrenza e del mercato) ..."*.

²⁶ Cfr. Vito TENORE, *Studio sull'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, Giuffrè Francis Lefebvre, Ed.2020, pagg. 9 e seg. L'autore, in particolare, nell'evidenziare l'assenza di una definizione unitaria del concetto di ispezione amministrativa, utilizza nel proprio studio la seguente nozione: *"sub-procedimento amministrativo istruttorio, articolato in atti giuridici ed operazioni, non cadenzati da una rigida sequenza temporale, caratterizzato, sulla base di una potestà espressamente riconosciuta dall'ordinamento a tutela di specifici interessi primari, ad incisive finalità acquisitive e di controllo autoritativo su fatti ed atti posti in essere da soggetti appartenenti all'amministrazione procedente (o estranei alla stessa, pubblici o privati) e finalizzato ad acquisire elementi valutativi, di fatto e di diritto, di regola confluenti in più ampio procedimento amministrativo, che culmina con l'adozione di ulteriori atti, di rilevanza esterna, dell'amministrazione attiva"*.

²⁷ Cfr. G. MIOTTO, *Il Reato di stalking e i suoi riflessi civilistici*, Giuffrè Editore, estratto disponibile al link https://www.studiomiotto.com/wp-content/uploads/2015/03/stalking_riflessi_civilistici.pdf.

²⁸ Al riguardo, *ex multis*, Cass. civ. 14 febbraio 2000, n. 1643.

al fine dell'accertamento soltanto incidentale della sussistenza del reato in tutti i suoi elementi costitutivi²⁹".

4. Conclusioni

Lo *stalking* giudiziario è oramai una realtà e, paradossalmente, sintetizza due elementi posti alle antipodi della realtà, ovvero il perpetrare atti persecutori – sempre e comunque da condannare prima di tutto sul piano umano – con gli istituti giuridici volti invece a garantire la tutela dei diritti dei singoli, laddove si reputi di aver subito ingiustamente una compressione o una lesione degli stessi.

I casi in esame, ad oggi in aumento, trovano nella Pubblica Amministrazione e nello specifico settore militare, terreno fertile su cui affondare le proprie radici, atteso il fatto che ai consueti strumenti per garantire il dialogo tra pubblico dipendente e la Pubblica Amministrazione, si sommano tutti quegli strumenti volti a garantire la coesione tra i Militari, già a partire dal Corpo di appartenenza.

Un uso distorto di tutti gli strumenti che l'ordinamento offre a garanzia dei propri diritti e delle proprie libertà, e che come tali devono essere sempre garantiti e salvaguardati in aderenza al dettato Costituzionale, possono avere delle ripercussioni molto importanti, in particolare se utilizzati in maniera pretestuosa verso un appartenente alla medesima Amministrazione.

Ci si riferisce, nello specifico, a tutti i casi in cui documenti e comportamenti vengono strumentalizzati da un dipendente e distorti per costruire una narrativa, da porre a fondamento di istanze, scritti, esposti, tesi ad evidenziare asseriti comportamenti non corretti di un collega o di un superiore, con il conseguente avvio di procedimenti interni ed esterni da parte della P.A. (compresa quella Militare), dell'A.G. Ordinaria/Militare/Contabile e da Autorità Indipendenti quali l'A.N.A.C., volti alla verifica dell'eventuale rilevanza degli stessi dal punti di vista penale, contabili ed amministrativo.

Non ci sarebbe che da esprimere il proprio plauso se la caparbia del dipendente riuscisse a portare in luce delle condotte non conformi e non può che dover essere sempre riconosciuta la massima tutela a chi decide di avvalersi degli strumenti previsti dall'ordinamento per far valere i propri diritti o per rivelare il "malaffare" di altri: di contro, tuttavia, la reiterazione di dette istanze nel corso degli anni a valle di una pluralità di accertamenti condotti dalla già citata Autorità Giudiziaria dai quali nulla di illecito è risultato, non può che indurre a dover ragionare su quali possano essere gli strumenti a disposizione del singolo dipendente oggetto della condotta "persecutoria" e dell'Amministrazione per "chiedere conto" di un evidente "abuso del diritto".

Al di là delle fattispecie penali succintamente descritte nelle pagine precedenti, è lungo una direttrice di carattere civilistico e contabile che forse si dovrebbe "guardare" per individuare la sede dove valutare l'effettiva pretestuosità della condotta perpetrata per anni e procedere ad una quantificazione dei danni non patrimoniali arrecati al soggetto passivo di tale comportamento.

Utilizzando la medesima lente, è altrettanto vero che la stessa Amministrazione (in senso ampio) per cui lavorano i dipendenti coinvolti, è nelle condizioni di poter lamentare un danno, laddove il proprio personale venga sottratto per anni alle ordinarie incombenze lavorative, per dare riscontro alle istanze presentate dal dipendente/*whistleblower*.

A tal proposito, non può sottacersi che l'uso distorto di tale istituto, di assoluta importanza per l'ordinamento e per tutti i cittadini, ha delle rilevanti implicazioni sull'operato della pubblica amministrazione, ben potendolo alterarlo e, nel caso del protrarsi della condotta per anni, rallentarlo.

È auspicabile, pertanto, che vi sia una opportuna valutazione in ordine all'attuale formulazione delle norme che contemplano la rilevante tutela appena esaminata, nell'attesa che al contempo si formi giurisprudenza su una tematica sempre più incidente nella vita professionale dei dipendenti.

Più in generale, si ritiene che sussistono fondati motivi per ritenere verosimile un intervento del Legislatore, al fine di attagliare fattispecie già esistenti per reprimere un uso "distorto" e reiterato nel tempo degli istituti contemplati nell'ordinamento, fino a poter ipotizzare una eventuale introduzione nel codice penale militare di pace di una fattispecie di reato specifica per i militari.

²⁹ Cfr. *Cass. civ.*, 30 giugno 2005, n. 13972 richiamata anche nella nota nr. 8 dello scritto disponibile al link https://www.studiomiotto.com/wp-content/uploads/2015/03/stalking_riflessi_civilistici.pdf.