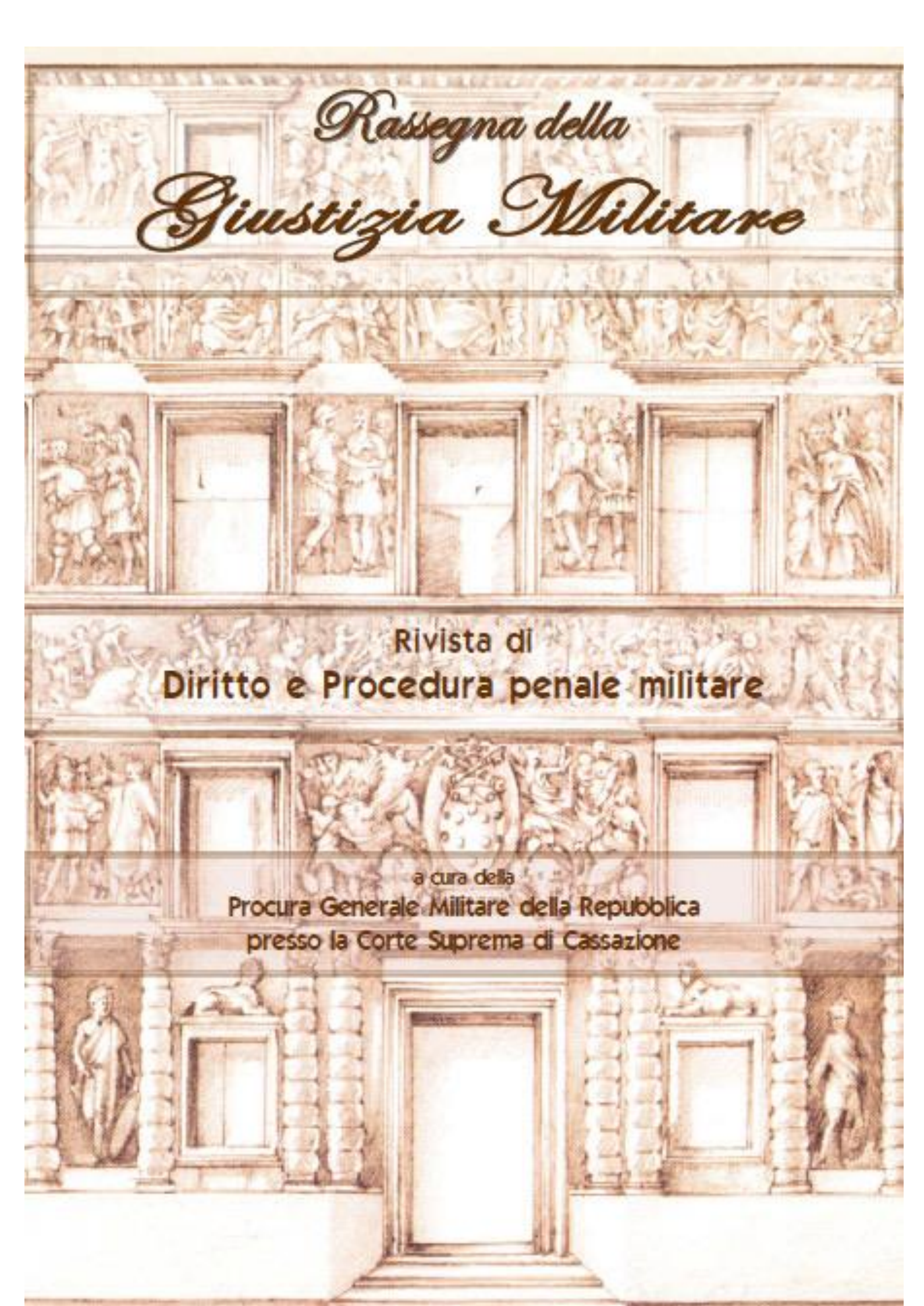




Rassegna della Giustizia Militare

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

BIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE MILITARE

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

Comitato Scientifico: Francesco CALLARI, Domenico CARCANO, Paolo FERRUA, Luigi Maria FLAMINI, Ranieri RAZZANTE, Pierpaolo RIVELLO, Natalino RONZITTI, Antonio SCAGLIONE, Giovanni Paolo VOENA

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

Redazione: Sebastiano LA PISCOPIA (Capo Redattore), Andrea CONTI, Pierpaolo TRAVAGLIONE

*** **

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: Rassegna della Giustizia Militare
ISSN: 0391-2787

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

Periodicità: bimestrale (on-line)

Proprietario: Ministero della Difesa

Sede: Via degli Acquasparta 2 - 00186 Roma

Editore: Procura Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione

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

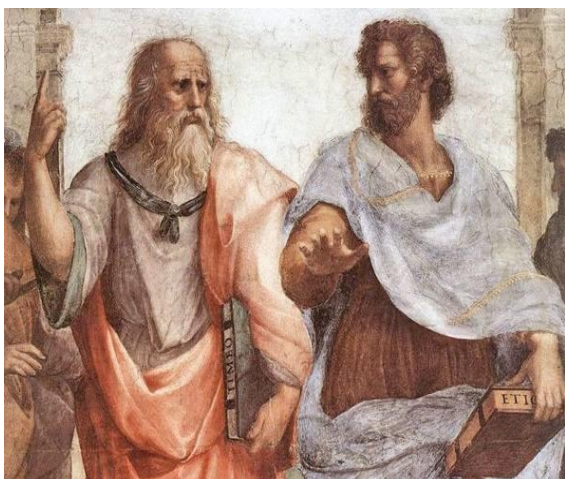
INDICE DEL NUMERO 3 / 2019

Editoriale del Capo Redattore <i>di Sebastiano La Piscopà</i>	p. 4
Audizione del Procuratore generale militare della Repubblica presso la Corte Suprema di Cassazione dinanzi alle Commissioni riunite Difesa /Giustizia della Camera Roma, 26 giugno 2019 <i>di Maurizio Block</i>	p. 6
Le sopravvenienze normative nelle procedure di reclutamento <i>di Gaetana Natale</i>	p. 11
Mafia e antimafia durante il fascismo <i>di Antonio Scaglione</i>	p. 19
La tassatività delle condizioni negli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale ed i rimedi giurisdizionali nella fase prodromica dell'accordo fiscale <i>di Nicolò Giordana</i>	p. 25
Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Una concisa autopresentazione <i>di Gaetano Carlizzi</i>	p. 32
Radicalizzazione e prevenzione nell'ottica giurisdizionale in ambito nazionale ed europeo <i>di Nicola Piacente</i>	p. 38
<i>The Doctrine of Command Responsibility as an appropriate Mode of Liability for Sexual Violence</i> <i>di Marisa Giustiniani</i>	p. 48
Pubblico impiego ed appartenenza massonica: (in)compatibilità? <i>di Saverio Setti</i>	p. 55
Il <i>testamentum militis</i>: nuove ricerche sul tema della doppia paternità contenuta in Digesto 29.1.1 pr. <i>di Marco Fimiano</i>	p. 67

Editoriale del Capo redattore

a cura di Sebastiano La Piscopia¹

La funzione etica dell'interprete delle norme



Ci piacerebbe ricordare con il padre dell'etica - Aristotele - che il fine supremo della condotta umana è la felicità (eudemonismo) che può essere raggiunta solo modulando il comportamento alle esigenze proprie della natura umana.

Al riguardo, tuttavia, verrebbe da pensare che non tutte le pulsioni umane che tendono alla felicità sono di per sé virtuose, ma per Aristotele è il carattere essenzialmente razionale dell'uomo che lo conduce al raggiungimento della felicità attraverso la realizzazione delle cosiddette virtù dianoetiche (sapienza, scienza, intelligenza, arte, saggezza).

Tale antica essenza di pensiero ispirò forse l'intuizione Dantesca *hominis ad hominem proportio*, secondo la quale il paradigma della giuridicità è da rinvenirsi nella fusione delle esigenze individuali nell'*unicum* etico trascendente alle singole utilità rappresentato dalla socialità.

Va altresì rammentato che alcune affermazioni teoretiche, come quella relativa all'immortalità dell'anima (legge del 18 floreale dell'anno II [7 maggio 1794], votata durante un'Assemblea della rivoluzione francese), furono prive di qualsiasi precetto imperativo perché "confessionalità" non equivale necessariamente ad "eticità".

La legge quindi, solitamente, nell'attuare l'equazione pratica, ossia la cosiddetta *proportio*, esprime una *voluntas perpetua et constans* che - pur apparendo statica nella sua corporalità letterale - assume una funzione peculiare nel momento in cui l'interprete della stessa è chiamato a coglierne la *ratio*.

Risalente filosofia del diritto usava distinguere, in modo piuttosto netto, la perenne esecuzione della norma dalla perenne interpretazione della stessa, individuando i primi attori nell'ambito del potere esecutivo ed i secondi negli Organi della magistratura.

A sommosso avviso di chi scrive esiste, però, e non da ora, una terza categoria di "attori non protagonisti" della scena istituzionale che è quella dei consulenti legali, meglio noti in ambito internazionale come *legal advisors*, chiamati a svolgere un ruolo importantissimo quale quello di

¹ L'autore esprime in questo editoriale scevro da pretese di esaustività e di scientificità il proprio libero pensiero evidenziando - come di consueto - che esso non rappresenta in alcun modo la posizione dell'Amministrazione d'appartenenza, qui liberata da ogni eventuale responsabilità. L'immagine è stata reperita sul web e quindi considerata di dominio pubblico (*dettaglio della Scuola di Atene di Raffaello, con Aristotele raffigurato a destra*); qualora si ritenesse che essa possa violare diritti di terzi si prega di scrivere a rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it e sarà prontamente rimossa.

fornire il quadro normativo di riferimento, interpretare le norme e “consigliare” l’Organo espressione del potere esecutivo su cosa sia corretto fare.

Al riguardo si osserva che, a differenza del Giudice, il tenutario del potere esecutivo, sia a livello nazionale che locale, non sempre è un profondo conoscitore di ogni norma e che, per di più, non sempre è animato dall’idealismo etico di *J.G. Fichte* che, lo ricordiamo, poneva come suprema norma etica l’obbedienza alla pura convinzione razionale della propria coscienza.

Ciò stante, il *legal advisor*, benché sia spesso correttamente inquadrato a livello internazionale come *independent special staff*, non necessariamente è chiamato ad interpretare la “volontà collettiva” attualizzandola al caso concreto.

Autorevoli filosofi del diritto come Antonino Repaci usavano affermare che la collettività sola è fonte della legge, ancorché a tale funzione abbia delegato Organi particolari e che la legge segue sempre la sua dinamica ed adempie sempre il suo ufficio.

Tuttavia i burocrati non sono tenuti a perseguire un’interpretazione dinamico-evolutiva della norma, né i consulenti legali sono tenuti ad ispirare interpretazioni che seguano necessariamente criteri logici da cui possano derivare rischiose assunzioni di responsabilità.

Ciò nonostante, verrebbe da osservare che il criterio logico ha una sua intrinseca forza di libertà sociale perché è solo tale nobile criterio a porre il soggetto quale baricentro delle valutazioni del consulente legale.

E’ per tale ragione che il predetto interprete laico (non togato) delle norme dovrebbe sforzarsi di seguire secondo scienza e coscienza, per quanto possibile, tale criterio.

Il consulente legale, pertanto, ispirandosi con umiltà alla saggezza del Giudice, oltre all’analisi dei lavori preparatori della norma, potrebbe analizzare l’elemento storico, ossia i cambiamenti diacronici degli istituti giuridici ed anche l’elemento sistematico che penetra la norma ponendola in sistema con il previgente quadro legislativo e con coesistenti istituti giuridici, ma soprattutto l’elemento sociologico che è quello secondo il quale la norma deve rispecchiare il contesto sociale di riferimento ed i suoi valori.

Tali valori sono espressi in leggi naturali prima ancora che in leggi scritte.

Valori come ad esempio il diritto di lavorare seguendo le proprie aspirazioni ed attitudini, di vivere vicino ai propri cari, di avere dei figli, di esprimere liberamente la propria immagine e le proprie idee: tutti valori che superano le interpretazioni burocratiche di singoli istituti giuridici.

Illuminati interpreti etici delle norme, potrebbero concludere che è seguendo tali valori che un uomo di legge diventa un grande Uomo di legge.

**Audizione del Procuratore generale militare della Repubblica
presso la Corte Suprema di Cassazione
dinanzi alle Commissioni riunite Difesa /Giustizia della Camera
Roma, 26 giugno 2019**

*Dott. Maurizio BLOCK **

Saluto e ringrazio i Presidenti delle Commissioni Difesa e Giustizia della Camera ed i componenti delle Commissioni seconda e quarta per aver voluto disporre la mia audizione quale Procuratore generale militare presso la Corte Suprema di Cassazione su un tema quale la razionalizzazione della giurisdizione militare di così vivo interesse per la categoria, per il mondo militare e la giustizia.

In più sedi, istituzionali e non, la magistratura militare ha, nel corso di questi anni sollevato, il problema dello stato attuale di **trascuratezza** in cui versa la giustizia militare per **l'assenza da lungo tempo** di interventi normativi che prendano finalmente atto della mancanza di una funzione sociale svolta da tale giurisdizione la quale, per una serie di fattori che illustrerò, non esercita al momento più il controllo sulla legalità nelle Forze Armate, se non in modo occasionale ed irrazionale.

Ciò rende indifferibile un intervento riformatore in materia che dia senso e compiutezza a questa giurisdizione.

Invero ricordo che la questione circa il mantenimento dei tribunali militari fu oggetto di lunga e travagliata discussione in sede costituente sia perché, da un lato, si scontrarono due diverse teorie, l'una che propendeva per l'unità della giurisdizione e soppressioni di quelle speciali, sostenuta dal Calamandrei, l'altra per il mantenimento di queste ultime sostenuta dal Mortati, sia perché il ruolo dei tribunali militari nei decenni precedenti evocava nell'immaginario collettivo il ricordo ancora di una giustizia sommaria e non indipendente.

Prevalse alla fine la tesi del mantenimento dei tribunali militari, ma in forma limitata. Infatti l'art 103 u.c. Cost. prevede che, in tempo di pace, **i tribunali militari hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi dagli appartenenti alle FFAA**. La VI disposizione transitoria poi sottrasse all'obbligo di revisione i tribunali militari quali giudici speciali, stabilendo solo per il Tribunale Supremo la revisione entro un anno secondo il disposto dell'art. 111 Cost..

Inoltre l'art.108 Cost. stabilì che **ai giudici ed ai Pm speciali fossero attribuite le stesse garanzie di indipendenza spettanti alla giurisdizione ordinaria**.

Questa disposizione trovò attuazione solo nel 1981 a più di trent'anni dall'entrata in vigore della Costituzione e consentì di attribuire alla magistratura militare la piena equiparazione delle garanzie di autonomia della magistratura ordinaria mediante la creazione di un organo di autogoverno, per cui oggi può affermarsi, senza tema di smentita, che la magistratura militare ha pienamente raggiunto i requisiti richiesti per una giurisdizione libera ed indipendente.

I limiti imposti dall' art. 103 Cost. sono soggettivi, in quanto l'applicazione delle legge penale militare si applica solo agli appartenenti alle Forze Armate, ed oggettivi, in quanto la giurisdizione è limitata ai soli reati militari, la cui definizione non viene fornita dalla Costituzione ma rimessa alla legge ordinaria senza che siano esplicitati i criteri che devono essere sottesi a tale definizione.

Questa tautologia ha trovato però superamento nella dottrina e giurisprudenza che hanno precisato che un reato militare presenta una **plurioffensività eterogenea** perché oltre ad un interesse comune, quasi sempre tutelato, se ne aggiunge uno specifico militare che lo deve necessariamente connotare.

I reati militari, secondo l'originaria formulazione del cpmp vigente al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, erano non solo quelli menzionati espressamente nel codice penale militare di pace secondo l'art. 37, 1° comma cpmp, ma, secondo quanto stabilito nell'art. 264 cpmp, anche alcuni reati comuni, che in concorso di determinate condizioni, divenivano reati militari. Si parlava in questo caso di *reati militarizzati*.

*** Procuratore generale militare presso la Corte suprema di Cassazione.**

Questo sistema consentiva di attribuire una compiutezza ed un ruolo alla giurisdizione militare in virtù del quale la stessa esercitava un controllo completo sui comportamenti illeciti in ambito militare.

Tuttavia, sull'onda emotiva di un episodio di cronaca dell'epoca, venne emanata **la legge 167/56, la quale abrogò l'art. 264 e ciò comportò la scomparsa dei reati militarizzati**.

La conseguenza fu che già dal 1956 la giurisdizione militare iniziò ad essere fortemente frammentaria in quanto venivano puniti solo ed esclusivamente i reati espressamente menzionati nella legge penale militare che non ricomprendevano tutti i fatti criminosi che potevano verificarsi in caserma.

A questi interventi limitativi della giurisdizione ne seguirono altri che contribuirono ad erodere ulteriormente le competenze della magistratura militare: molte **pronunce di illegittimità costituzionale** di norme obsolete contenute nel codice penale militare ed i tempi recenti **la sospensione della leva dal primo gennaio 2005** e la conseguente professionalità nelle forze armate che hanno praticamente comportato l'azzeramento dei reati di assenza dal servizio e di obiezione di coscienza proprio in considerazione della positiva motivazione che sorregge gli appartenenti alle FF.AA.

La conseguenza è che oggi il carico giudiziario dei Tribunali è fortemente diminuito, come si desume dalle statistiche giudiziarie.

Né è stata sufficiente a fronteggiare il fenomeno, la riduzione delle sedi giudiziarie da 9 a 3 in primo grado e da 3 a 1 in secondo per riequilibrare i carichi e la riduzione dell'organico dei magistrati militari da 103 a 58.

La giustizia militare, come ho avuto modo di dire, quale allora Presidente della Corte militare d'appello all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2017, è una fiammella la cui intensità diminuisce progressivamente senza tuttavia mai spegnersi.

Si impone perciò un intervento diretto a rivitalizzarla dandole un senso ed una funzione oppure sopprimerla.

Voglio solo ricordare alcuni esempi da cui si desume la frammentarietà ed irrazionalità delle competenze: secondo l'attuale assetto, **l'omicidio nei confronti di un superiore per motivi di servizio** è reato militare giudicato dal giudice militare mentre non lo è quello commesso nei confronti di un pari grado che viene giudicato dal giudice ordinario; **le lesioni dolose** sono reato militare mentre le lesioni colpose reato comune, **il peculato militare** è reato militare mentre la più lieve figura di peculato d'uso reato comune. E ancora: **la corruzione** non è reato militare e **neppure le molestie e gli abusi sessuali** commessi in caserma da militare a danno di militare, ipotesi che ricorre a seguito dell'ingresso nel 2000 del genere femminile in ambito militare, né **la detenzione o cessione di stupefacenti o detenzione illegale di armi in caserma**.

Le conseguenze sul piano pratico sono altrettanto irrazionali: non si comprende perché ad esempio il carabiniere di servizio a cui parta un colpo d'arma che attinga il parigrado debba essere giudicato dal giudice ordinario per le lesioni colpose e dal giudice militare per la violata consegna, ai sensi dell'art.13 cpp, con evidente aggravio, da un lato, per l'economia processuale, dall'altro per il militare stesso costretto a sostenere gli oneri di un doppio processo.

Rilevo che si verifica a volte anche che solo all'esito di un processo si accerti se un reato sia comune o militare e ciò può comportare la celebrazione di un doppio processo dinanzi ad un giudice ritenuto competente.

Occorre perciò a mio parere porre una seria riflessione sui tribunali militari e fare delle precise scelte attribuendo loro una competenza che consenta di renderli strumento utile per la società anche ai fini di un corretto uso delle risorse finanziarie.

E ciò è fondamentale nel contesto attuale in cui le Forze Armate sono composte da militari professionisti che devono essere particolarmente soggetti al rispetto di efficienza e pronta disponibilità al servizio.

Le scelte saranno fatte dovranno tenere però conto di un dato fondamentale e non trascurabile: **i tribunali militari sono previsti dalla Costituzione** e ciò impone che una loro eventuale soppressione debba passare attraverso la revisione costituzionale.

Non ha fondamento la tesi, secondo cui siano stati costituzionalizzati solo i limiti della giurisdizione non anche la loro esistenza perché essi sono previsti dalla Costituzione; secondo molti sarebbe stata costituzionalizzata anche la loro pluralità come di desume dalla dizione usata “tribunali militari”.

Né a mio parere sarebbe costituzionalmente legittima la trasformazione dei tribunali militari in sezioni specializzate della magistratura ordinaria con legge ordinaria in quanto è contrario alla volontà costituzionale la trasformazione di un giudice speciale in giudice ordinario specializzato senza passare per la revisione costituzionale.

Ciò detto, a mio parere, le possibili soluzioni per porre rimedio al problema attuale della sottoutilizzazione dei tribunali militari possono essere sussunte in tre diverse ipotesi:

- 1) Soppressione con legge costituzionale e trasformazione in sezioni specializzate della magistratura ordinaria;
- 2) Ulteriore riduzione del numero o delle sedi dei tribunali militari a una;
- 3) Razionalizzazione della nozione di reato militare.

I disegni di legge che sono oggi in discussione prevedono tale ultima misura e io devo premettere che ne condivido l'impostazione.

Infatti: l'eventuale abolizione dei tribunali militari con devoluzione tout court delle competenze alla magistratura ordinaria comporterebbe il confluire di altri procedimenti penali ad una magistratura già fortemente oberata dal lavoro che gestirebbe con difficoltà tale ulteriore aggravio con possibilità della prescrizione.

E' impensabile aggravare la situazione della giustizia ordinaria in Italia dandole altre competenze quando questa già trabocca sotto il peso del carico attuale.

Gli effetti sarebbero deleteri anche per la compagine militare in quanto la lunghezza dei processi e forse la prescrizione finirebbe per indebolire considerevolmente il rapporto gerarchico.

Qualora infatti l'autorità militare non sia in grado di gestire il caso con la propria autorevolezza o con la sanzione disciplinare, è il processo penale che deve provvedere ad affermare la forza della legge penale militare. Sotto altro aspetto, è necessario accertare la colpevolezza di un comandante in tempi rapidi proprio per la delicatezza della funzione di comando che egli svolge. I tempi del processo sono fondamentali per il mondo militare che non può attendere anni per ottenere una sentenza.

Non intendo certamente svalutare il principio della unità della giurisdizione che è importante e di grande suggestione ma voglio solo sottolineare che questo può essere realizzato solo in un sistema **in cui la giustizia ordinaria funzioni** e non allorché esistano carichi di lavoro ingestibili come in taluni Tribunali e Corti di Appello.

Uno strumento come quello dei Tribunali militari se funziona va perciò potenziato e non abolito.

D'altronde altri Paesi europei ancora prevedono una giurisdizione militare, il cui mantenimento sotto un certo aspetto, può ritenersi opportuno anche per il clima di tensione attuale che spesso richiede l'intervento del nostro Paese in missioni internazionali di pace.

La giurisdizione militare attualmente assicura tempi rapidi che si pongono in linea con i principi stabiliti dalla CEDU sul **fair trial**: 6 anni in totale, 3 per il primo grado, 2 per il secondo, 1 per il terzo e tale standard deve essere mantenuto anche in caso di scelta di razionalizzazione della giurisdizione.

Se invece si volesse pensare di trasformare i tribunali militari in sezioni specializzate della magistratura ordinaria, ciò come detto dovrebbe avvenire mediante una revisione costituzionale. Anche in questo caso bisognerebbe però configurare dette sezioni, per non incorrere negli inconvenienti citati, in modo da attribuire giudici specializzati in modo esclusivo secondo lo schema attuale dei tribunali per i minorenni così che i magistrati addetti alla sezione specializzata facciano solo tali tipi di processi. Ma a questo punto non si avrebbe alcun vantaggio né risparmio rispetto alla situazione attuale che prevede la specialità.

A mio parere, infatti, una semplice **fast track** nell'ambito della magistratura ordinaria non risolverebbe il problema della celerità perché il sopravvenire dell'emergenza dei carichi giudiziari avrebbe il sopravvento e farebbe di fatto sfumare la specializzazione.

Io non credo che sia opportuno ridurre ulteriormente il numero dei magistrati militari e le relative sedi perché il controllo che gli stessi esercitano è penale e deve essere penetrante ed

immanente sul territorio se si vuole che sia incisivo e fruttuoso; già risulta raggiunto il limite minimo con la presenza di sole 3 sedi di servizio.

Resta, quindi, a mio parere preferibile la soluzione che si prefiggono i disegni di legge in esame che, avendo presente che la magistratura militare è indipendente come quella ordinaria e quindi libera da pressioni e condizionamenti, mirano a razionalizzare il concetto di reato militare, attribuendo quindi alla magistratura militare una competenza che consenta di esercitare un controllo di legalità completo sulle FF.AA. e ponendo fine a quegli inconvenienti come la duplicazione di procedimenti davanti all'autorità giudiziaria ordinaria o all'autorità giudiziaria militare che attualmente esiste.

Una tale soluzione ha anche il vantaggio di sgravare la magistratura ordinaria del carico giudiziario ora affidatole dei reati commessi da militari che rientrano nella competenza dopo la riforma del giudice militare.

I due progetti Cirielli e Aresta ed altri sono simili anche se il secondo ha più ampio raggio estendendosi a altre ipotesi.

Lo scopo della razionalizzazione viene realizzato in entrambi i progetti mediante l'inserimento di una norma, l'art. 37 secondo comma cpmp, che ridisegna il concetto di **reato militare** attraverso un meccanismo simile a quello dell'abrogato art. 264 per cui vengono "militarizzati" una serie di reati comuni i quali, nel concorso di determinate circostanze, che denotano la lesione di un interesse militare, diventano reati militari di competenza della magistratura militare.

La conseguenza è che accanto ai reati militari espressamente previsti dal codice penale militare attualmente – cui fa riferimento il primo comma dell'art. 37- il secondo comma funge da norma moltiplicatrice di fattispecie criminose attraverso il rinvio recettizio alle corrispondenti figure criminose comuni, qualora commesse ***“dal militare con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti allo stato di militare o in luogo militare o a causa del servizio militare”***.

In sostanza questo rinvio recettizio alle fattispecie criminose comuni connotate di ulteriore elementi di specialità attua una sorta di complementarietà con la parte speciale del codice penale militare seppur in forma non integrale; complementarietà che già è prevista dall'art.16 cp per la parte generale.

Vorrei fare a questo punto osservare che non ha alcun fondamento il timore che con la riforma di cui ci occupiamo possa ritenersi violato il principio di introduzione di un nuovo giudice speciale.

Infatti i Tribunali militari sono già previsti dalla Costituzione e si tratta solo di ridefinirne le competenze in base al concetto di reato militare per il cui contenuto la Costituzione rinvia alla legge ordinaria.

A ciò si aggiunga la considerazione che l'art. 264 prevedeva i reati militarizzati già al momento di introduzione della Costituzione e la costituzionalità di tale norma non è stata posta in dubbio fino alla sua abrogazione per motivazioni di altro genere.

Né appare configurabile una lesione del principio di legalità per indeterminatezza delle fattispecie dei reati militarizzati, in quanto la norma dell'art. 37, 2 comma, come si intende rinnovarlo, contiene gli stessi elementi di tipizzazione delle fattispecie comuni ancorché connotati di elementi specializzanti e richiamati in blocco.

Potrebbe verificarsi che, nelle prime battute delle indagini che non sia chiaro se un reato sia stato commesso con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti allo stato di militare o più in genere che sia controverso se si tratti di reato militare o comune ma la prassi e la giurisprudenza consentirà di risolvere gli eventuali dubbi interpretativi.

Volevo anche sottolineare la rilevanza di una disposizione contenuta nel progetto Aresta che prevede l'introduzione nel codice penale militare di pace dell'istituto della querela, ora non previsto, in quanto unica condizione di procedibilità attualmente è la richiesta del comandante di corpo. Si tratta di un residuo della concezione della *giurisdizione dei capi*, che prevede che il comandante possa richiedere il procedimento penale o perseguire in via disciplinare fatti di gravità modesta in quanto puniti con la reclusione fino a sei mesi.

Tuttavia questa valutazione spetta al comandante anche per i reati contro la persona del militare con la conseguenza che il militare viene di fatto espropriato della sua facoltà di richiedere il procedimento penale a carico di chi ha causato una lesione di un diritto in quanto tale facoltà spetta

al Comandante di corpo la cui valutazione presumibilmente deve avere di mira solo la lesione del servizio.

La norma di cui all'art. 7 comma 3 del progetto Aresta tende a riequilibrare tale sostanziale iniquità, prevedendo che qualora il comandante di corpo non abbia presentato la richiesta di procedimento, il soggetto passivo possa presentare ugualmente querela a carico di chi ha commesso un reato militare ai propri danni.

Questa disposizione contribuisce anche a dare un'apertura sul mondo militare e consentire una maggiore trasparenza attraverso un controllo più ampio sulla vita di caserma evitando possibili insabbiamenti.

Ritengo altresì importante che, analogamente a quanto avvenuto per l'ingiuria comune a seguito della sua depenalizzazione, anche in ambito militare se il fatto sia commesso in un contesto che non ha nulla a che fare con il mondo militare, sia da considerarsi ingiuria comune come tale depenalizzata.

In definitiva esprimo un avviso senz'altro favorevole al mantenimento della giurisdizione militare ed ai progetti di legge in esame che *in nuce* che, pur essendo ovviamente perfettibili, rispondono pienamente alla necessità di rivitalizzare la giurisdizione militare dandole un senso ed una funzione sociale tale da legittimarne l'esistenza.

Spero di avere fornito utili elementi di informazione alle Commissioni e resto a disposizione per eventuali ulteriori richieste di chiarimenti.

Le sopravvenienze normative nelle procedure di reclutamento

Regulatory contingencies in recruitment procedures

Gaetana NATALE *

ABSTRACT: L'articolo in disamina passa in rassegna recente giurisprudenza amministrativa in materia di limiti di altezza individuati in una procedura selettiva per l'arruolamento nel Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, affrontando in chiave critica l'applicabilità del principio del *tempus regit actum* alle emergenti tutele delle posizioni giuridiche soggettive dei candidati.

This essay examines recent administrative jurisprudence on the subject of height limits identified in a selective procedure for enrollment in the National Fire Brigade Corps, critically addressing the applicability of the principle of tempus regit actum to emerging protections of the subjective legal positions of the candidates.

Il principio *tempus regit actum* è un principio basilare del nostro ordinamento giuridico, ma il recente orientamento della giurisprudenza amministrativa sembra averlo scalfito con specifico riferimento agli accertamenti dei parametri fisici nelle procedure di reclutamento. Il quesito giuridico posto all'attenzione del Tar Lazio si è posto di recente nei seguenti termini: l'accertamento dei parametri fisici nelle forze armate deve essere compiuto secondo la legge vigente al momento della pubblicazione del bando, *lex specialis* della intera procedura concorsuale o secondo lo *ius superveniens* intervenuto successivamente allo scorrimento della graduatoria posto in essere dall'Amministrazione anche dopo molti anni l'approvazione della prima graduatoria definitiva?

La vicenda trae spunto da un concorso bandito circa dieci anni fa per il reclutamento dei vigili del fuoco, ma la portata espansiva del principio affermato dalla giurisprudenza amministrativa apre un vivace dibattito sull'attuale vigenza del principio *tempu regit actum* con riferimento alle posizioni giuridiche soggettive dei candidati in un concorso, intese come centri autonomi di imputazione di effetti giuridici consolidatisi sotto la vigenza di una precedente normativa.

In altri termini può affermarsi oggi un'applicazione diacronica del principio del *tempus regit actum*?

Per capire la problematicità della questione in esame relativa alla modulazione ed applicazione dinamica del diritto intertemporale, occorre ricostruire la vicenda da cui è scaturita la sentenza n. 2594/2018 del Tar Lazio che si intende esaminare.

Con D.M. n. 3747 del 27 agosto 2007, il Capo Dipartimento VVFF bandiva una procedura selettiva, per titoli ed accertamento dell'idoneità motoria, per la copertura di posti, nei limiti stabiliti dall'art. 1, comma 519 della legge 296 del 2006 (legge finanziaria per il 2007), nella qualifica di Vigile del fuoco, nel Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, riservata al personale volontario del C.N.VV.F.

All'art. 2, lettera "g" del bando di concorso si richiedeva il possesso dei requisiti psico-fisici ed attitudinali previsti dal D.M. n. 228 del 3 maggio 1993 e successive modifiche ed integrazioni, quest'ultime intervenute appunto con l'adozione del D.M. n. 78 dell'11 marzo 2008, il quale all'art. 2 prevedeva che "Per l'ammissione ai concorsi a posti di vigile del fuoco nel Corpo nazionale dei vigili del fuoco è richiesta una statura non inferiore a m. 1,65".

La ricorrente presentava regolare domanda di partecipazione al concorso e, dopo aver superato la prova per l'accertamento dell'idoneità motoria, veniva sottoposta dalla Commissione Medica all'accertamento dell'idoneità psicofisica ed attitudinale, al termine del quale veniva dichiarata non idonea per il seguente motivo: "Deficit statura (cm. 160, 2)", ai sensi del D.P.C.M. 22 luglio 1987, come modificato dal D.P.C.M. 27 aprile 1993, n. 233, ed esclusa dalla procedura concorsuale.

* **Avvocato dello Stato** - V Sezione dell'Avvocatura Generale dello Stato, preposta alla Difesa di tutte le Forze Armate.

La candidata, avverso tale provvedimento di esclusione, presentava ricorso al T.A.R. Lazio, con istanza di sospensiva, notificato il 16 luglio 2015, asserendo, in primo luogo, che la Commissione medica era incorsa in un errore di misurazione. In merito la ricorrente sosteneva di essere più alta di 162 cm., statura richiesta per l'iscrizione nei quadri dei vigili del fuoco volontari.

La ricorrente, da un altro punto di vista, contestava la legittimità dei provvedimenti regolamentari che avevano fissato nella misura di mt. 1,65 l'altezza minima richiesta per l'inquadramento nei ruoli operativi del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, in quanto limite diverso da quello previsto per il personale volontario (mt. 1,62).

Infine, la ricorrente metteva in dubbio la legittimità di tutti i provvedimenti regolamentari che avevano fissato una misura minima (mt. 1,65 nello specifico) uguale per uomini e donne, per l'inquadramento nei ruoli operativi del Corpo nazionale dei vigili del fuoco.

Il T.A.R. Lazio, sezione 1 bis, con ordinanza n. 3694 del 3 settembre 2015, respingeva la domanda cautelare, nella considerazione che la ricorrente, esclusa per una statura inferiore al minimo di 165 cm previsto dal bando (altezza riscontrata 160,2 cm) *"peraltro non impugnato ... ha un'altezza comunque inferiore a quella prevista (162 cm) per i vigili del fuoco volontari"*.

La ricorrente impugnava tale ordinanza e il Consiglio di Stato, sezione III, con l'ordinanza n. 1921 del 29 ottobre 2015 respingeva tale appello affermando come *"non emergano ad un primo esame elementi per dubitare della correttezza della misurazione effettuata nell'ambito del concorso; in ogni caso, ai fini processuali, i diversi esiti delle misurazioni effettuate in precedenza non giovano al fine di non considerare lesivo il bando di concorso che fissa il requisito dell'altezza fino alla esclusione della candidata per mancanza del requisito medesimo; anche nel caso della misurazione a lei più favorevole, l'altezza risulta comunque inferiore a quella richiesta dal bando e quindi l'interessata avrebbe dovuto necessariamente impugnare entro i termini ordinari il bando di concorso"*.

In data 12 dicembre 2016, la ricorrente notificava motivi aggiunti al ricorso, con nuova istanza di sospensiva, previa adozione di misure cautelari monocratiche, ex art. 26, comma 1 c.p.a. Tali motivi aggiunti si basavano essenzialmente su una serie di attestazioni (visite della ASL durante la gravidanza, misurazione del medico incaricato presso il Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco, dati presenti nell'esame spirometrico durante la visita medica concorsuale, misura presente sulla carta di identità) che, secondo la ricorrente, avrebbero comprovato una statura di almeno 165 cm.

Il Presidente del T.A.R. Lazio - sezione I bis - ordinava l'ammissione della ricorrente "con riserva" ed "in soprannumero", a partecipare al corso per vigili del fuoco che sarebbe iniziato il 31 dicembre 2016 e, contestualmente, disponeva una verifica, *"intesa ad accertare, in contraddittorio tra le parti, l'effettiva altezza della ricorrente, incaricando di ciò il Dipartimento della Pubblica Sicurezza - Direzione centrale di Sanità con sede in Roma"*.

Con decreto n. 783 del 27 dicembre 2016, il Dipartimento dei VVFF, del Soccorso Pubblico e della Difesa Civile riammetteva, con riserva, la ricorrente alla procedura concorsuale.

Di conseguenza, il 16 gennaio 2017, la stessa iniziava il prescritto corso per vigile del fuoco.

In data 26 gennaio, la ricorrente, secondo quanto statuito dal citato decreto del T.A.R. Lazio n. 8159/2016, veniva sottoposta alla visita di verifica presso la Direzione di Sanità del Dipartimento della Pubblica Sicurezza. Tale visita appurava che la detta candidata era alta mt. 1,61, come riferito dal rappresentante dell'Amministrazione durante la verifica, ossia il Direttore medico vicedirigente del Corpo nazionale dei vigili del fuoco. La statura accertata di mt. 1,61 era inferiore al minimo richiesto per i ruoli di vigile permanente (cm. 165), ma era anche al di sotto del minimo necessario per prestare il servizio da vigile volontario nel CNVVF (cm. 162).

Il T.A.R. Lazio, con ordinanza n. 835 del 21 febbraio 2017 confermava il decreto cautelare monocratico n. 126 del 12 gennaio 2017, accogliendo l'istanza di sospensiva presentata dalla ricorrente con i motivi aggiunti del 12 dicembre 2016 *"alla luce della recente giurisprudenza della Sezione (TAR Lazio, Sez. I bis n. 11016/2016) - resa su un caso identico a quello in esame - e considerato il contrastante esito delle diverse misurazioni della statura della ricorrente effettuate da vari istituti"*.

In data 8 marzo 2018 il T.A.R. Lazio ha pubblicato la sentenza n. 2594/2018, accogliendo definitivamente il ricorso proposto sulla base della seguente motivazione *"la questione del requisito di statura prescritto per il reclutamento nel Corpo dei Vigili del Fuoco è stata risolta dalla Sezione"*

con una serie di sentenze (vedi TAR Lazio, sez. I bis, n. 11016 del 7.11.2016 e n. 13417 del 27.11.2015; Cons. Stato, Sez. 1V, n. 855 del 29.2.2016; Cons. Stato, Sez.: III, n. 678 del 11.2.2015, n. 3588/2017, n. 3625-3629/2017 e 3632/2017) con cui è stato ulteriormente chiarito che <Ai sensi del D.P.R. 207/2015 attuativo della disciplina di cui alla L. 2/2015 l'altezza non è più un parametro per l'ammissione ai concorsi nelle Forze di Polizia. La nuova disciplina si applica alle ammissioni successive alla data del 16.1.2016. Nel caso di specie anche il concorso è stato effettuato nel 2008, l'arruolamento della ricorrente è avvenuto in epoca successiva all'entrata in vigore della nuova disciplina e pertanto l'esistenza dei requisiti fisici richiesti deve essere valutata secondo le norme vigenti attualmente>. Alla luce delle considerazioni sopra richiamate, il limite di altezza fissato nel citato DPCM n. 411 del 1987, richiamato nel DM 2008 e nel bando risulta illegittimo, risulta perciò illegittimo il provvedimento applicativo di tali previsioni con cui è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla procedura di stabilizzazione in contestazione sulla sola base del difetto del requisito della statura prescritta per il vigile del fuoco. Né a tali conclusioni vale addurre che il requisito in contestazione doveva essere valutato alla stregua della normativa applicabile, *ratione temporis*, al momento di indizione della procedura selettiva in esame, in quanto, come chiarito dal Giudice d'Appello, il bando di concorso in esame opera un "rinvio mobile e non fisso" alla disciplina regolamentare che stabilisce il possesso dei requisiti psico-fisici per l'accesso al Corpo dei Vigili del Fuoco, disciplina che non rimane quindi cristallizzata al momento di indizione della procedura e di partecipazione alla gara" con conseguente illegittimità del provvedimento di esclusione disposto facendo riferimento ai vecchi parametri vigenti al momento del concorso anziché a quelli previsti nel DM entrato in vigore successivamente alla data di indizione della procedura selettiva, ma vigente al momento dell'accertamento dei requisiti stessi (Cons. St. sez III n. 4017/2015 ove si precisa, altresì, che, una simile eccezione al principio secondo cui i requisiti devono essere posseduti dai candidati al momento in cui presentano la domanda di partecipazione è da ritenersi ragionevole, in quanto giustificata dall'esigenza di evitare di "reclutare personale che non risulti in possesso dei requisiti minimi richiesti dalla normativa vigente per lo svolgimento del servizio ...").

La suddetta pronunzia applica in modo del tutto peculiare gli artt. 5, comma 3, DPR 207/2015 e 1, comma 4, l. 2/2015, senza rilevare l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnativa del bando stesso.

Infatti, come ha affermato in un caso del tutto analogo il T.A.R. Lazio, sezione I bis (sentenza n. 3218 del 13 aprile 2011), "l'impugnativa della normativa di cui al bando di concorso relativa al possesso dei requisiti psicofisici, tra cui va ricompresa una statura non inferiore a m. 1,65 (D.P. C.M. 27 aprile 1993 n. 233) deve considerarsi inammissibile attesa la sua natura immediatamente lesiva, per cui andava impugnata nel prescritto termine decadenziale dalla data di pubblicazione del bando di concorso" (nello stesso senso si veda la sentenza del Consiglio di Stato sezione III n. 5196 del 13 novembre 2015). D'altronde, come già accennato, sulla questione specifica aveva già avuto modo di pronunciarsi il Consiglio di Stato in occasione dell'impugnativa proposta dalla ricorrente contro l'ordinanza n. 3694/2015 del T.A.R. Lazio, sezione I bis. Infatti, la sezione III del Consiglio di Stato aveva affermato, con l'ordinanza n. 1921 del 29 ottobre 2015 che "l'interessata avrebbe dovuto necessariamente impugnare entro i termini ordinari il bando di concorso".

Nel merito la sentenza n. 2594 del 7 marzo 2018 si richiama ad una serie di sentenze con cui la sezione I bis del T.A.R. Lazio ha stabilito che la normativa di cui alla Legge 12 gennaio 2015, n. 2, che sostituisce i requisiti dei limiti di altezza precedentemente previsti per l'arruolamento nelle Forze armate, nelle Forze di polizia e nel Corpo nazionale dei vigili del fuoco con parametri atti a valutare l'idoneità fisica del candidato al servizio, "si applica alle ammissioni successive alla data del 16.1.2016".

Al riguardo è da chiarire in via preliminare che la citata Legge 12 gennaio 2015, n. 2 ha demandato ad un successivo regolamento la determinazione delle modalità di attuazione della nuova normativa, stabilendo altresì, all'art. 1 comma 4 che "Nelle more dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni recanti i parametri fisici per il reclutamento del personale delle Forze armate, delle Forze di polizia ad ordinamento militare e civile e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, che devono entrare in vigore contemporaneamente, continuano ad applicarsi i limiti di altezza previsti dalla vigente normativa".

Il sopracitato regolamento è stato emanato con il D.P.R. 17 dicembre 2015, n. 207, è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 301 del 29 dicembre 2015 ed è entrato in vigore il 13 gennaio 2016.

Occorre sottolineare che la Legge n. 2 del 12 gennaio 2015 non vuole abolire ogni controllo sulla prestanza fisica per l'ammissione ai concorsi per il reclutamento nelle Forze armate, nelle Forze di polizia e nel Corpo nazionale dei vigili del fuoco. Scopo della norma è, invece, quello di *“sostituire il requisito dei limiti di altezza per il reclutamento del personale delle Forze armate, previsto dall'articolo 587 del testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 15 marzo 2010, n. 90, con parametri atti a valutare l'idoneità fisica del candidato al servizio”* basati su *“parametri fisici correlati alla composizione corporea, alla forza muscolare e alla massa metabolicamente attiva, secondo le tabelle stabilite dal regolamento”*.

Come detto, la citata Legge, nelle more dell'emanazione del regolamento, lascia intatti i precedenti limiti, fondati sulla statura.

È difficile, quindi, sostenere che l'entrata in vigore della detta legge abbia comportato l'immediata abolizione dei limiti di altezza stabiliti dalla normativa precedente. In realtà l'abolizione di tali limiti, per espresso dettato normativo, è condizionata dall'entrata in vigore dei criteri sostitutivi che il regolamento previsto dalla citata Legge n. 2/2015 è stato chiamato a definire.

Pertanto, se si aderisse alla tesi del TAR Lazio si arriverebbe all'assurdo che, nel caso specifico, non si potrebbe applicare nessun parametro. Ed invero non si potrebbe applicare quello dell'altezza, in quanto abrogato, né quello dei parametri sostitutivi, in quanto applicabili solo ai concorsi banditi successivamente all'entrata in vigore del regolamento.

Appare a questo punto necessario ribadire che la procedura selettiva a cui la ricorrente aveva partecipato veniva indetta con D.M. n. 3747 del 27 agosto 2007 e che dunque la previsione che stabiliva limiti di altezza appare incontrovertibilmente adottata in pedissequa applicazione della normativa vigente al momento dell'applicazione del bando.

Si ricorda inoltre che il D.P.R. n. 207 del 2015, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 29 dicembre 2015 è entrato in vigore il 13 gennaio 2016, successivamente, quindi, alla data di pubblicazione del bando, avvenuta nel 2007. L'art. 5 comma 3 del citato regolamento stabilisce che *“Le disposizioni recate dal presente regolamento si applicano ai concorsi per il reclutamento del personale delle Forze armate e per l'accesso ai ruoli del personale delle Forze di polizia a ordinamento militare e civile e del Corpo dei vigili del fuoco i cui bandi sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana in data successiva alla sua entrata in vigore”*.

La sentenza ha stabilito che *“La nuova disciplina si applica alle ammissioni successive alla data del 16.1.2016”* e, di conseguenza ha concluso che il ricorso doveva essere accolto, in quanto *“l'arruolamento della ricorrente è avvenuto in epoca successiva all'entrata in vigore della nuova disciplina”*. Di conseguenza, tale sentenza ha considerato illegittimo il decreto n. 781 del 9 giugno 2015 con il quale la ricorrente era stata esclusa dalla procedura selettiva per la stabilizzazione del personale volontario del Corpo nazionale dei vigili del fuoco. La peculiarità del caso in esame consiste nel fatto che il provvedimento di esclusione nel caso de quo era stato adottato prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina. Infatti, il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura concorsuale per la stabilizzazione del personale volontario del Corpo nazionale dei vigili del fuoco era stato adottato il 9 giugno 2015, in seguito ad un accertamento medico eseguito l'8 maggio 2015, mentre il regolamento che contiene i parametri che sostituiscono i requisiti dei limiti di altezza precedentemente previsti per l'arruolamento nelle Forze armate, nelle Forze di polizia e nel Corpo nazionale dei vigili del fuoco, è stato pubblicato il 29 dicembre 2015.

Nel caso specifico, si è giunti all'assurdo che la ricorrente non ha superato nessun tipo di verifica. Da un lato la candidata sicuramente non rispondeva - come già detto - ai requisiti della normativa esistente fino all'entrata in vigore della Legge n. 2/2015, mentre, da un altro punto di vista, non è stato possibile sottoporla ad alcun controllo in base al regolamento emanato in base a tale Legge con il D.P.R. 17 dicembre 2015, n. 207, che ancora non esisteva a momento della visita medica concorsuale svoltasi, come già precisato, l'8 maggio 2015.

Appare a questo punto necessario ribadire che la procedura selettiva a cui la ricorrente ha partecipato veniva indetta con D.M. n. 3747 del 27 agosto 2007 e che dunque la previsione che stabiliva limiti di altezza appare incontrovertibilmente adottata in pedissequa applicazione della normativa vigente al momento dell'applicazione del bando.

Si ricorda inoltre che il D.P.R. n. 207 del 2015 era entrato in vigore il 13 gennaio 2016, - successivamente alla data di pubblicazione del bando avvenuta nel 2007- e che l'art. 5 comma 3 del citato regolamento stabilisce che *“Le disposizioni recate dal presente regolamento si applicano ai concorsi per il reclutamento del personale delle Forze armate e per l'accesso ai ruoli del personale delle Forze di polizia a ordinamento militare e civile e del Corpo dei vigili del fuoco i cui bandi sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana in data successiva alla sua entrata in vigore”*.

Dunque, in ossequio al principio del *tempus regit actum*, la procedura concorsuale in parola risultava essere correttamente disciplinata dalla normativa vigente al momento della pubblicazione, che richiedeva il possesso dei requisiti psicofisici ed attitudinali previsti dal D.M. n. 228 del 3 maggio 1993 e successive modificazioni, intervenute poi con l'adozione del D.M. 78/2008. Pertanto i parametri a cui si riferisce la legge 2/2015 non potevano applicarsi al concorso de quo.

La ricorrente non rispondeva ai requisiti della normativa esistente fino all'entrata in vigore del DPR 207/2015 e l'Amministrazione, per i motivi di cui sopra, non avrebbe potuto sottoporla a controlli differenti sulla base del sopracitato regolamento.

Il T.A.R. Lazio ha sostanzialmente disapplicato l'art. 5 comma 3 del DPR 207/2015 e ha considerato *come discrimine temporale il momento dell'arruolamento e non, invece, il momento della pubblicazione del bando*. Il T.A.R. Lazio Sez. I bis, con la sentenza di cui si discute, ha stabilito infatti che *“la nuova disciplina si applica alle ammissioni successive alla data del 16 gennaio 2016”*. Si ricorda però, ancora una volta, che, al contrario, l'applicazione della disciplina 207/2015 è prevista solo ai concorsi i cui bandi sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana in data successiva alla sua entrata in vigore” e che la norma in questione non può semplicemente essere disapplicata dal giudice amministrativo. Il T.A.R. ha, dunque, applicato in modo diacronico la nuova disciplina al caso di specie, nonostante sia la norma transitoria della legge 2/2015 sia l'art. 5 comma 3 del regolamento non lascino dubbi circa il mantenimento dei limiti di statura per i concorsi precedenti all'entrata in vigore del regolamento.

Al giurista attento ad una lettura costituzionalmente orientata si pone dunque un quesito di fondo: una tale modulazione e declinazione dinamica del principio *tempus regit actum* può costituire una violazione del *divieto di discriminazione e principio di parità di trattamento nei concorsi pubblici* ?

La previsione di cui all'art. 5 comma 3 del DPR 207/2015, con cui si procrastina l'applicazione della nuova normativa ai bandi emanati in data successiva all'entrata in vigore del regolamento stesso, mira ad evitare un effetto discriminatorio fra i partecipanti ad una medesima procedura concorsuale. Sarebbe infatti paradossale ed illegittimo applicare ai candidati attualmente chiamati a sostenere le visite una disciplina più favorevole di quella prevista nei confronti dei vincitori del concorso.

Si ritiene che nel caso di specie l'Amministrazione, con il provvedimento di esclusione, considerando operativa la normativa che era in vigore al momento dell'indizione del concorso e anche al momento dell'espletamento dello stesso, abbia, a ragione, applicato la norma transitoria prevista dal già citato art. 1, comma 4, della legge n. 2/2015, la cui portata si ritiene inequivocabile, ed abbia di conseguenza ritenuto non idonea la ricorrente per deficit di statura.

L'Amministrazione non avrebbe neanche potuto operare una successiva modifica al bando di selezione senza incorrere in vizi procedurali di disparità di trattamento riferiti a coloro che non possedevano, nei termini della pubblicazione del concorso (2007) il requisito dell'altezza e che non avevano pertanto -correttamente- presentato istanza di partecipazione. *Com'è noto i requisiti devono essere posseduti dai candidati al momento della proposizione della domanda*.

La sentenza del Cons. Stato Sez. III, del 01/03/2017, n. 963 ha stabilito che *“Il bando di concorso pubblico, in quanto “lex specialis”, vincola non solo i candidati, ma la stessa Pubblica Amministrazione, alla quale non residua alcun margine di discrezionalità in ordine all'applicazione delle norme del bando, le quali non possono essere modificate e/o integrate successivamente*

all'emissione di quest'ultimo, a pena d'illegittimità del procedimento per violazione del principio di "par condicio" tra i candidati".

Si consideri inoltre, a garanzia della *par condicio* dei candidati, che per il principio del *tempus regit actum* la legittimità di un provvedimento amministrativo deve essere apprezzata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al tempo della sua emanazione (Cfr. da ultimo Consiglio di Stato sez. VI, 2 febbraio 2010 n. 2048/2010) e che *"per le procedure concorsuali il bando costituisce la lex specialis e cristallizza le norme vigenti, che non possono essere disapplicate nel corso successivo del procedimento neppure per ius superveniens (es. Cons. Stato, II, 1 aprile 2015, n. 490/13), perciò le disposizioni sopravvenute che disciplinano i concorsi pubblici banditi non si applicano alle procedure concorsuali già bandite alla data della loro entrata in vigore"* (Cons. Stato Sez. V, Sent., 06.09.2017, n. 4216).

Ed ancora, si riporta la sentenza del Consiglio di Stato Sez. V del 17.3.2014 n. 1328 nella quale si legge *"L'amministrazione deve applicare le disposizioni di un bando di concorso, ancorché queste siano illegittime o comunque ritenute inopportune (...) Infatti, il bando riveste, nell'interesse pubblico alla trasparenza ed alla imparzialità, un fondamentale riferimento dell'azione amministrativa, generando affidamento nei partecipanti alla procedura"*. Dunque si ritiene che l'Amministrazione abbia, nel caso di specie, correttamente applicato la norma relativa ai limiti di altezza in ragione dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti.

È pertanto poco condivisibile l'affermazione del TAR Lazio secondo cui se *"anche il concorso è stato effettuato nel 2008, l'arruolamento della ricorrente è avvenuto in epoca successiva all'entrata in vigore della nuova disciplina e pertanto l'esistenza dei requisiti fisici richiesti deve essere valutata secondo le norme vigenti attualmente"*.

Si rileva, inoltre, che tale orientamento contrasta, peraltro, con quanto più volte ribadito, anche di recente, dal Consiglio di Stato.

Ad esempio, in un caso analogo, la sezione III del CDS ha affermato che *"non appare dunque revocabile in dubbio che, nella specie, sia stato richiesto giustamente il requisito dell'altezza minima prevista dalla previgente normativa e che l'ammissione non sia avvenuta in base ai nuovi criteri di cui al d.P.R. 207 del 17 dicembre 2015, entrato in vigore in data 16 gennaio 2016, essendo i nuovi criteri, in base ad espressa previsione normativa, applicabili soltanto ai bandi pubblicati nella Gazzetta Ufficiale in data successiva all'entrata in vigore del d.P.R. citato ... i limiti di altezza di cui alla previgente normativa non possono considerarsi immediatamente abrogati, con l'entrata in vigore del predetto regolamento, e continuano ad applicarsi sino alla piena operatività dei nuovi criteri previsti dal d.P.R. in quanto, diversamente, si verificherebbe una irragionevole situazione. Infatti, ai candidati ricompresi in graduatorie già approvate non potrebbe applicarsi alcun parametro, non quello dell'altezza, in quanto abrogato, e nemmeno quelli sostitutivi, individuati dal nuovo regolamento, il quale, in effetti, dispone soltanto per l'avvenire"*. (Sentenza n. 1909 del 27 marzo 2018 della sezione III del Consiglio di Stato). La stessa sentenza ha inoltre ribadito che tale disposizione *"è da considerarsi, poi, senz'altro costituzionalmente orientata, in quanto altrimenti si violerebbe il principio di uguaglianza, riservandosi un trattamento diverso tra i candidati, inseriti nella medesima graduatoria, che sono stati chiamati a sottoporsi all'accertamento prima dell'entrata in vigore della nuova normativa e quelli per i quali la procedura finalizzata all'assunzione si è resa possibile soltanto successivamente a tale data"* (nello stesso senso si veda anche la sentenza del Consiglio di Stato, sezione III n. 364 del 29 gennaio 2018).

Pertanto, nel caso de quo il giudizio di non idoneità impugnato emesso alla luce del deficit statutale riscontrato, costituiva motivo di legittima esclusione proprio, perché emanato all'esito di un procedimento svolto *in conformità della normativa vigente al momento della pubblicazione del bando di concorso*.

In considerazione dei precedenti richiamati occorre evidenziare che la giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla materia *de qua* non è pacifica.

Basti ad esempio rilevare che, anche nel panorama delle più recenti pronunce della sez. III, si delineano due orientamenti tra loro contrapposti.

L'uno fa capo alle sentenze Cons. Stato Sez. III, Sent., 03-08-2016, n. 351, Cons. Stato Sez. III, Sent., 19-01-2018, n. 364, Cons. Stato Sez. III, Sent., 27-03-2018, n. 1909, secondo cui i nuovi criteri,

in base ad espressa previsione normativa, sarebbero applicabili soltanto ai bandi pubblicati nella Gazzetta Ufficiale in data successiva all'entrata in vigore del d.P.R. citato. Tali sentenze, in particolare, ritengono *“risolutivo il disposto dello art. 5, co. 3, D.P.R. n. 207 del 17 dicembre 2015, nel senso che, in caso l'Amministrazione attinga alla graduatoria del concorso indetto nel 2007 (quello per la stabilizzazione dei vigili del fuoco volontari) legittimamente continui a richiedere il requisito dell'altezza minima prevista dalla previgente normativa e che la conseguente ammissione non avvenga in base ai nuovi criteri di cui al D.P.R. n. 207 del 17 dicembre 2015, entrato in vigore in data 16/01/2016, essendo i nuovi criteri, in base ad espressa previsione normativa, appunto, applicabili soltanto ai bandi pubblicati nella Gazzetta Ufficiale in data successiva all'entrata in vigore del D.P.R. citato”* e considerano, *“senz'altro costituzionalmente orientata la previsione normativa per cui l'applicabilità dei nuovi criteri viene ricollegata alla data di pubblicazione del bando, in quanto altrimenti si violerebbe il principio di uguaglianza, riservandosi un trattamento diverso tra i candidati, inseriti nella medesima graduatoria, che sono stati chiamati a sottoporsi all'accertamento prima dell'entrata in vigore della nuova normativa e quelli per i quali la procedura finalizzata all'assunzione si è resa possibile soltanto successivamente a tale data”* (Cons. Stato Sez. III, Sent., (ud. 19/04/2018) 12-07-2018, n. 4287).

Opposto orientamento è stato, invece, manifestato dalle sentenze del 22/02/2018 n. 1113 e del 12-07-2018, n. 4287 della III sezione del CDS, secondo cui la nuova disciplina si applicherebbe alle ammissioni successive alla data del 16.1.2016.

Alla luce di tale variegato panorama giurisprudenziale per le Forze Armate resta il dubbio di fondo: *il criterio temporale della disciplina applicabile relativa all'accertamento dei parametri fisici è la data di pubblicazione del bando o la data dell'arruolamento successivo?*

Ecco che allora occorre un inquadramento sistematico della questione che di recente la Suprema Corte di Cassazione nell'ambito della sua funzione nomofilattica ha delineato nell'ordinanza interlocutoria di rimessione alle Sezioni Unite n. 11749/2019 del 3 maggio 2019. A pag.7 di tale ordinanza la Suprema Corte di legittimità richiama il fondamentale principio di irretroattività della legge sostanziale posto dall'art. 11 delle preleggi (*< la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo >*), affermando che *<la norma sopravvenuta è inapplicabile, oltre che ai rapporti giuridici esauriti, anche a quelli ancora in vita alla data della sua entrata in vigore, ove tale applicazione si traduca nel disconoscimento di effetti già verificatisi ad opera del pregresso fatto generatore del rapporto, ovvero in una modifica della disciplina giuridica del fatto stesso (da Cass. 4 maggio 1966 n.1115 a Cass. 14 febbraio 2017 n.3845), con conseguente applicazione non solo ai cosiddetti “diritti quesiti”, ma anche ai “fatti compiuti” >*.

La pubblicazione di un bando è un fatto compiuto? È questa una domanda retorica a cui il giurista non può replicare invocando la distinzione tra accertamento tecnico e discrezionalità tecnica: l'accertamento dei parametri fisici è accertamento tecnico in senso stretto e non configura senz'altro la cd. *Unbestimmte Rechtsbegriffe* (cd. concetti giuridici indeterminati), priva della cd. *Ermessen*, ossia la valutazione comparativa degli interessi pubblici. L'accertamento tecnico deve essere eseguito alla luce di quell'approccio normativo invocato dalla dottrina tedesca che poggia su un'analisi strutturale della norma vigente nel momento in cui si compie il fatto generatore degli effetti, ossia la pubblicazione di un bando di concorso. L'analisi strutturale di una norma si suddivide in due elementi fondamentali: quello della fattispecie normativa vera e propria (*Tatbestand*) e quello delle sue conseguenze giuridiche (*Rechtsfolge*). Confondere questi due aspetti nell'applicazione di una norma intertemporale significa in altri termini scalfire il principio della certezza del diritto realizzando quella che da più parti viene definita oggi *la crisi della fattispecie* (Natalino Irti).

Il principio di “tendenziale irretroattività” della legge è stato affermato anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza della Grande Sezione del 6 settembre 2011 C-108/10 e dalla Corte Europea dei Diritti dell' Uomo e delle Libertà Fondamentali. Quest'ultima ha ricondotto tale principio all'art.6 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo (v. *Agrati c Italia dell'8 novembre 2012 § 11*), sottolineando che una norma retroattiva si giustifica solo se obbedisce a ragioni imperative di interesse generale.

La Suprema Corte di Cassazione nella recente sentenza n.4407/2018 ha ricordato in maniera esplicita che la Corte Costituzionale ha precisato che il divieto di retroattività della legge, pur non

essendo stato elevato a dignità costituzionale come *GrundNorm*, (salvo la previsione dell'art.25 della Costituzione in materia penale), costituisce fondamentale valore di civiltà giuridica: un'applicazione retroattiva è possibile con una norma di interpretazione autentica, sempreché la previsione di retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e sia sostenuto da adeguati motivi di interesse generale (*ex multis* sent.10232/2016, n.64/2014; 264/2012).

È auspicabile, pertanto, una maggiore uniformità e prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo per la realizzazione di una giurisdizione condivisa che determini una coerenza interna e logicità intrinseca nell'attività amministrativa delle Forze Armate.

Mafia e antimafia durante il fascismo

Mafia and anti-mafia during fascism

Prof. Antonio SCAGLIONE

Ringrazio vivamente il prof. Giovanni Puglisi, e il dott. Salvatore Savoia, rispettivamente Presidente e Segretario generale della Società Siciliana di Storia Patria, nonché il dott. Ottavio Terranova, Vice Presidente nazionale dell'ANPI e tutti i componenti dell'ANPI di Palermo, per avere aderito al presente Convegno su "Mafia e antimafia durante il Fascismo", dedicato alla memoria del Procuratore della Repubblica di Palermo, Pietro Scaglione e dell'agente Antonio Lorusso, per non dimenticare il loro sacrificio avvenuto per mano mafiosa il 5 maggio del 1971, dando così inizio al "martirologio" della magistratura siciliana².

Vogliamo anche ricordare tutti caduti (almeno mille) uccisi dalle mafie: magistrati, appartenenti ai corpi di polizia, altri rappresentanti delle istituzioni, sindacalisti, religiosi, giornalisti, inermi cittadini, bambini e adolescenti costituiscono una scia rossa di sangue che non ha trovato e non trova paragoni in nessun Stato europeo o, comunque, del mondo occidentale.

Ringrazio anche il dott. Giulio Francese, Presidente dell'Ordine dei Giornalisti di Sicilia, per avere accreditato il presente Convegno come evento di formazione per gli iscritti all'Albo.

Rivolgo il mio cordiale e grato saluto a tutte le Autorità civili e militari presenti, ai relatori, ai familiari delle vittime della mafia, ai giornalisti e a tutti gli intervenuti, nonché a tutti coloro che, impossibilitati a partecipare hanno inviato messaggi di solidarietà.

2. Quest'anno abbiamo scelto come argomento del Convegno "*Mafia e antimafia durante il Fascismo*".

Lo scorso anno avevamo affrontato lo stesso tema con riferimento agli anni sessanta e settanta del secolo scorso. Nel prossimo Convegno intendiamo trattare il periodo 1943-1960.

In tal modo sarà coperto l'intero arco temporale della carriera di magistrato di Pietro Scaglione, iniziata nel 1928 e conclusasi tragicamente il 5 maggio del 1971 con l'agguato mafioso in via Cipressi a Palermo.

Le causali dell'omicidio del Procuratore Scaglione e dell'agente Lorusso -come è risultato anche in sede giudiziaria - erano "*inequivocabili*" e collegate alla sua attività doverosa di pubblico ministero, "*persecutore spietato della mafia*". "*Si trattava – come lo storico Francesco Renda scrisse - di una ripresa del terrorismo mafioso tipo 1946-1948, non più però contro dirigenti sindacali e politici del mondo contadino, bensì contro la stampa e un corpo essenziale dello Stato, come l'organo giudiziario*"³.

Infatti, "*a partire dagli anni settanta – come Paolo Borsellino affermò⁴ – la mafia condusse una campagna d'eliminazione sistematica degli investigatori che intuirono qualcosa. Le cosche sapevano che erano isolati, che dietro di loro non c'era lo Stato e che la loro morte avrebbe ritardato le scoperte. Isolati, uccisi, quegli uomini furono persino calunniati. Accadde così per Scaglione [...]*".

In questo scenario, "*l'uccisione di Pietro Scaglione, Procuratore della Repubblica di Palermo*" - come affermò a sua volta Giovanni Falcone⁵ – aveva, comunque, "*lo scopo di dimostrare a tutti che*

* **Testo della Relazione introduttiva svolta nel Convegno "Mafia e antimafia durante il Fascismo", in memoria del Procuratore capo della Repubblica, Pietro Scaglione, e dell'agente Antonio Lorusso (Palermo, Aula Magna della Società siciliana per la Storia Patria, 6 maggio 2019).**

² A. PIRAINO LETO, *In ricordo di Pietro Scaglione*, in *La Magistratura*, 1992, n. 1, p. 62.

³ F. RENDA, *Storia della mafia. Come, dove, quando*, Palermo, Sigma edizioni, 1997, p. 374. V., inoltre, A. CRISANTINO, *Scaglione. Il primo delitto eccellente*, in *la Repubblica*, Palermo, 4 maggio 2011, p. XIX; nonché S. LUPO, *Storia della mafia*, Donzelli, 1993, p. 217: "Ad esclusione di Notarbartolo, la mafia palermitana non aveva mai prodotto cadaveri eccellenti; almeno sino al 1971, all'assassinio del procuratore generale Pietro Scaglione [...]. Visto nella prospettiva del post-Dalla Chiesa, il delitto Scaglione appare [...] il primo dei molti episodi di intimidazione verso le istituzioni e il sistema politico".

⁴ V. in *La Sicilia*, 2 febbraio 1987, p. 1; e in *L'Ora*, 2 febbraio 1987, p. 10.

⁵ V. G. FALCONE, in *Interventi e proposte*, Sansoni, 1994, p. 310; e in *La Posta in gioco*, edizioni Bur, Milano, 2011, p. 320.

“Cosa nostra” non soltanto non era stata intimidita dalla repressione giudiziaria, ma che era sempre pronta a colpire chiunque ostacolasse il suo cammino”.

Nel corso del Convegno dello scorso anno sia io sia l'avvocato Alberto Polizzi del Foro di Palermo abbiamo delineato i percorsi di vita e di morte del Procuratore Scaglione e, pertanto, mi limiterò ad alcune brevi note biografiche sulle attività giudiziarie svolte da Lui nel periodo 1928-1943 per passare, poi, ad alcune riflessioni introduttive sulla tematica del Convegno.

Pietro Scaglione nacque a Lercara Friddi, provincia di Palermo, il 2 marzo 1906: dopo la maturità classica, si iscrisse alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo, dove conseguì la laurea il 10 dicembre 1927 con il massimo dei voti e la lode accademica, discutendo la tesi su *“Le leggi penali del 1819 per il Regno delle Due Sicilie”*, nella quale segnalò le linee di continuità di questo codice post restaurazione con il codice penale francese del 1810.

Il nome di Pietro Scaglione, unitamente a quelli degli altri ex studenti universitari caduti poi vittime della mafia nell'adempimento del loro dovere, è ricordato anche in una stele commemorativa sita all'ingresso dell'ampia scalinata che conduce all'aula magna della Facoltà di Giurisprudenza.

Dopo avere superato, all'età di ventidue anni, il concorso per l'accesso alla Magistratura, con R.D. 5 aprile 1928 venne nominato vice pretore onorario e, nel marzo del 1929, venne incaricato della reggenza della Pretura di Collesano, paese delle Madonie in provincia di Palermo. Con successivo R. D. 9 luglio 1931 venne nominato uditore di pretura e, dopo avere conseguito la promozione ad aggiunto (R.D. 11 agosto 1933), fu assegnato alla pretura di Palermo (R.D. 15-1-1934), dove conseguì la promozione a pretore nel 1936 e prestò ininterrotto servizio sino al 1947, per prendere poi servizio negli uffici del pubblico ministero, dove avrebbe iniziato e concluso nel 1971, la sua attività di repressione della mafia.

Pietro Scaglione, durante il ventennio fascista dimostrò autonomia e indipendenza di giudizio⁶ e, come risulta dal suo fascicolo personale e dalle relazioni unanimi dei Capi degli Uffici giudiziari dell'epoca, fu un magistrato di grande capacità, profonda cultura, ottima e *“irreprendibile condotta privata e pubblica”*.

In particolare, come si legge nella relazione della Presidenza della Corte di appello di Palermo del 1932, i risultati del dibattimento svoltosi davanti alla Corte di assise di Termini Imerese a carico di due imputati per un barbaro omicidio consumato la sera del 20 febbraio 1930, *“misero in luce come i detti imputati poterono essere scoperti ed identificati per opera dello Scaglione (allora reggente la procura di Collesano) che, affrontando disagi e pericoli, si recò la notte stessa sul posto e, poscia, nei paesi vicini, assicurando alla giustizia gli autori del grave misfatto”*.

Ed ancora, in un rapporto annuale dei Capi della Corte di Appello di Palermo, fu rilevato, tra l'altro, che, nel periodo in cui al termine delle ostilità di guerra per il ritorno degli sfollati, che avevano trovato le loro abitazioni occupate, *“l'opera dello Scaglione di magistrato giusto e equilibrato e retto, si dimostrò particolarmente encomiabile sotto duplice profilo perché seppe contenere le eccessive pretese da qualsiasi parte provenissero, avviando l'applicazione della legislazione vincolistica, con personali e originali interpretazioni al più sano criterio di giustizia e di equità. Ciò gli è valso l'acquisto della incondizionata considerazione del Foro, dei Magistrati e delle stesse parti, le quali unanimemente hanno dovuto riconoscere che le sentenze pronunciate dal dott. Scaglione erano improntate, oltre che a dottrina e giustizia, ad equità*. Pietro Scaglione, soprattutto nel ramo civile, rivelò quella soda e vasta cultura di cui era dotato; l'applicazione della legge nei casi più vari e complessi lo trovò sempre pronto a risolvere con dottrina e ingegno i più vari istituti di tale ramo del diritto.

3. Passiamo ora ad esaminare il contesto storico dell'epoca.

Il 23 marzo 1919 nella sala del Circolo dell'Alleanza industriale e commerciale in Piazza San Sepolcro a Milano si svolse l'adunanza di fondazione dei Fasci di combattimento⁷, alla presenza di

⁶ Così R. POMA-E. PERRONE, *La mafia. Nonni e nipoti*, Vallecchi, Firenze, 1975, p. 313 ss.

⁷ V. P. CAIROTI, *Alba nera. 23 marzo 1919-28 ottobre 1922. Il fascismo alla conquista del potere*, Milano, RCS, 2019; M. FRANZINELLI, *Fascismo anno zero. 1919. La nascita dei fasci italiani di combattimento*, Milano, Mondadori, 2019; P. MILZA- S. BERSTEIN, *Storia del fascismo. Da piazza S. Sepolcro a piazzale Loreto*, Milano, Bur Rizzoli, I libri del Corriere della Sera, 2019, p. 83 ss.

un pubblico di circa trecento persone secondo la Questura dell'epoca ovvero di duecento, secondo le ricostruzioni degli storici.

Successivamente, iniziarono i disordini e gli scontri di piazza che si intensificano dopo la catastrofe elettorale del 16 novembre dello stesso anno e che proseguirono sino al 1921. Contestualmente avvenne il cosiddetto “Natale di sangue” della città di Fiume che venne evacuata dai legionari di Gabriele D'Annunzio.

Dal 7 al 10 novembre 2021 si svolse a Roma il terzo Congresso nazionale dei fasci di combattimento che deliberò la loro trasformazione in Partito nazionale fascista.

Seguì la marcia su Roma del 28 ottobre 1922 che il Re, Vittorio Emanuele III, non volle fermare rifiutandosi di sottoscrivere il decreto di stato d'assedio predisposto dal Governo Facta⁸. Il Fascismo poteva essere fermato se la classe dirigente, l'esercito, le forze di polizia si fossero opposte e avessero resistito⁹. Ciò non avvenne e il 3 dicembre 1925 Benito Mussolini si proclamò dittatore.

In coincidenza con l'avvento della dittatura fascista, il 23 ottobre dello stesso anno iniziò ufficialmente la lotta contro la mafia¹⁰ con la nomina di Cesare Mori, poi soprannominato il Prefetto di Ferro¹¹, a dirigere la Prefettura di Palermo, con poteri straordinari su tutta l'isola.

In quegli anni la mafia siciliana era giunta all'apogeo della sua potenza e arroganza e si considerava depositaria di privilegi sovrani¹², in una grave situazione dell'ordine pubblico, caratterizzata da stragi, come quella di Chiusa Sclafani del 1992, omicidi, conflitti a fuoco, rapine, violenze di ogni genere e dominata da una ferrea omertà.

Nonostante questa grave situazione, nonostante sin dal lontano 1865 il Prefetto di Palermo dell'epoca, marchese Filippo Antonio Gualterio, in una relazione al Ministro dell'Interno, avesse parlato di “*maffia*” e dei suoi perversi rapporti con la politica¹³, e nonostante, nel 1876, due giovani intellettuali liberali, Leopoldo Franchetti e Sidney Sonnino, avessero scritto il primo organico e poderoso testo della storia dell'antimafia, e cioè <<*L'inchiesta in Sicilia*>>¹⁴, la percezione del grave fenomeno mafioso non era generalizzata nella classe politica.

Vittorio Emanuele Orlando, già Presidente del Consiglio dal 1917 al 1919, passando all'opposizione del partito fascista¹⁵ e ricollegandosi al paradigma sicilianista di Giuseppe Pitrè, pronunciò infatti a Palermo, prima delle elezioni locali del 1925, un provocatorio discorso o elogio del seguente tenore: “*Ora io vi dico (o palermitani) che se per mafia si intende il senso dell'onore portato fino all'esagerazione, l'insofferenza contro ogni prepotenza e sopraffazione, portata sino al parossismo, la generosità che fronteggia il forte ma indulge al debole, la fedeltà alle amicizie, più forte di tutto, anche della morte, se per mafia si intendono questi sentimenti e questi atteggiamenti,*

⁸ V., per tutti, E. LUSSU, *Marcia su Roma e dintorni*, Torino, Einaudi, ristampa, 2019.

⁹ M. BELPOLITO, *I voltagabbana sono l'anima del fascismo*, in *La Repubblica*, 29 marzo 2019, p. 34-

¹⁰ Sula mafia durante il fascismo v., per tutti, E. CICONTE, *Mafie del mio stivale, Storia delle organizzazioni criminali italiane e straniere nel nostro paese*, S. Cesario di Lecce, Manni editore, 2017, p. 70 ss.; A. CRISANTINO, *Breve storia di Sicilia*, Trapani, di Giolamo editore, 2012, p. 222 ss.; A. CRISANTINO, *Capire la mafia. Dal feudo alla finanza*, Trapani, di Girolamo editore, 2019, p. 81 ss.; J. DICKIE, *Cosa nostra. Storia della mafia siciliana*, Bari, Laterza, 2005, p. 174 ss.; DI VITA P., *Mafia e antimafia dai personaggi alle persone*, Palermo, Mohicani edizioni, 2017, p. 130 ss.; C. DUGGAN, *La mafia durante il fascismo*, Soveria Mannelli, Rubbettino editore, 2007; S. LUPO, *La mafia. Centosessanta'anni di storia*, Roma, Donzelli editore, 2018, p. 124 ss.; C. G. MARINO, *Storia della mafia*, Roma, New Compton editore, 2012, p. 127 ss.; A. NICASIO, *Mafia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2016, p. 35 s.; J.J., NORWICH, *Breve storia della Sicilia*, Palermo, Sellerio, 2018, p. 454; M. PATTI, *La mafia alla sbarra. I processi fascisti a Palermo*, Palermo, Istituto poligrafico europeo Casa Editrice, 2014; R. POMA-E. PERRONE, *La mafia. Nonni e nipoti*, Firenze, Vallecchi editore, p. 33 ss.; F. RENDA, *Storia della Sicilia dalle origini ai nostri giorni*, Palermo, Sellerio Editore, 2003, vol. III, p. 1176 ss.; U. SANTINO, *Breve storia della mafia e dell'antimafia*, di Girolamo editore, Trapani, 2008, p. 104 ss.; P. SCAGLIONE, in G. C. MARINO-P. SCAGLIONE, *L'altra resistenza. Storie di eroi antimafia e lotte sociali in Sicilia*, Milano, Paoline edizioni, 2014, p. 128 ss.; G. TESSITORE, *Cesare Mori, La grande occasione perdita dell'antimafia*, Cosenza, Luigi Pellegrini editore, 1994.

¹¹ V. A. PETACCO, *Il Prefetto di ferro*, Mondadori, Milano, 1979.

¹² Così R. POMA-E. PERRONE, *op. cit.*, p. 32. S. LUPO, riprendendo la terminologia del giurista Santi Romano, scrive che lo Stato, “ordinamento giuridico maggiore”, “si impegnò a combattere quello minore (la mafia)” (*La mafia*, cit. p. 123).

¹³ G. C. MARINO, *Storia della mafia*, Roma, 2006, p. 19.

¹⁴ V. *L'inchiesta in Sicilia di Franchetti e Sonnino. La Sicilia nel 1876*, ristampata nel 2004 dall'editore Kalos di Palermo.

¹⁵ In generale, sull'assetto politico-sociale dell'epoca, v. G. C. MARINO, *Partiti e lotta di classe in Sicilia da Orlando a Mussolini*, Bari, De Donato, 1976, passim.

sia pure con i loro eccessi, allora in tal senso si tratta di contrassegni indivisibili dell'anima siciliana e mafioso mi dichiaro e sono lieto di esserlo!"¹⁶.

Le operazioni antimafia furono di tipo militare secondo le modalità già sperimentate nel meridione dopo l'Unità d'Italia, e pienamente funzionali alla natura autoritaria del regime fascista: imponenti ed estesi rastrellamenti nella Sicilia occidentale di mafiosi, reali e presunti, di banditi ad opera di Carabinieri, Guardie di pubblica sicurezza e milizia, iniziati nel 1926 con l'assedio del comune madonita di Ganci, che era la roccaforte del banditismo, e proseguiti sino al 1928, con oltre undicimila arresti, con migliaia di persone inviate al confino di polizia soprattutto nelle piccole isole, e con migliaia di ammonizioni impartite¹⁷.

Sul piano giudiziario, furono riaperte molte indagini per reati, che erano stati oggetto in precedenza di archiviazione a causa soprattutto della situazione di terrore e omertà imperanti, e si perseguirono nuovamente gli imputati con impegno e determinazione.

In particolare, furono celebrati sino al 1932 circa 105 maxi processi penali a carico di almeno 7.000 imputati¹⁸, molti dei quali furono condannati per il delitto di associazione a delinquere di cui all'art. 248 del codice penale Zanardelli, mentre, come avverrà nei processi penali a carico di mafiosi negli anni sessanta-settanta, si registrarono molte sentenze di assoluzione per insufficienza di prove con riferimento alle imputazioni relative a gravi delitti¹⁹.

Al Prefetto Mori, si affiancò il Procuratore generale del Re, Luigi Giampietro, che iniziò a svolgere le sue funzioni dal 1925: magistrato di estremo rigore e severità che si rivelò un implacabile accusatore e persecutore della mafia²⁰.

Il magistrato infatti, rendendosi conto che il maggiore ostacolo per la condanna dei mafiosi per associazione a delinquere era costituito dalle difficoltà di provare in dibattimento il vincolo associativo e le finalità criminali delle cosche, aveva sostenuto, nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario del 1928, che si doveva dare ampia rilevanza alle prove indiziarie e ai rapporti della polizia giudiziaria²¹.

Pietro Scaglione ricordava il rigorosissimo Procuratore Generale Giampietro riportando un aneddoto che circolava all'epoca.

Si raccontava, tra l'altro, che Giampietro, credente osservatissimo, entrasse un giorno nella Basilica di San Domenico e che, intrattenendosi a pregare in prossimità di un confessionale, percepisse la seguente frase: "*Ego te absolvo*". Allora, meccanicamente e pensando di trovarsi in udienza, a voce alta ribatté: propongo appello.

Ritornando ora all'operazione Mori, si dibatte ancora, nella storiografia, sui motivi per cui Mussolini diede avvio alla repressione della mafia.

Sicuramente uno Stato fascista, fondato sulla prevalenza della autorità sulla libertà, non poteva consentire la sottrazione di sovranità in Sicilia da parte di una organizzazione criminale, misteriosa e potente, come la mafia.

"*Mussolini che aveva il culto dello Stato* – come scrisse Leonardo Sciascia-*era arrivato a scoprire che la mafia era come un altro Stato*"²².

Emblematico è al riguardo l'episodio verificatosi, nel 1924, durante una visita di Mussolini in Sicilia: il sindaco e capo mafia di Piana dei Greci, Don Ciccio Cuccia disse a Mussolini che non era necessaria una scorta in quanto la sua presenza e il suo prestigio erano una efficace protezione²³. Le affermazioni di Don Ciccio Cuccia sono state unanimemente considerate come "*il catalizzatore della guerra di Mussolini contro la mafia*"²⁴.

¹⁶ Dichiarazioni riportate in G. C. MARINO, *Storia della mafia*, cit., p. 128. Per il testo integrale, v. *L'Ora* 19 luglio 1925 e il *Giornale di Sicilia* del 28 luglio 1925.

¹⁷ Al riguardo, v. F. RENDA, *op. cit.* p. 1204 ss.; G. TESSITORE, *op. cit.*, p. 115 ss.

¹⁸ Su questi maxi processi, v. F. RENDA, *op. ult. cit.*, p. 1207 ss.; G. TESSITORE, *op. cit.*, p. 155 ss.

¹⁹ Al riguardo, C. DUGGAN, *op. cit.*, p. 209 ss.; S. LUPO, *op. cit.*, p. 124 ss.

²⁰ V. C. DUGGAN, *op. cit.*, p. 211 ss.

²¹ V. *Il Giornale di Sicilia*, 13 gennaio 1928. V., pure, G. TESSITORE, *op. cit.*, p. 162 s.

²² L. SCIASCIA, *La storia della mafia*, Barion, Palermo, 2013, p. 31.

²³ V. DI VITA P., *op. cit.*, p. 131.

²⁴ Così J. DICKIE, *op. cit.*, p. 186.

Secondo un'altra impostazione, invece, le motivazioni sarebbero da ravvisare, soprattutto, nell'esigenza di *"dare un senso al Fascismo nel Mezzogiorno"*, facendo ricorso ad un'ampia risonanza propagandistica²⁵, in una regione, come la Sicilia, che non registrava, all'epoca, una grande adesione e consenso al nuovo regime.

Anche la valutazione dei risultati dell'operazione Mori e dei successivi processi penali è stata oggetto di interpretazioni contrastanti nella storiografia²⁶.

Secondo un primo indirizzo, vi furono errori, arbitrarietà, pregiudizi degli organi di polizia, metodi brutali, eccessi negli arresti²⁷, frequente ricorso alla carcerazione preventiva, e compressione delle garanzie fondamentali previste dallo Statuto Albertino, nonché talora il coinvolgimento di numerosi oppositori politici e semplici cittadini, estranei alla mafia.

Si evidenzia anche che la repressione fu svolta soprattutto nei confronti delle bande che operavano indisturbate nelle montagne, dell'ala militare e del ceto medio mafioso, come i gabellotti delle masserie²⁸, mentre ne uscirono indenni i grandi proprietari terrieri, che furono considerati vittime dello stato di necessità e le classi dirigenti dell'epoca²⁹ e vi furono persino ambigue *"trattative con personaggi influenti sulla mafia"*, come nobili baroni³⁰.

Non mancò talora, secondo alcuni autori, anche un uso strumentale dell'accusa di collusione con la mafia che investì qualche dirigente fascista dell'epoca, come nel caso del Segretario federale del partito fascista di Palermo, Alfredo Cucco, che fu sottoposto ad oltre venti processi penali, ma fu definitivamente assolto nel processo di appello³¹.

In questo contesto, si è pure sottolineato che, a prescindere dalle valutazioni positive o negative, la lotta alla mafia condotta da Mori, *"fu un unicum solo praticabile in [un] regime autoritario"*, mentre, *"in regime di libertà e di democrazia non sarebbe stata né concepibile"*³².

Al riguardo si deve però evidenziare che l'apparato normativo dell'epoca non era funzionale all'attività repressiva messa in atto. Infatti, il codice di procedura penale vigente era quello Zanardelli del 1913, che si connotava per un'ampia tutela dei diritti dell'imputato già a partire dalla fase istruttoria.

Pertanto, in coerenza con il nuovo regime dittatoriale e con le sue aspirazioni all'ordine e alla tutela della sicurezza pubblica, si procedette poi, nel 1930, all'emanazione del nuovo codice di procedura penale, soprannominato codice Rocco dal nome del Ministro della Giustizia dell'epoca (Alfredo Rocco), che segnò una netta inversione di tendenza rispetto al precedente, facendo prevalere le ragioni dell'autorità su quelle della libertà.

Secondo un altro orientamento, invece, il *"questurino"* Mori e *"l'inquisitore"* Giampietro, nonostante *"eccessi terroristici, condanne di innocenti, persecuzioni di politici"*, *"incontrarono e batterono la mafia"*³³, come si ricava dal fatto indiscutibile che il numero degli omicidi in Sicilia nel periodo 1923-1926 scese da 675 a 299, così come diminuirono drasticamente i reati contro il patrimonio³⁴.

²⁵ In questo senso, v. S. LUPO, *La mafia*, cit., p. 123.

²⁶ In generale, sugli effetti giudiziari dell'operazione Mori, v. C. DUGGAN, *op. cit.*, p. 109 ss.; F. RENDA, *op. ult. cit.*, p. 1207 ss.; S. LUPO, *op. cit.*, p. 128, 140 ss..

²⁷ V.E. CICONTE, *op. cit.*, p. 71 ss.; M. I. FINLEY, D. MACK SMITH, C. U. H. DUGGAN, *Breve storia della Sicilia*, Bari, Laterza, 1992, p. 314.

²⁸ In generale, sugli effetti giudiziari dell'operazione Mori, v. A. CRISANTINO, *Capire la mafia*, cit., p. 85 s.; C. DUGGAN, *op. cit.*, p. 109 ss.; F. RENDA, *op. ult. cit.*, p. 1207 ss.; S. LUPO, *La mafia*, cit., p. 128, 140 ss..

²⁹ V. A. CRISANTINO, *op. cit.*, p. 224.

³⁰ Così E. CICONTE *op. cit.*, p. 71.

³¹ Su queste vicende giudiziarie, v. V. COCO, *Una carriera emergente in terra di mafia*, in AA. VV., *Il fascismo dalle mani sporche, Dittatura, Corruzione, Affarismo*, a cura di P. GIOVANNINI e M. PALLA, Bari, Laterza, 2019, p. 144 ss.; J. DICKIE, *op. cit.*, p. 195, S. LUPO, *op. cit.*, p. 135 ss.; M. DI FIGLIA, *Alfredo Cucco. Storia di un federale*, in *Mediterranea* del 2007 (www.mediterranearicerchestoriche.it); C. DUGGAN, *op. cit.*, p. 111 ss.

³² Così F. RENDA, *op. cit.*, p. 1200.

³³ Così S. LUPO, *Storia della mafia*, cit., p. 158.

³⁴ V. G. TESSITORE, *op. cit.*, p. 156 ss.

Secondo questa tesi quindi Mori attaccò la mafia ad ogni livello, da quello degli esecutori a quello dei capi³⁵, come nel caso del boss mafioso di Bisacquino, don Vito Cascio Ferro, di decine di ex sindaci mafiosi, e di personalità delle professioni e dell'alta borghesia, e avrebbe certamente proseguito sul filone mafia-politica se non fosse stato fermato³⁶, proprio quando stava iniziando “a colpire personaggi altolocati e inseriti nel nuovo assetto di potere”³⁷.

Si ricorda, infatti, che, nel 1919, dopo una prima esperienza in Sicilia come commissario di polizia avesse dichiarato ai suoi collaboratori: “*Il vero colpo mortale alla mafia lo daremo quando ci sarà consentito di rastrellare non soltanto tra i fichi d'india ma negli ambulacri delle prefetture, delle questure, dei grandi palazzi padronali e, perché no, di qualche ministero*”³⁸.

Nel 1929 Cesare Mori lasciava la carica di Prefetto di Palermo, e nelle sue memorie scrisse che la mafia era stata finalmente e definitivamente debellata³⁹. Dal canto suo, il regime fascista proclamava di avere “*bonificato*” la società siciliana⁴⁰, mettendo al bando la parola mafia dagli organi di informazione del regime e facendo scendere una coltre di silenzio sul riesplodere di omicidi e altri gravi reati⁴¹.

In realtà la mafia ancora una volta, come avverrà negli anni successivi e sino ai nostri giorni, non era stata definitivamente debellata⁴² ed era diventata invisibile per sopravvivere, mentre i capi mafia iniziavano a riannodare le loro reti affaristiche e criminali e continuavano a praticare le vecchie forme di violenza privata, con la conseguenza che, nel 1934, la situazione dell'ordine pubblico andò via via deteriorandosi e furono commessi gravi delitti⁴³. Giuseppe Genco Russo, il boss di Mussomeli, ad esempio, era riuscito ad uscire quasi indenne dai processi a suo carico e si ritroverà nel dopo guerra al vertice della gerarchia di Cosa nostra. Centinaia di mafiosi erano riusciti a sfuggire alla repressione di Mori ed erano emigrati negli Stati Uniti d'America, mentre altri si riciclavano nello schieramento fascista.

Gli organi di polizia negli anni trenta, comunicavano ai loro vertici che la mafia era “*forte quanto se non più di prima*”⁴⁴. Era la riprova che la mafia non può essere definitivamente debellata con la sola repressione e con il ricorso alla forza militare⁴⁵.

La Sicilia iniziava così ad affondare nuovamente in un “*pantano di corruzione e lotte di fazione*”⁴⁶ e la mafia si preparava a rivestire nuovamente un ruolo da protagonista⁴⁷. Ma questa è un'altra storia.

³⁵ Così L. SCIASCIA, *op. cit.* p. 32; V., pure, G. FALZONE, *Storia della mafia*, Milano, Pan, p. 221 ss.; S. SCARPINO, *La storia della mafia*, Milano, Fenice, 2000, p. 56 ss.; G. TESSITORE, *op. cit.*, p. 173 ss.

³⁶ V. G. C. MARINO, *Storia della mafia, cit.*, p. 132 s.

³⁷ Così U. SANTINO, *op. cit.*, p. 106; v., pure, E. CICONTE, *op. cit.*, p. 72; DI VITA P., *op. cit.*, p. 135.

³⁸ V. J.J., NORWICH, *op. cit.*, p. 475.

³⁹ C. MORI, *Con la mafia ai ferri corti*, Milano, Mondadori, 1932; C. MORI, *Tra le zaghere oltre la foschia*, Firenze, Carpigiani e Rispoli, 1923.

⁴⁰ S. LUPO, *La mafia, cit.*, p. 124.

⁴¹ C. DUGGAN, *op. cit.*, p. XII, 265; cui adde E. CICONTE, *op. cit.*, p. 72; A. CRISANTINO, *Capire la mafia, cit.*, p. 86.

⁴² A. NICASIO, *op. loc. ult. cit.*; v., pure, P. DI VITA, *op. cit.*, p. 135.

⁴³ V. E. CICONTE, *op. cit.*, p. 73; C. DUGGAN, *op. loc. ult. cit.*; G. TESSITORE, *op. cit.*, p. 213.

⁴⁴ S. LUPO, *La mafia, loc. ult. cit.*

⁴⁵ E. CICONTE, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁶ Così J. DICKIE, *op. cit.*, p. 196.

⁴⁷ A. CRISANTINO, *Capire la mafia, cit.*, p. 89.

La tassatività delle condizioni negli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale ed i rimedi giurisdizionali nella fase prodromica dell'accordo fiscale

The compelling nature of the conditions in the preventive agreements for companies with international activity and the legal remedies in the prodromal phase of the tax agreement

Avv. Nicolò GIORDANA *

ABSTRACT: Con l'intenzione di favorire quanto più possibile gli investimenti nel nostro Paese, il Legislatore del 2015 ha previsto una novella, l'art. 31-ter del D.P.R. 600/1973, rubricato *Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, che mira a definire in modo preventivo i rapporti fiscali tra il contribuente e l'Agenzia delle Entrate. Se da un lato tale norma è certamente da apprezzare in quanto mira a collocare sullo stesso livello negoziale l'investitore e l'Autorità fiscale consentendo ai due attori di "giocare" a carte scoperte, dall'altro lato non propone un rimedio giuridico certo ai possibili provvedimenti negativi dell'Amministrazione. L'articolo, dopo un breve quadro introduttivo, esamina la norma ed il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate assunto nel 2016 a definizione dei confini applicativi, cercando di offrire una soluzione giuridicamente efficace alle possibili dichiarazioni di inammissibilità o estinzione del procedimento volto al perfezionamento dell'accordo preventivo.

With the intention of encouraging investments in our Country as much as possible, in the 2015 the Italian Legislator introduced a novel, the art. 31-ter of the D.P.R. 600/1973, entitled Preventive Agreements for companies with international activities, which aims to define preventively the tax relations between the tax payer and the Agenzia delle Entrate. This rule is certainly to be appreciated because it aims to place the Investor and the Tax Authority on the same level of negotiation allowing the two players to "play" cards discovered, but on the other hand doesn't propose a legal remedy to the possible negative measures adopted by the Administration. The article, after a short introduction, analyse the rule and the Act of the Director of the Italian Fiscal Authority adopted in 2016, and at last it trying to offer an effective juridical solution to the possible declarations of inadmissibility (or extinction of the procedure) for the improvement of the preventive agreement.

Sommario: 1. Il quadro normativo di riferimento: l'art. 31-ter; - 2. L'attività di regolamento dell'Agenzia delle Entrate; - 3. La procedura: dall'avvio al perfezionamento dell'accordo; - 4. I vizi dell'istanza e l'estinzione del procedimento; - 5. I rimedi alla dichiarazione di inammissibilità e di estinzione del procedimento.

1. Il quadro normativo di riferimento: l'art. 31-ter

L'art. 31-ter del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, novella la disciplina degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale abrogando la previgente disciplina del *ruling* internazionale contenuta nella L. 24 novembre 2003, n. 326, nell'intento di ridurre i vincoli per le operazioni transfrontaliere e promuovere il dialogo tra il contribuente e l'Amministrazione Finanziaria. Il vecchio *ruling* internazionale è stato sostituito dall'istituto degli "accordi preventivi" dove la preventività sta ad indicare la relazione tra l'efficacia dell'accordo ed il periodo tributario: l'accordo avrà infatti efficacia fiscale a partire dall'anno tributario in cui è stata cristallizzata l'istanza.

La relazione illustrativa alla norma nuova, inserita per effetto del capoverso dell'art. 1 del d.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147, ha palesato l'intento del Legislatore: offrire una maggiore organicità alla materia oggetto di accordi potenziando le misure esistenti con interventi capaci di attrarre nuovi investitori esteri conferendo maggiore certezza al contesto giuridico tributario.

* **Avvocato tributarista** (Tax Lawyer), Mercanti e Associati – Milano.

La collocazione del testo normativo all'interno del Titolo IV del Decreto presidenziale attribuisce agli accordi preventivi la forma dell'esercizio "*consensuale e condiviso dei poteri di competenza degli uffici dell'Agenzia delle entrate*"¹.

La norma prevede quattro ambiti di applicazione individuati al primo comma dell'art. 31-ter. In primo luogo l'accordo ha finalità preventiva per la definizione in contraddittorio dei metodi di calcolo del valore normale delle operazioni con società non residenti in Italia che controllano direttamente o indirettamente l'impresa, ovvero ne sono controllate o sono controllate dalla medesima società che controlla l'impresa. Nel caso in cui l'impresa aderisca al regime dell'adempimento collaborativo potrà avere accesso alla procedura anche al fine della preventiva definizione in contraddittorio dei metodi di calcolo di cui sopra. Ulteriore ambito di applicazione dell'accordo concerne il caso concreto di norme, anche convenzionali, circa l'attribuzione di utili e perdite alla stabile organizzazione in un altro Paese di un'impresa o ente residente ovvero al *permanent establishment* in Italia di un soggetto estero non residente. La lettera c) del primo comma prevede poi la possibilità di ricorrere all'istituto per valutare se sussista o meno la stabile organizzazione all'interno dello Stato italiano. Sul punto la valutazione non è solo vista quale misura attrattiva per le società che intendono investire in Italia, ma nella relazione illustrativa il Legislatore chiaramente prevede che la presentazione dell'istanza possa avvenire anche per "*soggetti multinazionali già operanti nel nostro Paese e che avviino una nuova attività*" nell'ottica di essere una "*misura volta a creare un contesto di maggiore certezza*" per questi investitori. In ultimo l'accordo preventivo trova applicazione anche nel caso di norme convenzionali concernenti l'erogazione o la percezione di dividendi, interessi e *royalties* ed altri componenti reddituali da o verso soggetti non residenti.

Gli accordi sono dotati di una efficacia legata al caso di specie: essi vincolano le parti per il periodo d'imposta nel quale sono stipulati e, fermo la permanenza delle medesime circostanze di fatto e di diritto giuridicamente rilevanti, per i quattro periodi successivi. Nel caso in cui siano stipulati successivamente ad altri accordi conclusi con competenti Autorità estere a seguito delle procedure previste dai trattati internazionali contro le doppie imposizioni, gli accordi ex art. 31-ter hanno potere di vincolare in base a quanto determinato con predette Autorità a decorrere dai periodi d'imposta precedenti purché non anteriori al periodo in corso alla data di presentazione della relativa istanza da parte del contribuente.

L'accordo può poi essere retroattivo nei limiti in cui le circostanze che portano alla sua conclusione di verifichino anche per uno o più periodi d'imposta precedenti alla stipula, benché questi non siano anteriori a quello in corso al tempo in cui viene presentata l'istanza. Se necessario il contribuente potrà attuare il ravvedimento operoso ovvero presentare una dichiarazione integrativa senza applicazione, per entrambe i casi, delle sanzioni.

Per la definizione dei termini procedurali e delle modalità di presentazione e verifica dei termini dell'accordo il Legislatore ha delegato al Direttore dell'Agenzia dell'Entrate che, sulla base delle attribuzioni conferitegli, il 21 marzo 2016 ha emanato le *Disposizioni per l'attuazione della disciplina degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*.

2. L'attività di regolamento dell'Agenzia delle Entrate

Alla procedura dell'accordo preventivo può accedere l'impresa residente con attività internazionale ovvero chi non ha residenza in Italia ma vi opera attraverso una stabile organizzazione. In prima battuta l'Autorità finanziaria ha quindi dovuto definire, all'interno del provvedimento prot. n. 2016/42295 (di seguito il Provvedimento), il concetto di "*impresa con attività internazionale*" per essa intendendo quella residente in Italia che, alternativamente o congiuntamente, si trova nelle condizioni di cui all'art. 110, comma 7, del Testo Unico sulle imposte sui redditi (TUIR) in materia di *transfer pricing*; ha un patrimonio, fondo o capitale partecipato da soggetti non residenti ovvero è la società stessa che partecipa ad un patrimonio, fondo o capitale di un soggetto non residente; ha corrisposto o percepito da soggetti esteri dividendi, interessi, *royalties* o altri componenti reddituali; oppure, infine, esercita la sua attività attraverso una stabile organizzazione all'interno di un altro

¹ Relazione illustrativa al D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147.

Stato. Rimangono dunque esclusi dal *ruling* i soggetti fisici ovvero, generalmente, coloro i quali non esercitano attività d'impresa.

Fermi questi requisiti a natura soggettiva il Provvedimento individua poi l'ambito di applicazione, già di per sé definito dal Legislatore al comma 1 dell'art. 31-ter, ferma la non tassatività delle materie che possono formare oggetto di *ruling*: l'ambito applicativo della procedura, infatti, può trovare estensione a fattispecie diverse da quelle contemplate purché siano inerenti a componenti del reddito di impresa a carattere internazionale², esempio ne sono i *cost sharing agreements*, le *management fees* ovvero gli addebiti di quote del capitolo di spesa generale di amministrazione dalla società controllante a quella controllata. Con riferimento a dividendi, interessi e *royalties* la procedura potrà attenersi sia alla congruità del *quantum* corrisposto, sia la corretta qualificazione fiscale della fattispecie oggetto di tassazione.

Come già affermato nel paragrafo che precede, anche il concetto di preventività richiamato dal Provvedimento deve intendersi riferito non all'ammissibilità dell'accordo ma all'efficacia del medesimo. Invero è chiaro come anche nella lettura data dall'Amministrazione finanziaria si afferma che l'intento del Legislatore non sia quello di far ritenere inammissibile l'accordo nel caso in cui non sia proposto per una situazione "nuova" ma meramente quello di ritenere validi i suoi effetti giuridici a partire dall'inizio della procedura negoziale. Un accordo preventivo per la successiva efficacia degli effetti determinati nell'accordo stesso. Si dovesse infatti ritenere che la richiesta di accordo, ai fini della sua ammissibilità deve necessariamente arrivare prima dell'inizio dell'attività in Italia, per esempio, il comma terzo dell'art. 31-ter sarebbe del tutto superfluo.

3. La procedura: dall'avvio al perfezionamento dell'accordo

La richiesta per accedere alla procedura finalizzata all'accordo preventivo deve essere redatta su carta libera indirizzata all'Ufficio *Accordi preventivi e controversie internazionali* dell'Agenzia delle Entrate presso la Direzione Centrale Accertamento – Settore Internazionale. Va' da sé che la forma di inoltro debba assecondare le ordinarie forme di certa consegna, quindi, alternativamente alla dazione a mano, possono utilizzarsi la spedizione in raccomandata con ricevuta di ricevimento ovvero la posta elettronica certificata all'indirizzo dedicato dc.acc accordi@pec.agenziaentrate.it. L'Agenzia ha chiarito che in ogni caso copia dell'istanza e della documentazione afferente deve anche essere prodotta in formato elettronico, per tanto la scelta della pec si rivela la più rapida ed efficace.

Il Provvedimento del 2016 ha chiaramente previsto al comma 9 dell'art. 2 che l'impresa possa preventivamente chiedere un incontro con i funzionari dell'Ufficio per concordare alcuni profili dell'istanza di accordo e quindi ottenere chiarimenti o indicazioni.

L'istanza deve necessariamente contenere la denominazione dell'impresa, la sede legale ovvero il domicilio fiscale (nel caso in cui differisca dalla sede legale), il codice fiscale e la partita Iva, e l'eventuale indicazione del domiciliatario nazionale ai fini della procedura. Il Provvedimento impone poi l'indicazione in modo chiaro dell'oggetto dell'accordo preventivo e la descrizione degli elementi caratterizzanti; la documentazione necessaria a comprovare il possesso della qualifica di impresa con attività internazionale; e la firma del legale rappresentante. Nel caso in cui l'istanza sia presentata da un'impresa non residente è necessario che venga ad essere indicato anche l'indirizzo della stabile organizzazione e l'eventuale domiciliatario: detti requisiti non sono ovviamente necessari nel caso in cui l'istanza sia presentata col fine di valutare preventivamente la sussistenza di eventuali requisiti che configurino la stabile organizzazione all'interno dello Stato italiano.

Nel caso in cui l'istanza abbia ad oggetto il *transfer pricing*, il Provvedimento chiarisce che i requisiti di ammissibilità sono (i) la sintetica descrizione delle operazioni con una dettagliata indicazione dei beni o dei servizi oggetto delle operazioni di trasferimento, (ii) l'indicazione delle società estere con cui sono effettuate le operazioni nonché le ragioni per cui si collocano all'interno dell'art. 110, comma 7, TUIR le operazioni di trasferimento tra la società italiana e quelle estere, (iii) l'individuazione chiara dei criteri e dei metodi di determinazione del valore normale delle operazioni e le ragioni per cui si ritengono conformi *ex lege*, (iv) l'eventuale documentazione illustrativa.

² Sul punto cfr. Assonime, *La nuova disciplina degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, Circolare n. 10/2016.

Per le istanze relative a dividendi, interessi, *royalties* ovvero ulteriori componenti reddituali, l'art. 2.6 del Provvedimento prevede che l'istanza debba contenere necessariamente: (i) l'indicazione concreta e dettagliata del caso di specie, (ii) i soggetti esteri destinati ad erogare (ovvero percepire) le componenti reddituali, (iii) l'illustrazione della soluzione applicativa che si intende adottare e le ragioni per le quali si opta per la medesima, (iv) la documentazione illustrativa che si ritiene opportuna, requisito quest'ultimo eventuale.

L'art. 2.5 definisce invece i requisiti essenziali per l'istanza in caso di attribuzioni di utili o perdite a stabili organizzazioni. L'Agenzia delle Entrate ha chiarito che occorre (i) indicare una sintetica descrizione delle operazioni poste in essere indicando il caso concreto per il quale si procede con l'accordo preventivo, (ii) indicare gli elementi identificativi del *permanent establishment* in altro Stato dell'impresa residente istante ovvero, nel caso in cui l'impresa non sia residente, l'indirizzo della stabile organizzazione italiana, (iii) l'illustrazione della soluzione applicativa che si intende adottare e le ragioni per le quali si opta per la medesima, (iv) l'eventuale documentazione illustrativa.

Per istanze finalizzate ad un accordo preventivo in materia di valori di uscita o ingresso per trasferimento di residenza è stato stabilito dall'Agenzia che l'istanza debba (i) indicare il Paese di provenienza ovvero trasferimento, (ii) indicare in modo preciso i componenti dell'azienda in uscita e le attività e passività in ingresso con riferimento al territorio italiano, (iii) illustrare i metodi di valorizzazione dei componenti dell'azienda *ut supra* e le ragioni giuridiche per le quali si ritiene che siano conformi alla legge, (iv) la documentazione illustrativa eventuale.

Infine nel caso di istanza relativa ai requisiti per una stabile organizzazione in Italia l'Agenzia ha ritenuto essenziali: (i) la descrizione dettagliata del caso concreto relativo all'istanza, (ii) il corredo documentale finalizzato ad illustrare in modo dettagliato le iniziative poste in essere e le nuove attività da intraprendere, (iii) l'indicazione delle ragioni di fatto e di diritto per le quali è ragionevole ravvisare ovvero escludere la stabile organizzazione *ex art. 162 TUIR*, (iv) l'eventuale documentazione a supporto. L'intero *iter* procedurale deve trovare perfezionamento in 180 giorni dalla ricezione dell'istanza. All'interno del Provvedimento l'Agenzia ha ripartito i procedimenti in due *species*: generale, all'art. 4, e speciale, all'art. 5.

Nel primo caso la procedura si svolge in contraddittorio e per ogni attività viene redatto un processo verbale. Il primo momento di incontro delle parti avviene con la comparsa dell'istante – entro 30 giorni dal ricevimento dell'istanza – al fine di verificare la completezza delle informazioni prodotte e definire i termini dello svolgimento del procedimento. Durante l'*iter* i funzionari dell'Agenzia delle Entrate possono accedere presso le sedi dell'impresa, previo accordo sui tempi, al fine di raccogliere gli elementi che si ritengono utili ai fini del procedimento stesso. Completata l'attività istruttoria e salvo la non necessaria attivazione di strumenti di cooperazione internazionale con le Amministrazioni fiscali di Paesi terzi³, l'accordo si perfeziona con la sottoscrizione del negozio giuridico da parte del responsabile dell'Ufficio competente e del legale rappresentante dell'impresa⁴.

Nel secondo caso se l'istanza ha ad oggetto i requisiti per una stabile organizzazione all'interno del territorio italiano il procedimento è bifasico: una prima fase ha carattere documentale e vede l'Ufficio svolgere l'attività istruttoria sulla base dei dati e delle informazioni disponibili; una seconda fase ha natura operativa e vede l'Ufficio effettuare accessi presso le sedi di svolgimento dell'attività – previo accordo sui tempi con l'impresa istante. Ciascuna delle fasi si chiude con un processo verbale all'interno del quale l'Ufficio espone le proprie conclusioni in merito alla sussistenza o meno dei requisiti che configurano un *permanent establishment* all'interno del nostro Paese. L'accordo, che si perfeziona anche qui nei medesimi termini della prima specie di procedura, individua e descrive le specifiche condizioni definendo i termini sulla base dei quali è ritenuta esistere o meno la stabile organizzazione determinando in capo all'istante gli obblighi che sottostanno alla validità dell'accordo. Entro trenta giorni dalla ricezione dell'istanza, nell'ipotesi in cui non vi siano vizi legati ai requisiti oggettivi o soggettivi, l'Ufficio ne dichiara l'ammissibilità. In caso contrario o è ritenuta improcedibile, o inammissibile.

³ Nel caso in cui sia necessario attivare procedure di cooperazione internazionale il termine di 180 giorni si flette per il tempo necessario al completamento della procedura cooperativa. Sul punto è chiaro l'art. 4.4 del Provvedimento del 2016.

⁴ Fermo resta la possibilità che le Parti non arrivino ad un accordo. In tal caso viene redatto un apposito processo verbale all'interno del quale se ne dà atto.

4. I vizi dell'istanza e l'estinzione del procedimento

Nell'ipotesi in cui l'istanza di avvio della procedura sia priva di qualcuno degli elementi *ab sustantiam* puntualmente previsti, si delineano due tipi di vizi. Il primo è rappresentato dall'improcedibilità, che si verifica nel momento in cui l'Agenzia delle Entrate non sia posta nella condizione di verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti richiesti dalla norma.

La dichiarazione di improcedibilità viene rilasciata entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza per l'accordo preventivo e viene comunicata al contribuente il quale ha a sua volta trenta giorni ulteriori per l'integrazione dell'istanza. Nell'ipotesi in cui l'istanza venga ad essere integrata riprende nuovamente a decorrere il termine entro il quale l'Amministrazione finanziaria deve esprimersi ai fini della sua ammissibilità. Sul punto si esprime in modo chiaro il Provvedimento all'art. 3.2.

L'altro vizio tipizzato è l'inammissibilità. Essa viene dichiarata nel caso in cui il contribuente non integri la documentazione presentata – o la sua integrazione non sia ritenuta sufficiente – entro il termine dei trenta giorni dalla comunicazione di improcedibilità, ovvero se manca anche solo uno degli elementi di cui all'art. 2.3 del Provvedimento: la denominazione dell'impresa, la sede legale o il domicilio, il codice fiscale e la partita Iva, l'eventuale domiciliatario in Italia, l'indicazione chiara dell'oggetto dell'accordo preventivo e la sintetica descrizione degli elementi specifici del medesimo, la documentazione probatoria del rispetto del requisito di "*impresa con attività internazionale*", e la firma del legale rappresentante o del da lui delegato. È chiaro che detto elenco debba ritenersi tassativo e non ampliabile con il ricorso alla discrezionalità. Invero ciò porterebbe alla derivazione verso l'arbitrarietà del potere dell'Autorità finanziaria e mal si concilierebbe col chiaro intento del Legislatore di favorire gli accordi per aumentare gli investimenti nel nostro Paese.

Nonostante non ci sia riscontro a livello di giurisprudenza o a livello normativo sul punto, l'elencazione deve ritenersi chiusa per due ordini di motivi: il primo è di carattere letterale in quanto l'Autorità amministrativa puntualmente individua i casi specifici di inammissibilità senza rimandare a casi ulteriori, l'altro è di carattere logico-giuridico in quanto è un principio granitico quello secondo il quale le cause di inammissibilità sono sempre elencazioni chiuse in quanto la previsione di fattispecie aperte porterebbe all'esercizio di un potere di fatto arbitrario.

Circa il primo motivo va detto che la tecnica legislativa è unitaria nell'identificare eventuali elenchi aperti con formule specifiche che, per l'appunto, fanno capire come l'elencazione cui si riferiscono sia di meri casi esempio. Nel caso che ci riguarda si individuano precisamente tre punti specifici e nulla, dal punto di vista della lettera giuridica, può far presagire che vi siano residuali situazioni di inammissibilità non contemplate.

Con riferimento al secondo punto va poi detto che l'intento del Legislatore per l'accordo preventivo è, come già ricordato, quello di favorirlo in un'ottica di rilancio economico del sistema Paese e per tanto questa posizione non troverebbe conforto in un caso di consentita discrezionalità sull'ammissibilità o meno dell'istanza.

Peraltro ogni accordo ha *in se* un carattere "contrattuale" che può quindi essere ostato nella sua ammissione se non che per soli vizi formali (qui elencati in modo puntuale). Ulteriore aspetto di criticità interruttiva della stipula dell'accordo è rappresentato dalle cause di estinzione del procedimento finalizzato alla stipula dell'accordo.

Queste sono definite dall'art. 6 del Provvedimento: la mancata ed ingiustificata produzione entro il termine comunicato dall'Agenzia dei documenti o dei chiarimenti ritenuti necessari per la prosecuzione della fase istruttoria, e la sopravvenuta conoscenza da parte dell'Autorità finanziaria di elementi o circostanze in grado di caducare il rapporto di trasparenza, fiducia e collaborazione.

Quest'ultima condizione è certamente la più problematica in quanto pare essere maggiormente esposta a discrezionalità e quindi ai rischi a questa intrinseci. Va detto che "*fiducia, trasparenza e collaborazione*" sono ritenute *conditiones sine qua non* all'accordo e la ragione di ciò trova conforto nello stesso *animus* che accompagna la contrattualistica di diritto civile.

Pare quindi logico il rimando all'ampia dottrina e giurisprudenza in campo civilistico per la delimitazione dei confini di questa causa estintiva che in questa sede non affrontiamo vista la vastità del tema.

5. I rimedi alla dichiarazione di inammissibilità e di estinzione del procedimento

Vero *punctum dolens* è determinare il rimedio alle dichiarazioni di inammissibilità o di estinzione del procedimento da parte dell'Amministrazione finanziaria nei confronti dell'accordo fiscale di cui all'art. 31-ter del D.P.R. 600/1973.

Né all'interno del Provvedimento, né in altre fonti normative e neppure in giurisprudenza ci si è posti il problema della contestazione del diniego dell'Agenzia delle Entrate all'istanza di accordo ovvero al provvedimento dichiarativo di estinzione del procedimento. Sulla base degli Istituti giuridici di cui disponiamo possiamo offrire una soluzione che abbraccia una giurisdizione in capo al Giudice amministrativo, vi è da definire se prevalga il Giudice amministrativo "ordinario" ovvero lo speciale tributario.

Prima di ogni affermazione non possiamo prescindere dal dire che l'Agenzia delle Entrate rientra a pieno titolo all'interno del *genus* della Pubblica Amministrazione (di seguito PA) quale apparato titolare di una funzione a carattere pubblicistico: essa, quale Ente pubblico non economico nel quale sono confluite le competenze che in passato facevano capo alle articolazioni centrali e periferiche del dicastero delle Finanze, è un'agenzia amministrativa legata al Ministero dell'Economia che svolge una attività tecnico-operativa di interesse nazionale.

Ad essa trova quindi adattamento, oltre alla speciale disciplina tributaristica sicuramente prevalente, il comparto delle norme amministrativistiche e, in questo, la Legge sul provvedimento amministrativo n. 241 del 7 agosto 1990 che, ricordiamo, prevede all'art. 21-octies la possibilità di annullamento di ogni provvedimento amministrativo nelle ipotesi di violazione di legge, eccesso di potere o incompetenza, ed all'art. 21-nonies l'azione in autotutela dalla PA che può autonomamente procedere all'annullamento del provvedimento o dell'atto viziato. Nelle generali ipotesi di vizio, se l'Agenzia non annulla in autotutela, l'eventuale intento di ricorrere che può ragionevolmente formarsi in capo all'istante apre alla discussione sul tema della giurisdizione cui proporre la domanda di annullamento e, più in particolare, è da individuare se la questione debba essere sottoposta al Giudice amministrativo ovvero a quello tributario.

In tema di giurisdizione, sulla base del generale principio di affidamento alla Giustizia tributaria di ogni materia che involga i tributi, la norma che in via di principalità deve essere tenuta in considerazione, oltre quelle che regolano la giurisdizione in genere, è l'art. 19 del D.Lgs. 546 del 31 dicembre 1992.

Sul punto si è concordi nell'affermare che il Giudice amministrativo ha una giurisdizione che potremmo definire residuale rispetto a quella speciale del Giudice tributario e che copre – ex art. 7, c. 4 dello Statuto del Contribuente – la tutela degli interessi legittimi ma anche l'impugnazione degli atti amministrativi generali e degli atti che non rientrano nell'elencazione dell'art. 19 sopra citato. Proprio su questa ultima affermazione merita spendere alcune considerazioni in quanto negli ultimi anni la giurisprudenza ha ampliato la sua funzione e da una prima interpretazione di elencazione tassativa, ha oggi rilevato la sua tangibilità anche nei confronti di atti che non rientrano in modo specifico nell'elenco dell'art. 19.

Richiamiamo in questa sede la più recente Cassazione⁵ che, con un regolamento di giurisdizione del 2015 in cui l'Amministrazione Finanziaria dubitava della giurisdizione italiana nel contesto in cui una società ricorreva impugnando il diniego d'attuazione della procedura ex art. 6 della Convenzione 90/436/CEE, ha ritenuto propria la giurisdizione del giudice italiano in quanto l'art. 19, seppur tassativo, non preclude l'impugnativa di atti con cui "*l'Amministrazione porti a conoscenza del contribuente una ben individuata pretesa tributaria, esplicitandone le ragioni fattuali e giuridiche*". Citando poi una giurisprudenza pregressa ritiene che in ogni momento in cui un atto adottato dall'ente impositore porta a conoscenza del contribuente "*una specifica pretesa tributaria con esplicitazione delle concrete ragioni fattuali e giuridiche*" deve riconoscersi la tutela avanti il Giudice tributario in ragione della propria speciale giurisdizione a carattere generale e competente ogni qualvolta si controversa di uno specifico rapporto tributario.

Possiamo affermare, citando anche la pregressa Suprema Corte, che la nomofilachia è costante nel comprendere nell'art. 19 l'impugnabilità di atti non compresi nel novero ma contenenti la

⁵ Cass., SS.UU. ord. n. 19 giugno 2015, n. 12759.

manifestazione di una compiuta e definita pretesa tributaria anche se non ancora cristallizzata nella forma autoritativa⁶.

Questa giurisprudenza ha trovato il suo fattore genetico nella sentenza a Sezioni Unite n. 7338 del 2007 con cui, richiamando le conclusioni dell'Avvocatura Generale dello Stato, la Cassazione ha ritenuto che *“dopo l'attribuzione al giudice tributario di tutte le controversie concernenti tributi, a tale giudice sono sottratte solo le controversie che non involgono direttamente un rapporto tributario, come quando viene impugnato un atto di carattere generale, o quando l'Amministrazione finanziaria ha riconosciuto dovuto un rimborso. La giurisdizione tributaria è divenuta, oramai, una giurisdizione di carattere generale, unica, autonoma ed esclusiva”*.

Fermo quanto detto, possiamo ora leggere l'art. 19 D.Lgs. 546/1992 come un'elencazione in cui ricomprendere ogni questione gius-tributaria in cui sia ravvisabile una compiuta e definita pretesa tributaria. C'è dunque da chiedersi, per rispondere al nostro quesito, se nel rigetto per inammissibilità della richiesta di avvio del procedimento per la conclusione dell'accordo preventivo sia ravvisabile o meno la compiuta e definita pretesa tributaria, se sia un diritto soggettivo del contribuente ovvero se sia più ravvisabile una posizione di interesse legittimo. Analoghe domande vanno poste per l'estinzione del procedimento.

In primo luogo ci rifacciamo alla dottrina maggioritaria che, di concerto con la giurisprudenza, afferma che la giurisdizione delle Commissioni tributarie è da considerarsi una giurisdizione sui diritti in quanto i Giudici che le compongono hanno per oggetto diretto la cognizione del rapporto d'imposta e quindi le controversie esposte al loro esame vertono su diritti soggettivi). La giurisprudenza dei TAR deve invece considerarsi involgente gli interessi legittimi⁷.

Nella casistica che esaminiamo, nonostante come sia lapalissiano siamo in un contesto tributario in cui, se anche l'atto contestato non involge direttamente lui il tributo, è certamente prodromico alla definizione di questo predeterminando quello che sarà il comportamento fiscale delle parti, il contribuente si trova avanti un diritto riconosciuto dallo Stato quale quello di poter accedere all'istituto di cui all'art. 31-ter D.P.R. 600/1973. È quindi da vedere se l'atto impugnando sia *“espressione di una compiuta pretesa tributaria”* e, solo in questo caso, può essere posto al vaglio della giurisdizione tributaria. Certo, in assenza di una giurisprudenza espressasi sul punto ogni decisione può essere corretta o errata nel contempo in un contesto di evidente incertezza del diritto. La soluzione che parrebbe più ragionevole ad avviso di chi scrive è l'impugnazione avanti la Commissione tributaria, anche in ragione della lettera h) del più volte citato art. 19. Invero l'accordo, andando a predeterminare un rapporto giuridico-tributario futuro, ha certamente *in se* un carattere di beneficio – quantomeno nell'ottica di prevenzione del rischio fiscale – per l'impresa cui si rivolge ed il carattere fortemente prodromico della fase d'avvio lo lega indissolubilmente ad una parte dell'accordo così determinante da essere valutato un tutt'uno con il risultato finale della procedura: la definizione delle future pretese tributarie che quindi devono trovare conforto nella Giustizia tributaria. D'ogni buon conto sarebbe ragionevole, in un caso pratico, aspettarsi che una delle parti sollevi questione di regolamento di giurisdizione a dirimere definitivamente ogni dubbio residuale sul punto.

⁶ Cfr. *inter alia* Cass. sent. n.n. 11 maggio 2012, n. 7344 e 27 marzo 2007, n. 21045. Quest'ultima afferma che *“Si deve, quindi, riconoscere la ricorribilità di provvedimenti davanti al giudice tributario ogni qual volta vi sia un collegamento tra atti della Amministrazione e rapporto tributario, nel senso che tali provvedimenti devono essere idonei ad incidere sul rapporto tributario, dovendosi ritenere possibile una interpretazione non solo estensiva ed anche analogica della categoria degli atti impugnabili previsti dal D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 19”* ritenendo la giurisdizione tributaria generale *“competente ogni qual volta si controverta di uno specifico rapporto tributario”*. Chiosa poi con quella che sembra l'unica condizione per il radicamento della giurisdizione al Giudice tributario: atti anche diversi da quelli contenuti all'interno dell'art. 19 *“purché espressione di una compiuta pretesa Tributaria”*.

⁷ *In primis* Cass. SS.UU. 1° marzo 1988, n. 2157 e Cons. St., sez. IV, 19 luglio 1996, n. 960.

Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Una concisa autopresentazione

Free evaluation of evidence and reasonable doubt in the criminal trial. A concise self-presentation

Gaetano CARLIZZI *

ABSTRACT: Nell'ambito della giustizia penale, le idee di libero convincimento e di ragionevole dubbio hanno un'origine risalente. Ciononostante, il loro ruolo è ancora alquanto controverso. Nel mio recente *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale*, Bonomo, 2018, dopo aver riassunto l'evoluzione storica delle due idee, ho proposto la tesi teorica secondo cui esse compongono i due principi costituzionali del giudizio probatorio penale, e come tali hanno implicazioni di grande importanza sia per il legislatore sia per il giudice.

*In the field of criminal justice, the ideas of free evaluation of evidence and reasonable doubt have a long history. Nevertheless, their role is still quite controversial. In my recent book *Free evaluation of evidence and reasonable doubt in the criminal trial*, Bonomo, 2018, after recapping the historical evolution of both ideas, I argue that they form the constitutional principles of criminal proof, so having relevant corollaries for the legislator and for the judge.*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Cenni storici. – 3. Lineamenti teorici. – 4. Riepilogo.

1. Premessa

Le idee di libero convincimento e di ragionevole dubbio, che rivestono un ruolo centrale in molti sistemi processuali contemporanei, in particolare in quello penale italiano, hanno un'origine risalente. L'analisi di tale origine e dell'evoluzione che ne è derivata è necessaria per comprendere appieno il suddetto ruolo, nonché la forma in cui le due idee operano negli ordinamenti che le hanno recepite.

Di entrambi gli aspetti, cioè di quello storico e di quello teorico, mi sono occupato nel mio recente volume *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale*, Bonomo, 2018. In questa sede cercherò di esporre in maniera sintetica ma chiara i principali risultati della mia ricerca. Pertanto, dopo aver trattato per sommi capi eppure distintamente la genesi e l'evoluzione dell'idea di libero convincimento e dell'idea di ragionevole dubbio, illustrerò, in maniera egualmente partita, le ragioni per le quali ritengo che entrambe compongano veri e propri principi costituzionali, cioè i principi fondamentali del giudizio probatorio penale.

2. Cenni storici

2.1. L'analisi genealogica dell'idea di libero convincimento deve tener conto della distinzione canonica tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*.

Prima di procedere a tale analisi, è opportuno evidenziare il senso generale dell'idea. Posto che l'organo (giudice o giuria) competente a risolvere le questioni fattuali nel processo penale (in particolare: la questione se sia effettivamente occorso il fatto descritto nel capo di imputazione) deve far uso di *criteri* (leggi scientifiche, massime di esperienza ecc.) per apprezzare la capacità di conferma degli elementi raccolti in giudizio, tale organo non è vincolato a criteri prestabiliti dal legislatore, bensì può far uso dei criteri che ritenga di volta in volta più adeguati.

L'idea di libero convincimento si manifestò per la prima volta nel sistema di *common law* inglese nel XIII secolo, allorché il regime di prova vincolata fino ad allora vigente in tutta Europa, il regime delle *ordalie*, venne sostituito dal regime della decisione probatoria rimessa alla *giuria*. In

* **Giudice del Tribunale Militare di Roma. Docente di Teoria dell'argomentazione giuridica all'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.**

questo senso, mentre in passato il giudice doveva ritenere provato il fatto in giudizio soltanto se l'accusato avesse superato un test particolarmente impegnativo (es.: sopravvivenza a un'immersione a mani e piedi legati in acque gelide), nel tacito assunto che solo l'innocente sarebbe stato salvato da Dio, con l'introduzione della giuria tale decisione fu rimessa, appunto, alla *libera* valutazione dei suoi membri.

Anche nei sistemi di *civil law* dell'Europa continentale il regime delle ordalie fu superato in epoca tardomedioevale, ma non in favore del regime della giuria, bensì di quello delle *prove legali positive*. La caratteristica peculiare di quest'ultimo regime, invalso nella maggior parte dei Paesi europei, consisteva in ciò: il legislatore prestabiliva rigidamente i tipi di elementi capaci di confermare l'ipotesi accusatoria (es.: confessione) e la misura di tale capacità (es.: piena, nel caso della confessione), lasciando al giudice il compito di stabilire se gli elementi raccolti in giudizio corrispondevano ad uno di quei tipi, nonché di calcolare il peso probatorio da essi rivestito in concreto. Diverso dal regime delle prove legali positive era quello, promosso dal nostro Filangieri e invalso nell'ordinamento tedesco, delle *prove legali negative*: in presenza di ben precisi elementi probatori, mentre nel primo caso il giudice *doveva* condannare, nel secondo *era autorizzato* a condannare, ma poteva anche ritenere prevalenti gli elementi addotti dalla difesa, così subendo una compressione meno significativa della propria autonomia di valutazione.

Il regime delle prove legali positive, escogitato per garantire al sovrano (e al Papa, nell'ambito del processo canonico) il pieno controllo sulla sfera cruciale del giudizio probatorio, finì fatalmente nel mirino dei rivoluzionari francesi, ispirati da ideali democratici. Valorizzando l'esperienza maturata da Montesquieu durante i suoi soggiorni in Inghilterra, essi decisero di sostituire il suddetto regime con quello inglese della giuria, l'unico ritenuto davvero democratico. Ecco affermarsi dunque l'*"intime conviction"* dei membri della giuria, liberi di convincersi sulla colpevolezza dell'imputato dopo aver prestato apposito giuramento e non tenuti a motivare sul punto. Tuttora controversa è la questione se l'*"intime conviction"* fosse un fenomeno puramente intuitivo oppure in qualche misura razionale. Vi sono buone ragioni, a cominciare dalla formula del suddetto giuramento, per ritenere che le opinioni ancora correnti al riguardo, orientate nel primo senso, siano perlopiù rappresentazioni caricaturali di un fenomeno ben più complesso.

Su tali basi l'idea di libero convincimento penetrò via via in tutta Europa, persino nei Paesi che decisero di continuare a riservare la giurisdizione penale ai soli *giudici di carriera*. Ciò avviene, in particolare nella *nostra penisola*, dove, in una prima fase, essi godettero della libertà di apprezzamento delle prove, talvolta senza obbligo di motivazione (es.: codice del Regno d'Italia del 1807), talaltra essendone gravati (es.: Codice del Regno delle Due Sicilie del 1819). Fu solo con una legge sabauda del 1848 sui reati di stampa che l'istituto della *giuria* e la connessa autonomia di valutazione probatoria fece ingresso da noi, dando vita a un modello che sarà esteso a tutti i reati nel 1859 e all'intero territorio italiano nel 1865.

Il binomio libero convincimento-giuria restò in vigore fino alla codificazione del 1930, che sopprime l'istituto della giuria e ripristinò il monopolio decisorio del giudice togato, di nuovo scevro da vincoli legali in sede di valutazione probatoria. Peraltro, le tendenze autoritarie del regime fascista finirono per contaminare anche la giurisprudenza, la quale fece frequente appello al principio del libero convincimento per eludere i divieti di ammissione e di assunzione probatoria stabiliti dallo stesso codice Rocco (cd. "prova libera"). Il modello è stato infine conservato dal codice del 1988, che, soprattutto attraverso il comb. disp. artt. 192, comma 1-187, riconosce apertamente l'autonomia della decisione in fatto del giudice, esigendo soltanto, per ogni decisione probatoria, l'esposizione dei risultati raggiunti e dei criteri adottati.

2.2. Anche l'analisi genealogica dell'idea di ragionevole dubbio deve prendere le mosse da una definizione del suo senso generale e svilupparsi tenendo conto della distinzione tra ordinamenti di *common law* e di *civil law*. Sotto il primo profilo, l'idea sta a indicare che il giudice in tanto può ritenere provata l'ipotesi accusatoria, in quanto la consideri l'unica realmente plausibile, cioè non abbia motivi validi di ritenere che le cose possano essere andate diversamente da come essa assume. Come cercherò di chiarire, il problema principale che si pone al riguardo concerne il modo in cui il giudice può stabilire se sussistono motivi del tipo indicato.

Tanto premesso, anche l'idea di ragionevole dubbio emerse per la prima volta nell'ordinamento di *common law* inglese, precisamente nella seconda metà del XVI secolo, sia pure sotto altre insegne. In effetti, almeno fino alla fine del XVIII secolo, la pretesa che la giuria affermasse la colpevolezza dell'accusato solo dopo aver ottenuto la massima conferma possibile della relativa ipotesi non fu contrassegnata dall'etichetta prova "al di là di ogni ragionevole dubbio" ("*beyond any reasonable doubt*", d'ora in poi: BARD), bensì da altre etichette, quali "coscienza soddisfatta", "certezza morale" e simili. Tale pretesa maturò grazie alle spinte provenienti da altri ambiti disciplinari, in particolare dalla teologia e dalla filosofia, nello spirito del monito formulato da Aristotele nell'*Etica* a "richiedere in ciascun genere di ricerca tanta esattezza, quanta ne permette la natura dell'argomento". In questo senso, si realizzò che la prova penale, quale forma speciale di conoscenza storica, dunque imperfetta, pur non potendo ambire alla certezza assoluta delle scoperte matematiche, non fosse neppure destinata alla più completa incertezza, essendo piuttosto in grado di raggiungere il livello tranquillizzante, appunto, della certezza morale, cioè di una sicurezza sufficientemente giustificata sulla colpevolezza dell'imputato.

Le prime comparse della locuzione BARD si ebbero, come detto, verso la fine del XVIII secolo, in un altro ordinamento di *common law*, quello statunitense, in particolare in occasione del famoso processo per il massacro di Boston del 1770. Tuttavia, fu solo verso la metà del secolo successivo che si tentò di definire puntualmente la stessa locuzione, come risulta da una pronuncia del 1850. Essa fa riferimento a quella "situazione che, dopo che si sia proceduto a un complessivo confronto ed esame di tutte le prove, lascia la mente dei giurati in una condizione in cui non possono dire di provare una duratura convinzione di certezza morale della verità dell'accusa". Tentativo, questo, non andato a buon fine, come risulta dalla forma chiaramente tautologica della definizione escogitata. Non è un caso che, come si riconosce comunemente, nessuno studioso sia ancora riuscito a indicare davvero cosa significa e quand'è che il giudicante raggiunge la condizione psicologica descritta.

Ad ogni modo, la successiva evoluzione nell'ordinamento nordamericano ha prodotto progressi sotto il profilo non tanto della definizione concettuale, quanto del riconoscimento del rango del nostro regime. Il riferimento è alla celeberrima sentenza in re Winship del 1970, in cui la Corte Suprema americana, valorizzando in particolare l'impatto negativo che il processo penale ha o può avere sui beni capitali dell'imputato (libertà, dignità, serenità, lavoro ecc.) argomentò per la prima volta la tesi del rilievo costituzionale del parametro BARD.

La penetrazione dell'idea di ragionevole dubbio negli ordinamenti di *civil law* si è avuta invece solo in epoca recente. Limitando lo sguardo al *nostro ordinamento*, essa è avvenuta, dapprima, in via sostanziale, per effetto della celeberrima sentenza Franzese (S.U. 30328/2002), la quale l'ha scorta tra le righe dell'art. 530, comma 2, c.p.p. Poi, formalmente, con la l. 46/2006 (cd. "legge Pecorella"), che ha riformulato il comma 1 dell'art. 533 c.p.p., stabilendo che "Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio". La singolare evoluzione bifasica ha spinto gli studiosi a interrogarsi sul carattere realmente innovativo o, all'opposto, puramente chiarificatore dell'intervento legislativo.

Dal punto di vista teorico e pratico, tuttavia, i dati più interessanti sono altri due, entrambi di origine giurisprudenziale. Da un lato, l'opportuna adesione, ad opera della suddetta sentenza Franzese, a una concezione non più meramente *sostanzialistica*, ma soprattutto *metodologica* del parametro BARD. Esso, cioè, non indica più soltanto il superamento di una soglia corrispondente a un vago stato psicologico, ma primariamente il metodo necessario per tale superamento: metodo consistente nel riscontro della presenza di sufficienti elementi a carico dell'imputato, dell'assenza di sufficienti elementi a suo discarico e dell'infondatezza dell'ipotesi da lui eventualmente proposta in opposizione a quella accusatoria. Dall'altro lato, la "scoperta" della valenza *pratica* del parametro BARD, cioè della sua capacità di fungere non solo da regola (*epistemica*) della fase di valutazione e di decisione probatoria, ma anche da regola della fase istruttoria, che impone, in particolare, nel caso di appello del p.m. contro una sentenza di assoluzione (resa con rito ordinario o abbreviato), di procedere alla rinnovazione delle prove dichiarative ritenute decisive dal giudice di primo grado per il proscioglimento dell'imputato (così due sentenze delle Sezioni Unite – 27620/2016, Dasgupta, e 18620/2017, Patalano – il cui modello è stato poi recepito dalla l. 103/2017, cd. "Riforma Orlando", che ha introdotto il comma 3 *bis* nell'art. 603 c.p.p.).

3. Lineamenti teorici

3.1. In dottrina e giurisprudenza si parla spesso di “*principio del libero convincimento*”, ma senza mai chiarire realmente il senso di questa tesi morfologica. Nel mio libro ho cercato di effettuare questo chiarimento, sotto un duplice profilo.

Innanzitutto, ho provato a illustrare cosa significa che un’idea normativa compone un vero e proprio principio giuridico e perché l’idea di libero convincimento soddisfa i relativi requisiti. Così, sotto il primo profilo, sviluppando una delle tante tesi proposte nella teoria del diritto per distinguere i principi dalle regole, ho sostenuto che i primi costituiscono il fondamento delle seconde: mentre quelli avanzano la generica pretesa di realizzazione di certi valori, queste soddisfano tale pretesa vietando, imponendo ecc. specifici tipi di comportamento, e trovano nei principi i propri fondamenti. Sotto il secondo profilo, come si ricava immediatamente dal comb. disp. artt. 192, comma 1-187, c.p.p., mentre il principio del libero convincimento avanza per la *valutazione probatoria* la generica pretesa di *concretezza* (giacché vieta la vigenza dell’antiquato regime delle prove legali assolute) e di *logicità* (giacché impone di ricorrere soltanto a criteri razionali), l’insieme delle regole codicistiche della materia soddisfa tale pretesa (giacché riconosce l’autonomia giudiziale, cioè l’indipendenza da rigidi criteri legislativi e, ad un tempo, la soggezione agli elastici vincoli della ragione).

Inoltre, ho cercato di mostrare che il principio del libero convincimento, inteso nei termini suddetti, non ha carattere puramente legislativo, bensì propriamente costituzionale. Contrariamente a quanto ritenuto da parte della dottrina e della giurisprudenza, la tesi non può essere basata sul principio di soggezione del giudice alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), dato che il principio del libero convincimento ha avuto storicamente e ha tuttora la funzione di sottrarre il giudice proprio alle aspirazioni legislative a vincolare la sua valutazione probatoria. Piuttosto, se il contenuto normativo del principio del libero convincimento è duplice, tale dovrà essere anche il suo fondamento. Più precisamente, sotto il profilo della pretesa di concretezza della valutazione probatoria, il nostro principio è espressione del principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost., che vieta gli automatismi giuridici, ivi comprese, appunto, le presunzioni probatorie assolute. Sotto il profilo, invece, della pretesa di logica della valutazione probatoria, il principio del libero convincimento è espressione del principio dell’obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali ex art. 111, comma 6, Cost., che regola la principale garanzia, appunto, di razionalità dell’attività giudiziaria.

3.2. Un discorso analogo a quello appena fatto vale per l’idea di ragionevole dubbio.

Così, innanzitutto, essa compone una norma che presenta le caratteristiche tipiche del principio giuridico. Ciò è emerso con particolare evidenza nel nostro ordinamento, dove la Corte di Cassazione ha mostrato che la pretesa avanzata da quell’idea, cioè di massimo rigore nell’individuazione delle ragioni a sostegno dell’ipotesi accusatoria (o – come ho proposto di chiamarla – “di certezza ottimale della prova penale” –), sta alla base non solo della regola dell’art. 533, comma 1, c.p.p., ma anche di regole ulteriori, a cominciare da quella dell’art. 603, comma 3 *bis*, c.p.p. Insomma, così facendo, i giudici di legittimità hanno messo in luce che l’idea di ragionevole dubbio dà vita a una norma dotata di capacità fondativa generale, e con ciò della fisionomia tipica del principio giuridico.

D’altro canto, anche il principio del ragionevole dubbio (o di certezza ottimale della prova penale) ha rango costituzionale. Pure al riguardo, peraltro, occorre fugare un equivoco. Tale rango, infatti, non dipende, come talora è stato sostenuto, dalla presunzione di non colpevolezza ex art. 27, comma 2, Cost., la quale impone semplicemente di accordare all’imputato un vantaggio probatorio rispetto alla pubblica accusa, e dunque sarebbe rispettata anche se la prova penale soggiacesse al parametro “più probabile che no”, tuttora vigente nel processo civile e in quello amministrativo. Che il principio del ragionevole dubbio abbia rilievo costituzionale, dipende, piuttosto dal fatto che esso costituisce espressione del principio del giusto processo stabilito dall’art. 111, comma 1, Cost. Per giustificare la tesi avrei bisogno di uno spazio che non mi è concesso in questa sede, sicché devo limitarmi alle seguenti osservazioni. L’art. 111, comma 1, Cost. esige la *giustizia* del processo giudiziario, che presuppone, in particolare, la *proporzionalità* del suo standard probatorio. Il parametro BARD soddisfa tale istanza di proporzionalità, in quanto: a) mira a un fine meritevole, data la rilevanza costituzionale dei beni che intende garantire (libertà, dignità, serenità ecc. dell’imputato); b) è in grado di conseguirlo, dato il rigore massimo che impone sul piano

epistemologico e la conseguente minimizzazione dei rischi di condanne ingiuste; c) per ciò stesso non è affiancato da discipline parimenti capaci di soddisfare i suddetti beni (ivi compresa quella ispirata al parametro “più probabile che no”); d) procura a tali beni vantaggi non solo pari, ma addirittura superiori agli svantaggi inflitti ad altri interessi. Il parametro BARD, in effetti, è ambivalente. Se, da un lato, minimizzando i rischi di condanne ingiuste, *avvantaggia* l'imputato innocente, dall'altro, massimizzando i rischi di assoluzioni ingiuste, *svantaggia* la collettività e l'eventuale vittima effettiva. Senonché, quei vantaggi non solo equivalgono, ma addirittura prevalgono su questi svantaggi. Infatti, mentre i danni che un innocente subisce in caso di condanna sono sempre ingenti e difficilmente cancellabili (a seconda dei casi: limitazione della libertà personale, stigma sociale, licenziamento lavorativo, perdita della serenità familiare), lo stesso non vale di regola per i guasti che l'assoluzione di un colpevole provoca alla collettività (senso di impunità criminogena, ma perlopiù in chi già è propenso a delinquere) e alla eventuale vittima effettiva (le cui istanze vengono frustrate solo in parte e temporaneamente, perché possono essere in genere trasferite in sede civile sotto forma di pretese risarcitorie). Ovviamente, anche per il principio del ragionevole dubbio, il riconoscimento del rango costituzionale comporta conseguenze notevoli. In particolare, la pretesa di certezza ottimale della prova penale risulterà rivolta non solo al giudice, ma prima ancora al legislatore, tenuto in tal modo ad apprestare un regime del giudizio in fatto che garantisca il massimo rigore possibile nell'individuazione delle ragioni a sostegno dell'ipotesi accusatoria.

4. Riepilogo

Libero convincimento e ragionevole dubbio non costituiscono semplici tendenze disciplinari o regole puntuali, bensì i principi costituzionali del giudizio probatorio. Come tali, essi vincolano il legislatore e il giudice, ponendo a loro carico obblighi e divieti di legiferare e, rispettivamente, di procedere e decidere in certi modi. In particolare, rispetto al giudice, tali principi operano sia fungendo da base giustificativa degli obblighi e dei divieti legalmente prefissati e di ulteriori regole inesprese, che è suo compito ricavare in via ermeneutica, sia imponendo di interpretare in maniera ad essi conforme i suddetti obblighi e divieti espressi.

Il *principio del libero convincimento*, espressione soprattutto del principio di *ragionevolezza* (ubiquitario nella Costituzione del 1948) e di *razionalità (stricto sensu)* della funzione *giudiziaria* (art. 111, comma 6), è funzionale a due esigenze: di *concretezza* e di *logicità* della decisione in fatto. Esso, pertanto, ha un duplice contenuto. Innanzitutto, vieta al legislatore e al giudice di introdurre, nell'esercizio dei rispettivi poteri, *presunzioni probatorie assolute* (o regole inderogabili di prova legale positiva); il divieto vale tendenzialmente, soprattutto *in malam partem*: non è ammissibile che si stabilisca che, ricorrendo certe circostanze, il giudice è tenuto a ritenere provati certi fatti (sostanziali, ma anche processuali) rilevanti in giudizio (es.: presunzione assoluta di idoneità della custodia in carcere per la neutralizzazione delle esigenze cautelari derivanti dalla commissione di alcuni tipi di reati, ex art. 275, comma 3, c.p.p., ante l. 47/2015). In secondo luogo, impone al legislatore di introdurre norme di promozione della *razionalità* della decisione in fatto, e al giudice di applicare tali norme per il perseguimento dello stesso scopo.

Il secondo contenuto, per quanto necessario, potrebbe ritenersi sufficiente solo in materia civile. In tale ambito, vigendo pretese di rigore probatorio inferiori a quelle valse nel processo penale, può tollerarsi il ricorso ad una qualunque delle tante forme di razionalità correnti. Il processo penale comporta ben più pretese elevate: che la colpevolezza dell'imputato sia provata in maniera massimamente certa. È qui che il principio del libero convincimento, anziché essere propriamente limitato, viene completato dal principio del ragionevole dubbio: questo impone di scegliere una soltanto, la più rigorosa, tra le forme di razionalità cui quello rimanda.

Il *principio del ragionevole dubbio*, espressione soprattutto del principio del *giusto processo* (art. 111, comma 1), è dunque funzionale a una diversa esigenza, di *certezza ottimale* della prova penale, e la soddisfa lungo due direttrici, che compongono quella che ho proposto di chiamare «*versione italiana della logica BARD*». La prima, più nota, è la direttrice *epistemica*: in materia probatoria, esso impone al legislatore di introdurre, e al giudice di far valere, metodi di valutazione e criteri di decisione sommamente rigorosi, sia pure entro i limiti delle possibilità di conoscenza dei

fatti del passato. Quanto ai metodi di valutazione, si tratta di compiere una triplice operazione: verifica di sussistenza della parte stragrande e più pregnante delle tipiche tracce positive del fatto ipotizzato dall'accusa, di insussistenza nella stessa misura delle sue tipiche tracce negative, nonché di infondatezza, secondo la medesima logica, delle controipotesi formulate dalla difesa o ragionevolmente formulabili sulla base del materiale raccolto. I criteri di decisione si riducono, invece, all'obbligo di scegliere l'ipotesi di accusa solo se abbia superato il triplice vaglio appena illustrato.

D'altro canto, più di recente, la nostra giurisprudenza di legittimità ha messo in luce un'ulteriore direttrice, *pratica*, lungo la quale può essere fatta valere la suddetta esigenza di certezza ottimale. In questo senso, che ha portato alla esplicitazione di un obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa in appello (previsto ora dall'art. 603, comma 3 *bis*), il legislatore ha il compito di introdurre, e il giudice di applicare o di ricavare *in bonam partem*, tutte le regole di azione processuale che possano contribuire al soddisfacimento dell'esigenza di certezza ottimale della prova penale.

In conclusione, i nostri due principi non sono in conflitto tra loro, né sono legati da un rapporto di limitazione unilaterale. Visioni così riduttive, legate all'esperienza degli abusi di discrezionalità della giurisprudenza del passato, ne mortificano la carica propulsiva garantista. La morale della mia indagine vorrebbe essere un'altra: se intesi rettamente, in particolare valorizzando la correlazione moderna tra libertà e *autodeterminazione*, i principi del libero convincimento e del ragionevole dubbio possono costituire un binomio formidabile per l'affermazione di quella *razionalità (lato sensu) giudiziaria* da cui dipende, in ultima analisi, la stessa *giustizia del diritto*.

Radicalizzazione e prevenzione nell'ottica giurisdizionale in ambito nazionale ed europeo

Radicalization and prevention in the jurisdictional perspective at national and European level

Nicola PIACENTE *

ABSTRACT: L'articolo in rassegna evidenziando, in via preliminare, l'attuale assenza di una definizione condivisa di terrorismo e la complessa fenomenologia della sua radicalizzazione, affronta in chiave normativa internazionale questioni di ampio respiro quali gli strumenti di contrasto e di prevenzione al terrorismo, entrando nel merito delle cosiddette intercettazioni preventive.

The article under review highlighting, as a preliminary point, the current absence of a shared definition of terrorism and the complex phenomenology of its radicalization, deals with broad international issues such as the instruments of contrast and prevention of terrorism, entering regarding the so-called preventive interceptions.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Assenza definizione condivisa di terrorismo- atto di terrorismo. 3. - Il quadro normativo nazionale ed internazionale. – 4. Le attuali dinamiche criminali riconducibili al terrorismo. – 5. Breve disamina sui principali contesti di radicalizzazione: gli istituti di pena, la rete internet. – 6. Strumenti di prevenzione e contrasto alla radicalizzazione. I colloqui investigativi. – 7. Le intercettazioni preventive: art. 226 disp att. c.p.p. - 8. Il contrasto alla radicalizzazione sul web. – 9. Misure di prevenzione.

1. Premessa

La radicalizzazione, intesa come assunzione di posizioni estreme, scevre da compromessi (ad es. nell'ambito della lotta politica) non è di per se penalmente rilevante.

Quanto rileva nell'ambito della prevenzione e contrasto al terrorismo è la radicalizzazione che conduca individui o gruppi alla perpetrazione di atti di violenza o terrorismo (ved. piano di azione del Consiglio 'Europa sul contrasto all'estremismo violento ed alla radicalizzazione che conduca ad atti di terrorismo relativo agli anni dal 2015 a 2017, adottata dal Comitato dei Ministri il 19 maggio 2015 (CM(2015)74), ved. Raccomandazione del Consiglio d'Europa (2018) 6 sui cc.dd. terroristi solitari. E' quindi sul binomio radicalizzazione-terrorismo che va focalizzata l'attività di prevenzione e di contrasto.

*** Procuratore della Repubblica a Como.** Presidente presso il Consiglio d'Europa, il Comitato dei Paesi Membri che hanno ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa 196 (2006) CETS in materia di prevenzione del terrorismo ed il relativo Protocollo Addizionale 17 (2015).

2. Assenza definizione condivisa di terrorismo- atto di terrorismo

Tale attività, soprattutto nell'ambito della cooperazione giudiziaria fuori della Unione Europea è carente di un presupposto fondamentale, quale una definizione condivisa di atto di terrorismo. Ed infatti, solo in ambito Unione Europea si è giunti ad una definizione di atto di terrorismo con la Direttiva 541/2017 (art. 3)¹, vincolante per tutti gli Stati Membri.

Al di fuori della Unione europea, la Convenzione (di carattere settoriale) ONU sulla soppressione del finanziamento al terrorismo del 1999 contiene una definizione di atti di terrorismo (art. 2)².

L'altra organizzazione internazionale di cui l'Italia fa parte (Consiglio d'Europa) non si è ancora dotata di una definizione autonoma di atto di terrorismo.

3. Il quadro normativo nazionale ed internazionale

Il tema del contrasto alla radicalizzazione si accompagna a quello della prevenzione dell'atto di terrorismo. Sul punto, si può ritenere che l'assetto normativo internazionale ed interno sia focalizzato dal 2002 (con la Decisione Quadro del Consiglio 2002/475/GAI del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo e successive modifiche) al 2005 (con la Convenzione del Consiglio d'Europa 196 CETS 2005 sulla prevenzione del terrorismo e la l. 155/2005) sulla individuazione e repressione di condotte prodromiche alla perpetrazione di atti di terrorismo e connesse alla radicalizzazione, quali il reclutamento, l'addestramento per finalità di terrorismo (contemplati dagli artt. 270 quater e 270 quinquies cp) nonché l'istigazione a commettere atti di terrorismo.

Volendo prendere in considerazione gli atti normativi successivi più rilevanti a partire dal 2014 vanno menzionati, in ordine cronologico,

¹Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano considerati reati di terrorismo i seguenti atti intenzionali, definiti reati in base al diritto nazionale che, per la loro natura o per il contesto in cui si situano, possono arrecare grave danno a un paese o a un'organizzazione internazionale, quando sono commessi con uno degli scopi elencati al paragrafo 2:

- a) attentati alla vita di una persona che possono causarne il decesso;
- b) attentati all'integrità fisica di una persona;
- c) sequestro di persona o cattura di ostaggi;
- d) distruzioni di vasta portata di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale ovvero di luoghi pubblici o di proprietà private che possono mettere in pericolo vite umane o causare perdite economiche considerevoli;
- e) sequestro di aeromobili o navi o di altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto di merci;
- f) fabbricazione, detenzione, acquisto, trasporto, fornitura o uso di esplosivi o armi da fuoco, comprese armi chimiche, biologiche, radiologiche o nucleari, nonché ricerca e sviluppo di armi chimiche, biologiche, radiologiche o nucleari;
- g) rilascio di sostanze pericolose o il cagionare incendi, inondazioni o esplosioni i cui effetti mettano in pericolo vite umane;
- h) manomissione o interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse naturali fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane;
- i) interferenza illecita relativamente ai sistemi, ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 2013/40/UE del Parlamento e del Consiglio (1) nei casi in cui si applica l'articolo 9, paragrafo 3 o l'articolo 9, paragrafo 4, lettere b) o c), di tale direttiva in questione e interferenza illecita relativamente ai dati, di cui all'articolo 5 di tale direttiva nei casi in cui si applica l'articolo 9, paragrafo 4, lettera c), di tale direttiva;
- j) minaccia di commettere uno degli atti elencati alle lettere da a) a i).

2. Gli scopi di cui al paragrafo 1 sono: a) intimidire gravemente la popolazione; b) costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto; c) destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche, costituzionali, economiche o sociali fondamentali di un paese o di un'organizzazione internazionale.

²1. Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person by any means, directly or indirectly, unlawfully and willfully, provides or collects funds with the intention that they should be used or in the knowledge that they are to be used, in full or in part, in order to carry out:

- (a) An act which constitutes an offence within the scope of and as defined in one of the treaties listed in the annex; or
- (b) Any other act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act.

- 1) la risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle nazioni Unite 2178/2014 volta a reprimere, nelle singole legislazioni nazionali:
 - quanti viaggino verso un Paese diverso dallo Stato di appartenenza o di residenza per finalità di terrorismo (in particolare al fine di commettere o pianificare un atto di terrorismo ovvero per fornire o ricevere addestramento per finalità di terrorismo),
 - quanti volontariamente raccolgano fondi per finanziare di viaggi per finalità di terrorismo (per commettere un atto di terrorismo ovvero per ricevere o fornire addestramento per finalità di terrorismo),
 - quanti volontariamente organizzino o comunque agevolino (anche attraverso il reclutamento) il viaggio di individui verso uno Stato diverso da quello di appartenenza o residenza al fine di commettere o pianificare un atto di terrorismo ovvero per fornire o ricevere addestramento per finalità di terrorismo,
 - 2) il d.l. 7/2015 che tra le novità più rilevanti
 - a) punisce,
 - l'organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo
 - quanti avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento di atti di terrorismo, pongano in essere comportamenti finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270-sexies»,
 - b) prevede per una serie di reati 270 quinquies, 302 cp, 414 cp, l'aggravante dell'utilizzo di strumenti informatici o telematici
 - c) integra la disciplina (contravvenzionale) dei reati concernenti l'uso e la custodia di sostanze esplodenti,
 - d) integra le disposizioni del dlvo 159/2011 in materia di misure di prevenzione estendendole oltre a quanti siano indiziati di uno dei reati di cui all'art. 51 comma 3 quater cp pongano in essere atti preparatori ovvero esecutivi diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, anche a quanti prendano parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-sexies del codice penale.
 - 3) il Protocollo Addizionale 17 (CETS) 2015 alla Convenzione del Consiglio d'Europa 196 (CETS) 2005 in materia di prevenzione ai reati di terrorismo, che punisce:
 - la partecipazione ad una associazione o gruppo con finalità di terrorismo;
 - il ricevere addestramento per finalità di terrorismo;
 - il viaggio all'Esteri, in un paese diverso dallo Stato di appartenenza ovvero di residenza per finalità di terrorismo (in particolare al fine di commettere o pianificare un atto di terrorismo ovvero per fornire o ricevere addestramento per finalità di terrorismo);
 - il finanziamento del viaggio all'estero con finalità di terrorismo(in particolare al fine di commettere o pianificare un atto di terrorismo ovvero per fornire o ricevere addestramento per finalità di terrorismo);
 - l'organizzazione ovvero agevolazione del viaggio all'estero con finalità di terrorismo(in particolare al fine di commettere o pianificare un atto di terrorismo ovvero per fornire o ricevere addestramento per finalità di terrorismo);
 - 4) la l. 153/2016 di ratifica a) della Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo b) della Convenzione internazionale ONU per la soppressione di atti di terrorismo nucleare; c) del Protocollo di Emendamento alla Convenzione europea per la repressione del terrorismo; d) della Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo; e) del Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatto a Riga il 22 ottobre 2015, che ha introdotto, tra le altre, le seguenti nuove fattispecie:
 - a) 270-quinquies.1 (Finanziamento di condotte con finalità di terrorismo);
 - b) Art. 270-quinquies.2 (Sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro per prevenire il finanziamento delle condotte con finalità di terrorismo),
 - c) Art. 280-ter (Atti di terrorismo nucleare),
- la sopra citata direttiva UE 541/2017 che ha fornito una definizione del reato di terrorismo (art. 3) ed ha criminalizzato le seguenti fattispecie

- direzione e partecipazione ad un gruppo terroristico (quest'ultima comprendente il finanziamento delle attività di informazioni ovvero la fornitura di notizie o di risorse materiali utili all'associazione terroristica),
- la pubblica istigazione a commettere un reato di terrorismo,
- il reclutamento con finalità di terrorismo,
- l'addestramento (attivo e passivo) per finalità di terrorismo,
- il viaggio verso un Paese membro UE diverso da quello di appartenenza o residenza con finalità di terrorismo (perpetrazione di un atto di terrorismo, partecipazione ad una associazione terroristica,
- il finanziamento di reati (indicati dagli articoli da 3 a 10 della Direttiva) per finalità di terrorismo,
- l'organizzazione o comunque l'agevolazione di viaggi per finalità di terrorismo,
- furto aggravato, estorsione, falsificazione di documenti per finalità e con lo scopo di commettere uno dei reati indicati dagli articoli da 3 a 10 della Direttiva.

In base a tale assetto normativo si assiste ad una progressiva anticipazione della soglia della rilevanza penale in materia di terrorismo, alla individuazione e criminalizzazione di condotte prodromiche alla commissione di atti di terrorismo, con conseguente corrispettiva anticipazione, sul piano processuale, del momento d'inizio delle indagini e della applicazione di misure cautelari.

4. Le attuali dinamiche criminali riconducibili al terrorismo

Gli ultimi più recenti interventi normativi sembrano essere stati ispirati dalla esigenza di prevenire e contrastare principalmente il terrorismo di matrice confessionale ed in particolare la grave minaccia proveniente dagli appartenenti al c.d. stato islamico.

Una disamina delle attuali li dinamiche del terrorismo in Italia ed altri Paesi europei delineano un quadro più articolato, riconducibile principalmente

- al terrorismo di matrice religiosa radicale, nonché
- al terrorismo di matrice anarco insurrezionalista.

Il quadro normativo sopra indicato (in particolare la risoluzione Onu 2178) è stato delineato per prevenire e contrastare dinamiche e strategie terroristiche riconducibili al sedicente stato islamico in un contesto mondiale ed europeo (e nazionale) in cui la minaccia maggiormente percepita è quella del terrorismo di matrice confessionale e di atti di terrorismo posti in essere

- da nuclei terroristici strutturati 'a cellula' o 'a rete', in grado di operare a distanza attraverso elementari organizzazioni di uomini
- da individui che, per la totale autonomia organizzativa, sono comunemente definiti "lupi solitari"³.

Va tenuto conto però che nel territorio nazionale non si sono registrati attentati ai danni di persone o cose riconducibili al paradigma di cui all'art. 270 sexies c.p. da parte di gruppi terroristi o individui appartenenti ovvero ispirantisi al c.d. stato islamico o ad altre associazioni terroristiche di ispirazione confessionale.

L'unico episodio che può essere citato (suscettibile di per sé di retrodatare il fenomeno del cc.dd. "lupi solitari" almeno al 2009) è quello del fallito attentato alla caserma dell'esercito "Santa Barbara" di Milano, in cui è rimasto gravemente ferito (e menomato) il responsabile: un cittadino libico, apparentemente integrato nel tessuto sociale nazionale, che ha dichiarato di aver commesso il gesto in questione per costringere il Governo Italiano a ritirare il proprio contingente militare dall'Iraq.

Per il resto, cittadini italiani sono rimasti vittime in vari attentati posti in essere anche recentemente all'Estero da affiliati allo stato islamico, ma in Stati esteri.

³ Una recente Raccomandazione del Consiglio d'Europa (2018) 6 sui terroristi solitari contiene una definizione dei cc.dd. lupi solitari (art. 1):

a "terrorist acting alone" is any individual who prepares or commits a terrorist offence as defined by Article 1 of the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism (CETS No. 196):

(i) without participating in, or being incited, instructed, supported by or otherwise linked to a terrorist association or group;

or

(ii) while acting alone in the preparation or commission of the terrorist offence is nevertheless incited, instructed, supported by or otherwise linked to a terrorist association or group, including through the internet

Sono state altresì accertate minacce contro l'Italia, postate da parte di appartenenti al sedicente stato islamico, sinora non seguite da attentati.

L'Italia risulta invece tuttora teatro di attentati di matrice anarco insurrezionalista, caratterizzati da attacchi a commissariati di P.S., a caserme dei Carabinieri, a sedi di società e giornali, anche attraverso la collocazione /spedizione di pacchi bomba (che hanno provocato feriti) e da attacchi alle persone (oltre che con l'invio di pacchi bomba, anche attraverso il ferimento alle gambe nel maggio 2012 dell'Amministratore delegato di Ansaldo Nucleare, a Genova).

È possibile allo stato affermare che a fronte di due diversi fenomeni terroristici, riconducibili a due diverse forme di radicalizzazione rispettivamente di carattere religioso e politico, la risposta giudiziaria riveste connotati diversi:

- indagini, per quanto riguarda il fenomeno del terrorismo di matrice religiosa aventi connotati e finalità in parte preventive, in ciò agevolate e legittimate dalla natura di pericolo presunto della associazione contemplata dall'art. 270 bis c.p. e finalizzate ad accertare, sulla base di una notizia di reato (solitamente inerente la minaccia di un attentato ovvero il percorso di radicalizzazione di una persona) se uno o più individui sono collegati ad una associazione terroristica e se nell'ambito di tale associazione tali individui dispongano di mezzi idonei (sia pure potenzialmente) per porre in essere le proprie finalità ed in particolare un atto di terrorismo;
- indagini, per quanto riguarda il fenomeno del terrorismo di matrice anarchica aventi invece ad oggetto non tanto una minaccia o fase preparatoria di un attentato terroristico, bensì il tentativo o persino la consumazione atti di violenza/intimidatori, nonché finalizzate ad accertare la natura terroristica dell'atto e la eventuale appartenenza dei responsabili ad una associazione terroristica.

Sulla base di tali versi approcci investigativi (significativi della circostanza che attualmente viene attribuita maggiore attenzione alla minaccia terroristica di matrice confessionale) si può concludere che i fenomeni di radicalizzazione maggiormente monitorati sono quelli che riguardano il terrorismo di matrice religiosa, nonostante che comunque l'assetto normativo vigente possa applicarsi a tutte le forme di terrorismo.

5. Breve disamina sui principali contesti di radicalizzazione: gli istituti di pena, la rete internet

Quanto ai percorsi di radicalizzazione possono individuarsi vari contesti in cui questi avvengono. Sin da quando si sono iniziate le indagini in materia di terrorismo islamico, si è accertato che attività di radicalizzazione, programmazione criminale e di vero e proprio indottrinamento a logiche jihadiste vengono poste in essere anche all'interno degli istituti penitenziari. Da tale dato, acquisito nel corso delle indagini, è possibile trarre alcune riflessioni:

- 1) persone condannate o comunque ristrette in carcere per reati di terrorismo hanno svolto in passato ed in parte continuano a svolgere attività di indottrinamento, proselitismo e reclutamento;
 - 2) la loro attenzione si indirizza anche a quanti, di religione islamica, sono ristretti per reati comuni e si concentra in particolare per quanti hanno mostrato una particolare dimestichezza nell'uso delle armi;
 - 3) di qui si ha la conferma del dato che in molti casi l'adesione a logiche jihadiste avviene in Europa, non nei Paesi di origine;
 - 3) il proselitismo, l'indottrinamento ed il reclutamento sono di attività difficilmente controllabili e/o monitorabili, visto che si svolgono per lo più in lingua araba;
 - 4) esponenti della criminalità comune, esperti nella accumulazione di capitali attraverso la perpetrazione di attività illecite, entrano nei ranghi di organizzazioni terroriste, così creando una saldatura tra criminalità comune e fondamentalismo e facendosi talvolta, una volta in libertà, di per se' strumenti di accumulazione di risorse e capitali per le organizzazioni estremiste.
- Anche negli ambienti penitenziari è quindi opportuno monitorare, attraverso gli strumenti investigativi e di prevenzione disponibili (quali le intercettazioni ed i colloqui investigativi) tali attività.

In generale, secondo gli ultimi dati ufficiali (aggiornati al 28 febbraio 2019), in Italia i detenuti stranieri sono 20.325, ovvero circa un terzo del totale (33,7%) e le nazionalità più rappresentate sono,

in ordine decrescente: Marocco (3.762 detenuti), Albania (2.594), Romania (2.534), Tunisia (2.047) e Nigeria (1.588).⁷

Prendendo in considerazione i Paesi di origine, è possibile stimare che più di un detenuto su cinque possa essere di fede musulmana. Secondo la Relazione del Ministero della Giustizia del 2018, tra i detenuti di origine musulmana, “7.169 sarebbero ‘praticanti’”. Tra questi musulmani “praticanti”, 97 rivestivano la figura di *imam*, 88 si erano posti in evidenza come “promotori” (ovvero si erano proposti, nei confronti della Direzione del proprio istituto penitenziario, “come portavoce o paladini delle istanze degli altri detenuti”) e 44 si erano convertiti all’Islam durante la detenzione.⁸

Uno dei casi più eclatanti di radicalizzazione negli istituti di pena italiani è legato ad Anis Amri, l’autore dell’attacco terroristico al mercatino di Berlino del 19 dicembre 2016. Questi risulta avere avviato il suo percorso di radicalizzazione allorché era detenuto in Sicilia, dopo esser stato condannato alla reclusione per reati non legati all’estremismo. La Relazione Annuale relativa al 2017 del sistema di *intelligence* italiano conferma autorevolmente che gli istituti carcerari rappresentano “fertile terreno di coltura per il “virus” jihadista, diffuso da estremisti in stato di detenzione”.⁹

In base all’ultima Relazione del Ministro della Giustizia sull’Amministrazione penitenziaria¹⁰ alla data del 18 ottobre 2018, risultano essere presenti 66 detenuti imputati e/o condannati per reati afferenti al “terrorismo internazionale di matrice islamica”. Questi sono inseriti in uno dei tre circuiti di “alta sicurezza” istituiti nel 2009, riservato a “soggetti imputati o condannati per delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell’ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza”. Nel complesso, i detenuti assegnati a tale circuito, includendo anche i soggetti reclusi per terrorismo interno, risultano 94 (tra questi vanno ricompresi anche detenuti legati al terrorismo “interno” quali alcuni anarco-insurrezionalisti)¹²

La tendenza attuale della amministrazione penitenziaria privilegia la concentrazione delle persone indagate/condannate per reati di terrorismo in un numero limitato di strutture penitenziarie, piuttosto che la distribuzione delle stesse in un numero maggiore di istituti con conseguente dislocazione con detenuti per reati comuni, e tanto al fine di evitare forme di reclutamento e radicalizzazione. Analoga strategia è stata adottata per quanto riguarda i detenuti appartenenti a gruppi anarco insurrezionalisti

In aggiunta, in considerazione dell’innalzamento della minaccia terroristica, nel corso degli anni il Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria (DAP) del Ministero della Giustizia - avvalendosi del Corpo della Polizia Penitenziaria (e, in particolare, di un suo reparto specializzato, il Nucleo Investigativo Centrale, NIC, istituito nel 2007) - ha adottato una serie di misure di vigilanza, sorveglianza, osservazione e controllo, di natura preventiva, volte a contrastare il fenomeno della radicalizzazione in carcere.¹⁴

Di particolare rilevanza appare lo strumento del monitoraggio di detenuti associati al rischio di radicalizzazione jihadista sulla base di tre distinti “livelli di analisi”:

- “primo livello - classificato ALTO – raggruppa i soggetti per reati connessi al terrorismo internazionale e quelli di particolare interesse per atteggiamenti che rilevano forme di proselitismo, radicalizzazione e/o di reclutamento”;
- secondo livello - classificato MEDIO – raggruppa i detenuti che all’interno del penitenziario hanno posto in essere atteggiamenti che fanno presupporre la loro vicinanza alle ideologie jihadista e, quindi, ad attività di proselitismo e reclutamento”;
- terzo livello - classificato BASSO – raggruppa quei detenuti che, per la genericità delle notizie fornite dall’Istituto, meritano approfondimento per la valutazione successiva di inserimento nel primo o secondo livello ovvero il mantenimento o l’estromissione dal terzo livello”.

Secondo il documento, questi detenuti “provengono principalmente da Paesi del Nord Africa quali Tunisia (27,70%), Marocco (26,07%) Egitto (5,91%) e Algeria (4,68%) e hanno, per buona parte, un’istruzione medio-bassa”.¹⁵

La rete internet può essere annoverata tra gli strumenti di radicalizzazione, reclutamento ed addestramento con finalità di terrorismo.

Tornando al fenomeno del terrorismo di matrice confessionale, dalla prima decade in poi degli anni 2000 si è assistito ad un radicale mutamento di strategie e dinamiche criminali.

Le indagini, a partire dagli anni '90 e sino alla prima decade degli anni 2000 si sono principalmente concentrate su vere e proprie organizzazioni presenti sul territorio nazionale, originariamente corrispondenti, quanto ai loro elementi costitutivi, al paradigma di cui all'art. 416 c.p.

Trattavasi quindi di gruppi criminali strutturati, con articolazioni in Italia, in vari stati europei, nonché nel Nord Africa e nel Medio Oriente,

a) costituitesi allo scopo, attraverso un'articolata attività di agevolazione dell'immigrazione clandestina, nonché di fabbricazione di documenti falsi, perpetrata sia al fine di reperire finanziamenti, sia al fine di facilitare l'invio di volontari principalmente in Iraq e Afghanistan, di compiere atti di violenza con finalità di terrorismo internazionale in Italia, in Afghanistan, Iraq (in cui si erano all'epoca insediati Governi riconosciuti dalla Comunità internazionale) ed in Paesi islamici moderati,

b) comunque operanti sulla base di un complessivo programma criminoso, condiviso con similari organizzazioni attive in Europa, Nord Africa, Asia e Medio Oriente, quali ANSAR AL ISLAM in un quadro generale di "jihad globale", contemplante:

- la preparazione di atti di terrorismo ai sensi dell'art.270 sexies c.p.

- il favoreggiamento dell'ingresso illegale in Italia e dell'emigrazione illegale verso altri Stati di cittadini extracomunitari, perché vi rimanessero anche temporaneamente o vi transitassero per raggiungere, attraverso paesi mediorientali quali la Siria, l'Afghanistan e l'Iraq al fine di compirvi atti di terrorismo;

- il reclutamento di una pluralità di persone da inserire nell'associazione ed eventualmente inviare in campi di addestramento o in Afghanistan e Iraq per la successiva perpetrazione di attentati (in quei Paesi -oltre a Governi riconosciuti dalla comunità internazionale- vi erano all'epoca anche forze di PEACE KEEPING, ivi dislocate per fornire sicurezza alla popolazione e garantire il mantenimento della pace, strutture e civili di Paesi occidentali;

- il proselitismo effettuato (anche negli istituti di pena o nei luoghi di culto e di riunione siti sul territorio nazionale.

Nel corso di quelle indagini, in base a precetti dettati dalla Corte di Cassazione, la matrice terroristica dell'organizzazione poteva essere desunta, ma solo quale spunto investigativo, destinato ad ulteriori approfondimenti, dall'inserimento della organizzazione di riferimento *negli elenchi di associazioni terroristiche stilati dal Consiglio di Sicurezza dell'Onu, a seguito della risoluzione del 15 ottobre 1999 n. 1267, che deve necessariamente formarsi secondo le regole prescritte dalla legge processuale (fattispecie relativa all'associazione "Ansar Al Islam")*.

Successivamente, forse anche in base alla constatazione che la strutturazione in organizzazioni terroristiche stabili può essere più agevolmente individuata ed indagata, la galassia terroristica di matrice confessionale si è parcellizzata. L'attività di indottrinamento, reclutamento ed addestramento si è trasferita dalle sale di preghiera, dalle moschee al web, nonché presso abitazioni private, così come quella di addestramento finalizzata alla perpetrazione di attentati terroristici (non più principalmente nei contesti afgani o iracheni, ma anche europei o nazionali). Nell'ambito di quella che viene individuata come "jihad delocalizzata" e che è stata propugnata inizialmente da Osama Bin Laden, al Zarkawi ed AL ZAWAHIRI e successivamente dall'emiro Al Baghdadi e dagli esperti di comunicazione e propaganda del sedicente stato islamico (c.d. chiamata individualizzata al Jihad, "chiamata individualizzata al jihad" lanciata dai portavoce dello Stato Islamico).

La rete internet è quindi diventata uno strumento di approccio alla radicalizzazione, al reclutamento ed addestramento.

6. Strumenti di prevenzione e contrasto alla radicalizzazione. I colloqui investigativi

I colloqui investigativi sono previsti dalla l. 55/ 2005 ("Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale").

L'istituto è stato voluto dal Legislatore sia per facilitare l'acquisizione di informazioni da persone detenute o internate inserite in associazioni delinquenziali (quali quelle di tipo mafioso o

terroristico) al fine di aggiornare le conoscenze sulle dinamiche criminali e le possibili linee d'azione dei sodalizi, favorendo.

Si tratta di un strumento per la verità non molto utilizzato, se non allorquando vi sono segnali di una possibile collaborazione da parte di qualche detenuto. La legge 155/05 estende alle ipotesi di prevenzione e contrasto al terrorismo. Ai sensi dell'art. 1 la possibilità dei colloqui investigativi è estesa *anche ai responsabili di livello almeno provinciale degli uffici o reparti della Polizia di Stato o dell'Arma dei carabinieri competenti per lo svolgimento di indagini in materia di terrorismo, nonché agli ufficiali di polizia giudiziaria designati dai responsabili di livello centrale e, limitatamente agli aspetti connessi al finanziamento del terrorismo, a quelli del Corpo della guardia di finanza, designati dal responsabile di livello centrale, al fine di acquisire dai detenuti o dagli internati informazioni utili per la prevenzione e repressione dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico»*. Il d.l. 7/2015 ha esteso tale facoltà anche alle agenzie di intelligence (previa autorizzazione del Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Roma quando sussistano specifici e concreti elementi informativi che rendano assolutamente indispensabile l'attività di prevenzione).

La facoltà di procedere a colloqui personali con detenuti e internati è attribuita, senza necessità di autorizzazione, altresì al Procuratore nazionale antimafia ed Antiterrorismo.

Il colloquio investigativo è atto privo di qualsivoglia utilizzabilità processuale perché si pone, per sua natura, al di fuori dello processuale, inteso quale complesso di attività di acquisizione, formazione valutazione probatoria. La sua valenza si arresta, infatti, alla soglia dell'indagine preliminare con la trasmissione delle sue risultanze al P.M. competente), ove queste integrino una notizia di reato.

Sul punto ved. Sez. 5, *Sentenza n. 873 del 14/10/1996 Ud. (dep. 05/02/1997) Rv. 206904. È manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 2, 3 e 24, comma secondo, della Costituzione, la questione di costituzionalità dell'art. 18 bis della legge 26 luglio 1975 n.354 che consente al personale dei servizi investigativi di avere colloqui con detenuti, senza la presenza di difensori e senza l'obbligo di redigere il relativo verbale. Ed invero il diritto di difesa postula l'esistenza di atti processuali in senso stretto, un'attività di ricerca e di acquisizione della prova che, potendo essere utilizzata "in malam partem", deve essere garantita dai fondamentali principi del contraddittorio e dell'assistenza tecnica. I colloqui investigativi rientrano, invece, nell'attività amministrativa, prevalentemente preventiva, della cosiddetta polizia di sicurezza ed esauriscono la loro funzione nell'ambito della "ratio" e della fase in cui vengono svolti, senza alcuna incidenza sul diritto di difesa, in un processo accusatorio, nel quale la prova si forma legittimamente soltanto in dibattimento ed eccezionalmente nel corso delle indagini preliminari, nel contraddittorio delle parti, attraverso l'incidente probatorio. La norma in oggetto è, quindi, costituzionalmente legittima, rientrando nella libera determinazione del legislatore il potere di scelta del momento di concreta tutela dell'imputato, nel rispetto del principio di ragionevolezza che è coerentemente osservato in relazione ad un'attività non processuale.*

7. Le intercettazioni preventive: art. 226 disp att. c.p.p.

I connotati dei reati in materia di terrorismo ed in particolare la criminalizzazione delle cc.dd. condotte prodromiche alla perpetrazione di reati di terrorismo, quali quelle configurate negli artt. 270 quater, 270 quater.1, 270 quinquies, 270 quinquies.1, 414 c.p., la necessità di accertare ed individuare gli elementi caratterizzante della partecipazione ad associazioni di stampo confessionale quali ISIS (il legame con la associazione, la esistenza ed effettiva capacità operativa di una struttura criminale, su cui si innesta il contributo partecipativo; b) la consistenza materiale della condotta individuale ovvero del contributo prestato, che non può essere smaterializzato, meramente soggettivizzato, limitato alla idea eversiva, privo di valenza causale ovvero ignoto all'associazione terroristica alla cui attuazione del programma criminoso si intende contribuire), hanno, attesa la dimensione transnazionale dei reati in materia di terrorismo,

- vieppiù evidenziato il ruolo determinante delle intercettazioni di comunicazioni (telefoniche, tra presenti, telematiche)

- reso labile il confine, quanto ai presupposti legittimanti, tra intercettazioni preventive di cui all'art. 226 disp. Att cpp ed intercettazioni quale mezzo di ricerca della prova nei reati di terrorismo (artt. 266 ss c.p.p.),

Ed invero, attesa la natura di condotte prodromiche alla perpetrazione di un atto di terrorismo, le intercettazioni ai sensi degli artt. 266 ss c.p.p. sui reati cdi cui agli artt. 270 bis ss cp diventano anche intercettazioni preventive finalizzate alla prevenzione di atti di terrorismo.

Le intercettazioni di autentico carattere preventivo (ai sensi dell'art.226 disp. att.c.p.p.) continuano comunque ancora ad essere utilizzate, con riferimento al contrasto del terrorismo di matrice religiosa ed anarchica. I relativi risultati di per se possono essere utilizzati quale notizia di reato ed elemento legittimante una richiesta di intercettazione ex artt. 266 c.p.p.

Sul punto rimane ancora valida una pronuncia, sia pure datata della S.C.:

Sez. 5, **Sentenza** n. 11500 del 27/09/2000 Ud. (dep. 10/11/2000) Rv. 217978

È legittima l'utilizzazione delle informazioni assunte nel corso delle intercettazioni preventive quali notitiae criminis sulle quali fondare una richiesta al GIP di emissione di decreto autorizzativo di intercettazioni a fini probatori, giacché il divieto di utilizzazione posto dall'art. 25 ter D.L. n. 306 del 1992, convertito in L. n. 356 del 1992, concerne la prova del reato, non già la funzione di mera fonte della relativa notizia, senza che, peraltro, sia perciò configurabile un contrasto della norma citata con l'art. 15 Cost. nella parte in cui essa non prevede espressamente anche il divieto di utilizzazione delle suddette intercettazioni preventive quali notizie di reato, atteso che il rispetto dell'art. 15 Cost. è garantito dal fatto che il pubblico ministero, ottenuta la notizia, deve ricercare gli elementi necessari al fine di determinarsi all'esercizio dell'azione penale, e perciò deve, in ogni caso, fare ricorso ad una fonte diversa, ancorché, eventualmente, omologa.

8. Il contrasto alla radicalizzazione sul web

L'art. 2 del d.l. 7/2015 prevede ulteriori forme di prevenzione e repressione di fenomeni di radicalizzazione, reclutamento, addestramento ed istigazione via web attraverso

- l'introduzione di circostanze aggravanti agli artt. 270 *quinquies* c.p., 302 c.p., 414, terzo comma c.p. (pubblica apologia di delitto) e 414, quarto comma c.p. (pubblica istigazione o apologia di delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità) se il fatto è commesso mediante strumenti informatici o telematici

- un sistematico aggiornamento dell'elenco dei siti internet utilizzati per attività e condotte di cui agli artt. 270 bis e sexies cp (nella prospettiva della adozione di tecniche di inibizione all'accesso ai siti in questione, nonché, nell'ambito di indagini per reati di terrorismo, la possibilità per l'Autorità giudiziaria di emanare un provvedimento di rimozione contenuti terroristi/eversivi

In particolare, il citato art. 2 del d.l. 7/2015 attribuisce al pubblico ministero che proceda per delitti di terrorismo, in presenza di concreti elementi che consentano di ritenere che taluno stia compiendo detti delitti per via telematica, la possibilità con disporre con decreto motivato, per il tramite della polizia giudiziaria, che i *fornitori di servizi di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, ovvero i soggetti che comunque forniscono servizi di immissione e gestione, attraverso i quali il contenuto relativo alle medesime attività è reso accessibile al pubblico, provvedano alla rimozione dello stesso».*

Vi è da sottolineare comunque che il contesto normativo internazionale (ved. tra gli altri la Risoluzione 2091 (2016) della Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, il piano di azione del Consiglio 'Europa sul contrasto all'estremismo violento ed alla radicalizzazione che conduca ad atti di terrorismo relativo agli anni dal 2015 a 2017, adottata dal Comitato dei Ministri il 19 maggio 2015 (CM(2015)74), la citata Raccomandazione del Consiglio d'Europa (2018) 6) sollecita la comunità internazionale a prevenire la radicalizzazione anche con l'adozione di sistemi di contropropaganda (da diffondere anche sul web), che divulgino modelli di convivenza e tolleranza in alternativa alla propaganda terroristica.

9. Misure di prevenzione

Il contrasto alla radicalizzazione passa infine attraverso le misure di prevenzione che toccano individui e situazioni che non assurgono a rilevanza penale (atti preparatori obiettivamente rilevanti atti a sovvertire l'ordinamento dello stato (art. 4 d.lvo 159/2011 (modificato da l.161/2017), nonché a commettere alla commissione di reati con finalità di terrorismo

L'art. 4, primo comma, lett. d) del "Codice antimafia" è circoscritto al compimento di «atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti» alla commissione reati con finalità di terrorismo anche internazionale. Trattasi di atti riconoscibili ma non classificabili come atti "esecutivi", tali da non assurgere a livello di tentativo

Alla radice dell'assetto normativo in materia di misure di prevenzione da applicare alle categorie di pericolosità legate al terrorismo vi è la consapevolezza che la lotta al terrorismo (così come quella al crimine organizzato) non può essere combattuta soltanto con gli strumenti del diritto penale, ma richiede anche l'uso di un sistema di prevenzione (sia pure nell'ambito di procedure di applicazione giurisdizionalizzate).

The Doctrine of Command Responsibility as an appropriate Mode of Liability for Sexual Violence

La dottrina della responsabilità del comandante come strumento per perseguire le responsabilità da violenze sessuali.

*Marisa GIUSTINIANI **

ABSTRACT: Il breve saggio - che costituisce l'intervento svolto dall'autore, Marisa Giustiniani, durante il corso di diritto penale internazionale tenuto dal Prof. Joseph Powderly all'Università di Leiden a L'Aja - richiama la problematica dell'individuazione dei criteri di imputazione della responsabilità soggettiva in relazione ai crimini di natura sessuale commessi durante attività belliche da appartenenti alle forze armate e da appartenenti a gruppi armati.

L'argomento è di particolare attualità, sia per quanto attiene al diritto umanitario e agli atti di violenza commessi in danno delle popolazioni locali, sia per il connesso fenomeno degli episodi di prevaricazione a sfondo sessuale che, in tali contesti, possono avvenire all'interno delle stesse forze armate. La materia è di estremo ed attuale interesse per la Corte Penale Internazionale (ICC), che ha affrontato la problematica nel caso *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08). Seguendo il percorso tracciato da questo caso, lo scritto ricorda come, nel diritto internazionale, la questione venga tradizionalmente ricondotta alla dottrina della c.d. "responsabilità del comandante" e, quindi, ai principi di cui all'art. 28 dello Statuto di Roma. Richiamata la tradizionale impostazione della dottrina internazionalistica, il saggio tratteggia i principi della Command Responsibility (CR) in termini generali, illustrando gli aspetti che la rendono utile strumento per affrontare la responsabilità per crimini di violenza sessuale commessi in contesti bellici; tali aspetti vengono quindi illustrati facendo riferimento, oltre che al Bemba Judgment, al caso *Prosecutor v. Germain Katanga* (ICC-01/04-01/07). Tale impostazione costituisce il punto di partenza per stimolare il lettore a riflettere sulle difficoltà che sorgono nell'affrontare lo specifico tema delle violenze sessuali in ambito di diritto umanitario e, più in generale, in relazione alla complessità e alla molteplicità delle forme che il fenomeno della prevaricazione sessuale viene ad assumere durante le attività militari che si svolgono nei teatri operativi.

1. Introduction. 2. Definition of Command Responsibility. 3. The Relevance of Command Responsibility in Cases of Sexual Violence. 4. Challenges to the doctrine and the Bemba Judgment as a model conviction. 5. The effects of Bemba's acquittal upon Appeal - Saved by dissent? 6. Conclusions.

1. Introduction

Sexual and gender based crimes are increasingly the subject of international attention, leading to a strong effort to end impunity for such crimes. Providing accountability for sexual crimes is a main objective of the International Criminal Court (ICC), as reflected in the OTP's policy paper.¹ The Rome Statute constitutes the first international instrument to expressly include sexual and gender-based crimes within the framework of crimes against humanity and war crimes.² However, the Court has arguably recently failed in living up to the aims and expectations set forth in the policy paper.

*** Dottoranda presso l'Università di Leiden - L'Aja.**

¹ OTP, Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes, 5.

² Anthony C. "In the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo," 412.

The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo was the first case to successfully convict the Perpetrator for Rape based on the doctrine of *Command Responsibility* (CR) pursuant to article 28 of the Statute.³ However, Bemba's conviction was overturned on appeals, fuelling disappointment towards the Court and leaving victims without redress.⁴

Before Bemba's acquittal CR enjoyed wide support in terms of its effectiveness for convicting high-ranking perpetrators of sexual crimes. Indeed, an analysis of academic literature prior to the Appeal illustrates that the case was regarded as a "model conviction" and a "significant victory" in the pursuit of gender justice.⁵

Controversially, there is little available literature on the effects of the Appeal on the Court's ability to end impunity for sexual crimes through CR.

In an attempt to fill this gap, this paper will aim to provide a holistic evaluation of CR as an effective mode of liability to offer accountability for rape and other sexual crimes. Specifically, it is argued that CR constitutes the most appropriate mode of liability for sexual violence. In order to achieve this, this essay is subdivided into three main sections. Firstly, the relevance of CR for cases of sexual violence is illustrated through considerations on the ICC's deterrence effect and an analysis of the grounds of acquittal of Germain Katanga. Secondly, the possible shortcomings of CR will be addressed, while nevertheless confirming the strengths of the doctrine in prosecuting sexual crimes, based on Bemba's conviction. Lastly, the reversal of this conviction decision on Appeals will be examined, with particular regard to its repercussions for the future of the doctrine. Finally, a conclusion on the future of sexual crimes at the ICC will be offered with an aim to assess whether the effectiveness of CR in this field has changed after the Bemba Appeal.

2. Definition of Command Responsibility

Before diving into the gist of this essay, a brief definition of CR is necessary. In addition to direct responsibility for crimes, ICL also provides for indirect forms of liability.⁶ An example of this is the doctrine of CR, which holds superiors liable for their passive conduct, and more specifically for their failure to prevent or punish the crimes of subordinates.⁷

This mode of liability was not derived from national law, but is specific to ICL.⁸ Thus, case law, such as the ICTY case *Čelebići* elaborates the customary law on CR. According to *Čelebići* the following elements must be satisfied to convict a defendant under CR: First, a superior subordinate relationship; Second, the "mental element," and third, a failure to take reasonable measures to prevent and punish crimes.⁹ Additionally, article 28 of the Rome Statute adds the further requirement of causation.¹⁰ The exact meaning of the relevant elements will be expanded more in detail throughout the subsequent sections.

3. The Relevance of Command Responsibility in Cases of Sexual Violence

As a first matter, the effectiveness of the doctrine of CR in prosecuting sexual violence under ICL is demonstrated by two main considerations, namely its relevance within the context of the ICC's deterrence function and the failure of traditional modes of liability in convicting military commanders, such as Germain Katanga, of sexual violence.

The relevance of CR in deterring sexual violence in conflict

Firstly, as set out in the Preamble of the Rome Statute a main objective of the Court is that of providing accountability for crimes committed by perpetrators of the highest official capacity, as well

³ J N Clark, *The First Rape Conviction at the ICC*, 668.

⁴ D M Amann, In Bemba and Beyond

⁵ A Clay. "In the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo," 422.

⁶ Alsharidi, B M. "THE CONSISTENCY OF IMPLEMENTING COMMAND RESPONSIBILITY," 73.

⁷ Ibid., 74.

⁸ Cryer, "Introduction to International Criminal Law," 384.

⁹ Ibid., 386.

¹⁰ Ibid.

as the prevention of such crimes.¹¹ Indeed, the concept of deterrence, which is arguably especially significant in the context of sexual violence, was included among the main functions of the ICC.¹² In this regard, scholars agree, that command responsibility, which includes the commission of crimes by omission, may be especially effective in fulfilling the Court's deterrent function.¹³ In fact, the importance of command responsibility in rendering superiors accountable for the sexual violence acts of their subordinates is widely recognized, as noted in UNSC Resolution 1820.¹⁴ Indeed, studies ascertain that increasing the costs of negligence for military superiors through the threat posed by CR prosecution constitutes an effective method for the prevention of sexual violence in conflict.¹⁵ Having determined the fundamental deterrence value of CR, a related issue emerges: While the main perpetrators of sexual violence are low-level officials, the Court is primarily concerned with the prosecution of high-level defendants, whose direct, active involvement in such crimes is extremely difficult to prove.¹⁶

The acquittal of sexual violence charges in the Katanga case

The scarce likelihood of commanders' direct involvement negatively affects the effectiveness of conventional modes of liability in convicting these high-level perpetrators of sexual crimes. This thesis is arguably proven by the acquittal of charges of sexual violence in the case of *The Prosecutor v. Germain Katanga*.¹⁷ Katanga was found guilty of the crime against humanity of murder and four counts of war crimes (murder, attacking a civilian population, destruction of property and pillaging) as an accessory pursuant to article 25(3)(d).¹⁸ More over, the charges against Katanga originally included rape and sexual slavery as crimes against humanity and war crimes.¹⁹ However, in spite of evidence establishing the commission of rape and sexual violence beyond all reasonable doubt, the defendant was found not guilty due to insufficient evidence directly linking him to such crimes.²⁰ The motivations for the acquittal of sexual violence in this case represent a source of controversy. On the one hand, this illustrates that sexual violence might be characterized and perceived differently as opposed to other international crimes.²¹ Rape and Sexual Violence have historically occupied a subordinate status among the gravest international crimes.²² Even though the Rome Statute constitutes the first international document explicitly listing rape as a separate and freestanding war crime, the Court has yet to successfully convict a perpetrator of this charge.²³

On the other hand, the acquittal of these specific crimes illustrates how different modes of liability might be more appropriate for the prosecution of different crimes.²⁴ The accessorial mode of liability was inadequate for the prosecution of sexual crimes, as the acquittal was entirely based on the impossibility to "link the defendant via this particular mode of liability to these specific crimes."²⁵ Indeed, both the original charges against Katanga under article 25(3)(a) for indirect perpetration and the subsequent change of liability to accessorship were ultimately rejected.²⁶ Examining the grounds of acquittal, it can be determined, that CR would have been the more appropriate linking theory. The initial rejection of 25(3)(a) was founded on the failure to prove the extensive level of control of indirect perpetration, which requires domination over the perpetrator²⁷. Subsequently, the acquittal of sexual crimes under the mode of participation in a group crime was based on the consideration that

¹¹ Rome Statute, Preamble

¹² Cronin-Furman, K. "Managing Expectations," 437.

¹³ Ibid., 452.

¹⁴ Kortfält, L. "Sexual Violence and the Relevance of the Doctrine of Superior Responsibility," 553.

¹⁵ Ibid., 554.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid., 533.

¹⁸ The Prosecutor v. Germain Katanga, "Case Information Sheet."

¹⁹ Ibid.

²⁰ Kortfält, Linnea. "Sexual Violence and the Relevance of the Doctrine of Superior Responsibility," 537.

²¹ Ibid., 538.

²² Anthony C. "In the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo," 424.

²³ Ibid., 412.

²⁴ Kortfält, Linnea. "Sexual Violence and the Relevance of the Doctrine of Superior Responsibility," 538.

²⁵ Ibid., 537.

²⁶ The Prosecutor v. Germain Katanga, "Case Information Sheet."

²⁷ Kortfält, Linnea. "Sexual Violence and the Relevance of the Doctrine of Superior Responsibility," 543.

the second element, requiring the act to be committed within the groups' common purpose, was not satisfied for rape and sexual slavery.²⁸

CR as a more appropriate mode of liability for sexual crimes

Building on these observations, CR quite evidently presents itself as a more appropriate linking theory, as it arguably solves the problems connected to the control test and common purpose element. Indeed, the control test for CR applies a looser standard of proof in the sense that it is merely understood as the defendant's "material ability to prevent or report" the crimes of subordinate officials.²⁹ Furthermore, the definition of de jure military commander within the scope of the doctrine contains an assumption of effective control, which reverses the burden of proof.³⁰ Applying this to the Katanga case, the prosecution would probably not have staggered on the control test, which would instead have been a concern of the defense. In regards to the common purpose element for accessorial liability, this characteristic of direct responsibility for the specific crimes would not largely affect CR, which is instead satisfied by the passive *mens rea* and *actus reus* of omission.³¹ In sum, there is significant reason to believe that CR is the best avenue available to the Court in cases of sexual violence, and that had it been included as a mode of liability for Katanga, the acquittal might have been avoided.

4. Challenges to the doctrine and the Bemba Judgment as a model conviction

It has been argued that CR increases the likelihood of prosecution and conviction for sexual violence in conflict. However, this section will address possible shortcomings of this thesis by analyzing some of the doctrine's challenges. In this regard, the unclear customary nature and the relating inconsistencies in the case law application of CR constitute a major challenge to its effective employment.

The main inconsistency regards discrepancies in the interpretation of CR as a *crime per se* or as a separate form of liability. While there is agreement that the doctrine's elements are satisfied by the passive omission of a commander's duties, inconsistencies in case law have created confusion as to what exact crime superiors are charged of.³² The customary nature of the doctrine is illustrated in the *Čelebići* case, which interpreted CR as a form of liability where the superior bears responsibility for the crimes of his subordinates and not for the mere dereliction of his duty.³³ However, subsequent case law at the ad hoc Tribunals has strayed from this interpretation. In the *Kroneljac* Appeal, as well as the *Halicovic* judgement and the *Hadzihasanovic* case, the ICTY concluded that "only the omission is culpable," which contravenes the customary reading of the doctrine.³⁴ As a result of this narrow interpretation, the sentencing norms of CR also became inconsistent with the original high sentencing level of the WWII Tribunals.³⁵

Indeed, the largely lenient sentencing at the ICTY and ICTR might point towards an interpretation of CR as of lower importance compared to other forms of liability. In sum, the ad hoc tribunals and special tribunals failed to identify and properly declare the customary law of CR, leaving the impression of an inconsistent, lenient and inoperative doctrine.³⁶

The Bemba Conviction as an effective application of CR to sexual violence

Addressing the unstable heritage of the doctrine and the related legal precedents, the ICC successfully summarized the customary nature of CR and effectively applied it in its most recent case of sexual violence. Pursuant to article 28(a) of the Statute, the Bemba Judgment correctly made use of CR to render the commander responsible for his subordinates' ICL violations.³⁷ Indeed, the Trial Chamber

²⁸ Ibid., 548.

²⁹ The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo (Judgement), para., 183.

³⁰ Kortfält, Linnea. "Sexual Violence and the Relevance of the Doctrine of Superior Responsibility," 559.

³¹ Cryer, "Introduction to International Criminal Law," 388.

³² Alsharidi, B M. "THE CONSISTENCY OF IMPLEMENTING COMMAND RESPONSIBILITY," 85.

³³ Cryer, "Introduction to International Criminal Law," 384.

³⁴ Alsharidi, B M. "THE CONSISTENCY OF IMPLEMENTING COMMAND RESPONSIBILITY," 87.

³⁵ Ibid., 89.

³⁶ Ibid., 92-93.

³⁷ The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo (Appeals Judgement), para. 12.

specifically addressed the lack of clarity in case law and reaffirmed the validity of customary law.³⁸ On 21 March 2016 the Trial Chamber III of the ICC convicted the military commander of two counts of crimes against humanity (murder and rape) and three counts of war crimes (murder rape and pillaging) pursuant to article 28(a) of the Rome Statute.³⁹ The Court determined beyond reasonable doubt that Bemba exercised effective control over MLC troops according to the ICTY *Delalic* test, establishing his ability to take appropriate measures to prevent and punish crimes.⁴⁰ Subsequently it was assessed that the measures taken by the Commander were “grossly inadequate,” thus emphasizing his individual culpability.⁴¹

Furthermore, the second challenge that was observed in the Katanga Trial, namely that the widespread and systematic attack did not include sexual violence, was properly addressed in Bemba.⁴² The Court did not, in this instance, refrain from regarding the acts of sexual violence as integral part of the armed groups course of conduct, alongside murder and pillaging.⁴³ Consequentially, the ICC was widely praised for clarifying the customary law on CR in what was seen as a “model conviction,” which could provide an effective framework for the future conviction of similar charges.⁴⁴

On top of remedying past confusion, the additional element of a causal link between the commander’s derogation from his duties and the crimes committed, arguably adds a greater sense of fairness to the issue of commission by omission, legitimizing it.⁴⁵ As the first conviction of sexual violence based on command responsibility, this case arguably constituted a realization of the Court’s main objective of ending impunity for gender based crimes and high-level perpetrators.

5. The effects of Bemba’s acquittal upon Appeal - Saved by dissent?

On 8 June 2018 the Trial Chamber’s conviction decision was reversed upon Appeal and Bemba was acquitted of all charges. Thus, the last section of this essay aims to analyze whether the reversal of the single most successful conviction of sexual violence at the ICC modifies this essay’s assessment of the doctrine of CR. Importantly, it must be noted that, due to the very recent, unexpected developments in the case, or possibly due to the extremely controversial (and depressing) outcome of the Appeal, this is still an area lacking proper research and investigation. This section thus aims to briefly analyze the main contentious points of the Appeal and refer this question to further research.

The Appeals Chamber found that the second and third grounds raised by the defendant, namely that the conviction exceeded the charges (II) and that Bemba was not liable as a superior (III) overturned the judgment.⁴⁶ For the purpose of this essay the third ground of appeal regarding CR is particularly relevant. In this regard, the Appeals Chamber determined that the limitations Bemba faced due to the geographical remoteness of his troops had not been properly taken into account (I).⁴⁷ Bemba’s command over his troops was challenged by the cross-border dependency on cooperation with the CAR authorities, which caused multiple limitations.⁴⁸ Secondly, the Appeals Chamber ruled that Bemba’s failure to “take appropriate measures to prevent or punish the crimes of subordinates,” was not established beyond reasonable doubt.⁴⁹ Indeed, the Chamber observed that the measures implemented by Bemba were not, as such, inadequate.⁵⁰ Indeed, the Trial Chamber had failed to address his letter to the CAR authorities (II) and unjustly considered that his public image concerns prevented him from acting in good faith (III).⁵¹ Furthermore, the poor results of the implemented

³⁸ Alsharidi, B M. "THE CONSISTENCY OF IMPLEMENTING COMMAND RESPONSIBILITY," 98-99.

³⁹ The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo (Appeals Judgement), para. 12.

⁴⁰ Anthony C. "In the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo," 416.

⁴¹ The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo (Judgement), para. 727.

⁴² Anthony C. "In the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo," 418.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid., 422.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo (Appeals Judgement), para. 32.

⁴⁷ Ibid., 171.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid., 52.

⁵⁰ Ibid., 174.

⁵¹ Ibid., 176-178.

measures, do not, as such, have an impact on Bemba's criminal liability (IV).⁵² Moreover, it was determined that Bemba had faced prejudice, as the Trial Chamber did not explain, and he was not made aware of, the additional measures he should have taken.⁵³

A disastrous precedent saved by dissent?

The Appeals Chamber's decision to overrule the case was characterized by a very visible lack of unanimity, composed of a majority of three judges and a close dissenting minority of two judges.⁵⁴ Indeed, the dissenting opinion provides insights into what might have otherwise been a catastrophic precedent for the future of the doctrine. The dissenting judges would have upheld the Trial Chamber's judgment based on three main considerations. Firstly, they believe the standard of review applied by the majority to be deeply flawed.⁵⁵ Secondly, they agree with Trial Chamber's determination that Bemba failed to take all necessary and reasonable measures.⁵⁶ Thirdly, they contest the statement that the conviction exceeded the charges.⁵⁷

The dissenting judges' disapproval of the standard of review lays at the foundation of all further criticism of the majority's conclusions. Indeed, the inadequate standard of review arguably lead the majority to uncritically accept the defendant's argument on the limitations faced due to the transnational nature of the MLC troops' mission in the Central African Republic (CAR).⁵⁸ As no proof of the impossibility to take further measures to investigate, prevent and punish the crimes in CAR was given, this consideration seems unfounded.⁵⁹ Indeed, the *effective control* test is interpreted in a way that is contrary to the customary law on CR, by distinguishing between remote and non-remote commanders.⁶⁰ Furthermore, the dissenting judges generally would uphold the Trial Chamber's consideration that the measures employed by the commander were grossly inappropriate and insufficient.⁶¹ The Appeals Chamber's diligence towards the few measures Bemba did employ, arguably fuels an unrealistic, excessively lenient legal understanding of the measures to be taken.

Having looked at the potentially detrimental effects of the Appeals decision on the doctrine of CR, the scarce 3/2 division of the Appeals Chamber is extremely relevant for the purpose of this essay. The scarce majority possibly means that the Appeal will not set a strong precedent but, instead, call for further elaboration on CR. Indeed, the dissenting judges enjoy scholarly support when contending that the standard of review applied by the majority is unconventional and opposed to traditional appellate standards.⁶² According to the traditional appellate approach, reasonable grounds to doubt the Trial Chamber's findings do not suffice for the reversal of a decision, as a margin of deference must be applied.⁶³ This is to say, that the legal determinations of the Appeals Chamber might be partially discredited, considering that the Trial Chamber is generally better positioned to make factual evaluations.⁶⁴ Accordingly, errors in fact would better have been referred back to the Trial Chamber in line with *stare decisis*, in order not to "unnecessarily impair the authority of its decisions."⁶⁵

6. Conclusions

In summary, the strength of the dissenting opinions and the arguably dubious legal legitimacy of the revision of the Trial Chamber's factual findings on Appeals do not as such, significantly change the effectiveness of the CR as a mode of liability, especially in cases of sexual violence. However, the

⁵² Ibid., 180.

⁵³ Ibid., 188.

⁵⁴ The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo (Dissenting Opinion), para. 1.

⁵⁵ The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo (Dissenting Opinion), para 4.

⁵⁶ Ibid., 1.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid., 45.

⁵⁹ Ibid., 59.

⁶⁰ M Jackson, *Geographical Remoteness in Bemba*

⁶¹ The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo (Dissenting Opinion), para. 60.

⁶² L N Sadat, *Fiddling while Rome burns?*

⁶³ The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo (Dissenting Opinion), para. 8.

⁶⁴ Ibid., 6.

⁶⁵ L N Sadat, *Fiddling while Rome burns?*

Appeal does rekindle the legal confusion that surrounded the doctrine prior to Bemba's conviction, which clarified some crucial inconsistencies surrounding CR. The reversal of the ICC's first rape conviction may be interpreted as a failure to live up to the promise of ending impunity for sexual violence, as was heavily prioritized in the OTP's policy paper. While yet another high-ranking perpetrator walks free, sexual violence victims in the CAR are left without redress for crimes "adjudged to have committed themselves."⁶⁶

In spite of these challenges, the value of this essay's analysis lies elsewhere. It has been demonstrated that CR constitutes an important, if not the most appropriate charge in cases concerning sexual violence. Within the context of the difficult interplay between specific crimes and the Court's ability to effectively link the perpetrator to the crime, CR constitutes the most effective mode of liability for charging sexual violence. By learning from past mistakes through a consistent future application of CR, the ICC remains an important avenue for this critical aim.

⁶⁶ D M Amann, *In Bemba and Beyond*

Pubblico impiego ed appartenenza massonica: (in)compatibilità?

Public employee and Freemasonry membership: (in)compatibility?

Saverio SETTI *

ABSTRACT: Da tempo, nel dibattito sociale e politico del nostro Paese è in discussione l'introduzione di una incompatibilità tra l'appartenenza alla massoneria ed il pubblico impiego. Per meglio comprendere quale sia lo stato della legislazione in merito, il presente saggio approfondisce in primo luogo il problema della liceità della massoneria nel nostro sistema costituzionale, per poi vagliare i profili di compatibilità tra l'appartenenza a questa e il pubblico impiego civile e militare.

For some time now, in Italian social and political debate, the introduction of an incompatibility between Freemasonry membership and public employment has been debated. In order to give the reader a better understanding about the status of Italian legislation, this paper examines in depth the problem of Freemasonry lawfulness in Italian constitutional system, to it evaluates the compatibility profiles between Masonry membership and public work, civil and military.

1. Il fine massonico dell'associazione. 2. Appartenenza massonica e pubblico impiego civile. 3. Appartenenza massonica e pubblico impiego militare. 4. Uno sguardo alla giurisprudenza sovraordinata.

1. Il fine massonico dell'associazione

Parte del dibattito politico¹ e legislativo sta ragionando in tema di incompatibilità tra il pubblico impiego, in particolare dirigenziale, e l'appartenenza ad associazioni di natura massonica, dunque pare interessante proporre un approfondimento in merito.

Sul punto è in discussione al Senato un disegno di legge², finalizzato a vietare ad una gran parte dei dipendenti pubblici³ di «ricoprire cariche o essere partecipi in associazioni che comportino un vincolo di obbedienza, assunto in forme solenni come richiesto dalle logge massoniche»⁴.

In materia di appartenenza alla massoneria, sia da parte dei privati che da parte di quanti rivestano cariche lavorative o politiche pubbliche, è stato oggetto di discussione, fin dall'emanazione della l. 17/1982⁵, che sciolse la Loggia P2.

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

¹ Cfr. l'atto di sindacato ispettivo della XVIII Legislatura, n. 4-00361 del 12 lug. 2018 del Senato della Repubblica, indirizzato al Ministro dell'interno. Sul piano squisitamente politico si segnala che il *Contratto per il Governo del cambiamento*, p. 18, vieta di «entrare a far parte del governo soggetti che [...] appartengano alla massoneria».

² Cfr. Senato della Repubblica, Fascicolo iter DDL S. 364 - Disposizioni in materia di incompatibilità con la partecipazione ad associazioni che comportano vincolo di obbedienza come richiesto da logge massoniche o ad associazioni fondate su giuramenti o vincoli di appartenenza, 9 sett, 2018, in www.senato.it. Il provvedimento è stato presentato in aula il 24 apr. 2018 ed assegnato alla 1ª Commissione Affari Costituzionali il 25 lug. 2018. Simile progetto era stato presentato nel corso della XVII Legislatura alla Camera dei Deputati, con d.d.l. n. 4422 dell'11 aprile 2017.

³ I magistrati, anche onorari (art. 2), i dirigenti delle amministrazioni pubbliche, gli ufficiali dirigenti delle Forze armate, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale delle Forze armate e delle Forze di polizia, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, il personale di livello dirigenziale del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e tutto il personale in qualunque forma dipendente del Ministero dell'interno nonché il personale della carriera dirigenziale penitenziaria (art. 3, c. 1). Il divieto si applicherebbe inoltre, ai sensi dell'art. 4, ai componenti di consigli di amministrazione e di consigli di sorveglianza nonché i sindaci o revisori di società di capitali nelle quali il capitale pubblico è superiore al 5%.

⁴ Art. 2, c. 1 e art. 3, c. 1.

⁵ Legge n. 17 del 25 gennaio 1982, *Norme di attuazione dell'articolo 18 della Costituzione in materia di associazioni segrete e scioglimento della associazione denominata Loggia P2*, c.d. Legge Anselmi.

In punto di associazionismo la norma cardine è contenuta nell'art. 18 della Costituzione che, dopo aver garantito il diritto di libera associazione⁶, pone ad esso tre ordini di limitazioni, così vietando:

- i. le associazioni i cui fini siano vietati dalla legge penale;
- ii. le associazioni segrete;
- iii. le associazioni che perseguano, anche indirettamente, scopi politici valendosi di apparati militari o paramilitari.

All'interno del primo parametro si ricomprendono i c.d. delitti di associazione, previsti agli artt. 416 (associazione per delinquere) e 416 bis (associazione di tipo mafioso). Ciò che accomuna questi reati è, in primo luogo, l'essere offensivi dell'ordine pubblico, inteso come il buon assetto ed il regolare andamento del vivere civile⁷. In secondo luogo, dette associazioni sono caratterizzate dalla direzione finalistica della struttura associativa⁸ alla commissione di un «indeterminato programma delittuoso»⁹: ciò significa che l'elemento psicologico che integra i reati associativi è il dolo specifico, ovvero la coscienza e volontà di far parte in maniera permanente del *pactum sceleris* e l'intenzione di contribuire all'attuazione del programma criminale¹⁰. Con specifico riferimento al reato di cui all'art. 416 bis, a queste considerazioni deve aggiungersi la ulteriore rimproverabilità di una condotta posta in essere con metodo mafioso, ovvero valendosi «della forza intimidatrice»¹¹ del vincolo

⁶ Garantito anche, a livello sovraordinato, dall'art. 20, c. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dall'art. 22, c. 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, dall'art. 12, c. 1 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dall'art. 11, c. 1 della CEDU.

⁷ Trattasi del c.d. ordine pubblico in senso materiale, l'unica lettura che la dottrina ritiene costituzionalmente orientata, perché la opposta interpretazione in senso ideale o normativo «evoca una entità ideale costituita dal complesso di quei principi e/o di quelle istituzioni fondamentali, dalla cui continuità e immutabilità dipenderebbe la sopravvivenza dell'ordinamento» ponendosi quale «concetto rarefatto e inafferrabile», cfr. G. FIANDACA ed E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, I, Bologna, 2012, 474, v. anche G. FORNASARI e S. RIONDATO, *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2017, 32, M. RIVERDITI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 2017, 633, A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, CLXI, 1963, 111 ss., Id., *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Riv. AIC*, 1/2015, 3, C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.* 1967, 367 ss. e M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, 4, in Id, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2010, 225 ss.

Diversa è l'interpretazione data dalla giurisprudenza costituzionale, che intende l'ordine pubblico come il «senso di ordine legale su cui poggia la convivenza sociale [...], un bene inerente al vigente sistema costituzionale ed al suo mantenimento», cfr. sent. 16 marzo 1962, n. 19, in *Giur. cost.*, 1962, p. 190 e sent. 8 luglio 1971, n. 168, *ivi*, 1971, p. 1774. Per una guida all'interpretazione della Corte cost. sul punto cfr. G. Corso, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1060; in prospettiva comparata, F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007. L'interpretazione normativa è stata accolta anche dalla giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., sez. I, 15 maggio 1982, n. 3024, in *Diritto ecclesiastico*, 1982, 176.

Il concetto di ordine pubblico, nella *Relazione ministeriale al codice penale* (p. 202) è visto come una circostanza di fatto, che concerne il regolare andamento del vivere civile, connesso con il senso di tranquillità e sicurezza della collettività.

⁸ Essendo richiesti, per integrare il reato sul piano della partecipazione, almeno due requisiti: il vincolo associativo stabile o permanente, destinato a perdurare anche dopo la commissione di ciascun delitto e l'indeterminatezza del programma criminoso, che superi il vincolo occasionale del concorso nel reato, cfr. Cass., 4 ottobre 1984, n. 4916, in *Riv. pen.*, 1985, 576; la necessità di una struttura organizzativa, seppur minima, «idonea e soprattutto adeguata a realizzare gli obiettivi criminosi presi di mira», cfr. Cass., 25 novembre 1995, n. 11413.

⁹ Cass., 20 luglio 1979, n. 6693, in *Giust. pen.*, 1990, 2002. La giurisprudenza ha precisato che l'indeterminatezza non implica la diversità dei delitti da porsi in essere, ben può aversi reato associativo quando l'indeterminatezza riguardi solo l'entità numerica delle condotte criminose, cfr. Cass., 17 novembre 1978, n. 6693, in *Giust. pen.* 1978, II, 554.

¹⁰ *Ex multis* in giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. I, 8 gennaio 1993, n. 4805 in *C.E.D. Cass.*, n. 177889 e Cass., sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16, in *Cass. pen.* 1995, 842; in dottrina G. FIANDACA ed E. MUSCO, *Diritto cit.*, 488, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale – parte speciale*, II, Milano, 2008, 247 ss., F. MANTOVANI, *Il concorso apparente tra i reati di associazione per delinquere e di contrabbando aggravato dall'associazione*, in *Arch. pen.*, 1970, I, 101, A. CERULO, *Il trionfo dei reati associativi e l'astuzia della ragione*, in *Indice pen.* 2004, 1007 ss.

¹¹ Definita dalla dottrina come la «capacità di incutere timore di gravi danni senza che ciò comporti necessariamente la realizzazione di specifiche minacce o violenze, sia pure implicite, essendo sufficiente la diffusione della natura prepotente del sodalizio criminoso e della già verificatasi, in non poche circostanze, attività di sopraffazione», G. L. VERRINA, *L'associazione di stampo mafioso*, Torino, 2008, 14. Si è notato che ancorare l'inquadramento mafioso della forza intimidatrice al precedente verificarsi di episodi di minaccia o violenza implica problemi circa l'estensione della fattispecie incriminatrice «quelle organizzazioni nuove, disancorate dalla mafia tradizionale, che tentino di introdurre metodi di intimidazione, di omertà e di sudditanza psicologica per via dell'uso sistematico della violenza fisica e morale, in settori della vita socio-economica dove ancora non sia dato di registrare l'infiltrazione di associazioni mafiose tipiche»,

associativo¹² e della condizione di assoggettamento¹³ ed omertà¹⁴ che ne deriva». A ciò si aggiunga che lo scopo dell'associazione mafiosa è caratterizzato da maggiore ampiezza rispetto alla sola commissione dei delitti, ricomprendendo anche il proposito di acquisire e controllare i servizi pubblici, di interferire con il libero esercizio del voto e di realizzare vantaggi ingiusti per sé o per altri.

Il secondo divieto di cui al c. 2 dell'art. 18 Cost. riguarda «le associazioni segrete» con chiara *ratio*: se è vero che «la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione»¹⁵, ciò implica che non debbano formarsi centri di potere al di fuori delle strutture dello Stato¹⁶ che devino dalla configurazione istituzionale del potere prevista dalla Carta fondamentale¹⁷.

cfr. Cass., Sez. VI, 12 giugno 1984, n. 713, in *Foro it.*, 1985, II, p. 169 ss., con nota di RAPISARDA. La giurisprudenza ha, comunque (e nonostante qualche critica di dottrina, cfr. G. FIANDACA, *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, IV, 1985, 1083), dimostrato di essere incline ad una interpretazione lata, ritenendo che «la connotazione mafiosa di un'associazione inerisce al modo di esplicarsi dell'attività criminosa» (Cass., 8 novembre 1984, n. 2466 in *Mass. uff.*, 166817), d'altra parte «anche una sola condotta, considerata in rapporto alle sue specifiche modalità ed al tessuto sociale in cui si esplica, può esprimere di per sé la forza intimidatrice del vincolo associativo» (Cass., 3 giugno 1993, n. 1793, in *C.E.D. Cass.*, n. 198577). Questa interpretazione, ormai assodata, è stata condivisa nei recenti avvenimenti connessi alla c.d. «Mafia capitale», cfr. Cass., 10 aprile 2015, n. 24535, in *Rass. giur. leg.*, 2015, in www.cortedicassazione.it.

¹² Ciò che cementa gli associati è il la comune adesione ad una specifica subcultura e agli scopi associativi, cfr. Trib. Roma, 25 febbraio 1983, in *Difesa penale*, 1984, 96.

¹³ L'assoggettamento al metodo mafioso conduce all'imposizione di un clima di «violenza ambientale» in cui il contorno di minacce generiche ed allusive attribuisce valenza ed efficacia intimidatoria a comportamenti che, isolatamente presi, non avrebbero tale idoneità (per un caso paradigmatico, cfr. Trib. Palermo, 7 marzo 1972, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, 986 con nota di S. MAZZARESE).

¹⁴ Definibile come il rifiuto generalizzato di collaborare con gli organi dello Stato, derivante dalla paura di ritorsioni dannose che si produrrebbero in capo al denunciante o al collaboratore, in considerazione della efficienza e della ramificazione dell'organizzazione, che dispone di soggetti, anche non identificabili, intenzionati a danneggiare chi si sia opposto all'organizzazione medesima, cfr., in dottrina, G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1993, 47, L. DE LIGUORI, Art. 416 bis c.p.: *brevi note in margine al dettato normativo*, in *Cass. pen.*, 1986, 1524, G. TURONE, *Le associazioni di tipo mafioso*, Milano, 1984, 123 e A. INGROIA, *Associazione per delinquere ed criminalità organizzata. L'esperienza italiana* in AA. VV., *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di V. MILITELLO, L. PAOLI e J. ARNOLD, Milano, 2000, 242; in giurisprudenza Cass., 11 gennaio 2000, n. 1612, in *Foro it.*, 2002, 18.

¹⁵ Art. 1, c. 2 Cost. Il divieto di associazioni segrete (*clandestine unioni* o *collegi illeciti*) preesisteva alla Costituzione, ovviamente per ragioni diverse, connesse a motivi politici, in particolare al sospetto che il carattere segreto dell'associazione fosse connesso all'intento cospirativo di questa, cfr. G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, ristampa, Napoli, 2003, 47 e M. PELLISERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, 85. In vigenza dello Statuto Albertino, sul punto era intervenuta la l. 2028/1925 (il cui contenuto fu poi traslato nel Tit. VIII del T.U.L.P.S., che oggi risulta in parte abrogato ed in parte costituzionalmente illegittimo), che sostanzialmente eliminava il libero associazionismo, legittimando il dispiegarsi di un potere ispettivo delle autorità di P.S. assai penetrante sia sullo statuto che sull'attività di qualunque compagine sociale; per una sintesi della evoluzione storico-normativa, cfr. L. BARBERA, G. CONTENTO e P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritti dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, Napoli, 1984, 11 ss. Fu in esecuzione della l. 2028/1925 che, il 22 novembre 1925 vennero sciolte tutte le logge, cfr., per un profilo storico, A. LIVI, *Massoneria e fascismo*, Foggia, 2016, 170.

Atteggiamenti di maggior apertura nei confronti dell'associazionismo si registrano nel costituzionalismo e nella scienza politica anglosassoni. Qui le *comunità intermedie* sono considerate un «baluardo dei diritti civili nei confronti delle tendenze oppressive dei pubblici poteri», cfr. A. DE TOQUEVILLE, *La democrazia in America*, in *Biblioteca di scienze politiche*, I, parte II, Torino, 1984, 188. Cfr., inoltre, P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e post-moderno*, Torino, 22 e M. TEDESCHI, *Comunità e soggettività*, Cosenza, 2006, 9.

¹⁶ L'unico segreto opponibile anche all'autorità giudiziaria (ma non alla Corte cost. in sede di conflitto di attribuzioni) oggi costituzionalmente possibile è il segreto di Stato, come normato dagli artt. 39, 40 e 41 della l. 124/2007, come dettagliati dal d.P.C.M. 8 aprile 2008. Sul punto cfr. AA. VV., *I servizi di informazione e i segreti di Stato*, Milano, 2008, 443 ss. e S. Setti, *La tutela del segreto di Stato nella procedura penale*, in *Approfondimenti de Il mondo dell'intelligence*, 2016, www.sicurezza nazionale.gov.

¹⁷ L. D'ANDREA, L. RISICATO e A. SAITTA, *Potere e responsabilità nello Stato costituzionale. Prospettive costituzionalistiche e penalistiche. Atti del convegno (Messina, 11 Marzo 2011)*, Torino, 2014, 119.

Sulla base di queste considerazioni si sono sviluppate due linee interpretative della nozione di società segreta vietata, particolarmente incentrare sulla necessità che detta società sia o meno finalizzata alla realizzazione di un dato programma¹⁸.

Secondo alcuni, posto che l'intento del legislatore è evitare che si creino centri di potere occulto potenzialmente alternativi a quelli eletti democraticamente, la rilevanza del carattere segreto dell'associazione è subordinato al perseguimento di uno scopo di natura politica, dunque all'esterno di questa sfera la segretezza delle associazioni non è costituzionalmente incompatibile¹⁹. A questa tesi finalistica si contrappone una lettura più pragmatica²⁰ aderente alla *litera legis*, che sottolinea come la norma costituzionale riconduca espressamente il perseguimento di scopi politici alle associazioni di natura militare, mentre il divieto di società segrete è posto senza nessun'altra connotazione o fine ultimo²¹. Conseguentemente è sufficiente il dato della segretezza a rendere vietata la società. Quest'ultima interpretazione pare la più diffusa in dottrina²², poiché è «nell'esigenza di trasparenza democratica dei mezzi di espressione della volontà popolare che può essere colta la *ratio* del divieto di organizzazioni occulte con fine lecito»²³. Ciò significa ricomprendere all'interno dei sodalizi segreti vietati anche associazioni che perseguano finalità di per sé lecite adottando modalità di segretezza²⁴.

Di diverso avviso è, però, la giurisprudenza costituzionale che sembra accogliere la tesi finalistica del divieto e ritiene che se, non è illecito che il singolo svolga una certa attività, non può costituire illecito neppure l'attività associativa volta a compiere ciò che è consentito all'individuo²⁵, prescindendo quindi dal suo carattere di segretezza.

Con riferimento all'ultimo parametro di cui all'art. 18 cit., la Costituzione vieta le associazioni che perseguano fini politici adottando una organizzazione interna di carattere militare, questo al fine di tutelare l'effettiva democraticità del sistema politico²⁶. La necessità del divieto di creazione di sodalizi militari con scopi politici è finalizzata ad evitare elementi turbativi del procedimento di decisione politica: le associazioni paramilitari, imponendo agli associati vincoli di stretta obbedienza e dotando questi di mezzi di coazione fisica²⁷, svolgono una sicura influenza intimidatoria nei confronti dell'opinione pubblica e sono in grado di dirigerne le scelte²⁸; non è un caso se la maggior parte dei regimi totalitari del XX secolo si siano avvalsi di milizie per affiancare la propria attività politico-propagandista prima e di governo poi. Pertanto è vietato il *modus operandi* militare ai partiti, alle associazioni politiche, ai gruppi di pressione (c.d. *lobby*) e ad ogni altro sodalizio che si prefigga di condizionare la risoluzione di questioni inerenti la costituzione, l'organizzazione,

¹⁸ G. A. DE FRANCESCO, voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1988, p. 318.

¹⁹ V. A. PACE, *Rapporti civili: art. 18*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006, 217.

²⁰ «In realtà il motivo *pragmatico* che ha indotto i Costituenti a vietare le associazioni segrete sembra essere semplicemente la preoccupazione che, sotto il velo della segretezza, non sia possibile verificare quando il fine perseguito cessi di essere lecito e divenga illecito, generando così un potere *invisibile* che persegua finalità tali da porsi quale “stato nello stato”», cfr. A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, 517.

²¹ G. A. DE FRANCESCO, voce *Associazioni* cit., 318.

²² Si è osservato che «l'art. 18 della Costituzione garantisce nel modo più ampio la libertà di associazione, ma richiede un corrispettivo di lealtà: che la vita associativa si svolga alla luce del sole», cfr. G. ZAGREBELSKY, *Disarmati contro la setta*, in *Il Sole-24 Ore*, 29 maggio 1981, similmente si esprime A. PIZZORUSSO, *Che cos'è l'uguaglianza*, Roma, 1983, 58. In C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, 892, si argomenta della presunzione di illiceità dei sodalizi segreti, inclinante pericolosamente verso la logica del mero sospetto, perché il carattere segreto delle iniziative che si svolgono all'interno dell'associazione determina l'impossibilità di determinarne la congruità sociale.

²³ L. D'ANDREA, L. RISICATO e A. SAITTA, *Potere* cit., 123.

²⁴ U. DE SIERVO, voce *Associazione (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, 1987, 495.

²⁵ Corte cost., 12 luglio 2001, n. 243 in www.cortecostituzionale.it.

²⁶ V. ONIDA e M. PEDRAZZA GORLERO, *Compendio di diritto costituzionale*, Milano, 2011, 115.

²⁷ Parte della dottrina prescinde anche «dalla dotazione di armi, dal ricorso allo scontro armato come mezzo di lotta e dalla realizzazione di attività ulteriore rispetto al fatto di associarsi», per ritenere sufficiente la dimensione finalistica politica e la struttura gerarchicamente ordinata rafforzata da vincoli di totale obbedienza, cfr. P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, Milano, 2009, 102.

²⁸ C. MORTATI, *Legittimità ed opportunità della legge sulle associazioni paramilitari*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 29.

l'amministrazione e la direzione della vita sociale pubblica, direttamente ed indirettamente²⁹. È appena il caso di sottolineare che, in mancanza del fine politico, l'associazione paramilitare non è, di per sé solo, vietata³⁰.

Sulla base delle considerazioni suesposte può ora valutarsi la legittimità dell'azione delle associazioni massoniche e, conseguentemente, della libertà del privato cittadino di aderire a queste.

È necessario premettere che, nel vigente ordinamento, qualunque aggregazione di persone può autodefinirsi massonica, in ossequio alla qui discussa libertà di associazione ed in mancanza di un controllo di natura legale sull'utilizzo del termine *massoneria*. Normalmente si suole parlare di associazione di natura massonica quando questa riunione di persone costituisce una associazione, riconosciuta o meno, avente carattere iniziatico e di fratellanza su base morale³¹. Queste associazioni sono, solitamente, distribuite a livello territoriale in logge, incardinate in una struttura che ne organizza gli aspetti fondamentali, al fine di garantirne la regolare attività. Nel nostro Paese esiste una vasta pluralità di organizzazioni di natura massonica, la più ampia della quali, in termini di iscritti, è il Grande Oriente d'Italia³² (G.O.I.) ed alle norme³³ di questo³⁴ si farà riferimento nel presente scritto³⁵ per valutare se il fine massonico di una associazione possa integrare uno dei divieti di cui all'art. 18 Cost.

Il Grande Oriente d'Italia «nei rapporti con la società civile, si colloca fra le associazioni non riconosciute»³⁶, dunque si tratta di un ente che ha capacità giuridica, è privo di personalità giuridica³⁷, ma nonostante ciò è considerato dall'ordinamento come un centro autonomo di imputazioni di posizioni giuridiche soggettive distinto dagli associati³⁸. Ciò, in primo luogo, implica l'imperfetta autonomia patrimoniale: il patrimonio del G.O.I. non è aggredibile dai creditori dei singoli membri, i creditori del G.O.I. però, possono rivalersi sia sul patrimonio dell'ente sia sul patrimonio di quanti hanno agito in nome e per conto dell'ente medesimo³⁹. L'ordinamento interno e l'amministrazione

²⁹ Ciò implica che rientrano nel divieto anche le associazioni militari ancillari o collaterali rispetto a movimenti politici che non hanno connotati militari, cfr. P. PETTA, *Le associazioni anticonstituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giur. cost.*, 1973, 667.

³⁰ A. VIGNUDELLI, *Diritto cit.*, 518.

³¹ L.P. FRIZ, *La massoneria italiana nel decennio post unitario*, Milano, 1998, 14. In termini simili J. G. FICHTE, *Filosofia della massoneria*, Foggia, 2005, 31 ss.

³² Ente che si sviluppa secondo una struttura verticistica, retta da un organo detto Gran Loggia, con sede in Roma e presieduta da un Grande Maestro, che, per il governo dell'ente, si avvale di un organo esecutivo ed amministrativo (la Gran Giunta) e di un organo consultivo (il Consiglio dell'Ordine). La struttura nazionale è ripartita in Circoscrizioni, coincidenti con le regioni, in cui insistono i Collegi Circoscrizionali, organi di coordinamento amministrativo e raccordo tra la Gran Loggia e le singole Logge ripartite a livello locale e composte da almeno sette aderenti. L'intera struttura è posta sotto il controllo patrimoniale e finanziario del Collegio dei Grandi Architetti Revisori.

³³ Le norme fondamentali sono tre: *I doveri di un libero muratore* – ed. 1723, la *Costituzione del Grande Oriente d'Italia* ed il *Regolamento dell'ordine*.

³⁴ Contenuto nel volume, edito dal medesimo Grande Oriente d'Italia, *Antichi doveri – costituzione – regolamento dell'ordine*, ed. 2018, Roma.

³⁵ Altre organizzazioni, dette *obbedienze*, diffuse a livello nazionale sono la Gran Loggia d'Italia degli Antichi Liberi Accettati Muratori, la Gran Loggia Regolare d'Italia, il Real Ordine A.L.A.M. A queste si aggiunge una gran quantità di organizzazioni, numericamente meno rappresentate, e diffuse soprattutto a livello regionale. Per i profili storico-descrittivi cfr. E. Foschi, *La massoneria nella storia politica d'Italia*, Roma, Gangemi, 1999, A. Mola, *Storia della massoneria in Italia*, Milano, Bompiani, 2018 e S. Fedele, *La massoneria italiana nell'esilio e nella clandestinità*, Milano, Franco Angeli, 2016.

³⁶ Art. 2, ult. c., della Costituzione del Grande Oriente d'Italia.

³⁷ C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile*, I, Milano, 2009, 409.

³⁸ Cass., 23 gennaio 2007, n. 1476, in *Corr. trib.*, 2007, 1257.

³⁹ Art. 38 c.c. Questo perché, in mancanza del riconoscimento, manca anche una verifica circa l'adeguatezza del patrimonio alla realizzazione del fine che si intende realizzare. Si noti che la responsabilità patrimoniale tra il G.O.I. e quanti abbiano agito in nome e per conto di questo è solidale nei confronti del terzo creditore e la giurisprudenza è ferma nel ritenere che quest'ultimo non sia tenuto alla preventiva escussione del fondo comune, perché la responsabilità di cui all'art. 38 c.c. assume le vesti di obbligazione fideiussoria di garanzia (Cass., 6 agosto 2002, n. 11759, in *Giur. it.*, 2003, 1131 e Cass., sez. lav., 20 luglio 1998, n. 7111, in *Mass. giust. civ.*, 1998, 5089). È pur vero che in caso di fideiussione è pienamente accettato il *beneficium ordinis*, ma sarà sufficiente una diffida al debitore per poi poter scegliere una azione nei confronti, a scelta, nei confronti del debitore principale o del fideiussore.

dell'ente sono, ai sensi dell'art. 36 c.c., rimessi all'accordo degli associati⁴⁰, questi, quando entrano a far parte del Grande Oriente d'Italia, lo fanno in maniera volontaria ed adesiva, cioè a condizioni stabilite a priori dal G.O.I stesso⁴¹.

Onde valutare la liceità in ordine di primo (fini vietati dalla legge penale) ed al terzo (scopi politici con organizzazione militare) divieto di cui all'art. 18 Cost., è necessario confrontare i fini vietati con il fine del Grande Oriente d'Italia. Lo scopo associativo della «Massoneria universale» è definito come il «perfezionamento» e «l'elevazione dell'Uomo e dell'Umana famiglia»⁴², mentre il fine specifico del Grande Oriente d'Italia è «la ricerca della verità ed il perfezionamento dell'Uomo e dell'Umana famiglia»⁴³. Trattasi, quindi, di associazione che, ai sensi statuari, è diretta al progresso spirituale e filosofico della persona umana, attraverso una ritualità di natura «iniziatica di carattere tradizionale e simbolico»⁴⁴, posta in essere periodicamente all'interno delle logge a cura dei soli soci dell'associazione⁴⁵. Trattasi, come evidente, di un fine che non è vietato dalla legge penale (v. *supra*). D'altra parte in plurime disposizioni contenute nello statuto e nei regolamenti interni è richiesto all'iscritto di promettere solennemente di rispettare il dettato costituzionale italiano e le leggi che a questo si conformino⁴⁶ e ogni atto di partecipazione o semplice incoraggiamento a «qualsiasi azione che possa turbare la pace e l'ordine liberamente e democraticamente costituito della società» è vietato dalla massoneria⁴⁷.

Medesimo ragionamento può farsi con riferimento al terzo parametro di cui all'art. 18 Cost. Per un verso, infatti, non può inquadrarsi il Grande Oriente d'Italia tra le associazioni militari, posto che queste sono, per definizione legale, «costituite mediante l'inquadramento degli associati in corpi, reparti o nuclei, con disciplina ed ordinamento gerarchico interno analoghi a quelli militari, con l'eventuale adozione di gradi o di uniformi e con l'organizzazione atta anche all'impiego collettivo in azioni di violenza o minaccia»⁴⁸. Ebbene se da un lato è vero che l'organizzazione interna è di natura gerarchica, così come accade in gran parte delle associazioni, d'altra parte è vero che non esistono gradi cui corrispondano posizioni di comando o di controllo, né si può arrivare a sostenere che eventuali abiti ovvero orpelli indossati nel corso della ritualità possano fungere da uniforme né che vi sia impegno di natura collettiva, ad es. in «squadre» o «plotoni», in azioni di violenza minacciata o consumata. A ciò si deve aggiungere che manca il fine politico richiesto dal divieto costituzionale: lo statuto fa divieto al Grande Oriente d'Italia di «tratta[re] questioni di politica»⁴⁹.

⁴⁰ Che può derogare solo alle norme sulle associazioni riconosciute che non abbiano carattere imperativo, sul punto cfr. A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011, 161.

⁴¹ Non è prevista una contrattazione sulle norme ed i regolamenti che, anzi, l'appartenente è chiamato a rispettare rigorosamente (art. 9 della Costituzione del Grande Oriente d'Italia).

⁴² Art. 1, c. 2 della Costituzione del Grande Oriente d'Italia. Medesimo scopo è perseguito dalle altre associazioni massoniche.

⁴³ Art. 4 della Costituzione del Grande Oriente d'Italia.

⁴⁴ Art. 1, c. 1 della Costituzione del Grande Oriente d'Italia.

⁴⁵ Non si è, tuttavia, in presenza di una figura inquadrabile nell'associazionismo solidale. Se, infatti, è possibile (ed accade) che il Grande Oriente d'Italia elargisca denaro o altre utilità con intento essenzialmente di utilità sociale, è assodato che «lo scopo dell'attività deve essere contraddistinto da un elemento solidaristico che impone, di per sé stesso, di volgere l'attenzione a vantaggio di situazioni esterne all'ente», cfr. F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 2011, 224. Dalle norme in materia di associazioni solidaristiche, inoltre, emerge che è esclusa qualunque forma di distribuzione tra i membri degli utili, che devono essere reinvestiti agli scopi dell'ente (art. 5 della l. 266/1991 e 4 della l. 383/2000), mentre accade che alcuni membri del Grande Oriente d'Italia ricevano, in relazione alla carica rivestita, emolumenti in denaro.

⁴⁶ Nella Costituzione del Grande Oriente d'Italia: artt. 2, c. 1 e art. 4 della («Il Grande Oriente d'Italia [...] presta la dovuta obbedienza ed osserva scrupolosamente la Carta Costituzionale dello stato democratico italiano e le leggi che ad essa di ispirino»), art. 9, c. 1 («I Liberi Muratori [gli iscritti, n.d.A.] [...] rispettosi della Carta Costituzionale della Repubblica Italiana e delle leggi che alla stessa si conformino»; Identità del Grande Oriente d'Italia, art. VIII («Il Massone è tenuto a rispettare scrupolosamente la Carta Costituzionale dello Stato nel quale risiede o che lo ospita e le leggi che ad essa di ispirino»; I doveri di un libero muratore – ed. 1723, art. II («Un Muratore [iscritto, n.d.A.] è un pacifico suddito dei Poteri Civili, ovunque egli risieda o lavori e non deve essere mai coinvolto in complotti e cospirazioni contro la pace e il benessere della Nazione»)).

⁴⁷ Identità del Grande Oriente d'Italia, art. IX.

⁴⁸ Art. 1, c. 4, del d.lgs. 43/1948.

⁴⁹ Art. 5, c. 1, settimo *alinea*, della Costituzione del Grande Oriente d'Italia. Il divieto è riportato anche al p.to 6, c. 2 de I doveri di un libero muratore – ed. 1723.

Degno di maggior approfondimento è il secondo parametro del ricordato art. 18, che vieta le associazioni segrete. In esecuzione del disegno costituzionale, la ricordata l. 17/1982 ha introdotto nel nostro ordinamento una definizione normativa di associazioni segrete, ovvero «quelle che, anche all'interno di associazioni palesi, occultando la loro esistenza ovvero tenendo segrete congiuntamente finalità e attività sociali ovvero rendendo sconosciuti, in tutto od in parte ed anche reciprocamente, i soci, svolgono attività diretta ad interferire sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali, di amministrazioni pubbliche, anche ad ordinamento autonomo, di enti pubblici anche economici, nonché di servizi pubblici essenziali di interesse nazionale»⁵⁰. Da questa definizione è possibile ricavare i due requisiti integrativi della società segreta vietata.

Primo di questi requisiti è la segretezza, a sua volta considerabile nei suoi due aspetti:

- i. esterno: oscurando l'esistenza stessa dell'associazione ovvero tenendo oscura l'affiliazione dei soci;
- ii. interno: oscurando tra loro i soci ovvero a questi le attività e gli scopi sociali.

In punto di segretezza interna, la giurisprudenza ha riconosciuto la mancanza di una norma che «renda obbligatoria la diffusione delle notizie concernenti qualsivoglia compagine associativa»⁵¹, pertanto la segretezza interna va intesa non come assenza di pubblicità, ma come «adozione di un modello organizzativo che, in modo programmatico e sistematico, precluda la conoscibilità esterna e/o interna degli appartenenti al gruppo, in relazione ad eventuali forme regolamentate di trasparenza o ad aspetti di trasparenza comunemente accettate per analoghe formazioni»⁵².

Secondo requisito è la realizzazione di condotte di pressione sui titolari di organi pubblicistici ovvero di condotte di pressione, anche intimidatoria, finalizzate a rendere l'attività di detti organi pubblici conforme a decisioni, priorità ed interessi venuti in essere al di fuori delle sedi costituzionalmente competenti. L'attività di pressione è, secondo la giurisprudenza, illecita solo se esercitata dall'interno dell'organo pubblico, posto che l'influenza creata all'esterno, la c.d. attività di lobbying, non presenta caratteri di illiceità, perché la segretezza non è un elemento caratterizzante e funzionale al perseguimento dei propri interessi⁵³.

All'integrazione del secondo requisito è, secondo la giurisprudenza, sufficiente che «la capacità di influenza miri a condizionare dall'interno i meccanismi decisionali e rivesta caratteri di serietà e di potenziale efficacia»⁵⁴; si è, pertanto, in presenza di un illecito di pericolo concreto⁵⁵. Oggetto del

⁵⁰ Art. 1 della l. 17/1982. Sono, altresì, previste sanzioni amministrative e penali a carico di chi dell'associazione segreta faccia parte (art. 2), così come ne viene regolamentato lo scioglimento (art. 3). In merito la giurisprudenza sembra dare una interpretazione attualizzata di una definizione normativa di società segreta nata in seguito allo scandalo della P2; interpretazione secondo la quale, in presenza di un nuovo sodalizio occulto con fini politici, «non si richiede affatto che l'associazione segreta abbia le caratteristiche e le strutture della loggia P2, notoriamente caratterizzate da una struttura estesa, da centinaia di aderenti e dalla infiltrazione di molti aderenti in uffici pubblici di altissimo livello istituzionale», cfr. Trib. di Roma, ord. 2 novembre 2010, in *Foro it.*, 2011, II, 126.

⁵¹ Trib. Roma, G.I.P., ord. custodia cautelare, 6 luglio 2010, in L. D'ANDREA, L. RISICATO e A. SAITTA, *Potere cit.*, 126.

⁵² *Ivi*.

⁵³ M. ROBERTO, *Rappresentanza politica e lobbying: teoria e normativa*, Milano, 2013, 71, R. DE CARIA, *“Le mani sulla legge”: il lobbying tra free speech e democrazia*, Torino, Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza, 2017, cap. VIII.

⁵⁴ Trib. Roma, G.I.P., ord. custodia cautelare, 6 luglio 2010, cit.

⁵⁵ Sin dall'emanazione della l. 17/1982, si è dibattuto circa la qualificazione dell'illecito di associazione segreta come di pericolo concreto o astratto, cfr. V.F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, 3 ed., Padova, 1985, 335. Si rendeva, infatti, necessario chiarire se fosse necessario, sul piano probatorio, accertare un pericolo effettivo di deviazione della funzione pubblica oppure se fosse sufficiente dimostrare che il sodalizio segreto avesse lo scopo di influire sulle istituzioni. Concordemente con la giurisprudenza, si può sostenere che la lettura dell'illecito quale di pericolo concreto sia quella costituzionalmente compatibile. Se, infatti, si dovesse richiedere il pericolo astratto (o, addirittura, presunto), ciò significherebbe che il nocimento potenziale del bene giuridico è insito nella condotta (o presunto *iuris et de iure*), convertendo questo strumento penale da sistema di protezione della democrazia a strumento di controllo politico-ideologico (cfr., anche, Corte cost., 4 maggio 1970, n. 65, in *Arch. pen.*, 1970, 15 con nota di C. FIORE). Recuperare la dimensione concretamente pericolosa della condotta delle associazioni segrete, consente di limitare una utilizzazione illiberale della sanzione penale, senza però eliminare del tutto questo rischio, perché «l'ordine pubblico, comunque lo si voglia ricostruire, rimane un bene dai contorni sfuggenti, [pertanto] non sarà sempre agevole sul piano dell'accertamento verificare la concreta pericolosità delle condotte vietate», cfr. G. FIANDACA ed E. MUSCO, *Diritto cit.*, 476 e A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, IX, Milano, 2008, 147. Per

documento potenziale si identifica nella pluralismo associativo, nella libertà e nella azione istituzionale di organi rilevanti nella vita dei consociati.

Non pare che la massoneria, almeno nel senso del Grande Oriente d'Italia, possa considerarsi società segreta vietata ai sensi dell'art. 18 Cost., come dettagliato dalla l. 17/1982.

Manca, infatti, il primo requisito. Non vi è certamente segretezza esterna, posto che sia le sedi, sia i regolamenti che il personale direttivo sono noti in quanto riportati sul sito *web* dell'associazione e sulle sue pubblicazioni a stampa.

Con riferimento alla segretezza interna, dalla lettura delle norme, non risulta che gli scopi siano occulti (perché sono indicati nelle norme interne), né che vi sia vicendevole oscurità tra soci, la cui reciproca conoscenza pare, anzi, incoraggiata⁵⁶. Il fatto che non vengano pubblicati i nomi degli aderenti, oltre a rientrare tra le prassi «comunemente accettate per analoghe formazioni» (v. *supra* nota 52), è compatibile con i principi di cui al d.lgs. 196/2003.

Manca anche il profilo finalistico della interferenza sugli organi istituzionali. Non solo perché, come visto più sopra, il fine istituzionale è di natura filosofico-spirituale, ma anche in virtù dei già ricordati rimandi che le norme interne del Grande Oriente d'Italia (v. *supra* nota 46) fanno al rispetto delle leggi dello Stato.

È, proprio, ponendo come limite il dettato normativo statuale che deve leggersi l'obbligo di mutuo soccorso che i soci assumono vicendevolmente aderendo alla massoneria⁵⁷.

Se, quindi, attività di *lobbying*, di per sé lecite, possono realizzarsi tra i soci, questo avviene non in virtù della comune appartenenza alla associazione o per scopi sociali, ma quale attività relazionale tra privati, in cui la comune appartenenza alla medesima associazione è solo il presupposto di conoscenza reciproca.

Se quanto detto vale, globalmente, per la struttura del Grande Oriente d'Italia, a margine è possibile evidenziare che l'inquadramento giuridico delle singole logge operanti a livello territoriale rimanda alla figura dei circoli privati.

Trattasi di «associazioni di persone che si riuniscono per perseguire fini ed interessi comuni e l'accesso ai locali medesimi è consentito solo a determinati soggetti (soci)»⁵⁸. Detti circoli si differenziano dai pubblici esercizi per il fatto che, diversamente da questi, sono costituiti non in forma di impresa ma di associazione non riconosciuta.

Concordemente con la libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost., è possibile l'istituzione, l'apertura e lo svolgimento di attività associative senza necessità di alcuna autorizzazione⁵⁹. Questi circoli sono sottratti alla disciplina degli orari nei locali in cui si svolge l'attività sociale, ma detti locali sono soggetti alle norme previste per la tutela della salute e della incolumità delle persone (agibilità, sorvegliabilità).

Deve, in sostanza, riconoscersi la piena legittimità e compatibilità costituzionale della massoneria di cui alla struttura del Grande Oriente d'Italia, sempreché l'agire dei soci sia aderente alle norme interne che si sono appena viste; in caso, ovviamente, di devianza dalle stesse in senso illecito, non potrà invocarsi una responsabilità dell'associazione massonica, posto che la sua esistenza e la conseguente affiliazione non sono, di per sé solo, vietate dalla legge.

un'analisi del *diritto penale del rischio*, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2015, 209, G. DE FRANCESCO e G. MORANTE (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio»*, Torino, 2018, 31 ss; per profili comparativi M. DONINI e M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, Milano, 2007, 148.

⁵⁶ Art. 8, c. 1, 1° *alinea* della Costituzione del Grande Oriente d'Italia.

⁵⁷ Nei confronti di un altro aderente, i massoni si impegnano a fornirgli aiuto se possono e se questi «è in bisogno», ma non sono obbligati a farlo «oltre la [loro] possibilità, soltanto a preferire un Fratello [un aderente, n.d.A] povero, che è un uomo buono e sincero, prima di qualsiasi altra persona povera nelle stesse circostanze», art. 6 de I doveri di un libero muratore – ed. 1723. Questo aiuto, normalmente, si sostanzia in doveri di insegnamento, piccolo ausilio economico o cortesie (art. 7, c. 2 della Costituzione del Grande Oriente d'Italia), anche perché un aiuto illecito o che violi la lealtà e l'onorabilità costituisce «colpa massonica» (artt. 9, c. 2, 6° *alinea* e 15, c. 3, *sub b*), *ivi*).

⁵⁸ F. CARINGELLA, A. IANNUZZI e L. LEVITA, *Manuale di diritto di pubblica sicurezza*, Roma, 2013, 420.

⁵⁹ S. LINGUATI, *I circoli privati*, Bologna, 2014, 7. È, tuttavia, richiesta la licenza del Questore nel caso di somministrazione di alimenti e bevande, ai sensi dell'art. 86, c. 2 T.U.L.P.S.

2. Appartenenza massonica e pubblico impiego civile

Se, dunque, risulta legittima l'esistenza e l'affiliazione alla massoneria per i privati, alcuni ritengono incompatibile l'appartenenza al questa associazione per quanti esercitano pubblici poteri⁶⁰.

De iure condito, a livello regolamentare, il codice di comportamento dei dipendenti pubblici (privatizzati)⁶¹, all'art. 5, c. 1 prevede l'obbligo a carico del dipendente di comunicare tempestivamente, al responsabile dell'ufficio, «la propria adesione o appartenenza ad associazioni od organizzazioni, a prescindere dal loro carattere riservato o meno, i cui ambiti di interessi possano interferire con lo svolgimento dell'attività dell'ufficio»⁶².

Questa disposizione, nell'ottica di rafforzare la lotta a conflitti di interesse⁶³ e malcostume, è mirata a «rilegittimare le istituzioni pubbliche nei confronti dei cittadini»⁶⁴ e conduce, in caso di violazione, a responsabilità di natura disciplinare, civile, ed erariale⁶⁵. *Ratio legis* è, ovviamente, quella di consentire all'amministrazione di valutare se l'appartenenza del dipendente a tali organizzazioni possa interferire con le attività istituzionali. Naturalmente la comunicazione deve riguardare la sola appartenenza ad associazioni i cui fini siano sovrapponibili, contermini o in grado di potenzialmente interferire con le attività d'ufficio⁶⁶.

Da un punto di vista finalistico, come visto più sopra, la massoneria, in particolare l'associazione Grande Oriente d'Italia, occupandosi dell'aspetto filosofico-spirituale, non pare avere cointeressenze o vicinanze rispetto all'agire di alcuna amministrazione pubblica, pertanto l'appartenenza a questo non soggiace all'obbligo di comunicazione ed è lecita.

Interessante è notare che, allo stato attuale della legislazione, non vi è uno specifico divieto per i magistrati di iscriversi alla massonerie, ma un più esteso divieto di partecipare «ad associazioni segrete o i cui vincoli sono oggettivamente incompatibili con l'esercizio delle funzioni giudiziarie»⁶⁷. Nell'interpretazione del Consiglio Superiore della Magistratura si è sempre ritenuto (fin dal disposto dell'art. 18, c. 1 del r.d.lgs. 511/46⁶⁸), fermo il divieto di iscrizione dei magistrati alla massoneria. Questo perché sussisterebbero gravi dubbi «sulle possibilità che il magistrato massone eserciti le funzioni giurisdizionali in modo imparziale ed indipendente»⁶⁹. Il divieto di appartenenza è, dunque, frutto di deliberazione del C.S.M.⁷⁰ Questo sospetto parzialità del giudice massone ha condotto la giurisprudenza a ritenere possibile un incidente di ricusazione di un giudice per il fatto stesso della sua appartenenza alla massoneria⁷¹. Trattasi di una scelta che non può andare esente da critiche, nella considerazione che la *ratio* della ricusazione è l'incapacità del giudice di rendere il giudizio per parzialità⁷² derivante da una situazione di sospetto che investe il magistrato non in via generale, ma

⁶⁰ Perché «la massoneria si definisce ordine iniziatico e la società ideale cui aspira è strutturata in modo gerarchico: coloro che si fanno custodi del sapere, hanno il compito di guidare dall'alto il mondo dei profani, affinché anche questi ultimi possano beneficiare della luce di cui gli Iniziati sono portatori. Tale concetto di società governata da un gruppo di persone che si ritiene superiore per intelligenza e cultura è opposto al concetto di democrazia in cui tutti i cittadini hanno uguali diritti nel governo dello Stato», Senato della Repubblica, *Fascicolo iter DDL S. 364 cit.*

⁶¹ D.P.R. 62/2013.

⁶² Dalla comunicazione è esclusa, dal medesimo art., l'appartenenza a sindacati o a partiti politici.

⁶³ Di cui all'art. 6 bis della l. 241/1990.

⁶⁴ E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in Ist. Fed., 2013, 32.

⁶⁵ Art. 54, c. 3 del d.lgs. 165/2001.

⁶⁶ Si pensi al caso di un addetto stampa o di un consulente di politica economica del Ministero dell'Economia e delle Finanze che appartenga ad un *think tank* che sostiene un pensiero economico improntato al marcato liberismo. Si è notato, in dottrina, che la previsione regolamentare denota una marcata genericità, che dovrebbe essere colmata da regolamenti interni emanati dalle singole amministrazioni, cfr. F. PALMERI, *Le principali novità e l'analisi delle singole norme*, in *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, Diritto e pratica amministrativa de Il Sole-24 ore, 7/8, 2013, 23.

⁶⁷ Art. 3, c. 1, *sub g*) del d.lgs. 109/2006.

⁶⁸ Abrogato e, appunto, sostituito dal d.lgs. 109/2006.

⁶⁹ Cass., 19 ottobre 1995 n. 12567 in www.csm.it.

⁷⁰ Il *plenum* del C.S.M. nelle deliberazioni del 22 marzo 1990 e del 14 luglio 1993, ponendo in risalto «il netto contrasto esistente tra i valori dell'indipendenza, dell'autonomia e della soggezione dei giudici alla sola legge, e l'affiliazione alla Massoneria, anche non segreta, sulla quale gli iscritti alla loggia P2 hanno conservato la loro influenza negativa».

⁷¹ Cass., 11 febbraio 1998, in *Guida al diritto*, X, 65.

⁷² Corte cost., 23 dicembre 1998, n. 419, in *Foro it.*, 1999, I, 76.

in riferimento ad un concreto e determinato procedimento⁷³. Ancorare una ricsusazione ad un generico interesse ideologico (sia esso filosofico o politico), come affermato dalla medesima giurisprudenza tradisce il disposto di cui all'art. 37, c. 1 c.p.p., in cui per *interesse* deve intendersi quello inerente l'oggetto del procedimento, dal quale solo può sorgere quello pregiudizievole per l'imparzialità del giudice⁷⁴. Nonostante queste considerazioni rimane fermo l'orientamento del C.S.M. a ritenere non compatibili lo *status* di magistrato⁷⁵ e l'appartenenza ad associazioni massoniche. Incompatibilità che, come detto, si ancora ad norma giuridica di portata assai generale, però dettagliata a livello regolamentare interno, a seguito di una ragionata scelta di campo dell'organo di governo della magistratura.

Infine con riferimento agli incarichi di natura politica nazionale (compresi gli incarichi conferiti con *spoils system*), si rileva l'assenza di una disciplina che prescrive obblighi di comunicazione. Ma ove essa dovesse venire in essere⁷⁶, una giurisprudenza amministrativa considera lecito richiedere, a pena di decadenza in caso di falso o omissione, agli interessati di dichiarare l'appartenenza a *qualunque* (quindi senza discriminazione) realtà associativa che abbia finalità dichiarative o svolgano di fatto attività di carattere politico, culturale, sociale, assistenziale o di promozione economica. Questo perché «il soggetto che aspira ad un incarico pubblico è portatore (e di ciò deve essere consapevole) di un obbligo di trasparenza nei confronti della collettività, che implica la possibilità di conoscenza, da parte dei cittadini, di profili della propria responsabilità e delle proprie opinioni e attitudini, sia come singolo che in qualità di appartenente al contesto sociale»⁷⁷.

3. Appartenenza massonica e pubblico impiego militare

Al personale militare è fatto divieto di adesione ad associazioni considerate segrete a norma di legge (cfr. art. 1 della l. 17/1982) ed incompatibili con i doveri derivanti dal giuramento prestato⁷⁸, dovendo assicurare la «scrupolosa fedeltà alla Costituzione repubblicana e alle ragioni di sicurezza dello Stato»⁷⁹.

Come si è avuto modo di ricordare, il fine sociale dichiarato nei regolamenti interni del Grande Oriente d'Italia si pone in aderenza con il dettato costituzionale e con le leggi statali, dunque, finché un gruppo segua queste norme interne, non potrà dirsi incompatibile l'appartenenza a questo da parte del militare.

Il militare, inoltre, ha l'obbligo di dare comunicazione al proprio comando di tutti gli eventi che lo riguardino che «possono avere riflessi sul servizio»⁸⁰. Anche in questo caso possono valere le considerazioni suesposte in termini di obbligo di comunicazione (v. *supra* par. 2), non dovendosi ritenere questo integrato data l'estraneità a servizio dei fini sociali.

Può l'appartenenza massonica avere effetti sulle abilitazioni all'accesso alle materie coperte da segreto militare? Per avere legittimamente accesso alle informazioni militari classificate è richiesta, congiuntamente, la necessità d'ufficio di conoscerle ed il possesso di una certificazione detta *Nulla Osta di Segretezza*⁸¹. Uno dei requisiti di rilascio consiste nel «sicuro affidamento di scrupolosa fedeltà alle istituzioni della Repubblica, alla Costituzione, ai suoi valori, nonché di rigoroso rispetto

⁷³ Cass. 15 dicembre 1995 n. 2830, in *Il Consiglio di Stato: organo ufficiale del Centro italiano di studi amministrativi*, II, 1995, 2199.

⁷⁴ Cass., 25 giugno 1996, n. 4336, in *Giust. pen.*, 1997, 207. Ciò implica che la ricsusazione di un giudice massone dovrebbe considerarsi lecita nei soli casi in cui vi siano altri massoni coinvolti nel procedimento o questo possa, anche indirettamente, riguardare la massoneria.

⁷⁵ Di ruolo, onorario e popolare, cfr. la risposta al quesito del 4 febbraio 1996, *Esclusione dagli elenchi dei giudici popolari delle persone iscritte a logge massoniche*, in www.csm.it.

⁷⁶ Come avviene per le leggi reg. 63/1983 (art. 12) e 11/1979 (art. 9) della Regione Toscana.

⁷⁷ Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5881, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁸ Art. 1475, c. 3 del d.lgs. 66/2010. Il giuramento è il seguente: «giuro di essere fedele alla Repubblica Italiana, di osservarne la Costituzione e le leggi e di adempiere con disciplina ed onore tutti i doveri del mio stato, per la difesa della Patria e la salvaguardia delle libere istituzioni», art. 575, c. 1 del d.P.R. 90/2010.

⁷⁹ Art. 1348, c. 2 del d.lgs. 66/2010.

⁸⁰ Art. 748, c. 5, *sub b*) del d.P.R. 90/2010.

⁸¹ Disciplinata dal d.P.C.M. 22 luglio 2011, Disposizioni per la tutela amministrativa del segreto di Stato e delle informazioni classificate.

del segreto»⁸². Tra le ragioni che impediscono il rilascio del N.O.S., di interesse della presente ricerca, vi è il fatto che il soggetto interessato «intrattenga o abbia intrattenuto rapporti, di qualsiasi titolo, ad organizzazioni di tipo mafioso, o con altre organizzazioni che perseguono fini criminosi, ovvero sono dedite ad attività contrarie ai fondamentali interessi economici, finanziari ed industriali del Paese»⁸³. Non pare che tra queste possa ricomprendersi, come s'è visto, la massoneria. Inoltre, impedisce di rilasciare il N.O.S. il fatto che il soggetto sia interessato ad attività eversive o collabori con quanti abbiamo una connessione con «movimenti, nuclei o gruppi che perseguono fini contrari alle istituzioni democratiche dello Stato, ovvero svolgano propaganda diretta a sovvertire con la violenza l'ordinamento democratico»⁸⁴. Nemmeno in questo caso si può inquadrare la massoneria, che segua le norme interne più volte ricordate, quale movimento eversivo.

Proprio in virtù della delicatezza delle informazioni cui accedere⁸⁵ e della necessità che l'autorità competente al rilascio possa avere un quadro completo del destinatario eventuale del N.O.S. non deve escludersi che detta autorità venga a conoscenza dell'iscrizione ad istituzioni di natura massonica, anche ai fini di controllarne una deriva eversiva, senza che detta appartenenza, di per sé sola, rappresenti un motivo ostativo al rilascio.

4. Uno sguardo alla giurisprudenza sovraordinata

Sull'argomento in discussione è più volte intervenuta la Corte EDU, ritenendo, *in primis*, illecito un trattamento discriminatorio sulla base della mera appartenenza ad un'associazione. L'ipotesi si è verificata allorché una legge regionale⁸⁶ prevedeva, per i candidati alle cariche pubbliche, l'obbligo di dichiarare alla Presidenza dell'esecutivo regionale e alla commissione per le nomine del Consiglio regionale la loro eventuale appartenenza ad associazioni massoniche. La Corte EDU ha, sul punto, ritenuto che la norma in questione distingueva tra le associazioni segrete e massoniche, la cui appartenenza deve essere dichiarata, e tutte le altre associazioni. I membri di queste ultime, in effetti, erano esentati da ogni obbligo di allegare, alla loro domanda di candidatura, una dichiarazione di appartenenza, e di conseguenza non potevano incorrere nella sanzione prevista in caso di omissione. Esisteva, quindi, un differente trattamento tra i membri della ricorrente e i membri di ogni altra associazione non segreta, così violando gli artt. 11 e 14 della CEDU⁸⁷. In questo provvedimento, i giudici europei ricordano di aver già in precedenza concluso⁸⁸ che «il divieto di nominare framassoni [...] non era necessario in una società democratica», essendo «ingiustificato penalizzare una persona per la sua appartenenza ad una associazione».

Ciò che, quindi, preoccupa la Corte è la disparità di trattamento, ritenendo violato l'art. 11 della CEDU in tutti in casi in cui «i franco-massoni erano costretti a scegliere tra la loro affiliazione alla franco-massoneria e la partecipazione ad un concorso per un posto» pubblico, oppure ove la dichiarazione di appartenenza fosse richiesta onde generare un giudizio sociale di rimprovero, o, ancora, fosse condizione per imporre «una procedura di particolare complessità, facendo pesare sui [dichiaranti] un carico eccessivo ed esorbitante»⁸⁹.

Alla luce della vigente legislazione, l'unico modo per evitare di incorrere in una discriminazione sarebbe l'introduzione di un obbligo, con un fine di interesse pubblico puntualmente giustificato, per tutti i dipendenti pubblici, di dichiarare la propria affiliazione a qualunque sodalizio⁹⁰, sia esso riconosciuto o meno, di qualunque fine, trattando i dati così immagazzinati

⁸² Art. 9, c. 4 della l. 124/2007 e 25, c. 1 del d.P.C.M. 22 luglio 2011.

⁸³ Art. 37, c. 5, *sub c*) del d.P.C.M. 22 luglio 2011.

⁸⁴ Art. 37, c. 5, *sub b*) del d.P.C.M. 22 luglio 2011.

⁸⁵ «Il diritto alla riservatezza è [...] destinato a retrocedere a fronte del principio di buon andamento dell'amministrazione, questo sì postulato a livello costituzionale dall'art. 97, che è speculare al principio di trasparenza degli apparati amministrativi», così Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2003 cit.

⁸⁶ L. r. 1/2000 del Friuli Venezia Giulia.

⁸⁷ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 31 maggio 2007, n. 26740/02, in www.echr.coe.int.

⁸⁸ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 12 dicembre 2001, n. 37119/97, in www.echr.coe.int. In questo caso una legge regionale connetteva all'appartenenza alla massoneria la automatica decadenza del posto pubblico.

⁸⁹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 3 giugno 2008, n. 13148/04, in www.echr.coe.int.

⁹⁰ Come accade in Toscana, v. nota 76

secondo le garanzie di cui al d.lgs. 196/2003. D'altra parte la Corte EDU ha riconosciuto che il diritto di mantenere segreta l'affiliazione ad una associazione «non è garantito in quanto tale dall'art. 11 della Convenzione»⁹¹ e che l'obbligo di dichiarare l'appartenenza ad associazioni «aventi come scopo esplicito o esercitanti *de facto* attività a carattere politico, culturale, sociale, di assistenza o di sostegno nel settore economico» è lecito se persegue uno scopo legittimo⁹².

De iure condendo, la Corte EDU sembrerebbe lasciare aperto uno spiraglio per l'introduzione di un divieto di iscrizione alla massoneria per i dipendenti pubblici, pur senza mai essersene direttamente occupata. Tuttavia da una analisi delle pronunce in merito pare potersi sostenere che sarebbe compatibile con la CEDU un divieto⁹³:

- i. previsto con legge ordinaria, non retroattiva ed aderente al principio di tassatività degli illeciti;
- ii. diretto a perseguire le finalità di sicurezza pubblica, di sicurezza nazionale, di difesa dell'ordine, di prevenzione dei reati, di protezione della salute o della morale e di protezione dei diritti e delle libertà altrui;
- iii. contenuto nei limiti delle misure strettamente necessarie ad assicurare la realizzazione delle finalità democratiche.

Sembra, tuttavia, che sia difficile reperire una ragione giustificativa di perseguimento delle finalità di cui al punto ii. in grado di poter ragionevolmente rendere incompatibili pubblico impiego ed appartenenza alla massoneria, se questa dovesse scrupolosamente osservare le norme interne del Grande Oriente d'Italia (o di altre comunioni) nei termini sopra ricordati.

Imporre una limitazione che colpisca tutti gli iscritti nel timore, pur magari fondato, che alcuni gruppi possano deviare (e siano deviati in passato) dalle norme interne e legislative nazionali, si rilevarebbe un provvedimento limitativo della libertà associativa ed il riconoscimento dell'impotenza degli strumenti preventivi di cui dispone lo Stato di diritto.

⁹¹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 3 giugno 2008, n. 13148/04, in www.echr.coe.int.

⁹² Corte Europea dei diritti dell'uomo, 2 agosto 2001, n. 37119/97, in www.echr.coe.int. Anche in questo caso, tuttavia, potrebbero emergere dubbi di costituzionalità, perché potrebbe argomentarsi che questo sarebbe uno strumento di schedatura dei dipendenti pubblici, potenzialmente incompatibile con le fondamenta di un costituzionalismo contemporaneo.

⁹³ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 17 febbraio 2004, n. 39748/98, in Camera dei Deputati, *Sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo concernenti lo Stato Italiano*, Quaderni dell'Osservatorio permanente, n. 1/05, p. 55 e 12 dicembre 2001, n. 37119/97, in www.echr.coe.int.

Il *testamentum militis*: nuove ricerche sul tema della doppia paternità contenuta in

Digesto 29.1.1 pr.¹

The testamentum militis: new research over the authorship's subject in Digest 29.1.1 pr.

di Marco Fimiano *

ABSTRACT: la ricerca in esame si propone di dare un nuovo contributo all'affannoso dibattito su chi sia stato il primo a concedere il *privilegium* del *testamentum militis* attraverso l'analisi delle fonti letterarie sui temi dei poteri di Cesare, della composizione delle legioni dalla fine della Repubblica alla dinastia Flavia e sul discusso brano contenuto in *De Bello Gallico* 1.39

The research intends to give a new contribution to the laborious debate over who is the first to grant the privilege of testamentum militis thanks to the analysis of literary source over the subjects of Caesar power, the composition of the legions between the end of the Republic and the Flavian dynasty and the debated passage of De Bello Gallico 1.39

Sommario: 1. Introduzione al problema della paternità dell'istituto. - 2. “*Felicitas*” e assenza di “*avaritia*”: le qualità del buon generale. - 3. *De Bello Gallico* 1.39: analisi critica dell'episodio. - 4. I poteri di Cesare. - 5. La composizione delle legioni da Cesare ai Flavi. - 6. Le ragioni della provincializzazione dell'esercito. - 7. Conclusioni.

1. Introduzione al problema della paternità dell'istituto

Il *testamentum militis* è un istituto di diritto romano che si contrappone a tutto il sistema formale dello *ius commune*. Il testamento dei soldati infatti è libero dalle rigide regole quasi sacrali del *testamentum per aes et libram* ed è considerato come “il negozio” giuridico più svincolato dal formalismo tipico di tutto il diritto romano. Infatti, come ci informa lo stesso Ulpiano², i soldati romani potevano testare “*quo modo volent... quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris*”. Tale concessione serviva a scongiurare il pericolo che, una volta deceduto il soldato (o il veterano entro l’anno dalla *honestia missio*³), il testamento redatto, non attenendosi a una delle innumerevoli norme civili, venisse a cadere. Così sembrerebbe che tale regime testamentario non fosse altro che una sanatoria di un atto nullo.

Se in dottrina non ci sono dubbi circa le regole e le specificità del testamento militare, è incerta l’origine di tale concessione. La criticità risiede nel passo di Ulpiano, che ci tramanda la genesi di tale istituto, contenuto in Digesto 29.1.1 pr.

Secondo tale autore, infatti, il primo a concedere tale facoltà ai soldati fu Cesare sebbene come “*concessio temporalis*”, per poi essere il primo Tito (quindi abbiamo uno scarto di circa 120 anni, Cesare morì assassinato nel 44 a. C. mentre Tito divenne *princeps* nel 79 d. C. alla morte del padre), seguito poi da Domiziano e Nerva, come a indicare che tale privilegio doveva essere emanato di volta in volta dal nuovo *princeps* per poi diventare un *caput ex mandatis*, e quindi non dover più essere riedito ogni volta, sotto Traiano. È facile scorgere in questo passo una contraddizione, che parte della dottrina ritiene apparente⁴, temporale: infatti non possono essere stati contemporaneamente sia Cesare che Tito il “*primus*” a concedere tale privilegio.

***Dottore in Giurisprudenza.**

¹ Articolo sottoposto a double peer review.

²D. 29.1.1 pr.

³D. 29.1.26

⁴Sandirocco L.; Il testamento dei militari: origini e ratio dell’istituto nell’esperienza giuridica romana, in Rassegna di Giustizia Militare Bimestrale di Diritto e Procedura Penale Militare 1; 2018.

Dei due solamente uno può essere considerato “*primus*”: difatti, se il primo è Cesare Tito si sarebbe limitato a riproporre una concessione già elargita ai soldati che, non si sa per quale strano motivo o scherzo del destino, non era stata più riemanata dagli imperatori della dinastia Giulia-Claudia, se invece fu Tito, allora il Guarino⁵ ha ragione nel ritenere che la frase “*primus quidem divus Iulius Caesar concessit: sed ea concessio temporalis erat*” non sia altro che una glossa pasticciata e messa lì in bella mostra da un autore del quarto/quinto secolo.

2. “*Felicitas*” e assenza di “*avaritia*”: le qualità del buon generale

La dottrina attuale ritiene autentica e non interpolata la frase in esame e argomenta che tale concessione fu temporale in quanto legata alla figura, al peso politico e al carisma del dittatore. Cesare aveva bisogno del sostegno e dell'appoggio incondizionato dell'esercito per attuare la sua strategia di conquista di un potere assoluto all'interno della oramai decadente Repubblica romana. Perciò, per avere l'appoggio dell'esercito, si sarebbe servito, oltre alle normali elargizioni che tutti i generali (soprattutto da Mario in poi) davano ai soldati, anche di questo istituto per consentire che il bottino di guerra e la generosità del comandante non andassero perse con la morte del soldato. Un sistema innovativo che nessuno prima di lui aveva escogitato.

Il punto critico a mio avviso è che l'esercito, se non rarissime occasioni⁶, seguì il suo generale senza opporre resistenza: l'esempio lampante è l'attraversamento del Rubicone che equivaleva a dichiarare guerra a Roma. Infatti, in tale episodio, solo il legato Tito Labieno rinunciò alla causa di Cesare e si rifiutò di attraversare il Rubicone passando dalla parte di Pompeo⁷. Tale avvenimento è in contrasto con quanto successo a Silla nel momento in cui si preparava a marciare su Roma per confermare il comando che il Senato gli aveva affidato nella guerra contro Mitridate⁸: in questa occasione infatti solo un questore seguì il futuro dittatore con le truppe, tutti gli altri ufficiali si rifiutarono di marciare contro la loro patria.

Oltre a tale aspetto, bisogna considerare anche un passo del *De Bello Gallico* 1.40 in cui Cesare rimprovera i suoi centurioni in occasione della partenza contro Ariovisto: in questo discorso vengono esposti le due ragioni per le quali un esercito non segue più il suo comandante. La prima ragione è la mancanza di *fortuna* “cioè dell'appoggio degli dei”⁹ alle azioni temerarie effettuate dal generale per far volgere a suo favore le sorti della battaglia, l'assenza dell'*avaritia* cioè il non condividere il bottino di guerra con i soldati e il non elargire donativi. La prima risulta falsa avendo dimostrato la sua *felicitas* nella battaglia contro gli Elvezi, la seconda dal tenore della sua stessa vita. Quindi, conclude Cesare, era sicuro dell'appoggio dell'esercito e che i soldati, spinti dal senso dell'onore e del dovere, l'avrebbero seguito nella sua campagna contro Ariovisto, specie quelli della *Legio X*. Lo stesso Cassio Dione, nel riportare il discorso di Cesare tenuto ai suoi ufficiali, riprende gli stessi temi inquadrandoli all'interno dello *iustum bellum*¹⁰.

Importante notare come questi due temi, *felicitas* e *avaritia*, siano usati anche dallo stesso Cicerone nella sua *De imperio Cn. Pompei* 28, l'orazione a difesa della *Lex Manlia* del 66 a. C. con

⁵Guarino A.; Sull'origine del testamento dei militari nel diritto romano, in pagine di diritto romano 6; Napoli 1995

⁶Una su tutte riguarda l'episodio contenuto in *De Bello Gallico* 1.39 che racconta gli eventi antecedenti lo scontro con Ariovisto

⁷Si può infatti ritenere che, con l'arruolamento volontario seguito alla riforma di Mario, si sia creato un forte legame di tipo clientelare tra generale ed esercito: il generale acquisiva fama e potere, il soldato lo *stipendium*, il bottino di guerra e il premio di congedo. Si aggiunga inoltre che accanto al giuramento regolare militare si era diffuso l'uso di farne un secondo al comandante, come a sottolineare la dipendenza del soldato quanto al ricevere i mezzi di sussistenza dalla *fortuna* del generale. Tito Labieno era originario del Piceno, una regione in cui Pompeo (e prima di lui suo padre) aveva una forte influenza politica e una folta clientela con cui aveva formato l'esercito per combattere la guerra sociale (Plutarco Pompeo 6.1); quindi è lecito pensare che tale decisione di Labieno di disertare dall'esercito di Cesare sia dovuta più per una scelta di *fides* che per convinzioni politiche.

⁸Appiano, *De Bellis Civilibus* 1,57,253

⁹Gabba. E., Il generale dell'esercito romano nel I secolo a. C., in Guerra e diritto nel mondo greco e romano. Contributo dell'Istituto di storia antica XXVIII; Milano 2002

¹⁰Cassio Dione, *Historiae Romanae* 38.5

la quale si dava il comando supremo a Pompeo nella terza guerra mitridatica. In questo passo Cicerone analizza quali debbano essere le qualità insite in un grandissimo generale e, accanto alla *scientia rei militaris* e alla *virtus*, indica l'*auctoritas* ossia l'ascendente sui soldati che si ottiene anche con la generosità e la *felicitas* cioè l'avere la benevolenza degli dei.

3. De Bello Gallico 1.39: analisi critica dell'episodio

Questo discorso si colloca poi nel momento in cui i soldati di Cesare, presi dal panico per le voci che circolavano circa il valore e l'aspetto dei Germani, presero a fare testamento. Cesare, nei suoi commentari¹¹, usa l'espressione "*vulgo totis castris testamenta obsignabantur*" e in tale frase la dottrina ha scorto il primo utilizzo del *testamentum militis* concesso da Cesare. A mio avviso bisogna mettere in evidenza due aspetti: uno letterario e uno lessicale.

Questo episodio serve a rendere ancora più eclatante la successiva vittoria che Cesare riporterà sui Germani e su Ariovisto: egli infatti fu il primo romano a dover affrontare questo popolo che in precedenza aveva sconfitto i Galli. Il timore e la disubbidienza dei soldati è un espediente letterario che Cesare potrebbe aver escogitato per esaltare la sua vittoria e aumentare la sua fama e la sua gloria presso il Senato e il popolo di Roma: infatti i commentari bellici sono un resoconto dei compiti svolti da Cesare quale proconsole della Gallia Cisalpina e dell'Ilirico e un efficace strumento di propaganda per guadagnarsi il favore popolare. Cesare ben potrebbe aver ingigantito l'accaduto così da trarne un indiretto vantaggio, ossia il far risaltare la sua vittoria su Ariovisto. Infatti, lo stesso terrore che attanagliò le legioni di Cesare è descritto anche da Cassio Dione¹² in cui non si fa nessuna menzione del confezionamento dei testamenti da parte dei soldati, bensì solo della loro paura e delle loro accuse verso il generale di non intraprendere la guerra per una giusta causa, ma semplicemente per la sua gloria personale.

Il secondo aspetto è lessicale: il termine *obsignare* indica l'apporre il sigillo su qualcosa e fa presumere che il testamento sia innanzitutto scritto. Se ne deduce quindi che se il testamento era scritto e vi si apponeva il sigillo era redatto sulle tavolette a cui poi dei testimoni (sette secondo il rito civile) dovevano apporre il proprio sigillo. Se così fosse allora i soldati non avrebbero fatto altro che redigere le loro ultime volontà seguendo il rito civile e quindi tramite la *mancipatio familiae*. Non bisogna dimenticare infatti che le legioni di Cesare erano composte da cittadini romani provenienti in massima parte dalla provincia della Gallia Cisalpina, una provincia che nell'89 a. C. ottenne la cittadinanza romana al termine della guerra sociale. Oltre trenta anni erano passati tra la concessione della cittadinanza romana alla provincia e l'episodio in questione, sembra strano che in un così ampio arco temporale i cittadini romani non avessero imparato ad eseguire il rito della *mancipatio familiae* o comunque a redigere le tavolette testamentarie in modo tale che il pretore accordasse loro la *bonorum possessio*. Anche perché, come ci riferisce lo stesso Cesare¹³, al termine delle operazioni militari e con l'avvicinarsi dell'inverno, tornava nelle sue provincie di competenza ad amministrare la giustizia.

Per questi motivi ritengo improbabile che Cesare avesse già concesso nella campagna gallica l'esenzione dai rigorosi dettami dello *ius civile* nel confezionare il testamento. Anche perché difettava certamente del potere per farlo.

4. I poteri di Cesare

Come proconsole, infatti, era per lui impossibile ottenere per i suoi soldati il privilegio di testare liberamente senza attenersi alle regole di diritto civile. Sarebbe servito l'intervento del Senato per accordare questo *beneficium*. O comunque che lui ottenesse un potere *legibus solutus* simile a quello degli imperatori della dinastia Flavia. Considerando i poteri che gli furono conferiti solo all'inizio del 44 a. C. Cesare si fece nominare dittatore a vita (dopo che gli fu assegnata lo stesso potere altre 4 volte: nel 49, nel 48 o 47, nel 46 e nel 45), nomina che segue l'episodio in cui una statua di Cesare fu

¹¹Cesare, *De Bello Gallico* 1.39

¹²Cassio Dione, *Historiae Romanae* 38.4

¹³Cesare, *De Bello Gallico* 1.54; 6.44

incoronata con il diadema e lo stesso venne chiamato re¹⁴, evento che testimonia come alcuni credevano che aspirasse alla monarchia. Questa carica quindi è la risposta che Cesare dà ai suoi avversari politici (ma anche al popolo romano) di non avere nessuna brama di diventare il nuovo re di Roma, risposta ribadita poi nell'episodio incorso durante i Lupercali in cui il console Antonio, per più volte, cercò di incoronarlo re senza ottenere che questi accettasse la corona¹⁵.

Oltre alla dittatura, Appiano¹⁶, Dione¹⁷ e Svetonio¹⁸ aggiungono altri onori e poteri: l'aggiunta del *praenomen imperatoris* trasmissibile ai discendenti, l'essere *iure caesus*, la *sacrosanctitas tribunicia* e la *praefectura morum* nel 46 a. C. per tre anni poi divenuta censura nel 45 a vita e senza colleghi; ricoprì inoltre il consolato dal 48¹⁹ al 44.

Nonostante Cesare avesse un potere essenzialmente impareggiabile all'interno della compagine repubblicana oramai avviata al suo epilogo, non disponeva della assoluta libertà legislativa che la *Lex de imperio Vespasiani* assegnò agli imperatori Flavi: era ancora il Senato a concedere i *beneficia* ai singoli individui e non il console o il dittatore, per quanto potrebbe essere stato facile per Cesare controllare il Senato, benefici che poi saranno riemanati e presentati tutti come concessi da Augusto sotto il suo principato.

In conclusione, Cesare avrebbe difettato del potere svincolato da qualsiasi norma legale e da qualsiasi assemblea o carica della Repubblica per concedere ai suoi adorati soldati il privilegio di testare “*quo modo volent... quo modo poterint*”²⁰.

5. La composizione delle legioni da Cesare ai Flavi

Oltre a una differenza di poteri e forma di governo, l'elemento che più differenzia l'epoca di Cesare da quella dei Flavi, e che gioca un ruolo importante nello stabilire a chi attribuire la creazione dell'istituto in esame, è l'area di reclutamento dell'esercito romano.

Da Mario in poi l'arruolamento fu su base volontaria ma sempre riservato ai romani che, con la guerra sociale (91-88 a. C.), erano tutti gli italici in quanto la cittadinanza romana fu estesa, con alcune eccezioni, a tutta la penisola italiana. In alcune occasioni, però, si ricorse comunque al *dilectus* (la leva obbligatoria²¹): nel 64 per il reclutamento delle legioni di Murena diretto in Gallia²², nel 58 per le legioni di Macedonia sotto il proconsole Pisone²³ o addirittura nella forma del *tumultus* (mobilitazione generale di tutti i cittadini in età di reclutamento in situazioni di emergenza o di un impegno bellico improvviso) per fronteggiare i socii latini nella guerra sociale quando i consoli furono autorizzati a reclutare centomila uomini.

Inoltre, i distretti militari, in cui si procedeva all'arruolamento, erano essenzialmente le regioni italiane: Pompeo nella guerra civile reclutò come soldati i clienti piceni del padre, Murena in Umbria nel 64, l'esercito di Crasso a Carre era composto principalmente da lucani²⁴, l'esercito delle Gallie di Cesare era stato reclutato nella Gallia Cisalpina, la provincia affidata allo stesso proconsole. Ancora in età augustea le legioni erano prevalentemente costituite, con alcune eccezioni come la Legio XXII

¹⁴Svetonio, *Vitae Caesarum, Divus Iulius* 79

¹⁵Svetonio, *Vitae Caesarum, Divus Iulius* 79

¹⁶Appiano, *De Bellis Civilibus* 2.16.106

¹⁷Cassio Dione, *Historiae Romanae* 43.14.4; 43.44.2; 44.5.3

¹⁸Svetonio, *Vitae Caesarum, Divus Iulius* 76

¹⁹Le elezioni per il consolato del 48 furono tenute a Roma dallo stesso Cesare, proprio perché era dotato del potere dittatoriale mentre parte del Senato repubblicano era fuggita da Roma insieme a Pompeo e aveva prorogato le precedenti magistrature (Cesare, *De Bello Civile* 3.2.1). Si ricordi come il pomo della discordia da cui scaturì la guerra civile del 49 a. C. fu la richiesta di Cesare di candidarsi *in absentia* proprio per il consolato del 48.

²⁰D. 29.1.1 *pr.*

²¹Polibio, *Historiae* 6.19-21

²²Cicerone, *Pro Murena* 42; *ad Atticum* 1.19.2

²³Cicerone. *De Provinciis Consularibus* 5

²⁴Plinio il vecchio, *Naturalis Historia* 2.147

Deiotariana composta da Galati²⁵, la Legio V Alaudae²⁶ o le *legiones vernaculae*²⁷, da leve condotte in Italia mentre l'elemento provinciale era poco rilevante e massimamente proveniente dalle province romane di vecchia data come Africa, Spagna e Gallia Narbonense.

Già Tiberio, in un discorso tenuto in Senato nel 23 d. C.²⁸, si lamenta della difficoltà di trovare volontari da arruolare e di come quelli, che si presentavano, fossero elementi di dubbia raccomandazione. Tale penuria di reclute era in massima parte riferita all'Italia che avrebbe dovuto fornire la maggior parte dei legionari. Velleio Patercolo però riferisce che tale situazione era stata risolta in quanto il numero dei coscritti bastava a sopperire alle esigenze dell'esercito senza perciò destare più alcuna apprensione nel governo o timore nei giovani soggetti a leva²⁹. Ciò indica come, probabilmente, vi fu un maggior apporto di provinciali romani nelle fila delle legioni, apporto che andò aumentando ed estendendosi anche alle altre province durante il principato dei Giulio-Claudi. Alcune testimonianze letterarie ci forniscono validi esempi di tale pratica: Nerone nel 54 colmò i vuoti delle legioni orientali (*Legio III Gallica*, *VI Ferrata*, *X Fretensis* e *XII Fulminata*) con uomini tratti dalle stesse province³⁰ così come nel 58 Corbulone, per le legioni della Siria (ad esclusione della *X Fretensis*), fece reclutamenti in Galazia e Cappadocia³¹; nel 66 le legioni dell'Ilirico furono potenziate con reclute provenienti dalla Gallia Narbonense, dall'Africa e dall'Asia³²; nel 69 la *Legio III Gallica* aveva elementi provenienti dalla Siria³³; durante il periodo dei quattro imperatori i pretoriani di Otone sbeffeggiavano, a ragion veduta³⁴, i legionari di Vitellio definendoli “*peregrinum et externum*”³⁵ mentre Galba fece reclutamenti in Spagna³⁶.

Iniziava così a diminuire il rapporto legionario italico – provinciale all'interno dell'esercito imperiale: forse già sotto i regni di Claudio e Nerone tale rapporto era equivalente per poi pendere a favore dei provinciali con i Flavi e Traiano. Ciò non significò l'estromissione dell'elemento italico dalle legioni: Nerone utilizzò italici per costituire la *Legio I Italica*³⁷, la *Legio IV Flavia*, creata da Vespasiano, fu composta prevalentemente da italici, così come reclutamenti furono condotti in Italia da Marco Aurelio per le *Legiones II e III Italica*³⁸, da Severo Alessandro per la *Legio IV Italica*³⁹ e da Massimino⁴⁰.

6. Le ragioni della provincializzazione dell'esercito

Tale tendenza a reclutare i legionari prevalentemente nelle province fu dovuta non tanto a una precisa scelta politica di un principe, bensì alla volontà degli stessi italici: le condizioni di vita delle regioni italiane unite a un prolungato periodo di pace e al doloroso ricordo delle guerre civili avevano affievolito l'antico ardore dei cittadini.

²⁵Cassio Dione, *Historiae Romanae* 53.26

²⁶Composta da Cesare con peregrini della Gallia Transalpina a cui concesse la cittadinanza romana. Svetonio, *Vitae Caesarum*, *Divus Iulius*. 24; Cesare *De Bello Africano* 1.5

²⁷Reclutate durante la guerra civile del 49. Cesare, *De Bello Civile* 2.18, 20.4; *De Bello Alexandrino* 53.2, 54.3, 57.1; *De Bello Hispaniensi* 7.5, 10, 12; Appiano, *De Bellis Civilibus* 3.79

²⁸Tacito, *Annales* 4.4.2

²⁹Velleio Patercolo, *Historiae Romanae* 2.130.2. Tale affermazione deve essere riferita a un arco temporale compreso tra il 23 e il 30 d. C., anno in cui si arresta il suo racconto.

³⁰Tacito, *Annales* 13.7.1

³¹Tacito, *Annales* 13.35.1

³²Tacito, *Annales* 16.13.3

³³Tacito, *Annales* 3.24.3

³⁴Tacito, *Annales* 2.93

³⁵Tacito, *Annales* 2.21

³⁶Svetonio, *Vitae Caesarum*, *Galba* 10.2

³⁷Svetonio, *Vitae Caesarum*, *Nero* 19.2

³⁸Orosio, *Historiarum adversus paganos libri septem* 7.15.6

³⁹Erodiano, *Historia Romana* 6.3.1

⁴⁰Erodiano, *Historia Romana* 7.21.1

Ciò che più di ogni altro motivo spinse gli italici a non volere prestare servizio militare furono le condizioni economiche: il soldo ricevuto copriva a malapena le spese necessarie a sopravvivere, le occasioni di fare bottino e i donativi del generale non potevano di certo essere così frequenti da farci affidamento, senza contare che l'epoca dell'espansione territoriale e delle guerre di conquista volgeva al termine, la ferma superava quasi sempre il periodo legale ed era effettuata in città lontane dalla propria provincia e il premio di congedo nella maggior parte dei casi consisteva in un piccolo appezzamento di terra lontano dal luogo di servizio o dalla patria del soldato, il quale spesso lo vendeva per tornare nella città in cui aveva prestato servizio in cui, con tutta probabilità, aveva lasciato affetti.

Per i provinciali, inoltre, l'arruolamento comportava come conseguenza l'acquisto della cittadinanza romana, il che aveva come effetto il dover seguire norme giuridiche prima a loro sconosciute: per redigere validamente un testamento e non aprire la successione intestata, avrebbero dovuto eseguire il rito *per aes et libram*, redigere le *tabulae* utilizzando i *solemnia verba* e farle sigillare da sette testimoni. Cosa molto difficile per chi era appena diventato un cittadino romano ed era impossibilitato a trovare un giurista che potesse aiutarlo in questo gravoso compito. Inoltre, essendo diventato solo lui cittadino romano, non avrebbe potuto far ereditare il suo patrimonio a un familiare rimasto peregrino.

È proprio durante questa “provincializzazione” dell'esercito che si può pensare di far risalire l'introduzione del *testamentum militis* che, per caratteristiche e modalità di redazione del testamento, ben si adattava a una nuova classe di legionari che provenivano dalle regioni lontane da Roma e non si riconoscevano più nella figura repubblicana di *miles-civis*. E in questo periodo storico, il *princeps*, che aveva l'*imperium* e quindi il comando supremo di tutte le truppe (le quali peraltro prestavano giuramento direttamente a lui), disponeva di certo del potere per far approvare “*quod placuit principis legis habeat vigorem*”⁴¹.

7. Conclusioni

È dunque sotto la dinastia Flavia che l'elemento provinciale, già esistito dall'epoca di Cesare e Augusto, diventò preponderante a scapito dei legionari italici, fenomeno che aprì l'accesso alla cittadinanza romana e, a fine servizio militare, anche alle cariche civili delle proprie città, ai provinciali. Ciò comportò per loro il doversi servire di un insieme di regole a loro prima sconosciute come quelle in materia testamentaria. È allora probabile che Tito, “*amor ac deliciae generis humani*”⁴², concesse ai suoi legionari un'esenzione dalle rigide regole civili testamentarie, *privilegium* poi riemanato dai suoi successori e, infine, diventato un *caput ex mandatis* sotto Traiano⁴³.

Concordo perciò con il Guarino⁴⁴ nel ritenere che la menzione di Cesare in D. 29.1.1 *pr.* non sia stata fatta da Ulpiano ma sia successiva in quanto le legioni di Cesare erano composte quasi totalmente da cittadini romani ed erano a lui fedeli per la sua “*felicitas*” e mancanza di “*avaritia*”⁴⁵, non disponeva di un potere *legibus solutus* al pari di Tito né l'analisi di *De Bello Gallico* può far ragionevolmente ritenere che durante la campagna gallica il futuro dittatore abbia concesso tale *privilegium*.

⁴¹D. 1.4. 1 *pr.* potere concesso a Vespasiano dalla *Lex de imperio Vespasiani*.

⁴²Svetonio, *Vitae Caesarum*, Titus 1

⁴³D. 29.1.1 *pr.*

⁴⁴Guarino A.; Sull'origine del testamento dei militari nel diritto romano, in pagine di diritto romano 6; Napoli 1995.

⁴⁵Cesare, *De Bello Gallico* 1.40