



*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 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, 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](http://www.difesa.it)

Indirizzo web: [http://www.difesa.it/Giustizia\\_Militare/rassegna/Pagine/default.aspx](http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Pagine/default.aspx)

Indirizzo e-mail: [rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it](mailto:rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it)

Recapiti telefonici: 06.47355214 - 06.68806026 - 066861179



## PRESENTAZIONE DEL NUMERO 5 / 2018

*a cura della Redazione*

Il presente numero della Rassegna della Giustizia Militare si apre con un pregevole contributo del dott. **Massimo Nunziata**, Sostituto procuratore militare presso il Tribunale militare di Roma, che illustra in maniera sapiente e con rara precisione il sistema sanzionatorio militare, con particolare riferimento alle pene militari, alle sanzioni sostitutive di pene detentive brevi ed all'istituto della messa alla prova.

Segue un raffinato contributo divulgativo dell'Avvocato dello Stato, **Gaetana Natale**, sul tema della *compensatio lucri cum damno* ove un'attenta analisi dottrinarie e giurisprudenziale costituisce il presupposto per affrontare la dibattuta questione del danno risarcibile attraverso l'esame delle casistiche e delle modalità di funzionamento dell'istituto analizzato, esaminato anche in riferimento al delicato caso Ustica.

Il presente numero ospita anche i contributi dell'Avv. **Massimiliano Strampelli**, il quale si interroga sui rapporti tra lo *status* di imputato e l'esclusione dalla procedura concorsuale e dell'Avv. **Nicolò Giordana** che, attraverso una puntuale analisi normativa, descrive gli obblighi di verifica della clientela nella vigente disciplina antiriciclaggio.

Infine, il lavoro del Capitano E.I., **Saverio Setti**, affronta il complesso ed attuale tema del doppio binario sanzionatorio, con una particolare attenzione al formante normativo e giurisprudenziale sovranazionale ed alle ricadute sul sistema sanzionatorio militare.

## INDICE DEL NUMERO 5 / 2018

- La violenza sessuale come arma di guerra – Editoriale**  
di *Andrea Conti* p. 4
- Appunti sul sistema sanzionatorio penale militare: le sanzioni sostitutive di pene detentive brevi; il ragguglio di pene pecuniarie; la cd. messa alla prova**  
di *Massimo Nunziata* p. 8
- Compensatio lucri cum damno**  
di *Gaetana Natale* p.26
- Provvedimento di esclusione da un concorso pubblico di forza armata e sopravvenienze di fatto e di diritto: interferenze con la disciplina processual penalistica. Le aperture della Sez. I<sup>^</sup> Bis del Tar Lazio**  
di *Massimiliano Strampelli* p.32
- L'anti-money laundering e gli oneri in capo al professionista nell'identificazione del cliente**  
di *Nicolò Giordana* p.36
- Il doppio binario sanzionatorio militare: rilievi critici**  
di *Saverio Setti* p.53

# LA VIOLENZA SESSUALE COME ARMA DI GUERRA

## Editoriale

di *Andrea Conti*<sup>1</sup>

«Dopo aver scalato una grande collina,

si realizza che vi sono ancora molte più colline da scalare»

Nelson Mandela



Fonte: [www.nobelprize.org](http://www.nobelprize.org)

Il 5 ottobre 2018 il Premio Nobel per la Pace è stato conferito a *Denis Mukwege* – ginecologo congolese da sempre impegnato nella cura e nel trattamento delle donne vittime di violenza – ed a *Nadia Murad* – attivista per i diritti umani ed *ex* schiava sessuale dell'ISIS<sup>2</sup> – «per i loro sforzi volti a porre fine all'uso della violenza sessuale come arma di guerra».

Pare doveroso, in occasione di un così prestigioso riconoscimento, compiere alcune riflessioni su un tema antico ed estremamente delicato, a cui i

due Premi Nobel hanno – con il loro impegno attivo e la loro appassionata testimonianza – dedicato le loro vite. La violenza sessuale agita dai soldati nei conflitti armati è, purtroppo, una costante della storia dell'uomo e, nel corso dei secoli, è stata vista, interpretata e spiegata alla luce di molteplici fattori, ma sostanzialmente giustificata come un “danno collaterale” dello sforzo bellico. Solo in tempi più recenti la mentalità è mutata: si è iniziato – finalmente – a considerare l'uso della violenza sessuale come un crimine internazionale. Il percorso di riconoscimento dei c.d. “stupri di guerra” come un atto lesivo dei diritti umani è stato lungo e non privo di difficoltà e, in qualche misura, il conferimento del Premio Nobel per la Pace 2018 potrebbe segnare un felice punto di arrivo: una conquista dei nostri tempi.

Ma occorre procedere con cautela.

Come abbiamo detto l'uso della violenza sessuale è una triste costante dei conflitti armati fin dai tempi più antichi: la donna veniva considerata come “bottino di guerra”, un mero oggetto a disposizione del soldato vincitore. Se ci si sposta velocemente lungo la linea del tempo e si arriva all'età contemporanea non mancano certo casi in cui il conflitto armato o le guerre civili si sono accompagnate a violenze sessuali poste in essere da militari a danno dei militari del fronte opposto, ma anche a danno di civili – donne, bambini ed anche uomini –: si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle violenze poste in essere durante la Prima e la Seconda Guerra Mondiale<sup>3</sup>, agli

<sup>1</sup> Redattore della Rassegna della Giustizia Militare, Avvocato, Dottore di ricerca in diritto processuale penale.

<sup>2</sup> La testimonianza di Nadia Murad è raccolta nel libro *L'ultima ragazza. Storia della mia prigionia e della mia battaglia contro l'ISIS*, Milano, 2017.

<sup>3</sup> Cfr. M. STRAZZA, *Senza via di scampo. Gli stupri nelle guerre mondiali*, Basilicata, 2010.

stupri perpetrati in Belgio ed in Francia del 1914, in Rwanda nel 1994<sup>4</sup>, in Bosnia (1992-1995), alla guerra civile in Sierra Leone (1991-2002), alla Repubblica Democratica del Congo, al Darfur, alla guerra interna in Guatemala<sup>5</sup> e, più recentemente, alle diverse azioni dei miliziani dell'ISIS.

La lettura delle testimonianze e dei resoconti provenienti da queste esperienze di conflitti suggerisce un altro terribile scenario: la donna come “schiava sessuale”. Dunque, non un singolo atto di violenza ma una continuità di violenze, senza alcun tipo di freno, posto in essere a danno della popolazione civile inerme, vittima per il solo fatto di essere vittima di un conflitto, di essere sul fronte opposto – o presunto tale – del proprio torturatore e violentatore.

L'esperienza storica mostra un cambiamento di prospettiva nell'uso della violenza sessuale: da “danno collaterale” diviene una vera e propria arma di guerra, una strategia militare utilizzata per piegare il nemico, per fiaccarne lo spirito ed il morale. In altre parole, lo stupro di guerra diviene parte intenzionale e consapevole della strategia bellica e viene utilizzato per distruggere, annientare il nemico. Lo dimostra il fatto che, in alcuni scenari bellici, la violenza sessuale è stata impiegata come mezzo di pulizia etnica al fine di eliminare una parte della popolazione.

Il corpo della donna diviene un luogo della guerra.

Tuttavia, a differenza delle armi convenzionali, la violenza sessuale è un arma che non cessa di produrre danni una volta che le ostilità sono cessate. Il “cessate il fuoco” impedisce – in molti casi – il ripetersi delle violenze, ma le vittime degli stupri di guerra – come ben ha sottolineato *Denis Mukwege* – continuano a soffrire: la violenza sessuale lascia segni indelebili e stigmi sociali che impediscono alle donne, nella fase successiva al conflitto, di riconquistare un ruolo sociale e le costringono a vivere in condizioni d'isolamento ed emarginazione.

Questa mutata realtà storica e bellica ha condotto – seppur più lentamente di quanto sarebbe stato auspicabile – un mutamento della sensibilità, anche giuridica, della comunità internazionale: «lo stupro di guerra, da sempre accettato in modo tacito quasi come inevitabile conseguenza di un conflitto armato, viene oggi pressoché universalmente considerato un'atrocità che in nessun caso ammette attenuanti»<sup>6</sup>.

Da un punto di vista giuridico si inizia a concepire la violenza sessuale, utilizzata come arma di guerra, come un crimine internazionale: tuttavia, il percorso, come abbiamo accennato, è stato irto di difficoltà e, senza pretese di completezza possiamo tentare di indicarne le tappe fondamentali.

Il primo passo del riconoscimento giuridico dello stupro di guerra come crimine internazionale può essere individuata – nel silenzio delle sentenze pronunciate sulle atrocità della Seconda Guerra Mondiale dal Tribunale militare di Norimberga e dal Tribunale militare internazionale per l'Estremo Oriente – nella IV Convenzione di Ginevra per la protezione delle persone civili in tempo di guerra del 1949. L'art. 27 della citata Convenzione prevede che *le donne saranno specialmente protette contro qualsiasi offesa al loro onore e, in particolare, contro lo stupro, la coercizione alla prostituzione e qualsiasi offesa al loro pudore*. Tale forma di protezione trova conferma nel Primo Protocollo Aggiuntivo alla Convenzione del 1977 ove si afferma che *le donne saranno oggetto di un particolare rispetto e saranno protette, specialmente contro la violenza carnale, la prostituzione forzata e ogni altra forma di offesa al pudore* (cfr. art. 76, § 1) e nel Secondo Protocollo Aggiuntivo alla Convenzione del 1977 il quale proibisce *gli oltraggi alla dignità della persona, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti, lo stupro, la prostituzione forzata e qualsiasi offesa al pudore* (cfr. art. 4, § 2, lett. e).

I Tribunali penali internazionali hanno fornito un impulso sostanziale<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Si vedano G. PRUNIER, *The Rwanda Crisis. History of a Genocide*, Londra, 1997 e M. FUSASCHI, *Hutu-Tutsi: alle radici del genocidio rwandese*, Torino, 2000.

<sup>5</sup> Per una panoramica complessiva del fenomeno si può rinviare, tra i tanti, a M. STRAZZA, *Fenomenologia dello stupro: evoluzione dei significati della violenza sessuale nelle guerre*, in *Humanities*, 2017, pp. 101 ss. ed a AA.VV., *Stupri di guerra e violenze di genere*, a cura di S. LA ROCCA, Roma, 2015.

<sup>6</sup> Così M. ZAMORANI, *Presentazione*, in J.R. LILLY, *Stupri di guerra*, Milano, 2003, pp. 10-11.

<sup>7</sup> Vale la pena ricordare che anche il Tribunale Speciale per la Sierra Leone (2002) – che rientra nella categoria dei Tribunali *ad hoc* – ritiene che stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata e qualsiasi altra forma di violenza sessuale, laddove siano parte di un attacco a vasto raggio o sistematico contro qualsiasi popolazione civile, debbano essere considerati come crimini contro l'umanità (cfr. art. 3, lett. g, dello Statuto).

Il Tribunale penale internazionale per il Ruanda definisce, nel proprio statuto (1994), lo stupro – quando commesso nel quadro di un attacco su larga scala e sistematico diretto contro qualsiasi popolazione civile in ragione della sua appartenenza nazionale, politica, etnica, razziale o religiosa – un crimine contro l’umanità. Sarà proprio questo Tribunale, nel settembre 1998, a pronunciare la prima sentenza – nel caso *Akayesu*<sup>8</sup> – in cui la violenza sessuale viene definita come un atto di genocidio nella misura in cui commessa intenzionalmente per distruggere, in tutto o in parte, un gruppo etnico.

Dello stesso avviso è lo Statuto del Tribunale penale internazionale per l’ex-Jugoslavia (1993): l’art. 5, lett. g), considera lo stupro – commesso nel corso di un conflitto armato e diretto contro la popolazione civile – un crimine contro l’umanità. Il riscontro giurisprudenziale lo si avrà nel giugno 2001 ove il Tribunale pronuncerà la sentenza sul caso *Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac e Zoran Vukovic* ove si riconosce lo stupro e la schiavitù sessuale come crimine contro l’umanità<sup>9</sup>.

La tappa fondante del percorso di riconoscimento della violenza sessuale come crimine internazionale è rappresentata dalla Corte Penale Internazionale.

Infatti, lo Statuto di Roma (1998) definisce lo “stupro di guerra” sia come crimine di guerra sia come crimine contro l’umanità<sup>10</sup>.

Infatti, a norma di quanto dispone l’art. 7, § 1, lett. g), lo stupro, la schiavitù sessuale, la prostituzione forzata, la gravidanza forzata<sup>11</sup>, la sterilizzazione forzata ed ogni altra forma di violenza sessuale di analoga gravità – se commessi nell’ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili e con la consapevolezza dell’attacco – possono essere considerati un crimine contro l’umanità. Inoltre, secondo quanto dispone l’art. 8, § 2, lett. b), punto xxii) le medesime azioni, se poste in essere durante un conflitto armato o in una situazione di occupazione bellica da personale militare, sono considerate anche come crimini di guerra.

Da un punto di vista giurisprudenziale deve essere richiamata la sentenza sul caso *Gombo* del 2016<sup>12</sup> ove la Corte Penale internazionale ha condannato l’ex vicepresidente della Repubblica Democratica del Congo per i crimini di omicidio, stupro e saccheggio nella sua qualità di comandante delle truppe che commisero atrocità nel periodo tra il 2002 e il 2003, considerando la violenza sessuale sia come crimine contro l’umanità sia come crimine di guerra

Il percorso giuridico sinteticamente tratteggiato – a cui devono aggiungersi tutta una serie di Risoluzioni delle Nazioni Unite sul tema della violenza sessuale utilizzata nei conflitti armati<sup>13</sup> – ci induce a considerare la violenza sessuale come un crimine internazionale che «inizia nel momento in cui l’esercito colpisce degli innocenti, che non solo non combattono, ma che non rappresentano ostacolo alcuna alla realizzazione di obiettivi strategici»<sup>14</sup> e che si costruisce «dall’incontro di un azione e di una inazione, di una aggressione totale e di una passività assoluta»<sup>15</sup>. Lo stupro di guerra

---

<sup>8</sup> Il testo della sentenza è consultabile sul sito del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (<http://unictr.irmct.org>).

<sup>9</sup> Il testo della sentenza è consultabile sul sito del Tribunale penale internazionale per l’ex-Jugoslavia ([www.icty.org/en](http://www.icty.org/en)).

<sup>10</sup> Va richiamato anche quanto affermato da P. MASSIDDA, *L’esperienza della Corte penale internazionale nella repressione e nella tutela delle vittime dei crimini di genere*, in AA.VV., *Stupri di guerra e violenze di genere*, a cura di S. LA ROCCA, Roma, 2015, p. 99: «benchè lo Statuto non faccia riferimento specifico allo stupro o ad altri atti di violenza sessuale nel suo articolo sul genocidio [...] le sue disposizioni possono essere usate per perseguire lo stupro e altre violenze sessuali. Lo Statuto prevede infatti che atti costitutivi di genocidio includono “il cagionare gravi lesioni fisiche e mentali a membri del gruppo” e “l’imposizione di misure volte a impedire le nascite in seno al gruppo”».

<sup>11</sup> Cfr art. 7, § 2, lett. f), Statuto della Corte Penale Internazionale secondo cui per «gravidanza forzata» s’intende la detenzione illegale di una donna resa gravida con la forza, nell’intento di modificare la composizione etnica di una popolazione o di commettere altre gravi violazioni del diritto internazionale. La presente definizione non può essere in alcun modo interpretata in maniera tale da pregiudicare l’applicazione delle normative nazionali in materia di interruzione della gravidanza.

<sup>12</sup> Il testo della sentenza è consultabile sul sito della Corte Penale Internazionale (<https://www.icc-cpi.int>).

<sup>13</sup> Si pensi, ad esempio alla risoluzione n. 1820 del 2008, n. 1888 del 2009, n. 1889 del 2009, n. 1960 del 2010, n. 1325 del 2000.

<sup>14</sup> Così A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare*, Bologna, 2004, p. 99.

<sup>15</sup> In questi termini si esprime A. GARAPON, *Op. cit.*, p. 101.

è un crimine che genera l'annientamento totale nella misura in cui distrugge l'Uomo e lo priva del diritto di avere diritti<sup>16</sup>.

Inoltre, il riconoscimento della violenza sessuale come crimine di internazionale «consacra l'entrata in scena dell'essere umano nel diritto internazionale»<sup>17</sup>. Il riconoscimento delle vittime violate assume una «dignità autonoma»<sup>18</sup> – che prescinde dalla condanna e dal risarcimento – e diviene lo strumento attraverso il quale la vittima si «rende giustizia al passato affermando pubblicamente e ufficialmente la realtà dei crimini»<sup>19</sup>, riemergendo dall'oblio e acquistando una nuova dimensione di dignità.

Ripercorso il cammino che ha portato la comunità internazionale a valutare la violenza sessuale come arma di guerra e, conseguentemente, come crimine internazionale potrebbe indurre a considerare l'assegnazione del Premio Nobel per la Pace 2018 il culmine di un percorso: dalla concezione dello stupro come normale *modus operandi* dei soldati ad un atroce crimine internazionale.

Tuttavia, ritenere concluso il percorso sarebbe, almeno a parere di chi scrive, un grave errore: il conferimento del Premio Nobel per la Pace 2018 dovrebbe essere considerato e vissuto non come un punto di arrivo, ma come una tappa di un lungo cammino che, da un lato, deve attraversare le coscienze di ogni cittadino del mondo e, dall'altro lato, dovrà portare con sé un cambiamento culturale.

Come molti Autori hanno evidenziato, il percorso di affermazione dei diritti umani e della loro tutela internazionale, è un percorso lungo, faticoso e periglioso<sup>20</sup>. Non basta riconoscere un premio – per quanto prestigioso possa essere – per poter calare il sipario sugli stupri di guerra e ritenere la questione archiviata, dal sapore puramente storico o appartenente a realtà lontane, non solo geograficamente, dalla nostra.

Bisogna, quotidianamente, sforzarsi di portare avanti un cammino verso il pieno riconoscimento della dignità e dei diritti.

Il Premio Nobel per la Pace deve essere il sintomo della nascita – o meglio della conferma – di una nuova sensibilità e di una nuova consapevolezza sociale grazie alla quale ciascuno, con le proprie competenze e il proprio ruolo, possa apportare il proprio e prezioso contributo, tenendo a mente quanto raccontava il Prof. Antonio Cassese<sup>21</sup>:

*Un giorno cupo e piovoso un cavaliere scorse un piccolo passero  
che stava in mezzo alla strada, sdraiato sul dorso.*

*“Che fai, con i piedini in aria?” chiese il cavaliere.*

*“Ho sentito dire che oggi crollerà la volta del cielo” rispose l'uccellino.*

*Il cavaliere rise: “Suppongo che pensi di reggere la volta del cielo con le tue gambette”.*

*“Ognuno fa quel che può” rispose il piccolo passero*

---

<sup>16</sup> Cfr. A. GARAPON, *Op. cit.*, pp. 103 ss., il quale chiarisce che «la vittima di un crimine contro l'umanità è un uomo che non ha più un posto sulla terra, a cui, per intenderci, è stata tolta ogni titolarità giuridica. Non solo non ha più alcun diritto, ma non ha “diritto ad avere dei diritti”» (p. 237).

<sup>17</sup> Queste le parole di A. GARAPON, *Op. cit.*, p. 85, il quale precisa che «finché la vittima non vede il suo aggressore processato, è condannata a convivere con una estrema solitudine dovuta a un'esperienza morale non condivisibile: può ovviamente raccontare i fatti, incontrare qualcuno che la ascolti compassionevolmente » (p. 205).

<sup>18</sup> Così A. GARAPON, *Op. cit.*, p. 131.

<sup>19</sup> In questi termini si esprime A. GARAPON, *Op. cit.*, p. 159 e pp. 175 ss.

<sup>20</sup> Possono essere ricordate le parole di P. KIRSCH, pronunciate alla cerimonia per l'apertura alla firma dello Statuto che istituisce la Corte Penale Internazionale (18 luglio 1998), in AA.VV., *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale*, a cura di P.R. Ezechia, Padova, 1999, p. 19: «il passo che abbiamo fatto è un grande passo, ma passi altrettanto grandi restano da fare».

<sup>21</sup> Cfr. A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari, 2005, p. 237.

**Appunti sul sistema sanzionatorio  
penale militare: le sanzioni sostitutive di pene detentive brevi; il ragguglio di pene  
pecuniarie; la cd. Messa alla prova (\*)**

di Massimo Nunziata<sup>1</sup>

**Sommario: 1. Premessa introduttiva – 2. Le pene militari. Il ragguglio di pene pecuniarie. – 3. L'applicazione e l'esecuzione della pena. Le sanzioni sostitutive. – 4. L'estinzione del reato e della pena. La cd. messa alla prova.**

### **1. Premessa introduttiva**

Il diritto penale militare è una branca del più generale diritto punitivo. Il diritto punitivo è una categoria astratta che ricomprende, nel suo ambito, tutti quei settori dell'ordinamento che sono connotati dall'applicazione di sanzioni per la tutela di beni giuridici.

La legislazione penale militare del nostro ordinamento è, apparentemente, un sottosistema organico. Apparentemente, perché, dal punto di vista storico, nasce come tale: non è possibile però assimilarla ad un vero e proprio sottosistema perché nel corso del suo evolversi storico ha perso quelli che erano i connotati originari di completezza e di integrità. Non è un sistema autoreferenziale, oggi almeno, forse in passato ha preteso di esserlo in virtù dell'origine storica che esso ha. Il sistema odierno è compiutamente integrato nel sistema penale generale di cui ha connotazione *complementare*.

Bisogna precisare che altri sottosistemi del diritto penale come il diritto penale della navigazione, il diritto penale tributario o altre categorie astratte che dal punto di vista scientifico si sono venute affiancando a questi che erano originali sottosistemi (quali il diritto penale commerciale, il diritto penale ambientale) non hanno la stessa organicità che tutt'oggi il diritto penale militare presenta. La organicità del diritto penale militare si presenta, ancorché frammentariamente, a diversi livelli. Anzitutto essa, come poche altre, ha una rilevanza assiologica diretta a livello costituzionale, sia dal punto di vista sostanziale che dal punto di vista processuale. Questa rilevanza assiologica, che in altri settori invece deve essere desunta implicitamente da quelli che sono i beni e i valori protetti a livello costituzionale, trova una fonte diretta primaria nell'articolo 52 della Costituzione che così dispone: "La difesa della patria è sacro dovere del cittadino. [...] L'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica".

Dal punto di vista processuale, invece, il coronamento della rilevanza assiologica del diritto penale militare è nell'ultimo comma dell'articolo 103 della Costituzione che stabilisce che: "I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi dagli appartenenti alle forze armate".

La –originaria- integrità autoreferenziale del sistema del diritto penale militare trova come proprio corollario il fatto che esso venga tutt'ora applicato da una autorità giudiziaria *speciale*, distinta e separata dall'autorità giudiziaria ordinaria. Non succede la stessa cosa per altri sottosistemi del diritto penale (si pensi al diritto penale tributario, essendo venuta meno la speciale giurisdizione penale dell'intendente di finanza; od al diritto penale della navigazione, essendo venuta meno la speciale giurisdizione penale del comandante del porto). L'autorità giudiziaria ordinaria conosce per definizione di tutti i reati a qualunque sottosistema possano essere ricondotti dal punto di vista astratto o anche dal punto di vista legislativo (art. 102 Cost.).

La codificazione penale militare si presenta come *complementare* al codice penale militare comune, nel senso che i principi e le disposizioni di parte generale del codice penale comune si applicano nel diritto penale militare salvo che nella parte generale del codice si rinvenga una

---

(\*) *Testo, riveduto ed integrato, dell'intervento svolto il 20 maggio 2018 nell'ambito del Corso di Formazione per Avvocati a cura dell'Associazione forense "Le Toghe", tenuto presso il Tribunale militare di Roma.*

<sup>1</sup> Sostituto procuratore militare presso il Tribunale militare di Roma.

disposizione derogativa o speciale. Il principio di prevalenza della disposizione speciale e il principio di *complementarità* del codice penale militare rispetto al codice penale comune come legge speciale relativa ad un determinato settore, si trovano codificati negli artt. 15 e 16 del c.p. Quindi, una delle parole chiave che si devono avere sempre ben presente quando si parla di diritto penale militare è quella di “complementarietà”.

Un altro dei termini chiave a cui fare riferimento è quello di “frammentarietà”: il diritto penale non tutela i beni e gli interessi da qualsiasi tipo di lesione o messe in pericolo, ma soltanto dalle lesioni o messa in pericolo che siano state espressamente tipizzate nel catalogo delle incriminazioni.

Oltre che *complementarietà* e *frammentarietà* la terza parola chiave da tenere presente in materia di legge penale militare è “specialità”. Il connotato di *specialità* della legge penale militare, ricorre sotto più profili. La legge penale militare è *speciale* rispetto alla legge penale *comune* -in primo luogo- in relazione ai soggetti che ne sono destinatari non il comune cittadino, ma il cittadino in armi, il “militare”. Quindi è *speciale* perché destinata ad una categoria soggettiva speciale. Ma è *speciale* anche perché è aggiuntiva rispetto alla legge penale comune. Inoltre gli istituti che ritroviamo nella parte generale e le disposizioni incriminative che ritroviamo anche nella parte speciale il cd. catalogo delle incriminazioni non di rado sono specializzazioni degli istituti e delle incriminazioni che si rinvencono nel codice penale comune.

La situazione è resa caotica dalla constatazione che il vigente catalogo dei reati militari sia stato redatto abusando del, purtroppo usuale per il nostro Legislatore, oltre che notoriamente inflattivo, metodo casistico<sup>2</sup>.

Quindi, ci sono tre livelli di *specialità*: destinatari, quale categoria soggettiva separata; simmetria, perché aggiuntiva alla legge penale comune; distinzione, degli istituti e delle disposizioni incriminative rispetto a quelle recate dalla legge penale comune. Sia per il codice militare di pace che per il codice militare di guerra ricorrono indefettibilmente tutti e tre questi connotati di *specialità*.

Le –superstiti- disposizioni processuali del codice penale militare di pace e del codice penale militare di guerra, poi, sono *complementari* rispetto al codice di rito, cioè al codice di procedura penale comune. La adozione del diverso sistema processuale sotteso al codice di procedura penale del 1989, ha rotto la originaria simmetria codicistica e rendendo di fatto inapplicabili la stragrande maggioranza delle disposizioni processuali dei codici penali militari.

Come la giurisprudenza di legittimità ha –definitivamente- chiarito, oggi il processo penale che si svolge davanti ai tribunali militari è essenzialmente regolato dalle norme del codice di procedura penale comune<sup>3</sup>. Delle originarie disposizioni processuali dei codici penali militari la stragrande maggioranza è oggi divenuta totalmente inapplicabile. Residuano alcune disposizioni, tutt’oggi vigenti, perché non incompatibili con le disposizioni processuali recate dal nuovo codice di procedura penale e che quindi caratterizzano, lo connotano in modo peculiare, il processo penale militare<sup>4</sup> rispetto al processo penale comune<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Risalente è la efficace critica negativa della dottrina circa le conseguenze moltiplicative derivanti dall’adozione di siffatta tecnica redazionale, sulle fattispecie di reato: “il sistema casistico [...] urta contro *la pratica impossibilità di prevedere e ricondurre a singoli casi* [corsivo nostro], pur moltiplicando questi ultimi, tutte le possibili e mutevoli situazioni che la realtà della vita pone innanzi [...] è inevitabile conseguenza di tale sistema la frequente possibilità di sperequazioni nel giudizio, non disgiunta dalla *difficoltà di sussumere il fatto concreto sotto una od altra delle fattispecie normative* [corsivo nostro]”. L’A. lamenta, invero, come al nucleo originario delle disposizioni codicistiche del 1930, con le ipotesi di reato aggiuntive delle leggi speciali, si sia pervenuti ad un tessuto normativo frammentario e molto spesso sordinato, con una proliferazione di reati frutto di una legiferazione stratificata, con il portato di inesattezze sistematiche e terminologiche, difetti di coordinamento e rinvii parziali: cfr. già ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Giuffrè, Milano, 1959, pag. 6 s.

<sup>3</sup> Cfr. già Cass., sez. I, 22 marzo 1991, Pagliarini *et al.*, in *Rass.giust.mil.*, 1992, pag. 57.

<sup>4</sup> Cfr. Cass., sez. I, 3 luglio 1995, D’Avossa, in *Rass.giust.mil.*, 1995, pag. 46; nonché Cass., sez.I, 19 gennaio 1996, Pellicchia, rv. 203894.

<sup>5</sup> Cfr. Cass. SS.UU., 14 dicembre 1994, Trombetta, in *Rass.giust.mil.*, 1994, pag. 322; nonché Cass. SS.UU., 14 dicembre 1994, Michelon *et al.*, in *Arch. nuova proc.pen.*, 1995, pag. 250.

Essendo il diritto penale militare è una articolazione del più diritto penale, con connotazione complementare, in esso, solitamente, si riespandono gli istituti della legge penale comune<sup>6</sup>.

## 2. Le pene militari. Il ragguglio di pene pecuniarie.

Il reato militare ha caratura esclusivamente *delittuosa*. Simmetricamente, le sanzioni penali che vengono elencate nel catalogo sanzionatorio sono esclusivamente quelle riconducibili ai delitti.

Pertanto, le pene principali dell'arsenale sanzionatorio penale militare sono: l'ergastolo; la reclusione; la reclusione militare<sup>7</sup>.

C'è una prima, vistosa, differenza: non è prevista quale pena principale quella pecuniaria, tipica dei delitti quale è prevista nel codice penale, cioè la multa. Il fatto che non sia prevista pone un problema di legalità, nel senso che secondo alcuni autori questo esclude in radice che possa mai trovare applicazione la pena pecuniaria nel diritto penale militare<sup>8</sup>. Tuttavia, nel codice penale militare di pace (tra le disposizioni processuali), c'è una norma, l'art. 410, relativa alla esazione delle pene pecuniarie. Inoltre, nell'art. 3 della legge n. 1383 del 1941 si prevede la possibilità di applicare le sanzioni pecuniarie dipendenti dalla commissione dei reati finanziari posti in essere dal soggetto appartenente al corpo della Guardia di Finanza. Questo ha fatto rilevare che in realtà una incompatibilità ontologica della pena pecuniaria con il catalogo sanzionatorio previsto dal codice penale militare di pace non c'è in modo assoluto, e in teoria sarebbe anche possibile trovare casi di applicazione della multa, come pena pecuniaria dei delitti, anche nel diritto penale militare. È così, proprio con riguardo alla fattispecie dell'art. 3 cit. in concreto sono applicabili anche le sanzioni pecuniarie. Ci si può, inoltre, soffermare sull'art. 24 seconda parte del codice penale comune. *“per i delitti determinati da motivi di lucro, se la legge stabilisce soltanto la pena della reclusione, il giudice può aggiungere la multa”*. In concreto, quindi il codice penale, al capoverso dell'art. 24 stabilisce la facoltatività della irrogazione da parte del giudice di una pena pecuniaria in relazione al movente di un fatto previsto come reato e punito come delitto, per cui però non sia comminata la sanzione pecuniaria, sola o congiunta alla pena detentiva. Tale sanzione nulla osta possa venire applicata anche ai reati militari che siano concretamente determinati da un movente lucrativo. Per

<sup>6</sup> Circa la bibliografia essenziale in materia, si riportano, di seguito, in ordine rigorosamente alfabetico, a titolo puramente indicativo, i manuali di diritto penale militare più frequentemente rinvenibili: BRUNELLI – MAZZI, *Diritto penale militare*, Giuffrè, Milano, 2007; GARINO, *Manuale di diritto e procedura penale militare*, Cetim, Bresso, 1985; LANDI-VEUTRO-STELLACCI-VERRI, *Manuale di diritto e procedura penale militare*, Giuffrè, Milano, 1976; MESSINA, *Elementi di diritto e procedura penale militare*, Quaderni della “Rassegna della Giustizia militare”, Roma, 1985; NUNZIATA, *Corso di diritto penale militare*, 3<sup>a</sup> ed., Jovene, Napoli, 2018; RIONDATO, *Diritto penale militare*, Cedam, Padova, 1999; RIVELLO, *Lezioni di diritto penale militare*, Giappichelli, Torino, 2012; VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1997; VENDITTI, *Il processo penale militare*, Giuffrè, Milano, 1997; VENDITTI, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, Giuffrè, Milano, 1995.

<sup>7</sup> Una panoramica bibliografia, sempre in ordine alfabetico, sull'argomento trattato potrebbe essere la seguente: BRUNELLI, *Istituti alla ricerca di identità: la “riabilitazione militare” e gli “effetti penale militari” della condanna*, in *Rass.giust.mil.*, 1996, pag. 279; DELLA CASA, *L. 29.04.1983, n. 167. Affidamento in prova del condannato militare*, in *Legisl. pen.*, 1984, pag. 50; DI FELICE, *L'istituto della grazia nel diritto penale e processuale penale militare*, in *Mondo giudiz.*, 1994, pag. 532; GALLO, *La normativa sull'ordinamento carcerario militare e sul trattamento del detenuto*, in *Rass.giust.mil.*, 1993, pag. 13; GALLO, *Pene e misure di sicurezza nel diritto penale militare di pace*, in *Rass.giust.mil.*, 1990, pag. 305; GARINO, *Estinzione del reato e della pena nel diritto penale militare*, in *Digesto, disc.pen.*, vol. IV, Torino, 1990, pag. 360; IANNOTTA, *Morte (pena di) (diritto penale militare)*, in *Nov.mo dig.it.*, vol. X, Torino, 1964, pag. 944; MAFFEI, *Carcere militare per i corpi civili militarmente ordinati: riflessioni sull'art. 79 della L. 1° aprile 1981, n. 121*, in *Rass.giust.mil.*, 1983, pag. 419; MALIZIA, *Degradazione e rimozione dal grado (diritto penale militare)*, in *Enc.dir.*, vol. XI, Milano, 1962, pag. 901; NUNZIATA, *La funzione della pena nella sua applicazione ed esecuzione: brevi spunti*, in *Rass.giust.mil.*, 2008, 1-3, pag. 7; ORECCHIO, *Reclusione militare*, in *Nov.mo dig.it.*, vol. XIV, Torino, 1967, pag. 1072; ORECCHIO, *Riabilitazione militare*, in *Nov.mo dig.it.*, vol. XV, Torino, 1968, pag. 840; POLIDORI, *Misure di sicurezza (diritto penale militare)*, in *Digesto, disc.pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, pag. 166; RIVELLO, *Ordinamento penitenziario militare*, in *Digesto, disc.pen.*, agg.to, vol. VI, Torino, 2011, pag. 395; RIVELLO, *Problematiche attuali in tema di ordinamento penitenziario militare*, in *Dir.pen.proc.*, 2014, pag. 477.

<sup>8</sup> Sia consentito, sul punto specifico, rinviare a: NUNZIATA, *Il disposto dell'art. 24, comma 2, c.p.: porta d'ingresso della pena pecuniaria nel diritto penale militare?*, in *Riv.pen.*, 1997, pag. 1073 ss.

esempio, tutti i reati in tema di offesa al patrimonio, o contro la pubblica amministrazione spesso hanno un sottostante movente lucrativo, non vi sono ostacoli espressi all'applicabilità di una norma del genere nel diritto penale militare, se non una mancata accettazione del fatto che l'applicazione di una pena pecuniaria in concreto potrebbe determinare una sperequazione tra i militari abbienti e non abbienti, questa che poi è l'origine storica della mancanza del vigente sistema dei codici penali militari della previsione della pena pecuniaria nel catalogo delle sanzioni.

Va, peraltro, chiarito che, come si vedrà più oltre, è comunemente ammessa nel sistema penale militare la applicazione della pena pecuniaria sostitutiva di pena detentiva breve comminata per i reati militari. In questo caso il ragguaglio tra pena detentiva breve (avente il *nomen iuris* di reclusione o reclusione militare) e pena pecuniaria corrispondente (*id est*: multa) avverrà utilizzando il criterio di ragguaglio fornito dall' art. 135 c.p., nella misura indicata a seguito della novellazione operata con l' art. 3, c. 62 della legge 15 luglio 2009, n. 84<sup>9</sup>.

Essendo stata soppressa la pena di morte, residua nel codice penale militare di pace esclusivamente la pena dell'ergastolo come pena perpetua e poi le pene detentive privative della libertà personale temporanee della reclusione e della reclusione militare.

La intervenuta abolizione della pena di morte con la legge n. 589/1994 ha anche evitato di protrarre quel ritardo logico e storico del codice militare di guerra che costituiva la ragione della sua disapplicazione durante lo svolgimento delle operazioni militari all'estero. Fino al 1994 il legislatore ha evitato di dichiarare la applicabilità del codice penale militare di guerra alle operazioni militari all'estero anche in virtù del fatto che in esso era comminata la pena di morte<sup>10</sup>. Da quel momento in poi è venuta meno la ragione effettiva della disapplicazione del codice di guerra e infatti le operazioni militari che si sono svolte successivamente per lo più sono state svolte sotto la vigenza del codice di guerra.

L'*ergastolo* ha il medesimo *nomen iuris*, la stessa disciplina giuridica della corrispondente pena comune, come avviene anche per la reclusione comune.

La *reclusione militare* è la reclusione espiata dal soggetto che non abbia perduto la qualità di militare. Ancorché il legislatore, negli artt. 66 e 74 c.p.m.p., sembri abbia voluto limitare la equipollenza di reclusione militare e reclusione solo a determinati effetti (tra cui l'estinzione del reato, l'applicabilità di misure di sicurezza), a ben vedere, si tratta della medesima sanzione, come anche dimostra anche la piena *fungibilità* tra reclusione militare e reclusione comune, che, come visto già nell'art. 55, viene pure ribadita nella disciplina dell'art. 27 del codice penale militare di pace in materia di sostituzione reciproca della reclusione e della reclusione militare. Si badi, però che il minimo edittale della reclusione militare è più alto di quello fissato per la reclusione, a partire da un mese rispetto al minimo edittale previsto per la corrispondente sanzione comune<sup>11</sup>.

Oltre alle pene principali, che sono quelle detentive, privative della libertà personale, il codice penale militare prevede anche pene militari accessorie che sono: la sospensione dall'impiego, la sospensione dal grado, la rimozione e la degradazione. È prevista pure, anche se residuale, la pubblicazione della sentenza penale di condanna.

---

<sup>9</sup> Va, peraltro, segnalato che, come si preciserà più oltre, con il disposto dell' art. 459, c. 1-*bis* c.p.p., come introdotto dall' art. 1, c. 53, della legge 23 giugno 2017, n. 103, con decorrenza 3 agosto 2017, si è stabilito che il ragguaglio debba avvenire nella misura non inferiore ad euro settantacinque per ciascun giorno di pena detentiva, ove si debba irrogare una pena pecuniaria in sostituzione di pena detentiva, nell' ambito di procedimento per decreto penale di condanna.

<sup>10</sup> Si badi che solo con la novellazione dell' art. 27, u.c. Cost. intervenuta con l'art. 1 della L.cost. 2 ottobre 2007, n. 1 è stata esclusa la salvezza delle leggi militari di guerra dalla avvenuta espunzione dall' ordinamento della pena di morte.

<sup>11</sup> Secondo Corte cost. 3 giugno 1987, n. 220, in *Rass.giust.mil.*, 1987, pag. 343 “non contrasta con il principio di uguaglianza la previsione per la reclusione militare di un limite minimo di un mese, mentre quello per la reclusione comune è di quindici giorni”.

Inoltre, Cass., sez. I, 20 maggio 1992, Leone, in *Rass.giust.mil.*, 1992, pag. 243 afferma che “poiché connotati essenziali della reclusione e della reclusione militare sono, rispettivamente, la misura minima non inferiore a quindici giorni e ad un mese, neppure per effetto delle diminuenti che si ricollegano ai procedimenti speciali è possibile applicare le sanzioni suddette in misura inferiore”.

La *degradazione* è la pena militare accessoria che determina la perdita della qualità di militare. I casi in cui si applica la degradazione sostanzialmente sono quelli della condanna alla pena dell'ergastolo o della condanna ad una pena superiore ai 5 anni di reclusione; oltre a quelli in cui è prevista specificamente dalle singole incriminazioni per determinati reati o per determinate categorie di reati. Quindi l'effetto giuridico della degradazione è la perdita della qualità di militare, non a caso è collegata alla condanna del militare ad una pena superiore ai 5 anni<sup>12</sup>. Perché ad essa consegue la interdizione perpetua dai pubblici uffici che nel diritto penale comune è la sanzione accessoria che consegue alla condanna alla pena della reclusione per un periodo superiore ai 5 anni, e determina la perdita della qualità militare, la esclusione del soggetto condannato dal consorzio militare. Orbene, nel diritto penale la interdizione perpetua dai pubblici uffici rileva per i reati comuni a cui consegue facendo perdere al soggetto appartenente alle FF.AA. tale qualità; nel diritto penale militare oltre all'interdizione perpetua dai pubblici uffici determina, la perdita della qualità militare, la pena accessoria della degradazione.

È chiaro che l'ultimo comma dell'art. 28 sul punto risponde ad ogni possibile dubbio precisando che restano ferme le pene accessorie e gli altri effetti penali della condanna previsti dalla legge comune, quindi alla degradazione nel caso di una condanna per il reato militare alla reclusione superiore ai 5 anni, discenderà anche la pena accessoria prevista dal diritto penale comune (nel caso di specie oltre alla degradazione c'è l'interdizione perpetua dai pubblici uffici e non il contrario). In quel caso l'interdizione perpetua dai pubblici uffici non implica la degradazione ma determina la esclusione del condannato dalle FF.AA.. Nel caso, invece, di pena accessoria della degradazione discendono anche le pene accessorie previste dal diritto penale comune.

Invece, la *rimozione* ha un effetto giuridico diverso, fa discendere il colpevole alla qualità di militare di ultima classe cioè gli fa perdere ogni grado rivestito. La rimozione salvo non sia diversamente disposto consegue alla condanna alla reclusione militare. Sia la degradazione che la rimozione, come tutte le altre pene accessorie del diritto penale comune a seguito della legge n. 19 del 1990, sono sospese se è sospesa la pena principale<sup>13</sup>. Nel caso in cui quindi alla pena principale venga accordata la sospensione condizionale della pena questa si trasmetterà anche alle pene accessorie che saranno eventualmente conseguenti alla condanna e, quindi, non troveranno esecuzione concreta.

La *sospensione dall'impiego* determina invece la privazione temporanea del soggetto condannato dall'impiego per un periodo normalmente pari a quello della sanzione principale a cui la stessa consegue.

La *sospensione dal grado* si applica esclusivamente ai sottufficiali e ai graduati di truppa e li priva temporaneamente del grado rivestito. Infine, la *pubblicazione* della sentenza di condanna consegue alla pena di morte, che oggi non trova più applicazione, o alla pena dell'ergastolo. Si esegue mediante affissione dell'estratto della condanna all'albo del comune dove il reato è stato commesso o dove ha sede il reparto cui apparteneva il soggetto.

---

<sup>12</sup> Corte cost., 15 giugno 1967, n. 78 in *Foro it.*, 1967, I, col. 1685 ha dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 28 c.p.m.p., nella parte in cui la pena accessoria della degradazione privava il condannato "delle pensioni e del diritto alle medesime maturato per il servizio anteriormente prestato".

Va rammentato che già Corte cost., 13 gennaio 1966, n. 3, in *Giur.cost.*, 1966, pag. 45, aveva dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 28 c.p., nella parte in cui la pena accessoria della interdizione perpetua dai pubblici uffici privava il condannato degli stipendi, pensioni ed assegni derivanti da un rapporto di lavoro pubblico, per contrasto con gli artt. 3 e 36 Cost. che garantisce al lavoratore il compenso dovutogli quale corrispettivo della prestazione lavorativa. La pronuncia caducatoria è stata, poi, estesa alle pensioni di guerra da Corte cost., 19 luglio 1968, n. 113, in *Giur. cost.*, 1968, pag. 1754.

Infine, il legislatore si è adeguato, stabilendo all'art. 1 legge 18 giugno 1966, n. 424 che sono abrogate tutte le disposizioni che prevedevano la perdita, riduzione o sospensione del diritto a pensioni, assegni o indennità a carico dello Stato o di altro ente pubblico a seguito di condanna penale. Nonché, con l'art. 1 legge 18 dicembre 1970, n. 1089, la abrogazione delle disposizioni analoghe relative a pensioni, assegni o indennità di guerra.

<sup>13</sup> Corte cost. 25 marzo 1994, n. 137, in SCANDURRA, *Il diritto penale militare*, Milano, 1995, pag. 144 ribadisce che "l'art. 9 della legge 7 febbraio 1990, n. 19 non ha inciso sulla disciplina delle pene accessorie e della pena accessoria militare della rimozione dal grado".

Nel diritto penale militare l'efficacia della pena accessoria riconnessa alla pena principale era anticipatrice della innovazione avvenuta con l' art. 4 della legge 7 febbraio 1990, n. 19 per gli effetti della sospensione condizionale sulle pene accessorie nel diritto penale comune. Infatti, già era stabilito, all' art. 34, c. 2 c.p.m.p., che non trovasse applicazione la pena della sospensione dall'impiego e la sospensione dal grado se non dal momento in cui avesse efficacia la pena principale.

Ancora. La disciplina giuridica della reclusione militare è una specializzazione della disciplina giuridica della reclusione comune. Gli effetti giuridici sono identici, ma si sconta in stabilimenti separati che sono gli stabilimenti penitenziari militari<sup>14</sup>. Vi sono tuttavia delle particolarità. Innanzitutto, lo dice lo stesso ultimo comma dell'art. 26: sono differenziati i locali di espiazione della pena per gli ufficiali, per gli appartenenti alla truppa e ai sottufficiali. La rieducazione che viene operata negli stabilimenti penitenziari militari poi è essenzialmente una forma di rieducazione militare. Cioè non si ha un effetto risocializzante comune come quello cui tendenzialmente in linea teorica dovrebbe tendere la pena detentiva comune, ma si ha una tendenza rieducativa all'impiego nella forza armata. Questa è la forma di rieducazione militare che connota caratteristicamente la pena detentiva militare. Per il resto è reclusione militare quella cui è assoggettato l'appartenente alle Forze Armate che non perde la qualità di militare. È "reclusione comune" anche la reclusione militare cui venga sottoposto il soggetto che perda, in concreto, la qualità di *militare*. In tal caso se la perdita di qualità di militare intervenga durante la espiazione della pena, la pena militare residua verrà convertita in reclusione comune e si espierà in uno stabilimento penitenziario comune.

Per gli appartenenti a Forze di polizia a ordinamento civile (cd. corpi *paramilitari*) è prevista la possibilità di espiazione della pena detentiva o la sottoposizione a custodia cautelare permanendo in un carcere militare anziché in uno stabilimento penitenziario comune (ancorché in questi casi si debba espriare l'ergastolo o la pena della reclusione comune).

La reclusione comune che venga in concreto espriata da un appartenente a forze di polizia in un carcere militare in virtù del disposto dell'art. 79 della legge n. 121 del 1981 è reclusione a tutti gli effetti. Viene espriata in un carcere militare soltanto per l'esigenza che il legislatore ha preso in considerazione di evitare il contatto personale del soggetto con i condannati comuni. Per esigenze di opportunità si è, in tal modo, creato un circuito penitenziario differenziato. Poiché già esisteva, come circuito separato, quello penitenziario militare lo si è utilizzato a fini distributivi per tenere separati i condannati delle forze di polizia dai condannati comuni<sup>15</sup>.

L' art. 82 c.o.m., inoltre, ha inserita la possibilità, simmetrica a quella sopra descritta dell'art. 79 l. n. 121/1981, per i militari condannati per "reati comuni" (cioè non preveduti nel catalogo dei codici penali militari), a richiesta, di espriare la pena detentiva comune in un carcere militare. Corrispondentemente, l' art. 80 c.o.m. ha chiarito che possano permanere in un carcere militare in custodia cautelare i militari in attesa di giudizio sia a disposizione della autorità giudiziaria militare che della autorità giudiziaria ordinaria.

Reclusione e reclusione militare, come detto, sono previste come categorie fungibili. Ciò dipende dal fatto che la pena è identica. In particolare la categoria generale è quella della reclusione, quella della reclusione militare è una *species*, del *genus* pena detentiva temporanea per il delitto, applicata allorquando il soggetto non perda la qualità di "militare". In conseguenza il discrimine è dato dagli effetti giuridici della condanna. Se la stessa implica la degradazione o la perdita della qualità di militare ancorché, comminata o concretamente applicata, sia la reclusione militare essa si converte in reclusione comune; se, invece, non vi è la perdita della qualità soggettiva del militare ancorché comminata o concretamente inflitta è la reclusione comune essa si converte in reclusione militare. Questo è, in sintesi, il principio della reciproca fungibilità.

---

<sup>14</sup> Secondo Cass., sez. I, 13 dicembre 1991, Busanza, in *Rass.giust.mil.*, 1992, pag. 159 "il militare detenuto in espiazione di pena militare rimane assoggettato alle norme di disciplina militare, da ritenere prevalenti sulle norme generali che regolano l' esecuzione della pena negli istituti penitenziari".

<sup>15</sup> Detta facoltà, inizialmente preveduta per gli appartenenti alla smilitarizzata Polizia di Stato, dall' art. 79 della legge n. 121 del 1981, è stata successivamente estesa agli appartenenti alla smilitarizzata Polizia penitenziaria, dall' art. 20 della legge 15 dicembre 1990, n. 395.

Invero, per i militari appartenenti alle forze di polizia o per i civili appartenenti alle forze di polizia a ordinamento non militare, ancorché concretamente sia sempre irrogata la pena comune, essa comunque può essere espiata in uno stabilimento penitenziario militare in virtù della norma di cui all'art. 79 della legge n. 121 del 1981, ma per il solo fatto che venga espiata in uno stabilimento penitenziario militare non diventa reclusione militare, mantiene *nomen iuris* e regime giuridico proprio della sanzione penale comune, (reclusione comune, o eventualmente ergastolo). Mai un militare potrà scontare un "ergastolo militare", perché l'ergastolo *militare* non c'è in quanto la condanna ad una pena superiore ai 5 anni implica la perdita della qualità soggettiva di militare (e quindi: o reclusione comune od ergastolo).

Quando il legislatore ha preveduta una pena detentiva nell'arco edittale superiore più alta dei cinque anni non ha indicata la "reclusione militare", ma sempre la reclusione *sic et simpliciter*.

Ad es., l'art. 215 del codice penale militare di pace in materia di peculato commina la reclusione da due a 10 anni, non la reclusione militare da 2 a 10 anni perché si presuppone che nell'arco superiore implichi il superamento della soglia dei 5 anni, (anche se in concreto ben può essere applicata una pena inferiore ai 5 anni, in quel caso la reclusione comune si convertirà in reclusione militare). Di converso quando il legislatore parla di reclusione entro i 5 anni parla sempre di reclusione militare. Ancorché in concreto si possa applicare nell'arco massimo o per il concorso di circostanze aggravanti di estensione tale da superare il livello edittale dei 5 anni (e quindi la reclusione militare si convertirà in reclusione comune.).

Il meccanismo applicativo è, dunque, questo. Il legislatore ne fa una applicazione nella comminatoria delle pene detentive per ciascuno dei reati previsti. Se poi il giudice applica ad un soggetto che non perda la qualità di *militare* la reclusione o applica ad un soggetto che perde la qualità di *militare* la reclusione militare, la rideterminazione con conversione della pena comune in pena militare e viceversa verrà fatta in sede esecutiva dal pubblico ministero con proprio provvedimento (art. 407 c.p.m.p).

Anche nell'arsenale sanzionatorio penale militare è prevista la pubblicazione della sentenza di condanna (artt. 32 c.p.m.p.; 27 c.p.m.g.)<sup>16</sup>.

### **3. L'applicazione e l'esecuzione della pena. Le sanzioni sostitutive.**

Trattando l'argomento del sistema sanzionatorio nel diritto penale militare, si deve parlare dell'applicazione e dell'esecuzione della pena, della estinzione del reato e della estinzione della pena.

Tali argomenti evidenziano, in modo ancora più pregante, che la disciplina dettata dal codice penale militare di pace in materia è caratteristica e distintiva rispetto alle figure corrispondenti già tracciate dal codice penale comune e addirittura derogativa in tratti non secondari.

#### *a) Le sostituzioni di pene*

Il meccanismo delle sostituzioni di reclusione e reclusione militare è stato già accennato parlando sia dell'art. 55 del codice di pace, nel caso di concorso di pene tra reclusione e reclusione militare sia dell'art. 27 del codice di pace, dove la degradazione risulta quale sorta di criterio distributivo della pena detentiva dei reati militari tra reclusione militare e reclusione comune.

Completa questo meccanismo il disposto dell'art. 63 del c.p.m.p., che prevede la sostituzione della reclusione militare alle pene detentive comuni in cui eventualmente il militare sia incorso ed è un meccanismo di sostituzione che si applica in sede esecutiva.

Nel caso in cui il militare incorra in una condanna ad una pena comune che non determini la perdita della qualità di militare, se si tratta di soggetto in servizio permanente effettivo, alla reclusione che

---

<sup>16</sup> Per un evidente difetto di coordinamento non risulta estesa a detta pena accessoria la possibilità di inserimento della sentenza su sito INTERNET del Ministero della giustizia, introdotta per la pena accessoria omonima del c.p., di cui all' art. 68, comma 1 legge 18 giugno 2009, n. 69.

non implichi la interdizione perpetua dai pubblici uffici (perché altrimenti si determina la perdita della qualità di militare) si sostituisce la reclusione militare<sup>17</sup>.

Ora, la reclusione comune e la reclusione militare, come dianzi già visto innanzi, hanno minimi edittali di partenza differenti. Anche ove si incorra nella condanna alla reclusione comune di durata inferiore a un mese, che è il minimo di base della reclusione militare, si opera questa sostituzione.

Ma un tale sostituzione non è prevista soltanto per questo tipo di sanzioni detentive che si è precedentemente detto essere fungibili e omogenee; è prevista anche per l'arresto, che è la pena detentiva delle contravvenzioni. Nell'ipotesi in cui un militare, avendo commesso un reato contravvenzionale, incorra nella condanna dell'arresto, il legislatore prevede che la si sostituisca con la reclusione militare, conguagliando, con un parametro di riferimento diverso, un giorno reclusione militare per ogni due giorni di arresto (ad es. 15 giorni di arresto corrispondono a sette giorni di reclusione militare).

In tal modo, tendenzialmente il militare che non incorra nella perdita della qualità soggettiva, purché si tratti di militare in servizio permanente effettivo, non sarà tenuto ad espriare una pena detentiva comune. Se non perde detta qualità: espierà sempre la pena detentiva militare.

In questo modo, anche per le condanne per reati comuni, si espierà la reclusione militare presso una struttura carceraria differenziata.

Pertanto, si è così completata, anche per i militari in servizio permanente effettivo, la creazione di quel circuito carcerario differenziato che poi è stato generalizzato: infatti, sia per gli appartenenti alle Forze di Polizia, sia per gli appartenenti a Corpi a ordinamento militare, rispettivamente, da un lato, dall'art. 79 della legge n. 121 del 1981 e dall' art. 20 della legge n. 395 del 1990, dall' altro dagli artt. 80 e 82 c.o.m., è preveduta, comunque, la possibilità di espriare anche la pena detentiva comune presso un carcere militare.

L'art. 63 prevedeva anche la possibilità di conguagliare le pene della multa e dell'arresto. Poiché nel sistema sanzionatorio militare non è prevista una pena pecuniaria, questi raggugli si facevano con la reclusione militare. È discutibile se questo tipo di ragguglio sia tuttora vigente, considerando che l'art. 102 della legge n. 689 del 1981 ha introdotto un generale sistema di conversione della pena pecuniaria, nel caso di insolvibilità del condannato, in libertà controllata.

Invero, il meccanismo di conguaglio previsto dall'articolo 63, non era riferito alla mancata esecuzione della pena pecuniaria per insolvibilità; era riferito esclusivamente alla necessità di sostituire alla pena comune la pena militare e, poiché nel sistema delle pene militari manca una pena pecuniaria, lo si faceva con l'unica pena esistente, cioè quella detentiva temporanea comune che è la reclusione militare. Una simile forma di conversione era prevista anche nel codice penale comune ma è stata colpita da una sanzione di illegittimità costituzionale a seguito della quale è stato introdotto questo meccanismo, limitatamente alle condanne a pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità. In dipendenza dell'intervenuta caducazione della norma di riferimento, si dovrebbe ritenere superato, a parere della prevalente dottrina, il meccanismo di conguaglio per le pene pecuniarie comuni.

Non si applica la sostituzione delle pene militari alle pene comuni corrispondenti per l'ergastolo, evidentemente non solo per il fatto che in questo modo il militare in servizio permanente venga sottratto in modo perpetuo al consorzio militare ma per la più banale conseguenza che dall'ergastolo deriva l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, quindi la degradazione, quindi la perdita della qualità di militare.

Per il militare che non si trovi in servizio permanente ma in servizio temporaneo il legislatore ha predisposto nel codice penale comune un istituto che è caratteristico di questo settore, il così detto differimento dell'esecuzione, di cui all'art. 64 del codice penale militare che sarà richiamato *infra*.

---

<sup>17</sup> Cass., sez. I, 23 dicembre 1996, Della Penna, rv. 206347, sotto il profilo del riparto di giurisdizione chiarisce che "la sopravvenuta perdita da parte del condannato in espiazione di pena, della qualità di militare, ad es. per collocamento in congedo assoluto per riforma, comporta la esclusione della giurisdizione del tribunale militare di sorveglianza, nella fase di esecuzione della pena, giacché in tempo di pace la giurisdizione militare ha carattere eccezionale ed è subordinata al duplice limite della natura militare dei reati e dell' appartenenza alle Forze Armate degli autori, i quali debbono trovarsi in effettivo servizio attuale alle armi".

Si applicava, invece, la sostituzione, anche per i militari in servizio temporaneo, per i reati cd. “militarizzati” un tempo previsti dall’originario art. 264 del codice penale militare di pace. La novellazione della norma ha fatto perdere il termine di riferimento e quindi, implicitamente, ha abrogato anche questa ipotesi di sostituzione.

Inoltre, il codice, per una questione di coerenza sistematica e di completamento della disciplina in materia di sostituzione, contempla, all’art. 65, l’ipotesi, inversa, di sostituzione delle pene militari che siano state concretamente irrogate ad estranei alle FF.AA. che abbiano commesso uno dei reati militari che possono essere commessi anche da soggetti privi della qualità soggettiva di militare o che siano concorsi *ex art. 117 c.p.* con un militare nella commissione di un reato. In tal caso, alla pena militare si sostituisce la pena comune della reclusione.

Quella dei soggetti *estranei* alle FF.AA. è categoria che ricomprende anche quelle categorie soggettive non propriamente riconducibili alla figura del *militare*: gli assimilati ai militari, gli iscritti ai corpi civili militarmente ordinati o i militari di fatto. Anche in questi casi si provvederà alla sostituzione della reclusione militare con la corrispondente sanzione detentiva comune<sup>18</sup>.

### *b) Il differimento di pena*

È l’istituto previsto dall’art. 64 del codice di pace.

La condanna alla pena detentiva, che non implichi la privazione della qualità di militare (quindi non implicante l’interdizione perpetua dei pubblici uffici e la degradazione), per soggetti che non siano in servizio permanente effettivo, ma siano in servizio temporaneo, viene espiata alla cessazione dello svolgimento del servizio militare per ferma di leva o per richiamo in servizio (normalmente per istruzione).

In questo caso la ragione sottostante la previsione di un caratteristico istituto proprio ed esclusivo del diritto penale militare è quello di non sottrarre un elemento umano alla prestazione del servizio militare.

Similmente, anche il codice penale militare di guerra prevede varie ipotesi di differimento dell’esecuzione della pena detentiva che sono ricollegabili allo stato di belligeranza e sono spiegabili con l’esigenza di non predisporre una comoda scusante per “imboscarsi”; sarebbe oltremodo “comodo” commettere un reato, anche punito severamente, per sottrarsi alle operazioni belliche a seguito dell’esecuzione immediata della pena detentiva conseguente alla condanna.

Il legislatore, per evitare anche di indebolire l’apparato bellico o creare una facile scusante, all’art. 29 del codice di guerra, ha esteso l’istituto del differimento a tutte le pene detentive, sia militari, sia comuni, che siano state pronunciate con le sentenze di condanna emesse da qualunque giudice per qualunque reato; però con una distinzione: se la pena è inferiore a dieci anni di reclusione, il differimento di guerra è obbligatorio, se la pena è superiore, è facoltativo.

Previsto anche, è il differimento successivo a condanne plurime cioè che siano intervenute successivamente ad una condanna già differita. Si tratta di una ipotesi di cumulo di pene e, quindi, di cumulo anche dei differimenti.

Si badi che, a differenza di quanto visto per il corrispondente istituto del c.p.m.p., nel codice di guerra il differimento si estende sia ai militari in servizio permanente, sia ai militari in servizio temporaneo.

In caso di cessazione dal servizio militare, invece, il differimento non si applica, ovviamente né in tempo di pace né in tempo di guerra.

Nell’ipotesi in cui, poi, sopravvenga una inabilità alla prestazione del servizio militare, ugualmente non si applicherà il differimento od anche nell’ipotesi del cosiddetto militare di fatto per nullità dell’arruolamento, nemmeno troverà applicazione il differimento, neppure in tempo di guerra. Se, già concesso il differimento, sopravvenga la cessazione dal servizio militare, l’inabilità alla

---

<sup>18</sup> Cass., sez. I, 1 febbraio 1993, PG in proc. Esposito, in *Rass.giust.mil.*, 1993, pag. 50 ha precisato che “non è consentita la sostituzione della reclusione alla reclusione militare nei confronti di soggetto che si sia venuto a trovare in posizione di congedo illimitato, giacché detta posizione, a differenza di quanto si verifica a seguito del collocamento in congedo assoluto, non determina la cessazione dell’appartenenza del soggetto alle FF.AA.”.

prestazione dello stesso o la dichiarazione di nullità dell'arruolamento, si provvederà alla revoca del differimento già concesso come previsto dall'art. 32 del codice penale militare di guerra.

*c) Le sanzioni sostitutive di pene detentive brevi*

La introduzione di sanzioni sostitutive delle pene detentive di breve durata è una innovazione recata, nel sistema penale comune, dalla legge n. 689 del 1981, di modifica del sistema penale<sup>19</sup>, aggiornata, prima, con la legge n. 296 del 1993 e, poi, con la legge n. 134 del 2003. Ulteriori integrazioni sono state, da ultimo, recate con la legge 23 giugno 2017, n. 103.

Esse sono applicate –come è noto- dal giudice della cognizione del fatto-reato.

Tutte le pene detentive di breve durata, originariamente, sono sostituibili in sede di cognizione, da parte del giudice che deve decidere sulla sussistenza del fatto-reato, sulla responsabilità penale del reo e sul trattamento sanzionatorio conseguente, con delle misure sostitutive: la *semidetenzione*, la *libertà controllata* e la *pena pecuniaria*.

Le successive modifiche e integrazioni della iniziale legge introduttiva, hanno considerevolmente ampliato la nozione di pena detentiva di “breve durata”.

Oggi, a seguito della novellazione effettuata con la legge n. 234 del 2003, la semidetenzione può sostituire la reclusione fino a due anni; la libertà controllata può sostituire la reclusione fino a un anno; la pena pecuniaria può sostituire la reclusione fino a sei mesi. Originariamente i limiti erano molto più contenuti.

La *semidetenzione*, applicabile se la pena detentiva da irrogare non supera i due anni, comporta l'obbligo di trascorrere almeno dieci ore nell'istituto penitenziario e limita una serie di diritti soggettivi, ad esempio quello a detenere armi; comporta la sospensione della patente; implica il ritiro del passaporto. Un giorno di pena detentiva equivale ad un giorno di semidetenzione.

Similmente, la *libertà controllata*, applicabile se la pena detentiva da irrogare non supera il limite di un anno, comporta il divieto di allontanarsi dal comune di residenza, l'obbligo di presentarsi all'autorità locale di pubblica sicurezza almeno una volta al giorno e limita gli stessi diritti che abbiamo indicato con riguardo alla semidetenzione. Un giorno di pena detentiva equivale a due giorni di libertà controllata.

Infine, la *pena pecuniaria*, che corrisponde alla multa o all'ammenda, rispettivamente con riguardo alla pena detentiva che si va a sostituire, reclusione o arresto, da applicare in misura non superiore ai sei mesi<sup>20</sup>.

Il problema, tanto per la pena pecuniaria, quanto, soprattutto, per semidetenzione e libertà controllata riguarda la ammissibilità di queste pene sostitutive nell'ambito penale militare perché si pone un problema di possibile incompatibilità?

Nelle limitazioni che sono il corollario delle misure sostitutive, tra l'altro, c'è il divieto a detenere armi. Per un soggetto che svolga il servizio militare, sia temporaneamente che permanentemente, è compatibile un divieto di questo genere con la prestazione di questo tipo di servizio in particolare? Oppure, addirittura, la semidetenzione, che comporta la presenza in un istituto penitenziario per una parte della giornata, è compatibile con la prestazione del servizio?

È ammessa la pena pecuniaria, non diversamente da quanto già anticipato innanzi, ancorché essa non sia prevista quale pena principale, nel sistema sanzionatorio penale militare<sup>21</sup>. È consentito sostituire la reclusione militare con la pena pecuniaria corrispondente. Ma in tale caso, qual è la

<sup>19</sup> Sull'origine dell'istituto: DOLCINI, *Le sanzioni sostitutive applicate in sede di condanna*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1982, pag. 1391 ss.

<sup>20</sup> Il criterio di *ragguaglio* fra pene detentive da sostituire e pena pecuniaria corrispondente è quello offerto dall' art. 135 c.p., novellato dall' art. 3, c. 62 della legge 15 luglio 2009, n. 94 che indica l' importo di euro duecentocinquanta per ciascun giorno di pena detentiva.

<sup>21</sup> Cass., sez. I, 14 giugno 1996, PG in proc. De Caro, rv. 204932, chiarisce che “dopo la declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell' art. 53 della legge n. 689 del 1991 da parte di Corte cost. 29 giugno 1995, n. 284, non si pone alcun problema circa la diretta applicabilità della pena pecuniaria sostitutiva delle pene irrogate per i reati militari”.

pena pecuniaria corrispondente se nel catalogo sanzionatorio del codice penale militare di pace non c'è una pena pecuniaria?

A prescindere dai casi di esclusione oggettiva o soggettiva, che sono previsti nella legge n. 689 del 1981, la mancanza di un esplicito riferimento ai reati militari, ha effettivamente determinato un problema che, però, è stato oggi superato definitivamente, al di là delle varie pronunce dottrinali e giurisprudenziali, con una dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 53 della legge n. 689 del 1981, nella misura in cui questa non prevedeva l'applicabilità delle sanzioni sostitutive di pene detentive brevi per i reati militari<sup>22</sup>.

La Corte costituzionale si è pronunciata in tal senso con la sentenza n. 284 del 1995<sup>23</sup>. Da tale momento in poi non è più sorto alcun dubbio circa l'ammissibilità delle pene sostitutive di pene detentive brevi all'ambito penale militare<sup>24</sup>.

In concreto, circa la compatibilità, si è detto che per la semidetenzione come per la libertà controllata, la prestazione del servizio militare non è concretamente diversa da qualunque altra esigenza lavorativa e, la caserma dove si presta effettivamente servizio, ben può essere assimilata al luogo di residenza (in particolare ai fini della libertà controllata).

Il divieto di detenere armi riguarda, con riferimento proprio alla persona del soggetto ammesso alla pena sostitutiva, la persona, non la dotazione temporanea per i fini addestrativi che normalmente si ha durante la prestazione del servizio militare: le armi, in realtà, non sono detenute dal soggetto ma sono date in dotazione dall'Amministrazione militare che le affida soltanto temporaneamente all'individuo per i compiti addestrativi che gli sono concretamente commessi.

Per quanto riguarda poi la pena pecuniaria, una volta dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 53, si è in concreto fatto riferimento alla pena pecuniaria corrispondente a quella della reclusione, cioè quella della multa.

Orbene, come dianzi accennato, il criterio di ragguaglio fra pena detentiva da sostituire e pena pecuniaria corrispondente è quello offerto dall' art. 135 c.p., come novellato dall' art. 3, c. 62 della legge 15 luglio 2009, n. 94<sup>25</sup>. Va, peraltro, segnalato che il disposto dell' art. 459, c. 1-*bis* c.p.p., come introdotto dall' art. 1, c. 53, della legge 23 giugno 2017, n. 103, con decorrenza 3 agosto 2017, ha stabilito che il ragguaglio debba avvenire nella misura non inferiore ad euro settantacinque per ciascun giorno di pena detentiva, ove si debba irrogare una pena pecuniaria in sostituzione di pena detentiva, nell' ambito di procedimento per decreto penale di condanna<sup>26</sup>.

Diverse dalle sanzioni sostitutive di pene detentive brevi sono le misure alternative alla detenzione.

---

<sup>22</sup> Ergo sono utilmente richiamabili i principi applicativi affermati in materia dalla giurisprudenza di legittimità.

In particolare, occorre rammentare che:

- il giudice di appello non ha il potere di applicare di ufficio le sanzioni sostitutive di pene detentive brevi se nell' atto di appello non risulta formulata una specifica e motivata richiesta in tal senso (*ex pluribus*: Cass., SS.UU., 19 gennaio 2017, Punzo, rv. 269125);
- la sostituzione della pena detentiva con la corrispondente pena pecuniaria è compatibile sia con la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena che con l'applicazione dell' indulto (*ex pluribus*: Cass., sez. II, 3 maggio 2016, Ndiaye, rv. 266910);
- nel caso di condanna dell' imputato a pena detentiva congiunta a pena pecuniaria, per la sostituzione della prima con la pena pecuniaria si deve avere riguardo alla sola misura della pena detentiva da applicare, ai fini del conguaglio (Cass., sez. II, 1° dicembre 2016, Pesce, rv. 268870);
- la decisione del giudice del merito di non applicare sanzioni sostitutive di pene detentive brevi per la insussistenza dei presupposti non è sindacabile in sede di giudizio di legittimità, costituendo un accertamento di fatto (Cass., sez. II, 20 febbraio 2015, Diop, rv. 263300).

<sup>23</sup> In *Cass.pen.*, 1995, pag. 2799 e in *Giur.it.*, 1997, I, col. 54.

<sup>24</sup> *Ex pluribus*: Cass., sez. I, 19 novembre 1996, PG in proc. Barbaro, rv. 206246.

<sup>25</sup> Che indica l' importo di euro duecentocinquanta per ciascun giorno di pena detentiva.

<sup>26</sup> Al riguardo va, poi, ulteriormente evidenziato che Cass., sez. V, 21 dicembre 2017, Becciani, rv. 272281 ha chiarito come "in tema di sostituzione di pena detentiva con pena pecuniaria, la disciplina introdotta con l' art. 1, c. 53 della legge 23 giugno 2017, n. 103, che consente al giudice di determinare la sanzione sostitutiva della pena detentiva non già nei limiti fissi stabiliti dall' art. 135 c.p., ma in misura variabile (tenendosi conto della condizione economica dell' imputato e del suo nucleo familiare), trovi applicazione solo nel caso di procedimento per decreto penale".

#### d) *Le misure alternative alla detenzione*

Sono state previste dall'ordinamento penitenziario: legge n. 354 del 1975, con successive modifiche e integrazioni<sup>27</sup>.

Si tratta di misure che incidono esclusivamente sulla fase esecutiva della pena detentiva da espiare: non vengono applicate cioè in sede di cognizione ma piuttosto in sede di esecuzione e sono: l'*affidamento in prova al servizio sociale*, la *semilibertà* e la *detenzione domiciliare*<sup>28</sup>.

Inoltre, la legge 19 agosto 2003, n. 207 ha introdotto una nuova misura alternativa alla detenzione: si tratta della *sospensione condizionata dell'esecuzione* della parte finale della pena detentiva.

L'*affidamento in prova al servizio sociale* (art. 47 ord. penit., l. n. 354 del 1975), concedibile al condannato ad una pena detentiva non superiore ai tre anni, permette di trascorrere un periodo fuori dall'istituto penitenziario per un arco temporale pari a quello della pena detentiva da espiare, con una serie di prescrizioni e contatti con il servizio sociale<sup>29</sup>. L' esito positivo del periodo di prova estingue la pena.

La *semilibertà* (art. 48 ord. penit.), invece, consente di trascorrere parte del giorno fuori dall'istituto penitenziario per esigenze di lavoro, istruzione, o attività volte al reinserimento sociale del condannato.

Infine, la *detenzione domiciliare* consente di espiare la pena detentiva della reclusione non superiore ai quattro anni, presso il proprio domicilio, un altro luogo di privata dimora o presso un luogo di cura, nelle situazioni soggettive indicate dall' art. 47-ter della legge n. 354 del 1975.

Da ultimo, la *sospensione condizionata dell'esecuzione* della parte finale della pena detentiva consiste, invece, nella sospensione dell'esecuzione della pena detentiva in corso nei confronti del condannato che abbia scontato almeno la metà del periodo complessivo a cui sia stato condannato quando, però, la parte residua non ecceda la durata di due anni. Non si applica al condannato a cui sia stata già concessa una delle altre misure alternative alla detenzione.

Competente a disporre una delle misure alternative indicate è l' organo della magistratura militare di sorveglianza, su istanza dell'interessato o del difensore<sup>30</sup>.

Inizialmente, allorché entrò in vigore il nuovo ordinamento penitenziario del 1975, si pose il problema della applicabilità, degli istituti da esso contemplati, al sistema penitenziario militare, almeno in origine, concepito e strutturato in modo non perfettamente compatibile con il sistema penitenziario comune.

La Corte costituzionale si è dovuta pronunciare, con la sentenza n. 414 del 1991<sup>31</sup>, anche sulla applicabilità delle misure alternative alla detenzione previste dall'ordinamento penitenziario ed oggi non sono più legittimi i dubbi circa la piena applicabilità delle misure in questione anche all'ambito penale militare.

Tuttavia, tra l'altro, proprio per rendere pienamente compatibile il sistema delle misure alternative col particolare ambito soggettivo su cui si deve operare, il legislatore è intervenuto due volte sulla misura alternativa di maggiore rilevanza e applicabilità concreta cioè l'*affidamento in prova al servizio sociale*, prima con la legge n. 167 del 1983, poi modificata con il decreto legge 27 ottobre 1986, n. 700, convertito nella legge 23 dicembre 1986, n. 817.

In tal modo si è previsto che il detenuto militare condannato ad una pena detentiva non superiore ai tre anni, non congiunta ad una misura di sicurezza detentiva, può essere affidato in prova o ad un

---

<sup>27</sup> L' art. 76 c.o.m. ha fatto un rinvio recettizio alle norme dell' ordinamento penitenziario comune, per gli stabilimenti militari di pena e per la espiatione delle pene detentive .militari.

<sup>28</sup> Per un esame critico: DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, pag. 874 ss.

<sup>29</sup> Secondo l' art. 47, c. 3-bis dell' ord. penit., inserito dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10 è concedibile anche al condannato ad una pena detentiva (anche residua) non superiore ai quattro anni, quando egli abbia serbato nell' anno precedente alla presentazione della richiesta un comportamento tale da consentire l' applicazione della misura.

<sup>30</sup> Cass., SS.UU., 28 giugno 1988, Ottavi, in *Rass.giust.mil.*, 1989, pag. 320, precisa che "una volta avvenuta la sostituzione della pena della reclusione militare con la pena della reclusione, competente per le misure alternative è l' autorità giudiziaria ordinaria".

<sup>31</sup> In *Rass.giust.mil.*, 1991, pag. 248.

comando militare o ad un altro ente militare se ha residui obblighi di prestazione del servizio militare ovvero, se è stato collocato in congedo, al servizio sociale.

Anche in questo caso sono previste delle esclusioni di carattere oggettivo (per es. in riferimento ai reati di spionaggio o di tradimento o ai reati militari commessi con finalità di eversione) ed esclusioni soggettive (per es. per i condannati a reati di rapina, estorsione o sequestro di persona).

La particolarità, qui, oltre che nella competenza spettante all'organo della magistratura militare di sorveglianza, stava proprio nella possibilità di espiare la pena con l'affidamento in prova, svolgendo il servizio militare, quando sussistessero ancora obblighi di ferma, presso un ente militare od un altro comando. L'avvenuto superamento del servizio militare obbligatorio ha, di fatto, reso, prima, marginale e, poi, obsoleto detto istituto.

#### **4. L'estinzione del reato e della pena. La cd. messa alla prova.**

Il legislatore ha, in primo luogo, dettato una disciplina derogatoria in tema di prescrizione del reato. La norma in materia è l'art. 66 del codice di pace, che, in via di principio, richiama, in quanto applicabili, le disposizioni sulla estinzione del reato già dettate dal codice penale comune. Sono applicabili nella misura in cui non siano derogate da specifiche norme penali militari.

Una deroga era inizialmente già prevista dall'art. 67 del codice di pace.

A differenza dei reati puniti con la fucilazione nella schiena, tale norma prevedeva, per i reati puniti con la fucilazione nel petto, cioè non implicanti la degradazione, una prescrizione trentennale e questa era una deroga significativa alla imprescrittibilità dei reati puniti con la pena capitale, già prevista dall'art. 157 c.p., sia per i reati puniti con la pena capitale, sia per i reati puniti con l'ergastolo<sup>32</sup>.

Una volta abolita la pena capitale, si è determinata una modifica peggiorativa perché il legislatore ha indistintamente sostituito tutti i casi di pena di morte previste nelle leggi penali militari con l'ergastolo e, in questo modo, è caduta la distinzione fra i reati infamanti e i reati non infamanti. Mentre per i reati infamanti era prevista l'imprescrittibilità, oggi anche per i reati non infamanti (puniti originariamente con la fucilazione nel petto), si è determinata automaticamente la previsione della imprescrittibilità perché non più puniti con la pena capitale ma con l'ergastolo, in relazione al quale l'art. 157, c. 8 del codice penale esplicitamente sancisce la imprescrittibilità.

In origine questa distinzione era significativa perché l'efficacia estintiva per decorso del tempo della pena capitale si ricollegava soltanto a fatti che non determinavano la perdita della qualità di

---

<sup>32</sup> La legge 5 dicembre 2005, n. 251 ha modificata sensibilmente la disciplina del codice penale comune in tema di prescrizione del reato. In particolare, l'art. 157 c.p. sul tempo necessario per la produzione dell'effetto estintivo, è stato innovato nel senso che, ferma restando la imprescrittibilità dei reati puniti con la pena dell'ergastolo, ogni reato si estingue per prescrizione con il decorso di un periodo di tempo pari al massimo della pena edittale, comunque non inferiore ai sei anni per i delitti, a quattro anni per le contravvenzioni anche se punite con la sola pena pecuniaria. Non si tiene conto delle circostanze aggravanti o attenuanti che accedono al reato, ma si deve avere riguardo sempre alla pena stabilita per il reato base, salvo che le circostanze stabiliscano una pena di specie diversa da quella prevista per il reato base o le circostanze cd. a effetto speciale (cioè, che stabiliscano una pena in aumento o diminuzione in misura indipendente dai limiti di pena edittali comminati per il reato non circostanziato). Viene così meno l'influsso del bilanciamento delle circostanze, di cui all'art. 69 c.p., ai fini della determinazione del tempo sufficiente ad estinguere il reato. Inoltre, l'art. 158 c.p., sul termine di decorrenza della prescrizione, è stato innovato nel senso che, in particolare, per il reato continuato, ciascuno dei singoli atti è suscettibile di essere considerato ai fini della decorrenza del termine estintivo, non occorrendo più avere riguardo alla cessazione della continuazione. Mentre, per il reato permanente, il termine continua a decorrere dal giorno in cui è cessata la permanenza. Completa è stata anche la riscrittura degli artt. 160 e 161 c.p., in tema di applicabilità della prescrizione, di effetto della sospensione e della interruzione. In particolare, quando si procede congiuntamente per più reati connessi, la sospensione o la interruzione della prescrizione per taluno di essi non ha effetto per gli altri, avendo la legge n. 251 del 2005 abrogato il contrario disposto dell'art. 161, c. 2 c.p.

Ulteriori integrazioni e precisazioni in materia, con particolare riguardo alla disciplina della interruzione e della sospensione del corso della prescrizione del reato, sono state, da ultimo, introdotte dall'art. 1, commi 10-15 della legge 23 giugno 2017, n. 103. Su di esse si rinvia alla disamina svolta da: SACCHETTINI, *Da valutare gli effetti delle nuove interruzioni sul processo civile*, in *Guida al diritto*, 2017, 31, pag. 103 ss.

militare (ad esempio l'abbandono di comando; la resa; lo sbandamento), invece i reati infamanti (quali lo spionaggio; il passaggio al nemico; il tradimento) erano imprescrittibili.

Oggi, pertanto, la cennata distinzione non è più diritto vigente e tutti questi fatti-reato, infamanti o meno, sono divenuti imprescrittibili.

Una ulteriore deroga in tema di prescrizione del reato è prevista per i reati di assenza dal servizio; in particolare la mancanza alla chiamata e la diserzione, di cui agli articoli 148 e 151 del codice penale militare di pace. Qui c'è una deroga significativa al disposto di cui all'articolo 158 c.p. La norma comune continua a fissare il termine di decorrenza della prescrizione del reato dal giorno della consumazione, per il reato consumato; dalla cessazione dell'attività del colpevole, per il delitto tentato; dalla cessazione della permanenza, per il reato permanente.

Ora, i reati di assenza dal servizio menzionati, sono comunemente qualificati reati permanenti: finché dura l'assenza dal servizio dura la condotta antiggiuridica, il reato è in atto e quindi il termine di prescrizione non decorrerebbe fino alla cessazione dell'assenza.

In realtà, l'art. 68 del codice penale militare di pace, fissa al riguardo una disciplina derogatoria perché individua la decorrenza del termine prescrizionale dal giorno, ove l'assenza non sia ancora cessata ma perduri a tutt'oggi, in cui il colpevole compia l'età anagrafica alla quale le leggi di reclutamento ricollegano la cessazione degli obblighi militari; in particolare per il reclutamento nell'Esercito, tale età anagrafica è fissata nel 45° anno di età: quindi, ancorché l'assenza perduri, il termine prescrizionale per questi reati, comincerà a decorrere dal 31 dicembre dell'anno in cui il colpevole ha compiuto il 45° anno di età.

Ancora, con riguardo alla estinzione del reato, va segnalato che l'art. 3, c. 1 della legge 28 aprile 2014, n. 67, introducendo gli artt. 168-*bis*; 168-*ter* e 168-*quater* c.p., ha disciplinato l'istituto della *sospensione del procedimento con messa alla prova* dell'imputato<sup>33</sup> per reati puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva, non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria. Non è seriamente dubitabile che l'istituto della messa alla prova sia *ex se* applicabile anche agli imputati di reati militari puniti con siffatta pena edittale<sup>34</sup>. L'esito positivo della prova estingue il reato.

Sempre avuto riguardo all'estinzione del reato, il legislatore ha dettato una disciplina parzialmente derogatoria delle norme comuni in tema di sospensione condizionale della pena e di non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale.

La sospensione condizionale della pena determina la estinzione del reato, allorché sia intervenuta una condanna per una pena detentiva non superiore ai due anni e ci sia la ragionevole previsione della mancata commissione da parte del colpevole di ulteriori reati, se dopo che la condanna è divenuta irrevocabile, entro cinque anni il reo non commetta ulteriori reati<sup>35</sup>.

Invece, l'istituto della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale ha una *ratio* diversa, ha un effetto limitato, non fa includere la condanna intervenuta nel certificato del casellario rilasciato a richiesta di privati e serve a favorire il reinserimento sociale del condannato.

---

<sup>33</sup> La legge n. 67 del 2014 ha esteso l'istituto tipico del processo penale minorile (cfr. artt. 28 e 29 d.lgs. n. 448 del 1988) anche al processo penale degli adulti, per i reati di minore gravità, in relazione al livello della pena edittale comminata.

<sup>34</sup> Mentre, inizialmente, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto discriminante il limite edittale determinato con l'applicazione delle circostanze aggravanti ad effetto speciale o di quelle la cui ricorrenza implichi l'irraggiungibilità di una pena di specie diversa da quella comminata per la fattispecie semplice (in tal senso, ad es., Cass., sez. VI, 30 giugno 2015, Fagrouch, rv. 264045), invece, ormai è prevalso l'indirizzo di riferirsi alla sola pena massima edittale comminata in relazione alla ipotesi-base: così Cass. SS.UU., 31 marzo 2016, Sorcinelli, rv. 267238, a mente della quale "ai fini della individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, il richiamo contenuto nell'art. 168-*bis* c.p. alla pena edittale non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non rilevando a tal fine le circostanze aggravanti, nemmeno quelle ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisca una pena diversa da quella ordinaria del reato".

<sup>35</sup> La giurisprudenza di legittimità ha sempre concordemente negata la possibilità di subordinare la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena ai condannati per assenza perdurante dal reparto di assegnazione, alla ripresentazione del militare presso il reparto stesso, trattandosi di un reato ancora non esaurito, stante la permanenza del reato di assenza dal servizio: *ex pluribus*, cfr. Cass., sez. I, 13 dicembre 1991, Benazzi, in *Rass.giust.mil.*, 1992, pag. 163.

Però i presupposti sono i medesimi cioè la condanna ad una pena non superiore ai due anni e la prognosi favorevole, cioè la ragionevole previsione che il condannato non commetta ulteriori reati.

Nel codice penale militare di pace era prevista una disciplina originaria più favorevole di quella prevista nel codice comune perché prevedeva la estensione della sospensione condizionale anche alle pene accessorie della sospensione dall'impiego e della sospensione dal grado, mentre la disciplina originaria del codice Rocco prevedeva la sospensione condizionale esclusivamente limitata alla pena principale e mai alle pene accessorie.

Questa norma parzialmente derogatoria è stata superata dopo la legge n. 19 del 7 febbraio 1990, che ha modificato il codice penale, disponendo che la concessione della sospensione condizionale si estenda non già soltanto alla pena principale ma anche alle pene accessorie. Ovviamente occorre che il limite di pena principale non superi i due anni.

L'unica norma derogatoria in materia, residuata nel codice penale militare di pace è il disposto dell'art. 70 che eleva a tre anni il limite di concedibilità della non menzione rispetto ai due anni previsti dal codice penale comune; con riferimento è chiaro alla reclusione militare.

Questo è comunemente ricordato quale riflesso della pretesa limitata antisocialità dei reati militari propri rispetto ai reati comuni, per cui il soggetto che compia esclusivamente reati militari, è ritenuto meritevole di una considerazione generalmente più benevola anche rispetto ai reati comuni corrispondenti, nella misura in cui venga condannato a una pena leggermente superiore a quella prevista per i reati comuni e quindi meritevole del beneficio, proprio perché l'istituto della non menzione è destinato principalmente a favorire il reinserimento sociale del condannato.

Dalla estinzione del reato può passarsi a trattare della estinzione della pena.

#### *a) La prescrizione della pena*

La prescrizione della pena è materia in cui le previsioni derogatorie del codice di pace sono ancora più evidenti; infatti, analogamente a quanto abbiamo visto per la prescrizione del reato, per i reati di assenza dal servizio, di cui agli articoli 148 e 151, dove sia intervenuta condanna nei confronti di imputato contumace in costanza dell'assenza dal servizio del colpevole, si sospende il corso della prescrizione della pena e il termine prescrizionale decorrerà soltanto non dalla data in cui la sentenza è diventata irrevocabile, come invece previsto dall'articolo 172, comma 4, del codice penale comune, ma dalla data in cui il condannato avrà compiuto l'età anagrafica cui le leggi di reclutamento ricollegano la cessazione degli obblighi di leva, precisamente dal 31 dicembre dell'anno in cui è avvenuto il compimento dell'età.

Inoltre, è previsto un istituto assolutamente eccezionale di *sospensione della prescrizione della pena*.

Nel codice penale comune non esiste la sospensione della prescrizione della pena e quindi, normalmente, si afferma che nel diritto penale la sospensione della prescrizione della pena non è prevista. Non è così. È contemplata non nel diritto penale comune, ma nel diritto penale militare, che comunque è un settore del diritto penale. Riguardo alla prescrizione della pena, il codice penale militare di guerra prevede l'unica ipotesi di sospensione della prescrizione della pena che si può dire contemplata dal nostro ordinamento giuridico penale.

Si badi, nel codice penale comune esistono ipotesi di sospensione della prescrizione del reato e sono previste dall'articolo 159, ma non ipotesi di sospensione della prescrizione della pena.

L'art. 35 del c.p.m.g. esclude dal computo del tempo necessario a determinare la estinzione della pena, il periodo in cui sia intervenuto il differimento dell'esecuzione della condanna per cause belliche di cui agli articoli 29 e 33 del codice penale militare di guerra già menzionato. Si tratta di *sospensione*, e non di *interruzione*, perché quel periodo non viene calcolato e dal momento della cessazione della causa riprende a decorrere il termine iniziale. Ovviamente la *ratio* della previsione di un istituto tanto eccezionale è sempre l'eccezionalità della situazione bellica e delle esigenze che sono alla base anche del differimento dell'esecuzione della pena detentiva nel codice di guerra.

### *b) La liberazione condizionale (art. 71 c.p.m.p.)*

Un'altra disciplina parzialmente derogatoria è prevista dal codice in tema di liberazione condizionale<sup>36</sup>.

Il beneficio della liberazione condizionale, in via generale, è previsto dall'articolo 176 del codice penale con i seguenti presupposti: il sicuro ravvedimento del condannato, la espiazione di (almeno trenta mesi e comunque della) metà della pena<sup>37</sup>, la pena residua non superiore ai cinque anni e l'avvenuto adempimento delle obbligazioni civili da reato, se possibile.

L'articolo 71 del c.p.m.p. vi deroga, non richiedendo il sicuro ravvedimento del condannato ma essendo sufficiente soltanto la buona condotta tenuta dallo stesso nel corso della espiazione della pena e la espiazione di metà della pena o di tre quarti, se si tratti di soggetto recidivo, purché la pena espia non sia inferiore a tre anni e purché il residuo della pena da espia non sia superiore ai tre anni. Se il primo requisito in luogo del sicuro ravvedimento, la buona condotta tenuta dal colpevole, è migliorativo della disciplina prevista dal codice penale comune, gli altri due requisiti sono peggiorativi; infatti, rispetto alla disciplina penale comune, l'esempio che chiarisce la diversità di trattamento è con riferimento ad un militare condannato ad otto anni di reclusione. Potrebbe accedere alla liberazione condizionale solo dopo l'espiazione di cinque anni, mentre se fosse stato condannato come civile alla stessa pena di otto anni di reclusione potrebbe accedere alla liberazione condizionale dopo l'espiazione di soli quattro anni. La diversità di trattamento è stata ritenuta concretamente non contraria ai limiti di ragionevolezza previsti dalla Costituzione. L'organo competente a concedere la liberazione condizionale, in luogo del Tribunale di sorveglianza, è il Tribunale militare di sorveglianza che può anche disporre la revoca del beneficio per comportamento concreto, dopo la liberazione, contrario ai presupposti dello stesso.

### *c) La liberazione anticipata*

Invece, per quanto riguarda la liberazione anticipata, che è un istituto previsto dall'ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975), essa si applica al condannato a pena detentiva che sia risultato partecipe all'opera rieducativa.

In particolare, si concede allo stesso una riduzione di quarantacinque giorni di pena detentiva per ogni semestre di pena effettivamente espia<sup>38</sup>. La pena detratta si considera ad ogni effetto come scontata e serve a computarsi ai fini dell'ammissione al beneficio della liberazione condizionale.

Anche in questo caso il beneficio è revocabile se intervenga condanna per delitto non colposo commesso dopo la concessione.

L'istituto è pacificamente applicabile anche alla pena detentiva militare. La competenza su di esso, però, spetta al tribunale militare di sorveglianza.

### *d) La riabilitazione militare (art. 72 c.p.m.p.)*

L'istituto della riabilitazione è causa di estinzione delle pene accessorie e di ogni altro effetto penale della condanna e presuppone il decorso di almeno cinque anni dalla avvenuta esecuzione o comunque dalla estinzione della pena principale<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Ritiene integralmente sostitutivo il regime dei presupposti applicativi dell'istituto rispetto a quello omonimo disciplinato nel c.p.: T.S.M., 15 dicembre 1976, Kappler, in *Rass.giust.mil.*, 1977, pag. 155, che si qualifica discrezionale la concessione del beneficio.

<sup>37</sup> Il cpv. dell'art. 176 c.p., stabilisce che se si tratta di recidivo, nei casi preveduti dai capoversi dell'art. 99 c.p., il condannato, per essere ammesso alla liberazione condizionale, deve avere scontato almeno quattro anni di pena e non meno dei tre quinti della durata totale della pena irrogata.

<sup>38</sup> L'art. 4 del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 10 ha aumentato da 45 a 75 la riduzione di pena concedibile ai fini della liberazione anticipata, per agevolare il decongestionamento del circuito penitenziario, ma limitatamente ai due anni successivi all'entrata in vigore del provvedimento e con decorrenza retroattiva a partire dal 1° gennaio 2010.

Per estinguere gli effetti penali militari della condanna non opera la riabilitazione comune<sup>40</sup>. È prevista, invece, la riabilitazione militare come istituto distinto, che si aggiunge a quello della riabilitazione comune, ai soli fini di determinare la estinzione delle pene accessorie<sup>41</sup> e degli effetti penali militari della condanna<sup>42</sup>.

Si aggiunge alla riabilitazione comune o, meglio, essa presuppone che sia già stata pronunciata la riabilitazione comune<sup>43</sup>. È prevista dall'art. 72 c.p.m.p. La competenza per la riabilitazione militare spetta, formalmente, alla Corte militare di appello: e qui c'è una distinzione rispetto alla riabilitazione comune per la quale è prevista la competenza del Tribunale di Sorveglianza dopo l'entrata in vigore del nuovo c.p.p. del 1988 (art. 683 c.p.p.). In via di prassi applicativa, oggi, ancorché in mancanza di una modifica di coordinamento normativo, si è trasferita la relativa incombenza al Tribunale militare di sorveglianza. Il meccanismo è il seguente: dopo una condanna che implichi effetti penali o pene militari accessorie, per una piena riabilitazione del condannato militare occorrerà ottenere dal Tribunale di Sorveglianza competente la riabilitazione comune. Dopo di ciò ci si potrà rivolgere alla Corte militare di appello (oggi: Tribunale militare di sorveglianza) per ottenere la riabilitazione militare<sup>44</sup>.

La concessione della riabilitazione comune è, quindi, presupposto necessario, ma non sufficiente per la riabilitazione militare; cioè la sua presenza è un presupposto vincolante, ma la avvenuta concessione della riabilitazione comune non vincolerà il giudice militare nella concessione della riabilitazione militare. Infatti, si può negare la concessione della riabilitazione militare anche al soggetto che sia stato beneficiario della concessione della riabilitazione comune<sup>45</sup>.

Inoltre, l'ultimo comma dell'art. 72 c.p.m.p. prevede casi di revoca della riabilitazione militare che sono corrispondenti ai casi di revoca già previsti dal c.p. comune per l'istituto corrispondente.

Attenzione: quando si versi in uno dei casi tipizzati la revoca della riabilitazione non è un atto discrezionale, ma obbligatorio.

#### *e) La riabilitazione di guerra (artt. 42-46 c.p.m.g.)*

Distinta dalla riabilitazione militare è la riabilitazione di guerra. Non è una forma di riabilitazione militare: è un istituto aggiuntivo più ampio della riabilitazione militare prevista dal 72 c.p.m.p. È disciplinata dal codice di guerra agli artt. 42-46.

I casi della riabilitazione di guerra sono i seguenti:

---

<sup>39</sup> Ai sensi dell' art. 412, c. 2 c.p.m.p., il procedimento per la riabilitazione militare può essere instaurato anche su richiesta presentata di ufficio dal procuratore generale militare presso la Corte militare di appello (una competenza peculiare dell' ufficio del pubblico ministero militare).

<sup>40</sup> Cass., sez. I, 31 ottobre 1990, Rea, in *Cass.pen.*, 1992, I, pag. 658 precisa che “la riabilitazione ordinaria non incide sugli effetti penali militari della condanna. Pertanto, se dalla condanna siano derivate pene accessorie militari od altri effetti penali militari (perdita del grado; delle decorazioni; di distinzioni onorifiche di guerra *et similia*) deve essere richiesta la riabilitazione militare”.

<sup>41</sup> Cass., sez. I, 15 giugno 1992, Sallustri, in *Riv.pen.*, 1993, pag. 520.

<sup>42</sup> Cass., sez. I, 12 maggio 1992, D' Adamo, in *Riv.pen.*, 1993, pag. 377, ha ritenuto ammissibile la domanda di riabilitazione militare anche nel caso in cui la perdita di distinzioni onorifiche di guerra, quale effetto negativo della condanna, non fosse stata una conseguenza automatica, ma fosse derivata da un atto amministrativo discrezionale, fondato sul presupposto della condanna per reato militare.

Cfr. anche Cass., SS.UU., 20 aprile 1994, Volpe, in *Cass.pen.*, 1994, pag. 2404.

<sup>43</sup> Cass., sez. I, 5 giugno 1992, Cacciapaglia, in *Riv.pen.*, 1993, pag. 520. Cfr. anche Cass., sez. I, 8 luglio 1991, D' Amico, in *Giust.pen.*, 1992, II, col. 1, secondo cui la riabilitazione comune costituisce indefettibile presupposto della riabilitazione militare anche quando alla condanna a pena militare non siano conseguite pene accessorie ed effetti penali.

<sup>44</sup> Il procedimento si instaura a domanda della persona già riabilitata a norma della legge penale comune. In caso di sua morte non è consentita la domanda dell' erede o di un prossimo congiunto: Cass., sez. I, 1° gennaio 1984, Di Gangi, in *Rass.giust.mil.*, 1990, pag. 281.

<sup>45</sup> Cass., sez. I, 3 dicembre 1987, Ricaldi, in *Rass.giust.mil.*, 1988, pag. 263, ha precisato che nel caso di riabilitazione negata, per cause diverse dalla mancanza di buona condotta, i termini per riproporre la domanda decorrono sempre dalla data di esecuzione o di estinzione della pena e ciò vale anche per la riabilitazione militare.

- avvenuta promozione per merito di guerra o ricompensa al valore per atti di valore compiuti nel corso delle operazioni belliche anche senza che in questo caso decorra il termine minimo previsto per la riabilitazione dalla legge penale comune.
- Subordinatamente al precedente (che è il caso principale della riabilitazione di guerra), la avvenuta partecipazione con fedeltà ed onore alle operazioni belliche con la riduzione, però, non la esclusione, del termine ordinario previsto dal c.p. comune per la riabilitazione.

Attenzione: questa ipotesi di riabilitazione vale per tutti i reati: comuni e militari.

È per questo che l'istituto è distinto dalla riabilitazione militare che, invece, è causa estintiva delle pene militari accessorie e degli effetti penali militari della condanna. Invece, l'istituto della riabilitazione di guerra è in istituto di diritto eccezionale, ma che si estende a tutte le fattispecie.

L'art. 45 del c.p.m.g. prevede, poi, un caso aggiuntivo a seguito di invalidità per lesioni o infermità riportate nel corso delle operazioni belliche cui si ricollegli il diritto alla pensione privilegiata di guerra.

Sono esclusi dalla riabilitazione militare di guerra, che pure, però, abbraccia reati comuni e reati militari, i reati infamanti esplicitamente tipizzati dall'art. 46 c.p.m.g. (es. tradimento, spionaggio etc.)

#### f) *Il cd. condono (art. 28 c.p.m.g.)*

Il c.p.m.g. prevede anche un istituto aggiuntivo che è assolutamente caratteristico del diritto penale militare e non trova figure corrispondenti nel diritto penale comune: si tratta del cd. *condono* di cui all'art. 28 c.p.m.g.

Il *condono* è una causa speciale di estinzione della pena. Il potere di condonare alcune specie di pena è del comandante supremo o, in casi eccezionali (es. spedizioni all'estero) al comandante di corpo e si può esercitare soltanto durante lo stato di guerra.

L'istituto è assimilabile alla grazia e all'indulto per quanto riguarda gli effetti, ma non è una facoltà del Presidente della Repubblica: è una facoltà eccezionalmente ricondotta ad un organo diverso: Comandante Supremo o Comandante di reparto nel caso di spedizione all'estero; ma l'effetto estintivo è quello di una grazia o di un indulto. A differenza della grazia, però, non è un potere del Presidente. A differenza dell'indulto è un potere che si esercita individualmente e non collettivamente nei confronti dei condannati ad una determinata sanzione. Ha maggiori affinità con la grazia, però ne differisce perché l'art. 87 della Costituzione limita questo potere al Presidente.

L'art. 28 c.p.m.g., in definitiva, attribuisce al comandante supremo il potere estintivo, esercitabile mediante provvedimenti individuali, delle pene detentive non superiori a un anno e delle pene pecuniarie, irrogate dai tribunali militari di guerra.

Attenzione: è limitato allo stato di guerra; riguarda le sole condanne irrogate dai Tribunali militari di guerra e le sole pene detentive entro un anno e le pene pecuniarie<sup>46</sup>. Estingue solo le pene principali e non le pene accessorie e gli effetti penali della condanna.

---

<sup>46</sup> Essendo opinione corrente che la norma sia applicabile solo per i reati commessi durante lo stato di guerra, solo una opportuna estensione legislativa potrebbe renderla applicabile anche ai reati commessi in tempo di pace, ma ciò rischierebbe di rendere l'istituto costituzionalmente illegittimo per la sua sovrapposibilità alla grazia, il cui potere è demandato al Capo dello Stato in via esclusiva dall'art. 87 Cost.

## Compensatio lucri cum damno

### *Compensation of profits with damages*

di Gaetana NATALE<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** L'articolo affronta la delicata tematica della *compensatio lucri cum damno* che pone sia i giudici che gli avvocati di fronte al difficile compito di stabilire cosa è effettivamente il "danno risarcibile". Partendo dall'esame di recenti sentenze della Corte di Cassazione, l'Autore descrive - anche alla luce delle teorie dottrinarie prevalenti - quali possano essere casistiche e modalità di sottrazione degli emolumenti di carattere indennitario dal complessivo importo dovuto al danneggiato a titolo di risarcimento del danno. Infine, il presente contributo, dal carattere divulgativo, evidenzia il recente giudicato della Suprema Corte sul caso Ustica, ponendo in luce l'avvenuto rispetto dei principi europei di diritto delle responsabilità.

*The article deals with the delicate issue of "Compensation of profits with damages" which places both judges and lawyers in front of the difficult task of establishing what is actually the "compensable damage". Starting from the examination of recent judgments of the Court of Cassation, the Author describes - also in the light of prevailing doctrinal theories - which may be cases and methods of subtracting emoluments of a compensatory nature from the total amount due to the damaged by way of compensation for damage. Finally, the present contribution, which is informative, highlights the recent judgment of the Supreme Court on the Ustica case, highlighting the compliance with the European principles of liability law.*

Il tema della *compensatio lucri cum damno* pone sia i giudici che gli avvocati di fronte ad un problema basilare nell'ambito della tematica della responsabilità civile, ossia quello di definire cosa è effettivamente il "danno risarcibile".

Il principio della *compensatio lucri cum damno* o dell'*aliunde perceptum* (principio non previsto nelle fonti romane, ma elaborato per la prima volta in una glossa di Bartolo e poi dalla pandettistica) non è sancito espressamente in uno specifico articolo del codice civile italiano del 1942 (contrariamente al codice tedesco, § 249 BGB "Schadensersatz"), ma risponde *ex art.* 1223 c.c. ad una logica redistributiva degli effetti positivi e negativi scaturente non solo dal fatto illecito produttivo del danno ma anche dall'inadempimento qualificato in tema di responsabilità contrattuale.

Occorre allora chiedersi in una prospettiva valoriale se la *compensatio* sia un principio generale o se sia solo una regola operativa, ossia una tecnica di liquidazione del danno.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione con ben quattro sentenze **n. 12564, 12565, 12566, 12567 pubblicate il 22 maggio 2018** hanno cercato di chiarire in quali casi e in che termini sia possibile o meno sottrarre dal complessivo importo dovuto al danneggiato a titolo di risarcimento del danno gli emolumenti di carattere indennitario versati dagli assicuratori privati o sociali ovvero da enti pubblici, specie previdenziali.

In particolare con la sentenza n. 12565/2018 la Suprema Corte di Cassazione ha affrontato la seguente questione specifica: se, nella liquidazione del danno da fatto illecito, dal computo del pregiudizio sofferto dalla compagnia aerea titolare del velivolo abbattuto nel disastro aviatorio di Ustica, andava defalcato quanto essa avesse ottenuto a titolo di indennizzo assicurativo per la perdita dell'aereo.

Nella motivazione della suddetta sentenza la Suprema Corte di legittimità ripercorre i precedenti orientamenti giurisprudenziali: «*Secondo un primo indirizzo indennità assicurativa e*

---

<sup>1</sup> Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura Generale dello Stato - Sezione V, a difesa del Ministero della Difesa.

*risarcimento del danno sono cumulabili se l'assicuratore non esercita la surrogazione: poiché la surrogazione, ai sensi dell'art.1916 cc, non è un effetto automatico del pagamento dell'indennità, ma una facoltà il cui esercizio dipende dall'assicuratore, qualora costui non si avvalga di tale facoltà, il danneggiato può agire per il risarcimento del danno nei confronti del terzo responsabile senza che questi, estraneo al rapporto di assicurazione, possa opporgli l'avvenuta riscossione dell'indennità assicurativa.....Secondo tale orientamento, il cumulo di indennizzo e risarcimento non è precluso dal principio della compensatio lucri cum damno, destinato a trovare applicazione solo nel caso in cui il vantaggio ed il danno siano entrambi conseguenza immediata e diretta del fatto illecito, quali suoi effetti contrapposti, e, quindi, non operante allorchè l'assicurato riceva dall'assicuratore contro i danni il relativo indennizzo a causa del fatto illecito del terzo. Tale prestazione ripete, infatti, la sua fonte e la sua ragione giuridica dal contratto di assicurazione e cioè da un titolo diverso ed indipendente dall'illecito stesso, il quale costituisce soltanto la condizione, perché questo titolo spieghi la sua efficacia, senza che il correlativo effetto di incremento patrimoniale eventualmente conseguito dall'assicurato possa incidere sul quantum del risarcimento dovuto dal danneggiante.....*

*Secondo un opposto orientamento-espreso da Cass.Sez.III,11 giugno 2014 n.13233, in un caso di assicurazione contro gli infortuni non mortali-indennità assicurativa e risarcimento del danno assolvono ad un'identica funzione risarcitoria e non possono cumulativamente convivere: la percezione dell'indennizzo, da parte del danneggiato, elide in misura corrispondente il suo credito risarcitorio nei confronti del danneggiante, che pertanto si estingue e non può essere più preteso, né azionato. Come l'assicuratore può legittimamente rifiutare il pagamento dell'indennizzo, ove l'assicurato abbia già ottenuto l'integrale risarcimento del danno dal responsabile, così il responsabile del danno può legittimamente rifiutare il pagamento del risarcimento allorchè l'assicurato abbia già ottenuto il pagamento dell'indennità dal proprio assicuratore privato contro i danni».*

Dalla lettura della motivazione si evince che la Suprema Corte di Cassazione ha sentito la necessità di esporre in maniera analitica le due tesi che tra loro si contrappongono, ossia quella **dell'unicità causale e quella della regolarità causale ex artt. 40 e 41 cp.** L'orientamento tradizionale (e maggioritario) della Suprema Corte di Cassazione - al quale ha sostanzialmente aderito il Giudice Amministrativo (Consiglio di Stato Ad. Plen. N.1/2018) - aveva dato una rigorosa interpretazione del requisito **dell'unità (ovvero identità) della causa.** Secondo Cass. civ., sez. III, 30 settembre 2014, n. 20548 *“In tema di risarcimento del danno da illecito, il principio della compensatio lucri cum damno trova applicazione unicamente quando sia il pregiudizio che l'incremento patrimoniale siano conseguenza del medesimo fatto illecito, sicché non può essere detratto quando già percepito dal danneggiato a titolo di pensione di inabilità o di reversibilità, ovvero a titolo di assegni, di equo indennizzo o di qualsiasi altra speciale erogazione connesso alla morte o all'invalidità, trattandosi di attribuzioni che si fondano su un titolo diverso dall'atto illecito e non hanno finalità risarcitoria.”*

Aveva ancora affermato Cass. civ., sez. III, 2 marzo 2010, n. 4950 che *“il principio della compensatio lucri cum damno trova applicazione solo quando il lucro sia conseguenza immediata e diretta dello stesso fatto illecito che ha prodotto il danno non potendo il lucro compensarsi con il danno se trae la sua fonte da titolo diverso”*: in applicazione di tale principio la Corte aveva cassato la sentenza impugnata nella parte in cui, ai fini della liquidazione del danno alla persona derivante da un sinistro stradale, aveva detratto dall'importo dovuto la somma versata al danneggiato dal suo datore di lavoro, in aggiunta al trattamento di fine rapporto, quale incentivo di natura contrattuale per anticipare le dimissioni, giacchè, secondo i Giudici della legittimità, tale importo trae titolo dal rapporto di lavoro e non dal fatto illecito causativo del danno. In conclusione, secondo questa impostazione esegetica, affinché possa richiamarsi il principio della *compensatio lucri cum damno* il vantaggio deve derivare direttamente dal fatto illecito e non da fattori causativi distinti ed ulteriori, pur se questi a loro volta conseguono *ope legis* (ovvero *ex contractu*) al dato materiale del pregiudizio subito dal danneggiato: il nesso che lega illecito e vantaggio deve, quindi, essere anche materialisticamente immediato e non tollera intermediazioni eziologiche di alcun genere.

Un secondo orientamento aveva, invece, sostenuto che l'indennizzo eventualmente già corrisposto al danneggiato può essere interamente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento del danno (*compensatio lucri cum damno*), venendo altrimenti la vittima a godere di un ingiustificato arricchimento consistente nel porre a carico di un medesimo soggetto due diverse attribuzioni patrimoniali in relazione al medesimo fatto lesivo (Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2013, n. 6573; id. sez. VI, 24 settembre 2014 n. 20111).

Questo orientamento rappresenta l'applicazione pratica del **principio della indifferenza** o **del cd. teorema della "terza"** (in dottrina Pardolesi, Franzoni), ossia il principio secondo il quale dopo il risarcimento il patrimonio del danneggiato non deve subire mutamenti: in altri termini il risarcimento deve ricostituire il patrimonio del danneggiato nella sua configurazione originaria e non costituire arricchimento.

Più precisamente con "**teorema della terza**" si fa riferimento a quella elaborazione dottrinarica che propone una rilettura dell'art. 2043 c.c. nei seguenti termini: «*Qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno, sempre che tale danno non sia stato risarcito da un terzo per legge o per contratto*». Alla base di tale conclusione è, tra l'altro, l'assunto che laddove il danno sia anche elemento costitutivo di una fattispecie, di fonte normativa o negoziale, costitutiva di una provvidenza a favore del danneggiato, non può essere negato che, alla luce dell'unitaria teoria della causalità accolta nel nostro ordinamento (art. 40 e ss. c.p.), siffatta provvidenza sia un effetto giuridico "immediato e diretto" della condotta che quel danno ha provocato, giacché da esso deriva secondo un processo di lineare regolarità causale.

Si è aggiunto (Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2016, n. 9978) che l'eventuale somma percepita dal danneggiato a titolo indennitario esclude comunque *funditus* la sussistenza stessa, in parte qua, di un danno: un danno indennizzato, infatti, non è più, per la parte indennizzata, tale, almeno nell'orbita di un sistema di responsabilità civile come il nostro che, salvo spunti di carattere (ancora) settoriale, rifugge da intenti punitivi, sanzionatori o, comunque, *latu sensu* afflittivi per il danneggiante (appannaggio di altre branche dell'ordinamento) e si pone il solo scopo di rimediare, mediante la ricostruzione (in forma specifica o per equivalente monetario) del patrimonio del danneggiato, ad un'alterazione patrimoniale o patrimonialmente valutabile della sua sfera giuridica occorsa *non iure e contra ius*.

Del resto, il cumulo di benefici di carattere indennitario, da un lato, e del risarcimento del danno, dall'altro, determinerebbe una locupletazione del danneggiato (il cui patrimonio, dopo l'evento di danno, risulterebbe addirittura incrementato rispetto a prima), strutturalmente incompatibile con la richiamata natura meramente reintegratoria della responsabilità civile.

In conclusione, la diversità dei presupposti fra le varie provvidenze indennitarie previste dal contratto o dalla legge ed il risarcimento del danno da illecito civile (sia esso contrattuale od extracontrattuale) non giustifica quanto affermato dall'orientamento tradizionale: l'oggettiva identità del pregiudizio, che ambedue gli istituti vanno a riparare, si sostiene, ne esclude la cumulabilità ed impone, di contro, di defalcare dalla somma dovuta a titolo di risarcimento l'eventuale importo riconosciuto al danneggiato in via indennitaria, che, in quanto avvinto al fatto illecito da un nesso (di carattere normativo o negoziale) di regolarità causale, né è, agli affetti giuridici, conseguenza "immediata e diretta" nell'accezione che di essa dà il diritto vivente.

La particolare attenzione rivolta alle problematiche della *compensatio* da parte della dottrina e della giurisprudenza è dovuta al fatto che oggi più che mai la responsabilità civile è una parte consistente del sistema economico-sociale di allocazione dei costi e delle risorse secondo l'analisi economica del diritto. Si pensi alla teoria della *loss distribution* della dottrina nord-Americana di Coleman e Fleming e alla necessità di individuare il c.d. «*primary cost bearer*» e il «*gap filler*», o anche alla **teoria di Shavell**, teorie secondo le quali occorre che il risarcimento del danno, secondo una logica non solo di compensazione, ma anche di deterrente, riporti i costi sociali sulla curva di indifferenza, intesa come punto di equo contemperamento tra costi sociali e risorse economiche.

La prassi delle assicurazioni contro gli infortuni ha da tempo adattato le clausole di rinuncia al diritto di surrogazione ex art. 1916 c.c. che consente il cumulo, importante *driver* commerciale delle polizze assicurative (cfr. art. 142 IV comma Cod. ass. private d.lgs. n. 205/2009).

Tutto ciò induce a considerare la *compensatio* una regola operativa di liquidazione del danno (comprensivo di lucro cessante e danno emergente) che non può non tenere conto dell'*aliunde perceptum* in una logica di correlatività stretta fra esternalità negative e positive, volendo usare un linguaggio più economico che giuridico.

La *compensatio* deve basarsi sull'unicità, omogeneità del titolo giuridico.

Il problema è definire tale unicità: occorre considerare l'unicità della radice causale o l'omogeneità degli effetti? La risposta dipende dalla concezione che si ha della responsabilità civile:

- **compensativa**, volta cioè al ripristino dello status quo ante, principio dell'indifferenza;  
- **sanzionatoria**, punitiva, secondo quanto statuito in tema di *punitive damages* dalla sentenza SS.UU. 5 luglio 2017 n. 16601 che ha affermato una "nuova" natura polifunzionale della responsabilità civile.

Certamente assumono un rilievo decisivo **l'unicità del soggetto erogatore**, del risarcimento e dell'eventuale indennizzo e la **natura dell'obbligazione volontaria o sociale**. L'elemento catalizzatore di tutte le fattispecie di *compensatio* è senz'altro il principio indennitario ex art. 1909 c.c. e 1910 c.c.

Tali articoli declinano in norme positive il cd "principio dell'indifferenza" del risarcimento: in altri termini il risarcimento del danno non può rendere la vittima dell'illecito né più ricca né più povera di quanto non fosse prima della commissione dell'illecito. Tale principio indennitario si desume anche dall'art 1223 c.c. (secondo cui il risarcimento deve includere solo la perdita subita e il mancato guadagno); dall'art 1149 c.c. (che prevede la compensazione tra il diritto del proprietario alla restituzione dei frutti e l'obbligo di rifondere al possessore le spese per produrli); dall'art. 1479 c.c. (che nel caso di vendita di cosa altrui prevede la compensazione tra il minor valore della cosa e il rimborso del prezzo); art. 1592 c.c. (che prevede la compensazione del credito del locatore per i danni alla cosa con il valore dei miglioramenti).

Il principio della *compensatio* si rinviene anche in alcune norme speciali: art. 1 comma 1 bis della l. n. 20 del 1994 (compensazione del danno causato dal pubblico impiegato con i vantaggi conseguiti dalla pubblica amministrazione), o art. 33, comma 2 del d.P.R. n. 327 del 2011 (il quale in tema di espropriazione per pubblica utilità prevede la compensabilità del credito per l'indennità espropriativa col vantaggio arrecato al fondo). Da tali previsioni discende la considerazione che il risarcimento non può creare in favore del danneggiato una situazione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se il fatto dannoso non fosse avvenuto, immettendo nel suo patrimonio un valore economico maggiore della differenza patrimoniale negativa indotta dall'illecito.

Secondo, dunque, i sostenitori del principio dell'indifferenza, il risarcimento spettante alla vittima dell'illecito andrà ridotto in tutti i casi in cui, senza l'illecito, la percezione del vantaggio patrimoniale sarebbe stata impossibile. Tale condizione si profila in tutti i casi in cui, senza illecito, la percezione del vantaggio patrimoniale sarebbe stata impossibile.

Tale condizione ricorre anche in tutti i casi in cui il vantaggio dovuto alla vittima è previsto da una norma di legge che fa dell'illecito, ovvero del danno che ne è derivato, uno dei presupposti di legge per l'erogazione del beneficio.

Tale requisito sussisterà, dunque, di norma:

- a) rispetto al credito risarcitorio per danno biologico, quando la vittima di lesioni personali abbia percepito dall'INAIL l'indennizzo del danno biologico, ai sensi del d.lgs. 23 febbraio 2000 n. 38 art. 13;
- b) Rispetto al credito risarcitorio per danno patrimoniale da incapacità lavorativa, quando la vittima di lesioni personali, avendo patito postumi permanenti superiori al 16%, abbia percepito dall'INAIL una rendita maggiorata, e limitatamente a tale maggiorazione;
- c) rispetto al credito risarcitorio per danno patrimoniale da incapacità lavorativa, quando la vittima di lesioni personali abbia percepito dall'INPS la pensione di invalidità (l. n. 118/71);
- d) rispetto al credito risarcitorio per danno patrimoniale da spese mediche e d'assistenza, quando la vittima di lesioni personali abbia percepito dall'INPS l'indennità di accompagnamento (l. n. 18/1980);

- e) rispetto al credito risarcitorio per danno patrimoniale da perdita delle elargizioni ricevute da un parente deceduto, quando il superstite abbia percepito dall'INAIL la rendita di cui al d.P.R. 30 giugno 1965 n. 124, art. 66, comma 1, n° 4, ovvero una pensione di reversibilità.
- f) rispetto al credito risarcitorio vantato nei confronti del Ministero della Salute per danni patrimoniali e non patrimoniali scaturenti da emotrasfusioni quando il danneggiato abbia percepito dalle Regioni l'indennizzo ex l. n. 210/1992. Si precisa che in tal caso il Ministero della Salute, trovandosi spesso nella difficoltà di conoscere l'esatto importo del suddetto indennizzo erogato da un altro soggetto pubblico (ASL –Regioni), nell'eccepire la compensazione, si trova nella necessità di chiedere al giudice in via istruttoria l'ordine di esibizione documentale ex art.210 c.p.c.

I casi sopracitati sono quelli menzionati nell'ordinanza n. 15534 del 22.06.2017 della III sez. della Cass. civ., la quale ha precisato che *“Ciò vale, ovviamente, anche nel caso di assicurazione contro i danni, dove il beneficio (indennizzo) ha natura contrattuale, essendo però la legge (artt. 1904 c.c. e ss.) a tipizzare il contratto in funzione del "danno sofferto dall'assicurato in conseguenza del sinistro" (principio indennitario), limite coesenziale alla funzione stessa del contratto assicurativo, e rimosso il quale quest'ultimo degenererebbe in una scommessa.”*

La suddetta ordinanza, (dopo aver precisato che sul piano processuale la *compensatio* non è un'eccezione in senso stretto, ma è rilevabile d'ufficio (Cass,SU 7/5/2013 n.10531), sebbene non sottratta ad un onere di allegazione (Cass. 24.9.2014n.20111 e Cass.10.5.2016 n.9434) attraverso un approccio multilivello, ha chiarito che: *«la regola secondo cui la stima del danno deve tener conto dei vantaggi realizzati dalla vittima, che siano conseguenza dell'illecito, risulta:*

- a) *condivisa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale ha affermato che in un giudizio di responsabilità l'eccezione di compensatio “non si può, in via di principio, considerare infondata” (Corte Gius. CE 4 ottobre 1979, Deutsche Getreideverwertung in cause riunite C-241/78 ed altre);*
- b) *recepita dai principi europei di diritto della responsabilità (Principles of European Tort Law –PETL art. 10:103, i quali ovviamente non hanno valore normativo ma costituiscono pur sempre un utile criterio guida per l'interprete».*

Queste considerazioni vengono riprese nella sentenza Cass. sez. un. n. **12565/2018** e precisamente a pag. 23, dove si legge testualmente: *«Analogo è la direttiva seguita dal Draft Common Frame of Reference. Secondo l'art. 6.103 del libro VI, dedicato alla equalisation of benefits, i vantaggi derivanti al soggetto che abbia sofferto un danno giuridicamente rilevante in conseguenza dell'evento dannoso non debbono essere presi in considerazione nel quantificare il danno, a meno che sia giusto e ragionevole farlo, avuto riguardo al tipo di danno sofferto, alla natura della responsabilità addebitata alla persona che ha causato il danno e, quando il beneficio sia erogato da un terzo, allo scopo perseguito conferendo il beneficio.*

*Nell'una e nell'altra prospettiva, pertanto, si è ben lontani dal suggerire una regola categoriale destinata ad operare in modo “bilancistico”: c'è, piuttosto, l'invito ad instaurare un confronto tra il danno e il vantaggio che di volta in volta viene in rilievo, alla ricerca della ragione giustificatrice del beneficio collaterale e, quindi, di una ragionevole applicazione del diffalco.*

*La selezione tra i casi in cui ammettere o negare il diffalco deve essere fatta, dunque, per classi di casi, passando attraverso il filtro di quella che è stata definita la “giustizia” del beneficio e, in questo ambito, considerando la funzione specifica svolta dal vantaggio.*

*Così, nel caso di assicurazione sulla vita, l'indennità si cumula con il risarcimento, perché si è di fronte ad una forma di risparmio posta in essere dall'assicurato sopportando l'onere dei premi, e l'indennità, vera e propria contropartita di quei premi, svolge una funzione diversa da quella risarcitoria ed è corrisposta per un interesse che non è quello di beneficiare il danneggiante.*

*Una verifica per classi di casi si impone anche per accertare se l'ordinamento abbia coordinato le diverse risposte istituzionali, del danno da una parte e del beneficio dall'altra, prevedendo un meccanismo di surroga o di rivalsa, capace di valorizzare l'indifferenza del risarcimento, ma nello stesso tempo di evitare che quanto erogato dal terzo al danneggiato si traduca in un vantaggio inaspettato per l'autore dell'illecito....».*

Nel prosieguo della motivazione della sentenza n. 12565/2018 la Corte richiama le conclusioni del pubblico ministero secondo il quale sono «*due i presupposti essenziali per poter svolgere la decurtazione del vantaggio: accanto al contenuto “per classi omogenee o per ragioni giustificatrici, del vantaggio, la previsione, appunto, di un meccanismo di surroga, di rivalsa o di recupero, che “instaura la correlazione tra classi attributive altrimenti disomogenee”.*».

L'obiezione che viene mossa all'applicazione della *compensatio* attiene al pagamento dei premi assicurativi. Si obietta infatti che, avendo l'assicurato pagato i premi, egli avrebbe comunque diritto all'indennizzo in aggiunta al risarcimento, altrimenti il pagamento dei premi sarebbe *sine causa*.

Ma il pagamento del premio è in sinallagma col trasferimento del rischio e non con il pagamento dell'indennizzo, altrimenti il contratto d'assicurazione si trasformerebbe in una scommessa, venendo meno il requisito strutturale-funzionale del rischio che, ai sensi dell'art. 1895 c.c. deve configurarsi come la possibilità di un avveramento di un evento futuro, incerto, dannoso e non voluto.

La prospettiva non è quella della coincidenza formale dei titoli, ma quella del collegamento funzionale tra la causa dell'attribuzione patrimoniale e l'obbligazione risarcitoria.

Le Sezioni Unite, affermando per il caso Ustica il principio di diritto, secondo il quale «*il danno da fatto illecito deve essere liquidato sottraendo dall'ammontare del danno risarcibile l'importo dell'indennità assicurativa derivante da un'assicurazione contro i danni che il danneggiato-assicurato abbia riscosso in conseguenza di quel fatto*», delineano nel contempo la necessità di adottare una tecnica casistica che si basi, in un'ottica valoriale e solidaristica ex art. 2 Cost., sul “***the purpose of the benefit***” (richiamato dai *Principles of European Tort Law-PETL* art. 10:103), ossia sullo scopo o “ragione giustificatrice del beneficio” per settori di disciplina e per classi omogenee di beni/interessi giuridici protetti, al fine di approdare ad un risarcimento che rappresenti un equo ristoro delle conseguenze dannose subite dal danneggiato, ma non occasione di ingiustificato arricchimento.

## **Provvedimento di esclusione da un concorso pubblico di forza armata e sopravvenienze di fatto e di diritto: interferenze con la disciplina processual penalistica.**

Le aperture della Sez. I<sup>^</sup> Bis del Tar Lazio

*Ruling of exclusion from a public competition of armed force and legal and factual occurrences: interference with the penal procedure.*

*The openings of the Sec. I<sup>^</sup> of the Lazio Tar*

di *Massimiliano Strampelli*<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** Questione: posto che lo “ status” di **imputato** costituisce ai sensi dell’art. 635, comma 1, lett. g), del Codice dell’Ordinamento Militare causa espressa di esclusione dalla procedura concorsuale quando si deve considerare integrato il medesimo e quali conseguenze nel caso di evenienze del processo penale favorevoli al candidato rispetto al momento di presentazione della domanda?<sup>2</sup>

*Issue: considering that the "status" of defendant constitutes (article 635, paragraph 1, lett. g), of the Code of Military System) express cause of exclusion from the public competition, when it must be considered integrated and what consequences in the case of contingencies of the criminal trial favorable to the candidate compared to the time of submission of the application?*

**Sommario: 1. La casistica – 2. Come e quando si acquisisce lo status di imputato a norma del c.p.p. – 3. Ipotesi interpretativa – 4. Conclusioni**

### **1. La casistica**

I casi più significativi recentemente scrutinati dalla giurisprudenza amministrativa richiamata hanno nello specifico riguardato i casi di:

a) decadenza dalla ferma prefissata annuale nell’E.I. per un militare che, aveva presentato domanda di reclutamento quale v.f.p. 4, pur essendo destinatario di un decreto penale di condanna emesso dal G.i.p. in ordine al reato di tentato furto (risolto in senso sfavorevole al ricorrente in ragione dell’applicazione di un criterio c.d. “ formalistico”);

b) mancata ammissione alla riafferma biennale, con conseguente provvedimento di congedo, di un caporale maggiore che, a seguito della presentazione della domanda, veniva interessato da un decreto di citazione diretta a giudizio per il reato di concorso in furto (risolto in senso positivo per il ricorrente in base all’applicazione in un criterio c.d. “ sostanzialistico”);

c) esclusione dalla graduatoria di volontario in servizio permanente del militare che, seppure dopo la presentazione della domanda, era stato raggiunto da una richiesta di rinvio a giudizio del pubblico ministero in ordine al reato militare di abbandono di posto aggravato (artt. 118 e 47 n.2 c.p.m.p. ) e successivamente assolto, prima che avvenisse la pubblicazione della graduatoria finale (risolto in senso positivo per il ricorrente, sempre in virtù del criterio c.d. “ sostanzialistico”);

d) esclusione di un sottocapo della Marina Militare dalla procedura di reclutamento in servizio permanente, con conseguente collocamento in congedo per cessazione della ferma, in quanto destinatario di un decreto penale di condanna ritualmente opposto nel corso dell’espletamento del concorso, successivamente assolto, all’esito del giudizio di merito conseguente all’opposizione (risolto in senso positivo per il ricorrente per l’applicazione del criterio c.d. “ sostanzialistico”);

---

<sup>1</sup> Avvocato del Foro di Roma.

<sup>2</sup> Articolo sottoposto alla procedura di *double blind peer review*.

## 2. Come e quando si acquisisce lo status di imputato a norma del c.p.p.

La disamina delle sei ipotesi indicate dall'art. 60 del c.p.p. consente di formulare alcune fondamentali considerazioni in relazione al modello di processo accusatorio prefigurato dal legislatore del 1989.

Prevede, infatti, l'art. 60 c.p.p. che la qualità di imputato si assume con l'attribuzione di un reato a seguito: 1) richiesta di rinvio a giudizio; 2) richiesta di giudizio immediato; 3) decreto penale di condanna 4) applicazione della pena su richiesta delle parti; 5) decreto di citazione diretta a giudizio; 6) nel giudizio direttissimo.

A ben vedere, le varie ipotesi si differenziano tra loro, in considerazione delle differenti modalità di intervento da parte dell'organo giudicante e della rilevanza, con riferimento all'acquisizione dello *status* di imputato, dell'intermediazione e del vaglio del fatto costituente reato da parte del giudice.

In particolare, nella prima ipotesi (assume la qualità di imputato... la persona alla quale è attribuito il reato nella richiesta di rinvio a giudizio...), la valutazione del giudice può condurre anche alla dichiarazione di non luogo a procedere (art. 425 c.p.p.), così da estinguere l'originaria qualifica di imputato prima della celebrazione del processo.

Lo stesso dicasi nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti, a norma dell'art. 447 c.p.p.: in tal caso il dissenso del giudice comporta la caducazione dell'imputazione, con conseguente restituzione degli atti all'organo inquirente, e il soggetto riacquista lo *status* di indagato, impregiudicato ogni successivo esito del procedimento.

Precedentemente a tali iniziative giudiziarie – dunque – ai sensi dell'art. 61 c.p.p., il militare coinvolto da un'indagine preliminare e iscritto nel registro delle notizie di reato (o degli indagati), ex art. 335 c.p.p., è da considerarsi esclusivamente un'indagato che, tuttavia, beneficia – ai sensi dell'art. 61 del c.p.p. – delle stesse garanzie e facoltà riconosciute all'imputato.

La posizione dell'imputato nell'ordinamento processuale penale è, dunque, coesistente alle garanzie costituzionali di libertà della persona e di innocenza della stessa fino a sentenza di condanna divenuta irrevocabile; l'imputato gode, pertanto, di posizioni giuridiche soggettive di vantaggio (diritti, facoltà e/o poteri) che sono strumentali al diritto di Difesa costituzionalmente garantito.

## 3. Ipotesi interpretativa

E' possibile, nell'ambito del diritto amministrativo – in particolar modo con riferimento alle esigenze sottese alle procedure di reclutamento che vedano coinvolti candidati interessati da un procedimento penale in quanto destinatari di un'ipotesi accusatoria – enucleare **un concetto di imputazione diverso da quello strettamente processual-penalistico?**

Quale rilievo è possibile, inoltre, riconoscere alle successive vicende processuali che portino al proscioglimento del candidato imputato e, quindi, per tale ragione, inizialmente escluso dalla procedura di reclutamento?

Il tema è di stretta attualità e sostanzialmente due sono gli orientamenti che si stanno delineando oggi nella giurisprudenza amministrativa e che risultano tra loro in contrapposizione.

Semplificando potremmo dire che a una tesi di tipo “formalistico” si contrappone una tesi “sostanzialistica” fatta propria – di recente – dal Tar Lazio di Roma Sez. I<sup>^</sup> bis (al quale è notoriamente affidata, per materia, la competenza sui militari).

**TESI FORMALISTICA:** è la tesi fatta propria dalla IV<sup>^</sup> Sezione del Consiglio di Stato (1)<sup>3</sup> secondo cui l'assunzione della qualità di imputato è esclusivamente e univocamente rinvenibile nell'art. 60 del c.p.p.

La norma processuale penale deve essere necessariamente interpretata alla luce del combinato disposto di cui all'art. 635, co.1, lett. g), del Codice dell'Ordinamento Militare che prevede – quale causa impeditiva al reclutamento nelle FF.AA. – l'essere “*stati condannati per delitti non colposi, anche con sentenza di applicazione della pena su richiesta, a pena condizionalmente sospesa o con*

<sup>3</sup> Cons. Stato sez. IV<sup>^</sup>, Sent., (ud. 30.11.2017) 01.12.2017, n.5626;

decreto penale di condanna”, ma anche l’“essere in atto **imputati in procedimenti per delitti non colposi**”.

La rigorosa applicazione di tale impostazione comporta, quale conseguenza necessitata, che l’Amministrazione – nel prendere atto dell’assunzione della qualità di imputato – antecedentemente o comunque prima della conclusione della procedura di reclutamento - debba dichiarare l’insussistenza dei requisiti di partecipazione al concorso.

Tale interpretazione risulta, ad avviso dei giudici amministrativi, connaturata sia a un principio di particolare severità selettiva (e, quindi, di *buon andamento* della P.A., ai sensi dell’art. 97 della Costituzione), sia a un concorrente principio di rigorosa tutela della *par condicio* dei candidati che, nella sua estrema configurazione, postula che tutti i requisiti di partecipazione al concorso debbano essere posseduti dalla data di presentazione della domanda e sino alla pubblicazione della graduatoria finale, con conseguente atto di nomina e/o incorporazione.

Aderendo ai postulati di tale tesi “formalistica”, l’assunzione della qualità di imputato deve essere univocamente individuata in base alle norme del codice di procedura penale e, in particolare, *nel momento genetico dell’esercizio dell’azione penale da parte del P.m.*

Riveste, dunque, la qualifica di imputato colui al quale – indifferentemente – sia attribuito un reato con l’emissione di un decreto di citazione a giudizio, *ex art. 550 c.p.p.* o con la richiesta di rinvio a giudizio o di un decreto penale di condanna.

Potrà evidentemente trattarsi sia di un reato comune che di un reato previsto dal codice penale militare, così come l’Autorità giudiziaria procedente potrà essere sia quella ordinaria che quella militare.

La conseguenza di tale rigorosa e formale impostazione - in base alla quale il concetto di **imputazione proprio del sistema penale sarebbe valido anche a fini tipicamente amministrativi** – risulta essere, mutuando le conclusioni alle quali sono pervenuti i giudici di Palazzo Spada, l’irrelevanza delle sopravvenienze di fatto o di diritto rispetto ai provvedimenti di esclusione dalla procedura di gara, adottati in ragione della qualifica di imputato posseduta dal candidato.

Conseguentemente, anche l’intervenuto proscioglimento nel merito (c.d. assoluzione) o la declaratoria dell’assenza di una condizione di procedibilità (il caso tipico è quello della remissione della querela, ma per i reati militari vale anche la mancata richiesta di procedimento da parte del Comandante di Corpo dell’interessato) non può incidere in alcun modo sul vaglio di legittimità dell’azione amministrativa della Commissione di gara che di tale sopravvenienza non abbia tenuto conto.

A tal fine è del tutto irrilevante, anzi, l’assenza di qualunque indicazione nei certificati del casellario giudiziale rilasciati a richiesta dell’interessato, dovendosi considerare l’esclusione dal concorso conseguente alla assunzione della qualifica di imputato, un effetto *ex lege*.

**TESI SOSTANZIALISTICA:** è la tesi fatta propria – con recentissimo orientamento – dal Tar del Lazio, Sez. I<sup>^</sup> bis (competente in materia di Forze armate e procedure concorsuali)<sup>4</sup>.

Tale tesi muove da un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 635, lett. g), del codice dell’ordinamento militare e dal necessario bilanciamento dei principi costituzionali coinvolti nella vicenda.

Secondo i giudici del Tar, la nozione di imputato tipica del diritto processuale penale è suscettibile di mutare accezione, in ragione della *lex specialis* che disciplina il peculiare contesto amministrativo.

In sostanza, si tratta di riconoscere i diversi ambiti di operatività della nozione di imputato e la diversa *ratio* che la stessa assume nelle differenti branche del diritto.

In particolare, nel processo penale lo “status” di imputato ha un’inegabile valenza garantista, finalizzata all’esercizio di diritti e facoltà strettamente connessi alle ragioni difensive e alla conseguente necessità di una tutela “anticipata” del soggetto a fronte di un’ipotesi accusatoria.

---

<sup>4</sup> T.a.r. Lazio Roma Sez. I<sup>^</sup> Bis, Sent. (ud.25.10.2017) 11.12.2017, n.12224; T.a.r. Lazio Roma Sez. I<sup>^</sup> Bis, Sent. (ud.07.03.2018), n.3417; T.a.r. Lazio Roma Sez. I<sup>^</sup> Bis, Sent. (ud.16.05.2018) 04.07.2018 n.7406;

Nell'ordinamento amministrativo – nello specifico nella fase di reclutamento dei militari – l'esigenza è, invece, quella di precludere l'accesso alle FF.AA. a soggetti i cui comportamenti siano connotati da sicuro disvalore sociale (condanna penale) ovvero da una valenza penalistica altamente probabile (imputati).

Pur tuttavia – ai fini di un ragionevole e *proporzionato* esercizio del potere di esclusione dalla compagine militare – è necessario che l'imputazione sia vagliata e ponderata da un soggetto terzo (in particolare che svolga funzioni giudicanti, quale il giudice dell'udienza preliminare), posto che una rigorosa e formalistica applicazione della nozione penalistica di imputato (a seguito, ad esempio, di un decreto di citazione a giudizio emesso dal P.m. ) risulterebbe eccessivamente pregiudizievole di altri diritti costituzionali che devono trovare adeguata e bilanciata tutela, quale, nello specifico, il diritto al lavoro.

In altri termini: solo quando il fatto contestato e oggetto di scrutinio penale è stato preventivamente valutato da un giudice terzo che ha ritenuto sussistente il *fumus commissi delicti*, l'esclusione del candidato appare misura adeguata e prevalente sulle personali esigenze e aspirazioni del cittadino.

Solo in questo modo è possibile – alla stregua dell'orientamento che si sta affermando presso i giudici amministrativi di primo grado – una penetrante e compiuta valutazione della mancanza dei prescritti requisiti morali e giuridici del candidato.

Proprio la novità della questione e l'assenza di un “ diritto vivente” impone al giudice amministrativo di ricercare un'interpretazione *teleologicamente orientata* dell'art. 635 lett. g) del codice dell'ordinamento militare.

La mancata formazione di un orientamento giurisprudenziale consolidato (appunto il c.d. “ diritto vivente”) non consente, infatti, di sollevare, almeno al momento, una questione di legittimità costituzionale e ciò, in ossequio al principio per cui una disposizione di legge può essere dichiarata costituzionalmente illegittima solo quando non sia possibile attribuirle un significato che la renda conforme agli invocati parametri costituzionali.

In ragione di questo orientamento la 1<sup>a</sup> Sezione del Tar Lazio ha, quindi, concluso che “**lo status di imputato**, previsto dalla normativa sopraindicata e costituente motivo di esclusione dal concorso, invero, **non può essere pedissequamente mutuato dal significato proprio dell'ordinamento penale**, perché, in tale contesto, l'istituto ha una funzione di garanzia dei diritti del cittadino, mentre tale nozione introdotta, senza i necessari correttivi nel giudizio amministrativo, avrebbe una funzione opposta, pregiudicando oltremodo il cittadino, facendo, cioè, prevalere una esigenza amministrativa di immissione nei ruoli militari di persone immuni da pregiudizi penali attraverso un mero riscontro formale” (cfr. Tar Lazio Sez. I<sup>a</sup> Bis. n. 8065/2017, n. 12224/17 e n. 3417/2018).

Ciò comporterebbe, infatti, “un possibile e irreversibile pregiudizio per il cittadino, sia per essere stato oggetto di un procedimento penale, nel caso in cui l'esito finale ha smentito l'originaria ipotesi investigativa, che per la perdita di chances di ottenere una prestigiosa attività lavorativa” (cfr. Tar Lazio Roma Sez. I<sup>a</sup> Bis. n. 3417 del 28 marzo 2018).

#### 4. Conclusioni

Ritiene chi scrive che la questione sia ben lungi dal conoscere una definitiva soluzione, potendosi semmai auspicare l'intervento sul punto di un pronunciamento del Supremo Consesso amministrativo, in Adunanza Plenaria, attesa la rilevanza degli interessi costituzionali coinvolti dalla tematica e l'esigenza di un necessario e opportuno bilanciamento degli stessi.

Certamente – si potrebbe concludere – la soluzione da ultimo adottata dai giudici del Tar Lazio appare fortemente influenzata dal fecondo dibattito dottrinario/giurisprudenziale sulla rilevanza delle sopravvenienze di fatto e di diritto nell'esercizio dei poteri della P.a., al fine di adeguare la necessaria discrezionalità dei poteri di quest'ultima rispetto alla complessa dinamica di interessi legittimi in continua evoluzione, in ragione dell'intreccio – come nel caso di specie – di fattispecie procedurali di diversa natura e funzione.

## L'anti-money laundering e gli oneri in capo al professionista nell'identificazione del cliente

*Anti-Money Laundering and professionalist's obligations on the client identification*

di Nicolò Giordana<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** L'articolo si propone di esaminare nel dettaglio la normativa vigente in materia di contrasto al fenomeno del riciclaggio di denaro non dimenticando le ultime novità portate sul tavolo giuridico dalla Direttiva (UE) 2018/843 secondo cui la prevenzione a detto evento criminoso trova la sua efficacia nel solo caso in cui l'ambiente circostante sia ostile a chi delinque cercando di proteggere le loro attività finanziarie attraverso strutture opache. Successivamente all'analisi degli obblighi vigenti e degli oneri posti in capo al professionista, sono richiamate ed analizzate le attività di regolamentazione della Guardia di Finanza, Autorità posta a vigilanza dell'impianto antiriciclaggio in Italia, e le regole in materia di conservazione della documentazione non dimenticando un richiamo agli aspetti sanzionatori della materia.<sup>2</sup>

*The objective of this article is to examine in depth the current Anti-Money Laundering Rule, not forgetting the latest innovations introduced by the EU Directive 2018/843 that say that the prevention of this crime is effective only in the case in which the surrounding environment is hostile for any person who are trying to protect his financial assets through illicit structures. After the analysis of the current rules and the obligations of the professional, the article reports and analyzes the regulatory activities of the Guardia di Finanza, the Authority that oversees the Anti-Money Laundering facility in Italy, and the rules on the conservation of documentation with a final reference to the sanctioning aspects.*

**Sommario:** 1. L'Anti-Money Laundering – 2. Il sistema di fonti giuridiche applicabile all'antiriciclaggio – 3. La verifica della clientela – 4. L'estrinsecazione dell'obbligo di adeguata verifica – 5. L'assolvimento dell'obbligo di verifica – 6. L'impulso regolamentare della Guardia di Finanza – 7. L'obbligato dell'AML Rule – 8. La conservazione della documentazione dell'attività verificatoria – 9. L'impianto punitivo – 10. Le novità introdotte dalla V Direttiva UE *Anty-Money Laundering*.

### 1. L'Anti-Money Laundering

Il riciclaggio di denaro, fenomeno tristemente noto alla modernità, è il reinvestimento di capitali illeciti in attività lecite. In altri termini il denaro sporco, tramite una serie di passaggi che possono involgere anche i professionisti, viene lavato e impiegato nei settori immobiliare, imprenditoriale e finanziario. Se pensiamo che tale pratica occupa circa il 10% del PIL mondiale comprendiamo l'importanza rilevante che questo fenomeno illecito riveste impattando negativamente con il nostro sistema e con l'economia in generale.

L'attuale disciplina punitiva del riciclaggio<sup>3</sup> prende le mosse dal D.L. 21 marzo 1978, n. 59, poi convertito nella L. 18 maggio 1978, n. 191 che inaugura un complesso *iter* legislativo concluso ad oggi con l'art. 648-bis c.p. Nella formulazione originaria del reato non si menzionava in modo espresso la parola "riciclaggio", veniva previsto un elenco chiuso di reati presupposto ed era prevista la clausola di riserva "fuori dai casi di concorso" che escludeva il c.d. autoriciclaggio. La prima norma che innova introducendo il termine oggi tanto in voga è l'art. 23 della L. 19 marzo 1990, n. 55 che ha altresì ampliato i reati presupposto prevedendo tra questi anche i delitti

<sup>1</sup> Avvocato tributarista, associato dello Studio *Mercanti – Dorio e Associati*

<sup>2</sup> Articolo sottoposto alla procedura di *double blind peer review*.

<sup>3</sup> A tal riguardo cfr. art. 648-bis c.p.

concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope. A seguito poi della ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio approvata l'8 novembre 1990 a Strasburgo, nel 1993 l'oggetto materiale del reato veniva ampliato passando dal "denaro o valori" al "denaro, beni o altre utilità"<sup>4</sup>.

L'attuale struttura del reato ha visto l'elisione dell'elenco dei reati presupposto potendo oggi esser posto alla base del riciclaggio ciascun delitto non colposo e venendo così a colpire ogni illecito idoneo a produrre proventi. L'art. 648-*bis* c.p. punisce infatti chiunque, al di fuori delle ipotesi di concorso nel reato, sostituisce o trasferisce denaro, beni ovvero altre utilità provenienti da un delitto non colposo nonché chiunque compia operazioni di altra natura tali da ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene riciclato<sup>5</sup>. Il soggetto attivo deve quindi essere terzo rispetto al reato presupposto e l'elemento psicologico posto alla base del suo atto sarà distinto da quello che ha animato il *reo* che ha commesso il fatto presupposto. Un reato comune, commissibile da chiunque senza che necessiti una particolare qualifica in capo all'agente, e frazionato sia in punto oggettivo che soggettivo: le azioni che ruotano attorno all'illecito del riciclaggio devono essere necessariamente commesse da più soggetti ed in differenti modalità proprio allo scopo di rendere il meno agevole possibile la ricostruzione dell'atto criminoso complessivo, quindi di identificare un bene apparentemente "pulito" in uno originariamente "sporco".

La politica criminale del Legislatore italiano, chiaramente incentrata su quella perseguita dal reciproco sovranazionale europeo, è quella di un allargamento della fattispecie criminosa in modo tale da ricomprendere entro la definizione di riciclaggio qualsiasi fenomeno illecito che, in termini di effettività e concretezza, mini al sistema economico.

*Condicio sine qua non* affinché possa efficacemente delinearci il reato di riciclaggio è quindi rappresentata da un presupposto illecito criminale che, come abbiamo avuto modo di affermare qui sopra, ha visto un allargamento nelle condotte illecite di base. Invero le direttive unionali, specialmente la n. 2015/849 che ha dato le mosse al D. Lgs. 25 maggio 2017, n. 90, definiscono il riciclaggio "*conversion or transfer of property, knowing that such property is derived from criminal activity*". L'attività criminosa di base è indefinita e possiamo dunque affermare che è potenzialmente considerabile reato presupposto del riciclaggio ogni delitto non colposo da cui scaturisce un provento suscettibile di una valutazione economica.

Un interrogativo si è sviluppato con riferimento ai reati tributari, nella specie se essi possano o meno essere considerati presupposto del riciclaggio. Sul punto è intervenuta prima la Banca d'Italia con le *Istruzioni operative per l'individuazione di operazioni sospette*, c.d. Decalogo-*ter*, del 24 agosto 2010, poi la Guardia di Finanza con una circolare del 18 agosto 2010. Si è quindi formulata la prassi secondo cui «*le violazioni delle norme tributarie sono strumento utilizzato per preconstituire fondi di provenienza illecita da reinserire nel circuito economico ovvero possono rappresentare una delle manifestazioni di più articolate condotte criminose volte ad immettere in attività economiche apparentemente lecite disponibilità derivanti da altri illeciti. Operazioni connesse a condotte che non costituiscono delitto sotto il profilo fiscale possono comunque costituire strumento per occultare attività criminose di altra natura*»<sup>6</sup>.

Una parte della dottrina<sup>7</sup> esclude dai delitti presupposto quelli in materia di imposte dirette e di imposte sul valore aggiunto in quanto non producono ricchezza mentre, per la ragione opposta, ricomprende nelle ipotesi base i delitti di contrabbando doganale (sono generatori di ricchezza). Le fattispecie punitive previste dal D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 – e successive modifiche – in quanto generanti utilità illecite potenzialmente oggetto di riciclaggio, sono annoverabili tra i reati base. Invero la dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, la dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, la dichiarazione infedele, l'omessa dichiarazione, l'emissione di fatture o di altri documenti per operazioni inesistenti, l'occultamento o

<sup>4</sup> Sul punto cfr. R. RAZZANTE, *Il contrasto dell'autoriciclaggio e i modelli organizzativi 231*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, III, 2013, pp. 101 ss.

<sup>5</sup> Sul punto cfr. A. MANNA, *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, UTET, Torino, 2000.

<sup>6</sup> R. RAZZANTE, *Antiriciclaggio e professionisti*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2017, p. 17.

<sup>7</sup> R. RAZZANTE, *Antiriciclaggio e professionisti*, cit., p. 17.

distruzione di documenti contabili, l'omesso versamento di ritenute dovute o certificate, l'omesso versamento dell'IVA, l'indebita compensazione, la frode in riscossione e la frode nella transazione fiscale, determinano un risparmio del *quantum* non versato al fisco e possono ritenersi pienamente reati presupposto nel caso in cui possa essere dimostrato che proprio quel denaro proviene dal delitto tributario.

Nel contesto del riciclaggio il Legislatore italiano, da un lato adeguandosi ad uno *standard* internazionale e dall'altro lato non intendendo mutare la norma di cui all'art. 648-ter c.p., tramite la L. 15 dicembre 2014, n. 186 ha introdotto l'art. 648-ter<sup>1</sup> col quale ha definito l'autoriciclaggio. La nuova fattispecie sanziona il soggetto che non solo pone in essere la condotta di riciclaggio ma attua altresì l'illecito base.

Al fine di evitare il *bis in idem* il Legislatore aveva previsto nel delitto di riciclaggio la clausola di riserva "*fuori dai casi di concorso nel reato*" escludendo così la punibilità *ex art.* 648-ter c.p. per colui il quale ha commesso o abbia concorso a commettere il reato presupposto ritenendo che «*la pena prevista per il reato presupposto racchiuda già in sé la punizione per l'eventuale dissimulazione dei proventi*»<sup>8</sup>: per esempio la sanzione per il delitto di furto prevede e punisce già anche il fisiologico intento del ladro di "pulire" i proventi del reato presupposto.

La novella dell'art. 648-ter<sup>1</sup> c.p. ha arginato l'effettivo rischio per cui i *rei* rischiavano di essere destinatari di una sanzione del tutto irrisoria per il fatto commesso. L'autoriciclaggio non viola dunque il principio del *ne bis in idem* sostanziale assoggettando la norma un mero *post factum* della precedente condotta illecita. Di contro la non punizione della condotta di autoriciclaggio avrebbe determinato la totale assenza di tutela giuridica per quegli stessi beni giuridici oggetto del reato.

## 2. Il sistema di fonti giuridiche applicabile all'antiriciclaggio

In tema di riciclaggio l'operatore si trova dinanzi ad un numero considerevole di fonti che originano tutte a livello sovranazionale: o internazionali, con un differente livello di cogenza, o eurounitarie, dove rinveniamo direttive o atti propri della cooperazione intergovernativa, o ancora a livello Nazioni Unite.

Il *Big Bang* dell'antiriciclaggio risale al 12 dicembre 1988 ossia al momento in cui i Paesi membri del Comitato di Basilea per le regolamentazioni bancarie e le pratiche di vigilanza firmavano la *Dichiarazione di principi sulla prevenzione dell'utilizzo a fini criminosi del sistema bancario per il riciclaggio di fondi di provenienza illecita*. È in questo contesto che, per la prima volta, un gruppo di Stati rileva come altamente dannoso per il sistema economico globale il fenomeno del riciclaggio – seppur non conosciuto in forma specifica da tutti i Membri alcuni dei quali ancora lo inquadravano nelle fattispecie di ricettazione – e sviluppano quindi, di comune intento, un contrasto a detto fenomeno illecito. Da questo momento tutti gli Istituti bancari dovranno attrezzarsi in ossequio all'obbligo di verifica della clientela mediante procedure efficaci.

Qualche giorno dopo, il 20 dicembre, viene conclusa a Vienna la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope con cui, per la prima volta e livello globale si incentiva la tipizzazione penale autonoma della condotta di riciclaggio della *res* proveniente da reato. Ciascuna parte ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. b, si obbliga ad adottare "*i provvedimenti necessari per attribuire il carattere di reato*", oltre le altre condotte, alla conversione, al trasferimento, alla dissimulazione ovvero alla contraffazione dell'origine dei beni, condotte poste in essere con la consapevolezza che i beni oggetto delle medesime provengono da uno dei reati stabiliti dal trattato.

La Convenzione si attesta quindi come primo effettivo atto di sanzione al fenomeno del riciclaggio seppur limitato ai reati presupposto enucleati all'interno della medesima. Due anni più tardi la *Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi da reato* firmata a Strasburgo l'8 novembre 1990 - poi novellata dalla Convenzione di Varsavia del 16

---

<sup>8</sup> R. RAZZANTE, *Antiriciclaggio e professionisti*, cit., p. 22.

maggio 2015 - ha definito il concetto di reato presupposto come quel fatto penalmente illecito dal quale si generano i proventi oggetto del riciclaggio. Si amplia così sia la casistica del reato base sia, di fatto, l'efficacia della punibilità delle condotte di riciclaggio.

*Last but not least* è la *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale* sottoscritta nel corso della Conferenza di Palermo del 12-15 dicembre 2000. Essa introduce nel quadro internazionale la costituzione delle *Financial Intelligence Units* in senso ad ogni Stato deputandole organi di raccolta, analisi e trasmissione delle informazioni concernenti possibili casi di riciclaggio.

Particolare rilievo, specie per il nostro Paese, assumono le fonti sviluppate a livello eurounionale con le famose cinque direttive antiriciclaggio, la cui ultima risale proprio ad alcuni mesi fa e non è ancora stata recepita a livello interno, che hanno saputo rincorrere efficacemente ed adeguarsi alle innovazioni ed agli sviluppi in punto tecnologia e modernizzazione dei reati di riciclaggio.

L'origine dell'attuale impianto di derivazione europeo la si ha avuta con la Direttiva 91/308/CEE, c.d. prima direttiva antiriciclaggio – recepita dall'Ordinamento italiano con la L. 5 luglio 1991, n. 197 – che, perseguendo il duplice obiettivo della trasparenza del mercato finanziario e dell'intercettazione delle operazioni sospette, ha affidato al sistema economico rappresentato dalle banche e dagli intermediari i compiti di prevenzione mediante l'esame delle transazioni finanziarie. Si sono così estrinsecati gli obblighi di identificazione della clientela, di registrazione dei dati e delle operazioni, e della segnalazione all'Autorità competente delle operazioni sospette, Autorità che il Legislatore nostrano aveva identificato<sup>9</sup> con l'Ufficio Italiano dei Cambi. La legge interna di recepimento aveva poi previsto un'ulteriore misura nell'ottica di prevenzione al riciclaggio: il limite massimo di 12.500 euro per l'uso di denaro contante o titoli al portatore obbligando l'operazione di valore superiore al transito, e quindi al vaglio, nel sistema finanziario.

Dieci anni più tardi l'impianto normativo è stato novellato dalla Direttiva 2001/97/CE, c.d. seconda direttiva antiriciclaggio – recepita dal D. Lgs. 20 febbraio 2004, n. 56 – che ha imposto agli Stati membri un maggior livello di prescrizioni ampliando l'ambito soggettivo dei destinatari degli obblighi in punto prevenzione al riciclaggio. Questi sono quindi stati estesi a categorie diverse da quelle prettamente tipiche del contesto finanziario e quindi, tra gli altri, agli avvocati, ai commercialisti, ai revisori dei conti ed ai notai. Queste professionalità divengono così funzionali alle attività della Pubblica Autorità nella prevenzione, nell'indagine e nel contrasto al fenomeno del riciclaggio in un'ottica di efficace supporto.

Tale ausilio è coniugato nell'identificazione del cliente, nella registrazione dell'operazione, nella conservazione dei relativi dati e nell'eventuale segnalazione delle operazioni ritenute sospette. Nel caso in cui venisse instaurato un rapporto d'affari con un determinato soggetto il professionista era gravato dell'obbligo di identificazione che poteva ragionevolmente essere individuato nel momento del conferimento dell'incarico.

Il quadro complessivo viene poi ampliato con la terza Direttiva 2005/60/CE rubricata *Prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo*. Come agevolmente è intuibile lo scenario geopolitico internazionale, mutato profondamente a far data dall'11 settembre 2001, ha aperto all'esigenza di contrastare il nuovo fenomeno del finanziamento del terrorismo, nella specie di attenzionare capitali che seppur di lecita provenienza concorressero a finanziare questo nuovo *trend* criminale<sup>10</sup>. Il Legislatore interno ha recepito la norma comunitaria tramite due decreti legislativi, il n. 109 del 22 giugno 2007 ed il n. 231 del 21 novembre 2007, con cui introduce il concetto del *beneficial owner* e della verifica adeguata<sup>11</sup>. Infine è doveroso ricordare la Direttiva 2015/849, c.d. quarta direttiva - recepita nel nostro Ordinamento dal D. Lgs. 25 maggio 2017, n. 90 - che ha rafforzato il contesto normativo esistente adeguandolo alle sopravvenute esigenze.

<sup>9</sup> D. Lgs. 26 maggio 1997, n. 153.

<sup>10</sup> Sul tema cfr. R. RAZZANTE, *Finanziamento del terrorismo e antiriciclaggio*, Nuova Giuridica, Macerata, 2011.

<sup>11</sup> Sul punto cfr. COMMISSIONE ANTIRICICLAGGIO, *Il contrasto al finanziamento del terrorismo: normativa e adempimenti del professionista*, Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, 2016, pp. 6 ss.

### 3. La verifica della clientela

Come sopra anticipato il cuore della novella di cui al D. Lgs. 231/2007 è rappresentato dalla verifica adeguata della clientela che rafforza il preesistente obbligo di identificazione del soggetto che effettua l'operazione nell'ottica di una maggiormente approfondita analisi del soggetto agente. Invero se l'identificazione si realizza mediante la mera acquisizione anagrafica dei dati del cliente, l'adeguata verifica individua lo scopo dell'operazione<sup>12</sup>.

Il nuovo assetto valutativo, attuato con il D. Lgs. 90/2017, segue l'approccio *know your customer* (KYC) che delinea una *due diligence* finanziaria complessa basata sulla valutazione del rischio di profilo soggettivo e di profilo oggettivo. Il primo involge il cliente e ne esamina la natura giuridica, l'attività prevalentemente svolta, l'area geografica di residenza o sede, nonché il comportamento tenuto al momento dell'operazione. Il secondo si riferisce all'operazione (ovvero prestazione professionale) individuandone il tipo, la modalità di svolgimento, l'ammontare, l'area geografica di destinazione del prodotto e, valutati in rapporto all'attività svolta dal cliente, la frequenza, il volume e la ragionevolezza dell'operazione.

La normativa ha stabilito che l'obbligo di verifica adeguata della clientela insorge nel momento in cui si instaura un rapporto continuativo o viene conferito un incarico professionale, nell'istante in cui venga eseguita un'operazione occasionale che comporta la movimentazione di mezzi di pagamento di importo pari o superiore a 15.000 euro, nell'ipotesi di un trasferimento di fondi superiore a 1.000 euro, in caso sospetto di riciclaggio o finanziamento al terrorismo ed infine nel caso in cui ci siano dubbi sui dati ottenuti al momento dell'identificazione del cliente.

Il cliente, infatti, viene identificato tramite un documento di identità in corso di validità del quale l'operatore professionale deve tenerne copia salvo il caso in cui il cliente sia già stato identificato precedentemente. Colui il quale si serve dell'attività professionale fornisce dunque sotto propria responsabilità tutte le informazioni necessarie a consentire l'identificazione del titolare effettivo.

L'obbligo di adeguata verifica della clientela anche per operazioni a carattere occasionale e di importo inferiore a 15.000 euro grava altresì sulle banche, su Poste Italiane S.p.A., sugli istituti di pagamento e sugli istituti di moneta elettronica ivi compresi quelli aventi sede in altro Stato membro dell'Unione Europea per ogni prestazione di servizi di pagamento e per l'emissione o la distribuzione di moneta elettronica.

Novità riguardano anche le persone giuridiche prevedendo per le imprese dotate di personalità giuridica tenute all'iscrizione nel Registro delle imprese e per le altre persone giuridiche private l'obbligo di comunicare al Registro le informazioni concernenti la propria titolarità effettiva, e stabilendo per i *trust* produttivi di effetti giuridici utili a fini tributari l'obbligo di iscrizione nell'apposita sezione speciale del Registro delle imprese. Detti soggetti giuridici devono conservare per un periodo temporale di almeno un lustro le informazioni adeguate e aggiornate concernenti la loro titolarità effettiva e fornirle, se richieste, ai soggetti preposti alla verifica adeguata della clientela.

Detto vincolo coinvolge anche l'azione degli amministratori delle imprese e delle persone giuridiche private sopra menzionate comportando per questi un onere di acquisizione delle informazioni sulla base delle risultanze delle scritture contabili, dei bilanci, del libro dei soci, delle comunicazioni relative all'assetto proprietario o al controllo dell'ente, delle comunicazioni ricevute dai soci nonché da ogni altro dato che può rivelarsi utile. Nel caso in cui l'amministratore non ottenga l'assoluta chiarezza circa la titolarità effettiva dell'azienda per inerzia, rifiuto ingiustificato ovvero per rivelazioni fraudolente dei soci, questi saranno destinatari di sanzioni amministrative quali la non esercitabilità del diritto di voto del socio<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. R. RAZZANTE, *Antiriciclaggio e professionisti*, cit., p. 77.

<sup>13</sup> Nel caso in cui il socio eserciti ugualmente il diritto di voto sospeso, qualora esso sia determinante per la decisione assunta, la delibera potrà essere impugnata ai sensi e per gli effetti dell'art. 2377 c.c.

#### 4. L'estrinsecazione dell'obbligo di verifica adeguata

Al fine di riportare l'utilità del presente elaborato a fini pratici non possiamo esimerci dall'osservare come la vigente normativa, in ultimo il D. Lgs. 90/2017, abbia individuato gli *steps* necessari all'ossequio dell'obbligo di verifica adeguata.

Il primo atto è l'identificazione del cliente. L'identità di chi esegue l'operazione viene accertata sulla base di documenti, dati ovvero informazioni che devono giungere da una fonte sicura. Il novero dei documenti di identità è chiuso e raggruppa quei documenti muniti di fotografia che asseverano l'identità del portatore e che vengono emessi – in formato cartaceo, magnetico o elettronico – da un'Autorità statale italiana, generalmente dalla Pubblica Amministrazione, ovvero da un Paese terzo. Ovviamente il documento d'identità tipico è la carta d'identità ma l'art. 35 del D. P. R. 28 dicembre 2000, n. 445 amplia il catalogo definendo come equipollenti il passaporto, la patente di guida, la patente nautica, il libretto di pensione, il patentino di abilitazione alla conduzione di impianti termici, la licenza di porto d'armi, non che le tessere di riconoscimento munite di fotografia e timbro – o altra segnatura equivalente – rilasciate dall'Amministrazione dello Stato. Ogni documento deve poi essere in corso di validità e quindi non scaduto.

Il secondo adempimento che occorre compiere è l'identificazione del titolare effettivo tramite la verifica dell'identità di costui. Detto atto è meramente eventuale in quanto non in tutti i casi risulta esserci un titolare effettivo: in alcuni contesti non può infatti esistere la figura del titolare effettivo, si pensi alle società quotate, ai condomini ovvero ai luoghi di culto.

L'identificazione varia poi a seconda che il soggetto sia una persona fisica ovvero una persona giuridica. In quest'ultimo caso occorrerà ottenere la denominazione, la sede legale e il codice fiscale. Nel caso di persona fisica si procede ad annotare, tramite il documento di identificazione, i dati anagrafici, l'indirizzo di residenza o domicilio, il codice fiscale e gli estremi del documento di identificazione. In ogni caso, quale che sia la misura di identificazione del titolare effettivo adottata, occorre ricostruire *"con ragionevole attendibilità, l'assetto proprietario e di controllo del cliente"*<sup>14</sup>.

Avuto riguardo dell'individuazione dell'effettivo titolare, circa le società di capitali, l'art. 20, c. 2, del D. Lgs. 90/2017 specifica che la detenzione da parte di una persona fisica di una partecipazione il cui valore sia superiore al 25% del capitale del cliente costituisce indice di proprietà diretta, mentre la titolarità di una quota di partecipazioni superiore al 25% del capitale detenuta tramite una società controllata, ovvero fiduciaria o per interposta persona determina indice di proprietà indiretta.

Nel caso in cui l'esame dell'assetto proprietario non porti all'individuazione univoca della persona fisica – o delle persone fisiche – cui sia attribuibile la proprietà diretta o indiretta della società, il comma 3 della medesima norma prevede che il titolare effettivo coincida col soggetto che detiene la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, possiede il controllo di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria, ovvero esercita un'influenza dominante grazie all'esistenza di particolari vincoli contrattuali.

Nel caso in cui l'applicazione di questi criteri non abbia consentito comunque l'individuazione univoca del titolare – o dei titolari – effettivo questo coinciderà col fondatore, coi beneficiari ovvero con la persona fisica titolare di poteri di amministrazione o di direzione della società.

Particolare rilevanza riveste poi il comma 6 dell'art. 20 che obbliga i soggetti gravati dalla verifica adeguata della clientela alla conservazione di quelle effettuate ai fini dell'individuazione del titolare effettivo. Dette verifiche debbono essere condotte dal professionista o dal suo collaboratore munito di delega alla presenza del cliente mente per quanto riguarda il titolare effettivo non è richiesta la sua presenza fisica.

Circa i soggetti non comunitari per la loro identificazione si procede all'acquisizione dei dati anagrafici tramite il passaporto ovvero il permesso di soggiorno del quale se ne effettua copia. Nel caso in cui i dati identificativi del cliente risultino da atti pubblici, scritture private autenticate

---

<sup>14</sup> Art. 18, c. 1, lett. e) D. Lgs. 231/2007 come modificato dall'art. 2 del D. Lgs. 90/2017.

ovvero certificazioni con firma digitale; ovvero per i clienti che, ai sensi dell'art. 64 del D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, sono in possesso di identità digitale; per quelli i cui dati risultano da dichiarazioni consolari ovvero siano già stati identificati nel corso di un precedente rapporto professionale dal medesimo soggetto obbligato alla verifica; in tutti queste ipotesi, che a ragione di legge devono ritenersi tassative, è ammessa l'assenza del cliente.

Particolarmente importante è la verifica, nel caso in cui si tratti con una società o un ente, dell'esistenza di un effettivo potere di rappresentanza in capo al cliente effettuabile tramite una visura camerale, ovvero tramite l'esistenza di una procura notarile, di un atto di nomina degli amministratori ovvero ancora mediante l'accesso al Registro delle imprese. Di detto potere occorrerà poi dar conto nell'adeguata verifica e conservarne traccia unitamente alla complessiva identificazione del cliente e dell'effettivo titolare<sup>15</sup>.

Con riferimento alle fondazioni, alle associazioni ed alle altre istituzioni di carattere privato che acquisiscano la personalità giuridica di cui al d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 il titolare effettivo coincide col beneficiario del patrimonio ovvero della prestazione della persona giuridica stessa, col fondatore – se in vita – nonché con i titolari delle funzioni direttive ed amministrative ai sensi del citato art. 20, c. 5. Circa i *trust* e le società fiduciarie i titolari effettivi devono essere individuati ex art. 22, c. 5, nel *settlor*, nel *trustee*, nel *protector* e nelle altre persone fisiche che, a qualsivoglia titolo, esercitino un controllo sul *trust* (o società fiduciaria) ovvero sui beni conferiti.

Riassumendo possiamo affermare che mentre per le persone fisiche l'identificazione e verifica dell'identità del titolare effettivo è contestuale all'identificazione del cliente, per le persone giuridiche debbono essere adottate delle misure adeguate al rischio e volte all'identificazione dell'effettiva proprietà e struttura di controllo del cliente come il ricorso ai registri pubblici, ad elenchi, atti o documenti ad accesso pubblico ovvero richiedendo al proprio cliente ogni dato necessario ad ottenere le informazioni utili alla determinazione dell'effettiva titolarità.

Ulteriori adempimenti sono poi rappresentati dal reperimento di informazioni circa lo scopo e la natura della prestazione professionale – non tralasciando l'acquisizione di informazioni circa le relazioni che intercorrono tra cliente ed esecutore, cliente e titolare effettivo e sull'attività lavorativa svolta – ed il controllo del rapporto professionale con il cliente che deve essere esercitato per tutta la durata del medesimo. Se è vero che non è previsto dalla norma in esame<sup>16</sup> una specifica forma di esecuzione, è altresì vero che l'art. 21 impone al cliente di fornire, sotto la propria responsabilità, veritiere ed attuali informazioni necessarie per consentire al professionista di adempiere correttamente all'incarico *ex lege* previsto.

Nel corso della prestazione è poi ravvisabile un costante obbligo di controllo che il professionista deve condurre analizzando le transazioni concluse e verificandone la compatibilità con la natura della persona fisica o giuridica già identificata, con le sue attività commerciali ed avendo riguardo all'origine dei fondi. La documentazione relativa ai dati ed alle informazioni della clientela deve poi essere sempre aggiornata.

## **5. L'assolvimento dell'obbligo di verifica**

L'obbligo di verifica adeguata può essere assolto mediante due tipologie di verifica, semplificata ovvero rafforzata, a seconda che vi sia un minor o maggior rischio di svolgere un'operazione che contrasta con la vigente normativa *Anti Money Laundering* (AML). È la legge che prevede i termini secondo cui è possibile una procedura semplificata in base a determinate categorie di clienti ed a determinate tipologie di prodotti che presentano un basso rischio di riciclaggio, diversamente, ovvero se il rischio è elevato, il soggetto tenuto alla verifica della clientela dovrà procedere in modo rafforzato.

La semplificazione risiede nel profilo relativo all'estensione ed alla frequenza della verifica. Sul punto l'art. 23 del D. Lgs. 90/2017 evidenzia come anzitutto occorra che vi sia un basso rischio

---

<sup>15</sup> Cfr. COMMISSIONE IN MATERIA DI ANTIRICICLAGGIO E PRIVACY, Consiglio Nazionale Forense, *Gli adempimenti antiriciclaggio per gli avvocati*, 2017, p. 8.

<sup>16</sup> Cfr. D. Lgs. 90/2017, art. 19.

di riciclaggio o finanziamento al terrorismo valutato nel caso di specie, poi tempera l'obbligo in relazione alla tipologia del cliente ed al tipo di prodotti o servizi. Invero ai fini dell'applicazione semplificata, la verifica non è rafforzata se il cliente è una società ammessa alla quotazione in un mercato regolamentato, in quanto di *default* le sono imposti obblighi di trasparenza circa la titolarità effettiva, se sono enti facenti parte della Pubblica Amministrazione ovvero istituzioni o organismi che svolgono funzioni pubbliche, ed infine se il cliente risiede in aree geografiche a basso rischio di riciclaggio.

Sul punto il Legislatore ha curato un'elencazione indiretta alla lettera c) della norma ricomprendendo i Paesi membri dell'Unione Europea, gli Stati dotati di efficaci sistemi di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, i Paesi terzi che sono valutati da fonti autorevoli ed indipendenti<sup>17</sup> a basso tasso di corruzione e permeabilità ad altre attività criminose ovvero quelli che, valutati dalle medesime fonti, prevedano in termini di effettività presidi di prevenzione al riciclaggio ed al finanziamento del terrorismo in modo coerente con le raccomandazioni del Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale.

Circa la tipologia di prodotti, servizi, operazioni o canali di distribuzione la norma cita i contratti assicurativi vita con premio annuale inferiore o uguale a 1000,00 euro o il cui premio unico sia uguale o minore di 2500,00 euro; le forme pensionistiche complementari di cui al D. Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 salvo che non prevedano clausole di riscatto diverse da quelle elencate all'art. 14 del citato decreto legislativo e che non possano fungere a garanzia per un prestito salvo specifiche previsioni di legge; i regimi previdenziali (o sistemi analoghi) che versano prestazioni pensionistiche ai dipendenti tramite detrazione dalla retribuzione senza previsione del poter di disposizione e trasferimento dei diritti dei beneficiari salvo che successivamente al decesso del titolare; i prodotti e servizi finanziari che favoriscono l'inclusione finanziaria mediante ben definiti e circoscritti servizi; i prodotti in cui i rischi di riciclaggio o finanziamento al terrorismo sono attenuati da fattori quali trasparenza della titolarità ovvero limiti di spesa; nonché in presenza di moneta elettronica utilizzabile per l'acquisto di beni e servizi non ricaricabile con moneta elettronica anonima e salvo che il dispositivo non sia ricaricabile ovvero l'importo massimo memorizzato e mensile d'uso non superi quota 250 euro entro i confini dello Stato italiano<sup>18</sup>.

L'art. 24 del D. Lgs. 90/2017 tratta invece degli obblighi rafforzati che tengono conto dei fattori di rischio relativi al cliente; di quelli concernenti prodotti, servizi, operazioni o canali di distribuzione e di quelli legati al rischio geografico.

Il Legislatore impone il rafforzamento delle cautele per tutto ciò che può avere profili di opacità: rapporti o prestazioni continuative che o hanno manifestato circostanze anomale al momento della contrazione del primo rapporto o le manifestano nelle fasi di esecuzione; clienti che risiedono o hanno sede in aree geografiche critiche; strutture qualificabili veicoli di interposizione patrimoniale; società emittenti azioni al portatore o che siano partecipate da fiduciari; attività economiche caratterizzate da un abbondante uso del contante; ed assetto anomalo o eccessivamente complesso - avuto riguardo alla natura in specie - della società cliente. Possiamo dunque affermare che *iuris tantum* gruppi e strutture complesse, *trust*, fiduciarie o società anonime di diritto estero debbano considerarsi, nell'ottica del Legislatore patrio, potenziali veicoli di riciclaggio.

Circa i fattori di rischio relativi alle prestazioni professionali la norma determina un'allerta nei confronti di attività ad elevato grado di personalizzazione dell'offerta professionale rivolta a clienti significativamente dotati di patrimonio: certo il richiamo è al *trust* ovvero alla costituzione di patrimoni destinati. Sono poi ritenute a rischio le prestazioni capaci di favorire l'anonimato, le operazioni di pagamento anonime ossia non ricollegabili ai clienti, quelle occasionali eseguite a distanza e senza possibilità di portare a termine un adeguato riconoscimento nonché tutte le pratiche

---

<sup>17</sup> Come "*fonti autorevoli ed indipendenti*" devono ritenersi inter alia l'Unione Europea, il GAFI, il Moneyval, il Fondo Monetario Internazionale.

<sup>18</sup> Sul punto cfr. R. RAZZANTE, *Antiriciclaggio e professionisti*, cit., p. 87.

commerciali di nuova generazione che, utilizzando la tecnologia dell'*on-line*, sono *ex se* definibili ad alto rischio di riciclaggio e finanziamento al terrorismo<sup>19</sup>.

Con riguardo ai fattori di rischio geografici si rinvia a quanto detto in precedenza per gli obblighi semplificati ossia la verifica rafforzata dovrà essere effettuata nel caso in cui la prestazione professionale coinvolga Paesi *non GAFI compliant* ovvero non ritenuti cooperativi dagli Enti internazionali (UE, GAFI, FMI, Moneyval) o ancora Stati con al proprio interno un elevato tasso di corruzione e crimini gravi, piuttosto che Paesi assoggettati a sanzioni o embarghi. Le misure di adeguata verifica rafforzata trovano poi un'imposizione nel caso di clientela residente nei Paesi definiti ad alto rischio dalla Commissione europea, o per i rapporti di corrispondenza transfrontalieri con un ente creditizio o istituto finanziario corrispondente di un Paese terzo<sup>20</sup>, nonché nel caso di prestazioni tenute a beneficio di clienti – e titolari effettivi – politicamente esposti.

Quella della "*persona politicamente esposta*" è una delle novità introdotte dal D. Lgs. 90/2017 e trova la sua definizione all'interno dell'art. 1. Ivi rientrano tutte le quelle persone fisiche che occupano o hanno rivestito cariche pubbliche di rilievo, i loro familiari diretti nonché le persone che intrattengono notoriamente stretti legami con questi. La norma cura una dettagliata definizione facendo rientrare tra i soggetti che hanno occupato importanti cariche pubbliche il Presidente della Repubblica, il Presidente del Consiglio, il Ministro, il Viceministro, il Sottosegretario, il senatore, il deputato, il parlamentare europeo, il Presidente di Regione, l'assessore regionale, il consigliere regionale, il Sindaco del capoluogo di Provincia o della Città Metropolitana, il Sindaco del Comune con popolazione non inferiore a 15.000 abitanti nonché cariche analoghe negli Stati esteri; i membri degli organi direttivi centrali dei partiti politici, delle Banche centrali e delle Autorità indipendenti, i giudici della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione, della Corte dei Conti, il Consigliere di Stato e gli altri componenti del Consiglio della Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana; l'ambasciatore, gli incaricati d'affari e gli ufficiali di grado apicale delle Forze Armate – da ricomprendersi ragionevolmente anche gli alti dirigenti delle Forze di Polizia, oggi non annoverabili più nel bacino delle Forze Armate – ovvero le cariche analoghe a queste; i componenti degli organi apicali delle società controllate, anche indirettamente, dallo Stato italiano o da uno Stato estero ovvero partecipate da Regioni, Comuni capoluoghi di Provincia e Città Metropolitane o Comuni con popolazione non inferiore ai 15.000 abitanti; il Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale, dell'Azienda ospedaliera, dell'Azienda ospedaliera universitaria nonché di altri Enti del Servizio Sanitario Nazionale; ed i membri degli organi di gestione delle Organizzazioni internazionali.

Contemporaneamente la medesima norma definisce poi familiare della persona politicamente esposta il genitore, il coniuge o assimilabile ed i figli con i loro coniugi, e "*soggetto con cui intrattiene stretti legami*" la persona fisica legata per via della titolarità effettiva congiunta di soggetti giuridici ovvero di rapporti d'affari, nonché il soggetto che detiene solo formalmente il controllo totalitario di un ente notoriamente costituito nell'interesse ed a beneficio della persona politicamente esposta.

---

<sup>19</sup> In riferimento al rischio elevato di realizzazione di delitti di riciclaggio o finanziamento al terrorismo mediante ricorso all'*on-line* utile spunto di riflessione può essere R. RAZZANTE - R. MUGAVERO, *Terrorismo e nuove tecnologie*, Paccini Giuridica, Pisa.

<sup>20</sup> Nel caso di specie l'art. 25 modificato dal D. Lgs. 90/2017 prevede che, oltre alle ordinarie misure di adeguata verifica della clientela, il professionista italiano raccolga tutte le informazioni riguardante l'ente creditizio o l'istituto finanziario corrispondente che siano sufficienti a comprendere appieno la relativa struttura proprietaria nonché la natura delle attività svolte e l'adeguatezza dell'impianto di vigilanza cui l'ente è assoggettato. È poi necessaria una valutazione circa la qualità dei controlli in materia di prevenzione del riciclaggio e di finanziamento del terrorismo cui l'Istituto finanziario estero è soggetto e che, prima dell'apertura di nuovi conti di corrispondenza, il titolare dei poteri di amministrazione o di direzione dell'ente, anche tramite un suo delegato, emetta l'autorizzazione. Detti rapporti devono poi essere definiti in forma scritta e il professionista italiano deve verificare che l'ente corrispondente abbia sottoposto ad adeguata verifica i clienti che hanno un accesso diretto ai conti di passaggio, che tale controllo sia costante e che, dietro richiesta, sia capace di fornire all'intermediaria controparte italiana obbligata ogni dato pertinente in materia di adeguata verifica della clientela.

La qualificazione di persona politicamente esposta assume rilievo, quindi, tanto per il cliente che per il titolare effettivo e ciascun professionista deve definire dapprima se il cliente o il titolare effettivo rientrano all'interno della definizione di persona politicamente esposta. Le verifiche devono essere commisurate al grado di rischio dei diversi prodotti o transazioni richiesti, in altre parole devono essere efficaci e utilizzare ogni informazione proveniente da fonti attendibili – siti internet o *database* ufficiali – per poi assicurare costantemente un controllo sulla prestazione professionale. Non esistendo un elenco ufficiale che enumera le persone politicamente esposte è possibile sia il ricorso alle banche dati stilate dalle società specializzate, sia la creazione di una banca dati propria del professionista che, una volta assunte le informazioni sul proprio cliente, se del caso lo inserisca nell'elenco interno.

Riassumendo l'adeguata verifica, così come previsto dal comma 7 dell'art. 17 D. Lgs. 231/2007 come novellato dal D. Lgs. 90/2017, non è richiesta nel caso in cui l'attività del professionista sia di mera redazione e trasmissione ovvero di sola trasmissione delle dichiarazioni derivanti da obblighi fiscali e degli adempimenti concernenti l'amministrazione del personale *ex art. 2, c. 1, L. 11 gennaio 1979, n. 12*. In tutti gli altri casi l'obbligo di verifica va' sempre atteso o nella forma semplificata, ossia richiesta dello scopo e della natura della prestazione oltre che identificazione del titolare effettivo<sup>21</sup>, ovvero in quella rafforzata per clienti posti ad alto rischio per i quali, come abbiamo già avuto modo di dire, è necessaria la creazione di un approfondito bagaglio informativo sia sulla natura dell'attività sia avendo riguardo del cliente e del suo rapporto con gli eventuali titolari effettivi.

Invero in presenza di *high risk* di riciclaggio o finanziamento del terrorismo la norma non delinea una verifica specifica e l'operatore ovvero il professionista dovranno porre in essere gli adempimenti canonici seppur con maggior riguardo ossia non limitandosi ad una passiva acquisizione dei dati informativi del cliente bensì acquisendo informazioni, per esempio, da registri od elenchi pubblici. Nel caso in cui il cliente non si presenti fisicamente avanti l'obligato alla verifica, questo dovrà accertarne l'identità tramite documenti e informazioni supplementari, adottare ogni misura ulteriore per la verifica o certificazione dei documenti, richiedere eventuali conferme da parte di enti finanziari, ed assicurarsi che il pagamento dell'operazione sia effettuato mediante un conto intestato al cliente. Nel caso di persone politicamente esposte invece la procedura vuole l'adozione di ogni misura adeguata a stabilire l'origine del patrimonio e dei fondi impiegati nonché un controllo rafforzato e costante della prestazione professionale.

## **6. L'impulso regolamentare della Guardia di Finanza**

Come agevolmente intuibile, ma a scanso di ogni equivoco ribadito dall'art. 9 del D. Lgs. 231/2007, l'autorità di vigilanza in materia di antiriciclaggio sulle libere professioni è la Guardia di Finanza. Per tanto assumono rilievo particolare le circolari che Ella emette nell'esercizio delle sue funzioni così come definite dai commi 4 e seguenti del citato art. 9. La fondamentale Circolare n. 83607/2012 è recentemente stata adeguata (7 luglio 2017) al nuovo impianto antiriciclaggio novellato dal D. Lgs. 90/2017 dando origine alla Circolare n. 0210557/2017 che ha subito specificato il necessario riesame delle situazioni in corso di controllo in ragione della totale riforma dell'impianto sanzionatorio del precedente decreto del 2007. Quanto appena detto è l'estrinsecazione concreta tanto del principio secondo cui *lex posterior* deroga *lex anterior* quanto del principio di *favor rei*, entrambi regolatori delle norme in materia di successione delle leggi penali nel tempo: se è vero che la legge da applicare è l'ultima promulgata è altrettanto possibile che quella risalente trovi efficacia nel solo caso in cui risulti nel suo complesso più favorevole per il *reo*. Così si intendono tacitamente abrogate le sanzioni in materia di omessa registrazione – reato già

---

<sup>21</sup> Certamente, come anche autorevole dottrina ha specificato (*inter multas* R. RAZZANTE, *Antiriciclaggio e professionisti*, cit., p. 90) è possibile evitare un "massiccio" controllo della clientela, ovvero l'obbligo di adeguata verifica può agilmente essere inteso come efficace per un arco temporale di due o tre anni salvo le ragioni sottese dal profilo di rischio delle prestazioni richieste facciano emergere un'esigenza di controllo maggiormente frequente.

depenalizzato per effetto del D. Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 – e di omessa istituzione dell'Archivio Unico Informativo (AUI) ovvero del registro clienti.

La Circolare del 2012 è comunque rimasta operativa a regime garantendosi il ruolo di "fonte primaria" nelle operazioni di verifica condotte dall'*Authority*. Nel suo senno si è formata una prassi che si ritiene debba essere intesa quale *basic level* da ossequiare al fine di evitare l'irrogazione di sanzioni. Interessante novità è l'utilizzabilità dei "*dati e informazioni acquisite nell'ambito delle attività svolte*"<sup>22</sup> ai fini fiscali mentre nel testo operativo del 2012 ci si riferiva alle sole informazioni contenute all'interno del registro e dell'archivio unico informatico<sup>23</sup>.

Volendo come detto sopra riferire una parte della Circolare ai fini di introdurre il lettore in un tema di severa attualità si ritiene di maggiore interesse riassumere quanto previsto in punto ispezioni. La Guardia di Finanza riferisce le proprie linee a seconda che il professionista abbia optato per un differente tipo di verifica (semplificata, indiretta, rafforzata ed ordinaria). Nel caso di verifica semplificata, comportante come si è detto l'esenzione dagli obblighi di verifica adeguata, l'operatore dell'Autorità di vigilanza deve accertare che il soggetto abbia reperito ogni informazione necessaria ex art. 23 D. Lgs. 231/2007 per stabilire se il cliente potesse o meno beneficiare di tale procedura. Ciò sarà altresì approfondito mediante ricorso a riscontri documentali o escussioni del professionista. La GdF appurerà poi che, nonostante sussistessero i presupposti di natura soggettiva, non ci fossero le circostanze in presenza delle quali sarebbe stata necessaria la verifica ordinaria, *c'est a dire* fondata supposizione di non attendibilità dell'identificazione o carenza di dati informativi, ovvero sospetti di riciclaggio o finanziamento al terrorismo.

Nel caso in cui il soggetto abbia attuato una procedura di verifica indiretta l'operatore deve verificare se effettivamente il cliente fosse già stato identificato per un'operazione o una prestazione professionale già in essere. La Circolare specifica poi che in tali circostanze può accertarsi l'esistenza effettiva della prestazione professionale o dell'operazione presso il professionista, può procedersi alla verifica della modalità con cui è avvenuta l'identificazione e con cui sono stati assolti gli obblighi di adeguata verifica, e può esaminarsi se dette informazioni siano o meno state aggiornate in modo adeguato.

Nel caso in cui il professionista abbia optato per una verifica rafforzata gli operatori della Guardia di Finanza accertano che siano state attuate tutte le prescrizioni di cui all'art. 24, D. Lgs. 231/2007. In specie rileva se, non essendo comparso fisicamente il cliente all'atto dell'identificazione, ne sia stata verificata correttamente l'identità attraverso il ricorso a documenti, dati o informazioni supplementari, se siano state adottate ulteriori misure per la verifica dei documenti forniti e, infine, se il primo pagamento della prestazione professionale ovvero dell'operazione sia stato effettuato per mezzo di un conto corrente del cliente tenuto presso un istituto di credito. Nel caso invece la verifica sia stata rafforzata in ragione del cliente persona politicamente esposta l'accertamento mira a controllare se l'avvio del rapporto professionale sia stato autorizzato e siano state adottate tutte le misure idonee per stabilirne la fonte sia del patrimonio che dei fondi che sono stati utilizzati. Si verifica poi che durante l'intero rapporto professionale sia stato effettuato un controllo continuo.

In tutti gli altri casi non contemplati da quanto specificato *supra* il professionista attua una verifica di tipo ordinario. Nel controllo l'*Authority* procede ad esaminare l'allineamento della procedura di verifica seguita dall'obbligato con i precetti normativi dell'art. 19 D. Lgs. 231/2007, in primo luogo indagherà in ordine agli adempimenti relativi all'identificazione e verifica del cliente e del titolare effettivo in punto a tempistica ed esecuzione e, successivamente, alle modalità di esecuzione. Sul *timing and execution* la Guardia di Finanza appura se l'identificazione abbia correttamente preceduto il conferimento dell'incarico e, nel caso in cui la clientela fosse già stata acquisita, se siano state rispettate le procedure contenute all'interno della Circolare n. 28108 emanata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze il 6 aprile 2009. Verifica poi che il titolare effettivo sia stato identificato contestualmente al cliente e che siano state adottate le misure idonee

<sup>22</sup> COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA, *Circolare n. 0210557/2017*, Roma, p. 20.

<sup>23</sup> Sul punto cfr. S. CAPOLUPO, *Antiriciclaggio: L'utilizzo dei dati ai fini fiscali è sempre legittimo?*, in *Ipsos Quotidiano*, 31 luglio 2017.

alla situazione di rischio nel caso in cui il cliente fosse una fiduciaria, un *trust* ovvero un altro soggetto giuridico. Si accerta dunque che tutte le modalità poste in esecuzione dal soggetto obbligato – ricorso ai pubblici registri, agli elenchi pubblici o ai documenti da chiunque conoscibili – abbiano ossequiato adeguatamente la necessità di conoscere il titolare effettivo.

In punto modalità di esecuzione il controllo intenderà appurare se il processo identificatorio sia avvenuto mediante un documento valido all'epoca dell'operazione e, in caso di persone giuridiche, se l'obbligato abbia verificato l'effettiva sussistenza di un potere di rappresentanza del cliente acquisendo ogni informazione necessaria ad individuare e verificare l'identità dei rappresentanti con potere di firma per la prestazione richiesta. Successivamente si procede ad acquisire le informazioni sullo scopo e sulla natura dell'operazione: in questo contesto il fascicolo del cliente dovrebbe contenere le informazioni *ex lege* tra cui le eventuali dichiarazioni fornite dal cliente stesso e l'adempimento di un controllo costante nel corso della prestazione professionale. Si verifica dunque la data di conferimento dell'incarico per appurarne la data, e si ricerca nel fascicolo la documentazione affine ad un monitoraggio periodico. La GdF controllerà poi anche che, nel caso in cui il professionista non sia stato in grado di adempiere agli obblighi di identificazione del cliente e della natura e scopo della prestazione richiesta, egli si sia astenuto dall'esecuzione della prestazione.

## 7. L'obbligato dell'AML Rule

L'art. 17 del Decreto Antiriciclaggio definisce una norma *ad hoc* in materia di adeguata verifica per i professionisti ed i revisori contabili secondo cui questi osservano gli obblighi previsti per il controllo della clientela, quale che sia la forma in cui viene esercitata l'attività<sup>24</sup>, in quattro specifici casi: al momento del conferimento dell'incarico prescindendo da ogni valutazione economica del medesimo, nel caso in cui debba porsi in essere una prestazione professionale occasionale che comporta la movimentazione di una somma pari o superiore a 15.000 euro<sup>25</sup>, se vi sia sospetto di riciclaggio o finanziamento del terrorismo ovvero nel caso in cui vi siano dubbi circa la veridicità e adeguatezza dei dati precedentemente ottenuti in ragione all'identificazione del cliente.

L'altra disposizione che ci parla di soggetti obbligati all'adeguata verifica è l'art. 26 del decreto che vincola i terzi all'indagine sulla clientela. Qui il Legislatore ha inteso derogare al principio della *know your customer* demandando a terzi gli obblighi informativi ferma restando una piena responsabilità in capo al destinatario della norma originaria. Salvo il controllo costante dell'operatività in tutti gli altri casi è consentita la delega. L'obbligo di adeguata verifica si ritiene adempiuto nel momento in cui il terzo incaricato ha rilasciato e trasmesso una idonea attestazione che deve essere a lui direttamente riconducibile. Nell'attestazione deve essere confermato in modo espresso il corretto adempimento degli obblighi di verifica effettuati.

L'obbligato del caso di specie potrà dunque avvalersi non soltanto di attestatori professionisti ma anche di ulteriori soggetti che hanno rapporti continuativi col proprio cliente e che sono già da questi stati identificati personalmente. Il riferimento corre agli intermediari finanziari di cui al capoverso dell'art. 3, alle loro succursali con sede in Stati *extra* UE che adottano un sistema di contrasto al fenomeno del riciclaggio analogo a quello adottato in sede europea, agli enti finanziari

---

<sup>24</sup> Evidentemente il riferimento è all'esercizio individuale ovvero in forma associata o societaria.

<sup>25</sup> Il valore deve essere inteso complessivo non rilevando come possibilità di sottrazione all'obbligo di verifica il caso in cui il cliente effettui più operazioni di importo minore. Il Legislatore intende dunque una valutazione complessiva del *quantum* dell'operazione più che della modalità di spesa del denaro. Invero nel caso in cui il cliente debba effettuare un'operazione di valore complessivo pari a 20.000 euro non si sottrarrà all'obbligo per il sol fatto di aver diviso in due *tranches* di 10.000 euro il pagamento: trattasi di operazioni collegate ai sensi dell'art. 1, c. 2, lett. u) D. Lgs. 231/2007 connesse e finalizzate al perseguimento di un unico obiettivo a carattere giuridico-patrimoniale. L'operazione troverebbe dunque definizione come frazionata, ossia unitaria sotto il profilo del valore economico ma posta in essere attraverso più operazioni che, singolarmente valutate, sono inferiori ai limiti stabiliti e vengono eseguite in momenti diversi entro un circoscritto momento temporale che la norma citata, alla lett. v), fissa in sette giorni.

degli Stati membri dell'Unione, ed a quelli aventi sede legale in Paesi extracomunitari che però adottano misure uguali rispetto a quelle prese in esame da questo studio.

A tutela non solo dell'interesse generale sotteso dall'obbligo di adeguata verifica ma anche a salvaguardia dei soggetti obbligati l'art. 29 dispone che non sia possibile avvalersi dell'informativa da parte di soggetti terzi se questi risiedono in Paesi ad alto rischio di riciclaggio o finanziamento al terrorismo.

## **8. La conservazione della documentazione dell'attività verificatoria**

Una delle principali innovazioni del D. Lgs. 90/2017 è stata l'abolizione dell'obbligo di istituzione dei registri, tanto cartacei quanto elettronici, nei quali i professionisti dovevano registrare entro trenta giorni dall'accettazione dell'incarico professionale, dall'eventuale conoscenza di ulteriori informazioni rispetto a quelle precedentemente fornite ovvero dal termine della prestazione professionale i dati identificativi del cliente unitamente all'asse informativo necessario a rispettare la disciplina in materia di verifica antiriciclaggio. Invero gli artt. 31 e 32 non parlano più di "*registrazione*" bensì di "*conservazione*" dei documenti, dei dati e delle informazioni – ampliando così l'alveo del materiale rispetto alla lettera della norma precedente che parlava solo di documenti – utili a prevenire, individuare o accertare eventuali atti di riciclaggio o finanziamento al terrorismo.

Come anche specificato dal comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 31 del 24 maggio 2017 il D. Lgs. 90/2017 mira a razionalizzare gli adempimenti che gravano in capo agli obbligati facendo venire meno le formalità ed i tecnicismi – ritenuti eccessivi in comparazione alle esigenze di uniforme e applicazione omogenea del diritto eurounitario – circa i termini di conservazione dei dati e dei documenti. Qui possiamo riscontrare la vera *ratio* dell'abolizione del registro, eliminazione che trascina con se nell'oblio giuridico anche ogni irregolarità in materia commessa sino al 4 luglio 2017.

Se è vero quanto sopra affermato il Legislatore non ha comunque abdicato totalmente, scelta che sarebbe stata assolutamente controsenso rispetto allo scopo della normativa antiriciclaggio nel suo complesso. Attualmente esiste l'obbligo di tenuta del fascicolo contenente ogni dato, dichiarazione e informazione del cliente, la valutazione del rischio e, specie con l'entrata in vigore del nuovo *Regolamento Privacy*, l'informativa sul trattamento dei dati personali.

Il capoverso dell'art. 31 specifica infatti che occorre tenere traccia dei documenti acquisiti in occasione dell'adeguata verifica della clientela per fornire in un possibile futuro un documento avente efficacia probatoria ai sensi della normativa in materia di scritture e registrazioni inerenti le operazioni. Ogni materiale inerente la verifica va' poi conservato per un periodo temporale di dieci anni dalla cessazione della prestazione professionale nel fascicolo. Più in particolare occorre che vengano registrate la data di conferimento dell'incarico; i dati identificativi dell'esecutore, del cliente e del titolare effettivo nonché le informazioni relative alla natura ed allo scopo della prestazione; l'importo, la causale e la data dell'operazione nonché i mezzi di pagamento utilizzati.

In campo notarile la riforma del 2017 ha novellato il comma 2 dell'art. 34 del D. Lgs. 231/2007 di fatto confermando la semplificazione che veniva già concessa dall'art. 38 nel medesimo decreto all'atto della sua prima formulazione. Invero si distingue tra gli atti soggetti e non soggetti a repertorio. Nel primo caso la tenuta in repertorio sostituisce ogni ulteriore modalità di conservazione e per le informazioni non risultanti in repertorio, si pensi al documento d'identità, al codice fiscale, alla partita IVA, esse sono comunque rinvenibili in parti dell'atto finale ovvero in documenti comunque considerati all'interno del fascicolo. Nel caso di attività notarile non soggetta a repertorio, come preliminari, certificazioni per esecuzioni, o attività di mera consulenza, è necessaria l'annotazione in un registro diverso ed autonomo.

Gli avvocati, i commercialisti ed i revisori contabili ovvero i professionisti del campo giuridico-economico in genere sono tenuti alla conservazione del fascicolo del cliente e, nonostante la novella del 2017, il richiamo alla precedente normativa è ancora forte. Infatti l'impianto giuridico

prevedeva – e pare che sia ancora efficace<sup>26</sup> – un elenco di prestazioni da registrare identificate dall'Allegato al D. M. 3 febbraio 2006, n. 141 attuativo del D. Lgs. 20 febbraio 2004, n. 56. Per tale motivo appare utile in questo lavoro riportare detto elenco fermo restando l'abrogazione dell'obbligo del registro come ampiamente detto sopra.

Nel caso di avvocati e notai l'elenco copre il trasferimento di attività economiche, di beni immobili e qualsiasi altra operazione immobiliare; l'apertura, la chiusura e la gestione di conti bancari, conti di titoli, libretti di deposito e di cassette di sicurezza; la gestione di altri beni ed ogni altra operazione di natura economica; la costituzione, gestione, amministrazione o liquidazione di società, enti, *trust* o strutture similari; l'organizzazione degli apporti necessari alla costituzione, gestione e amministrazione di società.

Per gli altri professionisti l'elenco individua gli accertamenti, le ispezioni ed i controlli; gli adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza dei lavoratori dipendenti nonché l'amministrazione di detto personale dipendente ed ogni altra funzione connessa; l'amministrazione e liquidazione di singoli beni, patrimoni o aziende; l'apertura, gestione e chiusura di conti bancari, conti di titoli, libretti di deposito, e di cassette di sicurezza; la gestione di denaro, posizioni previdenziali ed assicurative, e strumenti finanziari; l'assistenza in procedure concorsuali, in materia tributaria, per richieste di finanziamenti, a datori di lavoro in sede di visite ispettive o accertamenti; l'assistenza societaria continuativa e generica; l'attività di valutazione tecnica dell'iniziativa d'impresa e asseverazione dei *business plan* per l'accesso a finanziamenti pubblici; la certificazione di investimenti ambientali; l'attività di *consulting* in generale, di controllo della documentazione contabile, revisione e certificazione; la costituzione o liquidazione di società, enti, *trust* o strutture analoghe; le divisioni ed assegnazioni di patrimoni, compilazione dei relativi progetti e piani di liquidazione nei giudizi di graduazione; l'elaborazione e la predisposizione delle dichiarazioni tributarie e cura degli ulteriori adempimenti tributari; le ispezioni e revisioni amministrative e contabili; il monitoraggio e tutoraggio dell'utilizzo dei finanziamenti pubblici erogati alle imprese; le operazioni di finanza straordinaria, di vendita di beni mobili ed immobili nonché la formazione del progetto di distribuzione su delega del giudice dell'esecuzione; la tenuta di paghe e contributi; i piani di contabilità per le aziende; la redazione di bilanci; la rappresentanza tributaria e qualsiasi altra operazione di natura immobiliare o finanziaria.

## 9. L'impianto punitivo

Il presente elaborato non poteva che terminare con un'analisi dell'impianto punitivo riguardante gli obblighi di adeguata verifica come novellato dal D. Lgs. 90/2017. Invero oggi sono gli artt. 55 e ss. del D. Lgs. 231/2007 a riportare le sanzioni sia a carattere penale che amministrativo.

In punto *criminal law* l'art. 55, c. 1, punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni e la multa da 10.000 a 30.000 euro la falsificazione di dati, informazioni e ogni altro elemento relativo al cliente, al titolare effettivo e all'esecutore dell'adeguata verifica nonché allo scopo ed all'*an* della prestazione professionale ed alla natura dell'operazione stessa. Ad essere sanzionato non è solo il falsificatore ma anche l'usufruttore. L'interesse giuridico tutelato dalla norma *de qua* è l'adeguata verifica in sé e rinveniamo il soggetto attivo nella persona gravata dall'obbligo di controllo *ex artt.* 17 e ss. D. Lgs. 231/2007.

Alla stessa pena soggiace per gli effetti del capoverso della medesima norma chi acquisisce o conserva dati falsi ovvero informazioni non veritiere sul cliente, sul titolare effettivo, sull'esecutore, sullo scopo e sulla natura del rapporto professionale e sulla prestazione. Non solo, è altresì rilevante – e sanzionata nei medesimi termini di cui sopra – la condotta di chi utilizza mezzi fraudolenti al fine di pregiudicare una corretta conservazione dei dati e delle informazioni. In questo caso il soggetto attivo individuabile è la persona fisica che ai sensi degli artt. 31 e 32 del più volte

---

<sup>26</sup> Sul punto si afferma che le Autorità ispettive continuano ad affidarsi alla tassonomia indicata. Cfr. R. RAZZANTE, *Antiriciclaggio e professionisti*, cit., p. 101.

citato decreto legislativo è tenuta agli obblighi di conservazione. In questo caso il Legislatore tutela la conservazione dei dati e delle informazioni.

La protezione dell'interesse giuridico dell'adeguata verifica riemerge nel testo del comma 3 (art. 55). In questo caso l'Ordinamento giuridico prevede una clausola di riserva: la norma troverà infatti piena esecuzione solo nel caso in cui il fatto non costituisca un più grave reato. Di nuovo viene proposta la medesima cornice edittale ma, nel caso di specie, i possibili destinatari sono coloro i quali sono tenuti a fornire ogni dato necessario all'adeguata verifica. Invero la norma punisce la fornitura di dati falsi ovvero di informazioni non veritiere.

Il comma 4, volto a tutelare le comunicazioni, sanziona poi la violazione del divieto di comunicazione dell'effettuata segnalazione di operazione sospetta e di comunicazione sul flusso di ritorno delle informazioni richiamando gli artt. 39, c. 1, e 41, c. 3 del D. Lgs. 231/2007. L'autore è necessariamente il soggetto tenuto ad adempiere ai disposti normativi che, nel caso di specie, soggiace ad una pena sensibilmente differente e meno afflittiva rispetto a quelle sin qui definite. Il Legislatore ha infatti voluto una contravvenzione prevedendo la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e dell'ammenda da 5.000 a 30.000 euro.

Con riferimento alle sanzioni amministrative il decreto se ne occupa negli artt. 56-59 punendo con la sanzione pecuniaria di 2.000 euro – salvo il caso di violazioni gravi, reiterate, plurime ovvero sistematiche per cui la sanzione si colloca tra un minimo di 2.500 ed un massimo di 50.000 euro – l'inosservanza degli obblighi di adeguata verifica e astensione e l'inosservanza degli obblighi di conservazione. Viene punita invece con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 30.000 euro calcolata a persona, la violazione degli obblighi di comunicazione degli organi di controllo.

L'omessa segnalazione di operazioni sospette viene invece sanzionata in via residuale, ossia salvo il fatto non costituisca reato, con la pecuniaria ammontante a 3.000 euro che, in caso di violazioni gravi, reiterate, plurime o sistematiche, è determinata tra un minimo di 30.000 ed un massimo di 300.000 euro. La sanzione grava sull'azienda ma anche sulle persone che hanno commesso l'omessa segnalazione. Nel caso in cui l'omissione porti un vantaggio economico determinato o determinabile in un valore inferiore o pari a 450.000 euro la sanzione si aumenta sino al doppio, mentre nel caso in cui il vantaggio non sia determinato o determinabile la sanzione può raggiungere fino il milione di euro.

Prima di passare oltre occorre riferire cosa debba intendersi per violazione ripetuta, sistematica, plurima, reiterata e, a chiusura, generalmente grave. Sul punto è intervenuto anche il Ministero dell'Economia e delle Finanze con la Circolare DT 54071 del 6 luglio 2017. Per violazione ripetuta si intende quella che segue una precedente contestazione della medesima violazione per cui è stata irrogata una sanzione. Nel corso dell'accertamento l'Autorità procedente richiede esplicitamente al verificato se esistono precedenti provvedimenti sanzionatori notificatigli per la medesima sanzione negli ultimi cinque anni. La risposta fornita dovrà poi essere verificata e, nel caso di discordanze, quanto affermato verrà utilizzato per valutare il grado di collaborazione tenuto. La sistematicità sussiste invece nel caso in cui, nell'ambito di una o più contestazioni o verifiche su un numero sufficientemente alto di singole operazioni anche non riferibili al medesimo cliente ovvero alla medesima tipologia di prestazione professionale, si rileva per la maggior parte di esse il comportamento sanzionato dalla legge. Violazioni dunque realizzate in strutture complesse con intervalli ravvicinati.

La qualificazione di plurima attiene alla singola contestazione che è composta da più operazioni distribuite in un apprezzabile arco temporale; riguarda una prestazione unitaria dal punto di vista dello scopo perseguito che però, suddivisa in più operazioni distinte sul piano oggettivo, economico o giuridico, dà luogo a più fattispecie autonome teleologicamente coordinate; è contestata dall'Autorità verificante in un unico atto ma riscontra la sussistenza di violazioni per più operazioni.

Con riferimento alla gravità della violazione il Legislatore la individua ricorrendo ad alcuni criteri specifici quali l'intensità ed il grado dell'elemento soggettivo valutato in relazione

all'insufficiente grado di diligenza mantenuto nella condotta del soggetto obbligato<sup>27</sup>; il grado di collaborazione con le Autorità rilevabile in base alla sollecitudine tenuta nel consegnare la documentazione e le informazioni richieste ovvero la veridicità, completezza ed intelleggibilità di queste; la riproposizione di condotte commissive ed omissive valutate in maniera inversamente proporzionale alle dimensioni ed al grado di complessità dell'organizzazione; infine la rilevanza dei motivi del sospetto avuto riguardo all'operazione in sé ed al grado di coerenza che ella manifesta in rapporto alle caratteristiche del cliente e del rapporto professionale<sup>28</sup>.

Con riferimento ai soggetti obbligati vigilati la norma del 2017 novella il precedente impianto prevedendo all'art. 62 che nei confronti degli intermediari bancari e finanziari responsabili in caso di violazioni gravi, ripetute, sistematiche o plurime delle disposizioni in materia di adeguata verifica, di segnalazione di operazioni sospette, ed in materia di procedure e controlli interni trova applicazione una sanzione amministrativa pecuniaria da 30.000 a cinque milioni di euro ovvero, nel caso in cui il fatturato del soggetto giuridico superi il massimo di questa cornice edittale, del 10% dell'ammontare complessivo del fatturato annuo fermo restandone la sua determinabilità. Una sanzione innovativa che trova applicazione, nei termini del capoverso dell'articolo, anche nei confronti dei soggetti titolari delle funzioni di amministrazione, direzione e controllo dell'intermediario che hanno agevolato, facilitato o reso possibile la violazione non assolvendo ai compiti loro demandati. Nel caso in cui il vantaggio ottenuto dal soggetto attivo sia superiore a cinque milioni di euro la sanzione pecuniaria è elevata sino al doppio dell'ammontare del vantaggio ottenuto salvo la determinabilità di detto *quantum*.

In tutte queste ipotesi è fatto potere dell'Autorità di vigilanza di settore di applicare, secondo le proprie competenze, la sanzione amministrativa accessoria dell'interdizione dallo svolgimento della funzione o dell'incarico amministrativo, direzionale o di controllo dell'ente per un periodo che varia da sei mesi a tre anni.

Il comma 4 dell'art. 62 prevede che in caso di violazioni di scarsa offensività o pericolosità trovino applicazione sanzioni alternative alla pena pecuniaria come l'ordine di eliminazione delle infrazioni e astensione dal ripeterle prevedendo le misure da adottare ed i termini di adozione, e la dichiarazione pubblica di commissione del fatto illecito (anche se cessato) commesso dall'ente individuando anche il responsabile. Tale sanzione è a ragione molto criticata in quanto rappresenta chiaramente una mera pubblicità negativa che genera unicamente un danno reputazionale nei confronti di chi ha di fatto eliminato una situazione negativa. Essa non trova comunque applicazione nei confronti del professionista (es. avvocato, commercialista, revisore contabile).

Riassumendo possiamo quindi affermare che la novella del 2017 ha rinnovato interamente l'impianto punitivo abrogando tacitamente le norme in materia di omessa registrazione, già depenalizzata per effetto del D. Lgs. 8/2016; dell'omessa istituzione dell'archivio unico informatico che prevedeva la comminazione di una sanzione di carattere amministrativo; e l'omessa istituzione del registro della clientela, anch'essa precedentemente prevista come illecito amministrativo.

## **10. Le novità introdotte dalla V Direttiva UE *Anty-Money Laundering*.**

Il 19 giugno 2018 è stata pubblicata all'interno della Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea la V Direttiva Antiriciclaggio che si è rafforzata con riferimento alla prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario per scopi di riciclaggio dei proventi dalle attività criminose e di finanziamento

---

<sup>27</sup> La valutazione della diligenza va' eseguita in relazione alle competenze ed alle qualifiche professionali possedute con particolare riferimento a quelle inerenti il settore specifico di attività, all'acclarata conoscenza delle circostanze di fatto che qualificano l'operazione come meritevole di segnalazione, al grado ed alla prontezza dell'attivazione del soggetto obbligato, alla mancata adozione o insufficiente vigilanza sul rispetto delle prassi standardizzate e criteri operativi.

<sup>28</sup> Questo spettro valutativo investe senza dubbio la presenza nel caso di specie di criticità del tipo di quelle individuate dai modelli e dagli schemi rappresentativi di condotte anomale e tipizzate negli indici di anomalia definiti dal Legislatore ovvero dalle competenti Autorità cui le norme in materia di segnalazione di operazioni sospette fanno rinvio. Il riferimento corre all'art. 6, c. 4, lett. e), e c. 7, lett. b) del D. Lgs. 231/2007 come riformato dal D. Lgs. 90/2017.

del terrorismo. Detta Direttiva, n. 2018/843 del Parlamento europeo e del Consiglio, ha modificato la precedente ed ha stabilito all'art. 4 che gli Stati membri dovranno porre in essere ogni disposizione legislativa, regolamentare ed amministrativa entro il termine del 10 gennaio 2020.

In materia di adeguata verifica della clientela le novità introdotte hanno visto la novella dell'art. 13 della IV Direttiva integrando così la lett. a) del primo paragrafo prevedendo che l'identificazione e la verifica del cliente siano fatte sulla base di documenti, dati ovvero informazioni ottenuti per mezzo di una fonte indipendente ed attendibile. Tra questi possono essere utilizzati i mezzi di identificazione elettronica o "*i pertinenti servizi fiduciari di cui al Regolamento UE n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio o altre procedure di identificazione a distanza o elettronica sicure, regolamentate, riconosciute, approvate o accettate dalle autorità nazionali competenti*". È ragionevole ritenere che il recepimento di tale dettato modificherà la lett. a) del primo comma dell'art. 18, D.Lgs. 231/2007.

Un ulteriore ammodernamento ha influenzato la lettera b) della medesima norma nella parte in cui è stata prevista l'eventualità in cui, se il titolare effettivo individuato è il dirigente di alto livello ex art. 3, c. 6, lett. a), n. ii) della IV Direttiva, i soggetti gravati dall'obbligo sono tenuti ad adottare le misure necessarie per verificare l'identità della persona fisica di alto livello dirigenziale e conservano registrazione delle misure poste in essere e delle eventuali difficoltà riscontrate nella procedura di verifica.

Circa le misure di adeguata verifica rafforzata la V Direttiva ha introdotto l'art. 18-*bis* che elenca dettagliatamente dette misure che dovranno essere recepite dagli Stati membri nei regimi interni, unitamente alla previsione di un secondo elenco di misure supplementari che gli Stati potranno prescrivere. Per i rapporti d'affari oppure per le operazioni che coinvolgono Paesi terzi ad alto rischio identificati ai sensi dell'art. 9 capoverso della Direttiva, i soggetti obbligati alla verifica dovranno porre in essere misure adeguate quali l'ottenimento di: a) informazioni supplementari sul cliente e sul *beneficial owner*; b) informazioni supplementari sullo scopo e sulla natura prevista del rapporto; c) informazioni circa l'origine dei fondi e del patrimonio del cliente e del titolare effettivo; d) informazioni sulle ragioni delle operazioni in esecuzione; e) necessarie approvazioni dell'alta dirigenza per l'instaurazione o la prosecuzione del rapporto d'affari. Dovranno infine porre in essere un controllo rafforzato del rapporto d'affari potenziando in punto quantitativo i controlli effettuati focalizzandosi sulle eventuali parti di operazione che necessitano di ulteriori approfondimenti.

A riguardo dell'applicazione di misure supplementari con riferimento alle persone fisiche ovvero ai soggetti giuridici che pongono in essere operazioni che coinvolgono Paesi terzi all'Unione Europea e profilati dal capoverso dell'art. 9 ad alto rischio sarà necessario prevedere idonei meccanismi di segnalazione rafforzati o comunque la segnalazione sistematica delle operazioni finanziarie poste in atto.

Tale Direttiva ha trovato recepimento nella Legge di delegazione europea 2018. Invero il 26 settembre il Governo ha presentato alla Camera dei Deputati il disegno di legge recante la delega al Governo per il recepimento delle disposizioni europee. Nel disegno, costante di ventidue articoli, all'Allegato A trova collocazione la V Direttiva. Tale atto sarà a ragione adottato entro il termine dell'anno in corso, e, come dato storico, è utile annotare che il 6 novembre si è concluso l'esame in sede referente alla XIV Commissione Politiche dell'Unione Europea.

## Il doppio binario sanzionatorio militare: rilievi critici

*Military two-tier punishments: critical remarks*

di Saverio Setti<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** Il sistema sanzionatorio italiano in generale, e militare in particolare, presenta tradizionalmente varie fattispecie per cui è previsto un doppio binario sanzionatorio, penale ed amministrativo, finalizzato alla repressione della medesima violazione. Gli interventi della normativa e della giurisprudenza sovraordinata stanno progressivamente ampliando la sfera di operatività del principio del *ne bis in idem*, fino a ricomprenderne la sanzione amministrativa conseguente alla punizione penale.<sup>2</sup>

*The general Italian justice system, and particularly the military one, traditionally sees violations sanctioned by a two-tier level way: punishing with criminal and administrative sanctions the same infringement. However, European court rulings is constantly expanding the double jeopardy guarantee, including even an administrative punishment resulting from the criminal conviction.*

**Sommario: 1. Il divieto di secondo giudizio. – 2. L'intervento delle corti europee ed una prima armonizzazione interna. – 3. Il giudizio penale e la sanzione amministrativa: alla ricerca di una disciplina generale. – 4. Il doppio binario sanzionatorio militare: arresti di dottrina e riflessioni evolutive.**

### 1. Il divieto di secondo giudizio

Il principio del *ne bis in idem* rappresenta uno dei cardini della civiltà giuridica ed una componente irrinunciabile di ogni definizione di giusnaturalismo processuale<sup>3</sup>. Detto principio generale stabilisce il divieto che si giudichi contemporaneamente la medesima vicenda in più di un processo ed il divieto che, raggiunta la definitività ed irrevocabilità di cosa giudicata, un nuovo giudice di qualunque grado possa nuovamente esprimersi sulla stessa questione oggetto di sentenza<sup>4</sup>.

Il fondamento di questa regola è rintracciabile già<sup>5</sup> nel procedimento per *legis actio*, ove vigeva la norma generale per cui *bis de eadem re ne sit actio*. Vari autori, infatti, riportano che si trattava di una eccezione (*exceptio rei iudicatae*) già utilizzabile in sede di *litis contestatio*<sup>6</sup>; questo nella considerazione del fatto che il giudicato precedentemente formatosi già conteneva un valore di verità giuridica (*res iudicata pro veritate habetur*)<sup>7</sup>.

È, tuttavia l'introduzione del processo *extra ordinem* giustiniano che vede l'affermarsi del brocardo *ne bis in idem*, con riferimento esclusivo alla cosa giudicata, vista in rapporto al

<sup>1</sup> Capitano dell'Esercito laureato in Scienze Strategiche, in Relazioni Internazionali ed in Giurisprudenza.

<sup>2</sup> Articolo sottoposto alla procedura di *double blind peer review*.

<sup>3</sup> Cfr. sul punto E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: La riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2003, pp. 93 – 108. V. DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, ivi, 1984, pp. 444 – 459.

<sup>4</sup> Fatti, naturalmente, salvi i mezzi di impugnazione straordinari.

<sup>5</sup> Alcuni autori individuano i fondamenti del principio del *ne bis in idem* nel processo attico (F.J. DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*, Bosch, Barcellona 1998, p. 549). Secondo questi il principio è rinvenibile all'interno dell'orazione di Demostene contro Leptino, al punto 147: «Le norme legali vietano le stesse cose due volte contro la stessa persona, che sia azione, inchiesta, domanda e altro simile».

<sup>6</sup> Cfr. *ex multis* ULPiano, *Digesto*, libro 48, titolo 2; M. F. QUINTILIANO, *Institutio Oratoria*, libro 7, titolo 6.

<sup>7</sup> Cfr. A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Giappichelli, Torino, 2017 p. 138 e G. PRIMERANO, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino 2017, p. 15.

fondamento della presunzione di verità<sup>8</sup>. Questo principio si è, quindi, perpetuato ed ha innervato tutta la tradizione giuridica successiva, come dimostra la grande attenzione che a questo è dedicata, in epoca medievali in ambienti giuridici sia *common law*<sup>9</sup> che *civil law*<sup>10</sup>.

In età successiva la teoria generale del diritto approfondì lo studio del concetto di divieto di doppio giudizio, concentrandosi sul presupposto logico di questo, ovvero la sentenza ed il contenuto di essa. L'approfondimento dogmatico operato dalla pandettistica tedesca<sup>11</sup>, ha definitivamente fornito una distinzione tra giudicato formale, identificato nei caratteri del provvedimento del giudice ed in particolare nel suo passaggio *in iudicatum*, e giudicato sostanziale, attinente al contenuto della sentenza<sup>12</sup>. In questo modo la dogmatica fornisce una distinzione fondamentale per poter interpretare in chiave (definita da alcuni addirittura) "normativa" l'incontrovertibilità dell'accertamento giudiziario<sup>13</sup>.

Il principio del *ne bis in idem* ha presto trovato una consacrazione costituzionale nella maggior parte dei sistemi liberali, mantenendo il connotato essenziale di garanzia contro il potere repressivo dell'autorità. Nella Costituzione degli Stati Uniti d'America, la più antica oggi vigente, il V Emendamento vieta di sottoporre un condannato «due volte, per un medesimo reato, a un procedimento» penale<sup>14</sup>.

In seguito all'influenza della dottrina e della legislazione francese<sup>15</sup>, anche nell'ordinamento italiano il principio del *ne bis in idem* trovò piena cittadinanza, negli artt. 518 e 540 del c.p.p. del 1865, che disponevano il divieto di un nuovo giudizio per il medesimo fatto nei confronti

---

<sup>8</sup> E. M. BELGIORNO, *Il principio del ne bis in idem: Analisi degli aspetti interni ed internazionali*, Key, Frosinone, 2006, p. 10.

<sup>9</sup> Si riporta, infatti, che l'arcivescovo di Canterbury, Thomas Becket, ha argomentato in ordine all'illegittimità delle sanzioni comminate da parte del diritto regio nei confronti di quanti fossero già stati sanzionati da una corte ecclesiastica, cfr. H. J. BERMAN, *Law and Revolution, the Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Boston, 2009, p. 259. Questa considerazione nasceva dagli studi degli scritti di San Girolamo; questi, basandosi su riferimenti biblici (hom. 11 in Lev. GSC 6, 451, 14 ss.) argomentava che la pena di morte comminata per taluni peccati dall'Antico Testamento liberasse dalla punizione eterna, poiché Dio «*non vindicat bis in idipsum*». In questa visione dottrinale il peccato conduce ad un "debito" nei confronti di Dio, debito che viene pagato con la morte e, pertanto, viene a disciogliersi proprio a seguito dell'espiazione della pena, motivo per cui non verrà applicata una seconda sanzione ultraterrena (S. VISINTAINER, *La dottrina del peccato in san Girolamo*, Analecta Gregoriana, vol. 117, *sectio B*, n. 39, Roma, 1962, p. 255 – 256).

<sup>10</sup> In Italia, ad es., Sassoferato, nella sua *Secundam digesti novi partem commentaria* (Venezia, 1585), nella parte di discussione *De accusationibus*, indica: «*Absolutus non potest de eodem crimine accusari ad eodem vel ab alio, nisi fuerit ignorans et suam iniuriam persequatur*» (P. COSTANZO, L. TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in «*Consulta Online*», 2015, fasc. III, 21 dicembre 2015, p. 851, nota 5).

<sup>11</sup> Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts, Zweiter Band* Veit und Comp., Berlino, 1840, p. 274. In particolare l'A. attribuiva al giudicato una efficacia di natura sostanziale, perché proponeva l'idea che il giudicato avesse la forza creatrice di una nuova situazione giuridica sostanziale. Conseguentemente due sarebbero le funzioni del giudicato: la prima di evitare un giudizio sulla medesima *res* e la seconda di vincolare ogni giudice successivo alla pronuncia precedente.

<sup>12</sup> È però necessario precisare che sarebbe improprio mutuare pienamente in ambito penalistico il concetto di cosa giudicata sostanziale (art. 2909 c.c.), poiché la sentenza penale «non possedendo un proprio retroterra di rapporti riconducibili a diritti soggettivi, può spiegare i suoi effetti solo nel processo e per il processo» (F. CORBI, F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, p. 19).

<sup>13</sup> G. CONSO, R. GUARINIELLO, *L'autorità della cosa giudicata penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 44. Come ha notato la dottrina successiva, «la *cosa giudicata formale* indica l'irrevocabilità della pronuncia giurisdizionale, mentre la *cosa giudicata sostanziale* rappresenta la generale efficacia vincolante dell'accertamento giudiziario definitivo. In tale prospettiva, la prima opera essenzialmente all'interno del processo *a quo*, mentre la seconda agisce all'esterno; ma entrambe concorrono, efficacemente ed in maniera concreta, ad assicurare e salvaguardare l'incontrovertibilità del risultato del processo penale», F. CALLARI, *La Firmitas del Giudicato Penale. Essenza e Limiti*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 15 – 16.

<sup>14</sup> Nel diritto statunitense questo principio prende il nome di *Double Jeopardy Clause*, poiché il testo di riferimento dell'emendamento recita: «*Nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*». Cfr. sul punto D. S. RUDSTEIN, *Double jeopardy: a reference guide to the United States Constitution*, Praeger, Westport, CT, 2004.

<sup>15</sup> Basti pensare che gli artt. 255 e 426 del Codice penale francese del 1795 (*Code Merlin*) disponevano il divieto di *ne bis in idem* in seguito a sentenza istruttoria e di merito, tranne il caso in cui il rinvenimento di nuove prove dovesse rendere necessaria la revisione del giudizio. Medesime disposizioni saranno, poi, confermate negli artt. 246 e 360 del *Code d'instruction criminelle* del 1808.

dell'«accusato assolto o riguardo al quale siasi dichiarato non essersi fatto luogo a procedimento». Il concetto fu ripreso, sostanzialmente identico, anche dall'art. 435 del c.p.p. del 1913. In questo frangente, la sentenza irrevocabile è vista come una garanzia preclusiva di un nuovo giudizio in tutti i casi in cui sia stata pronunciato un proscioglimento in rito o merito, mancando ogni riferimento al divieto di doppio giudizio in caso di prima condanna<sup>16</sup>. Chiaro obiettivo politico criminale era, infatti, la tutela della libertà del singolo, riconosciuta con la decisione irrevocabile di assoluzione, al fine di evitare che «ogni cittadino caduto una volta in sospetto di aver commesso il delitto fosse condannato al supplizio di Damocle»<sup>17</sup>.

Il portato chiarificatore di queste disposizioni, comunque, è contenuto tutto nell'individuazione dell'*idem factum* come criterio dirimente in ordine al *ne bis in idem*, allo scopo di evitare reiterazioni dell'accusa, celate dietro imputazioni alternative o diversamente formulate, ma aventi un nucleo di condotta del tutto coincidente<sup>18</sup>.

La codificazione della procedura penale avvenuta nel 1930, all'art. 90, portava una «positivizzazione del giudicato penale come valore unitario di incontrovertibilità del risultato del processo»<sup>19</sup>.

In continuità con il percorso storico, anche nella legislazione interna oggi vigente il principio del *ne bis in idem* trova piena cittadinanza. Dispone, infatti, il primo comma dell'art. 649 c.p.p. che «l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345».

Su un piano meramente processuale, la garanzia di cui all'art. 649 c.p.p. mira a «garantire l'intangibilità del risultato del processo»<sup>20</sup>. La *ratio* di questa norma è stata individuata dalla dottrina su varie basi. Da un lato, pur riconoscendo che questo principio non è garantito in maniera esplicita a livello costituzionale<sup>21</sup>, il *ne bis in idem* è finalizzato a vietare una indefinita vessazione processuale del cittadino ed evitare l'utilizzo del processo penale come strumento di tirannia<sup>22</sup>. In secondo luogo, vi è chi ravvede nell'intangibilità del giudicato<sup>23</sup> una funzione di carattere sociale, ovvero la necessità di ingenerare nell'animo dei consociati la fiducia nel complesso del sistema di giustizia, dando certezza delle risultanze processuali e, pertanto, del godimento dei beni della vita<sup>24</sup>. In terzo luogo, questo strumento ha anche evidenti ragioni di economia processuale<sup>25</sup>.

---

<sup>16</sup> La dottrina dell'epoca, sul punto, aveva sottolineato che detta norma fosse «conforme allo scopo del processo ed all'interesse di libertà individuale», dovendosi intendere, pur in mancanza di un esplicito riferimento, comprensiva delle ipotesi liberatorie e di condanna, cfr. L. MORTARA, U. ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, vol. II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1922, p. 235 e segg.

<sup>17</sup> V. OLIVIERI, *Gli errori giudiziari e l'istituto della revisione*, in *Temi ven.*, XXI, 1896, p. 173.

<sup>18</sup> E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 7.

<sup>19</sup> Ivi, p. 10.

<sup>20</sup> Cass. pen. Sez. Un. 28 giugno 2005, *Donati*, in CED, n. 231799.

<sup>21</sup> E. M. BELGIORNO, *Il principio cit.*, p. 11. Medesima dottrina nota anche la struttura composita di questo principio. Esso, infatti, da un lato impedisce il peggioramento della posizione giuridica di un soggetto prosciolto, ma dall'altro impedisce anche il possibile miglioramento di questa situazione, nel caso di soggetto condannato.

<sup>22</sup> Correttamente parlando, così presentato, il principio prende il nome di *ne bis in idem* processuale. Il risvolto sostanziale del *ne bis in idem* è contenuto nell'art. 15 c.p. ed impone il c.d. principio di specialità, secondo cui quando più norme penali convergono nel sanzionare la stessa materia «la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale».

<sup>23</sup> Si noti che definire le sentenze o i decreti penali irrevocabili, «definitivi» (art. 27 Cost.), passati in giudicato o che «acquistano autorità di cosa giudicata» (art. 624, c. 1 c.p.p.), significa utilizzare termini semanticamente coincidenti (M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Utet giuridica, Milano, 2012, p. 584).

<sup>24</sup> G. BAUSILIO, *Il principio del ne bis in idem: Dottrina e giurisprudenza*, Key, Frosinone, 2017, p. 17.

<sup>25</sup> Altri aggiungono la ragione secondo cui un secondo giudizio comporterebbe un'eccessiva sofferenza per l'imputato e per la vittima del reato, quest'ultima costretta a dover ancora una volta far riemergere con pienezza le esperienze negative connesse al reato subito (F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 1061). Altri ancora fanno formalisticamente coincidere il principio del *ne bis in idem* con l'esaurimento dell'azione penale (*Erledigungsprinzip*): il giudizio irrevocabile reso su un fatto «svuota» la perseguibilità dello stesso, così come la pretesa punitiva insita nell'esercizio dell'azione penale (P. PASSAGLIA, *Il principio del ne bis in idem*, Corte costituzionale – servizio studi, comp. 208, Roma, giugno 2016, p. 49, nota 45).

Venendo ad uno studio esegetico del disposto di cui all'art. 649 c.p.p. è necessario iniziare con i presupposti di applicazione del divieto di *bis in idem*.

Il primo presupposto è la **irrevocabilità** della provvedimento di proscioglimento o di condanna. Questa è, dal medesimo art. 649 c.p.p., vista come il rapporto esistente tra il provvedimento e le sue originarie o residue possibilità di impugnazione.

Su un mero piano temporale, allorquando l'impugnazione ordinaria è ammessa, il provvedimento diviene irrevocabile «quando è inutilmente decorso il termine per proporla»<sup>26</sup>.

Su un piano processuale, se l'impugnazione ordinaria è ammessa ed è stata proposto il ricorso per cassazione e questo è stato dichiarato inammissibile ovvero rigettato dal giudice di legittimità, la sentenza acquista irrevocabilità «dal giorno in cui è pronunciata l'ordinanza o la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso»<sup>27</sup>.

Secondo presupposto è l'**idem factum**, ovvero la piena identità logica e cronologica tra gli elementi del fatto su cui il provvedimento ha raggiunto l'irrevocabilità e gli elementi del fatto per cui si dovrebbe iniziare il nuovo procedimento. La lettera dell'art. 649 c.p.p., infatti, vieta il *ne bis in idem* per il medesimo fatto «se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado e per le circostanze». La dottrina<sup>28</sup> intende per «titolo» la definizione giuridica del fatto, per «grado» la maggiore o minore gravità concreta del reato<sup>29</sup> e per «circostanze» non solo gli elementi accidentali del reato (aggravanti ed attenuanti), ma anche le circostanze inerenti il reo (dolo, colpa ed imputabilità). Ecco quindi che il *ne bis in idem* «esclude che due fattispecie giudiziali identiche, sia pure con diverso *nomen iuris* vengano ambedue addebitate all'autore di un fatto storico»<sup>30</sup>.

Di diverso avviso la giurisprudenza delle Sezioni Unite, che ritiene che il «medesimo fatto esprime l'identità storico-naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta, nell'evento e nel rapporto di causalità, in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona»<sup>31</sup>. Da questa pronuncia emerge chiaramente che la valutazione dell'identità<sup>32</sup> si fonda non solo sulla condotta, ma sulla triade «condotta, evento, nesso causale»: pertanto la diversità di uno di tali elementi implica l'impossibilità di riscontrare il medesimo fatto e consente il secondo giudizio<sup>33</sup>. Ciò implica che il vaglio di coincidenza non deve essere condotto in ordine alle connotazioni naturalistiche e fenomeniche della condotta, ma in ordine alle fattispecie criminoso integrate<sup>34</sup>. Questo, però, significa che l'identità deve riguardare il fatto «legale» e non quello «storico»: l'assunto trova conferma nel consolidato orientamento giurisprudenziale escludente

---

<sup>26</sup> Art. 648 c.p.p. La dottrina ha evidenziato che l'irrevocabilità interviene nel momento di decorso del termine e non nel momento in cui venga dichiarata inammissibile l'impugnazione tardiva (B. LAVARINI, *L'esecutività della sentenza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 67). Interessante è il rapporto tra inammissibilità dell'impugnazione e declaratoria delle cause di non punibilità. La dottrina ha evidenziato che il proscioglimento ex art. 129 c.p.p. è precluso nei casi in cui l'impugnazione sia tardiva ovvero rivolta nei confronti di un provvedimento non suscettibile di impugnazione «posto che, essendo l'art. 129 c.p.p. dettato con riguardo «ad ogni stato e grado del processo», la sua applicabilità cessa con la conclusione del procedimento stesso o, più esattamente, con l'irrevocabilità della sentenza» (G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, p. 669).

<sup>27</sup> Art. 648, c. 2 c.p.p.

<sup>28</sup> P. TONINI, *Lineamento di diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, p. 480.

<sup>29</sup> Ad es. un omicidio commesso con numero maggiore o minore di coltellate.

<sup>30</sup> G. LOZZI, *Lezioni cit.*, p. 824.

<sup>31</sup> Sez. Un., *Donati*, cit.

<sup>32</sup> Sul punto la Cassazione ha precisato che l'operatività del divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto non possa essere esclusa sulla base di una mera ipotesi di mancanza di identità tra fatto giudicato e da giudicarsi, poiché occorre che detta identità emerga con ragionevole certezza (Cass. Sez. II, 4 aprile 2006, n. 17268/06).

<sup>33</sup> Quindi, ad esempio, non può esservi un secondo procedimento per omicidio doloso in seguito a condanna per omicidio colposo, né può esservi un nuovo processo per diversità degli elementi della colpa. Né può esservi un secondo procedimento per peculato a seguito di proscioglimento dall'imputazione di abuso d'ufficio. (P. TONINI, *Lineamento cit.*, p. 480, nota 7).

<sup>34</sup> Cass. Sez. II, 20 novembre 2014, n. 52645: «la preclusione [...] opera nella sola ipotesi in cui vi sia, nelle imputazioni formulate nei due diversi processi a carico della stessa persona, corrispondenza biunivoca fra gli elementi costitutivi dei reati descritti nelle rispettive contestazioni».

l'applicazione dell'art. 649 al concorso formale di reati<sup>35</sup>. Come si vedrà (v. *infra* §2) la giurisprudenza europea si schiera su posizioni nettamente opposte.

Sul piano formale, infine, la dottrina ha puntualizzato che il giudicato si forma sui capi e sui punti della decisione espressa nel dispositivo, con esclusione del percorso logico-argomentativo che a questa ha condotto<sup>36</sup>. Dunque il divieto di *bis in idem* opera sul fatto inteso come elemento costitutivo o integrativo dell'imputazione.

Terzo presupposto è l'*idem personam*, che comporta il divieto di sottoporre a secondo procedimento la medesima persona per il medesimo fatto. La dottrina ha, in merito, evidenziato che questa garanzia opera limitatamente alla specifica qualità di imputato (o di condannato), «sicché colui che in tale veste risulti già giudicato ben potrà, ad esempio, essere convenuto in secondo giudizio sull'*idem factum* come responsabile civile»<sup>37</sup>. La giurisprudenza è, sul punto, convergente nell'affermare che il giudice del procedimento a carico del concorrente è legittimato ad una nuova e diversa valutazione in ordine alle responsabilità del soggetto già giudicato al solo fine, però, di valutare la responsabilità penale dell'imputato soggetto al suo giudizio<sup>38</sup>.

Il principio di cui all'art. 649 c.p.p. è, infine, operante anche in caso di pendenza di giudizio: in pendenza di procedimento definito con sentenza in primo grado non irrevocabile, non è consentita la celebrazione di un secondo processo per il medesimo fatto nei confronti della medesima persona. Questo perché, secondo la Cassazione, «il principio dei *ne bis in idem* [...] ha portata generale e più ampia di quella formalmente espressa dall'art. 649 c.p.p.»<sup>39</sup>.

## 2. L'intervento delle corti europee ed una prima armonizzazione interna

Nel campo della riflessione sul principio del *ne bis in idem* assai pervasivo è stato l'intervento della diritto sovraordinato. Detto principio, infatti, è parte integrante dell'art. 4 del Protocollo addizionale alla CEDU n. 7, rubricato «diritto di non essere giudicato o punito due volte», che, al primo comma, recita: «nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato»<sup>40</sup>. Come detto, l'interpretazione di questo principio da parte della giurisprudenza europea diverge da quella tradizionale interna nel considerare al centro del divieto l'*idem factum* e non l'*idem* legale. Fin dalla sentenza Ozturk del 1984<sup>41</sup>, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha dimostrato di privilegiare la sostanza del fatto rispetto alla forma giuridica dello stesso, dovendosi riconoscere le garanzie di cui all'art. 6 CEDU anche ad un illecito amministrativo che, per struttura e finalità, si riveli sostanzialmente un illecito penale. Per definire questo, la giurisprudenza europea ha sviluppato i c.d. *Engel criteria*<sup>42</sup>, secondo i quali una violazione è penale:

- se tale è definita dalla legge nazionale (*legal classification*);

<sup>35</sup> La Cassazione ha, infatti, ritenuto che un giudizio su un medesimo fatto storico non sia preclusivo di un secondo giudizio sullo stessa condotta valutata sotto il profilo di una diversa violazione di legge, ovviamente «con il limite che nel diverso giudizio non sia stata dichiarata l'insussistenza del fatto o la mancata commissione di esso da parte dell'imputato», cfr. Cass. Sez. IV, 7 giugno 2004, n. 25305.

<sup>36</sup> G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice di procedura penale – rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, p. 22.

<sup>37</sup> P. M. CORSO, G. DEAN, O. DOMINIONI, A. GAITO, G. GARUTI, O. MAZZA, G. SPANGHER, *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 934. Medesima dottrina aggiunge che l'operatività del divieto di *bis in idem* opera solo sul comando della sentenza, ovvero sulla specifica manifestazione di volontà del giudice, mentre nessun vincolo extraprocessuale discende dall'attività valutativa di questo.

<sup>38</sup> Cass. sez. II, 3 maggio 2005, n. 21998/05.

<sup>39</sup> Cass. sez. VI, 25 febbraio 2002, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3861.

<sup>40</sup> Comando dal medesimo tenore è contenuto nell'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Questa disposizione, benché abbia ad oggetto il *ne bis in idem*, esula dall'interesse della presente trattazione. L'art. 50 cit., infatti, vede un chiaro limite di operatività: la pendenza della causa deve ricadere nell'ambito del diritto dell'Unione, dunque avere un qualche riflesso transfrontaliero.

<sup>41</sup> La sentenza è pubblicata in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 894, con nota di PALIERO.

<sup>42</sup> Nella sentenza Engel e altri c. Olanda, nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8 giugno 1976.

- se, benché non definita penale da una norma interna, abbia una reale natura penale (*very nature of the offence*);
- se, benché non definita penale da una norma interna, comporti l'applicazione di una sanzione avente un elevato grado di severità (*degree of severity*)<sup>43</sup>.

Ebbene, così facendo, la Corte non solo ridefinisce l'ambito di operatività sostanziale del *ne bis in idem* su un piano fattuale, ma ne amplia la portata garantistica al di fuori del processo inteso come procedimento giurisdizionale, ricomprendendo, dunque, ogni iter sanzionatorio, anche *a non iudice*. Nel 2000 la Corte ha confermato il proprio approccio "naturalistico" al fatto, stabilendo che il procedimento sanzionatorio (amministrativo) tributario e quello di natura penale sono da considerarsi punitivi dell'*idem factum*, dunque incompatibili, ove si riferiscano al medesimo periodo temporale e allo stesso ammontare<sup>44</sup>. Si ha, inoltre, ragione di ritenere che l'orientamento della Corte EDU possa evolversi fino a valutare la medesimezza del fatto alla luce della sola condotta. In effetti, in una più recente pronuncia<sup>45</sup> i giudici di Strasburgo hanno reputato medesimo il fatto di percuotere una persona e di cagionarle lesioni, mentre l'interpretazione interna del diritto penale italiano esclude il reato progressivo dal divieto di *bis in idem*.

È, però, con la sentenza *Grande Stevens c. Italia* del 4 marzo 2014 che la Corte di Strasburgo ha posto all'indice l'ipertrofico apparato sanzionatorio e repressivo italiano, ove il doppio binario, in vari settori tra cui quello tributario e militare, rappresenta più la regola dell'eccezione. L'art. 4, prot. 7, questa la decisione della Corte, osta che si avvii o si prosegua un processo penale nei confronti di un soggetto già definitivamente sanzionato in via amministrativa per lo stesso fatto di manipolazione del mercato. Questo divieto è in tanto più rilevante in quanto la sanzione amministrativa irrogata poteva considerarsi a tutti gli effetti come penale considerata la sua natura repressiva, il suo grado di severità e le ripercussioni sugli interessi del condannato. Inoltre sia il procedimento amministrativo che quello penale dirigevano la propria finalità di tutela verso il medesimo bene giuridico protetto. Insufficiente, secondo i giudici di Strasburgo, è dunque il sistema di garanzie di specialità di cui all'art. 9 della l. 689/1981, considerata inidonea ad evitare che un provvedimento amministrativo definitivo, dotato di afflittività tale da essere considerato penale, violasse il principio del *ne bis in idem*, di cui all'art. 4, prot. 7 CEDU. Ancora una volta la Corte europea conferma il proprio consolidato orientamento di natura fattuale: la reale natura delle misure sanzionatorie disposte dagli ordinamenti interni viene apprezzata non alla luce della mera qualificazione giuridica operata dal diritto interno, ma dalle peculiarità e dalle conseguenze che, in concreto, la sanzione medesima provoca<sup>46</sup>. In ragione di queste considerazioni, sul punto, la dottrina ha indicato: «la portata della decisione travalica l'hortus della regolamentazione del *market abuse*, per espandersi a raggiera sulla generalità delle ipotesi di doppio binario rinvenibili agli angoli del nostro sistema sanzionatorio»<sup>47</sup>. Ciò significa che il soggetto destinatario di un provvedimento sanzionatorio amministrativo particolarmente inflittivo e definitivo non può essere giudicato una seconda volta in sede penale per il medesimo fatto<sup>48</sup> e viceversa.

Questi interventi europei hanno spinto il giudice dell'udienza preliminare del caso "Eternit bis" a ritenere non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sull'interpretazione

<sup>43</sup> Per fornire un metro di paragone, la Corte ha ritenuto che alcune sovrattasse sanzionatorie previste dal diritto interno finlandese come aventi natura amministrativa avessero reale natura penale perché: a) sono previste da norma di legge a portata generale; b) non hanno funzione compensatoria del danno cagionato all'erario; c) hanno una funzione evidentemente sanzionatoria e deterrente, pertanto specialpreventiva (caso *Nykänen c. Finlandia*, n. 11828/11, 20 maggio 2014).

<sup>44</sup> Grande Camera, caso *Zolotukhin c. Russia*, n. 14939/03, 10 febbraio 2009.

<sup>45</sup> Caso *Tsonev c. Bulgaria*, n. 45963/99, 14 gennaio 2010.

<sup>46</sup> S. MONTALDO, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio del ne bis in idem*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 7, 2013, n. 2, p. 579 e ss.

<sup>47</sup> V. NAPOLEONI, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, in *Treccani – Il libro del diritto 2017*, Roma, 2017, p. 100.

<sup>48</sup> A. GIOVANNINI, *La Corte EDU ribadisce il divieto di doppia sanzione e la Cassazione rinvia alla Consulta*, in *Corr. trib.* 2015, p. 905. Naturalmente il legislatore nazionale resta libero di disporre (ed eventualmente duplicare) gli illeciti penali, a condizione che, formatosi un giudicato, non si proceda una seconda volta per il medesimo fatto storico.

dell'art. 649 c.p.p.<sup>49</sup>. In particolare il giudice rimettente riteneva che la giurisprudenza interna imponeva, contrariamente alle disposizioni ed agli orientamenti sovraordinati, di valutare la medesimezza dell'evento in senso "legale" piuttosto che "fattuale"<sup>50</sup>: infatti la prima e la seconda imputazione di quel caso erano in concorso formale, con l'effetto di inibire l'applicazione dell'art. 649 c.p.p., in contrasto con la CEDU che, valutando il fatto naturalistico e non la formale incriminazione, avrebbe, nel caso, imposto l'applicazione del *ne bis in idem*.

A questo problema, la Corte costituzionale ha dato una soluzione<sup>51</sup> assai articolata, destinata ed esplicitare effetti assai rilevanti nel diritto interno. La Consulta, per prima cosa, ha individuato l'aggancio costituzionale dei *ne bis in idem* negli artt. 24 e 111 Cost. e lo ha ritenuto principio armonizzato con gli artt. 2 e 3, così «collocandosi nel catalogo aperto dei diritti fondamentali, che debbono avere prevalenza su ogni altro principio costituzionale, e quindi anche sul principio di obbligatorietà dell'azione penale». In secondo luogo, la Corte ha positivamente accolto l'indicazione della corte di legittimità di valutare l'*idem factum* sulla triade «condotta, evento, nesso causale», a condizione che tali elementi siano ponderati con esclusivo riferimento alla dimensione empirica; dunque l'evento non potrà avere rilevanza in termini giuridici, ma assumerà significato soltanto quale modificazione della realtà materiale conseguente all'azione o all'omissione dell'agente. A ciò si aggiunga che la forza espansiva della garanzia del *ne bis in idem* basato sul medesimo fatto è, per citare ancora la Corte, «immanente alla funzione ordinante cui la Carta ha dato vita, perché non è compatibile con tale funzione dell'ordinamento giuridico una normativa nel cui ambito la medesima situazione giuridica possa divenire oggetto di statuizioni giurisdizionali in perpetuo divenire». Sul punto, la dottrina ha sottolineato che la nuova base costituzionale data dalla Consulta all'art. 649 c.p.p. dirige l'interprete verso una concezione rigorosamente empiristica del fatto in virtù delle ragioni del costituzionalismo classico, «barriera dell'individuo contro un potere eteronomo e privo dei limiti opponibili all'interesse pubblico»<sup>52</sup>. L'approdo del *ne bis in idem* nella cerchia dei «diritti inviolabili dell'uomo», tutelati dall'art. 2 Cost., ne impone una interpretazione orientata alla massimizzazione del portato tutelare. Ragion per cui si deve considerare l'art. 649 c.p.p. come un rinnovato baluardo contro la gratuita e liberticida moltiplicazione di fattispecie<sup>53</sup>.

Sei mesi dopo questa pronuncia della Corte costituzionale è, però, intervenuta nuovamente la Corte EDU, che ha ridimensionato la *vis expansiva* del divieto di doppio binario nella sentenza *A e B c. Norvegia*<sup>54</sup>. In primo luogo i giudici europei hanno sottolineato l'esigenza di lasciare agli Stati la discrezionalità nel decidere quale sia il meccanismo concreto di applicazione del principio del *ne bis in idem*; quindi il fatto che numerosi ordinamenti europei conoscano un sistema a doppio binario e che questo sia sempre stato considerato in linea con le rispettive tradizioni costituzionali, implica che l'art. 4 prot. 7 CEDU non vieti in linea di principio una risposta sanzionatoria articolata, in

<sup>49</sup> In punto di fatto un dirigente dell'impresa Eternit era stato rinviato a giudizio per le imputazioni di cui agli artt. 434 c.2 e 437 c.2 c.p.p., per aver dolosamente omesso di attuare le dovute cautele finalizzate a prevenire il danno ambientale da amianto cagionato da uno stabilimento di detta impresa; a tale condotta sarebbe legata la morte o la malattia di circa duemila persone. Entrambi i reati sono stati dichiarati estinti per prescrizione con sentenza definitiva, a seguito della quale il p.m. esercitava l'azione penale per omicidio colposo nei confronti del medesimo imputato. In udienza preliminare la difesa invocavano l'*exceptio rei iudicate* ai sensi dell'art. 649 c.p.p. richiedendo, in subordine, una pregiudiziale di interpretazione dell'art. 50 della Carta dei Diritti dell'Unione Europea. Il g.u.p. rigettava con ordinanza l'istanza, osservando come la questione non riguardi il diritto dell'Unione, ma, d'iniziativa, sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per violazione dell'art. 117, c. 1 Cost come integrato dall'art. 4 prot. 7 CEDU. Per approfondire, I. GITTARDI, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 prot. 7 CEDU*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 novembre 2015, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/d/4289-eternit---bis-in-idem---sollevata-la-questione-di-legittimita-costituzionale-dell-art-649-cpp-in-re>.

<sup>50</sup> E, pertanto, l'evento morte (di cui all'art. 575: nuova imputazione) sarebbe stato differente dal disastro e dall'infortunio (artt. 434 e 437: prima imputazione).

<sup>51</sup> Sentenza n. 200/2016, udienza 31 maggio 2016.

<sup>52</sup> M. BIGNAMI, *Identità del fatto e ne bis in idem*, in Treccani – Il libro del diritto 2017, Roma, 2017, p. 96.n

<sup>53</sup> Ecco quindi che, alla luce di questa pronuncia della Corte costituzionale, andrebbero decisi per il *bis in idem* i casi, ad es., di collusione del militare della G.d.F. e corruzione (Cass. pen., 29 gennaio 2014, n. 12943) e distruzione di documenti contabili a titolo di bancarotta fraudolenta e la medesima condotta punita dalla legge tributaria per altri fini (Cass. pen., 1 marzo 2011, n. 16360).

<sup>54</sup> Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*.

maniera unitaria e coerente, su un doppio binario<sup>55</sup>. La legittimità della doppia sanzione, in un'ottica di tutela della posizione individuale del soggetto punito, dipende dai criteri di prevedibilità e della proporzione delle sanzioni stesse. La valutazione della legittimità della doppia sanzione, proseguono i giudici europei, è connessa al verificarsi delle seguenti ipotesi:

- se la duplicità dei procedimenti sia conseguenza prevedibile della condotta;
- se i procedimenti abbiano scopi diversi e, pertanto, assumano a oggetto di giudizio profili differenti della medesima condotta antisociale;
- se i due procedimenti siano condotti in modo da evitare per quanto possibile ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, per mezzo di una « adeguata interazione tra le varie autorità competenti in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro procedimento»;
- se la sanzione irrogata nel procedimento che per primo si conclude sia tenuta in considerazione nel secondo procedimento, al fine di garantire una proporzionalità complessiva della sanzione.

Pare, quindi, (ri)prendere un certo vigore la liceità del doppio binario, anche nel caso in cui la sanzione amministrativa sia « sostanzialmente penale », ma solo a condizione che il pregiudizio subito dal soggetto sanzionato non sia sproporzionato ed ingiusto, perché la sanzione globalmente considerata fa parte di uno schema integrato e coerente.

### **3. Il giudizio penale e la sanzione amministrativa: alla ricerca di una disciplina generale**

Il diritto militare non è l'unica branca dell'ordinamento che vede, nel concreto, la possibilità di violazione del principio del *ne bis in idem*, inteso nelle ricostruzioni più moderne appena sopra riportate. Anche in altri settori, infatti, il tema è oggetto di forte dibattito, i cui arresti sono assai utili per cercare di ricostruire un nuovo e più accurato perimetro applicativo del principio in discorso.

Generalmente parlando, il giudicato penale, ai sensi dell'art. 653 c.p.p., esplica pienamente i propri effetti nei giudizi per responsabilità disciplinare. In particolare, a seguito di modifica dell'art. citato ad opera della l. 97/2001<sup>56</sup>, il portato vincolante della sentenza del giudice penale nel procedimento disciplinare, ha riguardo « all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso », anche nel caso in cui sia impossibile una irrogazione della pena, ad es. per intervenuta prescrizione del reato. Ovviamente il medesimo effetto vincolante esiste per la sentenza di assoluzione.

Come detto, si parla di doppio binario sanzionatorio, oltretutto nel settore militare, anche in campo di illeciti tributari, di illeciti in materia di *insider trading* ed anche nell'ambito delle varie figure di abuso del mercato<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> « In particolare, la Corte afferma che non è possibile dedurre dall'art. 4 prot. 7 un divieto assoluto per gli Stati di imporre una sanzione amministrativa (ancorché qualificabile come “ sostanzialmente penale ” ai fini delle garanzie dell'equo processo) per quei fatti di evasione fiscale in cui è possibile, altresì, perseguire e condannare penalmente il soggetto, in relazione a un elemento ulteriore rispetto al mero mancato pagamento del tributo, come una condotta fraudolenta, alla quale non potrebbe dare risposta sanzionatoria adeguata la mera procedura “ amministrativa ” » F. VIGANÒ, *La Grande Camera della corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 novembre 2016.

<sup>56</sup> La modifica non ha solo introdotto il secondo comma in cui è specificata l'efficacia della sentenza penale di condanna (avendo il precedente art. 653 c.p.p. un solo comma riguardante la sentenza di assoluzione), ma ha anche soppresso la necessità che la sentenza penale, per produrre effetti dovesse essere « pronunciata a seguito di dibattimento ». Ciò significa che anche le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti hanno efficacia di giudicato nel giudizio disciplinare avanti le autorità pubbliche (Cass. civ. Sez. Un., 20 settembre 2013, n. 21591). In merito si riporta che la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 10, c.1 della legge di modifica nella parte in cui essa prevedeva che le disposizioni degli artt. 1 e 2 si applicassero anche alle sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti pronunciate anteriormente alla sua entrata in vigore (sent. 394 del 25 luglio 2001).

<sup>57</sup> In merito a questa tematica si veda, *ex multis*, E. BOFFELLI, Principio del *ne bis in idem* nella recente giurisprudenza europea: considerazioni sul doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, in *Dir. Prat. Trib.*, 2014, p. 1089, G. CESARI, Illecito penale e tributario. Il principio del *ne bis in idem* alla luce della più recente

In tema di rapporti tra illeciti penali ed amministrativi, visti nel loro riflesso concreto di sanzione pecuniaria, opera il principio di specialità, così come definito dall'art. 9 della l. 689/1981<sup>58</sup>, che dispone come, ove sia dato riscontrare una ipotesi di concorso di norme, debba trovare applicazione quella speciale<sup>59</sup>. Questo assetto intrasistemico è stato oggetto di analisi approfondita da parte della Corte costituzionale<sup>60</sup>, che ha riconnesso l'art. 9 cit. ai principi del concorso di norme e del *ne bis in idem*. Il portato innovatore di questi interventi della Consulta, dunque, è l'allargamento dei principi citati oltre i confini del diritto penale: essi vengono estesi anche al concorso tra disposizioni penali e disposizioni prevedenti sanzioni amministrative ovvero tra sanzioni amministrative. Conseguentemente, una volta definito che, per un medesimo fatto sia applicabile effettivamente una sola disposizione, viene evitato il *bis in idem*<sup>61</sup>.

Medesimo principio è stato, quindi, ribadito in campo tributario, ad opera dell'art. 19 d.lgs. 74/2000, il quale vieta un cumulo di sanzioni penali ed amministrative (fiscali) per il medesimo fatto<sup>62</sup>. In effetti sul piano tributario, caratterizzato, come quello militare, da una pluralità di sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente penalistiche, il legislatore ha escluso una coesistenza sul piano sanzionatorio. Non solo irrogabili (e se irrogate sono ineseguibili) le sanzioni amministrative ove, per il medesimo fatto, sia in corso un procedimento penale<sup>63</sup>, così salvaguardando l'effettività del divieto di doppia sanzione per il medesimo fatto<sup>64</sup>. Questo perché, come notato dalla dottrina tributaria, «la sanzione amministrativa non ha più una funzione risarcitoria o riparatoria [...], ma ha assunto un carattere afflittivo/punitivo con forti venature penalistiche»<sup>65</sup>.

Ancora, in campo di vigilanza finanziaria, vi è uno specifico e paradigmatico caso, la cui *ratio* potrebbe fornire importanti linee guida *iure condendo* nel diritto militare (v. *infra* §4), che riguarda

---

giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e di Cassazione, in Riv. dir. trib., 2014, p. 74, M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2014 e A. GIOVANNINI, L. P. MURCIANO, *Il principio del "ne bis in idem" sostanziale impedisce la doppia sanzione per la medesima condotta*, in *Corr. trib.*, 2014, p. 1548.

<sup>58</sup> «Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale. Tuttavia quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione regionale o delle province autonome di Trento e di Bolzano che preveda una sanzione amministrativa, si applica in ogni caso la disposizione penale, salvo che quest'ultima sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali».

<sup>59</sup> Detto principio implica che tutti gli elementi costitutivi una data fattispecie *generale* siano contenuti nella fattispecie *speciale*, la quale ne contiene, a sua volta, ulteriori, definiti elementi specializzanti (o *quid pluris*). Schematizzando, questa ricostruzione vede la norma speciale come più aderente alla fattispecie concreta, rispetto a quella generale, di cui è uno specifico sottoinsieme. Questo ragionamento può applicarsi anche nei casi di c.d. specialità reciproca, ovvero quando due disposizioni si trovino ad essere reciprocamente generali e speciali, presentando ciascuna nei confronti dell'altra elementi specializzanti. L'orientamento della Cassazione, in merito, individua la norma in concreto applicabile sulla base dell'elemento specializzante più conforme e idoneo alla tutela delle fattispecie a confronto (cfr., in merito, Cass., sez. I, 25 maggio 2001, n. 7112 e Cass., sez. I, 10 dicembre 2003, n. 18811).

<sup>60</sup> Sent. 3 aprile 1987, n. 97.

<sup>61</sup> Questo, concordemente con la posizione della giurisprudenza interna precedente alla sentenza Grande Stevens, era però inteso in senso formale: le Sezioni Unite, infatti, ritenevano che quest'articolo 9 «facendo riferimento al "fatto punito" non può che riferirsi a quello astrattamente previsto come illecito dalla norma e non certo al fatto naturalisticamente inteso» (sent. 1963/2011).

<sup>62</sup> Interessante è notare il netto cambio di rotta rispetto alla previgente disposizione, di cui all'art. 10 della l. 516/1982, che, invece, consentiva l'applicazione di misure penali ed amministrative per la medesima violazione tributaria. Questa disposizione, già nella dottrina di allora, era ritenuta lesiva del *ne bis in idem* e destava sospetti di incostituzionalità, cfr. A. SPINZO, *Cumulo tra sanzione penale ed amministrativa*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale, I reati in materia fiscale*, a cura di L. STORIONI, P. CORSO, 1990, p. 227.

<sup>63</sup> «Salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto» (art. 21 d.lgs. 74/2000).

<sup>64</sup> A. PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla certezza del "diritto soggettivo"*, in A. GAITO, D. CHINNICI, *Regole europee e processo penale*, CEDAM, Padova, 2016, p. 269 e M. BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, Arch. pen., 2015, n. 1.

<sup>65</sup> N. MONFREDA, *La riforma del diritto penale tributario. L'introduzione del principio di specialità*, Halley ed., Macerata, 2007, p. 50. Cfr., anche, A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 232.

la manipolazione del mercato<sup>66</sup>. Questa fattispecie, evoluzione dell'agiotaggio<sup>67</sup> infatti, è sanzionata penalmente dall'art. 185 del d.lgs. 58/1998<sup>68</sup> ed amministrativamente dall'art. 187 *ter*<sup>69</sup> del medesimo d.lgs. In questo caso però, il confine tra le due sanzioni, secondo la dottrina, è dato dal fatto che la fattispecie delittuosa richiede il pericolo concreto, mentre la fattispecie amministrativa arretra la soglia di punibilità al pericolo astratto. A ciò si aggiunga che la giurisprudenza ha osservato che «si tratta, a ben vedere, proprio di norme che, a diverso titolo, intervengono su fattispecie tendenzialmente omogenee, per cui si pone un problema di sovrapposizione normativa che determina la necessità di individuare i diversi ambiti applicativi, eventualmente utilizzando il principio di specialità di cui all'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689»<sup>70</sup>. Ebbene questa posizione della giurisprudenza è importante perché conferma l'assunto che, in caso di doppio binario penale-amministrativo, non solo sia una la sanzione da applicarsi, ma che questa debba scegliersi in ossequio al principio di specialità, che quindi viene ad assumere, in materia, il rango di principio generale.

La questione del doppio binario sanzionatorio (in materia finanziaria) sarà a breve posta al vaglio della Corte costituzionale, in virtù di una recentissima ordinanza<sup>71</sup>, che ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 55 c. 2 del d.lgs. 58/1998 per violazione degli artt. 3 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 4 Prot. 7 alla Convenzione EDU (diritto a non essere giudicato e condannato più volte per lo stesso fatto)<sup>72</sup>. La questione che la Consulta è chiamata a risolvere riveste grande importanza, particolarmente perché i giudici costituzionali potrebbero fornire linee guida *erga omnes* in materia di doppio binario sanzionatorio.

#### 4. Il doppio binario sanzionatorio militare: arresti di dottrina e riflessioni evolutive

Quanto esposto finora non comporta profili problematici con riferimento ai rapporti tra giurisdizione e sanzione penali ordinaria e militare.

Sul piano processuale, infatti, opera la riserva di «giurisdizione penale costituzionale esclusiva»: l'art. 103, c. 3 Cost. dispone che in tempo di pace i tribunali militari hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate. Il regime della connessione tra procedimenti di competenza della magistratura ordinaria e quelli attribuiti ai tribunali militari è modellato dall'art. 13, c. 2 c.p.p., che dispone un'attrazione della competenza al giudice ordinario nel solo caso in cui il reato comune sia più grave di quello militare.

Sul piano sostanziale il *ne bis in idem* è evitato dal disposto dell'art. 15 c.p., che in tutte le ipotesi di concorso di norme vieta di addossare più volte lo stesso fatto all'autore. Dunque il diritto penale militare deroga al diritto penale comune, per quanto tra le due fattispecie esista non di specialità ma, *rectius*, di specialità reciproca, come ad es. tra ingiuria (art. 594 c.p., depenalizzato) ed ingiuria militare (art. 226 c.p.m.p.). Il problema diviene, dunque, quello, ampiamente trattato, dell'individuazione della norma prevalente tra più fattispecie astratte<sup>73</sup>.

Diverso è il caso in cui la seconda sanzione involga il diritto penale da un lato ed il diritto amministrativo, cioè disciplinare, dall'altro. Ebbene la materia dei rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale è stata oggetto di revisione dal legislatore nel 2015<sup>74</sup>, la quale ha

<sup>66</sup> M. B. MAGRO, *Manipolazioni dei mercati finanziari e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012.

<sup>67</sup> Anch'esso, peraltro, normato da due disposizioni: l'art. 501 c.p. ed il 2637 c.c.

<sup>68</sup> Testo Unico della Finanza.

<sup>69</sup> Modificato con l. 62/2005.

<sup>70</sup> Cass. Pen. VI Sez., sent. n. 15199/2006, poi ripresa in Cass. Pen., II Sez., n. 12988/13.

<sup>71</sup> T.A.R. Lazio, Sez. II quater, ord. 29 gennaio 2018, n. 1043.

<sup>72</sup> La vicenda vede un promotore finanziario destinatario prima di una sanzione *ex art.* 196 T.U.F. e poi, per il medesimo fatto, per cui il soggetto ha assunto anche la qualità di imputato, di una sanzione *ex art.* 55 T.U.F.

<sup>73</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966, p. 598, G. DE FRANCESCO, *Lex specialis: specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, Milano, 1980, M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1961 e G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 449 e ss.

<sup>74</sup> Per una introduzione S. LAPISCOPIA, *Brevi riflessioni sulla possibile evoluzione della normativa sui rapporti tra il procedimento disciplinare e il procedimento penale*, in *Rass. giust. mil.*, n. 2, 2016.

disposto il medesimo regime applicabile al pubblico impiego privatizzato e disposto dall'art. 55-ter del d.lgs. 165/2001.

Analizzando gli aspetti procedurali inerenti la sovrapposizione dei piani penale ed amministrativo-disciplinare, due sono, fondamentalmente, le ipotesi che danno avvio al doppio procedimento.

La prima è l'emergere di una ipotesi di reato nel corso di una contestazione ovvero di una istruttoria di natura disciplinare. In questo caso molteplici norme convergono nel disporre che il Comandante di corpo, che è investito della qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria militare<sup>75</sup>, proceda alla trasmissione degli atti alla procura della repubblica competente per materia e per territorio<sup>76</sup>.

Seconda eventualità: l'autorità militare riceve notizia<sup>77</sup> di una ipotesi di reato ordinario ovvero di altra violazione amministrativa e provvede ad una valutazione dei riflessi disciplinari della condotta posta in essere dal militare incolpato.

In entrambi i casi i due procedimenti, a mente del nuovo art. 1393 d.lgs. 66/2010, procedono paralleli verso la loro conclusione. Resta, tuttavia, ancora possibile una sospensione del procedimento disciplinare fino al termine di quello penale<sup>78</sup>, ove l'autorità procedente si trovi innanzi a «casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato»<sup>79</sup>.

Ancora sul piano procedurale, il comandante di corpo deve porre in essere una continua attività di monitoraggio dei procedimenti penali a carico dei militari suoi dipendenti, questo al fine di una tempestiva ed eventuale azione cautelare, di avanzamento o disciplinare<sup>80</sup>.

Definite le ipotesi di avvio, è possibile, mettendo a sistema quanto su esposto ed in attesa di una pronuncia eventualmente chiarificatrice dei giudici costituzionali (v. *supra* §3), ricavare dei lineamenti in materia di doppio binario sanzionatorio militare?

Ebbene, da un punto di vista strettamente normativo, il sistema del diritto militare esplicitamente consente il doppio binario sanzionatorio. L'art. 751, c. 3 del D.P.R. 90/2010, infatti, dispone che per una fattispecie concreta che integri un reato ed una violazione disciplinare, i comandanti debbono promuovere congiuntamente il perseguimento della violazione in via penale ed in via disciplinare.

Ciò implica che i due procedimenti possono procedere parallelamente, essendo venuta meno la pregiudiziale penale sul giudizio disciplinare in seguito alla modifica dell'art. 1393 del d.lgs. 66/2010, che ora rimanda integralmente alla disciplina di cui all'art. 55 *ter* del d.lgs. 66/2010, ove si prevede, comunque, la facoltà del responsabile del procedimento disciplinare di sospendere questo in attesa della definizione del giudizio penale, in caso di difficoltà oggettiva di istruttoria.

Questo perché, secondo i giudici amministrativi, i fatti accertati in sede penale devono essere assunti quali incontrovertibili dall'Amministrazione procedente disciplinarmente, senza che questa possa procedere ad ulteriori accertamenti<sup>81</sup>; essa dovrà limitarsi ad un giudizio discrezionale di natura disciplinare sui fatti. È importante sottolineare come sia ormai pienamente condiviso il fatto che una sentenza di assoluzione per motivi esterni al merito<sup>82</sup> non preclude una seconda valutazione

---

<sup>75</sup> Art. 301, c. 1 c.p.m.p.

<sup>76</sup> Questo sempreché egli voglia avvalersi della condizione di procedibilità di cui all'art. 260, che gli consente di riservarsi la potestà sanzionatoria disciplinare per i reati militari puniti con sanzione non superiore nel massimo a mesi sei di reclusione militare.

<sup>77</sup> A cura del medesimo militare agente tramite dichiarazione ovvero tramite trasmissione degli atti a cura delle autorità di pubblica sicurezza, di polizia giudiziaria o comunque legittimate alla rilevazione dell'ipotesi di reato.

<sup>78</sup> Secondo la giurisprudenza il *dies a quo* per la riattivazione del procedimento (o per il suo avvio) va individuato nella data della comunicazione integrale della sentenza penale irrevocabile all'amministrazione procedente, cfr. Cons. di Stato sent. del 18 settembre 2015, n. 4350.

<sup>79</sup> Così l'art. 55-ter del d.lgs. 165/2001, cui il novellato art. 1393 del d.lgs. 66/2010 fa diretto rinvio.

<sup>80</sup> L'Autorità giudiziaria procedente nei confronti del militare è tenuta a comunicare all'amministrazione della Difesa: l'esercizio dell'azione penale, l'arresto, il fermo o l'applicazione di una misura cautelare (art. 129, c. 1, 3 bis disp. att. c.p.p.); il rinvio a giudizio (art. 133, c. 1 bis disp. att.) ed il dispositivo della sentenza penale (art. 154 ter disp. att.).

<sup>81</sup> T.A.R. Napoli, sez. VI, 13 gennaio 2015, n. 164

<sup>82</sup> Ovvero una sentenza assolutoria perché il fatto non costituisce reato, il fatto non è previsto dalla legge come reato oppure perché il reato è stato commesso da una persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione (art. 530 c.p.p.). Concorde è la giurisprudenza, *ex multis*, T.A.R. Perugia, sez. I, 06 giugno 2013 n. 331, T.A.R. Milano, sez. I, 25 marzo 2013 n. 773 e T.A.R. Napoli, sez. VI, 07 marzo 2013 n. 1301.

in chiave disciplinare della condotta del soggetto agente<sup>83</sup>, in considerazione che detta condotta può avere rilevanza disciplinare e non penale e fermo restando il limite dell'immutabilità dell'accertamento dei fatti nella loro materialità, così come compiuto nel giudizio penale. È, però sempre fatta salva, sia dalle norme inerenti la partecipazione al procedimento che dalla giurisprudenza<sup>84</sup>, la possibilità da parte del dipendente soggetto al procedimento di addurre elementi ed argomenti che, qualora dotati di oggettivo spessore e valenza, devono essere adeguatamente ponderati nel giudizio disciplinare. In ogni caso, la giurisprudenza ha sottolineato che l'amministrazione procedente conserva una piena discrezionalità amministrativa in ordine alla valutazione della gravità dei fatti e, conseguentemente, in ordine alla afflittività della sanzione<sup>85</sup>. Inoltre, alla luce degli interventi europei prima e della Corte costituzionale poi, appare sempre più in dubbio la piena compatibilità con il nostro ordinamento dell'automatismo sanzionatorio parallelo tra diritto penale e diritto amministrativo sopra ricordato.

In effetti, come notato dalla dottrina, il principio del *ne bis in idem* «nega [...] che il medesimo fatto possa essere addebitato più volte allo stesso soggetto, qualora l'applicazione di una sola delle norme in cui il fatto è sussumibile ne esaurisca, per intero, il contenuto di disvalore sia da un punto di vista oggettivo, che soggettivo»<sup>86</sup>. Conseguentemente due sanzioni<sup>87</sup> che colpiscono la medesima persona per il medesimo fatto, alla luce delle sopra riportate riletture europee e costituzionali del *ne bis in idem*, sono mutualmente escludenti. Non solo: alla luce della sentenza *Grande Stevens* non si possono individuare criteri per stabilire se una sanzione possa, in qualche modo, prevalere sull'altra<sup>88</sup>. Il problema del doppio automatismo sanzionatorio per il medesimo fatto resta, quindi, aperto. Limitandosi, infatti, ad una passiva accettazione del rinnovato principio del *ne bis in idem* unita ad un mantenimento del sistema del doppio binario, si preserva certamente il diritto in discorso, giungendo, però, a rendere il sistema irrazionale. In primo luogo perché il regime punitivo, in violazione del principio di uguaglianza, dipenderebbe dall'assurda regola della "prima sanzione valida": un soggetto sarebbe sanzionato penalmente o amministrativamente a seconda di quale dei due procedimenti dovesse giungere per primo al traguardo e comportare la preclusione per l'altro<sup>89</sup>. Le (costituzionalmente incompatibili) conseguenze di questa ricostruzione, sarebbero una sostanziale sottrazione al p.m. della possibilità di promuovere l'azione penale ed una violazione del diritto di uguaglianza. L'azione penale, infatti, sarebbe subordinata alla scelta dell'autorità disciplinare di non procedere amministrativamente e di consentire, conseguentemente, il procedimento penale creando, così, una nuova condizione di procedibilità *ultra legem*<sup>90</sup>.

In secondo luogo, l'avvio di un secondo procedimento già in partenza destinato a non sortire alcun esito comporta un illogico ed inutile spreco di pubbliche risorse.

Ecco, quindi che per non violare il principio del *ne bis in idem* così come ricostruito dalle giurisprudenze superiori e conservare un profilo di legittimità costituzionale, è necessario l'abbandono della prassi di automatismo sanzionatorio basato su un acritica assunzione della condotta "travasata" da un procedimento all'altro, in ciò tornando ad una lettura più aderente della lettera della legge. L'illecito disciplinare militare, infatti, non è *ogni violazione* di una norma imperativa, ma «ogni violazione dei doveri del servizio e della disciplina militare» sanciti dalle

---

<sup>83</sup> T.A.R. Napoli, sez. VI, 03 dicembre 2014, n. 6310.

<sup>84</sup> Consiglio di Stato, sez. III, 02 luglio 2014, n. 3324.

<sup>85</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 08 agosto 2014, n. 4237. Detta ampia discrezionalità amministrativa resta sottratta al sindacato del giudice di legittimità, se non, ovviamente, nelle forme sintomatiche della patologia del provvedimento amministrativo.

<sup>86</sup> G. RANALDI, F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Archivio Penale*, n. 1, 2017.

<sup>87</sup> Penale e penale, penale e amministrativa, amministrativa ed amministrativa.

<sup>88</sup> Giacché, come detto, la CEDU ha disposto l'arresto ed il divieto di un procedimento penale avente ad oggetto il medesimo fatto per cui il medesimo soggetto era già stato amministrativamente sanzionato.

<sup>89</sup> Eventualità questa che, formalmente, sarebbe affidata al caso ma che, concretamente, sarebbe assai facilmente pilotabile tramite i meccanismi di impugnazione.

<sup>90</sup> Non "contra" giacché non esiste una norma che espressamente riservi al pubblico ministero la titolarità esclusiva dell'azione penale. In merito, infatti, l'art. 112 Cost. è silente, pertanto non sarebbe incompatibile una norma che attribuisse ad un soggetto diverso dal p.m. detta titolarità.

disposizioni di ordinamento militare, dalle disposizioni di servizio e dagli ordini<sup>91</sup>. Nel merito è ancora più specifico l'art. 1350 del d.lgs. 66/2010, che dispone come le norme in materia di disciplina militare, si applicano nei confronti dei militari che: a) svolgono attività di servizio; b) sono in luoghi militari o comunque destinati al servizio; c) indossano l'uniforme<sup>92</sup>; d) si qualificano, in relazione ai compiti di servizio, come militari o si rivolgono ad altri militari in divisa o che si qualificano come tali. Ove non ricorrano queste condizioni, il militare è soggetto non a tutte le norme amministrative di disciplina: il medesimo art., al terzo comma, infatti, dispone una osservanza limitata alle disposizioni inerenti i doveri attinenti al giuramento prestato<sup>93</sup>, al grado, alla tutela del segreto e al dovuto riserbo sulle questioni militari.

Il riflesso di queste disposizioni è individuabile nelle norme che impongono una esatta configurazione della infrazione commessa<sup>94</sup>, al fine di evitare un intervento sanzionatorio elusivo dei principi di tassatività e *ne bis in idem*. Si pensi, ad es., al militare che, nello svolgimento della propria vita privata ponga in sosta la sua autovettura davanti ad un cassonetto, così violando una norma primaria<sup>95</sup>, e di conseguenza venga amministrativamente sanzionato con il pagamento di una somma di denaro. Ebbene risulterebbe evidentemente elusiva dei ricordati principi e delle citate disposizioni una sanzione disciplinare per violazione dei doveri attinenti al giuramento<sup>96</sup>, posto che il militare giura «di rispettare [...] le leggi»<sup>97</sup>.

L'unica soluzione oggi compatibile per salvaguardare l'esistenza di un doppio binario sanzionatorio è, quindi, una precisa azione definitoria e sussuntiva delle fattispecie<sup>98</sup>. Sia il pubblico ministero nel formulare l'imputazione che il comandante nel definire l'addebito disciplinare devono recuperare un maggior formalismo sussuntivo<sup>99</sup>, dovendo il fatto essere inquadrato nel diverso contesto disciplinare<sup>100</sup>. In particolare, nel caso di un procedimento disciplinare conseguente ad un provvedimento sanzionatorio ordinario (sia esso penale o amministrativo), riveste importanza capitale l'aderenza dell'autorità procedente ai sopra ricordati limiti applicativi delle norme in materia di disciplina militare<sup>101</sup>. Questo perché una sanzione basata su una motivazione meramente ripetitiva, ad es., di un capo di imputazione non solo viola il principio del *ne bis in idem*, posto che il soggetto per quella specifica violazione ha già ricevuto ed eventualmente espiato la pena, ma non ha un "aggancio" in una disposizione amministrativa di disciplina dunque è illegittima ed annullabile in sede di ricorso.

<sup>91</sup> Art. 1352, c. 1 d.lgs. 66/2010. Sul punto è importante sottolineare l'inesistenza del tentativo nel contesto disciplinare. Per configurare questo, infatti, sarebbe necessaria una norma espressa, modellata sull'art. 56 c.p. (che, si noti, incrimina solo il delitto tentato, con esclusione delle contravvenzioni). L'illecito disciplinare, dunque, deve essere sempre consumato.

<sup>92</sup> Nei limiti di cui all'art. 1351 d.lgs. 66/2010.

<sup>93</sup> Come definiti dall'art. 712 D.P.R. 90/2010.

<sup>94</sup> Art. 1398, c. 6 d.lgs. 66/2010.

<sup>95</sup> Art. 158, c. 2, *sub n*) del Codice della strada.

<sup>96</sup> Art. 751, c. 1, *sub a*), n. 1 d.lgs. 66/2010.

<sup>97</sup> Art. 575 D.P.R. 90/2010.

<sup>98</sup> T.A.R. Roma, sez. I, 09 luglio 2013 n. 6799.

<sup>99</sup> Si consideri il caso di militare che, fuori dai casi di cui all'art. 1350 del d.lgs. 66/2010, si ponga alla guida in stato di ebbrezza e, conseguentemente, sia destinatario delle sanzioni amministrative pecuniaria e di sospensione della patente di guida (*ex art. 186, c. 2, sub a*). Ebbene una sanzione disciplinare che, nel suo apparato motivazionale, si limitasse a indicare quale presupposto sanzionatorio il fatto di essersi posto alla guida con tasso alcolemico superiore a 0,5 e non superiore a 0,8 grammi per litro violerebbe il divieto di *bis in idem*. La motivazione della seconda sanzione dovrà indicare specificamente le ragioni per cui una condotta esterna al servizio si riverbera su questo e quali siano le norme militari che si assumono violate. Proprio sul punto si segnala che il Consiglio di Stato in un recente parere (654 del 15.3.2017) è intervenuto negando che esista alcun pretesto per giustificare un automatismo sospensivo e revocatorio che proietti in ambito civile provvedimenti di questo tipo applicati sulla patente militare (e viceversa) per fatti avvenuti in servizio con autovetture di servizio. Trattandosi di due documenti rilasciati da diverse amministrazioni, i procedimenti dovranno essere distinti. È fatta salvo, tuttavia, il caso che il provvedimento avente ad oggetto la patente di guida sia deciso dal giudice penale come pena accessoria. Sarà quest'ultimo, infatti, a dover decidere l'ambito di applicazione di detta pena.

<sup>100</sup> Consiglio di Stato, sent. del 5 giugno 2015 n. 2791.

<sup>101</sup> L'amministrazione procedente, infatti, ha l'obbligo di valutare i fatti accertati in sede penale onde stabilire se sia possibile irrogare una sanzione disciplinare, individuando la sanzione più adatta al caso di specie (T.A.R. Roma, sez. I, 04 febbraio 2013 n. 1159).

Nessun vuoto di tutela si apre, seguendo questa impostazione costituzionalmente orientata, giacché sia il testo unico che il codice di ordinamento militare dispongono di una gran varietà di norme orientate alla protezione del regolare svolgimento della vita militare.

Si prenda, ad es., il caso di militare imputato di disobbedienza aggravata che non sia stato sanzionato disciplinarmente e che, al termine del procedimento penale militare, sia riconosciuto colpevole di aver commesso il fatto ma non punibile *ex art.* 131 bis c.p.<sup>102</sup>. Ebbene questi, a seguito dell'esame del giudicato penale, sarà astrattamente oggetto di sanzione disciplinare per violazione degli artt. 729 ovvero 751, c. 1 *sub a)* n. 22 del D.P.R. 90/2010, anche perché in concreto la pena non è stata irrogata.

Privo di particolari problemi è, anche, il caso di entrata in vigore di una *lex mitior* rispetto a quella per cui il militare era stato condannato con sentenza irrevocabile ma in pendenza di procedimento disciplinare ovvero in pendenza dei termini per proporre l'impugnazione amministrativa avverso la sanzione disciplinare<sup>103</sup>. Qualunque sia, infatti, la legge sopravvenuta (anche nel caso estremo di *abolitio criminis*) nessun effetto sostanziale essa avrà sul procedimento disciplinare, poiché, proprio in forza del *ne bis in idem*, questo procedimento sarà nettamente distinto da quello penale o amministrativo presupposto<sup>104</sup>.

Resta, tuttavia, aperta la questione se il principio del *ne bis in idem*, ricostruito come più sopra, sia di per sé idoneo ad impedire l'irrogazione di una doppia sanzione, penale ed amministrativa, ad un militare. La risposta è negativa, perché, come detto, il disposto del terzo comma dell'art. 751 D.P.R. 90/2010, esplicitamente consente il doppio binario. Tuttavia, ove la sanzione amministrativa avesse carattere «sostanzialmente penale» secondo gli *Engel criteria*, ed la punizione globalmente considerata risultasse sproporzionata ed ingiusta, in violazione dei criteri di cui alla sentenza *A e B c. Norvegia* (v. *supra* §3), sarebbe certamente possibile ricorrere al giudice per proporre domanda di annullamento di una delle due sanzioni. In linea di massima, e qui torniamo al paradosso poco sopra esposto, il soggetto punito dovrebbe impugnare avanti la competente giurisdizione l'ultima sanzione cronologicamente irrogata, perché essa interviene a sanzionare un fatto già sanzionato.

La questione necessita, ovviamente, di un intervento, sia esso normativo o nomofilattico, auspicabilmente da parte della Corte costituzionale, come detto investita della questione di legittimità dell'art. 55 c. 2 del d.lgs. 58/1998 (v. *supra* §3). La futura pronuncia della Corte, sarà estremamente importante, perché è da auspicare che questa possa portare ordine nel multi sfaccettato ambito del doppio binario sanzionatorio, magari fornendo linee guida generali ed armonizzando la visione europea del principio del *ne bis in idem* con la tradizionale coesistenza nel diritto nazionale delle due sanzioni.

---

<sup>102</sup> Per un approfondimento in merito cfr. G. MAZZI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia militare dell'anno 2015*, Roma, 26 febbraio 2016, e S. LAPISCOPIA, *Nuove applicazioni del principio di offensività in ambito penale militare*, in *Rass. giust. mil.*, n. 1, 2016 e n. 6, 2015.

<sup>103</sup> La questione ha posto rilevanti problemi sul piano penale processuale e sostanziale, perché vede uno scontro tra i principi di retroattività della legge penale più favorevole ed intangibilità del giudicato. Cfr. G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte Cost. n. 210 del 2013*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4, 2013, pp 261 e ss. M. T. STILE, *Giudicato penale e overruling giurisprudenziale in bonam partem*, in *Diritto pubblico Europeo*, aprile 2015.

<sup>104</sup> Si pensi al caso di militare che, in uniforme, abbia commesso il reato di ingiuria aggravata nei confronti di un civile. Egli non sarà sottoposto a sanzione penale per *abolitio criminis*, ma sarà oggetto di sanzione disciplinare per violazione dei doveri di contegno (art. 732, cc. 1 e 2 del D.P.R. 90/2010). Allo stesso modo, chi sia stato soggetto alla sanzione amministrativa per atti osceni in luogo pubblico (art. 527) prima dell'arruolamento non potrà essere destinatario di sanzione disciplinare. Infine il militare che tenti il reato di violenza sessuale (art. 609 bis) nei confronti di altro militare in caserma sarà soggetto sia alla sanzione penale che a quella disciplinare per violazione, ad es., della correttezza del tratto o dei doveri del grado. In quest'ultimo caso, infatti, la norma penale protegge il bene giuridico della libertà sessuale del soggetto passivo e la norma disciplinare tutela il buon andamento del servizio. Nel caso in cui, tuttavia, la riflessione giurisprudenziale (in particolare europea) giungesse a ritenere la condotta come criterio dirimente per l'identificazione della medesimezza, ciò si dovrebbe mettere a sistema con l'inclusione del *ne bis in idem* tra i diritti fondamentali aventi portata generale, con il risultato dell'incompatibilità di due sanzioni (prescindendo dalla qualificazione giuridica) per il medesimo fatto.

In conclusione, come notato dalla dottrina<sup>105</sup> i profili evolutivi ed i punti critici inerenti il doppio binario sanzionatorio colgono la distinzione corrente tra forza dell'interpretazione e cogenza autoritativa della legge. Infatti se l'obiettivo che pare emergere dalla nuova interpretazione del *ne bis in idem* è la garanzia al condannato che all'illecito commesso verrà ricollegata un'unica sanzione attraverso un unico processo, allora è chiaro che questa garanzia debba essere perseguita «attraverso un intervento legislativo più che [con] una soluzione giurisprudenziale»<sup>106</sup>. La proposta di una parte della dottrina è quella dell'istituzione dell'unico processo e dell'unica sanzione, adeguata al tipo dell'illecito, onde evitare il rischio di duplicazione di procedimenti<sup>107</sup>. Questo in seguito alla tendenza per cui le varie branche dell'ordinamento sfumano «i contorni netti e tradizionali del diritto penale, civile e amministrativo, per approdare ad una prospettiva “olistica”»<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> G. RANALDI, F. GAITO, *Introduzione cit.*, p. 25.

<sup>106</sup> P. CORSO, *Il doppio binario sanzionatorio tributario: un vulnus al divieto di secondo giudizio?*, in *Arch. pen.*, 2016, 3, 1 ss.

<sup>107</sup> N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, *Giur. it.*, n. 1, 2015.

<sup>108</sup> A. PROCACCINO, *Il ne bis in idem cit.*, p. 269.