

LEGISLAZIONE DI GUERRA E DIRITTO DEI CONFLITTI ARMATI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

di Federico Sperotto

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il diritto internazionale umanitario: *a)* la nozione. – 3. *Segue: b)* la repressione penale delle violazioni del diritto umanitario. – 4. *Segue: c)* la giurisprudenza italiana in materia di crimini di guerra. – 5. La legislazione italiana di guerra. – 6. I reati contro le leggi e gli usi di guerra: *a)* principi generali in tema di repressione dei reati contro le leggi e gli usi di guerra. – 7. *Segue: b)* alcune annotazioni riguardanti le cause di giustificazione. – 8. *Segue: c)* applicazione del titolo IV del libro III del codice di guerra. – 9. Adempimento degli obblighi internazionali: *a)* repressione delle infrazioni gravi alle Convenzioni di Ginevra. – 10. *Segue b)* repressione delle violazioni delle leggi e delle consuetudini di guerra. – 11. *Segue c)* la protezione dei beni culturali. – 12. La responsabilità dei comandanti militari. – 13. I conflitti armati interni e internazionalizzati. – 14. L'adattamento allo Statuto della Corte penale internazionale.

1. Introduzione.

Il diritto internazionale distingue uno *jus ad bellum*, il diritto di muovere guerra, oggi radicalmente limitato dall'art. 2 (4) della Carta delle Nazioni Unite, ed uno *jus in bello*, il diritto dei conflitti armati, che regola la condotta delle ostilità durante le operazioni belliche, la sorte dei feriti e dei malati, il trattamento dei prigionieri di guerra, la protezione della popolazione civile, e che per larga parte ha natura di diritto internazionale generale.

La Carta delle Nazioni Unite riserva al Consiglio di Sicurezza l'adozione di misure coercitive a tutela della pace e della sicurezza internazionale (art. 24) e proibisce l'uso della forza nella soluzione delle controversie internazionali (art. 2), lasciando agli Stati il diritto di usare la forza in legittima difesa contro un attacco militare in corso (art. 51).

L'Italia ripudia la guerra come strumento per la risoluzione delle controversie internazionali e concorre, con le proprie forze armate, a un ordinamento internazionale che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni (art. 11 Costituzione), conformandosi così al volere della Carta delle Nazioni Unite. Alle forze italiane, sul piano internazionale, è attribuito nello specifico il compito di operare al fine della realizzazione della pace e della sicurezza, in conformità alle regole del diritto internazionale e alle determinazioni delle organizzazioni internazionali delle quali

L'Italia fa parte, in interventi multinazionali a supporto della pace ⁽¹⁾. Tali interventi, denominati dalla Suprema Corte *missioni di pace (peace-support operations)*, sono caratterizzati da consenso dello Stato ospitante, significativo impiego di personale militare da parte degli Stati contribuenti e da pluralità e complessità di funzioni e obiettivi, anche di polizia internazionale, sulla base del meccanismo previsto dal capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite ⁽²⁾.

L'ordinamento italiano prevede che in caso di *conflitti armati* e nel corso delle *operazioni di mantenimento e ristabilimento della pace e della sicurezza internazionale* i comandanti delle forze armate vigilino sull'osservanza delle norme di *diritto internazionale umanitario*. Un apposito settore del diritto penale militare italiano, il titolo IV del libro III del codice penale militare di guerra, contiene le norme dirette a punire le condotte contrarie al diritto internazionale umanitario, ossia le violazioni dello *jus in bello*.

2. Il diritto internazionale umanitario: a) la nozione.

Il diritto internazionale umanitario, o diritto dei conflitti armati ⁽³⁾, è un ramo del diritto internazionale pubblico. Contiene le norme e i principi che restringono la libertà degli Stati nel condurre le ostilità durante i conflitti armati, allo scopo di limitare i mali derivanti dalla guerra, ma nei limiti imposti dalla necessità militare, e disciplina il comportamento dei belligeranti nelle loro relazioni reciproche e l'atteggiamento degli organi della violenza bellica nei confronti delle popolazioni civili. È una branca del diritto internazionale nata dall'esigenza di impedire che, in assenza di norme scritte, l'uso della violenza bellica fosse lasciato all'arbitrio dei comandanti militari ⁽⁴⁾.

Inizialmente definito come *leggi e usi di guerra* e codificato dalle Convenzioni dell'Aja del 1899 e 1907, il diritto bellico è diventato *diritto dei conflitti armati* con le Convenzioni di Ginevra del 1949, che ne hanno esteso la vigenza a tutte le situazioni in cui si esercita la violenza bellica, incluse quelle in cui lo stato di guerra non è riconosciuto da una delle parti. Oggi è definito *diritto internazionale umanitario*, ed è considerato il prodotto dell'influenza esercitata dalle teorie dei diritti umani universali su questo settore del diritto internazionale ⁽⁵⁾.

3. Segue: b) la repressione penale delle violazioni del diritto umanitario.

Molta parte degli strumenti di diritto umanitario è costituita da divieti la cui violazione, in ragione dei beni coinvolti, ha rilevanza penale sia dal punto di vista del diritto interno agli Stati che da quello del diritto internazionale. Tuttavia i primi

⁽¹⁾ Decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), artt. 88-89.

⁽²⁾ Cass. pen., Sez. I, 24/07/2008, n. 31171.

⁽³⁾ Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, New York, 2010, p. 19.

⁽⁴⁾ IV Hague Convention, Preamble.

⁽⁵⁾ *Tadic*, IT-94-1, October 2, 1995, par. 87.

strumenti internazionali di diritto umanitario non fecero corrispondere alle violazioni delle norme in essi contenute conseguenze sul piano internazionale diverse dal risarcimento del danno patito dallo Stato (offeso dalla violazione del diritto bellico operata dagli organi della controparte) ⁽⁶⁾ e da un obbligo generico a carico dello Stato di reprimere tali violazioni nei tribunali nazionali ⁽⁷⁾.

La repressione dei crimini di guerra, ossia delle violazioni della legge penale commesse durante i conflitti armati e per ragioni legate al conflitto stesso, era ed è rimasta una funzione prettamente statale, come risulta chiaramente dalle Convenzioni di Ginevra del 1949 e dallo Statuto della Corte penale internazionale. Nel preambolo di quest'ultimo, le parti riconoscono che «it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes». In ciascuna delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 esiste una norma specifica che obbliga gli Stati parti a prendere ogni misura legislativa per stabilire sanzioni penali adeguate per coloro che abbiano commesso o dato ordine di commettere un'*infrazione grave* e a stabilire la giurisdizione dei tribunali interni per la repressione di detti comportamenti. Il meccanismo sanzionatorio è imperniato sul principio della *giurisdizione universale*, vale a dire sul principio secondo il quale uno Stato può giudicare delitti commessi all'estero, anche da o contro cittadini stranieri, in ragione del fatto che le condotte lesive toccano beni universalmente protetti ⁽⁸⁾.

Sono infrazioni gravi quelle risultanti da ciascuna delle quattro Convenzioni di Ginevra, rispettivamente agli artt. 50, 51, 130, 147. Oltre ad alcuni gravi comportamenti che violano i diritti fondamentali della persona, come la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, che sono menzionati in ciascuno degli articoli citati, sono infrazioni gravi alcune condotte specifiche gravemente lesive dei diritti delle *persone protette* da ciascuna delle quattro convenzioni, ossia malati e naufraghi, prigionieri di guerra e civili ⁽⁹⁾. Inoltre, sono considerate infrazioni gravi quelle indicate agli art. 11 e 85 del I Protocollo addizionale del 1977. L'art. 85 integra con nuove fattispecie il concetto di infrazione grave, inserendovi i crimini di *apartheid*, mancato rimpatrio dei prigionieri di guerra, attacco a monumenti e luoghi di culto, pratiche vessatorie ai danni delle popolazioni civili che possano essere ricondotte anche indirettamente al concetto di pulizia etnica. Lo stesso art. 85 del I Protocollo considera le infrazioni alle Convenzioni e quelle indicate all'art. 11, e gli atti commessi intenzionalmente ai danni di persone

⁽⁶⁾ Hague Convention IV (1907), Art. 3.

⁽⁷⁾ Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field. Geneva, 27 July 1929, Art. 29: «The Governments of the High Contracting Parties shall also propose to their legislatures should their penal laws be inadequate, the necessary measures for the repression in time of war of any act contrary to the provisions of the present Convention».

⁽⁸⁾ S. Zappalà, *Droit italien*, in A. Cassese, M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, 2002, p. 195.

⁽⁹⁾ 1949 Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field GC I, Ch. IX. Geneva Convention II for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea GC II, Ch. VIII; Geneva Convention III relative to the Treatment of Prisoners of War GC III Art. 129; Geneva Convention IV relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War GC IV, Art. 146.

protette che abbiano come conseguenza la morte o lesioni gravi all'integrità fisica o alla salute, *crimini di guerra*.

Nell'ordinamento italiano non esiste la categoria *crimini di guerra*, in quanto lo strumento diretto alla repressione delle violazioni del diritto bellico, il codice penale militare di guerra, vide la luce nel 1941 (con il regio decreto 20 febbraio 1941, n. 303), mentre il termine si consolidò solo dopo il processo di Norimberga (20 novembre 1945 – 1° ottobre 1946). Lo Statuto del Tribunale militare internazionale, all'art. 6, si riferiva con il termine «war crimes» a condotte costituenti «violations of the laws or customs of war»⁽¹⁰⁾. La terminologia è stata ripresa dallo Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex - Jugoslavia, all'art. 3⁽¹¹⁾. Il codice penale militare di guerra italiano non fa dunque riferimento a crimini di guerra, ma, conformemente alla terminologia dell'epoca, contiene un titolo dedicato alla punizione dei *reati contro le leggi e gli usi di guerra*, il titolo IV del libro III, che è basato sulla II Convenzione dell'Aja del 29 luglio 1899, che l'Italia ratificò il 4 settembre 1900⁽¹²⁾, e che è stato aggiornato con le leggi 31 gennaio 2002, n. 6 e 27 febbraio 2002, n. 15⁽¹³⁾.

4. Segue: c) la giurisprudenza italiana in materia di crimini di guerra.

Trattando di gravi delitti commessi in territorio italiano dalle truppe di occupazione tedesche durante la II Guerra mondiale, la giurisprudenza italiana ha definito crimini di guerra le violazioni gravi delle norme di diritto umanitario dei conflitti armati, poste a tutela della vita e dell'integrità fisica e psichica delle persone, appartenenti in particolare alla popolazione civile, che non prendono parte alle ostilità. Tali norme di diritto umanitario, secondo la Cassazione, sono codificate, oltre che nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e nei due Protocolli addizionali del 1977, anche nell'art. 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, che l'Italia ha ratificato con la legge 12 luglio 1999, n. 232.

I crimini in parola si sostanziano in fattispecie costituenti reato per il singolo ordinamento penale nazionale, ma presentano un *quid pluris* costituito da uno o più elementi tipici, soggettivi e oggettivi, atti a trasformarli qualitativamente e ad elevarli a rango autonomo di delitti lesivi degli interessi e dei valori della comunità internazionale presa nel suo insieme.

Rispetto ai reati comuni presentano dunque un *elemento di contesto*⁽¹⁴⁾, il conflitto armato, e si concretano nella violazione, particolarmente grave per intensità o

⁽¹⁰⁾ «They were covered by Articles 46, 50, 52, and 56 of the Hague Convention of 1907, and Articles 2, 3, 4, 46, and 51 of the Geneva Convention of 1929». Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, Proceedings, Vol. XXII, p. 497.

⁽¹¹⁾ Sul significato dell'art. 3 dello Statuto del Tribunale per la ex - Jugoslavia *Tadic*, IT-94-1, October 2, 1995, par. 94.

⁽¹²⁾ Regio decreto 9 dicembre 1900, n. 504.

⁽¹³⁾ N. Ronzitti, *Una legge organica per l'invio di corpi di spedizione all'estero?* in *Rivista di diritto internazionale*, Vol. LXXXV, Fasc. 1, 2002, pp. 139 - 143.

⁽¹⁴⁾ E. Amati, V. Caccamo, M. Costi, E. Fronza, A. Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2010, p. 2.

sistematicità, dei diritti fondamentali della persona umana. Le norme che li prevedono si collocano al vertice dell'ordinamento internazionale e prevalgono su ogni altra norma, sia di carattere convenzionale sia consuetudinario ⁽¹⁵⁾. La Cassazione osserva che le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che tutelano la libertà e la dignità della persona umana come valori fondamentali e configurano come crimini internazionali i comportamenti che più gravemente attentano all'integrità di tali valori, sono parte integrante del nostro ordinamento in virtù del rinvio operato dall'art. 10 Costituzione ⁽¹⁶⁾.

La giurisprudenza italiana ha applicato in particolare l'art. 185 c.p.m.g. (*Violenza contro privati nemici*) con riferimento alla strage di Sant'Anna di Stazzema, commessa il 12 agosto 1944 da ufficiali delle SS ⁽¹⁷⁾, e nel processo a carico del Ten. Col. Herbert Kappler e di un ex ufficiale delle SS, il Cap. Erich Priebke, condannati per l'eccidio delle Fosse Ardeatine del 24 marzo 1944, sotto specie di delitto in concorso in violenza con omicidio aggravato e continuato in danno di cittadini italiani ⁽¹⁸⁾. Per la medesima imputazione sono stati inoltre condannati Theodor Saevecke, responsabile della strage di detenuti nel reparto carcerario di S. Vittore del 10 agosto 1944 in Piazzale Loreto a Milano ⁽¹⁹⁾; Siegfried Engel, per gli eccidi seguiti ai rastrellamenti tedeschi avvenuti nella zona del Monastero della Benedicta, in provincia di Alessandria ⁽²⁰⁾; Heinrich Nordhorn, per l'uccisione mediante impiccagione di sei civili italiani che non prendevano parte alle operazioni belliche detenuti nel carcere di Forlì, con esposizione dei cadaveri a scopo di rappresaglia antipartigiana e di intimidazione della popolazione ⁽²¹⁾; Michael Seifert, addetto alla vigilanza nel campo di concentramento di transito («Polizeiliches Durchgangslager») di Bolzano e pluriomicida ⁽²²⁾.

In due occasioni le norme in esame sono state prese in considerazione per atti commessi da militari italiani durante le recenti operazioni in Iraq. In entrambi i casi è stata applicata l'esimente di cui all'art. 44 c.p.m.p. (*Casi particolari di necessità militare*) ⁽²³⁾. Nel secondo episodio, un caso di uso delle armi contro un'ambulanza (delitto previsto dall'art. 191 c.p.m.g.) poi qualificato come omicidio doloso ai sensi dell'art. 575 c.p. ⁽²⁴⁾, il ricorso alla scriminante dell'art. 44 c.p.m.p. ⁽²⁵⁾ da parte del giudice è stato

⁽¹⁵⁾ Per il Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia «What ultimately distinguishes a war crime from a purely domestic offence is that a war crime is shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed». *Kunarac*, IT-96-23/1-A, June 12, 2002, par. 58.

⁽¹⁶⁾ Cass. civ., 11/03/2004, n. 5044.

⁽¹⁷⁾ Cass. pen., Sez. I, 08/11/2007, n. 4060.

⁽¹⁸⁾ Tribunale supremo militare, 25/10/1952, n. 1714; Cass. pen., Sez. I, 27/06/2003, n. 35488. Albert Kesselring, Comandante del Gruppo "C" in Italia, che diede l'ordine di fucilare entro 24 ore 10 italiani per ogni poliziotto tedesco ucciso nell'attentato di via Rasella contro il Battaglione «Bozen» fu condannato a morte e poi all'ergastolo dal Tribunale militare britannico di Venezia, il 6 Maggio 1947.

⁽¹⁹⁾ Tribunale militare di Torino, 9/06/1999.

⁽²⁰⁾ Tribunale militare di Torino, 15/11/1999.

⁽²¹⁾ Tribunale militare della Spezia, 3/11/2006, n. 50.

⁽²²⁾ Tribunale militare di Verona, 24/11/2000, n. 97.

⁽²³⁾ Corte militare di appello, 05/05/2006, n. 27. Tribunale militare di Roma, 07/05/2007, n. 33.

⁽²⁴⁾ Secondo il Giudice dell'udienza preliminare, nel caso di specie l'evento morte appariva direttamente voluto dagli agenti e dunque la condotta posta in essere dagli imputati in concorso tra loro rientrava nella previsione dell'omicidio doloso, tentato e consumato, avendo i militari volontariamente causato la morte

giudicato inesatto da Antonio Cassese, che ha invece ritenuto che i militari avessero usato la forza «with a view to repelling an imminent threat that they perceived to be not only extremely dangerous but also unlawful», e cioè in legittima difesa (in forma putativa) ⁽²⁶⁾. L'autore ipotizza anche che se il caso fosse finito di fronte alla Corte penale internazionale, ai militari si sarebbe applicata l'esimente di cui all'art. 31 (1) (c), cioè la legittima difesa, in congiunzione con l'art. 32 (1), errore sul fatto ⁽²⁷⁾.

5. La legislazione italiana di guerra.

L'Italia si è data una legislazione di guerra nel 1938, con l'approvazione del regio decreto 8 luglio 1938, n. 1415, cui sono state allegate le leggi di guerra e di neutralità.

L'applicazione, in tutto o in parte, della legge di guerra è ordinata (oggi) con decreto del presidente della Repubblica, quando lo Stato italiano è in guerra con un altro Stato, ossia durante i conflitti armati *internazionali*, ma può essere applicata anche al di fuori di tali situazioni se ciò è nell'interesse dello Stato, e può essere limitata a uno o più territori determinati (art. 3). Contestualmente o con atto separato può essere decretato lo stato di guerra, ai fini dell'applicazione della legge penale militare di guerra, previa deliberazione delle Camere (artt. 78 e 87 Cost.).

La legge di guerra del 1938 viene in rilievo tutte le volte in cui la norma incriminatrice contenuta nel titolo IV vi fa riferimento, come accade, ad esempio, per gli artt. 174-176. Per quanto attiene alle disposizioni di diritto dei conflitti armati, vi dedica il titolo II (*Delle operazioni belliche*) ⁽²⁸⁾. Gran parte delle disposizioni del titolo II

di 4 persone e il ferimento di altre 3. L'apertura del fuoco con un arma automatica calibro 12,7 e l'indirizzo dei colpi direttamente al veicolo rendevano indubbia l'esistenza dell'*animus necandi*.

⁽²⁵⁾ Secondo l'art. 44 c.p.m.p., non è punibile il militare, che ha commesso un fatto costituente reato, per esservi stato costretto dalla necessità di impedire l'ammutinamento, la rivolta, il saccheggio, la devastazione, o comunque fatti tali da compromettere la sicurezza del posto, della nave o dell'aeromobile. La scriminante dell'art. 44 c.p.m.p. opera ogni qualvolta vi sia la necessità di garantire la sicurezza del posto, ossia del luogo fisico (ma anche del veicolo) che il militare è chiamato a presidiare, per proteggere l'*interesse militare sotteso alla sicurezza del posto*. Nel caso si specie si trattava di impedire che un automezzo, formalmente appartenente ad una categoria protetta dalle convenzioni internazionali (trasporto sanitario), penetrasse nell'area presidiata dal contingente italiano, compromettendone la sicurezza e dunque l'operatività dell'intero dispositivo, nell'errata supposizione (suffragata dal mancato rispetto dei segnali d'arresto e dei colpi di avvertimento) che invece che per scopi sanitari il mezzo fosse impiegato per scopi militari.

⁽²⁶⁾ La legittima difesa putativa postula i medesimi presupposti di quella reale, con la sola differenza che nella prima la situazione di pericolo non sussiste obiettivamente ma è supposta dall'agente sulla base di un errore scusabile nell'apprezzamento dei fatti, determinato da una situazione obiettiva atta a far sorgere nel soggetto la convinzione di trovarsi in presenza del pericolo attuale di un'offesa ingiusta. Cass. pen., Sez. I, 18/02/1997, n. 3898.

⁽²⁷⁾ A. Cassese, *Under What Conditions May Belligerents Be Acquitted of the Crime of Attacking an Ambulance?* in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, No. 2, 2008, pp. 385-397.

⁽²⁸⁾ Secondo la Cassazione, applicato a un contesto che storicamente è di lotta armata, il termine *operazioni* comprende qualsiasi atto, anche cruento, volto a combattere il nemico. Cass. Pen., Sez. I, 1999, n. 1560. Secondo la legge di guerra (titolo II) sono operazioni belliche gli «atti di ostilità» (capo II, sez. I) implicanti

riproducono i contenuti delle convenzioni dell'Aja del 1899 e sono comunque vincolanti per gli organi dello Stato in quanto disposizioni aventi oggi rango di diritto internazionale generale (art. 10 cost.) ⁽²⁹⁾.

L'Italia ha ratificato pressoché tutti gli strumenti di diritto internazionale umanitario prodotti a partire dal secondo dopoguerra, e ha ospitato la conferenza che ha originato lo Statuto della Corte penale internazionale. Tali strumenti hanno portato a significativi aggiornamenti dell'interna disciplina e alla sua modernizzazione, per cui, come risulterà chiaro anche intuitivamente dalla lettura delle disposizioni che seguono, gran parte della legge di guerra risulta superata. Tuttavia dalla lettura delle norme esce un diritto bellico nazionale che per l'epoca era sicuramente avanzato e rispettoso delle norme internazionali ⁽³⁰⁾.

La legge di guerra, nell'art. 25, individua i *legittimi belligeranti* nelle forze armate regolari, ossia le forze armate di uno Stato, comprese le milizie ed i corpi volontari che le costituiscono o ne fanno parte, e nelle formazioni di *combattenti irregolari*, purché operino a favore di uno dei belligeranti, siano sottoposte ad un capo responsabile, indossino una uniforme o siano muniti di un distintivo fisso, comune a tutti e riconoscibile a distanza, portino apertamente le armi, e si attengano alle leggi ed agli usi della guerra ⁽³¹⁾. A questo proposito è utile osservare che l'art. 242 del codice penale equipara agli Stati in guerra contro lo Stato italiano anche gli *aggregati politici* che, sebbene non riconosciuti come Stati, abbiano il trattamento dei belligeranti. Il nemico può essere allora costituito anche da bande armate di stranieri, purché belligeranti, ossia da forze che soddisfino i requisiti previsti dall'art. 25 della legge di guerra, primo fra tutti quello di operare a favore di uno dei belligeranti e non a fini propri ⁽³²⁾.

I *combattenti illegittimi*, cioè coloro che non rientrano nelle formazioni considerate legittimi belligeranti e che compiono atti di ostilità contro le forze armate italiane, sono puniti secondo la legge penale militare di guerra (art. 167 c.p.m.g.). Ai *privati* che non compiono atti di ostilità sono invece garantiti la sicurezza della persona, l'inviolabilità della proprietà e il godimento di ogni altro loro diritto.

L'uso di mezzi bellici, e dunque il diritto di partecipare alle ostilità, spetta solo a coloro che hanno la qualità di legittimi belligeranti, qui riferita sia alle formazioni che

«l'uso della violenza» (art. 35), e il «bombardamento» (capo II, sez. II).

⁽²⁹⁾ Le Convenzioni dell'Aja del 1899 sono state integrate e sostituite dalle Convenzioni dell'Aja del 1907. La natura consuetudinaria del *diritto dell'Aja* è riconosciuta, tra gli altri, dalla Corte Internazionale di Giustizia, da ultimo nell'opinione espressa sulla costruzione del Muro nei Territori Occupati. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, par. 89.

⁽³⁰⁾ Sulla validità della disciplina italiana in materia di conflitti armati si veda anche V. Bonagura, *Profili dell'adeguamento della legislazione penale militare di guerra italiana alle Convenzioni di Ginevra del 1949*, in AA. VV., *Norme umanitarie e istruzioni militari*, Atti del Convegno, Milano, 1977, p. 79.

⁽³¹⁾ L'articolo citato riproduce l'art. 1 del Regolamento riguardante le leggi e gli usi della guerra terrestre annesso alla II Convenzione dell'Aja del 1899, Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899.

⁽³²⁾ Nel diritto internazionale si fa discendere il divieto di *guerre private* dall'abolizione della *corsa* (*privateering*) con la Dichiarazione di Parigi del 1856. Declaration Respecting Maritime Law. Paris, 16 April 1856.

agli individui che le compongono, come risulta chiaro dalla norma che punisce gli atti di ostilità illegittimi. L'uso della violenza in guerra è lecito sempre che sia contenuto nei limiti imposti dalle necessità militari. Non si devono arrecare al nemico sofferenze superflue o danni o distruzioni inutili, mentre è proibito usare violenza proditoria ovvero uccidere o ferire un nemico a tradimento, o quando questi, avendo deposte le armi e non avendo più modo di difendersi, si sia arreso a discrezione.

Una generica norma in materia di bombardamento di abitati e edifici impone di *tenere conto del danno al quale viene esposta la popolazione civile*, mentre il bombardamento che abbia il solo scopo di colpire la popolazione civile o di distruggere o danneggiare i beni non aventi interesse militare, è in ogni caso proibito. È chiaro dunque che l'attacco contro i civili e gli apprestamenti civili non potrebbe essere giustificato da ragioni di necessità militare.

Riguardo a feriti, malati e naufraghi, l'art. 90 fa riferimento, per la regolamentazione, alle convenzioni internazionali. Per quanto attiene ai prigionieri di guerra, i benefici derivanti dallo *status* di prigioniero di guerra spettano solo ai legittimi belligeranti, i quali hanno diritto ad un trattamento conforme delle convenzioni internazionali.

6. I reati contro le leggi e gli usi di guerra: a) principi generali in tema di repressione dei reati contro le leggi e gli usi di guerra.

Le norme di carattere penale contenute nelle convenzioni internazionali non sono fonte diretta di diritto penale interno. Devono essere rese esecutive nell'ordinamento nazionale, anche in relazione a violazioni macroscopiche di inequivocabile contenuto criminale, attraverso norme di legge, che individuino con chiarezza il precetto e la sanzione derivante dalla violazione. Nel nostro ordinamento, l'applicabilità automatica delle norme internazionali trova infatti ostacolo nel principio *nullum crimen nulla poena sine lege* incardinato nell'art. 25 co. 2 della Costituzione⁽³³⁾.

La natura non *self-executing* delle disposizioni internazionali rende necessaria la trasformazione di dette prescrizioni, indirizzate alla parte contraente, cioè allo Stato, in norme di diritto interno, ossia in precetti penali rispettosi dei principi di tassatività e di stretta legalità indirizzati all'individuo.

Come detto, nell'ambito del sistema penale (militare) italiano, le norme che puniscono le violazioni del diritto bellico sono contenute nel titolo IV del libro III del codice penale militare di guerra, intitolato *Reati contro le leggi e gli usi di guerra*. Le fattispecie del titolo IV riproducono in misura rilevante le norme internazionali e trasformano i comportamenti contrari a esse in figure di reato, munendole di sanzione penale, così soddisfacendo agli obblighi di repressione penale previsti dalle Convenzioni di Ginevra del 1949 prima ancora che queste vedessero la luce. Le norme

⁽³³⁾ Il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (art. 15) e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (art. 7) fanno riferimento, come fonti del diritto penale, anche al diritto internazionale e ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.

in esame, oltre ad essere strettamente collegate al diritto umanitario garantito da convenzioni e da consuetudini internazionali, hanno come propri referenti gli art. 10 e 11 della Costituzione ⁽³⁴⁾.

Il titolo IV del libro III del codice di guerra, che nel 2002 ha subito sostanziali modifiche in due interventi legislativi ⁽³⁵⁾, contiene alcuni elementi innovativi già nella versione del 1941. Anzitutto, il richiamo agli strumenti normativi internazionali (convenzioni), che consente un adattamento costante all'evoluzione della disciplina ⁽³⁶⁾. In secondo luogo, la disciplina del titolo IV contiene una responsabilità penale individuale talmente marcata da investire anche talune ipotesi di omesso impedimento di alcuni reati (per timore di un pericolo o per altro inescusabile motivo, art. 230 c.p.m.g.) ⁽³⁷⁾, che riguarda anche chi è in posizione di subordinato; in terzo luogo rileva l'eccesso colposo in materia di necessità militare (art. 173 c.p.m.g.); infine, alcune norme assicurano una tutela contro la violazione delle libertà fondamentali piuttosto intensa – soprattutto per l'epoca e il clima politico in cui il codice fu scritto –, ad esempio in tema di libertà religiosa e di culto dei prigionieri di guerra (art. 213 c.p.m.g.).

Il titolo di giurisdizione per la punizione dei reati contro le leggi e gli usi di guerra è rappresentato dai criteri della personalità (o della nazionalità attiva) e della difesa (o della nazionalità passiva), a seconda della fattispecie considerata ⁽³⁸⁾. Così, ad esempio del primo caso, è punito *il comandante* (italiano) che ordina o autorizza l'uso di mezzi di guerra vietati (art. 174 c.p.m.g.); mentre, per esempio del secondo caso, è punito a norma dell'art. 167 c.p.m.g. *chiunque* compie atti di guerra contro lo Stato italiano o a danno delle sue forze armate od opere o cose militari, senza avere la qualità di legittimo belligerante.

7. Segue: b) alcune annotazioni riguardanti le cause di giustificazione.

⁽³⁴⁾ Cass. pen., Sez. I, 08/11/2007, n. 4060, par. 9. D. Brunelli, G. Mazzi, *Diritto penale militare*, Milano, 2002, p. 515.

⁽³⁵⁾ Legge 31 gennaio 2002, n. 6; legge 27 febbraio 2002, n. 15.

⁽³⁶⁾ Sul problema di quali siano le convenzioni internazionali cui le norme fanno riferimento, occorre precisare che i Protocolli del 1977, che sono quanto di più moderno esista in materia di diritto dei conflitti armati, hanno lo scopo di fornire un supplemento alle Convenzioni di Ginevra e all'art. 3 comune. A loro volta, le Convenzioni di Ginevra del 1949 rimpiazzano le precedenti Convenzioni di Ginevra, che si sono succedute a partite dal 1864. Le Convenzioni dell'Aja del 1907 rimangono sullo sfondo del panorama internazionale in materia di condotta delle ostilità, trattamento dei prigionieri e occupazione militare, mentre nei casi non rientranti nelle convenzioni popolazioni civili e combattenti rimangono sotto la protezione e la regola ricavabile da «the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience» (cd. Clausola *Martens*).

⁽³⁷⁾ La norma in esame, ad esempio, punisce con la reclusione chi, per timore o per altro inescusabile motivo non impedisce ad altri di maltrattare un ferito, di danneggiare o distruggere case, di darsi al saccheggio.

⁽³⁸⁾ Le norme in esame hanno in comune il requisito della non-territorialità. R. Venditti, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1985, p. 94.

Ai reati contro le leggi e gli usi di guerra, che sono reati militari, si applicano sia le cause di giustificazione comuni sia quelle militari. Alcuni istituti hanno medesima denominazione ma struttura non completamente sovrapponibile.

In materia di difesa legittima, in luogo dell'art. 52 c.p. si applica l'art. 42 c.p.m.p., secondo il quale chi commette un reato militare non è punibile quando vi è costretto dalla necessità di respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta, e purché la difesa sia proporzionata all'offesa. Nell'ordinamento penale militare, per *violenza* si intendono l'omicidio, ancorché tentato o preterintenzionale, le lesioni, le percosse e qualsiasi tentativo di offendere con armi (art. 43 c.p.m.p.). La difesa legittima nei reati militari ha dunque una propria connotazione specifica. La lettera dell'art. 42 richiede una violenza in atto e porta ad escludere che la reazione ad un atteggiamento minaccioso costituisca legittima difesa, non essendo contemplata dalla norma, diversamente da quanto accade per l'art. 52 c.p., l'ipotesi del pericolo⁽³⁹⁾. La limitazione strutturale rappresentata dalla sostituzione della violenza attuale al pericolo, restringe la liceità della reazione in confini più angusti di quelli previsti dalla legge penale ordinaria. Il requisito dell'attualità va riferito a una violenza in atto, in altre parole ad un'offesa presente nel momento del fatto reattivo⁽⁴⁰⁾. Sul fatto che questa norma sia più restrittiva dell'art. 52 c.p., non prevedendo l'ipotesi del pericolo, la Corte costituzionale ha precisato che l'art. 42 c.p.m.p. non esclude la legittimità della reazione a un'azione che si sta verificando e particolarmente alle situazioni di pericolo derivanti dal tentativo di omicidio o di offesa con le armi o di omicidio preterintenzionale e quindi implicitamente di lesioni e percosse⁽⁴¹⁾. Calata in un'operazione militare, questa impostazione consente la non punibilità del militare che faccia uso necessario e proporzionato della forza per reagire a un attacco che si profila come imminente. Peraltro la norma dell'art. 43 in tema di violenza, parlando di *necessità di respingere*, consente di pensare che la reazione possa essere diretta anche contro un'azione aggressiva che non abbia ancora riversato sul soggetto che reagisce tutta la sua carica offensiva. Del resto, parte della dottrina ha sostenuto che nell'attualità si possa far rientrare l'imminenza dell'aggressione⁽⁴²⁾. Rientra infine nel concetto di violenza cui è lecito opporsi ogni *tentativo di offendere con armi*.

Pur in assenza di specifica disposizione, sia la dottrina che la giurisprudenza ammettono la piena applicabilità della scriminante putativa⁽⁴³⁾. Come noto, si ha legittima difesa in forma *putativa* quando la situazione di pericolo non sussiste, ma è supposta dall'agente sulla base di un errore scusabile nell'apprezzamento delle circostanze di fatto, determinato da una situazione atta a far sorgere nel soggetto la convinzione di trovarsi in presenza del pericolo attuale di un'offesa ingiusta⁽⁴⁴⁾. Si tratta di una valutazione di carattere relativo, dovendosi esaminare, caso per caso ed in concreto, se la particolare situazione sia obiettivamente tale da far sorgere nel soggetto

⁽³⁹⁾ Cass. pen., Sez. I, 30/06/1994, n. 9803.

⁽⁴⁰⁾ R. Venditti, cit., pp. 168-169.

⁽⁴¹⁾ Corte cost., 11/06/1987, n. 225.

⁽⁴²⁾ M. Scagliola, *La legittima difesa secondo l'art. 42 c.p.m. di pace* in *Archivio penale*, 1962, I, p. 53.

⁽⁴³⁾ R. Venditti, cit., p. 163.

⁽⁴⁴⁾ Cass. pen., Sez. I, 18/02/1997, n. 3898.

l'erroneo convincimento di trovarsi nelle condizioni che, se fossero realmente esistenti, escluderebbero l'antigiuridicità della condotta prevista dalla legge come reato. Anche in questo caso la situazione operativa ha una rilevante importanza. L'alta incidenza di attacchi suicidi e l'impiego di tattiche di guerriglia da parte dell'avversario, come avviene sempre più spesso nei conflitti di oggi, giustificano il passaggio diretto alla forza letale solo che la minaccia sia individuata e positivamente identificata.

Una causa di giustificazione specifica, già vista in precedenza, è prevista dall'art. 44 c.p.m.p., secondo il quale non è punibile il militare che ha commesso un fatto costituente *reato* per esservi stato costretto dalla necessità di impedire [l'ammutinamento, la rivolta, il saccheggio, la devastazione, o comunque] fatti tali da compromettere la sicurezza del posto, della nave o dell'aeromobile. La norma, pur inserita nel codice militare, riguarda qualsiasi reato e copre sicuramente le ipotesi di uso delle armi a difesa di installazioni o di convogli o veicoli militari e durante l'attivazione di *check point*. E' bene chiarire che non è una figura speciale dello stato di necessità, giacché non è giustificata dal *pericolo di un danno grave alla persona* ma è finalizzata alla salvaguardia di un interesse militare.

Rispetto alle precedenti esperienze operative, la missione in Afghanistan ha richiesto l'uso frequente della forza letale, sia in forma difensiva sia offensiva. Alla fine del 2009 il governo ha introdotto nei decreti attuativi delle missioni internazionali una norma che indica come non punibile il militare che, in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari ⁽⁴⁵⁾. Si tratta, come è stato autorevolmente affermato, di una causa di giustificazione *ad hoc* «a metà strada tra l'uso legittimo delle armi e l'adempimento del dovere» ⁽⁴⁶⁾. Essendo una forma speciale di uso legittimo delle armi (già previsto dall'art. 41 del c.p.m.p.), questa scriminante sarà operativa a condizione che tra i vari mezzi di coazione sia scelto quello meno lesivo, e che l'uso di tale mezzo venga graduato secondo le esigenze specifiche del caso, nel rispetto del fondamentale principio di proporzionalità.

8. Segue: c) applicazione del titolo IV del libro III del codice di guerra.

La legge penale militare si applica dal momento della dichiarazione dello stato di guerra (art. 3 c.p.m.g.), ma è previsto che possa essere anche applicata nello stato di pace (art. 20 c.p.m.p.), durante operazioni militari all'estero. La possibilità, ai fini dell'ordinamento penale, di operazioni militari condotte al di fuori di un contesto bellico si ricava, oltre che dai codici penali militari, anche dall'art. 253 comma 2 del codice penale, che tiene separate l'ipotesi di guerra da quella di operazione militare.

⁽⁴⁵⁾ Legge 29 dicembre 2009, n. 197.

⁽⁴⁶⁾ Assemblea generale della Corte Militare di Appello. Inaugurazione Anno Giudiziario 2010. Relazione del Presidente della Corte Militare di Appello, Roma, 18 febbraio 2010, in *Rassegna della giustizia militare*, Volume 1-2-3-4-5-6, gennaio - dicembre 2010.

Ai corpi di spedizione all'estero per operazioni militari *armate* si applica automaticamente (salvo deroga del legislatore) ⁽⁴⁷⁾ il codice penale militare di guerra ⁽⁴⁸⁾. Tale norma sussisteva anche prima della novella operata dalla legge n. 6/2002, cui la disposizione deve la sua formulazione attuale. Per impedire l'operatività di questa norma ed imporre ai militari italiani impegnati in missioni internazionali il codice penale militare di pace, nei decreti attuativi delle missioni il legislatore materiale ha sancito in modo espresso l'applicazione del codice di pace, con l'eccezione delle missioni in Afghanistan e Iraq. La legge 4 agosto 2006, n. 274, ha stabilito per tutte le missioni che impegnano contingenti italiani la vigenza del codice di pace.

Fino al 2002 questa scelta del legislatore materiale aveva anche impedito l'applicazione del titolo IV. Con la nuova formulazione dell'art. 165 c.p.m.g. l'applicazione del titolo IV dovrebbe estendersi a tutte le missioni all'estero, pur in vigenza del codice penale militare di pace. Secondo la lettera dell'art. 165 c.p.m.g. le disposizioni riguardanti i reati contro le leggi e gli usi di guerra si applicano in ogni caso di conflitto armato – indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra –, in tutti i casi in cui una almeno delle parti fa uso militarmente organizzato e prolungato delle armi nei confronti di un'altra per lo svolgimento di *operazioni belliche* ⁽⁴⁹⁾. Inoltre, il titolo IV si applica alle *operazioni militari armate* svolte all'estero dalle forze armate italiane (in attesa dell'emanazione di una normativa che disciplini organicamente la materia, tuttora da adottare). Ai fini della repressione dei reati contro le leggi e gli usi di guerra vi è dunque l'equiparazione tra conflitto armato in atto e situazioni in cui il conflitto armato è soltanto potenziale.

L'art. 165 citato, svincolando l'applicazione delle norme di diritto umanitario dalle usuali condizioni di applicabilità della legge penale di guerra, garantisce la sanzione delle condotte in violazione delle convenzioni internazionali in materia di diritto umanitario anche in tutte le missioni in cui risultino impegnati i militari italiani. Secondo un'autorevole opinione, il riformulato art. 165 c.p.m.g. ha l'effetto di *scongellare*, per le missioni in questo momento in corso, l'operatività delle disposizioni di diritto umanitario previste nel libro III, titolo IV ⁽⁵⁰⁾.

L'uso della forza durante i conflitti armati e le missioni internazionali da parte del personale italiano è allora consentito per difendersi (o difendere altri, cd. *soccorso difensivo*) da attacchi o minacce di attacco imminente, cioè in difesa legittima; contro chi commetta o sia sul punto di commettere un atto che metta in pericolo la vita o l'integrità fisica di un essere umano, cioè per prevenire gravi reati; nella condotta di

⁽⁴⁷⁾ Sin dall'intervento navale nel Golfo Persico, finanziato con legge 11 marzo 1988, n. 13, si è stabilita, in deroga alla norma generale, l'applicazione del codice penale militare di pace.

⁽⁴⁸⁾ S. Riondato, *Appunti sul regime giuridico - penale dei corpi di spedizione all'estero per operazioni militari con riferimento all'applicabilità della legge penale militare di guerra in tempo di pace* in *Rassegna della giustizia militare*, 1986, pp. 199-204.

⁽⁴⁹⁾ Secondo un recente rapporto, perché si possa parlare di conflitto armato devono essere soddisfatte due condizioni: «a. The existence of organized armed groups b. engaged in fighting of some intensity». International Law Association, Use of Force Committee, *Final Report on The Meaning of Armed Conflict in International Law* Aug. 2010. <http://www.ila-hq.org>.

⁽⁵⁰⁾ V. Bonagura, *I criteri di riforma della legislazione penale militare sostanziale e le attuali esigenze di tutela nelle Forze Armate* in *Rassegna della giustizia militare*, Volume 1-2-3, gennaio - giugno 2003.

operazioni offensive, in esecuzione di ordini, direttive, regole di ingaggio legittimamente impartiti e leciti, vale a dire rispettosi delle norme di diritto internazionale dei conflitti armati e dei principi generali di necessità e proporzionalità.

9. Adempimento degli obblighi internazionali: a) repressione delle infrazioni gravi alle Convenzioni di Ginevra.

Come visto sopra, le Convenzioni di Ginevra hanno introdotto rilevanti cambiamenti al quadro generale previsto dal diritto dell'Aja, prescrivendo agli Stati parti di attivarsi per la repressione in sede penale di un nucleo comune di condotte vietate, integrate per ciascuna Convenzione da altre proibizioni, per così dire settoriali, tutte riunite nella categoria delle *infrazioni gravi*. Così, a titolo esemplificativo, oltre alle infrazioni comuni a tutte e quattro le Convenzioni, la III Convenzione prevede la criminalizzazione della privazione del diritto al giusto processo per i prigionieri di guerra (art. 130) mentre per la IV Convenzione, sono infrazioni gravi la deportazione o il confino forzato dei civili in territorio occupato (art. 147).

Le infrazioni gravi comuni - « wilful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health» -, sono punite dall'ordinamento italiano a norma degli art. 185 c.p.m.g. (omicidio, ancorché tentato o preterintenzionale, lesione personale gravissima o grave) e 185-bis c.p.m.g. (atti di tortura o altri trattamenti inumani, trasferimenti illegali, ovvero altre condotte vietate dalle convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici o i trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute, in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette dalle convenzioni internazionali), quest'ultimo introdotto dalla legge 31 gennaio 2002, n. 6. Tali fattispecie si pongono in rapporto di specialità rispetto ai reati comuni, dai quali si differenziano in virtù appunto degli elementi specializzanti, costituiti dalla qualità di militare del soggetto attivo e dal compimento del fatto per cause non estranee alla guerra ⁽⁵¹⁾. Si osservi che l'art. 185-bis si applica solo laddove la condotta non costituisca più grave reato. Poiché la pena stabilita è piuttosto lieve (da due a cinque anni di reclusione militare), con possibilità di sospensione condizionale, i comportamenti qualificati come tortura saranno giudicati come reati comuni di lesioni, violenza sessuale o sequestro di persona. Singolare infine che nell'ordinamento italiano il delitto di tortura sussista solo in relazione a situazioni di conflitto armato ⁽⁵²⁾.

10. Segue b) repressione delle violazioni delle leggi e delle consuetudini di guerra.

⁽⁵¹⁾ Cass. pen., Sez. I, 08/11/2007, n. 4060.

⁽⁵²⁾ A. Lanzi, T. Scovazzi, *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra* in *Rivista di diritto internazionale*, Vol. LXXXVII, Fasc. 3, 2004, pp. 685-694.

La criminalizzazione delle condotte costituenti impiego di mezzi e metodi di guerra non consentiti dal diritto internazionale avviene per il tramite degli art. 174 e 175 c.p.m.g., che puniscono *l'uso di mezzi e di modi guerra vietati* facendo riferimento alle convenzioni internazionali per l'individuazione della condotta proibita. All'origine della disposizione sono gli art. 22 e 23 della II Convenzione dell'Aja del 1899 (trasferiti senza modifiche nel Regolamento annesso alla IV Convenzione del 1907). L'art. 22 riprende la Dichiarazione di San Pietroburgo del 1868 ⁽⁵³⁾ nell'affermare che i belligeranti non hanno un diritto illimitato nella scelta dei mezzi per nuocere al nemico ⁽⁵⁴⁾. Se al momento della formulazione della norma, tali convenzioni di riferimento erano sicuramente quelle dell'Aja oggi rileveranno le prescrizioni contenute nel I Protocollo (art. 35 - 42) che rispetto alle Convenzioni dell'Aja, ancora approssimative e alle Convenzioni di Ginevra, sostanzialmente indirizzate alla protezione delle vittime, ha reso esplicite, in funzione preventiva e precauzionale, numerose norme regolanti la condotta delle ostilità.

L'art. 174 punisce l'uso di mezzi e metodi di combattimento vietati dalle convenzioni internazionali (o dalla legge di guerra), salvo che il fatto sia preveduto come reato da una speciale disposizione di legge. Anche l'art. 191 c.p.m.g. (uso delle armi contro ambulanze e personale addetto), oggi in attuazione dell'art. 21 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra, prescrive che nel caso alla condotta specifica consegua la morte di una o più persone (protette dalle convenzioni internazionali) si applichi la norma del codice penale che punisce l'omicidio volontario (art. 575 c. p.).

L'art. 176 c.p.m.g. punisce le rappresaglie ordinate fuori dei casi preveduti dalla legge. Per rappresaglia s'intende secondo la legge di guerra (art. 8) la sospensione dell'osservanza di obblighi derivanti dal diritto internazionale nei confronti del belligerante nemico, che non adempie in tutto o in parte a detti obblighi, ed è finalizzata a costringerlo ad osservarli. Può compiersi sia con atti analoghi a quelli subiti (cd. rappresaglia *in kind*) sia con atti di natura diversa. Essendo la rappresaglia essenzialmente una sanzione, è ammessa solo in presenza di tale comportamento illecito e nei limiti imposti dal diritto internazionale. La legge di guerra prevede che non possa essere sospesa a titolo di rappresaglia l'osservanza di disposizioni emanate per l'adempimento di convenzioni internazionali che escludono espressamente la rappresaglia. Allo stato attuale, bersaglio di rappresaglia possono essere soltanto le forze armate dell'avversario. La norma appare sufficiente, con il rinvio alle convenzioni internazionali, a soddisfare le previsioni del citato I Protocollo, ma andrebbe riscritta sottolineando che oggetto di rappresaglia possono essere solo combattenti ed obiettivi militari ⁽⁵⁵⁾. Inoltre, andrebbe specificato il requisito della proporzionalità alla violazione subita, al di là del quale la rappresaglia diviene omicidio plurimo.

⁽⁵³⁾ Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of certain Explosive Projectiles. Saint Petersburg, 29 November/11 December 1868.

⁽⁵⁴⁾ Analogamente, l'art. 35 co.1 del I Protocollo: «In any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited».

⁽⁵⁵⁾ Art. 20 del I Protocollo.

L'art. 178 punisce la condotta del comandante che nel condurre un attacco omette di prendere le precauzioni a tutela della popolazione civile, oggi prescritte dall'art. 57 del I Protocollo. L'art. 179 punisce l'omissione delle precauzioni necessarie a garantire, per quanto possibile, i beni e le infrastrutture protetti dalle convenzioni internazionali, come le strutture e i trasporti sanitari, i beni culturali, i luoghi di culto, quando sia nota la loro natura di beni protetti e quando tali beni non siano impiegati per scopi bellici. L'art. 180 c.p.m.g. punisce l'uso indebito di segni e distintivi di protezione; per il I Protocollo, art. 85, co. 3, f, si tratta di un'infrazione grave, e quindi da sanzionare obbligatoriamente con una norma penale, solo se si sia trattato di uso perfido ⁽⁵⁶⁾. L'art. 184-bis, introdotto dalla legge 31 gennaio 2002 n. 6, che vieta la cattura di ostaggi, soddisfa alle prescrizioni in materia di ostaggi degli art. 20 e 75 del I Protocollo addizionale. Per espressa previsione, si tratta di garanzie minime. Il legislatore ha mantenuto la formulazione originaria dell'articolo in relazione alla necessità e al giustificato motivo, il che è in contrasto con la inderogabilità della tutela prescritta dalle norme internazionali. L'art. 185 c.p.m.g., che punisce il militare, che, senza necessità o, comunque, senza giustificato motivo, *per cause non estranee alla guerra*, usa violenza contro privati nemici, che non prendono parte alle operazioni militari, non appare più in linea con la realtà dei conflitti contemporanei, e riporta piuttosto ad una conflittualità fatta di eserciti nazionali che si fronteggiano schierati gli uni contro gli altri. La norma, parlando di *nemici*, fa pensare che la fattispecie riguardi soltanto casi di conflitto armato internazionale in cui l'Italia sia formalmente parte belligerante. Per di più, laddove limita la protezione dei civili ai casi in cui la violenza sia perpetrata senza necessità o giustificato motivo, non è conforme al diritto internazionale, soprattutto se per necessità si intende, come ha fatto il Tribunale Superiore Militare, un pericolo grave ed attuale che imponga un determinato comportamento affinché un'azione militare, anche di secondaria importanza, abbia successo ⁽⁵⁷⁾. La necessità militare può essere invocata a giustificazione solo se esplicitamente previsto da una norma di diritto bellico ⁽⁵⁸⁾. Usare violenza contro privati nemici che non partecipano direttamente alle ostilità è vietato dal diritto internazionale senza eccezioni. *De jure condendo* sarebbe opportuno eliminare dalle norme del titolo deputate alla protezione delle persone ogni riferimento alla necessità militare. Nessuna considerazione di necessità militare, infatti, consente attacchi alla popolazione civile che non prenda direttamente parte alle ostilità, e, tanto meno, la rappresaglia ai danni di civili (art. 51 del I Protocollo). La centralità del principio di

⁽⁵⁶⁾ L'art. 37 del I Protocollo definisce atto di *perfidia* quello determinato dal fine di carpire la buona fede dell'avversario in modo contrario alle regole del diritto dei conflitti armati (ad es., simulata intenzione di negoziare sotto copertura della bandiera bianca). Lo *stratagemma* sarebbe invece un comportamento atto a indurre in errore l'avversario, ovvero a far sì che si comporti in modo imprudente, con mezzi consentiti dal diritto bellico (ad es., operando un attacco simulato o diffondendo false notizie). L'art. 36 della legge di guerra permette l'uso di stratagemmi ma vieta di usare a fini bellici segni distintivi propri delle formazioni protette dalle convenzioni internazionali, come la croce rossa, e di usare bandiere, segni distintivi ed uniformi diverse da quelle nazionali.

⁽⁵⁷⁾ S. Riondato, *Seconda decisione di merito nella vicenda giudiziaria Priebke in Diritto penale e processo*, 1997, p. 1511.

⁽⁵⁸⁾ Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja, art. 23 (g). Convenzione dell'Aja del 1954, art. 4(1).

distinzione, e l'inconsistenza di deroghe al principio dettate da necessità militare si ricava dall'assenza di tale possibilità proprio nelle norme basate sul principio di distinzione. La Camera d'appello del Tribunale internazionale penale per la ex-Jugoslavia ha sostenuto in diverse occasioni che la proibizione di attacchi contro i civili «may not be derogated from because of military necessity»⁽⁵⁹⁾.

L'art. 167 c.p.m.g. già citato in precedenza sanziona gli atti di ostilità commessi da persone diverse dai legittimi belligeranti. La nozione di *legittimi belligeranti* è ancora stabilita dall'art. 25 della legge di guerra e non tiene conto delle novità introdotte dall'art. 4 della III Convenzione di Ginevra e dell'art. 44 del I Protocollo.

11. Segue c) la protezione dei beni culturali.

Con riferimento alla protezione della proprietà culturale, l'Italia ha ratificato il II Protocollo aggiuntivo alla Convenzione dell'Aja del 1954, firmato a l'Aja il 26 marzo 1999, con legge 16 aprile 2009, n. 45. Tale Protocollo modifica la protezione dei beni culturali stabilita dalla Convenzione dell'UNESCO, già ratificata dall'Italia nel 1958⁽⁶⁰⁾ e all'art. 15 prevede l'obbligo per gli Stati parti di dotarsi di norme incriminatrici delle condotte costituenti attacco alla proprietà culturale. La legge n. 45/2009 attua detta prescrizione agli artt. 7-10, che introducono nell'ordinamento nuove figure di reato militare (art. 14)⁽⁶¹⁾. Le disposizioni penali appena citate si applicano nel corso di un conflitto armato o di missioni internazionali, e vietano l'attacco, l'utilizzo a fini militari, l'impossessamento di, la devastazione e il saccheggio di beni protetti dalla Convenzione dell'Aja, prevedendo aggravamenti di pena quando gli atti citati siano commessi ai danni di beni sotto *protezione rafforzata*, con ciò intendendosi il regime di protezione stabilito dagli articoli 10 e 11 del II Protocollo⁽⁶²⁾. L'art. 13 rimanda all'art. 6 del Protocollo nell'introdurre la speciale causa di giustificazione della *necessità militare imperativa* in caso di attacco o uso a fini militari del bene. Una norma di coordinamento prevede che le disposizioni della legge n. 45/2009 si osservino anche quando è disposta l'applicazione del codice penale militare di guerra (art. 15). Si tratta di una novità normativa importante sia sotto l'aspetto dell'attuazione di norme internazionali sia in riferimento alle fonti del diritto penale militare. Nella legge n. 45/2009 i reati militari si qualificano non tanto per lo *status* militare di chi li commette o per l'interesse militare che la condotta lede, ma per il contesto in cui vengono commessi, che è un contesto di

⁽⁵⁹⁾ *Strugar*, IT-01-42-A, July 17, 2008, note 688. Nel giudizio contro Blaskic la Camera d'appello ha affermato che «there is an absolute prohibition on the targeting of civilians in customary international law». Un dubbio o il vuoto informativo fa scattare lo status di persona o bene protetto. L'art. 50, co. 1 del I Protocollo prevede che in caso di dubbio la persona sia considerata protetta fino a che non siano disponibili nuove informazioni che giustifichino il contrario. *Blaskic*, IT-95-14-A, July 29, 2004, par. 109.

⁽⁶⁰⁾ Legge 7 febbraio 1958, n. 279.

⁽⁶¹⁾ P. Rivello, *La nozione di reato militare alla luce dell'art. 14 della legge 16 aprile 2009 n. 45, relativa alla protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato* in *Rassegna della giustizia militare*, Volume 4-5-6, luglio - dicembre 2009.

⁽⁶²⁾ Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. The Hague, 26 March 1999.

conflitto armato o di operazioni militari all'estero, che anche in questo caso, ai fini dell'applicazione della legge penale militare, risultano posti sullo stesso piano.

12. La responsabilità dei comandanti militari.

In caso di conflitti armati e nel corso delle operazioni di mantenimento e ristabilimento della pace e della sicurezza internazionale, i comandanti delle forze armate italiane vigilano sull'osservanza delle norme di diritto internazionale umanitario⁽⁶³⁾. Oltre a questo dovere generico di vigilanza nei confronti dei sottoposti, i comandanti militari sono destinatari di precise disposizioni contenute nel titolo IV. Così è punito il comandante che omette il preavviso di attacco (salvo necessità militare, art. 178 c.p.m.g.) ovvero di prendere le precauzioni necessarie a proteggere i luoghi protetti dalle convenzioni internazionali (art. 179 c.p.m.g.). Parimenti è punito il comandante che ordina una rappresaglia nei casi in cui non è consentita (art. 176 c.p.m.g.) e il comandante che ordina di fare uso di mezzi o metodi di guerra vietati dal diritto internazionale (art. 174 c.p.m.g.). L'art. 1349 del codice dell'ordinamento militare (d. lgs. n. 66/2010) dispone che il militare a cui venga impartito un ordine costituente manifestamente reato ha il dovere di disobbedire⁽⁶⁴⁾. L'ordine che costituisce manifestamente reato è quello del quale il tipo medio di persona è in grado di avvertire il disvalore penale. L'ordine la cui esecuzione costituisca manifestamente reato è un ordine illegittimo. La disobbedienza a tale ordine è un comportamento perfettamente lecito, in quanto doveroso, e privo di conseguenze anche sul piano disciplinare. Se anche il reato non è manifesto, ma l'antigiuridicità del comportamento è conosciuta dal destinatario dell'ordine, che la oppone, il superiore non potrà pretendere l'adempimento.

13. I conflitti armati interni e internazionalizzati.

Per ragioni legate alle origini della disciplina, il titolo IV del codice di guerra si riferisce a situazioni di guerra tra Stati, ossia a conflitti armati internazionali. Nel caso di conflitti interni le Convenzioni di Ginevra prevedono all'art. 3 comune uno standard minimo a favore delle persone che non partecipano direttamente alle ostilità, compresi i membri delle forze armate dissidenti che abbiano deposto le armi e che siano fuori combattimento (*hors de combat*) a causa di malattie o ferite, e coloro che si trovano in stato di detenzione. Sono e rimangono vietati, in ogni tempo e luogo, nei confronti delle persone sopra indicate, gli atti di violenza contro la vita e l'integrità personale, ed in particolare l'assassinio, le mutilazioni, i trattamenti crudeli e inumani, la tortura; la cattura di ostaggi; gli oltraggi alla dignità personale, compresi i trattamenti umilianti e degradanti.

⁽⁶³⁾ Decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66, art. 89, co. 4.

⁽⁶⁴⁾ Cass. pen., Sez. V, 25/11/2008, n. 6064.

Se si dovesse verificare in territorio italiano un conflitto interno tra le forze governative e gruppi armati in grado di controllare una parte del territorio e di condurre operazioni prolungate e concertate si dovrebbe applicare il II Protocollo (addizionale alle Convenzioni di Ginevra) del 1977, ratificato con la legge 11 dicembre 1985, n. 762.

La possibilità che sul territorio italiano si inneschi un conflitto armato non internazionale, tra le forze armate regolari e forze armate dissidenti o gruppi armati, o tra gruppi armati all'interno dello Stato, è a dir poco remota. Più probabile che le forze italiane siano coinvolte in un conflitto armato interno sul territorio di uno Stato terzo e che siano chiamate a combattere (a supporto del governo legittimo) contro gruppi armati di insorti, come avviene in Afghanistan nel quadro della missione ISAF, dove il contingente italiano interviene a favore del governo e delle truppe afgane impegnate contro un insieme eterogeneo di forze destabilizzanti formate da signori della guerra, criminali comuni, trafficanti, servizi segreti stranieri deviati, estremisti religiosi. Le forze italiane sono schierate sotto comando NATO a fianco di uno dei contendenti in un conflitto interno che secondo il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite rappresenta una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale, un conflitto in cui almeno una delle parti (ma sostanzialmente entrambe, governo afgano e insorti) fa uso militarmente organizzato e prolungato delle armi, a cui l'Italia partecipa con un'operazione militare armata voluta dalle Nazioni Unite ⁽⁶⁵⁾.

Per ragioni di coerenza, il conflitto armato di cui all'art. 165 c.p.m.g. può essere anche di carattere non internazionale. Dunque in linea di principio, sotto il profilo penale militare, alle operazioni in Afghanistan si applica il titolo IV. Beneficiari della protezione garantita dalle norme previste dalle convenzioni internazionali a cui si richiamano numerose norme tra quelle comprese nel titolo IV viste sopra, saranno quantomeno le persone protette dall'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949, ossia le persone che non partecipano direttamente alle ostilità, le persone *hors de combat* e quelle che dovessero trovarsi in potere delle forze italiane. Il disconoscimento dei diritti spettanti alle persone protette da parte di personale italiano sarà punito dall'art. 198. Agli insorti afgani, in linea teorica, si applica l'art. 167 che punisce chiunque (e dunque anche chi non è da considerare *nemico*) compie atti di guerra contro lo Stato italiano o a danno delle sue forze armate od opere o cose militari, senza avere la qualità di legittimo belligerante. Come visto in precedenza, nel descrivere i legittimi belligeranti, l'art. 25 della legge di guerra riproduce la norma contenuta nell'art. 1 del Regolamento dell'Aja sulla guerra terrestre, che fa riferimento ai conflitti tra Stati. Nei conflitti interni non vi sono legittimi belligeranti diversi dalle forze governative. I civili che partecipano direttamente alle ostilità non acquisiranno alcuno dei diritti connessi allo stato di belligerante o combattente, ma potranno legittimamente essere oggetto di violenza bellica. L'operatività dell'art. 167 c.p.m.g. è però limitata giuridicamente dalla norma che prevede che i reati commessi dallo straniero nei territori in cui si svolgono gli interventi e le missioni internazionali, a danno dello Stato o di cittadini italiani partecipanti agli interventi e alle missioni stessi, sono puniti sempre a richiesta del

⁽⁶⁵⁾ S. C. Res. 2011 (2011).

Ministro della giustizia e sentito il Ministro della difesa per i reati commessi a danno di appartenenti alle Forze armate ⁽⁶⁶⁾.

In relazione a questa tematica, sono da fare alcune osservazioni ulteriori. La prima e più ovvia è che l'Afghanistan ha particolare interesse, determinato soprattutto da ragioni di politica interna e di prestigio, a perseguire i crimini correlati all'insorgenza nei propri tribunali. I reati di cui si tratta, in quanto rientranti nella previsione dell'art. 7 comma 5 del c.p., sarebbero astrattamente punibili a titolo di giurisdizione universale, in quanto condotte per le quali le convenzioni internazionali prevedono la procedibilità incondizionata del giudice italiano; la condizione di procedibilità della richiesta del ministro è probabilmente legata anche a questo aspetto e diretta ad evitare attriti a livello internazionale. Un secondo aspetto è di natura procedurale riguarda la liceità dei provvedimenti di custodia cautelare di civili afgani che abbiano commesso reati ai danni di cittadini italiani. A questo problema si lega quello dell'illegittimità di provvedimenti di rilascio alle autorità locali di cittadini o residenti afgani catturati dalle forze italiane nei cui confronti il giudice italiano non possa procedere, dal momento che non è ammessa la consegna ad autorità locali di una persona che rischia l'applicazione della pena di morte, ovvero la violazione dei diritti umani inderogabili, in attuazione del dettato costituzionale (caso *Venezia*) e in relazione caso *Soering*, nel quale la Corte di Strasburgo ha stabilito che un membro del Consiglio d'Europa viola la Convenzione europea dei diritti dell'uomo se espone un prigioniero che ha in custodia al rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti ⁽⁶⁷⁾. Per i reati legati all'insorgenza la legislazione afgana prevede nei casi più gravi la pena di morte, né può essere escluso che gli individui catturati siano trattati in modo inaccettabile rispetto agli obblighi di diritto interno e internazionale dell'Italia.

14. L'adattamento allo Statuto della Corte penale internazionale.

L'Italia ha ratificato lo Statuto della Corte penale internazionale con legge 12 luglio 1999, n. 232. Nello Statuto le figure criminose sono elencate negli art. 6, 7 e 8 (e 8 bis in relazione al crimine di aggressione). L'art. 8 punisce i crimini di guerra. Ai sensi della giurisdizione della Corte, sono crimini di guerra le infrazioni gravi alle Convenzioni di Ginevra, altre serie violazioni delle leggi e delle consuetudini

⁽⁶⁶⁾ Decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 209, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 febbraio 2009, n. 12.

⁽⁶⁷⁾ *Soering v United Kingdom* 11 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1989). Nel diritto anglosassone la limitazione della libertà personale dei civili ordinata dai comandanti militari oltre ciò che è necessario per accertarne l'identità, è conosciuta come «executive detention». L'espressione indica una restrizione della libertà personale ordinata direttamente dall'autorità militare. Le ipotesi di legittima detenzione sono indicate all'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Non sono consentite forme di *rendition*, cioè di consegna di individui ad autorità straniera, diverse da «deportation, extradition, transit and transfer of sentenced persons for the purposes of serving their sentence in another country».

applicabili ai conflitti armati internazionali, le violazioni delle prescrizioni contenute nell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e i crimini commessi durante i conflitti armati interni, elencati all'art. 8 (2) (e). Le elencazioni degli articoli citati sono integrate dagli «Elements of Crimes» compilati in attuazione dell'art. 9 per agevolarne l'interpretazione ed applicazione ⁽⁶⁸⁾.

L'Italia ha ratificato lo Statuto con ordine di esecuzione. Le norme contenute hanno rango di legge ordinaria, ma non sono invocabili dinanzi al giudice italiano mancando per ciascuna figura di reato l'indicazione della pena, ed essendo talune fattispecie internazionali di formulazione incompleta, da intendersi come formulazione che non soddisfa ai principi di stretta legalità e tassatività. Riguardo alle infrazioni gravi alle Convenzioni di Ginevra di cui all'art. 8(2)(a) dello Statuto si è già detto sopra trattando degli art. 185 e 185-bis. Delle 26 fattispecie che compongono l'art. 8(2)(b) rileva nell'ordinamento italiano l'assenza di una norma penale posta a tutela delle persone sotto mandato delle Nazioni Unite in missione umanitaria o di *peace-keeping*, già oggetto di una Convenzione internazionale del 1994 ⁽⁶⁹⁾, ratificata dall'Italia con legge 30 novembre 1998, n. 425. È da precisare che secondo l'art. 2 comma 2 la Convenzione appena citata, sulla sicurezza delle Nazioni Unite e del personale associato, non si applica ad una operazione delle Nazioni Unite «authorized by the Security Council as an enforcement action under Chapter VII of the Charter of the United Nations in which any of the personnel are engaged as combatants against organized armed forces and to which the law of international armed conflict applies».

Altre condotte illecite già punite invece dal diritto italiano sono il costringere sudditi nemici a partecipare alle operazioni militari contro il proprio stato (art. 182 c.p.m.g.), il saccheggio (art. 186 c.p.m.g.), la distruzione e appropriazione di beni non giustificata dalla necessità militare e l'uso di mezzi e modi di guerra vietati dalle leggi o dalle convenzioni internazionali (art. 174-175 c.p.m.g.). Fra gli illeciti che non rientrano nelle attuali previsioni normative vi sono i delitti a sfondo sessuale, a cui si applicherebbe la disciplina penale comune, compresa tra l'altro la condizione di procedibilità della querela della persona offesa, come già avvenuto per episodi verificatisi durante la missione in Somalia, nel 1993.

Nel giugno 2011 Camera dei deputati ha approvato un disegno di legge, risultato dell'unificazione di altre diverse iniziative legislative presentate per adeguare l'ordinamento alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale. Tale disegno di legge si occupa solo di aspetti di natura procedurale. Non introduce nuove figure criminose né traduce in norme interne le prescrizioni sostanziali dello Statuto, e prevede che non possa essere dato seguito a richieste della Corte qualora il fatto cui la richiesta di cooperazione si riferisce non sia previsto come reato dalla legge italiana. Un precedente disegno di legge del 2006 intitolato «Norme per l'attuazione degli obblighi dell'Italia in tema di repressione universale dei crimini di diritto internazionale» conteneva invece norme di dettaglio dirette a sanzionare a titolo di giurisdizione universale i crimini internazionali e qualificava come crimini di

⁽⁶⁸⁾ ICC-ASP/1/3.

⁽⁶⁹⁾ Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel, New York, 9 December 1994.

guerra i delitti previsti e puniti dagli articoli 174, 175, 176, 177, 178, 184-*bis*, 185-*bis*, 186, 187, 190, 191, 192, 193, 194, 209 e 211 del codice penale militare di guerra ⁽⁷⁰⁾. Un più recente articolato, formulato nel 2009 nella proposta di legge n. 2445 («Norme per l'adeguamento dell'ordinamento interno alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale»), conteneva nel titolo IV, suddiviso in quattro capi, le fattispecie dei crimini di guerra, attribuendo la competenza a giudicare dei delitti ivi previsti alla cognizione delle corti d'assise piuttosto che alla giurisdizione dei tribunali militari ⁽⁷¹⁾.

Nel disegno di legge attuale, lo Stato italiano coopera con la Corte nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano. I rapporti di cooperazione con la Corte sono curati dal Ministro della giustizia. La cooperazione avviene in osservanza delle specifiche norme contenute nel codice di procedura penale. In materia di giurisdizione si applicano le disposizioni vigenti in materia di riparto tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione penale militare.

⁽⁷⁰⁾ Senato della Repubblica, XV Legislatura, Atti parlamentari, Disegno di legge n. 528, art. 2.

⁽⁷¹⁾ Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Atti parlamentari, Proposta di Legge n. 2445.