

Rassegna della Giustizia Militare

**Rivista di
Diritto e Procedura penale militare**



**GIUSTIZIA
MILITARE**



**MINISTERO
DELLA DIFESA**

*Agenzia Nazionale di Valutazione del
sistema Universitario e della Ricerca*



in copertina

*Particolare dell'antica incisione di Pietro Santi Bartoli
raffigurante la decorazione della facciata di Palazzo
Cesi di via della Maschera d'Oro, eseguita da Polidoro
da Caravaggio e Maturino da Firenze*

Periodico trimestrale a carattere scientifico
a cura della
PROCURA GENERALE MILITARE PRESSO LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Direttore Responsabile

Dott. Maurizio **BLOCK**

Capo Redattore

Col. E.I. Sebastiano Prof. **LA PISCOPIÀ**

Comitato editoriale

Avv. PhD Andrea **CONTI**

Magg. E.I. Saverio Prof. **SETTI**

Magg. E.I. Pierpaolo **TRAVAGLIONE**

Redazione

Primo Luogotenente (A.M.) Antonio **MATTEIS** - Content manager, Graphic editor e IT Consulting

Maresciallo Capo (CC) Giovanna **COLANGELI** - Segreteria amministrativa e Curatore editoriale

Proprietario ed Editore: **Ministero della Difesa**

ISP: <https://www.difesa.it>

Direzione e Redazione:

Via degli Acquasparta 2 - 00186 Roma

linea urbana: 06-46915.1555 - linea militare: 205.1555

e-mail: rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it

Registrazione: Tribunale Civile di Roma al n. 16019 in data 9-VIII-1975

diffuso attraverso la rete internet sul Portale della Giustizia Militare

<https://portalegiustiziamilitare.difesa.it>

ISSN: 0391-2787

COMITATO SCIENTIFICO

Presidente: Paola **BALDUCCI**

Giulio **BARTOLINI**, Francesco **CALLARI**, Ida **CARACCILO**,
Antônio **PEREIRA DUARTE**, Valeria **EBOLI**, Paolo **FERRUA**,
Luigi Maria **FLAMINI**, Susanna **FORTUNATO**, Manlio **FRIGO**,
Francesca **GRAZIANI**, Giuseppe **LEOTTA**, Stefano **MANACORDA**,
Marina **MANCINI**, Sergio **MARCHISIO**, Massimo **PAPA**, Gian Maria **PICCINELLI**,
Fausto **POCAR**, Mauro **POLITI**, Ranieri **RAZZANTE**, Pierpaolo **RIVELLO**,
Natalino **RONZITTI**, Antonio **SCAGLIONE**, Annita Larissa **SCIACOVELLI**,
Deborah **SCOLART**, Ludwig **VAN DER VEKEN**, Anna **VARDAPETYAN**,
Giovanni Paolo **VOENA**

COMITATO DI REVISIONE

Presidente: Paolo **BENVENUTI**

Davide **BIANCHI**, Samuel **BOLIS**, Fabio **CAFFIO**, Gaetano **CARLIZZI**,
Giovanni **CHIARINI**, Lorenzo **DEL FEDERICO**, Iole **FARGNOLI**,
Alfonso **FURGIUELE**, Clelia **IASEVOLI**, Giulio **ILLUMINATI**, Carlotta **LATINI**,
Carlo **LONGOBARDO**, Anna **MARCONCINI**, Giuseppe **MAZZI**, Giuseppe **MELIS**,
Domenico **NOTARO**, Gianluca **PASTORI**, Mariateresa **POLI**, Silvio **RIONDATO**,
Fabrizio **SCARICI**, Sergio **SEMINARA**, Giovanni **SERGES**, Giorgio **SPANGHER**,
Massimiliano **STRAMPELLI**, Carmelo Elio **TAVILLA**, Giocchino **TORNATORE**

INDICE DEL NUMERO 4 / 2024

- Messa alla prova nel diritto penale militare: è davvero un *commodus discessus*?**
Laura Bacchini p. 1
- Armi nucleari e altre armi di distruzione di massa: note su regime giuridico e nuove sfide**
Valeria Eboli p. 9
- I criteri di valutazione della tenuità del fatto di reato militare: disciplina, continuità dell'azione amministrativa, disobbedienza e limiti al sindacato della Corte di Cassazione**
Roberto Galasso p. 23
- Mission accomplished: An analysis of the 34th International Conference of the Red Cross and Red Crescent's IHL-related outcomes**
Giulia Marcucci p. 36
- Nota Sentenza Cassazione Penale Sent. Sez. 1 Num. 33369 Anno 2024**
Mariapaola Marro p. 44
- La nuova guerra dell'oppio: la crisi del fentanyl negli Usa e lo scenario italiano**
Venusia Salzillo p. 52
- The duty to take into account foreseeable reverberating effects in contemporary armed conflicts**
Mara Tignino p. 61

Messa alla prova nel diritto penale militare: è davvero un *commodus discessus*?

Probation in military criminal law: is it really a commodus discessus?

Laura Bacchini¹

Abstract: L'articolo prende in esame l'istituto della messa alla prova, ripercorrendo i dubbi di legittimità costituzionale che lo hanno, nel tempo, connotato e tratteggiandone la disciplina sostanziale e processuale, anche alla luce della Riforma Cartabia. Si pone, poi, la questione delle conseguenze di una sentenza di estinzione del reato *ex art. 464 septies* c.p.p. sul piano del procedimento disciplinare militare.

Abstract: *The article examines probation, tracing the doubts of constitutional legitimacy that have, over time, characterised it and outlining its substantive and procedural discipline, also in the light of the Cartabia Reform. The question then arises about the consequences of a sentence of extinction of the offence pursuant to Article 464 septies of the Code of Criminal Procedure with respect to military disciplinary proceedings.*

Sommario: 1. Un istituto largamente applicato, tra perplessità costituzionali e spinte deflative. – 2. Natura e disciplina della messa alla prova. – 3. Riflessi sul procedimento disciplinare e sull'esclusione dall'aliquota d'avanzamento.

1. Un istituto largamente applicato, tra perplessità costituzionali e spinte deflative

L'istituto della messa alla prova, di ispirazione anglosassone, è entrato a far parte dei procedimenti speciali contemplati nel codice di rito dieci anni fa², per esigenze prevalentemente deflative e socialpreventive. Attualmente registra una prassi applicativa non trascurabile in termini di dimensioni, sia nell'ambito della giurisdizione ordinaria³ che militare⁴.

¹ Avvocato patrocinante in Cassazione, membro della Commissione di Diritto Penale Militare dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

² L. 28 aprile 2014, n. 67, *Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*. Per un commento, D. PICCIONI, *Il nuovo istituto della "sospensione del procedimento con messa alla prova: prime indicazioni interpretative della giurisprudenza costituzionale e di legittimità*, in *Rass. giust. militare*, 2018, I.

³ Secondo la Relazione sullo stato di attuazione delle disposizioni in materia di messa alla prova dell'imputato (anno 2021), presentata dal Ministro della giustizia Cartabia: *"con riferimento all'andamento quantitativo della misura della sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti, si precisa che il numero dei casi è passato da 34.931 nel 2020 a 48.008 nel 2021, registrando un incremento pari all'37% (...). Il forte incremento del ricorso alla messa alla prova, registrato nel corso del 2021, tra l'altro, è risultato uniforme sull'intero territorio nazionale, con un incremento pari al 40% al centro, al 37% al nord e al 36% al sud d'Italia*. In https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1660947746_relazione-al-parlamento-sullandamento-della-messa-alla-prova-nel-2021.pdf.

Il numero dei casi è poi passato da 48.008 nel 2021 a 52.814 nel 2022 secondo la Relazione sullo stato di attuazione delle disposizioni in materia di messa alla prova dell'imputato (anno 2022), presentata dal Ministro della giustizia Nordio.

⁴ Dalla Relazione sull'amministrazione della giustizia militare nell'anno 2023, pubblicata in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, sono stati definiti, con tale istituto, 106 procedimenti, mentre 30 risultavano in attesa di elaborazione del progetto UEPE e 66 in attesa di esito. Si segnala l'intervento del Procuratore Generale Militare della Repubblica presso la Corte Militare di Appello, Dott. De Paolis, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2023. Proprio in considerazione *«della specialità del diritto penale militare – sembra legittimo interrogarsi (data anche la grande diffusione pratica del nuovo istituto) sulla effettiva integrale compatibilità dell'applicazione dell'istituto della messa alla prova con la specialità della pena militare. Quanto meno la disciplina concreta dell'istituto dovrebbe essere adattata alle esigenze di specialità del consorzio militare e delle peculiari relazioni intercorrenti al suo interno. La pacifica applicabilità ai reati militari della causa di estinzione del reato determinata dalla sospensione con messa alla prova (v. sentenza Cass, sez. I, n. 5433 del 16.02.2022), così come peraltro avviene per le pene sostitutive (legge n. 689 del 1981*

Il successo della messa alla prova e la constatazione dell'enorme (eccessiva) valenza che viene attualmente attribuita alla deflazione, anche quando in gioco vi siano valori costituzionali fondamentali, dovrebbe forse condurre l'interprete a rassegnarsi, secondo l'umana accettazione *ab assuetis non fit passio*.

Tuttavia, i rilievi formulati, in passato, circa la legittimità costituzionale delle norme di riferimento⁵, appaiono ancora oggi spunto di un'adeguata riflessione, anche alla luce di alcune pronunce in materia disciplinare. Emblematica e degna di nota, l'ordinanza con cui il Tribunale di Grosseto aveva sollevato, nel 2016⁶, diverse questioni di legittimità costituzionale. Secondo il Giudice rimettente la formulazione dell'art. 168 *bis* c.p. sembrerebbe presupporre un reato accertato anche sotto il profilo degli «*eventuali effetti antiggiuridici diacronicamente persistenti*». Inoltre, la stessa valutazione del programma di trattamento dovrebbe essere compiuta in base ai parametri previsti dall'art. 133 c.p. e la prognosi circa l'astensione dal commettere "ulteriori reati", sembrerebbe, ancora una volta, presupporre l'accertamento giurisdizionale del reato. La questione era focalizzata sull'acquisizione e valutazione degli atti di indagine da parte del giudice del dibattimento, ma il tema sotteso a tali doglianze è evidentemente più ampio, in quanto, in realtà, manca un'attribuzione di colpevolezza ed anche il trattamento alternativo alla pena avviene, come affermato dalla stessa Consulta «*in difetto di un formale accertamento di responsabilità*».

Le questioni sollevate, seppur superate alla luce delle "soluzioni" prospettate dalla Consulta⁷, volte, per lo più, a richiamare le argomentazioni sottese alle pronunce che avevano ritenuto l'istituto del patteggiamento affine ai dettami costituzionali⁸, lasciano ancora in piedi qualche perplessità⁹, a fronte di una sorta di anticipazione dell'ambito "punitivo" che prescinde da un accertamento e che,

– art 75 bis) pone seriamente qualche interrogativo in rapporto alla sussistenza della specialità della pena militare e della rieducazione militare ad essa connessa. Anche qui, a nostro avviso, occorrerebbe provvedere ad una opportuna revisione che verifichi effettivamente la misura attraverso la quale è possibile adattare l'istituto di diritto penale comune al diritto penale speciale». In *Rass. Giust. Mil.*, I, 2021, 10 e ss. n. I 2023, p. 85.

⁵ J. DELLA TORRE, *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, 2016, in https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/upload/1455040298DELLATO_RRE_2016a.pdf.

⁶ Il Tribunale di Grosseto aveva sollevato, con ord. 16.12.2016, questioni di legittimità costituzionale: in riferimento agli artt. 3, 111, comma 6, 25, comma 2, e 27, comma 2, Cost., dell'art. 464 *quater*, comma 1, c.p.p., «*nella parte in cui non prevede che il giudice del dibattimento, ai fini della cognizione occorrente ad ogni decisione di merito da assumere nel [procedimento speciale di messa alla prova], proceda alla acquisizione e valutazione degli atti delle indagini preliminari restituendoli per l'ulteriore corso in caso di pronuncia negativa sulla concessione o sull'esito della messa alla prova*»; in riferimento all'art. 27, comma 2, Cost., degli artt. 464 *quater* e 464 *quinquies* c.p.p., «*in quanto prevedono la irrogazione ed espiazione di sanzioni penali senza che risulti pronunciata né di regola pronunciabile alcuna condanna definitiva o non definitiva*»; in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., dell'art. 168 *bis*, comma 2 e 3, c.p., che prevede «*l'applicazione di sanzioni penali non legalmente determinabili*», nonché, in riferimento agli artt. 97, 101 e 111, comma 2, Cost., dell'art. 464 *quater*, comma 4, c.p.p., «*nella parte in cui prevede il consenso dell'imputato quale condizione meramente potestativa di efficacia del provvedimento giurisdizionale recante modificazione o integrazione del programma di trattamento*».

⁷ Con sent. n. 91 del 2018 la Consulta ha dichiarato: inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 464-*quater*, comma 1, c.p.p., sollevate, in riferimento agli artt. 3, 111, comma 6, 25, comma 2, e 27, comma 2, della Costituzione; non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 464 *quater* e 464 *quinquies* c.p.p., sollevate, in riferimento all'art. 27, comma 2, Cost.; non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 168 *bis*, comma 2 e 3, c.p., sollevata, in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost.; non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 464 *quater*, comma 4, c.p.p., sollevate, in riferimento agli artt. 97, 101 e 111, comma 2, Cost.

⁸ C. Cost. sentenza n. 313 del 1990; ordinanza n. 399 del 1997, richiamate dalla sent. n. 91 del 2018.

⁹ P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in AA.VV., *Strategie di deflazione del processo penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, (a cura di) M. DANIELE, P. P. PAULESU, Torino, 2015, 183. Si segnala, sull'argomento, l'opinione di O. MAZZA «*Esempio paradigmatico del completo disfacimento del sistema, compreso quello delle garanzie costituzionali, è fornito dalla sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato, istituto caratterizzato da una fortissima tensione repressiva sia pure ammantata da un procedimento speciale di favore per l'accusato (...). In essa si susseguono la richiesta dell'imputato, priva di qualsiasi valenza confessoria, il vaglio di mera ammissibilità da parte del giudice, che non è chiamato a pronunciarsi positivamente sulla responsabilità penale, non dovendo assumere una decisione di condanna, l'esecuzione della pena in forma alternativa e in assenza di condanna, l'esito positivo della prova e, infine, il proscioglimento dell'imputato, mai condannato, per estinzione del reato. La tensione rispetto ai principi costituzionali, e in particolare alla presunzione d'innocenza, non potrebbe essere più evidente*», in *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, DPC, 2015, p. 7 e ss.

anzi, conduce, in caso di esito positivo, ad un proscioglimento. Quel che è chiaro, ancora una volta, è l'abbrivio verso una scelta di un istituto che contribuisce «a ridurre la durata media del processo e riveste, pertanto, una importanza strategica rispetto agli obiettivi del P.N.R.R. e di efficienza complessiva della giustizia penale» e, consente «di liberare risorse ed energie per la trattazione di altri procedimenti penali (...). Nella prospettiva della deflazione penitenziaria – della quale è necessario preoccuparsi, in ragione del sovraffollamento strutturale delle carceri – la MAP si rivela un istituto di primario rilievo, all'interno del sistema¹⁰».

La Riforma Cartabia¹¹, nell'ottica di questo “*favor diversionis*”, ha recentemente ampliato il novero dei reati che consentono l'accesso al rito¹², e previsto la possibilità, per il pubblico ministero, di proporre all'imputato l'attivazione dello stesso¹³.

2. Natura e disciplina della messa alla prova

La disciplina è frammentata e in essa si rinvencono aspetti di carattere prettamente sostanziale, concernenti i presupposti di accesso al rito e gli effetti dello stesso sul reato, ed aspetti (considerati da alcune pronunce prevalenti) di carattere processuale, afferenti alla disciplina dell'ammissione e allo svolgimento del trattamento.

L'accesso al rito postula la ricorrenza di particolari condizioni oggettive e soggettive: le prime variano in ragione della gravità del reato, determinata, come accennato, con riguardo all'entità della sanzione edittale; le seconde prevedono che la messa alla prova non possa essere richiesta per più di una volta, con espressa esclusione dell'accesso all'istituto per delinquenti, contravventori abituali, delinquenti professionali e per tendenza.

Quanto all'ingresso del rito nel processo militare, esso è da considerarsi ormai pacifico, alla luce dell'art. 261 c.p.m.p., non rinvenendosi ragioni per derogare al principio generale di complementarità della disciplina processuale militare rispetto a quella ordinaria¹⁴.

L'istituto trova applicazione anche laddove il procedimento da sospendere riguardi più reati, a condizione che tutti presentino i requisiti previsti dalla legge¹⁵. Si è poi posto il problema, risolto positivamente, della possibile applicazione del rito nei casi in cui, per scelta processuale del pubblico ministero, nella fase delle indagini preliminari o per diversa tempistica processuale, più reati commessi in esecuzione del medesimo disegno criminoso, siano contestati in procedimenti diversi ed il primo si concluda con l'estinzione del reato per esito positivo della messa alla prova¹⁶.

La richiesta deve essere effettuata, oralmente o per iscritto, dalla parte o dal difensore munito di procura speciale.

L'art. 464 *bis*, comma 2, c.p.p., contempla quale termine di decadenza quello della formulazione delle conclusioni in sede di udienza preliminare¹⁷. La Riforma Cartabia ha attualmente

¹⁰ Relazione illustrativa aggiornata al testo definitivo del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 pubblicata in Gazzetta Ufficiale (Serie Generale n. 245 del 19 ottobre 2022 - Suppl. Straordinario n. 5), 303.

¹¹ Art. 29, comma 1 lett. a, b e c, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

¹² Includendo fattispecie delittuose punite con pena detentiva fino a sei anni, mediante un ampliamento dell'elenco dei reati contemplati dall'art. 550, comma 2 c.p.p.

¹³ È stato, poi, aggiunto, in relazione al contenuto del programma di trattamento, il riferimento allo “svolgimento di programmi di giustizia riparativa”. Sugli aspetti della Riforma, T. EPIDENDIO e M. CECCHI, in *Riforma Cartabia, la nuova giustizia penale*, (a cura di) D. CASTRONOVO, M. DONINI, E. M. MANCUSO, G. VARRASO, Milano, 2023, p. 785 e ss. I due autori affrontano rispettivamente i profili sostanziali e processuali della messa alla prova post-Cartabia.

¹⁴ *Ex multis*, Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 08-04-2021) 14-04-2021, n. 13975.

¹⁵ Cass. Sez. IV, 8 maggio 2018, n. 36752.

¹⁶ C. Cost. sent. 12 luglio 2022, n. 174.

¹⁷ Più correttamente, sono previsti termini di decadenza differenziati in ragione dei diversi riti, che coincidono con quelli previsti per il giudizio abbreviato e per il patteggiamento. Nel caso di giudizio immediato la richiesta deve essere proposta entro quindici giorni dalla notifica del relativo decreto (artt. 464 *bis*, comma 2, e 458, comma 1, c.p.p.). Proprio in relazione al rito immediato può essere interessante richiamare la pronuncia della Consulta che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 456, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che il decreto che dispone il giudizio immediato contenesse l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova. C. Cost., 14 febbraio 2020, n. 19. La richiesta può essere, riproposta, se rigettata in fase di indagini preliminari ovvero in udienza preliminare, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, (art. 464 quater comma 9 c.p.p.).

previsto, inoltre, che nei casi contemplati dagli articoli 516, 517 e 518 co. 2, c.p.p., salvo che la contestazione abbia per oggetto la recidiva, il presidente debba informare l'imputato della facoltà di chiedere un termine per la difesa e di formulare, tra le diverse possibilità, istanza di accesso alla messa alla prova.

All'istanza di accesso al rito deve essere allegato un programma di trattamento, elaborato dall'Ufficio di Esecuzione Penale Esterna (UEPE) competente per territorio, su formale richiesta dell'interessato o del suo procuratore speciale, predisposto tenendo conto delle specifiche caratteristiche della persona imputata, oppure, ove non sia stato possibile provvedere a detta elaborazione, una richiesta di elaborazione del programma¹⁸.

È attività indefettibile lo svolgimento di una prestazione di lavoro di pubblica utilità o l'attività di volontariato di rilievo sociale¹⁹, previsto dall'art. 168 *bis*, comma 3, c.p.

Il giudice, prima ancora di vagliare l'ammissione o a meno al procedimento deve valutare la sussistenza di eventuali profili di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p. (art. 464 *quater* c.p.p.).

Tale previsione, pur consentendo una valutazione dell'Autorità giudiziaria, non può costituire un addentellato per ritenere in qualche modo accertata la responsabilità dell'imputato, essendo del tutto diversi i parametri valutativi previsti dalla norma rispetto a quelli di un vero e proprio giudizio.

Il giudice decide con ordinanza, sentite le parti, nel corso dell'udienza ed approda alla decisione mediante un percorso valutativo (da effettuare alla luce dei parametri fissati dall'art. 133 c.p.p.), che deve tener conto della idoneità del programma proposto e della previsione che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati, secondo norme che rendono evidenti le logiche socialpreventive alla base dell'istituto.

Può essere interessante soffermarsi sul ruolo della persona offesa, la cui mancata audizione legittima quest'ultima a ricorrere per cassazione avverso l'ordinanza di ammissione dell'imputato alla messa alla prova²⁰.

Quanto alla idoneità del programma, la stessa va vagliata anche sotto il profilo dell'apprezzabilità dello sforzo sostenuto dall'imputato per elidere le conseguenze dannose o pericolose del reato e risarcire il danno cagionato²¹.

Tale risarcimento deve corrispondere al pregiudizio patrimoniale arrecato alla vittima, "ove possibile", o, comunque, allo sforzo massimo esigibile dall'imputato alla luce delle sue condizioni economiche. Il giudice, ove sussistano temi di indagine da approfondire, deve attivare, *ex art. 464 bis*, co. 5, c.p.p., i propri poteri istruttori²².

¹⁸ Sono stati elaborati dei protocolli per agevolare l'accesso all'istituto. Si segnala il Protocollo tra Procura Militare della Repubblica, Tribunale Militare e Ufficio esecuzione penale esterna di Verona, reperibile in https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/convenzione_accordo_protocollo_selezionato?contentId=SCA1203717; il Protocollo con il Tribunale Militare di Roma per l'applicazione della messa alla prova, sottoscritto dalla Camera Penale di Roma con il Tribunale Militare, la Procura Militare, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma e l'Ufficio Interdistrettuale Esecuzione Penale Esterna (UIEPE) di Roma, reperibile in <https://www.camerapenediroma.it/protocollo-tribunale-militare-roma-lapplicazione-della-messa-alla-prova/>.

¹⁹ Il riferimento è a prestazioni non retribuite in favore della collettività, affidate tenendo conto delle specifiche professionalità e attitudini lavorative dell'imputato; articolate secondo un orario giornaliero non superiore alle otto ore, da svolgere per non meno di dieci giorni, anche non continuativi, e da modulare in termini compatibili con le esigenze di lavoro, di studio di famiglia e di salute dell'imputato.

²⁰ Cass. Sez. V, n. 26205 del 15 giugno 2022, in un caso di rifiuto del giudice di dar corso al contraddittorio espressamente richiesto dalla persona offesa. Si segnala Cass., Sez. V, Sent., 10 maggio 2023, n. 19931, secondo cui la persona offesa non è privata del diritto al contraddittorio quando, costituita parte civile, abbia presenziato all'udienza e sia stata assistita dal difensore che abbia interloquuto proprio sugli elementi, rilevanti ai sensi del combinato disposto degli artt. 133 c.p. e 464-*quater*, co 3, c.p.p.

²¹ In merito a tale aspetto il risarcimento del danno sembra caratterizzato non solo da una funzione di prevenzione generale, ma anche dalle stesse istanze special-preventive cui sembra ispirarsi la disciplina della messa alla prova dell'imputato adulto (Cass., Sez. III, 1° aprile 2016, n. 13235).

²² Cass., Sez. V, 17 marzo 2023, n. 16083, relativo ad un processo per furto di energia elettrica, in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la decisione con la quale, con adeguata motivazione, il risarcimento offerto dall'imputato era stato ritenuto non adeguato, in quanto la proposta risultava incoerente rispetto alla capacità economica dell'imputato desunta, tra l'altro, dal valore dei beni strumentali e dal capitale dallo stesso investito nell'attività di impresa.

In caso di emissione di una ordinanza di rigetto, questa non è immediatamente impugnabile, ma è appellabile unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 c.p.p.

Il provvedimento con cui il giudice, vagliata preventivamente l'ammissibilità dell'istanza di messa alla prova, dispone la sospensione, può essere impugnato dalla Procura mediante ricorso per cassazione, per cui una eventuale parte civile che rilevi difetti di motivazione o lesioni delle norme previste in tema di risarcimento dovrà sollecitare la Procura per adire la Suprema Corte, ma non potrà impugnare autonomamente il provvedimento.

Una volta svolto il programma, in caso di esito positivo, il Giudice, in udienza, pronuncia sentenza di estinzione del reato.

Si procede invece alla revoca anticipata dell'ordinanza di sospensione della misura, in caso di trasgressione grave o reiterata al programma di trattamento e alle sue prescrizioni, di rifiuto opposto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità, di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo o di un reato della stessa indole di quello per cui si procede.

In tali casi, così come in quelli di esito negativo della prova o di rinuncia da parte del richiedente, il giudice emette un'ordinanza dispositiva della ripresa del processo e all'imputato viene riconosciuto lo scomputo del periodo di prova dalla eventuale pena da eseguire, secondo i parametri dell'art. 657 *bis* c.p.

Quanto agli effetti della iscrizione della sentenza sul casellario giudiziale, si segnala che, con riferimento al certificato del casellario giudiziale richiesto dall'interessato, le lettere *m-bis* ed *m-ter* dell'art. 24 del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313 prevedono che non vengano riportati rispettivamente i provvedimenti che dispongono la sospensione del procedimento con messa alla prova e le sentenze che, ai sensi dell'art. 464 *septies* c.p.p., dichiarano estinto il reato per esito positivo della messa alla prova.

3. Riflessi sul procedimento disciplinare e sull'esclusione dall'aliquota d'avanzamento

In quanto rito alternativo, va rilevato come, in ambito disciplinare, venga annoverato, tra le incombenze gravanti sui Comandanti di Corpo in relazione a procedimenti penali in corso, l'invio alla Direzione Generale per il Personale Militare della comunicazione dell'ammissione al rito della messa alla prova²³.

La Guida tecnica del 2023 prevede che *“particolare e tempestiva cura”* debba essere riposta *“nell'immediata trasmissione dei documenti dai quali risulti che il dipendente militare sia stato rinviato a giudizio o ammesso a riti alternativi per delitti non colposi, in quanto tale circostanza, ai sensi dell'art. 1051, commi 2, 4 e 8, c.o.m., determina l'esclusione dall'aliquota d'avanzamento e dalla valutazione per l'avanzamento dei Militari in servizio permanente effettivo”*.

Tuttavia, non può trascurarsi che la Riforma Nordio²⁴ ha previsto, per quanto di interesse, che non possa essere inserito nell'aliquota di avanzamento o valutato per l'avanzamento il personale militare: a) nei cui confronti sia stata emessa, per delitto non colposo, sentenza di condanna in primo grado ovvero sentenza di applicazione della pena su richiesta o decreto penale di condanna esecutivo, anche qualora la pena sia condizionalmente sospesa; b) sottoposto a procedimento disciplinare da cui può derivare una sanzione di stato; c) sospeso dall'impiego o dalle funzioni del grado; d) in aspettativa per qualsiasi motivo per una durata non inferiore a 60 giorni.

L'ammissione al rito, così come la richiesta di rinvio a giudizio, di per sé, quindi, non è più ostativa ai fini della valutazione.

²³ Quando l'Unità e il Comandante della stessa sono inviati in servizio fuori dal territorio nazionale, le suddette incombenze rimangono in capo al Comandante del Distaccamento in Patria o ad altra Autorità stabilita dagli Stati Maggiori di Forza Armata/Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri. Per il personale militare transitato all'impiego civile la Direzione per il Personale Civile dovrà garantire la suddetta attività ricognitoria, al fine di consentire alla D.G.P.M. il monitoraggio dei procedimenti disciplinari differiti o sospesi ad esito cognito delle vicende penali.

²⁴ L. 9 agosto 2024, n. 114 (cd. “Legge Nordio”) recante *“Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare”*, pubblicata nella G.U. n. 187 del 10 agosto 2024, entrata in vigore il 25 agosto 2024 che modifica l'art. 1051 del Codice dell'ordinamento militare.

Tuttavia il rischio di una successiva esclusione permane, a fronte della possibile apertura di un procedimento disciplinare da cui possa derivare una sanzione di stato.

Infatti, il tema del procedimento disciplinare, anche a seguito dell'esito positivo della messa alla prova, rimane aperto. Come si potrà subito osservare, la sentenza di estinzione del reato per messa alla prova non è contemplata dall'art. 653 c.p.p.²⁵, che disciplina le ipotesi in cui la sentenza penale ha effetto vincolante per i procedimenti disciplinari, delimitandone la portata applicativa alle sentenze irrevocabili "di condanna" e di "assoluzione"²⁶, senza far menzione dei procedimenti a c.d. "definizione anticipata".

Va rilevato come l'istituto in esame, seppur caratterizzato da contenuti afflittivi, si collochi però in una fase del tutto anticipata rispetto alla condanna e, pertanto, prescinda "*da un accertamento della responsabilità del soggetto, con la conseguenza che l'imputato andrà incontro a un trattamento sanzionatorio senza che tuttavia possa essere considerato autenticamente responsabile per il fatto commesso*"²⁷.

Viste alcune similitudini con la disciplina del cd. patteggiamento, si deve rilevare che, se è vero che anche nella sentenza di patteggiamento è assente un accertamento della responsabilità del soggetto, non ci si può esimere da un'osservazione: l'art. 445, comma 1 *bis*, c.p.p., nel prevedere delle peculiarità della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, afferma "*salvo quanto previsto dal primo e dal secondo periodo o da diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna*". La Riforma Cartabia, giova ricordarlo, ha inciso anche sugli effetti *extra*-penali della sentenza di patteggiamento prevedendo esplicitamente che la stessa non abbia efficacia, tra l'altro, nei giudizi disciplinari e non possa essere utilizzata ai fini di prova nei medesimi giudizi.

A *fortiori*, un punto fermo della presente riflessione non può che muovere dalla esclusione della efficacia della sentenza di estinzione del reato per buon esito della messa alla prova nei procedimenti disciplinari militari.

Peraltro, il paragone con il patteggiamento appare forzato in quanto nella messa alla prova l'imputato non viene condannato, bensì prosciolto e, comunque, come già sottolineato "*non esiste alcuna statuizione formale di responsabilità che possa reggere la pena*"²⁸.

Ne deriva che la sentenza che dichiara il non doversi procedere per esito positivo della messa alla prova non ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare quanto

²⁵ Se il processo penale è ritenuto inutile rispetto all'accertamento del reato in sede giudiziaria, ciò non comporta che l'*exit strategy* della messa alla prova consenta una efficacia liberatoria piena anche in sede disciplinare. La sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha, infatti, efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o non costituisce illecito penale ovvero che l'imputato non lo ha commesso, mentre quella irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso. Va ricordato l'orientamento giurisprudenziale, richiamato da Cons. Stato, Sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5035 secondo cui: «*l'art. 653 c.p.p., nella parte in cui conferisce alla sentenza penale efficacia di giudicato nel giudizio disciplinare, preclude l'esercizio dell'azione disciplinare solo qualora l'assoluzione sia stata pronunciata perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, e non quando dalla sentenza penale di assoluzione discenda soltanto che il fatto non costituisce reato, atteso che in questo caso l'Amministrazione conserva il suo potere disciplinare in quanto l'illiceità penale e quella disciplinare operano su piani differenti, ben potendo un determinato comportamento del dipendente rilevare sotto il profilo disciplinare, anche se lo stesso non è punito dalla legge penale (sul punto, Cons. Stato, Sez. IV, 7 luglio 2009, n. 4359)*».

²⁶ In caso di assoluzione a seguito di istruttoria dibattimentale o rito abbreviato "perché il fatto non sussiste" o per non aver commesso il fatto" la potestà disciplinare è preclusa e la pratica disciplinare viene archiviata, pur rimanendo impregiudicato il potere di vagliare la rilevanza disciplinare di eventuali altri fatti che dovessero emergere dalla lettura della sentenza (salvo che tali fatti fossero già conosciuti dall'Amministrazione e i per essi i termini per l'esercizio dell'azione disciplinare siano perenti).

²⁷ R. BARTOLI, *La novità della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/4343-la-novita-della-sospensione-del-procedimento-con-messa-alla-prova>.

²⁸ O. MAZZA, in *Op.cit.*, 9.

all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso²⁹.

In sede di giudizio disciplinare si deve, pertanto, provvedere ad una ricostruzione autonoma circa la sussistenza del fatto e le connesse responsabilità, al fine di individuare eventuali profili di rilievo disciplinare. La questione si sposta inevitabilmente sulla possibile "influenza", più o meno velata, che la scelta del rito può comportare³⁰ e sulla utilizzabilità degli atti, tenendo conto che spesso il fascicolo potrebbe coincidere con quello del Pubblico Ministero, per cui la prospettazione offerta, fermo quanto previsto dall'art. 358 c.p.p., sarebbe quella accusatoria, tanto più quando il rito sia richiesto nella fase delle indagini preliminari, ancor prima della *discovery*, in un momento in cui l'indagato non ha ancora contezza degli elementi di accusa a proprio carico.

Unico punto fermo è l'incertezza dell'esito del procedimento disciplinare³¹, in quanto il procedimento penale concluso con la messa alla prova aprirà, comunque, la strada, in tal sede, a tre possibili esiti: l'archiviazione, l'adozione di una sanzione di corpo o l'adozione di una sanzione di stato³². Si riporta, per un esempio concreto, la sentenza con cui il Tar Lazio, in data 9 gennaio 2024, ha respinto il ricorso presentato avverso la sospensione disciplinare dall'impiego nella misura di due mesi, a fronte di un caso di violata consegna pluriaggravata in cui il procedimento militare si era concluso con l'estinzione del reato per messa alla prova³³.

Una difesa che rilevi, a fronte di un reato estinto con messa alla prova, l'assenza di proporzionalità per l'emissione di un provvedimento concluso con una sanzione disciplinare di stato, rischia di imbattersi nel tema della discrezionalità per cui: *"le valutazioni effettuate dall'Amministrazione in sede di procedimento disciplinare attengono alla sfera dell'esercizio del potere discrezionale attribuito alla stessa e sfuggono al sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità, salvo che le stesse non si presentino affette da palese illogicità o irragionevolezza"*³⁴. Come è agevole comprendere, trasferire le argomentazioni difensive sul piano della illogicità o della irragionevolezza è percorso assai in salita.

²⁹ Cons. Stato, Sez. IV, Sent., 20 febbraio 2020, n. 1263.

³⁰ Emblematico il provvedimento del Tar Emilia-Romagna, Sez. I, 6 marzo 2018. Tale pronuncia lascia aperta qualche perplessità proprio in merito alla compatibilità con il principio di non colpevolezza laddove afferma: *«innanzitutto la circostanza che una persona sottoposta a procedimento penale chieda di essere ammesso alla prova consente di affermare ragionevolmente che egli ritenga di non poter provare la sua innocenza in occasione di un processo ad istruttoria completa; inoltre sia il Pubblico Ministero che il Giudice, laddove abbiano sentore che l'imputato non sia responsabile dei fatti contestati, debbono rigettare la sua richiesta e procedere ad un proscioglimento nel merito o ad un'archiviazione»*.

³¹ Si richiamano, a titolo esemplificativo, alcune pronunce. Recentissima, la sentenza emessa dal Tar Lazio, pubblicata il 18 novembre 2024, che ha rigettato il ricorso avverso il provvedimento di sospensione disciplinare dal servizio per 2 mesi, ritenendo che gli atti del procedimento penale e quelli dell'inchiesta formale evidenziassero in modo sufficiente lo scontro fisico alla base della contestazione. In materia di arruolamento nelle Forze Armate, merita di essere citata una pronuncia concernente l'affine istituto della messa alla prova innanzi al Tribunale per i minorenni: Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 2009, n. 6659. Si riporta anche la sentenza emessa da Tar Lazio, 14 febbraio 2024, che ha accolto un ricorso presentato per l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla procedura di immissione nel ruolo dei volontari in servizio permanente dell'Esercito, disposta dall'amministrazione in quanto il richiedente era imputato in un procedimento penale per delitto non colposo ed esattamente del delitto di violata consegna pluriaggravata. L'imputato aveva rilevato, tra l'altro, come vi fosse una richiesta all'Ufficio Esecuzione penale esterna del Ministero della Giustizia finalizzata all'estinzione del procedimento con l'istituto della messa alla prova. (Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 26 agosto 2015, n. 3997, Cons. St., sez. II, 8 aprile 2022, n. 2606)".

³² Cons. Stato, Sez. IV, Sent., 20 febbraio 2020, n. 1263, già citata, con cui è stato respinto l'appello avverso una sentenza emessa dal Tar per l'Emilia Romagna, Sezione Prima, che aveva respinto il ricorso proposto dall'appellante per l'annullamento del provvedimento con cui il Ministero della Difesa gli aveva irrogato la sanzione della perdita del grado per rimozione per motivi disciplinari.

³³ Il militare, impegnato nell'operazione "Strade Sicure" con il compito di vigilanza di un sito, quale Capo Muta e responsabile del servizio, si era addormentato all'interno della garitta, violando le consegne che regolavano il servizio (con le aggravanti del grado rivestito e della circostanza che si trattava di un servizio armato). Le valutazioni compiute dall'Amministrazione in ordine ai fatti, secondo i Giudici non trasmodavano nell'abnormità né sussistevano profili di "macroscopica" illogicità che fossero sintomatici di un cattivo uso del potere discrezionale attribuito all'Amministrazione. Essa, nel perimetro della propria potestà disciplinare, aveva ritenuto che la condotta del ricorrente fosse contraria ai principi che devono improntare l'agire di un militare, senza con ciò sfociare in una palese illogicità o irragionevolezza.

³⁴ Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2021, n. 3392.

Un possibile correttivo a procedimenti disciplinari che ricalchino la prospettazione accusatoria formulata in sede penale – senza contraddittorio e senza un accertamento cognitivo del fatto e della responsabilità dell'imputato - potrebbe consistere in un'anticipazione degli atti difensivi, in modo che questi possano confluire nel fascicolo della Procura, con un triplice vantaggio difensivo: orientare le scelte del Pubblico Ministero; consentire al giudice una cognizione più ampia di quella offerta dalla Procura, ai fini della valutazione preliminare *ex art. 129 c.p.p.* (nell'auspicio che tale norma sia un effettivo momento di valutazione delle condizioni per il proscioglimento); puntellare con elementi difensivi il perimetro cognitivo di un futuro procedimento disciplinare³⁵.

³⁵ Tanto più laddove si consideri l'orientamento secondo cui: *«all'Amministrazione di appartenenza del militare è consentito assumere le risultanze fattuali emerse in sede penale, per poi condurre, sulla base di queste, un autonomo giudizio ai fini disciplinari. È, infatti, consolidato l'orientamento del giudice amministrativo secondo il quale “Qualora il procedimento penale si sia concluso con una sentenza di proscioglimento per prescrizione, i fatti oggetto dell'imputazione possono essere legittimamente assunti a presupposto di un'azione disciplinare (...). All'Amministrazione è consentito utilizzare, nell'ambito disciplinare, sia gli indizi di colpevolezza raccolti al fine di esercitare in giudizio l'azione penale, sia gli elementi emersi nel corso delle successive fasi del procedimento (...). Pertanto, non sussiste, né è ragionevolmente esigibile, un obbligo per l'Amministrazione di svolgere una particolare e diversa attività istruttoria al fine di acquisire ulteriori mezzi di prova (...).” (Cons. Stato, sez. IV, 2 novembre 2017, n. 5053)»*, ribadito dal Tar Lazio, 13 febbraio 2024.

Armi nucleari e altre armi di distruzione di massa: note su regime giuridico e nuove sfide

*Nuclear weapons and other weapons of mass destruction:
notes on the legal regime and new challenges*

Valeria Eboli¹

Abstract: Lo studio ha ad oggetto il regime giuridico delle armi di distruzione di massa, con particolare riferimento a quelle nucleari. In primo luogo si offre una panoramica dei regimi giuridici del tempo di pace relativi all'interdizione o limitazione, ovvero rispettivamente disarmo e non proliferazione, delle principali tipologie di armi di distruzione di massa, i.e. biologiche, chimiche, nucleari.

Si esamina, quindi, il quadro giuridico relativo alla liceità dell'uso delle armi in esame alla luce del diritto dei conflitti armati, evidenziando le sfide attuali connesse ai conflitti in corso. Infine l'attenzione si focalizza sul diritto internazionale penale, esaminando la riconducibilità delle violazioni delle norme che vietano l'uso di certe tipologie di armi alla categoria dei crimini di guerra o contro l'umanità.

Abstract: The study focuses on the legal regime related to weapons of mass destruction, with specific reference to nuclear weapons. First of all, the peacetime legal regime that interdicts (disarmament) or limits (non proliferation) the existence of certain weapons of mass destruction, i.e. biological, chemical and nuclear weapons, is examined.

Therefore, the norms prohibiting their use during armed conflicts are taken into account, making reference to international humanitarian law and bearing in mind the challenges arising from the ongoing armed conflicts.

Finally the legal consequences related to the violation of such norms are analysed from the perspective of international criminal law.

Sommario: 1. Le armi di distruzione di massa. – 2. Il regime giuridico delle armi nucleari. – 3. La prospettiva del diritto internazionale umanitario. – 4. Responsabilità internazionale dello Stato e crimini di guerra per l'uso di armi di distruzione di massa.

1. Le armi di distruzione di massa

Il regime giuridico delle armi di distruzione di massa, quali quelle nucleari, biologiche, chimiche, trova le sue fonti tanto in norme del tempo di pace quanto in quelle del diritto dei conflitti armati.

Le prime attengono all'esistenza di tale tipologia di armi, mentre le altre al relativo uso nella condotta delle ostilità.

L'analisi pertanto muoverà dall'esame dei regimi di disarmo e non proliferazione del tempo di pace, per poi prendere in considerazione la regolamentazione derivante dal diritto umanitario dei conflitti armati.

In particolare, il regime delle armi nucleari richiede specifica attenzione, data la sua complessità allo stato attuale e la contemporanea vigenza di differenti regimi pattizi per i vari Stati al riguardo. Le armi nucleari sono generalmente ascrivibili alla categoria delle c.d. armi di distruzione di massa o, nella terminologia inglese in uso, *weapons of mass destruction* (WMD).

Una definizione delle armi di distruzione di massa è rinvenibile nella Risoluzione

¹ Prof. Valeria Eboli, Ordinario di Diritto internazionale del Ministero della Difesa presso l'Accademia Navale e Presidente del Comitato Scientifico del Gruppo italiano dell'International Society of Military Law and Law of War.

dell'Assemblea Generale dell'ONU 32/84 che menziona «*atomic explosive weapons, radioactive material weapons, lethal chemical and biological weapons and any weapons developed in the future which might have characteristics comparable in destructive effect to those of the atomic bomb or other weapons mentioned above*²».

Il testo riprende quello della Risoluzione del 12 agosto 1948 della Commissione per gli armamenti convenzionali³.

Le principali tipologie di armi di distruzione di massa, oggetto di regolamentazione mirata, sono le armi biologiche e tossiche, le armi chimiche e quelle nucleari.

Nel tempo di pace, i principali regimi che riguardano tale categoria di armi sono il disarmo e la non proliferazione.

L'assoggettamento a un regime giuridico di disarmo comporta la totale eliminazione dell'esistenza stessa di una certa categoria di arma, di cui è vietata la produzione, lo stoccaggio, con l'annesso obbligo di distruzione di quelle eventualmente esistenti.

La non proliferazione, invece, attiene a una *limitazione* in termini oggettivi o soggettivi dell'esistenza di una tipologia di armi. Nel primo caso si tratta dell'individuazione di una soglia, sotto il profilo quantitativo, dello stock di armi di cui è consentita l'esistenza. Il secondo profilo, invece, attiene al novero dei soggetti legittimati a detenere quella categoria di armi. La non proliferazione, quindi, si qualifica rispettivamente come verticale o orizzontale.

I regimi pattizi che attengono alle armi biologiche e chimiche possono essere riportati ad ipotesi di disarmo.

Per le armi nucleari il quadro normativo è più complesso, in quanto, allo stato attuale, convivono due diversi regimi pattizi, uno di disarmo ed uno di non proliferazione, per cui gli obblighi internazionali assunti dagli Stati differiscono a seconda del trattato di cui hanno scelto di essere parti contraenti⁴.

Il primo regime pattizio da menzionare è quello relativo alle armi biologiche⁵.

Si tratta di un'antica categoria di armi. Si narra che i Mongoli, nell'autunno del 1346, colpiti da peste (agente *Yersinia pestis*) catapultassero i cadaveri dei loro morti, come fossero dei proiettili, contro i marinai genovesi durante l'assedio a Caffa (attuale Teodosia in Crimea)⁶. L'infezione, cominciò quindi a propagarsi in tutto il continente europeo, raggiungendo dapprima la Sicilia, con le navi che portavano il grano dalla Crimea al porto di Messina⁷. La peste, che mancava in Europa dall'epoca di Giustiniano, diventava quindi pandemica in Europa e l'agente patogeno causò negli anni successivi enormi perdite di vita nella popolazione civile, stimate in circa 30 milioni di individui⁸, anche in luoghi distanti e del tutto estranei dal conflitto armato in cui il morbo era stato inizialmente diffuso per debilitare l'avversario.

Pertanto per armi biologiche si intendono quelle che diffondono organismi che provocano malattie o tossine al fine di danneggiare o uccidere esseri umani, animali o vegetali.

Esse possono essere letali o diffondere patologie tendenti a diffondersi oltre i confini

² United Nations General Assembly Resolution "Prohibition of the Development and Manufacture of New Types of Weapons of Mass Destruction and New Systems of Such Weapons", 12 December 1977 A/RES/32/84-B, para. 3, <https://digitallibrary.un.org/record/623117?v=pdf>.

³ Commission for Conventional Armaments, *Resolutions adopted by the Commission at its 13th meeting, 12 August 1948, and a 2nd progress report of the Commission, S/C.3/32/Rev.1*, <https://digitallibrary.un.org/record/755665?v=pdf>.

⁴ V. diffusamente *infra* sul punto.

⁵ V., per una distruzione generale, J. LEDERBERG, *Biological Weapons: Limiting the Threat*. Cambridge, Mass: MIT Press, 1999; J. GUILLEMIN, *Biological Weapons: From the Invention of State-Sponsored Programs to Contemporary Bioterrorism*. New York: Columbia University Press, 2005; M.L. WHEELIS, ed. *Deadly Cultures: Biological Weapons since 1945*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006; A.L. CLUNAN, *Terrorism, War, or Disease?: Unraveling the Use of Biological Weapons*. Stanford, CA: Stanford Security Studies, 2008; D.P. FIDLER, and O. LAWRENCE GOSTIN. *Biosecurity in the Global Age: Biological Weapons, Public Health, and the Rule of Law*. Stanford, California: Stanford Law and Politics, an imprint of Stanford University Press, 2008.

⁶ G. SCOTTO, "Infezioni nella storia della medicina. Globalizzazione e malattie infettive: tra passato e futuro", in *Infezioni in Medicina*, n. 1, 56-61, 2011.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

nazionali. Oltre a incidere sulla vita degli individui colpiti, tali armi possono avere l'effetto di provocare carestie, catastrofi ambientali, perdite economiche, pandemie e scatenare il terrore nella popolazione civile.

Il principale riferimento normativo è attualmente rappresentato dal Trattato sul divieto di messa a punto, produzione, stoccaggio di armi batteriologiche, tossiche e loro modalità di distruzione, di Washington-Londra-Mosca, del 1972⁹. Tale Convenzione di disarmo integra il Protocollo di Ginevra del 1925 che aveva proibito già l'uso delle armi biologiche durante i conflitti armati, all'indomani della fine del primo conflitto mondiale, durante il quale era stato fatto uso di gas asfissianti, velenosi e altri gas, nonché di analoghi liquidi, materiali e dispositivi dai medesimi effetti¹⁰.

La Convenzione del 1978 obbliga le parti a non sviluppare, produrre, stoccare o acquisire o detenere in ogni altro modo agenti microbici o altri agenti biologici o tossine, a prescindere dal metodo di produzione, di tipi e quantità non necessari a fini profilattici o altro uso pacifico; né armi equipaggiamenti o mezzi di diffusione di detti agenti patogeni per finalità ostili o nei conflitti armati.

Pertanto la proibizione attiene tanto agli agenti infettanti, quanto ai mezzi di rilascio.

Obblighi ancillari e funzionali attengono ai divieti di favorire lo sviluppo di progetti scientifici finalizzati alla loro produzione, distruggere quelle esistenti o deviarne l'uso a fini pacifici.

La Convenzione è oggetto di revisione ogni cinque anni per assicurarne l'effettività, anche in considerazione del progresso tecnologico.

Si tratta di un regime convenzionale che ha assunto un carattere tendenzialmente universale. Allo stato attuale¹¹, si contano 187 contraenti.

Quanto alle armi chimiche, il regime pattizio è quello delineato dalla Convenzione sulle armi chimiche, sulla proibizione, oltre che dell'uso, della produzione, stoccaggio e vendita e che impone la distruzione di quelle esistenti, di Parigi del 1993¹².

La Convenzione ha un contenuto misto, che include previsioni sia in materia di disarmo nel tempo di pace, sia di diritto umanitario, in relazione al divieto dell'uso di tali armi durante i conflitti armati.¹³ Anche la proibizione di uso delle armi chimiche era stata già contemplata nel Protocollo di Ginevra del 1925, tenendo a mente, ad esempio, l'uso di prodotti tossici chimici come il gas mostarda durante il primo conflitto mondiale¹⁴.

Anche tale categoria di armi storicamente, ha origini antichissime. Si pensi, ad esempio, all'uso di frecce avvelenate o al fumo di arsenico.

Già ai primordi dell'era post-westfaliana, con la nascita dello Stato moderno, uno dei primi trattati bilaterali stipulati aveva avuto ad oggetto proprio le armi chimiche. Concluso tra Francia e Germania a Strasburgo nel 1675, proibiva l'uso di proiettili avvelenati¹⁵.

Successivamente, nel XIX secolo, altri trattati ebbero ad oggetto le armi chimiche. La Convenzione di Bruxelles sulle leggi e gli usi di Guerra del 1874, mai entrata in vigore, proibiva l'uso

⁹ Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, aperta alla firma il 10 aprile 1972 ed entrata in vigore il 26 marzo 1975, <https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/12/BWC-text-English-1.pdf>.

¹⁰ Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare, aperto alla firma sotto gli auspici della Società delle Nazioni dal 4 al 17 giugno, entrato in vigore in data 8 febbraio 1928, <https://disarmament.unoda.org/wmd/bio/1925-geneva-protocol/#:~:text=The%201925%20Geneva%20Protocol%20prohibits,force%20on%208%20February%201928.>

¹¹ Riferito a dicembre 2024. Per lo stato aggiornato delle ratifiche v. <https://disarmament.unoda.org/biological-weapons/about/membership-and-regional-groups>.

¹² Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction (the Chemical Weapons Convention or CWC), aperta alla firma a Parigi dal 13 al 15 gennaio 1993, entrata in vigore il 29 aprile 1997, https://www.opcw.org/sites/default/files/documents/CWC/CWC_en.pdf.

¹³ V. KRUTZSCH, W. MYJER E.P. J., R. TRAPP, and J. HERBACH, eds. *The Chemical Weapons Convention: A Commentary*. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2014.

¹⁴ F. TRIFIRÒ, "La dualità della chimica e la prima guerra mondiale", in *Chimica e armi chimiche*, pp. 15 ss., DOI: <http://dx.medra.org/10.17374/CI.2015.97.2.15>.

¹⁵ Strasbourg Agreement between France and the Holy Roman Empire of 27 August 1675. V. <https://catdir.loc.gov/catdir/enhancements/fy0625/2005050053-s.html>.

di veleno e armi avvelenate. Durante le Conferenze di pace dell'Aia del 1899, fu richiamato tale impegno¹⁶.

Ciononostante durante il primo conflitto mondiale ebbe luogo un attacco di larga scala con l'impiego di armi chimiche, a Ypres in Belgio il 22 aprile 1918. Alla fine della prima Guerra mondiale erano state rilasciate, secondo le stime 124,200 tonnellate di clorina, mostarda ed altri agenti chimici, che avevano causato la morte di circa novantamila soldati e provocato danni permanenti a circa un milione di essi.¹⁷

Si addivenne quindi al già menzionato Protocollo di Ginevra nel 1925. Esso era uno strumento di diritto umanitario, non di disarmo. Molti Stati, inoltre, lo avevano ratificato apponendo una riserva che consentiva loro di usare comunque armi chimiche contro Stati non contraenti o per rispondere ad attacchi con armi chimiche subiti.

Soltanto con la Convenzione del 1993 si arriva ad imporre un regime al contempo di disarmo e divieto assoluto di uso delle armi chimiche, dopo la fine della guerra fredda durante la quale le due Superpotenze avevano investito molto nella ricerca tecnologica e nella produzione di tale tipologia di armi, stoccandone grandi quantità¹⁸.

La Convenzione ha istituito anche l'Organizzazione per la proibizione delle armi chimiche (*Organization for the Prohibition of Chemical Weapons- OPCW*)¹⁹, con sede all'Aia. Si tratta di una organizzazione internazionale con competenze in materia di disarmo e non proliferazione, in grado di attuare misure per verificare l'adempimento degli obblighi convenzionali e far fronte a casi di inadempimento²⁰. Essa assicura l'effettiva attuazione della Convenzione da parte dei contraenti, che attualmente sono 113²¹.

Ai fini definitivi, per armi chimiche si intendono sostanze chimiche tossiche e i loro precursori, salvo i casi consentiti in certe quantità e per fini pacifici, le munizioni ed i dispositivi finalizzati a provocare la morte o danni tramite il rilascio di sostanze chimiche tossiche²².

Ai fini convenzionali, per sostanza chimica tossica si intende ogni sostanza idonea a incidere sui processi vitali e tale da causare morte, temporanea inabilità o danni permanenti a esseri umani o animali. È irrilevante la modalità di produzione della sostanza.

Ricadono nel divieto anche i precursori, ovvero ogni reagente chimico coinvolto nella produzione della sostanza tossica.

La Convenzione è completata da Annessi che identificano le sostanze vietate ed i relativi precursori, Gli elenchi sono aggiornati periodicamente, anche in considerazione dell'evoluzione scientifica e tecnologica.

Gli obblighi di disarmo sono di natura assoluta ed includono oltre al divieto di sviluppare, produrre, acquisire o detenere armi chimiche, anche quello di trasferirle in maniera diretta o indiretta, l'induzione di altri Stati a compiere attività proibite dalla Convenzione. In relazione all'impiego, è interdetto l'uso di tali armi o la preparazione militare all'uso di tali armi. Inoltre è proibito l'impiego di agenti antisommossa come metodo di combattimento.

Quest'ultima previsione comporta che, sebbene possa esserne consentito l'uso in tempo di pace, comunque non lo è durante i conflitti armati.

¹⁶ V. <https://www.opcw.org/about-us/history>.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Essa ha tre organi principali: la Conferenza degli Stati parte, il Consiglio e il Segretariato tecnico. V. <https://www.opcw.org/about-us/mission>.

²⁰ V. Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons. *The Chemical Weapons Convention and the OPCW - How They Came About*. The Hague: OPCW, 2000.

²¹ Per lo stato aggiornato delle ratifiche v. [https://www.armscontrol.org/factsheets/chemical-weapons-convention-signatories-and-states-parties#:~:text=The%20Chemical%20Weapons%20Convention%20\(CWC,Korea%2C%20and%20South%20Sudan\)](https://www.armscontrol.org/factsheets/chemical-weapons-convention-signatories-and-states-parties#:~:text=The%20Chemical%20Weapons%20Convention%20(CWC,Korea%2C%20and%20South%20Sudan).). Tra gli Stati che non hanno ratificato la Convenzione si annoverano il Sud Sudan, l'Egitto, la Repubblica democratica popolare di Corea (Corea del Nord) e Israele, che l'ha firmata senza poi procedere alla successiva ratifica.

²² B. KELLMAN, E.A. TANZMAN, and DePaul University International Criminal Justice and Weapons Control Center. *Manual for National Implementation of the Chemical Weapons Convention* 2nd ed. [Chicago, Ill.]: International Criminal Justice and Weapons Control Center, 1998.

Ogni parte contraente è obbligata a distruggere le armi esistenti “*under their jurisdiction or control*”, tutti gli impianti industriali deputati alla loro produzione²³ sotto la propria giurisdizione e controllo, tutte le armi abbandonate sul territorio di un altro contraente.

La portata dell’obbligo è molto ampia, in quanto si tratta di un’obbligazione non strettamente territoriale, che, pertanto non si limita al territorio su cui insiste la sovranità statale, entro i confini nazionali, ma si estende ad ogni luogo (“*places*”) su cui esso eserciti la propria giurisdizione o controllo. Si pensi, ad esempio, ai casi di occupazione militare di territori²⁴.

La proibizione delle armi chimiche, similmente a quella delle armi biologiche, ha assunto un carattere pressoché universale, tenuto conto dell’ampio novero dei contraenti.

2. Il regime giuridico delle armi nucleari

Definire il regime giuridico delle armi nucleari è più complesso.

Allo Stato attuale sono vigenti due diversi trattati in merito.

Il primo è il Trattato sulla non proliferazione nucleare (*infra* TNP), di Londra-Mosca-Washington, del 1968, entrato in vigore nel 1970²⁵.

L’altro è il Trattato sulla proibizione delle armi nucleari o Trattato sul disarmo nucleare, di New York, del 2017, entrato in vigore nel 2021²⁶.

Il TNP introduce, appunto, un regime di non proliferazione.

Il Trattato contempla, tra i contraenti, due categorie di Stati: gli Stati militarmente nucleari (“*nuclear-weapon States*”) e quelli non militarmente nucleari, attribuendo agli uni ed agli altri diverse tipologie di obblighi e diritti.

Per Stati militarmente nucleari, ai sensi del Trattato, si intendono quelli che avevano sviluppato e condotto con successo un test di armi nucleari prima del 1° gennaio 1967, ovvero Stati Uniti, Unione Sovietica (oggi Federazione Russa), Regno Unito, Francia e Cina.

Si tratta, peraltro, degli stessi Paesi che hanno un seggio permanente in seno al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

Stati come l’India che effettua il suo primo test nel 1974 e il Pakistan che testa la sua prima bomba nel 1998, ai fini del Trattato, non potrebbero essere considerati militarmente nucleari e, difatti, non hanno aderito allo stesso.

Soltanto gli Stati militarmente nucleari sono legittimati a detenere armi nucleari (non proliferazione orizzontale) e si impegnano a non trasferirle a Stati dell’altra categoria, che, specularmente, assumono l’obbligo di non riceverne. La quantità di armi nucleari autorizzata è contenuta (non proliferazione verticale)²⁷.

I Paesi militarmente nucleari godono di tale diritto, anche per ragioni di deterrenza in quanto fu ritenuto che consentire l’esistenza di un arsenale nucleare avrebbe potuto contribuire al mantenimento della stabilità e quindi della sicurezza internazionale e, in ultima istanza, della pace²⁸.

In capo a tali Stati vi è peraltro l’impegno di fare in modo di condividere il *know-how* sulle tecnologie sviluppate per la produzione di energia nucleare a titolo gratuito agli Stati non militarmente nucleari, al fine di poterlo utilizzare per i loro programmi nucleari per fini civili (Art. V).

La produzione di energia nucleare a fini pacifici è pienamente consentita a tutti i contraenti (Art. IV).

²³ Per quelli della filiera chimica per usi civili, vi sono, invece obblighi di comunicazione. V. <https://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/articles/article-ii-definitions-and-criteria>.

²⁴ Sulla nozione di giurisdizione, v. Occupazioni militari, voce in Enciclopedia giuridica Treccani, 2006.

²⁵ *Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, aperto alla firma a Londra-Mosca-Washington il 1° luglio 1968, entrato in vigore il 5 marzo 1970, <https://treaties.unoda.org/t/npt>.

²⁶ *Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, aperto alla firma a New York il 7 luglio 2017, entrato in vigore il 22 gennaio 2021, <https://disarmament.unoda.org/wmd/nuclear/tpnw/>.

²⁷ V. Senato della Repubblica, *Il regime di non-proliferazione nucleare Obiettivi, struttura e fattori di rischio*, Dossier n. 66, 2007, https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg16/attachments/dossier/file_internets/000/006/923/66.Pdf.

²⁸ V. H. KISSINGER, *Nuclear Weapons and foreign policy*. Harper and Brothers, New York, 1957.

Vi sono previsioni del Trattato che impongono obblighi finalizzati a evitare la diversione d'uso, ovvero l'impiego a fini militari di energia prodotta a fini civili e che instaurano meccanismi di verifica per assicurare il rispetto delle relative disposizioni.

Un ruolo centrale è quello dell'Agenzia internazionale per l'energia atomica (AIEA)²⁹, i cui Ispettori hanno, all'uopo, accesso agli impianti nucleari dei contraenti.

Tutte le parti, militarmente e non militarmente nucleari, si impegnano a «*pursue negotiations in good faith on effective measures relating to cessation of the nuclear arms race at an early date and to nuclear disarmament, and on a treaty on general and complete disarmament under strict and effective international control*» (Art. VI).

Vi è, in chiusura, l'auspicio di addivenire all'instaurazione di un regime di completo disarmo, imponendo in capo alle parti l'obbligo di "negoziare", ovvero di ricercare una soluzione condivisa a livello multilaterale, a tal fine.

Attualmente vi sono 191 contraenti, tra cui non si annoverano Stati in possesso dell'arma atomica³⁰. Alcuni dei contraenti, inoltre, successivamente hanno ratificato il Trattato sul disarmo nucleare, accedendo pertanto a tale diverso regime giuridico, da ritenere prevalente per gli stessi anche *ratione temporis*.

Il Trattato sul disarmo nucleare è il primo strumento giuridico vincolante finalizzato alla totale messa al bando delle armi nucleari, per giungere alla loro completa eliminazione.

Si tratta quindi di uno strumento di disarmo in senso stretto.

È entrato in vigore il 22 gennaio 2021, dopo il deposito presso il Segretario Generale dell'ONU del 50° strumento di ratifica il 20 ottobre 2024, ai sensi dell'art. 15 (1) dello stesso.

Con tale strumento, le Parti intendono realizzare una completa eliminazione delle armi nucleari, tenuto conto delle «*catastrophic humanitarian consequences that would result from any use of nuclear weapons*³¹», che includono anche gli eventi accidentali connessi alla loro esistenza ed alle connesse radiazioni ionizzanti, che possono comportare rischi per l'intero genere umano.

Esse riconoscono gli imperative etici che conducono al disarmo nucleare e la contrarietà di ogni uso delle armi nucleari ai principi del diritto umanitario e, pertanto, richiamano la prima risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU del 24 gennaio 1946 sull'eliminazione delle armi nucleari³².

È fatto salvo il *favor* per la produzione di energia nucleare a fini pacifici.

Al fine di dare piena esecuzione al TNP, riconosciuto come pietra miliare per il disarmo e la non proliferazione, concordano che ogni Stato contraente assume l'obbligo di non sviluppare, testare, produrre, confezionare, acquisire in ogni altro modo, possedere o stoccare armi nucleari o ogni altro dispositivo nucleare esplosivo.

Inoltre assumono l'obbligo di non trasferire tali armi o dispositivi, né riceverli o controllarli in ogni modo, diretto o indiretto.

Il Trattato vieta l'uso o la minaccia dell'uso degli stessi. I contraenti si impegnano a non indurre nessuno Stato a compiere tali attività proibite dal Trattato.

Inoltre si obbligano a non consentire, ai sensi dell'art. 1 (g), «*any stationing, installation or deployment of any nuclear weapons or other nuclear explosive devices in its territory or at any place under its jurisdiction or control*³³».

Altri obblighi riguardano la trasparenza e la condivisione di informazioni con le altre Parti, le verifiche.

La disposizione di cui all'art. 1 (g), che prescrive di non consentire la stazioneamento, l'installazione o il dislocamento sul proprio territorio di armi nucleari o ogni altro dispositivo nucleare

²⁹ Per una panoramica sulla attività in corso, v. <https://www.iaea.org/>.

³⁰ Dato riferito a dicembre 2024. Lo stato aggiornato delle ratifiche è consultabile sul sito <https://treaties.unoda.org/t/npt/participants>.

³¹ Preambolo della Dichiarazione di San Pietroburgo.

³² United Nations General Assembly Resolution on the "Establishment of a Commission to Deal with the Problems Raised by the Discovery of Atomic Energy", A/PV.17, 24 Jan. 1946, A/RES/1(I), <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/032/52/pdf/nr003252.pdf>.

³³ Sul punto v. *infra*.

sul proprio territorio o in ogni altro luogo sotto la propria giurisdizione o controllo è particolarmente incisiva e problematica ai fini della partecipazione la trattato stesso.

Da un punto di vista pratico, essa ha effetti significativi.

Sul territorio di vari Paesi non militarmente nucleari, risultano presenti armi nucleari, collocate in basi militari di Paesi alleati³⁴. Anche sul territorio italiano, nelle basi americane stazionano armi nucleari o altri dispositivi messi al bando dal trattato³⁵.

Pertanto sarebbe difficile una partecipazione a tale strumento convenzionale per tali Stati, inclusa l'Italia, che, attualmente non risulta né tra i contraenti né tra i firmatari, al pari degli altri Paesi dell'area nord-atlantica. Tuttavia, in linea di principio, la posizione espressa dal Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione internazionale (MAECI) è di favore rispetto a tale Trattato³⁶. Pertanto, conciliare la partecipazione a tale Trattato con gli altri impegni internazionali assunti dal Paese e, segnatamente, con gli Alleati anche per la concessione di basi militari, può rappresentare una delle sfide per il prossimo futuro.

Allo stato attuale si contano 73 ratifiche³⁷. La maggioranza dei contraenti proviene da aree del pianeta assoggettate a un regime di denuclearizzazione, ovvero quelle aree del Pianeta in cui è interdetta la presenza di armi atomiche in maniera assoluta³⁸.

Tali aree sono principalmente individuate dai trattati istitutivi di zone denuclearizzate. Tra esse si annoverano l'America latina e i Caraibi (Trattato di Tlatelolco³⁹), la zona del Pacifico del Sud (Trattato di Rarotonga)⁴⁰, la zona del Sud-est asiatico (Trattato di Bangkok)⁴¹, la zona africana (Trattato di Pelindaba)⁴², la zona dell'Asia centrale (Trattato di Semipalatinsk)⁴³.

Si tratta per lo più di zone che avevano in passato subito gli effetti sfavorevoli di test nucleari e per le quali, pertanto, si instaura un regime di particolare protezione.

A tali zone si aggiunge la Mongolia, che nel 1992 ha dichiarato un “*nuclear-weapon-free status*”, riconosciuto dalla Comunità internazionale tramite la Risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU 55/33S “*Mongolia's international security and nuclear weapon free status*” del 20

³⁴ V. *Nuclear Weapons in Europe: Mapping U.S. and Russian Deployments*, J. MASTERS, W. MERROW, March 30, <https://www.cfr.org/in-brief/nuclear-weapons-europe-mapping-us-and-russian-deployments>.

³⁵ V., ad esempio, sulle armi della base di Aviano, Cassazione Sez. Un. Civili, 25 Febbraio 2009, n. 4461. Est. Travaglino.

³⁶ V. https://italiarappdisarmo.esteri.it/it/news/dalla_rappresentanza/2024/10/non-ce-alternativa-al-sistema-multilaterale-afferma-lambasciatore-bencini-durante-il-dibattito-sulle-armi-nucleari-alla-prima-commissione-della-79ma-sessione-dellassem/.

³⁷ Dato riferito a dicembre 2024. Lo stato aggiornato delle ratifiche è consultabile all'indirizzo <https://treaties.unoda.org/t/tpnw/participants>.

³⁸ V. M. ROSCINI, *Le zone denuclearizzate*, Torino, Giappichelli, 2003.

³⁹ Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean aperto alla firma a Mexico City il 14 febbraio 1967, entrato in vigore in date diverse per ogni singolo Stato, <https://treaties.unoda.org/t/tlatelolco>.

Esso riguarda 33 Stati dell'America latina (Antigua and Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Jamaica, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, St. Kitts and Nevis, St. Lucia, St. Vincent and the Grenadines, Suriname, Trinidad and Tobago, Uruguay, Venezuela).

⁴⁰ Treaty of Rarotonga, the South Pacific Nuclear Free Zone Treaty, aperto alla firma il 6 agosto 1985 ed entrato in vigore in data 11 dicembre 1986, [https://www.un.org/nwzf/fr/content/treaty-rarotonga#:~:text=The%20Treaty%20of%20Rarotonga%20contributes,member%20states%20\(Article%205\)](https://www.un.org/nwzf/fr/content/treaty-rarotonga#:~:text=The%20Treaty%20of%20Rarotonga%20contributes,member%20states%20(Article%205)).

Tra i contraenti ci sono Australia, Cook Islands, Fiji, Kiribati, Nauru, New Zealand, Niue, Papua New Guinea, Samoa, Solomon Islands, Tonga, Tuvalu, Vanuatu.

⁴¹ Treaty on the Southeast Asia Nuclear Weapon-Free Zone (1995), also known as the SEANWFZ Treaty or Bangkok Treaty, aperto alla firma il 15 dicembre 1995, entrato in vigore il 27 marzo 1997, <https://treaties.unoda.org/t/bangkok>.

Riguarda 10 Stati del Sud-est asiatico: Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Laos, Malaysia, Myanmar, Philippines, Singapore, Thailand, and Viet Nam.

⁴² African Nuclear-Weapon-Free Zone Treaty, also known as Pelindaba Treaty, aperto alla firma il 12 aprile 1996 al Cairo, entrato in vigore il 15 luglio 2009, <https://www.un.org/nwzf/content/treaty-pelindaba#:~:text=The%20African%20Nuclear%2DWeapon%2DFree%20Zone%20Treaty%20prohibits%20the%20research,the%20dumping%20of%20radioactive%20wastes>.

Tra i contraenti vi sono Algeria, Angola, Benin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cameroon, Cabo Verde, Chad, Comoros, Republic of Congo, Cote d'Ivoire, Democratic Republic of Congo, Equatorial Guinea, Eswatini, Ethiopia, Gabon, Gambia,

November 2000⁴⁴.

Nel 2018, l'Assemblea Generale ha deciso di promuovere una conferenza per istituire una zona denuclearizzata in Medioriente (A/73/546)⁴⁵.

Vi sono, inoltre altre regioni geografiche assoggettate a un regime di denuclearizzazione su base convenzionale.

Tra esse si annoverano l'Antartico⁴⁶, lo spazio extra-atmosferico⁴⁷, la Luna e gli altri corpi celesti⁴⁸, i fondi marini internazionali⁴⁹.

Per completezza si soggiunge che è stato confezionato, tra l'altro, anche il testo di un trattato finalizzato a interdire i test nucleari, il c.d. *Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty*, aperto alla firma nel 1963, ancora non in vigore⁵⁰.

3. La prospettiva del diritto internazionale umanitario

Quanto al regime giuridico relativo all'uso delle armi di distruzione di massa ed, in particolare, di quelle nucleari, la normativa di riferimento è principalmente quella del diritto internazionale umanitario dei conflitti armati.

Una disposizione di raccordo tra il diritto del tempo di pace ed il diritto umanitario, applicabile durante i conflitti armati, può essere considerata l'art. 36 del I Protocollo aggiuntivo del 1977 alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949⁵¹.

Esso prevede taluni obblighi di prevenzione per il tempo di pace rispetto all'uso delle armi durante il conflitto armato.

Ai sensi dello stesso:

«In the study, development, acquisition or adoption of a new weapon, means or method of war, a High Contracting Party is under an obligation to determine whether its employment would, in some or all circumstances, be prohibited by this Protocol or by any other rule of international law applicable to the High Contracting Party».

Il diritto umanitario si applica durante i conflitti armati, tuttavia, gli Stati si obbligano sin dal tempo di pace a prevenire che occorran talune violazioni⁵².

Tale è lo spirito della disposizione in esame, che vieta lo sviluppo, acquisizione o scelta di

Ghana, Guinea, Guinea Bissau, Kenya, Lesotho, Libya, Madagascar, Malawi, Mali, Mauritania, Mauritius, Morocco, Mozambique, Namibia, Niger, Nigeria, Rwanda, Senegal, Seychelles, South Africa, Tanzania, Togo, Tunisia, Zambia, Zimbabwe.

⁴³ Treaty on a Nuclear-Weapon-Free Zone in Central Asia, aperto alla firma a Semipalatinsk in data 8 September 2006, entrato in vigore il 21 March 2009, <https://www.un.org/nwzf/content/treaty-nuclear-weapon-free-zone-central-asia>. Gli Stati interessati e contraenti sono Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan, Turkmenistan, and Uzbekistan.

⁴⁴V. <https://www.un.org/nwzf/content/mongolias-nuclear-weapon-free-status>.

⁴⁵ V. <https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210040747s004-c005>.

⁴⁶ Trattato Antartico, aperto alla firma a Washington il 1° dicembre 1959, entrato in vigore il 23 giugno 1961, https://www.ats.aq/index_e.html.

⁴⁷ Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione 2222 (XXI), aperto alla firma il 27 gennaio 1967, entrato in vigore il 10 ottobre, 610 U.N.T.S. 205, <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/outerspacetreaty.html>.

⁴⁸ Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, adottato con risoluzione 34/68 del 5 dicembre 1979, aperto alla firma il 18 dicembre 1979, entrato in vigore in data 11 luglio 1984, UNTS 3, <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/moon-agreement.html>.

⁴⁹ Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Sea-Bed and the Ocean Floor and in the Subsoil thereof, 1971, aperto alla firma a Washington-Mosca e Londra in data 11 febbraio 1971, entrato in vigore il 18 maggio 1972, <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028010aa4c>.

⁵⁰V. <https://www.ctbto.org/our-mission/the-treaty>.

⁵¹ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, entrato in vigore il 07.12.1978, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/article-36?activeTab=>.

⁵² *Ex multis*, v. PICTET J., "The Principles of International Humanitarian Law", in *International Review of the Red Cross*, No. 09, 1966.

una nuova arma, mezzo o metodo di combattimento il cui uso sia contrario al diritto internazionale.

Tra le norme di diritto umanitario, ve ne sono alcune che limitano i mezzi e i metodi di combattimento.

Il principio fondamentale è che la scelta dei mezzi di combattimento non è illimitata.

Storicamente esso si è venuto consolidando sin dalle prime Convenzioni di diritto umanitario ottocentesche.

Nel 1868 fu adottata la Dichiarazione sulla rinuncia all'uso, in tempo di guerra, di proiettili esplosivi di peso inferiore a 400 grammi, di San Pietroburgo⁵³, nel cui preambolo afferma che la civilizzazione ed il progresso dovrebbero consentire di alleviare il più possibile le calamità della Guerra, il cui unico fine dovrebbe essere quello di indebolire le forze militari del nemico. Pertanto a tal fine è sufficiente mettere fuori combattimento il maggior numero di individui e contrasterebbe con tale obiettivo l'impiego di armi che aggravano inutilmente le sofferenze dell'essere umano o ne rendono inevitabile la morte. Pertanto, l'impiego di armi di tal fatta sarebbe "*contrary to the laws of humanity*"⁵⁴.

Con le Convenzioni dell'Aia del 1899 e 1907, si ribadiva tale principio fondamentale⁵⁵.

La Dichiarazione annessa relativa all'uso di proiettili che si espandono o si schiacciano nel corpo umano (c.d. proiettili Dum Dum), ne proibiva l'uso, trattandosi di un munizionamento che rendeva la morte inevitabile⁵⁶.

Nel Regolamento della IV Convenzione dell'Aja 1907 si leggeva che "I belligeranti non hanno un diritto illimitato nella scelta dei mezzi per nuocere al nemico"⁵⁷.

Si arriva, con I Protocollo addizionale del 1977, a ribadire che "il diritto delle Parti in conflitto di scegliere mezzi e metodi di guerra non è illimitato" (art. 35).

È vietato l'uso di armi che causano mali superflui e sofferenze inutili (*superfluous injury or unnecessary suffering*) o che hanno effetti indiscriminati.

Tale norma è finalizzata da un lato alla protezione di coloro che non partecipano o non partecipano più alle ostilità, la categoria dei c.d. *hors de combat*, alla luce del fatto che le ostilità dovrebbero svolgersi esclusivamente tra combattenti. In diritto umanitario protegge dagli effetti negative delle stesse chiunque non vi partecipi direttamente, come i civili, i prigionieri di guerra, i feriti, malati e naufraghi⁵⁸.

Inoltre dall'altro la norma protegge i combattenti. Lo scopo della condotta delle ostilità è

⁵³ Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Saint Petersburg, 29 November/11 December 1868, entrata in vigore in pari data, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/st-petersburg-decl-1868>.

⁵⁴ Vi si legge:

«*Considering:*

That the progress of civilization should have the effect of alleviating as much as possible the calamities of war;

That the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy;

That for this purpose it is sufficient to disable the greatest possible number of men;

That this object would be exceeded by the employment of arms which uselessly aggravate the sufferings of disabled men, or render their death inevitable;

That the employment of such arms would, therefore, be contrary to the laws of humanity (...)».

⁵⁵ V. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/st-petersburg-decl-1868>.

⁵⁶ Prodotti a Dum Dum in India, da cui prendono il nome, tali proiettili esplodono nel corpo umano dopo esservi penetrate, non lasciando scampo per la sopravvivenza. Hague Declaration concerning Expanding Bullets in reaction to the development of the so-called "dum-dum" bullet for use in military rifles, annex to 1899 Hague Conventions, https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule77#refFn_BAA8276_00001.

⁵⁷ IV Convenzione dell'Aja concernente le leggi e gli usi della guerra terrestre e regolamento annesso, aperta alla firma il 18.10.1907, entrata in vigore il 26.01.1910, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907>. L'Italia ne è firmataria ma non contrante. Il contenuto è tuttavia ritenuto corrispondente a quello di norme consuetudinarie, pertanto vincolante per tutti i membri della Comunità internazionale.

V. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, Giappichelli, 2022.

⁵⁸ La partecipazione diretta alle ostilità fa venir meno il diritto alla protezione. V. International Committee of the Red Cross, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009, <https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/en/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf>.

debilitare militarmente la controparte, ma non attaccare l'essere umano in quanto tale, provocando sofferenza alla persona ovvero danni permanenti alla salute⁵⁹.

Ciò rappresenta un bilanciamento tra i contrapposti principi di necessità militare ed umanità⁶⁰.

Le armi di istruzione di massa per definizione colpiscono indiscriminatamente, in quanto non consentono di distinguere i destinatari. Le armi biologiche, chimiche, nucleari, incluse quelle radiologiche, provocano un danno alla salute dell'essere umano, su larga scala, a prescindere dallo *status* di combattente. Per di più, non si limitano a metterlo fuori combattimento, ma provocano la morte o disabilità permanenti.

Sono, pertanto, da ritenersi in contrasto con entrambi i principi fondamentali del diritto dei conflitti armati che regolano la scelta dei mezzi e metodi di combattimenti, in quanto producono sia effetti indiscriminati, sia mali superflui e sofferenze inutili alla persona.

Un caso emblematico è quello delle *armi nucleari*.

Gli aspetti patogeni sugli esseri viventi prodotti da tale tipologia di arma possono essere devastanti.

Esse colpiscono tramite l'esposizione a radiazioni ionizzanti. Se la dose è massiccia si verifica una patologia da irradiazione, con necrosi del tessuto e possibile morte immediata. Se la dose è minore, provoca mutazioni, ciò determina possibili evoluzioni a lungo termine, come lo sviluppo di neoplasie se sono colpite cellule somatiche oppure anomalie ereditarie se sono colpite cellule germinali e la mutazione può essere trasferita alla prole⁶¹. Gli effetti pertanto possono riguardare anche le future generazioni, andando ben al di là delle finalità e della durata del conflitto armato.

Per quanto riguarda le armi nucleari, più nello specifico, la Corte internazionale di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi in occasione del Parere reso sulla liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari del 1996⁶².

La Corte ha riaffermato che la proibizione dell'uso di mezzi e metodi di combattimento tali da causare mali superflui o sofferenze inutili è uno dei "*cardinal principles*" del diritto internazionale umanitario⁶³.

Sul loro impiego, la Corte ha chiarito che *«the use of nuclear weapons would be generally contrary to the principles and rules of IHL»*, soggiungendo anche che sussiste un obbligo per gli Stati di portare avanti negoziati per arrivare al disarmo nucleare.

Alla luce della prassi più recente, una tematica da analizzare è relativa alle evocate distinzioni tra varie (presunte) tipologie di armi nucleari: strategiche, operative, tattiche.

Sarebbe sottesa alla distinzione anche l'assoggettabilità a differenti regimi giuridici.

In particolare, taluni Stati menzionano come lecita la possibilità di utilizzare armi nucleari *tattiche*.

Nel corso del conflitto armato tra Russia e Ucraina, la Russia ha invocato ricorrentemente la possibilità di usare armi nucleari c.d. tattiche⁶⁴, mentre la Corea del Nord ha testato missili balistici con testate nucleari⁶⁵, evocando entrambi la possibilità di un conflitto nucleare possibile e alle porte.

In primo luogo, nella prassi non si riscontra univocità di vedute sull'asserita distinzione in varie categorie.

⁵⁹ V. Preambolo della Dichiarazione di San Pietroburgo.

⁶⁰ Nel preambolo della seconda convenzione dell'Aia del 1899 la clausola c.d. Martens riassume il principio di umanità. "*(...)the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity and the dictates of public conscience.(...)*" 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, entrata in vigore il 4.9.1900, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-ii-1899>.

⁶¹ B. BASELET, P. SONVEAUX, S. BAATOUT, *et al.* «*Pathological effects of ionizing radiation: endothelial activation and dysfunction*», *Cell. Mol. Life Sci.* 76, 699-728 (2019).

⁶² International Court Of Justice, *Legality of the use by a state of nuclear weapons in armed conflict (Nuclear Weapons case)*, *Advisory Opinion of 8 July 1996*, <https://www.icj-cij.org/case/95>.

⁶³ ICJ, *Nuclear Weapons case*, *Advisory Opinion*, cit., § 238.

⁶⁴ <https://www.aljazeera.com/news/2024/5/22/russia-starts-tactical-nuclear-drills-near-ukraine-border#:~:text=Tactical%20nuclear%20weapons%2C%20also%20known,uncertainty%20about%20the%20exact%20figures.>

⁶⁵ <https://www.bbc.com/news/articles/ckgry8rpnz4o>.

Nella dottrina NATO⁶⁶, le armi nucleari strategiche sono definite quelle di scala intercontinentale (superiore ai 5500 km), ma in certi contesti potrebbero abbracciare anche i missili balistici a gittata intermedia o anche più bassa.

Sono contemplate anche le armi nucleari “sub-strategiche”, di portata intermedio-bassa o inferiore, generalmente su vettore aereo.

L’approccio statunitense appare sostanzialmente in linea con quella dell’Alleanza⁶⁷.

Nella dottrina militare russa, le armi nucleari sono state qualificate come strategiche, se a portata superiore ai 5500 km, non strategiche se inferiore. Tra queste si distingue ulteriormente tra armi nucleari operative e tattiche.

Queste ultime sarebbero in gradi di ingaggiare bersagli entro i 300 km, le operative fino a 500 km.

La dottrina russa⁶⁸, recentemente rivisitata⁶⁹, consentirebbe alla Federazione di usare le armi nucleari come rappresaglia in caso di attacchi nucleari subiti o di attacchi convenzionali che minaccino la sovranità e integrità territoriale propria o della Bielorussia.

Nell’ottica francese, invece l’arma sarebbe qualificabile come strategica se il suo uso o la minaccia dell’uso possono essere decisi soltanto dalla massima Autorità dello Stato⁷⁰. Pertanto, la qualificazione inerente la natura strategica sarebbe riconducibile alla funzione di deterrenza che ne consente la detenzione. Tale ultima ricostruzione connessa all’aspetto funzionale piuttosto che a quello tecnico appare più coerente.

In ogni caso, appare fortemente opinabile l’evocazione di regimi giuridici diversi per le armi nucleari di diversa categoria per vari motivi.

In primo luogo in nessuno dei testi normativi giuridicamente vincolanti al livello internazionale appare presente tale distinzione, né pare esservi una prassi diffusa in tal senso nella comunità internazionale.

In secondo luogo gli effetti provocati dall’arma nucleare e la natura intrinseca di dispositivo che colpisce indiscriminatamente ne rendono l’uso contrario ai principi del diritto umanitario in ogni caso.⁷¹ Pertanto, ad avviso di chi scrive, difficilmente potrebbe ritenersi ammissibile un uso lecito di un’arma nucleare qualificata come tattica.

⁶⁶ *Glossary of Contemporary Political and Military Terms* 1-26, <https://www.nato.int/docu/glossary/eng-nuclear/eng-app3.pdf>.

⁶⁷ <https://www.reachingcriticalwill.org/resources/fact-sheets/critical-issues/5443-tactical-nuclear-weapons>.

⁶⁸ <https://europeanleadershipnetwork.org/commentary/bluff-and-bluster-why-putin-revised-russias-nuclear-doctrine/>

⁶⁹ <http://en.kremlin.ru/events/president/news/75598>; <https://ilbolive.unipd.it/index.php/it/news/societa/russia-stati-uniti-hanno-aggiornato-loro-dottrine>.

⁷⁰ <https://www.nato.int/docu/glossary/eng-nuclear/eng-app3.pdf>.

⁷¹ «Any use of nuclear weapons, however “limited” or “tactical”, would have wide-ranging and catastrophic humanitarian consequences. There is no way to use a nuclear weapon without causing widespread civilian injury, loss of life, and severe environmental damage. A single nuclear detonation would likely kill hundreds of thousands of civilians and injure many more; radioactive fallout could contaminate large areas across multiple countries. Studies and analyses over many years by UN agencies and the International Committee of the Red Cross have consistently found that there could be no effective humanitarian response following the use of a nuclear weapon. Medical and emergency response capacities would be immediately overwhelmed, exacerbating the already massive number of casualties. Widespread panic would trigger mass movements of people and severe economic and social disruption.

Multiple detonations would be much worse, killing millions of people and injuring tens or hundreds of millions, causing devastating environmental damage, and triggering climate change and global famine. A study published in *Nature Food* in August 2022 found that even a limited, regional nuclear conflict could lead to the deaths of over 2 billion people».

V. https://www.icanw.org/icc_and_nuclear_weapons.

4. Responsabilità internazionale dello Stato e crimini di guerra per l'uso di armi di distruzione di massa

Occorre chiedersi quali siano le conseguenze correlate all'uso delle armi nucleari e, più in generale, della armi di distruzione di massa.

Sotto il profilo della responsabilità dello Stato per atti internazionalmente illeciti, non vi è dubbio, che vi sia un obbligo sostanziale di non impiegarle, né, a seconda dei regimi descritti per le varie tipologie, detenerle. Pertanto è configurabile una violazione di un obbligo convenzionale nel caso in cui si contravvenga a tale divieto. Per quanto riguarda l'uso delle armi di distruzione di massa, esso discende non soltanto da norme pattizie ma anche dal diritto internazionale generale, per cui si può affermare che ha assunto una portata universale⁷².

Sotto il profilo della responsabilità penale individuale, è d'uopo vagliare preliminarmente se l'impiego di un'arma di distruzione di massa integri la fattispecie di un crimine internazionale.

Attualmente un punto di partenza per l'analisi può essere lo Stato di Roma, istitutivo della Corte penale internazionale⁷³.

Ai sensi dello Statuto, l'uso di armi di distruzione di massa, chimiche o biologiche, è esplicitamente citato nello Statuto, mentre non è espressamente contemplato l'uso di armi nucleari.

L'art. 8 dello Statuto prevede come crimini di guerra nei conflitti armati internazionali (art. 8 lett. b, xvii-xx) l'uso di veleno ed armi avvelenate; di gas velenosi, asfissianti o di altro tipo; di pallottole che si espandono o schiacciano nel corpo umano, come quelle il cui involucro è incompleto o interrotto da incisioni; di armi, munizioni e materiali e metodi di combattimento tali per natura (*"which are of a nature to"*) da causare mali superflui o sofferenze inutili o intrinsecamente indiscriminati in violazione del diritto internazionale dei conflitti armati, dato che essi sono oggetto di specifica proibizione.

Con un emendamento del 2017⁷⁴ è stato inoltre aggiunto un riferimento al divieto di uso di agenti microbici, biologici e simili, tanto per i conflitti armati internazionali che per quelli interni.

In linea con la sostanziale equiparazione, sotto il profilo del diritto internazionale generale, delle norme sulla limitazione dei mezzi e metodi di combattimento applicabili ai conflitti armati internazionali e a quelli interni, anche la criminalizzazione delle condotte procede di pari passo.

Nel diritto sostanziale le norme sulle armi sono rinvenibili per lo più, ma non soltanto, in relazione ai conflitti armati internazionali, ma sono ritenute applicabili anche alla condotta delle ostilità nei conflitti armati di carattere non internazionale per identità di *ratio*, sulla base di una prassi conforme degli Stati, che ha dato vita a una norma consuetudinaria corrispondente.⁷⁵

Per i conflitti armati di carattere non internazionale, ai sensi dello Statuto della Corte penale internazionale (art. 8 lett. e, xiii-xviii), sono considerati crimini internazionali l'uso di veleno ed armi avvelenate; di gas velenosi, asfissianti o di altro tipo e tutti gli analoghi liquidi, materiali e dispositivi ; di pallottole che si espandono o schiacciano nel corpo umano, come quelle il cui involucro è incompleto o interrotto da incisioni; di armi che usano agenti microbici o altri agenti biologici o tossine, a prescindere dalle modalità di produzione.

Inoltre sia per i conflitti armati internazionali sia per quelli interni è stato criminalizzato l'uso

⁷² V. ICRC, International Humanitarian Law Databases, Rule 70 "Weapons of a Nature to Cause Superfluous Injury or Unnecessary Suffering", https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule70#refFn_112DB659_00012.

Per il Comitato internazionale della Croce Rossa, vige la seguente norma consuetudinaria "*The use of means and methods of warfare which are of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering is prohibited.*"

⁷³ *Rome Statute of the International Criminal Court*, adottato e aperto alla firma a Roma il 17 luglio 1998, entrato in vigore il 1° luglio 2002, 1 July 2002, No. 38544 <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf>. Lo stato aggiornato delle ratifiche è consultabile all'indirizzo https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en.

⁷⁴ Giusta emendamento "weapons which use microbial or other biological agents, or toxins", sono stati aggiunti all'art. 8 i paragrafi (2) (b) (xxvii) - (xxix) e 2 (e) (xvi) -(xviii) con risoluzione ICC-ASP/16/Res.4 del 14 dicembre 2017. V. C.N.116.2018.TREATIES-XVIII-10, 8 marzo 2018; https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII10-d&chapter=18&clang=_en.

⁷⁵ V. <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule70#title-3>.

di armi il cui scopo primario è causare danni con frammenti non rilevabili ai raggi X, di armi laser finalizzate a causare cecità o diminuzione della vista⁷⁶.

Nello Statuto non compaiono riferimenti espliciti alle armi nucleari⁷⁷.

Tuttavia il loro impiego, come è stato condivisibilmente osservato, potrebbe rappresentare un crimine di guerra riconducibile a varie fattispecie di carattere generale dello Statuto.⁷⁸

Ad esempio, la natura indiscriminata dell'attacco potrebbe violare la previsione dell'art. 8 lett. b (i) che vieta di attaccare intenzionalmente la popolazione civile, oppure quella dell'art. 8 lett. b (iv) che criminalizza l' «*intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated*».

Per loro natura gli attacchi nucleari, come sopra esposto, producono effetti di lunga durata.

Inoltre, in certe circostanze potrebbe essere valutata la riconducibilità ai crimini contro l'umanità di cui all'art. 7 dello Statuto stesso⁷⁹.

In precedenza, nell'esperienza dei tribunali internazionali penali *ad hoc*, per la ex Jugoslavia⁸⁰ e per il Ruanda⁸¹, vi erano parimenti riferimenti in merito alla criminalizzazione dell'uso delle armi di distruzione di massa. Nello Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, l'art. 3, menzionava, ad esempio, l'«*employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering*».

L'impiego di armi indiscriminate può essere ricondotto comunque alla violazione della norma che vieta di attaccare la popolazione civile. Pertanto, viene in rilievo, ad esempio, l'art. 3 dello Statuto del Tribunale penale per il Ruanda che include tra i crimini contro l'umanità l'omicidio «*when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds*»⁸².

Occorre, tuttavia, dare atto del fatto che alcuni Stati, rientranti nella categoria di quelli militarmente nucleari ai sensi del TNP, hanno espresso un esplicito dissenso in merito alla riconducibilità dell'uso delle armi nucleari ai crimini di guerra in base allo Statuto della Corte penale internazionale.

La Francia ha asserito⁸³ che dal suo punto di vista l'art. 8 dello Statuto sui crimini di guerra non può proibire o compromettere l'uso delle armi nucleari o di altre armi, necessario alla Francia per esercitare il suo diritto alla legittima difesa, a meno che non ne sia previsto un bando totale⁸⁴. Pertanto, la Francia, alla luce di tale dichiarazione, ritiene esclusa l'applicabilità nei suoi confronti

⁷⁶ I riferimenti a tali ultime categorie di armi sono stati aggiunti con emendamenti del 2018. Per l'emendamento "weapons the primary effect of which is to injure by fragments undetectable by x-rays in the human body", v. C.N.125.2018.TREATIES-XVIII-10, 8 marzo 2018; https://treaties.un.org/PAGES/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-e&chapter=18&clang=_en.

Per l'emendamento "blinding laser weapons", v. C.N.126.2018.TREATIES-XVIII-10, 8 marzo 2018; https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-f&chapter=18&clang=_en.

⁷⁷ AG. BERSAGEL, "Use of nuclear weapons as an international crime and the Rome Statute of the International Criminal Court", in G. NYSTUEN, S. CASEY-MASLEN, AG. BERSAGEL, eds. *Nuclear Weapons under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 221-244.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ In tal senso v. https://www.icanw.org/icc_and_nuclear_weapons.

⁸⁰ *Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)*, 25 May 1993, adottato dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite con Risoluzione 827/1993 e annesso al Report del Segretario generale dell'ONU. UNSC, Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), UN Doc. S/27504 (3 May 1993), https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf.

⁸¹ *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)*, 8 Novembre 1994, adottato con Risoluzione 955 (1994) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ed annesso alla stessa, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/icttr-statute-1994>.

⁸² W.H. BOOTHBY, W. HEINTSCHEL von HEINEGG, *Nuclear Weapons Law. Where Are We Now?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 169 s., doi.org/10.1017/9781009052634.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Interpretative declaration made by France on ratification of the Rome Statute on 9 June 2000, para. 2. UN Treaty Collection, Status of Treaties, Chapter XVIII, No. 10.

delle previsioni dello Statuto relative ai crimini di guerra in caso di uso delle armi nucleari.

Di analogo tenore è stata la posizione espressa dal Regno Unito all'atto della ratifica dello Statuto di Roma⁸⁵. Ha richiamato la dichiarazione resa in relazione alla ratifica del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra⁸⁶, precisando che, a suo avviso, lo Statuto della Corte, nella misura in cui riflette le norme del I Protocollo menzionato, non può ritenersi applicabile alle armi nucleari.

Allo stato attuale non si riscontra una posizione dell'Italia in merito, tendo conto anche del fatto che non ha ancora ratificato gli emendamenti che hanno introdotto il riferimento alle armi biologiche⁸⁷.

La riconducibilità a un crimine di guerra dell'uso delle armi di distruzioni di massa e di quelle nucleari rappresenta una tendenza emergente, rispetto alla quale si sono levate poche voci di dissenso nella Comunità internazionale. Appare, pertanto, come una delle prossime sfide da realizzare pienamente.

⁸⁵ Declaration made by the United Kingdom on ratification of the Rome Statute on 4 October 2001, UN Treaty Collection, Status of Treaties, Chapter XVIII, No. 10.

⁸⁶ UK statement (a) made on ratification of API on 28 January 1998 and reproduced in the Commentary accompanying Rule 64.

⁸⁷ Per lo stato aggiornato v. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII10-d&chapter=18&clang=_en.

I criteri di valutazione della tenuità del fatto di reato militare: disciplina, continuità dell'azione amministrativa, disobbedienza e limiti al sindacato della Corte di Cassazione

The evaluation criteria for military offenses of minor significance: discipline, continuity of administrative action, disobedience, and limits to the oversight of the Court of Cassation

Roberto Galasso¹

Abstract: La fisiologica interferenza tra i principi della disciplina e l'efficienza del servizio militare, illumina i criteri del giudizio in ordine alla particolare tenuità del fatto, nella prospettiva della costante dialettica tra la qualità militare professionale del soggetto attivo del reato (militare) e il disvalore della condotta. In una simile prospettiva, diviene centrale la valutazione compiuta nel giudizio di merito, occorrendo circoscrivere, con un certo rigore, l'ambito di operatività del sindacato di legittimità della Corte di Cassazione (pur risultato maggiormente esteso, alla luce delle recenti riforme in materia) tenuto conto, peraltro, della particolare composizione e specializzazione del giudice militare e dell'impossibilità, allo stato, di riproporle, compiutamente, nel giudizio innanzi alla Corte.

Abstract: The physiological interference between discipline principles and the military service efficiency, illuminates the criteria of judgment in order to the low level of the offence, in the perspective of the constant dialectic between professional military quality and crime disvalue. In this perspective, it becomes central the judgment on the fact and it is necessary to delimit, with a certain rigor, the scope of the Court of Cassation's judgment (although more extensive result, in the light of recent reforms in this field) taking into account, however, the particular composition and specialization of the military judge and the impossibility, at the moment, to fully present them in the judgment in front of Cassation.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il giudizio sulla tenuità del fatto, con riferimento ai reati militari. – 3. Ordine militare, disobbedienza e discontinuità dell'azione amministrativa: i parametri di valutazione della tenuità. – 4. Limiti al sindacato della Corte di Cassazione in ordine alla particolare tenuità del fatto.

1. Introduzione

Intorno al delicato equilibrio tra esigenze di buon andamento e principio di libertà, sul terreno della specificità dell'Amministrazione militare, si innesta il dibattito intorno ai margini di operatività, nel settore, di istituti giuridici, sostanziali e processuali, di portata generale, concepiti, innanzitutto, nella prospettiva del soddisfacimento di obiettivi deflativi, quali, ad esempio, la c.d. sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (art. 168 *bis* c.p.) e l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 *bis* c.p.).

Non pare, infatti, che qualunque percorso risocializzante possa rivelarsi idoneo a determinare il reinserimento del militare nel suo specifico contesto di appartenenza (soprattutto alla luce della sempre più diffusa inconsistenza dei programmi trattamentali predisposti dagli uffici di esecuzione penale esterna, ulteriormente gravati dalle ricadute dell'allargamento della messa alla prova a nuove fattispecie di reato e della valorizzazione delle pene sostitutive, nella cornice della c.d. Riforma Cartabia).

D'altra parte, la valutazione della tenuità del fatto non può prescindere dalla qualifica dell'imputato, nella prospettiva di un più severo sindacato in ordine a quelle condotte connotate da

¹ Magistrato e Dottore di ricerca.

una plurioffensività, intrinsecamente considerata dal legislatore per le fattispecie speculari a quelle di diritto comune e caratterizzate (in termini specializzanti) dalla qualità militare dell'imputato (come accade per la truffa, ad esempio) laddove non può dubitarsi che la specialità trovi il proprio fondamento nella peculiare posizione del soggetto attivo rispetto alla persona offesa dal reato, tenuto conto dei valori ispiratori dell'attività militare e dell'aggiunta, alla lesione dei beni comuni, di un pregiudizio per i principi della fedeltà, della difesa, della disciplina e del servizio.

In una simile prospettiva – pur senza trascurare la finalità deflativa delle riforme relative al giudizio di legittimità innanzi alla Suprema Corte e del progressivo allargamento delle maglie del suo sindacato, nella direzione di una progressiva riduzione dei casi di Cassazione con rinvio² – non sembra potersi trascurare la centralità della fase di merito nel giudizio penale militare, laddove la specializzazione del giudice professionale e la peculiare composizione del collegio dibattimentale (con l'affiancamento ai due togati, di un giudice militare estratto a sorte tra gli ufficiali di grado almeno pari a quello dell'imputato) paiono rispondere all'esigenza – avvertita dal legislatore – di garantire un'adeguata conoscenza dell'organizzazione dell'Amministrazione militare e, con essa, un controllo giurisdizionale più efficace sulla correttezza del servizio.

2. Il giudizio sulla tenuità del fatto, con riferimento ai reati militari

Ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, anche in considerazione della condotta susseguente al reato, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale³.

Si è osservato, in proposito, come la norma di cui all'art. 131 *bis* c.p. «concernente l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, prende in considerazione reati rispetto ai quali non difetti alcuno degli elementi costitutivi, ritenuti non punibili perché irrilevanti in base ai principi di proporzione ed economia processuale, e si riferisce anche ai reati di pericolo, senza distinguere tra pericolo astratto o pericolo concreto, sicché non si pone un problema di inoffensività del fatto ma di irrilevanza dello stesso»⁴.

Viene in rilievo, a ben vedere, una causa di esclusione della punibilità (arg. ex art. 131 *bis* c.p.) connessa alla rinuncia alla sanzione penale, a fronte delle offese esigue, alla luce dei «principi di proporzione e di sussidiarietà del diritto penale» e, in tal senso, «pur a fronte di un fatto di reato, antigiuridico e colpevole, si consente al giudice, per la sua scarsa rilevanza offensiva, di escludere la punibilità del soggetto agente»⁵.

In via del tutto preliminare, deve considerarsi che le modalità della condotta o l'esiguità del danno o del pericolo, richiamate dall'art 131 *bis* c.p., vadano comunque valutate ai sensi dell'articolo 133, co. 1 c.p. (anche in considerazione della condotta susseguente al reato) e che pertanto occorra tenere in debito conto la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, oltre che la gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato e la intensità del dolo o il grado della colpa.

Orbene, basterà considerare – senza per questo scivolare nel paradigma di un'inammissibile colpa d'autore – come, in effetti, le cause di servizio rappresentino, già a monte, presupposto di

² Nel sostituire la lettera *l*) dell'art. 620 c.p.p., l'art. 1 comma 67, l. 23 giugno 2017, n. 103, ha previsto tra l'altro che la Corte di Cassazione possa «rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito», annullando senza rinvio la decisione impugnata in ogni caso in cui «ritiene di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto». In argomento, cfr. A. NAPPI, *La rideterminazione della pena nel giudizio di Cassazione tra legittimità e merito*, in *Sistema penale*, 2024.

³ Prima delle modifiche di cui al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, il limite di pena era fissato in misura non superiore nel massimo a cinque anni. Cfr., inoltre, Corte Cost., 21 luglio 2020, n. 156, la quale, prima della novella, ha dichiarato l'illegittimità, per violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 131 *bis* nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva.

⁴ Cass. pen. 01 marzo 2017, n. 10005.

⁵ A. MARANDOLA, voce «Particolare tenuità del fatto», in *Dig. disc. pen.*, 2016, 508.

applicabilità di alcune delle norme incriminatrici previste dal c.p.m.p. (ai sensi dell'art. 199 c.p.m.p., le disposizioni dei capi terzo e quarto – relative ai reati aventi ad oggetto l'insubordinazione e l'abuso di autorità - non si applicano quando alcuno dei fatti da esse preveduto sia commesso per cause estranee al servizio e alla disciplina militare, fuori dalla presenza di militari riuniti per servizio e da militare che non si trovi in servizio o a bordo di una nave militare o di un aeromobile militare) sicché le modalità dell'azione difficilmente potranno esprimere un disvalore minimo che sottragga la condotta ad una valutazione di gravità⁶.

La contrapposizione al precetto penale – come anticipato – nella quasi totalità dei casi integrerà anche l'illecito disciplinare, considerata, peraltro, la corposa regolamentazione in materia e, in una simile prospettiva, l'intensità del dolo raramente potrà considerarsi blanda, anche alla luce del costante indottrinamento del militare, in via diretta o anche riflessa, sotto tale ultimo profilo non risultando trascurabile l'efficacia istruttiva della stessa appartenenza ad una comunità "chiusa", organizzata intorno a principi di gerarchia e disciplina, espressi in ogni momento relativo all'organizzazione e all'esecuzione del servizio.

Così come – per le declinazioni colpose dei più gravi reati di danneggiamento (riconducibili al "disastro" aviatorio e navale su tutti) – l'elevato grado addestrativo dei militari che se ne rendano autori, difficilmente risulterà compatibile con la colpa lieve, considerata, in particolare, la portata dell'evento di danno cui si riferisce la norma penale (la distruzione o il sabotaggio di opere militari colposo di cui all'art. 167 ult. co. c.p.m.p., ad esempio).

Allo stesso modo, risulterà, frequente – in ragione della plurioffensività dei reati militari e dell'intrinseca idoneità lesiva delle condotte criminose rispetto ai principi del servizio e della disciplina – l'esposizione dell'Amministrazione al rischio emulativo e alla portata destabilizzante di comportamenti in contrapposizione ai doveri di fedeltà e alle regole della gerarchia⁷.

D'altra parte, l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili (...).

In una simile prospettiva, allora, occorre chiedersi se non assurga – nella maggior parte dei casi almeno – ad abietto o futile il motivo che abbia determinato un militare a delinquere⁸, considerata la sua formazione professionale e la sua provenienza da un contesto in cui la disciplina assume un tale rilievo da implicare sempre (generalmente all'esito di quello penale) l'attivazione di un procedimento disciplinare di natura amministrativa.

In tal senso, non sembra potersi trascurare neppure l'indicazione proveniente dalla stessa norma, laddove operando una presunzione assoluta di non tenuità dell'offesa, per talune categorie di reati comuni - quali i delitti di violenza o minaccia ad un pubblico ufficiale (art. 336 c.p.); di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.) e di oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341 *bis* c.p.) quando il fatto è commesso nei confronti di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni – finisce per escludere l'operatività della speciale causa di non punibilità in relazione a fattispecie previste dal codice penale militare, in

⁶ In argomento, cfr. V. SANTORO, *La causa estranea al servizio e alla disciplina militare nella struttura dei reati di insubordinazione ed abuso di autorità (articolo 199 C.p.m.p.)*, in questa *Rivista*, 2023, 2, 29, come «pur con qualche perplessità si ritiene che debba essere preferita la tesi che, ancora una volta, non opera alcuna frattura tra le componenti della speciale presunzione di attinenza del fatto a servizio e disciplina e che conseguentemente richiede la necessità che l'agente sia consapevole che la presenza della pluralità di militari trovi la sua causa nel servizio da essi svolto. Tale conclusione sembra più coerente con la specifica natura, funzione e ratio del requisito in esame, che, ulteriore fonte di qualificazione del fatto nei termini di reato contro il rapporto gerarchico, trova la sua ratio nella circostanza, non tanto nel fatto oggettivo della pluralità di militare, ma nel fatto che essi si trovano in quel posto per ragioni di servizio. Ed è questo servizio che può essere messo a repentaglio dal rischio di emulazione; ed è quindi questo servizio che imprime al fatto, privo in sé di ulteriori connessioni con servizio e disciplina, i caratteri di un fatto lesivo delle relazioni gerarchico-disciplinari».

⁷ Non a caso rileva che la commissione del fatto sia avvenuta innanzi a due o più militari.

⁸ E, d'altra parte, nel reato di diffamazione (comune e militare) la punibilità è esclusa laddove, fermi i limiti della continenza, sia provata la verità dei fatti attribuiti al pubblico ufficiale, operando la c.d. *exceptio veritatis*, escludendosi, in tali casi, la natura futile delle dichiarazioni che possano valere ad offendere il prestigio ed il decoro del militare.

rapporto di specialità, anche reciproca, con quelle di diritto comune (quali l'insubordinazione con minaccia o ingiuria; la minaccia o ingiuria ad inferiore o la forzata consegna).

Peraltro, se le richiamate norme di diritto penale comune, tutelano il buon andamento della pubblica amministrazione, sanzionando le condotte idonee a condizionarne l'operato (anche eventualmente svilendone la dignità) risulta quantomeno dubbia l'esistenza di reati militari privi della medesima capacità offensiva, in relazione a beni giuridici omogenei a quelli tutelati dalle corrispondenti fattispecie (quanto, poi, al delitto di peculato militare, di cui all'art. 215 c.p.m.p. - anche alla luce della sua piena sovrapponibilità al peculato comune, ex art. 314 c.p. - e al delitto di rivolta, di cui all'art. 174 c.p.m.p., il d.lgs 10 ottobre 2022, n. 150, con il suo articolo 76 co.1, è intervenuto ad escludere, espressamente, l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p.).

Inoltre, ai sensi del terzo comma vi è abitudine quando l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

La Cassazione⁹, in proposito, ha osservato come sia «la continuazione che la permanenza non sono aspetti in sé ostativi rispetto all'applicazione della causa di non punibilità in questione».

Ed invero «la permanenza, sempre se cessata (...) risulta connotata dalla persistenza nel tempo della condotta, e non dalla reiterazione, sicché non è riconducibile nell'alveo del comportamento abituale che preclude l'applicazione di cui all'art. 131-*bis* c.p.».

Nello stesso tempo, però, essa «impone una attenta valutazione con riferimento alla configurabilità della particolare tenuità dell'offesa, la cui sussistenza è tanto più difficilmente rilevabile quanto più a lungo si sia protratta la permanenza».

Del pari, con riferimento alla continuazione, occorre «valutare, anche in ragione del suo inserimento in un contesto più articolato, se la condotta sia stata espressione di una situazione episodica, se la lesione all'interesse tutelato dalla norma sia comunque minimale e, in definitiva, se il fatto nella sua complessità sia meritevole di un apprezzamento in termini di speciale tenuità».

In una simile prospettiva, la sistematica violazione delle consegne, consistente, ad esempio, nella quotidiana interruzione del servizio per effettuare soste brevi, al fine di soddisfare esigenze private, può assumere rilievo ostativo ai fini del riconoscimento della causa di non punibilità in parola, considerato che un tale comportamento finisce per esprimere una sostanziale contrapposizione all'azione di comando, nella direzione di una autogestione incompatibile con i principi della gerarchia¹⁰.

⁹ V. Cass. pen., 18 ottobre 2021, n. 37645.

¹⁰ Nella richiamata pronuncia, la Suprema Corte osserva come «alla luce delle superiori coordinate mentre la condotta del singolo corruttore, pur nell'ambito della continuazione e considerando il relativo contesto anche temporale, può anche dar conto di una non sistematicità del relativo agire criminale, ad una soluzione opposta può legittimamente pervenirsi in relazione al corrotto che, in un arco temporale non indifferente (le plurime dazioni indebite si sono estese in un arco temporale compreso tra i mesi di aprile e giugno del 2014), abbia ricevuto, sulla base di ripetuti patti illeciti, reiterati versamenti indebiti da parte di soggetti corruttori diversi: nel caso, infatti, tanto legittima, limitatamente al solo soggetto corrotto, quel giudizio di sistematicità della condotta illecita (non tanto per la reiterata pluralità delle dazioni quanto per la diversa fonte soggettiva di provenienza) utile ad impedire l'applicabilità della causa di non punibilità in esame sotto il versante della abitudine ostativa».

3. Ordine militare, disobbedienza e discontinuità dell'azione amministrativa: i parametri di valutazione della tenuità

Nell'adombrata prospettiva della specifica caratterizzazione dei reati militari, ancor più complessa risulta la valutazione relativa alla sussistenza della particolare tenuità del fatto di disobbedienza previsto dall'art. 173 c.p.m.p., ai sensi del quale «il militare, che rifiuta, omette o ritarda di obbedire a un ordine attinente al servizio o alla disciplina, intimatogli da un superiore, è punito con la reclusione militare fino a un anno (...)».

In via del tutto preliminare, deve osservarsi come, in dottrina, si assista ad una netta contrapposizione tra gli autori che – anche alla luce della collocazione sistematica del reato di disobbedienza tra quelli contro la disciplina militare, di cui al libro secondo, titolo terzo del codice penale militare di pace – individuano il bene giuridico tutelato dalla norma nella disciplina, la quale assurgerebbe a «valore-fine dell'ordinamento militare», ritenuta anche la «valenza strumentale della subordinazione rispetto allo scopo medesimo» e, in tal senso, assumerebbe rango costituzionale, «a prescindere dalla circostanza che i fatti incidano o meno sul piano delle attività militari» e coloro i quali, invece, obiettano che «la disciplina riceve soltanto una indiretta tutela costituzionale e ciò rende doveroso selezionare i doveri attinenti alla dipendenza gerarchica e sottoporre a protezione penale soltanto quelli che abbiano uno stretto collegamento con le esigenze del servizio»¹¹.

Orbene, laddove si ritenesse che il bene giuridico tutelato sia rappresentato dalla disciplina, la disobbedienza rilevarebbe in quanto tale ed indipendentemente dall'incidenza dell'inosservanza sull'esecuzione di un servizio (a prescindere, quindi, dal concreto pregiudizio per il servizio, risultando sufficiente, ai fini della configurazione del reato, la mera ed astratta attinenza ad esso dell'ordine violato).

È pur vero che, nell'alveo del principio di legalità dell'azione amministrativa e della tendenziale inidoneità vincolante dell'atto amministrativo non conforme alla norma primaria, sembrerebbero assurgere ad elementi distonici l'insindacabilità dell'ordine militare¹² e la rilevanza

¹¹ In questo senso, V. SANTORO, *Della disobbedienza*, in *Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano-Giuffrè, 2001, 371 ed *ivi* riferimenti, il quale passa in rassegna i vari orientamenti. E, così, nella prospettiva della natura assorbente della disciplina, v., in particolare, P. NUVOLONE, *Valori costituzionali della disciplina militare e sua tutela nel codice penale militare e nelle nuove norme di principio*, in questa *Rivista*, 1979, 21 ss. Secondo L. GATTO, *Disobbedienza: il rifiuto, ragionevolmente motivato, di eseguire l'ordine è coerente con l'oggettività della tutela*, in questa *Rivista*, 1994, 248 ss., invece, la disciplina presenterebbe valenza ancillare rispetto al servizio, anche nell'ottica della rilevanza del buon andamento dell'azione amministrativa. Cfr. anche D. BRUNELLI, G. MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, 1998, 437-438.

In continuità con una simile impostazione, nella direzione di una valorizzazione dell'ordine pubblico militare, quale condizione minima di esistenza di quella parte dell'ordinamento militare che coincide con l'organizzazione militare, cfr. B. PELLEGRINO, G. ROSIN, *Brevi note in tema di riforma della legislazione penale militare e sostanziale*, in questa *Rivista*, 1978, 64; R. Maggiore, *Temi di diritto e procedura penale militare*, Roma, 1976, 25 ss.; B. PELLEGRINO, *Ordine pubblico e dovere di fedeltà nel sistema penale comune e militare con particolare riferimento ai reati di sedizione*, in questa *Rivista*, 1979, 97 ss.; A. ROMEO, *Considerazioni in tema di ordine pubblico militare e comune*, in questa *Rivista*, 1979, 401 ss.; D. BRUNELLI, voce *Reati contro la disciplina militare*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1987, 1224 ss.

¹² Cfr., in proposito, le disposizioni contenute nell'art. 1349, del d.lgs 15.3.2010, n. 66 (Codice dell'Ordinamento militare), ai sensi del quale «gli ordini devono, conformemente alle norme in vigore, attenere alla disciplina, riguardare le modalità di svolgimento del servizio e non eccedere i compiti di istituto. Il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i superiori» nonché le disposizioni di cui all'art. 729 d.P.R. 15 marzo 2010, n. 90 (Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246) secondo cui « il militare deve eseguire gli ordini ricevuti con prontezza, senso di responsabilità ed esattezza, nei limiti stabiliti dal codice e dal regolamento, nonché osservando scrupolosamente le specifiche consegne e le disposizioni di servizio. In particolare egli deve: a) astenersi da ogni osservazione, tranne quelle eventualmente necessarie per la corretta esecuzione di quanto ordinato; b) obbedire all'ordine ricevuto da un superiore dal quale non dipende direttamente, informandone quanto prima il superiore diretto; c) far presente, se sussiste, l'esistenza di contrasto con l'ordine ricevuto da altro superiore; obbedire al nuovo ordine e informare, appena possibile, il superiore dal quale aveva ricevuto il precedente ordine. Il militare al quale è impartito un ordine che non ritiene conforme alle norme in vigore deve, con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni, ed è tenuto a eseguirlo se l'ordine è confermato. Secondo quanto disposto dalle norme

penale della relativa disobbedienza, sancita dall'art. 173 c.p.m.p., anche laddove lo stesso risulti affetto da illegittimità (sempre che essa non si risolva in un manifesto invito a delinquere).

Va, però, osservato come anche nella diversa prospettiva della centralità del servizio – quale bene-fine tutelato dall'art. 173 c.p.m.p. - «la necessità di un intervento duttile e sollecito, che consenta alla Pubblica Amministrazione di provvedere all'utile gestione delle sopravvenienze, a tutela di interessi di rango costituzionale (nella prospettiva, peraltro, della valorizzazione del principio di continuità dell'azione amministrativa e di stabilità dei rapporti giuridici), sembra assurgere a valore prevalente nell'organizzazione dello Stato sociale, quale criterio di risoluzione delle antinomie, normalmente determinate dal consolidamento degli effetti prodotti dall'atto amministrativo illegittimo eppure non caducabile, ove non impugnato entro lo stretto termine decadenziale di sessanta giorni, né tantomeno annullabile (se viziato) o revocabile (se inopportuno) in autotutela, se non in un tempo ragionevole, tenuto conto dell'affidamento ingenerato nei terzi e/o comunque sussistendo determinate condizioni individuate dalla legge»¹³.

In una tale cornice risulta, invero, capovolgere il rapporto tra autore e destinatario dell'atto, la legalità muovendosi da parametro di valutazione dell'azione amministrativa a criterio di giudizio della condotta di chi abbia ricevuto l'ordine.

È stato già osservato come «nella faticosa ricerca di un equilibrio tra i costi ed i benefici generati dall'antinomia giuridica, diviene tollerabile – in quanto volta ad assicurare l'ordine militare e le riflessa tempestività dell'azione difensiva – persino la violazione delle norme penali, laddove la condotta del militare risulti conforme all'ordine gerarchico ricevuto (in quanto, appunto, insindacabile) a condizione, naturalmente, che la relativa esecuzione non costituisca manifestamente reato (operando, eccezionalmente, la scriminante di cui all'art. 51, comma 4, c.p.)»¹⁴.

Sebbene, infatti, l'art. 1349 del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'Ordinamento Militare) ribadisca la necessaria conformità a legge degli ordini militari («gli ordini devono, conformemente alle norme in vigore, attenersi alla disciplina, riguardare le modalità di svolgimento del servizio e non eccedere i compiti di istituto») l'art. 729, D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90 (Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, a norma dell'art. 14 della L. 28 novembre 2005, n. 246) che lo integra – «nell'adombrata prospettiva di una crescente attenzione per l'efficienza dell'azione amministrativa – prevede non solo che “il militare deve eseguire gli ordini ricevuti con prontezza, senso di responsabilità ed esattezza, nei limiti stabiliti dal codice e dal regolamento” ma anche che “il militare al quale è impartito un ordine che non ritiene conforme alle norme in vigore deve, con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni, ed è tenuto a eseguirlo se l'ordine è confermato» risultando ammissibile ed anzi doverosa la disobbedienza, soltanto qualora l'ordine risulti “manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o se la relativa esecuzione costituisce comunque manifestamente reato», gravando, in tal caso, su di esso «il dovere di non eseguire l'ordine e informare al più presto i superiori»»¹⁵.

D'altra parte, anche in giurisprudenza, è stato ribadito come «l'art. 173 cod. pen. mil. pace tutela l'esigenza di assicurare il corretto funzionamento dell'apparato militare a mezzo dell'osservanza dell'ordine impartito dal superiore gerarchico, per cui il diritto-dovere del militare di non ottemperarvi è limitato al caso, esplicitamente indicato dall'art. 4, comma 4, della L. 11 luglio 1978, n. 382 in cui tale comando “sia manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisca comunque manifestamente reato”»¹⁶.

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

¹³ R. GALASSO, *Profilassi vaccinale illegittima e limiti al sindacato sull'ordine militare relativo alla somministrazione: reato di disobbedienza e principio di continuità amministrativa*, in *L'Indice penale*, 2023, 3, 49.

¹⁴ *Ivi*, p. 51.

¹⁵ *Ivi*, p. 50, in nota.

¹⁶ In tal senso, Cass. pen., 27 gennaio 2012, n. 3339, in *CED Cassazione*, 2012, la quale si è espressa in un caso in cui il militare, più volte “comandato” (e da più superiori gerarchici) di recarsi all'Ospedale militare di Torino, per la visita di idoneità obbligatoria, rifiutava pervicacemente di sottoporsi a visite mediche. La Corte ha osservato, a fronte

Va, in proposito, osservato come in questa direzione sembrerebbe forse condurre lo stesso art. 173 c.p.m.p., laddove, al suo secondo comma – attribuendo alla manifestazione della disobbedienza, nell’ambito di un servizio, rilevanza ai fini della previsione di un minimo edittale, non previsto per la fattispecie base di cui al primo comma (in particolare stabilendo che se il fatto è commesso in servizio la reclusione militare è da sei mesi a un anno) – parrebbe finire per valorizzare, al suo primo comma, maggiormente il vincolo della disciplina, sia pur nella prospettiva di assicurare in potenza (e non già in atto) attraverso la relativa tutela, il buon andamento dell’Amministrazione militare e la corretta predisposizioni del servizio, evidentemente esposto al rischio di una compromissione, ogniqualvolta il rapporto gerarchico venga messo in discussione (sempre che lo stesso non si risolva in un abuso di autorità, del tutto scollegato dall’esigenza di gestione del servizio stesso). In tal senso, verrebbe in rilievo, a ben vedere, un reato di pericolo presunto.

Nel tracciato quadro ordinamentale, a ben vedere, anche aderendo all’orientamento che maggiormente valorizza il servizio quale bene giuridico tutelato dalla norma, quindi, il giudizio sulla tenuità del fatto di disobbedienza non può che assumere connotati di maggior rigore, considerato che, pur senza voler attribuire rilievo preminente al vincolo della disciplina in quanto tale, l’organizzazione dell’Amministrazione militare, la tempestività e l’efficienza della sua azione, risultano obiettivamente compromessi da stalli interlocutori tra ordine ed esecuzione, fondati su eventuali valutazioni, da parte del destinatario del comando, in merito all’evidenza della sua riconducibilità al servizio (*rectius* al buon servizio) sino a renderlo, di fatto (e *contra legem*) sindacabile¹⁷.

Ponendo mente ai criteri indicati dall’art. 133 co. 1 c.p. (come richiamato dall’art. 131 *bis* c.p., ai fini della valutazione della tenuità dell’offesa) non sembrerebbe, allora, potersi mai escludere – anche alla luce del rischio emulativo – la gravità del pericolo cagionato, in termini di discontinuità amministrativa, dalla condotta disobbediente, giacché ogni contrapposizione all’ordine, impartito nell’ambito di un servizio, compromette, potenzialmente, il buon andamento della pubblica amministrazione¹⁸.

D’altra parte, con riferimento al danno, non pare possibile predicarne l’esiguità, laddove la prestazione richiesta assuma i connotati dell’infungibilità (non potendosi provvedere alla sostituzione del militare che si sia sottratto all’esecuzione dell’ordine) per la sua natura strettamente personale (come accade, ad esempio, per le verifiche relative al suo stato di salute o per la presa visione delle note caratteristiche attinenti al giudizio valutativo del militare) o per la specifica competenza tecnica richiesta ai fini dell’esecuzione del servizio.

dell’allegazione, da parte dell’imputato, di un intento persecutorio dei superiori, come «la pretesa del subordinato di sindacare l’ordine impartito, nella specie quello di sottoporsi a visita medica in ragione di comportamenti devianti del militare onde formulare la valutazione di idoneità o inidoneità al servizio militare, che non è parificabile certo, quest’ultima, alle condizioni di salute che giustificano il trattamento sanitario obbligatorio, non è di sicuro prospettabile nel contesto particolare della disciplina militare». Ne consegue quindi che «per la realizzazione del reato in questione, è sufficiente il dolo generico – consistente nella consapevole volontà di rifiutare di obbedire ad un ordine, attinente al servizio, intimato dal superiore al di fuori dell’ipotesi, sopra indicata, in cui la legge eccezionalmente impone di disobbedire – esulando, per la giuridica esistenza dell’elemento psicologico del reato, qualsivoglia motivazione addotta dall’inferiore per giustificare tale suo comportamento; né detta situazione può ritenersi sintomatica – attesa la richiesta genericità del dolo – di mancanza del citato elemento soggettivo per l’irrelevanza, in tale ipotesi, dei motivi che hanno determinato la condotta del reo».

¹⁷ Più in generale, sull’applicabilità della causa di non punibilità di cui all’art. 131 *bis* c.p., ai reati militari, cfr. F.P. FASOLI, *L’applicabilità dell’art. 131-bis c.p. e di altre norme simili (artt. 49, cpv., c.p., 27 d.p.r. n. 448/1988 e 34 del d.lgs. n. 274/2000) ai reati militari con particolare riguardo ai delitti di disobbedienza, truffa militare, abbandono di posto/violata consegna ed insubordinazione*, in *Cass. pen.*, 2024, 10, 3243 ss.

¹⁸ Va, però, anche osservato come la pericolosità della condotta, non ne escluda necessariamente la tenuità. Ed infatti, ha osservato Cass. pen. Sez. Un. 06 aprile 2016, n. 13681, in *Giur. it.*, 2016, 7, 1729, con nota di R. BARTOLI, *Particolare tenuità del fatto - la particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, come, anche per i reati di pericolo (tra i quali, ad esempio, la guida sotto l’effetto di alcool e sostanze stupefacenti) «accertata la situazione pericolosa tipica e dunque l’offesa, resta pur sempre spazio per apprezzare in concreto, alla stregua della manifestazione del reato, ed al solo fine della ponderazione in ordine alla gravità dell’illecito, quale sia lo sfondo fattuale nel quale la condotta si iscrive e quale sia, in conseguenza, il concreto possibile impatto pregiudizievole rispetto al bene tutelato».

Quanto all'intensità del dolo, inevitabilmente, la relativa valutazione dovrà tenere conto anche della natura più o meno elementare e/o ripetitiva dell'ordine e della connessa sua pacifica riconducibilità alle ragioni del servizio (ciò valorizzando, peraltro, il comportamento serbato dal superiore nell'impartirlo) giacché, pur restandone ferma l'insindacabilità, la contrapposizione al comando risulterà maggiormente ripugnante laddove la comunicazione sia stata distesa, chiara, precisa e conforme alle precedenti e l'ordine apparentemente ragionevole.

Del pari, risulterà incompatibile con il riconoscimento della sussistenza della causa di non punibilità, la durata del rifiuto e/o la ripetuta opposizione del militare a fronte della continua sua reiterazione.

Quanto alla specie, all'oggetto, al tempo e al luogo dell'azione, non potrà prescindersi dalla valutazione del contesto entro il quale l'ordine sia stato impartito, assumendo, evidentemente, maggiore gravità il rifiuto o l'inerzia serbati nel corso (o in vista dell'organizzazione di) un'attività operativa o di un servizio predisposto per fronteggiare un'emergenza (come accaduto per i casi di omessa presentazione alle visite mediche per essere schierati in teatri operativi o per svolgere attività di medico di campo, durante la crisi pandemica).

4. Limiti al sindacato della Corte di Cassazione in ordine alla particolare tenuità del fatto

L'adombrata complessità dell'accertamento sotteso al riconoscimento della speciale causa di non punibilità, prevista dall'art. 131 *bis* c.p., non ne rende agevole il relativo inquadramento dogmatico.

Ed infatti, se da un lato non è in dubbio la sussistenza del fatto di reato e la rilevanza del relativo accertamento in altri giudizi¹⁹ (non a caso le sentenze di proscioglimento ai sensi dell'art. 131 *bis* devono essere iscritte per estratto nel casellario giudiziale²⁰) dall'altro, la valutazione, squisitamente discrezionale, in ordine alla sua gravità – pur ispirandosi a criteri omogenei a quelli richiamati dall'art. 133 c.p. - non incide sulla sola determinazione della pena, a monte, e delle relative diminuzioni connesse al riconoscimento delle attenuanti, a valle²¹, ma esclude, eccezionalmente, la punibilità.

¹⁹ Non a caso, ai sensi dell'art. 651 *bis* c.p.p., la sentenza penale irrevocabile di proscioglimento per particolare tenuità del fatto pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno. La stessa efficacia ha la sentenza irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto nel giudizio abbreviato, salvo che vi si opponga la parte civile che non abbia accettato il rito speciale.

²⁰ Ciò, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. f) del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, come modificato dal d.lgs 16 marzo 2015, n. 28. Va osservato, quanto al provvedimento di archiviazione (il pubblico ministero ben potendo porre a fondamento della propria richiesta la particolare tenuità del fatto) come anche quest'ultimo «deve essere iscritto nel casellario giudiziale, fermo restando che non ne deve essere fatta menzione nei certificati rilasciati a richiesta dell'interessato, del datore di lavoro e della Pubblica Amministrazione». In tal senso, Cass. pen. Sez. Un., 24 settembre 2019, n. 38954, in *Giur. It.*, 2020, 2, 426, con nota di R. CALANDRELLI, *Archiviazione ex art. 131 Bis c.p. e iscrizione a casellario giudiziario*. La Suprema Corte, in particolare, sottolinea come «il requisito del comportamento abituale – che esclude il riconoscimento della causa di non punibilità - esige un contesto che consenta la conoscibilità del nesso di serialità e conseguentemente la concretezza e l'immediata operatività dell'effetto ostativo. Effetti questi ultimi, possibili soltanto con la memorizzazione dei provvedimenti di applicazione dell'art. 131-*bis* c.p., ancorché non definitivi». D'altra parte, è in una simile prospettiva che risulta giustificata «la scelta di configurare, al comma 1-*bis* dell'art. 411 c.p.p., una speciale procedura che prevede la garanzia per l'indagato di accedere al contraddittorio qualora l'archiviazione venga richiesta in riferimento allo stesso art. 131-*bis*». Sussiste, infatti, l'interesse dell'indagato ad ottenere una formula più favorevole - ove ritenga ne sussistano i presupposti – anche al fine di non subire preclusioni al riconoscimento della speciale causa di non punibilità determinate dall'abitualità risultante da precedenti archiviazioni ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.

²¹ In argomento, cfr. M. RONCO, *Commento all'art. 133 c.p.*, aggiornato da M. LOMBARDO, in *Codice penale commentato*, www.leggiditalia.it, il quale sottolinea come non sembri che «il richiamo al principio del *ne bis in idem* sostanziale porti a escludere la possibilità della duplice valutazione» degli indici di cui all'art. 133 c.p.p. «sia per la concessione delle attenuanti generiche, sia per commisurare la pena». L' A. evidenzia che, «funzionando, infatti, come parametro generale per l'uso del potere discrezionale, gli indici di cui all'art. 133 possono essere presi in considerazione per l'applicazione di ogni singolo istituto, in relazione alla valenza che essi concretamente presentano. Se, pertanto, un

D'altra parte, è proprio alla luce di una simile valutazione di merito, richiesta ai fini del riconoscimento della causa di non punibilità, che «la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione prevale» sulla stessa, «in quanto, essa, estinguendo il reato, rappresenta un esito più favorevole per l'imputato, mentre la seconda lascia inalterato l'illecito penale nella sua materialità storica e giuridica»²².

Orbene, in considerazione della natura degli accertamenti connessi al riconoscimento della causa di non punibilità viene in rilievo il problema attinente ai limiti del sindacato, in materia, della Corte di Cassazione²³.

Sul punto, la Suprema Corte, ha osservato come ad essa spetti «una preliminare delibazione in ordine alla applicabilità in astratto sulla base degli elementi di giudizio disponibili alla stregua delle risultanze processuali e della motivazione della decisione impugnata. In caso di valutazione positiva, la sentenza impugnata deve essere annullata con rinvio al giudice di merito oppure annullata senza rinvio quando la restituzione del giudizio nella sede di merito risulta “superflua”»²⁴.

A ben vedere, il problema è quello di verificare in quali circostanze il giudizio di merito possa risultare superfluo.

In proposito, la Corte, richiamando un suo precedente orientamento, ha sottolineato come sia possibile «applicare direttamente, ai sensi dell'art. 620 c.p.p., comma 1, lett. l), la causa di non punibilità quando risulti palese dalla sentenza impugnata la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi formali della stessa, e un apprezzamento del giudice di merito che consenta di ritenere coerente la conclusione che il caso di specie debba essere ricondotto alla previsione di cui all'art. 131-*bis* cod. pen.».

Al riguardo, va osservato come l'art. 620 c.p.p., comma 1, lett. l), consenta alla Corte di Cassazione di adottare pronunzia di annullamento senza rinvio quando ritenga di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio.

determinato elemento attenuativo riveste, nel caso concreto, un ragguardevole spessore, nulla impedisce che esso sia preso in considerazione sia per commisurare la pena base verso il minimo edittale, sia per la concessione delle circostanze attenuanti generiche. Con ciò non è violato il principio del *ne bis in idem*, ma è attribuito all'indice tutto il valore espressivo di cui è capace, senza restrizioni illogiche».

²² In tal senso, v. Cass. pen. 11 aprile 2024, n. 15070.

²³ Sotto tale aspetto si è evidenziato, infatti, come sia «del tutto ovvio che la “incursione” legislativa di cui adesso si sta discutendo, e la sua improvvisa comparsa nello scenario applicativo, senza alcuna distinzione – ed attenzione – per lo “stato” o il “grado” dei processi in corso di trattazione, (ponga) evidenti problemi di compatibilità e adattamento normativo, proprio nei casi in cui la relativa domanda di declaratoria di non punibilità per irrilevanza penale del fatto (o anche la sua astratta rilevanza ex officio, circostanza che, per quel che sai dirà, non sembra affatto scontata) si innesti nel corpo - del tutto peculiare - rappresentato dal giudizio di legittimità». In tal senso, v. GAETA, MACCHIA, *Tra nobili assologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per “particolare tenuità del fatto”*, Cass. pen., 2015, 2614.

In proposito, osservano Cass. pen., sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50215, in Riv. pen., 2016, 310 e Cass. pen., 26 maggio 2015, n. 27055, in Giur. it., 2015, 1723 come in tali ipotesi sia necessario verificare, per un verso, se i segmenti decisori di merito contenuti nella motivazione della sentenza diano o meno prova inequivoca della sussistenza delle condizioni imposte per formulare il giudizio di particolare tenuità del fatto e, per l'altro, la sua concorrenza o meno con altre maturate cause di un possibile proscioglimento più favorevole all'imputato (si pensi all'intervenuta prescrizione). In dottrina, cfr. G. SPANGHER, *La prescrizione del reato prevale sulla particolare tenuità del fatto*, in Giur. it., 2015, 1726 ss., nonché A. MARANDOLA, voce “Particolare tenuità del fatto”, cit., che osserva «come sul tema un ruolo non secondario venga svolto tanto dall'ambigua natura della tenuità, quanto, come ha confermato di recente proprio la Cassazione, dai (ulteriori) limitati poteri cognitivi del giudice di legittimità». Ripercorrendo le evoluzioni giurisprudenziali, l'A. sottolinea come «sulla scorta di tale ultimo rilievo si è, inizialmente, affermato che in tal caso troverebbe operatività l'art. 623 c.p.p., ogniqualvolta dalla motivazione e/o dagli atti devoluti siano rappresentati indici significativi nel senso della possibile sussunzione del fatto nell'ipotesi di particolare tenuità, che dovranno essere valutati dal giudice di rinvio» mentre «successivamente, la prevalente parte della Cassazione, ha ammesso l'applicazione della nuova disciplina e la possibilità di una declaratoria immediata da parte della stessa Corte ogniqualvolta, sulla scorta del ricorso proposto e dei motivi aggiunti presentati, essa sia in grado di formulare quel giudizio, a mente degli artt. 609 e 620, 1° co., lett. l), c.p.p.».

²⁴ Cass. pen. Sez. Un. 06 aprile 2016, n. 13681, cit.

Orbene, poiché il riconoscimento della speciale causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p.p., postula una valutazione in fatto, prima ancora che in diritto, la superfluità richiamata dall'art. 620 c.p.p. verrebbe in rilievo soltanto quando dalla stessa motivazione della sentenza possa evincersi che il giudice di merito, pur avendo considerato, ai fini della decisione, la ricorrenza di elementi in grado di sostenere il giudizio di tenuità del fatto (ad esempio, ai fini della determinazione della pena o del riconoscimento delle attenuanti) abbia, però, omesso di rilevare la sussistenza della causa di non punibilità o l'abbia esclusa.

In particolare, «va considerato che la valutazione sulla particolare tenuità del fatto richiede l'analisi e la considerazione della condotta, delle conseguenze del reato e del grado della colpevolezza» e richiama, pertanto, «ponderazioni che sono parte ineliminabile del giudizio di merito e che sono conseguentemente espresse in motivazione, magari in guisa implicita».

In una simile prospettiva, quindi, non risulterebbe snaturata la portata del giudizio di legittimità, in quanto la Corte si limiterebbe ad applicare la norma di cui all'art. 131 *bis* c.p., sulla base delle risultanze del processo di merito, espressive dei caratteri cui la disposizione riconnette il riconoscimento della causa di non punibilità.

Si tratta, in altri termini, «di accertare, cioè, se la fattispecie concreta è collocata entro il modello legale espresso dal nuovo istituto» e, per questa via, di rilevare, anche d'ufficio, la sussistenza di una causa di non punibilità assimilabile alle cause di proscioglimento previste dall'art. 129 c.p.p.

A ben vedere, allora – sebbene alla Corte sia riconosciuto il potere di rilievo officioso della causa di non punibilità – le condizioni per tale sindacato, in concreto, sarebbero da rinvenire in un vizio o in un'omissione della motivazione. Se, infatti, il presupposto di tale giudizio è da rinvenire nella completezza dell'istruttoria sul punto e nella stessa valorizzazione (sia pur ad altri fini) da parte del giudice *a quo*, degli elementi rilevanti ai fini di cui all'art. 131 *bis* c.p., è allora chiaro che la decisione di merito impugnata debba essere considerata contraddittoria o lacunosa laddove escluda o trascuri la sussistenza della causa di non punibilità.

Coerentemente con una tale impostazione, più di recente la Corte ha osservato come «nei casi in cui risulti palese dalla sentenza impugnata la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi formali della causa di non punibilità e vi sia e un apprezzamento del giudice di merito che consenta di ritenere coerente la conclusione che il caso di specie debba essere ricondotto alla previsione di cui all'art. 131 *bis*, la Corte di Cassazione può applicare direttamente la disposizione (C., Sez. IV, 16.9-1.10.2020, n. 27241)»²⁵.

D'altra parte – come più sopra adombrato - le modalità della condotta o l'esiguità del danno o del pericolo, richiamate dall'art 131 *bis* c.p., vanno comunque valutate ai sensi dell'articolo 133, co. 1 c.p. (anche in considerazione della condotta susseguente al reato) e, pertanto, è ben possibile che il giudice di merito abbia valutato la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, oltre che la gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato e la intensità del dolo o il grado della colpa, ai fini della determinazione della pena, senza, però, valorizzarli ai fini del riconoscimento della speciale causa di non punibilità.

Il margine di intervento della Cassazione, quindi, sembrerebbe dover essere confinato alle sole ipotesi in cui – pur compiute tutte le valutazioni di merito, sia pur nella diversa prospettiva del riconoscimento di un'attenuante o della determinazione della pena, il giudice *a quo* abbia trascurato o persino escluso la rilevanza di quegli stessi elementi, in termini di tenuità ai fini della non punibilità. Peraltro, in entrambi i casi, il sindacato della Suprema Corte risulterebbe ammissibile laddove, nei passaggi motivazionali della decisione, il giudice di merito abbia comunque valorizzato circostanze di rilievo, anche ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.

Non pare che, invece, in mancanza di una motivazione espressiva della valutazione più o meno esplicita di tali elementi, la Suprema Corte possa sostituirsi al giudice di merito, attingendo al

²⁵ Ai fini della rilevanza della causa di esclusione della punibilità nel giudizio di legittimità, costituiscono elementi significativi sia le specifiche valutazioni espresse in sentenza dal giudice di merito circa l'offensività della condotta, sia l'applicazione della pena in misura pari al minimo edittale. Cfr. Cass., 1 luglio 2015, n. 33821 e Cass., 17 aprile 2015, n. 22381.

compendio probatorio che innanzi ad esso si sia formato, la fonte di conoscenza del sindacato di legittimità dovendosi rinvenire nella stessa sentenza impugnata.

Nello stesso senso, laddove il giudice del merito si sia espresso, in modo esplicito, sull'insussistenza delle condizioni per il riconoscimento della causa di non punibilità, difficilmente potrà immaginarsi uno spazio per il rilievo officioso da parte della Corte di Cassazione, se non veicolato dal sindacato relativo alla contraddittorietà della stessa motivazione, diversamente verificandosi un'ingerenza del giudice di legittimità nell'apprezzamento del fatto, appannaggio del giudice di merito.

Ciò premesso, ponendo mente ai criteri più sopra indicati, ai fini della valutazione della tenuità dell'offesa, non sembrerebbe, allora, potersi mai escludere – anche alla luce del rischio emulativo – la gravità del pericolo cagionato, in termini di discontinuità amministrativa, dalla condotta disobbediente, giacché ogni contrapposizione all'ordine, impartito nell'ambito di un servizio, compromette, potenzialmente, il buon andamento della pubblica amministrazione²⁶.

Laddove una simile circostanza sia stata adeguatamente valutata dal giudice di merito, che ne abbia dato conto in motivazione, non sembra, quindi che la Cassazione possa sovrapporre ad essa una propria diversa ponderazione degli stessi elementi, finendo, altrimenti, per trasformare in un terzo grado di merito il giudizio di legittimità.

Con specifico riferimento ai margini di operatività della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di disobbedienza, di cui all'art. 173 c.p.m.p., la Cassazione ha recentemente ribadito come «il tema della decisione è (...) quello di una valutazione in concreto del possibile pregiudizio arrecato all'andamento del servizio dalla condotta di inottemperanza all'ordine».

Tale valutazione, intorno «alla rilevanza e offensività della condotta, ai fini di cui all'art. 131-*bis* cod. pen.», che «va parametrata alle circostanze di fatto in cui si è verificata la violazione», deve, tuttavia, risultare limitata ad un'indagine intorno «alla “incidenza” dell'ordine violato, quantomeno in prospettiva, sulla regolarità ed efficienza del servizio (secondo il giudizio prognostico prima richiamato)»²⁷.

Non sembra, però, possano rientrare, in una simile valutazione, circostanze affatto estranee allo specifico segmento amministrativo vulnerato dall'*impasse* generata dall'inosservanza del comando ricevuto e rilevanti, semmai, sotto il profilo dell'intensità del dolo.

Laddove, ad esempio, il militare, convocato a rapporto, rifiuti di conformarsi all'ordine di interrompere la registrazione della conversazione (vietata, in luoghi militari, per ragioni di sicurezza) nel frattempo dallo stesso dichiaratamente avviata²⁸ – a parte ogni considerazione in relazione all'eventuale natura ridondante del comando, se confermativo di un divieto normativamente già posto, e alla connessa insussistenza del reato di disobbedienza – il sospetto, più o meno fondato, che nel corso di quel confronto i superiori proveranno ad esercitare, su di lui, indebite pressioni per

²⁶ Va, però, anche osservato come la pericolosità della condotta, non ne escluda necessariamente la tenuità. Ed infatti, ha osservato Cass. pen. Sez. Un., 06 aprile 2016, n. 13681, *cit.*, anche per i reati di pericolo (tra i quali, ad esempio, la guida sotto l'effetto di alcool e sostanze stupefacenti), secondo cui «accertata la situazione pericolosa tipica e dunque l'offesa, resta pur sempre spazio per apprezzare in concreto, alla stregua della manifestazione del reato, ed al solo fine della ponderazione in ordine alla gravità dell'illecito, quale sia lo sfondo fattuale nel quale la condotta si iscrive e quale sia, in conseguenza, il concreto possibile impatto pregiudizievole rispetto al bene tutelato».

²⁷ Così, Cass. 3 settembre 2024, n. 33369.

²⁸ V., al riguardo, *App. mil. Roma*, 9 novembre 2023, n. 54, la quale, confermando la sentenza di primo grado di *Trib. mil. Roma*, 28 marzo 2023, n. 14, ha esaminato il caso relativo alla condotta di un ufficiale dell'Esercito che - convocato dai suoi superiori diretti, per conoscere i contenuti (ai fini della prevista successiva istruzione dell'*iter* burocratico per il relativo inoltro) di una relazione che lo stesso aveva inviato al Superiore Comando, senza seguire la prevista procedura di trasmissione formale per il tramite della linea gerarchica – si era rifiutato, ripetutamente, di interrompere la fonoregistrazione del colloquio, così come ordinatogli dai superiori diretti, alla luce della circolare dello Stato Maggiore dell'Esercito, n. 2106/2019.

La Corte, in proposito, ha valorizzato l'incidenza negativa che la condotta aveva spiegato sulle esigenze, relative al servizio, che avevano determinato la convocazione dell'imputato da parte del superiore e che «sono state del tutto vanificate dalla reiterata volontà, pervicacemente dimostrata da quest'ultimo, di non dar corso a tale incontro se non a condizione di poter registrare i contenuti dello stesso». Il giudice dell'appello, ha sottolineato come «di fatto, l'incontro, a seguito del reiterato rifiuto di interrompere la registrazione, non aveva modo di svolgersi e il superiore non poteva espletare la procedura che aveva determinato la convocazione, in presenza, del prevenuto».

ottenere la ritrattazione dei termini di una denuncia sporta nei loro confronti, ventilando ipotesi ritorsive, potrà rilevare, semmai, in termini scriminanti, operando la legittima difesa, anche putativa (sempre che, per l'insussistenza di precedenti condotte analoghe, non debba escludersi l'attualità dell'offesa, a tutto vantaggio di un'inammissibile difesa preventiva) o, ancora, sotto il profilo dell'intensità del dolo, l'inosservanza fondandosi su ragioni di cautela piuttosto che sul mancato riconoscimento dell'autorità.

Né risulterebbe, d'altra parte, corretto invocare – ai fini del riconoscimento della speciale tenuità dell'offesa - gli eventuali effetti compensativi della condotta disobbediente (*compensatio lucri cum damno*). A parte ogni considerazione connessa al principio di separazione dei poteri, infatti, un simile sindacato giudiziale, finirebbe per invadere il merito amministrativo, non senza il rischio di un pericoloso scivolamento verso valutazioni ispirate alla c.d. ragion di Stato (non ritenendosi, ad esempio, di poter ancorare il riconoscimento della tenuità al buon servizio reso, *ex post*, dalla disobbedienza, in termini, ad esempio, di prevenzione e/o contenimento dell'iniziativa criminosa del soggetto dal quale promani l'ordine violato, qualora, quest'ultimo non costituisca esso stesso il mezzo della condotta).

Laddove, invece, l'ordine risultasse palesemente non attinente al servizio, la disobbedienza dovrebbe escludersi, *in nuce*, per insussistenza del fatto.

In una simile prospettiva, il giudice non potrà (senza neppure verificare la natura meramente pretestuosa della convocazione) porre a fondamento del giudizio sulla tenuità della compromissione del servizio - ai fini della cui corretta esecuzione l'ordine risultava impartito (e cioè la spedita interlocuzione con il militare convocato a rapporto, per motivi attinenti al servizio, compromessa dal rifiuto di interrompere una registrazione vietata) - gli effetti riflessi (eventualmente positivi) spiegati dalla condotta disobbediente sul buon andamento di un altro servizio (in termini, ad esempio, di esito fruttuoso dell'attività di indagine avviata dalla polizia giudiziaria, a seguito della segnalazione effettuata dal militare a carico dei suoi superiori, i cui contenuti siano rimasti ignoti ai denunciati proprio in ragione dell'interruzione della riunione con il segnalante, determinata dal suo rifiuto di interrompere la registrazione vietata).

A ragionare altrimenti, sarebbe il giudice (e non già la Pubblica Amministrazione) a comporre i diversi interessi coinvolti nel procedimento, attribuendosi (inammissibilmente) al suo insindacabile giudizio, l'individuazione di quello prevalente da realizzare, con grave pregiudizio, non soltanto per il principio di equilibrata ripartizione dei poteri tra i diversi organi costituzionali, ma anche per la continuità dell'azione amministrativa, compromessa dall'attribuzione, al militare, prima, e al giudice, poi, di un sindacato sull'ordine militare (tradizionalmente insindacabile),

Se, infatti, fosse riconosciuta, al militare, la facoltà di valutare in quali casi aderire o meno all'ordine (di interrompere, ad esempio, una registrazione) a seconda del fine più o meno meritevole che lo stesso si prefigga di realizzare, attraverso la condotta disobbediente, emergerebbe, con grave evidenza, il pericolo di neutralizzare, in modo assoluto, il principio di gerarchia e, con esso, il modello organizzativo dell'Amministrazione militare.

Non potrebbe, in tal senso, sostenersi la tenuità della condotta disobbediente sulla base dell'esito positivo del procedimento amministrativo avviato a seguito della segnalazione del militare che abbia denunciato i propri superiori, in quanto – a ragionare in una simile prospettiva – si finirebbe per trascurare gli stessi motivi per i quali fu convocato dai propri superiori (risultando apodittica l'affermazione di un mero sospetto in ordine alla loro volontà ritorsiva) e, con essi, il pregiudizio che il comportamento disobbediente abbia arrecato al servizio (ai fini della cui corretta esecuzione era stata valutata la necessità di interloquire con il militare, vanificata dal rifiuto di astenersi da registrazioni non consentite in ambienti militari)²⁹.

²⁹ In quest'ultimo senso sembra, invece, orientarsi, Cass. 3 settembre 2024, n. 33369 (di cui alla nota n. 26) la quale, annullando senza rinvio la sentenza di *App. mil. Roma*, 9 novembre 2023, n. 54 (su cui v. *supra*, in nota 27) ha osservato come «nella analisi dei profili di tenuità dell'offesa la Corte di secondo grado trascura del tutto la circostanza - niente affatto marginale - della esistenza di profili di "segretezza" della relazione di servizio redatta dal Cap. A.A., che costui - attraverso l'espedito della registrazione - intendeva proteggere».

In ogni caso, parrebbe forse che il sindacato della Suprema Corte, al riguardo, possa trovare spazio esclusivamente laddove, dal quadro probatorio venutosi a creare innanzi al giudice del merito, come tratteggiato nella stessa motivazione della sentenza impugnata, risulti, con una certa evidenza, la pretestuosità della convocazione, a monte, e quindi la minore gravità del rifiuto di interrompere la registrazione, in quanto, sostanzialmente, impeditivo di un'interlocuzione tra militari provocata a soli fini intimidatori e, dunque, di fatto estranei al servizio (ferma l'attinenza ad esso del più generale divieto di non utilizzare il telefono in luoghi riservati).

Al di fuori di queste ipotesi, sembrerebbe, dunque, precluso alla Cassazione un sindacato sulla tenuità della condotta, non risultando ammissibile una rivalutazione dei fatti che abbiano già costituito oggetto di un'articolata valutazione da parte del giudice del merito, così come desumibile dalla motivazione congrua della sentenza impugnata.

Ed invero, in una diversa prospettiva, non soltanto risulterebbe snaturato il sindacato della Suprema Corte, ma anche violato il principio di specialità della giurisdizione militare espresso dall'art. 103, co. 3 Cost., laddove l'apprezzamento di merito del giudice specializzato apparirebbe suscettibile di essere superato da quello del giudice (ordinario) di legittimità, diversamente costituito.

In proposito, la Suprema Corte, dopo aver sottolineato che lo stesso giudice del gravame aveva valorizzato – nella prospettiva dell'infondatezza delle allegazioni dell'imputato, in ordine al timore che lo aveva spinto a registrare – la circostanza alla luce della quale «la relazione di servizio del A.A. ha comunque “seguito il suo corso”», afferma come proprio «questo aspetto è di primaria importanza (...) al fine di sostenere la particolare tenuità del fatto». Secondo la Suprema Corte, «il tema della decisione è, infatti, quello di una valutazione in concreto del possibile pregiudizio arrecato all'andamento del servizio dalla condotta di inottemperanza all'ordine. E, su tale punto della regiudicanda, può affermarsi – sulla base dei fatti così come ricostruiti in sede di merito e senza necessità di rinvio – che il pregiudizio alla regolarità del servizio fu assolutamente marginale, posto che dalla mancata verbalizzazione delle dichiarazioni del A.A. (in occasione della convocazione oggetto di giudizio) non è sorta, anche ponendosi in via prognostica, una reale difficoltà di espletamento del servizio militare» dal momento che «la relazione inoltrata dal A.A. non sarebbe stata – per tale ragione – cestinata, come è puntualmente avvenuto».

Mission accomplished:
An analysis of the 34th International Conference of the Red Cross and Red Crescent's IHL-related outcomes

Missione compiuta:
Un'analisi delle risultanze relative al DIU della 34^a Conferenza Internazionale della Croce Rossa e Mezzaluna Rossa

Giulia Marcucci¹

Abstract: The 34th International Conference of the Red Cross and Red Crescent ended on 31 October 2024 in Geneva, with the adoption of five key resolutions aimed at guiding global humanitarian action to respond to the most pressing challenges. The present article focusses on the first two resolutions, which represent the main IHL outcomes of the International Conference thus falling within its mission of contributing to the respect for and development of this branch of international law. It provides an in-depth overview of Resolutions 1 and 2's main strengths and challenges, with a view of illustrating their unique relevance in terms of IHL implementation and development at this critical time.

Abstract: La 34^a Conferenza Internazionale della Croce Rossa e Mezzaluna Rossa si è conclusa a Ginevra il 31 ottobre 2024, con l'adozione di cinque risoluzioni chiave volte a guidare l'azione umanitaria globale per rispondere alle sfide più pressanti. Questo articolo si concentra sulle prime due risoluzioni, che rappresentano i principali risultati della Conferenza Internazionale in materia di DIU e rientrano nella sua missione di contribuire al rispetto e allo sviluppo di questa branca del diritto internazionale. Fornendo una panoramica approfondita dei principali punti di forza nonché delle sfide sollevate dalle Risoluzioni 1 e 2, l'obiettivo del presente contributo è di illustrare la loro rilevanza unica in termini di attuazione e sviluppo del DIU nel critico momento attuale.

Summary: 1. Introduction. – 2. Resolution 1 (34IC/24/R1): Building a universal culture of compliance with IHL. – 2.1. The controversial issue of the obligation to respect and ensure respect for IHL. – 3. Resolution 2 (34IC/24/R2): Protecting civilians from the humanitarian impact of ICT activities in armed conflict. – 3.1. The practice of dissociation from consensus. – 4. Conclusion.

1. Introduction

The International Conference of the Red Cross and Red Crescent (the International Conference) is the supreme deliberative body of the International Red Cross and Red Crescent Movement (the Movement), where, every four years, the High Contracting Parties to the Geneva Conventions – 196 States – come together with the components of the Movement – 191 National Societies as of today, the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC) and the International Committee of the Red Cross (ICRC) – to discuss key matters of humanitarian concern and to make joint commitments².

It is one of the largest humanitarian fora in the world and unique for its non-political nature, as it provides Movement components with the same voice as States. It generally aims to contribute to the respect and development of international humanitarian law (IHL), improve the safety and dignity of individuals by strengthening relevant legal and policy frameworks, foster relationships and

¹ Humanitarian Advocacy Officer, Italian Red Cross. The present contribution was written by the author in her personal capacity and does not necessarily reflect the views of the Italian Red Cross.

² Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement, Art. 8, available at <https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/en/assets/files/other/statutes-en-a5.pdf>.

synergies among participants and, ultimately, shape the global humanitarian agenda for the following four years³.

It takes decisions in the form of resolutions, which are normally adopted by consensus⁴ and are considered the main outcomes of the International Conference. In addition, participants can also make voluntary commitments on specific issues in the form of pledges, which serve the purpose of enhancing cooperation among them and strengthening dialogue with public authorities on priority issues at stake. They can be submitted individually or jointly by two or more participants, and can be either specific, meaning not open for additional signatures, or open for signature to all participants willing to support and commit to the same cause.

Resolutions do not normally fit into the category of legally binding instruments *per se*, imposing new legal obligations on States; however, it is widely acknowledged that they play an important role in IHL, as well as in other relevant branches of international law.⁵ Indeed, when they express particular interpretations or positions on international law issues, they may serve as evidence of the *opinio juris* of States and reflect States' subsequent practice.⁶ Additionally, participants to the International Conference are encouraged to ensure that they are effectively implemented and are requested to report back on the status of their implementation through voluntary reporting.

This year, from 28 to 31 October, the 34th International Conference entitled “Navigate Uncertainty – Strengthen Humanity” took place in Geneva. It was shaped by three main thematic pillars: i) Building a global culture of respect for IHL; ii) Standing by the Movement's Fundamental Principles in responding to humanitarian needs and risks; iii) Enable sustainable, locally led action.⁷ Against the backdrop of an increasingly polarized world, the 34th International Conference ended with the successful adoption of five key resolutions related to the above-mentioned pillars and aimed at guiding global humanitarian action to respond to pressing challenges⁸.

The present contribution will focus on the first two of such resolutions – Resolution 1 (34IC/24/R1) entitled “Building a universal cultural of compliance with IHL” and Resolution 2 (34IC/24/R2) entitled “Protected civilians and other protected persons and objects against the potential human cost of ICT activities during armed conflict” – both relating to the first pillar of the 34th International Conference and representing its main IHL outcomes. By providing an in-depth overview of some of the main strengths, opportunities and challenges relating to the adopted texts of these resolutions, which are the results of approximately one year of intense consultations and negotiations among Movement components and States, the ultimate aim of this article is that of showing their unique relevance in terms of IHL implementation and development at this critical time.

³ For general information about the International Conference, see <https://rcrcconference.org/about/>. On the “uniqueness” of its character, see also T. NATOLI, *The 33rd International Conference of the Red Cross and Red Crescent (2019)*, in *Yearbook of International Disaster Law Online*, 2(1), pp. 383-392, available at https://doi.org/10.1163/26662531_00201_017.

⁴ On the adoption of resolutions at the International Conference, see Rules of Procedure of the International Red Cross Red Crescent Movement, Rule 19, available at <https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/en/assets/files/other/statutes-en-a5.pdf>.

⁵ On the International Conference and its resolutions' role in other branches of international law, i.e. disaster law, see T. NATOLI, *op. cit.*

⁶ See K. MAČÁK, *The First Humanitarian ICT Resolution: Ambitions and Limitations*, in *EJIL: Talk!*, 25 November 2024, available at <https://www.ejiltalk.org/the-first-humanitarian-ict-resolution-ambitions-and-limitations/>.

⁷ For the agenda of the 34th International Conference, see <https://rcrcconference.org/app/uploads/2024/10/34IC-Provisional-Agenda-EN.pdf>.

⁸ For the final texts of the adopted resolutions, see <https://rcrcconference.org/about/34th-international-conference/documents-34th-international-conference/#official-documents>. There is also a 6th Resolution on the “Implementation of the Memorandum of Understanding and Agreement on Operational Arrangements dated 28 November 2005 between Magen David Adom in Israel and the Palestine Red Crescent Society”, which however only endorses the related resolution adopted at the Council of Delegates.

2. Resolution 1 (34IC/24/R1): Building a universal culture of compliance with IHL

As stressed in the background document of this Resolution prepared by the ICRC⁹, armed conflicts take a terrible toll on affected people; however, it is a reality that when IHL is respected, lives are saved and a certain level of human dignity is preserved. Indeed, by focusing on protecting people affected by armed conflicts through rules and principles that uphold basic human values, “IHL has stood the test of time”¹⁰. This is particularly relevant to highlight in a year that marks the 160th anniversary of the First Geneva Convention of 1864, that is to say the birth of modern IHL treaty-making, as well as the 75th anniversary of the adoption of the Geneva Conventions of 1949. At the same time, it is also a reality that the human cost of many of today’s armed conflicts is still too high and compliance with IHL remains insufficient. Accordingly, the international community needs to do more in order to ensure that IHL is effectively implemented: it is indeed widely recognized that implementing IHL at the national level is an essential step towards achieving better respect for it.

Members of the International Conference have consistently shown commitment in enhancing domestic implementation of IHL, as demonstrated by the several resolutions adopted on the topic in the past decades.¹¹ Particularly, the Resolution entitled “Bringing IHL home: A road map for better national implementation of international humanitarian law” (Bringing IHL home)¹², which was adopted at the previous International Conference held in 2019, provides a blue print on how States, with the support of National Societies and the ICRC, where relevant, can strengthen national IHL implementation, by setting out an array of legal and practical measures to be undertaken and taking into account the role that relevant actors can play, i.e. armed forces, civil servants, parliamentarians, judges and National IHL Committees¹³.

Resolution 1 (34IC/24/R1) entitled “Building a universal cultural of compliance with IHL”¹⁴, which was adopted at the last International Conference, is thus a follow up to the “Bringing IHL home” Resolution as it fully reaffirms the relevance of effective national implementation and dissemination of IHL towards ensuring better respect for it on the ground. It also takes the form of an *omnibus* Resolution, which reiterates some of the “traditional” measures that can be taken by States and Movement components and which were already included in the previous Resolution, such as the integration of IHL into military doctrine and training, while reinforcing others and providing additional ones.

For instance, operative paragraph 6 (OP 6) strongly reaffirms the special role that “relevant individuals involved in military and civilian legal and judicial processes”, i.e. judges and prosecutors, can play in stopping and preventing the recurrence of IHL violations, thus encouraging States, with the support of the ICRC and National Societies, to provide them with the necessary training in order

⁹ ICRC, *Building a universal culture of compliance with international humanitarian law: Background document*, 34IC/24/9.1, September 2024, available at https://rcrcconference.org/app/uploads/2024/09/34IC_9.1-Background-Doc-IHL-EN.pdf.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ See e.g.: Resolution XXVI of the 20th International Conference, *Repression of violations of the Geneva Conventions*; Resolution V of the 25th International Conference, *National measures to implement international humanitarian law*; Resolution I of the 26th International Conference, *International humanitarian law: From law to action, report on the follow-up to the International Conference for the Protection of War Victims*; Resolution 1 of the 27th International Conference, *Adoption of the Declaration and the Plan of Action*; Resolution 1 of the 28th International Conference, *Adoption of the Declaration and Agenda for Humanitarian Action*; Resolution 3 of the 30th International Conference, *Reaffirmation and implementation of international humanitarian law: Preserving human life and dignity in armed conflict*; Resolution 2 of the 31st International Conference, *4-year action plan for the implementation of international humanitarian law*; Resolution 1 of the 33rd International Conference, *Bringing international humanitarian law home*.

¹² See full text here: https://rcrcconference.org/app/uploads/2019/12/33IC-R1-Bringing-IHL-home_CLEAN_ADOPTED_FINAL-171219.pdf. After the adoption of this Resolution, the ICRC has also produced a comprehensive guideline on how States and National Societies can work together to implement the latter at the national level, entitled “*Bringing IHL home: Guidelines on the national implementation of international humanitarian law*”, May 2021, available at https://www.icrc.org/sites/default/files/document/file_list/bringing_ihl_home_web.pdf.

¹³ National IHL Committees are entities that advise and assist governments in implementing and spreading knowledge of IHL. For more information, see <https://www.icrc.org/en/document/national-committees>.

¹⁴ See full text here: https://rcrcconference.org/app/uploads/2024/11/34IC_R1-IHL-EN.pdf.

to strengthen their capacity to apply and interpret IHL domestically. Of course, this would first require for States like Italy – that have not yet fully done so – to fulfil their obligations under the Geneva Conventions and Additional Protocol I to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, war crimes referred to as “grave breaches”, as well as to take measures to suppress all acts contrary to the Geneva Conventions, possibly by punishing the commission of a list of war crimes going beyond that of grave breaches¹⁵.

Similarly, OP 7, acknowledging the important role played by National IHL Committees in different contexts in assisting the respective national authorities in the implementation, development and dissemination of IHL, strengthens the encouragement already provided for in the “Bringing IHL home” Resolution – for States that have not yet done so – to establish such Committees. Additionally, it invites States who already have such Committees to enhance their capacity to provide recommendations to national authorities on areas that would need to be further developed at the national level in order to increase respect for IHL. Linked to this, a novelty was introduced in OP 8, which for the first time explicitly encourages States to consider drafting voluntary reports on their domestic implementation of IHL, when appropriate with the support of their National IHL Committees, National Societies or the ICRC, or to update already existing ones. Voluntary reports are indeed valuable tools to showcase the work done within a State to incorporate applicable legal obligations into relevant domestic legislation and systems, present good practices in this regard and identify areas where further action is needed¹⁶. A very positive example in this regard has been set, among others, by Italy, which published its first voluntary report¹⁷ in November 2023, drafted under the aegis of the Italian National IHL Committee¹⁸, of which the Italian Red Cross is also a member. Such report immediately proved to have a concrete impact in the national context. Among the conclusions of the report, the need for an updated Military Manual on International Law applicable to Military Operations was highlighted, considering that the current one dates back to 1991. This led the Italian Ministry of Defense to establish by Decree a working group tasked to draft such Manual.

Moreover, OP 9 adds a specific emphasis on the need to disseminate IHL in education, therefore targeting especially young generations as they will be the decision-makers of tomorrow, starting from the primary education.

Lastly, the true novelty of Resolution 1 is represented by OP 10, which can also be considered as one of its most important paragraphs. It contains a list of both negative and positive measures that States are asked to undertake in order to promote compliance with IHL by other States, such as refraining from encouraging, aiding or assisting IHL violations by other States, refraining from transferring weapons if there is an expectation that such weapons would be used to violate the Conventions¹⁹, convincing parties to armed conflict to put an end to such violations, helping States build their capacity to implement IHL through the development of military doctrine, training and mentoring, assisting States in establishing or strengthening their National IHL Committees, among

¹⁵ See G. BARTOLINI, L. DI GIANFRANCESCO, *Il recepimento e la repressione dei crimini di guerra negli ordinamenti interni*, in I. CARACCILO, S. LA PISCOPIA, U. MONTUORO (eds.), “Nuove guerre e antichi crimini. Riflessioni giuridiche sul recepimento in Italia delle norme sui crimini di guerra”, *Rassegna della Giustizia Militare*, Supplement 1, n. 3/2023, available at <https://portalegiustiziamilitare.difesa.it/risorse/10806/f5964f64-d4b5-4e07-976d-954c1a46915d.pdf>. To know more about recent developments on the codification of war crimes in Italy, see G. MARCUCCI, *Towards a more progressive codification of war crimes in Italy?*, in Italian Group of the International Society for Military Law and the Law of War, 15 February 2024, available at <https://www.ismllw-it.org/towards-a-more-progressive-codification-of-war-crimes-in-italy/>.

¹⁶ See <https://www.icrc.org/en/document/voluntary-reports-domestic-implementation-ihl>.

¹⁷ Commission for the study and development of international humanitarian law, *Voluntary report on the implementation of international humanitarian law in Italy*, available at https://cri.it/wp-content/uploads/2024/02/Rapporto-volontario-nazionale-sul-DIU-2023_ENG.pdf.

¹⁸ It is officially called the Commission for the study and development of international humanitarian law (“Commissione per lo studio e lo sviluppo del diritto internazionale umanitario”), established by the Ministry of Foreign Affairs and International Cooperation in September 2021 and composed of representatives of the Ministries of Foreign Affairs, Defense, Justice and the Italian Red Cross, and open to the contribution of other public authorities and civil society.

¹⁹ This can be inferred from the call upon States, provided for in OP 10, to comply “with their own obligations under applicable international treaties and law regulating the use and transfer of arms”.

others. Additionally, it urges States, where appropriate, to promote compliance with IHL by non-state armed groups. While some of these measures are quite general and not necessarily grounded in the obligation of States to respect and ensure respect for IHL, as provided for in Common Article 1 to the Geneva Conventions (CA1) and Article 1(1) of Additional Protocol I, others clearly stem from such obligation, and particularly from the so-called external dimension of the obligation to ensure respect. However, CA1 is the great absent of Resolution 1 as it is not explicitly referred to in the text. A brief overview of the reasons why will be provided in the section below.

2.1. The controversial issue of the obligation to respect and ensure respect for IHL

As mentioned above, the obligation to respect and ensure respect for IHL is enshrined in CA1 to the Geneva Conventions, as well as in Article 1(1) of Additional Protocol I and customary IHL²⁰. The obligation to *respect* IHL reaffirms the general obligation of States to fulfill in good faith all obligations arising from treaties to which they are party, i.e. the basic principle of *pacta sunt servanda* codified in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. In other words, a State must do everything it can to guarantee that its own organs abide by the rules in question.

The novelty of this provision, however, rather lies in the addition of the obligation to *ensure respect* in all circumstances which, according to the ICRC²¹ and many scholars²², consists of an internal and external dimension.

The internal dimension implies that States must ensure that IHL is respected not only by their armed forces and other groups acting on their behalf but also by the whole population over which they exercise authority, i.e. also private persons whose conduct is not attributable to the State. This constitutes a general duty of due diligence to prevent and repress IHL violations by private persons over which a State exercises authority, including persons in occupied territory, and its existence is widely accepted.

The external dimension, on the other hand, postulates that third States not involved in a given armed conflict, whether neutral, allied or enemy, must do everything reasonably in their power to ensure respect for IHL by others that are parties to such conflict, both States and non-State armed groups. It comprises both a negative and a positive obligation. Under the negative obligation, States may neither encourage, nor aid or assist in IHL violations by parties to a conflict. Under the positive obligation, they must do everything reasonably in their power to prevent and bring such violations to an end. As recognized by the ICRC, however, “[t]here is disagreement as to the legal nature of the positive component of the duty to ensure respect by others because the content of the obligation is not clearly defined and its concretization to a large extent left to the High Contracting Parties”²³. Some States and commentators²⁴, indeed, reject the existence of an external obligation to ensure respect for IHL, claiming it is an expansive interpretation.

Accordingly, the obligation to respect and ensure respect for IHL was not explicitly included in the text of Resolution 1, with a view of avoiding breaking consensus thus jeopardizing the adoption of the Resolution. However, following the adoption of Resolution 1 by consensus, on the initiative of the Spanish Red Cross and the Kingdom of Spain, a statement joined by other 75 National Societies

²⁰ See ICRC, Customary IHL Study (CIHL), Rule 139.

²¹ J.M. HENCKAERTS, Common Article 1, in ICRC, Commentary on the Third Geneva Convention, 2020, available at https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciii-1949/article-1/commentary/2020?activeTab=%23_Toc42428171.

²² See, e.g., K. DÖRMANN, J. SERRALVO, *Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations*, in International Review of the Red Cross, Vol. 96, Issue 895-6, pp. 707-736, 2014; see also E. MASSINGHAM, A. MCCONNACHIE (eds.), *Ensuring Respect for International Humanitarian Law*, Routledge, 21 July 2020.

²³ J.M. HENCKAERTS, Common Article 1, cit., para. 202.

²⁴ The United States, Australia, Canada and the United Kingdom are among those States that have publicly or unofficially indicated such position. See M.N. SCHMITT, S. WATTS, *Common Article 1 and the Duty to “Ensure Respect”*, in International Law Studies, Vol. 96, pp. 674-706, 2020.

and 66 States was delivered in the plenary of the International Conference, with the aim of reaffirming their views regarding the utmost importance of this obligation, in both its internal and external components, to enhance compliance with the law.

3. Resolution 2 (34IC/24/R2): Protecting civilians from the humanitarian impact of ICT activities in armed conflict

During armed conflicts, the current availability and use of information and communication technologies (ICTs) brings with it both positive and negative aspects.²⁵ On the positive end, they can improve and save the lives of people affected by such conflicts, for instance by facilitating access to goods and services that are essential to their livelihood or allowing them to stay in contact with family members. At the same time, if used for military purposes, ICTs and particularly cyber and information operations directed against civilians and other protected persons and objects can present very serious risks and dangers for the latter, which are also detailed in the preambular part of the Resolution.

Resolution 2²⁶ is thus aimed at addressing some of such dangers, building a common understanding around them and identifying concrete measures that both States and Movement components can undertake in order to address them. Differently from Resolution 1, it is thus a thematic resolution strictly focusing on the issue of the use of digital technologies in armed conflict. Moreover, it is unique in its character as it is the first humanitarian resolution ever adopted at an International Conference on this topic. So far, the debate around the regulation of States' behavior in the cyberspace has indeed mainly taken place in the UN General Assembly-mandated intergovernmental processes in New York²⁷.

The first OPs, i.e. OPs 2 and 3, introduce the issue of the applicability of IHL to the use of ICTs during armed conflicts. The Resolution does not expressly affirm that ICT activities during armed conflicts are governed by IHL; however, it restates the language agreed upon by States in 2021 within the Group of Governmental Experts (GGE) on Advancing Responsible State Behavior in Cyberspace in the Context of International Security²⁸, which, as noted by experts, reflects the achievement of an international consensus on the applicability of IHL to cyber operations during armed conflicts²⁹. There is nonetheless still some disagreement among States on how IHL applies to the use of ICTs and that is why, as recalled in OP 3, one of the Resolution's aims is that of building additional common understanding in this regard. Among the most prominent issues on which common understanding would need to be found are: the interpretation of the IHL notion of "attack" in the digital context and whether civilian data would be regarded as civilian objects under IHL.

Always in relation to the applicability of IHL rules to the use of ICTs, OP 4, which is among the Resolution's most relevant paragraphs, significantly refers to relevant IHL rules and principles protecting civilians and civilian objects against the effects of hostilities, i.e. distinction, proportionality, precautions and the prohibition of acts or threats of violence having as a primary purpose that of spreading terror among the civilian population, as well as to others flowing from CA1, i.e. the prohibition to encourage or incite IHL violations, as rules and principles that apply also against the risks arising from ICT activities.

Following OPs, i.e. from OP 5 to 8, refer to other relevant IHL obligations, which require States and parties to the conflict to protect civilians and other protected persons and objects,

²⁵ ICRC, *Protecting civilians and other protected persons and objects against the potential human cost of ICT activities during armed conflict: Background document*, 34IC/24/9.2, September 2024, available at https://rcrconference.org/app/uploads/2024/09/34IC_9.2-Background-Doc-ICT-EN.pdf.

²⁶ See full text here: https://rcrconference.org/app/uploads/2024/11/34IC_R2-ICT-EN.pdf.

²⁷ See UNODA, *Developments in the field of information and telecommunications in the context of international security*, available at <https://disarmament.unoda.org/ict-security/>.

²⁸ UN General Assembly, *Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behavior in Cyberspace in the Context of International Security: note by the Secretary-General*, A/76/135, para. 71(f), 14 July 2021, available at https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2021/08/A_76_135-2104030E-1.pdf.

²⁹ M.N. SCHMITT, *The Sixth United Nations GGE and International Law in Cyberspace*, in Just Security, 10 June 2021, available at <https://www.justsecurity.org/76864/the-sixth-united-nations-gge-and-international-law-in-cyberspace/>.

particularly healthcare services and humanitarian operations, in situations of armed conflict, clearly including against risks which could arise from ICT activities.

Lastly, another important element contained in OP 12 of the Resolution is the encouragement to the ICRC to continue working with States and Movement components on a possible digital emblem. Since 2020, indeed, against the backdrop of the digitalization of societies and the increased use of cyber operations in armed conflict, the ICRC, in partnership with research institutions, has led a research and consultation project to explore the technological feasibility of developing a digital emblem, which would reflect the internationally recognized physical emblems of the red cross, red crescent and red crystal and be used in the digital world to identify and signal protection of relevant entities, e.g. medical facilities. A report launched in 2022 presents some technological solutions as well as expert views on benefits and risks of such digital emblem and the possible way forward³⁰. This endorsement in OP 12 could therefore further contribute moving this project forward, including advancing consultations on how to incorporate the digital emblem into relevant national and international legislation.

3.1 The practice of dissociation from consensus

For the reasons highlighted in the section above, the adoption by consensus of the first ever humanitarian ICT Resolution can certainly be regarded as a diplomatic success. Moreover, as highlighted elsewhere³¹, this Resolution will likely become a valuable “key reference for multilaterally agreed language [...] on protecting civilians from harm caused by the use of ICTs during armed conflicts”.

At the same time, it needs to be noted that its text does not reflect the views of all States participating in the International Conference. Indeed, after its adoption by consensus, eight States³² made statements to “dissociate” themselves from such consensus as they were not in agreement with some of the elements included in the Resolution.

The practice of dissociating from consensus is not new to the International Conference,³³ although it has not been frequently used or at least not in these numbers in recent times. Accordingly, one could wonder what implications these eight dissociations can bear.

According to the Max Planck Encyclopedias of International Law³⁴, “consensus” is a decision-making procedure which allows to adopt a decision or statement without proceeding to a formal vote, in the absence of formal objections. This means that those involved in the decision-making do not have to manifest positively their agreement for the decision or statement to be adopted. What matters is that no formal objection is voiced. Indeed, the consensus procedure represents a medium between the majority and unanimity procedures. In contrast to unanimity, consensus does not require the positive consent of all participants in the decision-making; on the contrary, the consensus procedure gives each State the opportunity to allow a decision to pass, even if that decision does not fully reflect its interests.

During the adoption of Resolution 2 no formal objection was raised by Conference participants: as a result, it is clear that consensus was not broken and the adoption of the Resolution went through. Statements of dissociation made afterwards rather seem to fit within the concept of adoption by consensus illustrated above. States allowed the resolution to pass, even if they did not

³⁰ ICRC, *Digitalizing the Red Cross, Red Crescent and Red Crystal Emblems: Benefits, Risks and Possible Solutions*, 2022, available at https://www.icrc.org/sites/default/files/topic/file_plus_list/icrc_digitalizing_the_rerc_emblem.pdf.

³¹ K. MAČÁK, op. cit.

³² Belarus, Cuba, Iran, Mali, Myanmar, North Korea, Russia, Syria.

³³ Rule 19 of the Rules of Procedure of the International Red Cross Red Crescent Movement provides for the possibility to provide statements after the adoption by consensus of a resolution, i.e. to express the standpoint the delegation would have adopted had the matter been put to vote.

³⁴ Max Planck Encyclopedias of International Law, *Consensus*, available at <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1387?prd=MPIL>.

fully endorse its content: statements of dissociation were thus used as a way to expressly signal such disagreements, without breaking consensus, or possibly to state the standpoint the delegation would have adopted had the matter been put to vote.

Therefore, while it can be said that Resolution 2 may not represent the unanimous view of the international community, it is still the result of a consensus reached by the latter.

4. Conclusion

The 34th International Conference took place against the backdrop of an increasingly polarized world, with over 120 armed conflicts occurring in different regions³⁵, but also in a particularly significant year for IHL, marking the 160th anniversary of the First Geneva Convention of 1864 as well as the 75th anniversary of the adoption of the Geneva Conventions of 1949.

As already mentioned, IHL has stood the test of time. It remains indeed a uniquely powerful tool to mitigate the human cost of armed conflicts and preserve a certain level of human dignity even in the worst circumstances. A clear evidence of IHL continued relevance is indeed the fact that, even in the worst crises, reference to it by policy-makers, humanitarian actors, lawyers or the media, puts pressure on parties to the conflict to spare civilians or at least minimize their harm³⁶.

At the same time, the loss of human lives and the level of destruction reached in recent conflicts is quite unprecedented. This is a reality which threatens IHL's protective power and which, as explained by the ICRC in its most recent Challenges report of 2024, is due to several factors. First, there seem to be a tendency towards non-compliance by parties to the conflict: indeed, deliberate violations occur too often and more should be done in order to prevent them and hold perpetrators accountable, including by third States not parties to the conflict to push the latter to comply. Additionally, an increasingly extensive interpretation of what is permissible under IHL is clearly diminishing its ability to save lives and is far from being aligned with the purpose of this body of law. Lastly, the deployment of new technologies of warfare exacerbates these worrying trends.

Accordingly, there is a clear need to reinforce IHL. The International Conference's mission is also that of contributing to the respect for and development of IHL³⁷. By managing to adopt by consensus the two Resolutions described above, despite the challenges and compromises that had to be made, it is the author's view that the mission has been successfully accomplished. It goes without saying, however, that only time will tell whether the commitments undertaken by the Conference participants will be followed by concrete actions, ensuring better respect for IHL on the ground.

³⁵ ICRC, *2024 Opinion Paper – How is the term “Armed Conflict” defined in international humanitarian law*, available at <https://www.icrc.org/en/document/icrc-opinion-paper-how-term-armed-conflict-defined-international-humanitarian-law>.

³⁶ ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts: Building A Culture of Compliance for IHL to Protect Humanity in Today's and Future Conflicts*, September 2024, p. 7, <https://shop.icrc.org/international-humanitarian-law-and-the-challenges-of-contemporary-armed-conflicts-building-a-culture-of-compliance-for-ihl-to-protect-humanity-in-today-s-and-future-conflicts-pdf-en.html>.

³⁷ Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement, cit., Art. 10(2).

Nota Sentenza
Cassazione Penale Sent. Sez. 1 Num. 33369 Anno 2024

*Commentary on the Italian Supreme Court Criminal Division, Judgment No. 33369,
Section 1, issued in 2024*

Mariapaola Marro¹

Massima: Nella valutazione operata dal giudice concernente la possibilità di ritenere sussistente la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131 – bis c.p., occorre tener conto di tutti gli indicatori afferenti alla condotta, al danno ed alla colpevolezza. Nel caso del reato di disobbedienza di cui all'art. 173 c.p.m.p. la rilevanza ed offensività della condotta, ai fini di cui all'art. 131 – bis c.p., va parametrata alle circostanze di fatto in cui si è verificata la violazione e all'incidenza dell'ordine violato, in prospettiva, sulla regolarità ed efficienza del servizio, secondo un giudizio prognostico ex ante.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le connessioni tra disciplina e servizio e la valutazione inerente alla rilevanza e offensività della condotta. – 3. L'analisi operata dalla Corte di cassazione e le censure mosse all'orientamento accolto dalla Corte militare di appello. – 4. Le indicazioni offerte dalla precedente giurisprudenza di legittimità e quelle derivanti dalla pronuncia n. 156/2020 della Corte Costituzionale.

1. Premessa

Nell'analizzare l'annotata pronuncia della Cassazione occorre preliminarmente rilevare come non di rado le incriminazioni concernenti reati militari abbiano imposto significativi approfondimenti da parte dei giudici di legittimità in ordine al reale ambito applicativo dell'art. 131 *bis* c.p., volti in particolare ad analizzare criticamente talune decisioni dei giudici di merito incentrate su valutazioni che finivano per snaturare l'istituto dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, disattendendone la *ratio* e negandone di fatto ogni possibile ambito di applicabilità, alla luce della presunta e spesso indimostrata rilevanza dei valori tutelati dalle rispettive norme incriminatrici.

Trattasi di impostazioni che risentono dei condizionamenti derivanti da un'analisi della specialità del diritto penale militare che finisce col confondere detta specialità con una sorta di "separatezza" di questo ramo del diritto, impermeabile alle indicazioni ricavabili dal diritto penale comune, e riservato, come era stato rilevato icasticamente e lucidamente in un recente passato, con una puntuale formulazione critica, a «pochi *sacerdotes*», tanto da rappresentare una sorta di «inaccessibile *hortus conclusus*²», in quanto ispirato a considerazioni logico giuridiche indifferenti ai dati ricavabili dalle conclusioni offerte dal diritto penale comune, che rappresenta invece pur sempre il modello ispiratore e la linfa vitale rispetto ad ogni diritto speciale, che deve pertanto essere applicato in maniera conforme rispetto agli elementi valoriali fondanti la matrice comune.

Rinnegare detta impostazione, e continuare a privilegiare, ad esempio, soluzioni giurisprudenziali immotivatamente divergenti dalle conclusioni esegetiche raggiunte dalla magistratura ordinaria in relazione ad istituti applicabili in maniera del tutto uniforme ai "civili" ed ai "militari" significherebbe avallare le autorevoli considerazioni di chi ritiene ormai "ontologicamente" sorpassato l'intero coacervo del diritto penale militare e della giustizia penale militare, in quanto privi di ragioni volte a legittimarne la sopravvivenza rispettivamente come rami speciali del diritto penale e come magistratura speciale, anziché specializzata, dotata di assoluta

¹ Dottoressa in Scienze Diplomatiche ed Internazionali. Docente ed analista geopolitico.

² In ordine a tali riferimenti linguistici cfr. D. BRUNELLI, G. MAZZI, *Diritto penale militare*, IV Ed., Milano, 2007, p. 5.

autonomia rispetto alla giurisdizione ordinaria ed alle altre giurisdizioni speciali³.

Queste soluzioni, oltretutto, apparivano viziate da un duplice fraintendimento ed errore di prospettiva. Il primo, più evidente e palese, è quello volto a ricollegare il mancato riconoscimento della causa di esclusione della punibilità derivante dalla particolare tenuità del fatto alla semplice considerazione incentrata sulla natura della fattispecie criminosa addebitata o, come nel caso in esame, a sostenere in maniera generica ed aprioristica che una determinata qualifica del soggetto attivo, quale quella di ufficiale dell'Esercito, risulti di per sé ostativa all'operatività dell'art. 131 *bis* c.p.

Il secondo errore, meno facilmente riconoscibile, anche perché generalmente correlato ad analisi di politica giudiziaria non prive di una loro apparente sostenibilità, consiste è quello di considerare come una sorta di assioma che non necessita dimostrazione l'affermazione in base alla quale i particolari valori sottesi e tutelati da un determinato ramo del diritto penale speciale, la cui rilevanza giustifica la sua stessa autonomia all'interno del generale contesto penalistico, differenziandolo rispetto al diritto penale comune, siano di per sé dotati di tale pregnanza da escludere a priori l'eventualità che la loro lesione o messa in pericolo possa essere riconducibile entro i parametri della particolare tenuità del fatto.

Una più attenta considerazione vale peraltro a dimostrare con assoluta evidenza l'erroneità di un simile approccio.

Si faccia l'esempio del diritto penale della navigazione, incentrato sulle norme penali contenute all'interno del codice della navigazione, e più precisamente nella Parte III di detto codice⁴. È indubbio che il legislatore nel delineare tali norme ha voluto delineare una disciplina specifica ispirata alla considerazione che la particolare natura del mezzo nautico ed il suo isolamento rendono maggiormente esposti al pericolo il bene della vita e dell'incolumità personale di quanti si trovano a bordo del mezzo, sanzionando pertanto in maniera particolarmente rigorosa determinate condotte e incriminando anche attività prodromiche almeno potenzialmente idonee a tradursi in un futuro *vulnus* a detti beni, ma ciò non permette certo di sostenere che, in ogni caso ed a prescindere dall'analisi dei diversi contesti fattuali, nell'ambito del diritto penale marittimistico non possa trovare applicazione il disposto dell'art. 131 *bis* c.p.

Detta affermazione vale sia in relazione ai c.d. reati "propri" del diritto penale della navigazione, esclusivi del cod. nav., in quanto ad essi non corrisponde alcuna fattispecie contenuta nel codice penale comune, sia rispetto ai c.d. reati "impropri", che, pur corrispondendo ad incriminazioni già delineate nel codice penale, divergono con riferimento nella tipizzazione di alcuni componenti della fattispecie o prevedono diversi tetti sanzionatori o differenti circostanze aggravanti, in considerazione della particolare tutela che deve essere offerta all'esercizio della navigazione, o per effetto del particolare *status* dell'agente o del soggetto passivo⁵.

Si pensi al reato di cui all'art. 1104 cod. nav. (*Offesa in danno del comandante, di un ufficiale o sottufficiale o di un graduato*). Sarebbe un errore sostenere che laddove detta offesa sia arrecata al comandante, e dunque alla più alta autorità presente a bordo della nave, dovrebbe ritenersi automaticamente esclusa l'applicabilità dell'art. 131 *bis*. Parimenti erroneo sarebbe escludere detta applicabilità qualora l'offesa provenga da un ufficiale, affermandosi a sostegno di detta conclusione

³ V. sul punto D. BRUNELLI, *Esercizi di diritto penale sul caso Enrica Lexie*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 22, riprendendo spunti già precedentemente delineati: Id., *Prospettive di riforma del diritto penale militare*, in S. RIONDATO (a cura di), *Diritto e Forze Armate. Nuovi impegni*, Padova, 2000, p. 223; per una diversa impostazione, volta a ritenere possibile, ed anzi auspicabile, la sopravvivenza di questo ramo del diritto e della relativa giurisdizione, subordinata peraltro alla realizzazione di un radicale intervento riformatore volto a fornire nuova linfa a detta disciplina, P. RIVELLO, *Manuale del diritto e della procedura penale militare. Ordinamento giudiziario militare*, Torino, 2023, p. 671 ss.; ID., *Il "passato" e il "presente" del diritto penale militare*, in GARGANI (a cura di), *Il diritto penale militare tra passato e futuro*, Torino, 2009, p. 10 ss.

⁴ V. al riguardo S. ROSSI, *Il sistema penale della navigazione. Contributo allo studio del diritto penale marittimo*, Trento, 2020; nonché P. RIVELLO, *Diritto penale della navigazione*, in *Dig. Pen.*, vol. IV, 1990, p. 76 ss.; ID., *Ambito e connotazione del diritto penale della navigazione*, in *Dir. mar.*, 1985, p. 3 e ss. e p. 262 e ss.; E. Romagnoli, *I delitti della navigazione: cenni introduttivi al diritto penale marittimo*, in *Trasporti: diritto, economia, politica*, 2009, n. 108, p. 9 ss.; ID., *Le novità introdotte dal d.lgs. vo 507/99 nel diritto penale marittimo*, in *Dir. mar.*, 2002, 1109 e ss.

⁵ Cfr. S. ROSSI, *Il sistema penale della navigazione*, cit., p. 51 ss.

che un ufficiale, in considerazione della sua particolare qualifica, ha un grado maggiore di responsabilità laddove pone in essere una simile condotta. D’altro canto, con riferimento ai reati di cui all’art. 1123 cod. nav. (*Danneggiamento con pericolo colposo di naufragio o di disastro aviatorio*) o all’art. 1158 cod. nav. (*Omissione di assistenza a navi o persone in pericolo*) sarebbe censurabile l’esclusione dell’art. 131 bis basata su una astratta considerazione incentrata sull’alto livello di pericolosità conseguente a tali condotte. In altri termini, è sicuramente scorretta ogni opzione basata su meri automatismi, e volta a correlare la mancata applicabilità dell’art. 131 bis non già ad un’analisi attenta alle specificità di ogni singola fattispecie, ma alla natura e tipologia del reato o al ruolo ed alla posizione del soggetto attivo.

Le stesse considerazioni possono essere ripetute con riferimento al diritto penale militare. Se è vero infatti che esso appare strutturato per tutelare valori quale quello della disciplina, che non risultano invece presidiati a livello sanzionatorio dal diritto penale comune, è altrettanto indubitabile che la lesione alla disciplina, anche laddove dia vita ad un reato “esclusivamente militare”, e che dunque non trova riscontro, nei suoi elementi materiali costitutivi, nel codice penale⁶, quale è appunto il delitto di disobbedienza, di cui all’art. 173 c.p.m.p., può derivare da comportamenti di gravità assai differente e tali conseguentemente da permettere una graduazione in termini di concreta offensività, fino a giungere a livelli del tutto minimali pienamente compatibili col riconoscimento dell’operatività dell’art. 131 bis c.p.

2. Le connessioni tra disciplina e servizio e la valutazione inerente alla rilevanza e offensività della condotta

Il reato di disobbedienza, contestato all’imputato nel procedimento conclusosi con l’annotata pronuncia, rappresenta il più tipico fra gli illeciti che il legislatore delinea al Titolo III del Libro II del codice penale militare di pace, dedicato ai “reati contro la disciplina militare”. In passato non solo la giurisprudenza ma anche una parte della dottrina tendeva ad attribuire alla disciplina una connotazione meramente formale e a riconoscere ad essa una rilevanza del tutto autonoma, senza ritenere necessario un particolare approfondimento circa il gradiente di lesività delle condotte rientranti fra le incriminazioni contenute nel predetto Titolo III, dando comunque quasi per scontato che l’astratta riconducibilità ad una di dette fattispecie esonerasse da una più attenta disamina circa le connotazioni di offensività derivante dalle relative condotte.

Una causa non secondaria di detta impostazione è probabilmente addebitabile allo stesso legislatore, non avendo i codici penali militari mostrato una particolare attenzione volta ad evitare l’incriminazione di comportamenti che possano di fatto risultare del tutto privi, almeno alla luce di particolari connotazioni spaziali e temporali, di ogni effettiva valenza offensiva. Si faccia l’esempio della disobbedienza consistente magari in un brevissimo ritardo frapposto all’esecuzione dell’ordine o all’ipotesi del militare che, tenuto a rimanere entro un determinato perimetro, al fine di vigilare una determinata infrastruttura, si allontani di pochi centimetri da detto perimetro, continuando peraltro a presidiare visivamente l’area sottoposta al suo dovere di vigilanza. Sarebbe stata preferibile una diversa tecnica legislativa volta a configurare come presupposto del reato di disobbedienza, nella configurazione della disobbedienza originata da “ritardo” l’effettiva compromissione ai valori della disciplina e del servizio; analoghe considerazioni potrebbero essere ripetute per la fattispecie della violata consegna.

Sotto questo aspetto, l’analisi comparatistica mostra invece come determinate codificazioni straniere, successive rispetto ai codici penali militari italiani, che risalgono al 1941, appaiano assai più avanzate per quanto concerne la rilevanza attribuita al principio di offensività⁷, evidenziando un estremo scrupolo nell’evitare, già in sede di individuazione delle norme precettive, l’incriminazione

⁶ Per quanto concerne la distinzione tra reati “esclusivamente militari” e reati “obiettivamente militari” v. P. RIVELLO, *Manuale del diritto e della procedura penale militare*, Torino, 2021, p. 47 ss.

⁷ Cfr. P. RIVELLO, “*Reati contro il servizio militare*” e “*reati contro la pace e la sicurezza dell’umanità*” nel codice penale russo del 1997 (con raffronti al codice penale sloveno del 1995), in S. RIONDATO (a cura di), *Diritti e Forze Armate. Nuovi impegni* (Atti del Convegno di Padova, 30 novembre 2000), Padova, 2001, p. 380.

di condotte prive di una reale carica di disvalore.

Comunque, ritornando alla disamina del concetto di “disciplina” ed al suo ambito di operatività, occorre riconoscere come, sebbene il codice penale militare di pace avesse inteso operare una ripartizione fra i reati “contro il servizio militare” e quelli “contro la disciplina militare”, in realtà detta distinzione si configura come estremamente generica ed approssimativa, in considerazione delle frequenti interconnessioni sussistenti fra questi due ambiti e della riconosciuta strumentalità del valore della disciplina militare per una più adeguata tutela delle esigenze del servizio, tanto che detta diversificazione appare «destinata, se non a scomparire, ad attenuarsi grandemente a cagione del processo inarrestabile di finalizzazione della disciplina ai compiti istituzionali, voluto inequivocabilmente dalla più recente legislazione⁸».

Sotto questo aspetto, dal punto di vista oggettivo, mentre il mero riferimento alla “disciplina” renderebbe la valutazione della diversa gravità delle condotte talora difficoltosa e legata a valutazioni inevitabilmente discrezionali, maggiormente agevole risulta invece l’individuazione dei livelli di gravità della lesione o della messa in pericolo qualora si tenga conto dei riverberi della condotta criminosa sulle esigenze di servizio.

3. L’analisi operata dalla Corte di cassazione e le censure mosse all’orientamento accolto dalla Corte militare di appello

La vicenda da cui è scaturito il procedimento preso in esame dai giudici di legittimità concerneva la posizione di un capitano dell’Esercito che, convocato da un proprio superiore, aveva dichiarato, non appena iniziato il colloquio con quest’ultimo, che stava registrando quanto veniva dichiarato, grazie ad un proprio personale apparecchio di registrazione. Il superiore aveva immediatamente intimato di spegnere il registratore e di interrompere così la registrazione, ma l’imputato non aveva ottemperato a detto ordine, ritenendo che la registrazione avrebbe potuto essere necessaria al fine di far valere i propri diritti in relazione ad eventuali futuri procedimenti penali o disciplinari. Infatti in precedenza aveva redatto una relazione concernente proprio detto superiore; sebbene in linea generale le relazioni debbano essere inoltrate per linea gerarchica, egli l’aveva presentata saltando la diretta linea gerarchica, in quanto il suo immediato superiore era proprio l’oggetto delle censure mosse in sede di relazione.

Anche se questa disamina è incentrata sulla tematica della particolare tenuità del danno, la cui sussistenza è stata ravvisata dalla Corte di cassazione con l’annotata decisione, va rilevato, sia pure marginalmente, come nel caso giudiziario in esame non sono forse state sviluppate con la dovuta completezza, per quanto concerne il merito della vicenda, le considerazioni afferenti a due aspetti significativi. In primo luogo ci si è limitati a riportare e a richiamare la Circolare n. 2106/2019 dello Stato Maggiore dell’Esercito, diretta a vietare le riprese audio all’interno delle infrastrutture militari, senza rispondere peraltro all’interrogativo se detta Circolare possa comprimere fino ad annullare la possibilità di esercizio di diritti fondamentali dell’individuo, tra cui la predisposizione di mezzi probatori utilizzabili in sede defensionale. In secondo luogo, dato per scontato che, come superflualmente ribadito dai giudici di merito, l’ordine intimato dal superiore non poteva certo essere considerato manifestamente criminoso, si sarebbe dovuto approfondire maggiormente l’accertamento di un’ulteriore circostanza. I giudici militari di merito e, in senso adesivo rispetto all’impostazione da essi prospettata, la Corte di Cassazione hanno concisamente affermato che detto ordine atteneva al servizio. L’imputato invece nel corso del procedimento aveva sempre affermato di ritenere che l’intero contesto della vicenda, a partire dalla convocazione da parte del proprio superiore, nascesse da motivi esclusivamente personali, che conseguentemente esulavano dal servizio e dalla disciplina.

Il Testo Unico di cui al D.P.R. n. 90 del 2010 dispone che il militare al quale venga impartito un ordine che non ritenga conforme alle norme in vigore e che esuli dai contenuti del servizio e della disciplina è tenuto a fare presente detta circostanza al superiore, dichiarando le ragioni delle sue perplessità; in tal caso solo qualora l’ordine venga confermato dal superiore egli è tenuto ad obbedirlo.

⁸ D. BRUNELLI – G. MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., p. 348.

Nulla invece è stato indicato al riguardo, e cioè non è stato chiarito se il capitano, al momento dell'intimazione dell'ordine, avesse o meno esplicitato tali dubbi e se l'ordine fosse poi stato reiterato.

Venendo comunque al cuore della nostra disamina, va rilevato come la Cassazione non abbia esitato a censurare le fragili considerazioni sviluppate dai giudici di merito volte ad escludere l'applicabilità della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p.

La Corte militare di appello, come è stato rilevato criticamente dai giudici di legittimità, si era limitata ad affermare che il capitano non poteva fruire del disposto di cui all'art. 131 *bis* essendo egli un ufficiale, ed avendo dunque «un particolare dovere di lealtà nel rispetto dei doveri di istituto».

In tal modo, anziché operare un'analisi attenta alle particolarità della vicenda sottoposta all'esame della Corte, onde valutarne il gradiente soggettivo ed oggettivo di gravità, per verificare se risultasse o meno oltrepassato quel livello minimale che giustificerebbe l'applicazione dell'art. 131 *bis*, era invece stata effettuata una valutazione aprioristica basata esclusivamente sulla qualifica rivestita dal soggetto attivo del reato.

Tale metodologia non poteva trovare un avallo nella pronuncia della Cassazione. Infatti, per coerenza, adottando una simile impostazione si pervenirebbe all'assurda conclusione per cui, ad esempio, nei procedimenti penali celebrati innanzi alla magistratura ordinaria tutti i pubblici ufficiali, unicamente per effetto di detta posizione funzionale, dovrebbero essere considerati immeritevoli della fruizione di tale causa di esclusione della punibilità, avendo essi un particolare dovere di lealtà nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Una simile impostazione, basata unicamente sulla tipologia del reato contestato o sulla qualifica rivestita dall'autore dell'illecito, si pone in netto contrasto con l'orientamento volto ad esigere da parte del giudicante una valutazione del caso concreto sottoposto al suo esame alla luce delle indicazioni ricavabili dalla pronuncia Tushaj a Sezioni Unite, e pertanto tenendo conto, in maniera scrupolosa, degli indicatori inerenti alla condotta, al danno ed alla colpevolezza⁹.

Andrebbe tra l'altro stigmatizzato il fatto che i giudici di merito non si siano soffermati sull'intervento additivo operato in relazione al testo dell'art. 131 *bis* c.p. per effetto della c.d. «riforma Cartabia», di cui al d.lgs. 150/2022. Infatti, al fine di superare il precedente orientamento giurisprudenziale volto ad escludere il rilievo della condotta susseguente al reato ai fini della valutazione della tenuità dell'offesa, la riforma ha inserito la «condotta susseguente al reato» tra i criteri di valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa¹⁰; va ricordato al riguardo che tale nuovo indice valutativo, diretto ad ampliare la causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p.¹¹, risultava applicabile retroattivamente, e dunque anche con riferimento ai reati commessi prima del 30 dicembre 2022 (nel caso in esame i fatti risalivano al 20 maggio 2020).

Occorre a questo punto osservare come l'annotata pronuncia della Cassazione abbia mostrato di aderire alle più recenti impostazioni dottrinali volte ad escludere che il valore della disciplina debba essere valutato in senso del tutto asettico e formale, a prescindere dai suoi riverberi sul contesto militare e sulle esigenze complessive del servizio castrense. Appare indicativo dell'adozione di tale criterio lo snodo argomentativo ove la Cassazione sottolinea la necessità, ai fini in esame, di una valutazione in concreto del possibile pregiudizio arrecato all'andamento del servizio dall'inottemperanza all'ordine, ed ove evidenzia, alla luce dei fatti così come ricostruiti in sede di merito, l'assoluta marginalità della compromissione alla regolarità del servizio derivante dall'inottemperanza all'ordine impartito.

⁹ Per quanto concerne la dottrina v. sul punto, in particolare, A. MARANDOLA, *La particolare tenuità del fatto*, II Ed., Pisa, 2021, p. 259 ss.

¹⁰ V. al riguardo D. COLOMBO, *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto e condotta susseguente al reato. Le prime pronunce della Cassazione sul novellato art. 131 - bis c.p.*, in *Sistema pen.*, 12 luglio 2023.

¹¹ V. per una serie di approfondimenti M. DOVA, *La riforma della particolare tenuità del fatto; aspetti sostanziali*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, p. 122 ss.; E. TURCO, *L'estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Proc. pen. e giust.*, 2022, n. 1, p. 8 ss.

4. Le indicazioni offerte dalla precedente giurisprudenza di legittimità e quelle derivanti dalla pronuncia n. 156/2020 della Corte costituzionale

Sul punto possono essere sviluppate delle ulteriori considerazioni, basate non solo sulle indicazioni ricavabili dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione ma anche su alcuni rilievi sviluppati dalla Corte costituzionale, che permettono di evidenziare come l'attuale pronuncia appaia pienamente coerente rispetto ad una consolidata linea esegetica concernente l'ambito applicativo dell'art. 131 *bis* c.p.

La Corte costituzionale, nella sent. n. 156/2020, con cui era stata chiamata a pronunciarsi sulla ragionevolezza dell'inapplicabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto in relazione alla fattispecie delittuosa di ricettazione aggravata, il cui massimo di pena detentiva, pari a sei anni di reclusione, eccedeva all'epoca (si era infatti in periodo temporale antecedente alla c.d. "riforma Cartabia", che ha ampliato l'ambito dell'istituto ai reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, abbandonando così il parametro del massimo edittale di cinque anni previsto dalla previgente impostazione) il limite applicativo dell'esimente, originariamente fissato dal primo comma dello stesso art. 131 *bis* c.p. in cinque anni, nell'accogliere la prospettata eccezione, ravvisando la parziale illegittimità costituzionale della norma, ha sottolineato, richiamandosi alle pronunce di legittimità della Corte di cassazione, come detta causa di non punibilità richieda «una valutazione complessiva di tutte le peculiarità della fattispecie concreta».

Particolarmente pregnanti al riguardo apparivano del resto le considerazioni sviluppate dalle Sezioni unite penali della Corte di cassazione, nella decisione del 25 febbraio 2016, dep. il 6 aprile 2016.

Le Sezioni Unite erano state chiamate a pronunciarsi sul quesito di diritto «se la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto sia compatibile con il reato di guida in stato di ebbrezza».

Il giudice della nomofilachia ha preliminarmente osservato che «non vi sono ostacoli ad applicare l'istituto anche ai reati di pericolo astratto o presunto».

È stato parimenti osservato che la valutazione sulla particolare tenuità del fatto richiede l'analisi e la considerazione della condotta, delle conseguenze del reato e del grado della colpevolezza, sottolineandosi che l'istituto in esame «si giustifica alla luce della riconosciuta graduabilità del reato in relazione al disvalore d'azione e d'evento nonché all'intensità del grado della colpevolezza», e ponendo l'accento sul fatto che «occorre, dunque, compiere una valutazione relativa al fatto concreto» e, dunque, «un vaglio tra le epifanie nella dimensione effettuale», in quanto «il fatto particolarmente tenue va individuato alla stregua di caratteri riconducibili a tre categorie di indicatori: le modalità della condotta, l'esiguità del danno o del pericolo, il grado della colpevolezza».

Questo dato appare fondamentale in relazione ad ipotesi caratterizzate da un quasi nullo disvalore d'azione e d'evento e da una limitatissima intensità del grado di colpevolezza.

Le Sezioni unite hanno ricordato che la particolare tenuità del fatto non va confusa con la totale assenza di offensività, che escluderebbe invece in radice il reato.

Richiamando la precedente decisione Sciuscio, parimenti a Sezioni Unite¹², la decisione del 25 febbraio 2016 ha correttamente posto l'accento sul fatto che «l'interprete delle norme penali ha l'obbligo di adattare alla Costituzione in via ermeneutica, rendendole applicabili solo ai fatti concretamente offensivi; offensivi in maniera apprezzabile. I beni giuridici e la loro offesa costituiscono la chiave per una interpretazione teleologica dei fatti che renda visibile la specifica offesa già contenuta nel tipo legale del fatto [...] i singoli tipi di reato vanno ricostruiti in conformità al principio di offensività, sicché tra i molteplici significati eventualmente compatibili con la lettera della legge si dovrà operare una scelta con l'aiuto del criterio del bene giuridico, [...] il principio di offensività attiene all'essere o non essere di un reato».

Proseguendo nella disamina dell'istituto della particolare tenuità del fatto, le Sezioni unite hanno osservato che «esso persegue finalità connesse ai principi di proporzione ed *extrema ratio*, con effetti anche in tema di deflazione. Lo scopo primario è quello di espungere dal circuito penale fatti

¹² Cass., Sez. Un., 18 luglio 2013, n. 40354, *Ced Cass.* n. 255974.

marginali, che non mostrano bisogno di pena e, dunque, neppure la necessità di impegnare i complessi meccanismi del processo. Proporzione e deflazione s'intrecciano coerentemente».

Il giudizio sulla tenuità del fatto richiede dunque una valutazione complessa che ha ad oggetto le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo valutate ai sensi dell'art. 133, primo comma, c.p., esigendo un'equilibrata valutazione di tutte le peculiarità della fattispecie concreta.

L'analisi del giudicante non deve vertere sulla fattispecie astratta (sotto questo aspetto, per quanto concerne l'ambito militare, ogni reato di disobbedienza o di insubordinazione risulterebbe connotato da un aspetto di potenziale pericolo rispetto agli interessi tutelati) ma su quella concreta.

Secondo l'insegnamento delle Sezioni unite «non esiste un'offesa tenue o grave in chiave archetipa. È la concreta manifestazione del reato che ne segna il disvalore. Come è stato puntualmente considerato, qualunque reato, anche l'omicidio, può essere tenue, come quando la condotta illecita conduce ad abbreviare la vita solo di poco». La norma di cui all'art. 131 bis c.p. «non si interessa della condotta tipica, bensì ha riguardo alle forme di estrinsecazione del comportamento, al fine di valutarne complessivamente la gravità, l'entità del contrasto rispetto alla legge e conseguentemente il bisogno di pena. Insomma, si è qui entro la distinzione tra fatto legale, tipico, e fatto storico, situazione reale ed irripetibile costituita da tutti gli elementi di fatto concretamente realizzati dall'agente».

Proprio l'analisi dei concreti elementi di fatto esclude talora che vi sia un "bisogno di pena" per determinate condotte.

L'art. 131 bis c.p. intende fare riferimento alla connotazione storica dei comportamenti addebitati, dovendosi in tal caso valutare non la conformità al tipo, bensì l'entità del fatto nel suo complessivo disvalore.

L'istituto in esame impone inoltre di compiere delle valutazioni omogenee rispetto ai parametri delineati dall'art. 133, primo comma, c.p.

Richiamando ancora le considerazioni fatte proprie dalla Suprema Corte a Sezioni unite «essendo richiesta la ponderazione della colpevolezza in termini di esiguità e quindi la sua graduazione, è del tutto naturale che il giudice sia chiamato ad un apprezzamento di tutte le rilevanti contingenze che caratterizzano ciascuna vicenda concreta ed in specie di quelle afferenti alla condotta».

Come già diceva Carrara «l'uomo deve essere condannato secondo la verità e non secondo le presunzioni».

La giurisprudenza si è trovata ad esempio di fronte all'ipotesi di guidatori di automezzi, ai quali venga riscontrato un elevato tasso alcolemico; al riguardo, con riferimento all'ipotesi dell'agente che, in stato di grave alterazione alcolica integrante la fattispecie di cui all'art. 186, comma 2, lett. c), si pone alla guida di un'auto in un parcheggio isolato, spostandola di qualche metro e senza determinare alcuna situazione pregiudizievole, si è correttamente osservato che la particolare tenuità del fatto può e deve essere riconosciuta anche in relazione ai reati a pericolo presunto, quale è appunto la guida in stato di ebbrezza; infatti, accertata la situazione pericolosa tipica e dunque l'offesa, resta pur sempre spazio per apprezzare in concreto, alla stregua della manifestazione del reato, ed al solo fine della ponderazione in ordine alla gravità dell'illecito, quale sia lo sfondo fattuale nel quale la condotta si iscrive e quale sia, in conseguenza, il concreto possibile impatto pregiudizievole rispetto al bene tutelato.

Anche se in astratto il porsi alla guida con un elevato tasso alcolemico può provocare gravi incidenti, e talora persino la morte di alcuni soggetti, bisogna peraltro passare dall'analisi astratta della fattispecie di reato a pericolo presunto alla disamina concreta delle effettive conseguenze dannose derivanti dalla condotta realizzata dall'imputato.

Non è infatti indifferente che un veicolo sia stato guidato per pochi metri in un parcheggio o ad elevata velocità in una strada affollata, magari generando un incidente.

Così, conclusivamente, se sarebbe certamente corretto escludere l'applicabilità dell'esclusione della causa di punibilità di cui all'art. 131 bis c.p. in relazione ad una vicenda concernente un ordine impartito alla presenza di decine di militari ed afferente all'esecuzione di compiti di servizio aventi una particolare pregnanza in relazione all'operatività di un

Reparto, la cui inottemperanza conseguentemente sia stata tale da determinare non solo la grave compromissione del prestigio del superiore che aveva intimato l'ordine, di fronte a molti militari, ma anche da ledere in maniera significativa le esigenze di servizio, all'inverso appare sicuramente possibile ritenere operante il disposto dell'art. 131 *bis* c.p. in presenza di un ordine impartito nel chiuso di una stanza, in relazione al quale appariva opinabile l'attinenza al servizio e la cui inottemperanza comunque non aveva avuto concreto riverbero.

La nuova guerra dell'oppio: la crisi del fentanyl negli Usa e lo scenario italiano

The New Opium War: The Fentanyl Crisis in the US and the Italian Scenario

Venusia Salzillo¹

Abstract: L'epidemia di *fentanyl* minaccia pericolosamente il tessuto sociale ed economico dell'America, invaso dal traffico dei nuovi oppioidi, centro di interesse strategico di multinazionali farmaceutiche e colossi del narcotraffico. Dietro quella che sembra una crisi tutta americana, si profila l'ombra di un altro attore protagonista della storia, la Cina, sede dei siti di produzione dei precursori chimici necessari alla fabbricazione del *fentanyl* e dei suoi derivati. Oltre agli Usa, però, il rischio è che la crisi dilaghi anche all'Europa e quindi all'Italia; pertanto il fenomeno del traffico degli oppioidi necessita di costante monitoraggio anche alle nostre latitudini.

Abstract: *The fentanyl epidemic dangerously threatens the social and economic fabric of America, invaded by trafficking in the new opioids, a strategic focus of pharmaceutical multinationals and drug trafficking giants. Behind what appears to be an all-American crisis, there looms the shadow of another major player in the story, China, home to the production sites of the chemical precursors necessary for the manufacture of fentanyl and its derivatives. In addition to the US, however, the risk is that the crisis will spread to Europe and therefore to Italy: so the phenomenon of opioid trafficking requires constant monitoring even in our latitudes.*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Come arriva il *fentanyl* sul mercato americano. – 3. Le rotte del traffico e i cartelli messicani. – 3.1. Il cartello messicano di Sinaloa. – 3.2. Il cartello di Jalisco – 4. Le posizioni di Washington e Pechino. – 4.1. Un necessario *flashback* per capire. – 5. Iniziative di contrasto: il quadro europeo e italiano. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Nell'ultimo decennio è scoppiata negli Stati Uniti quella che è stata definita come la più grave crisi da oppioidi. Secondo i dati del *Center for Disease Control and Prevention*, nel 2022 si sono registrati 111.029 decessi per overdose, nel 2023 107.543. Nel 70% dei casi il *fentanyl* è stato individuato come causa del decesso². Questi i numeri per dare il quadro alquanto drammatico della diffusione e della gravità del fenomeno. Ma cerchiamo di capire meglio.

Esistono in commercio due tipi di *fentanyl*: quello ad uso medico, prescritto nella terapia del dolore o dopo interventi chirurgici e il *fentanyl* per uso ricreativo, prodotto e venduto illegalmente. Entrambi sono oppioidi sintetici, prodotti in laboratorio. Ciò che lo rende particolarmente attraente sono i bassi costi di produzione, la facile reperibilità sul mercato, un elevato potere narcotico ma di breve durata che, quindi, ne aumenta la richiesta. Il risvolto della medaglia è l'altissimo grado di letalità del *fentanyl* rispetto alle altre droghe: 50 volte più dell'eroina e fino a 100 volte più della morfina. Pertanto, anche in piccole dosi, può risultare fatale³. Ciò è anche dovuto al fatto che spesso il *fentanyl* si trova in combinazione con altre sostanze, come eroina, cocaina o metanfetamine, per cui i consumatori spesso sono ignari di ciò che stanno assumendo.

In passato per procurarsi sostanze stupefacenti era necessario uno scambio fisico tra compratore e *pusher*. Oggi non serve lasciare la propria camera: attraverso un PC o uno *smartphone*

¹ Dottoressa in Scienze Diplomatiche ed Internazionali. Docente ed analista geopolitico.

² *Center for Disease Control and Prevention, National Center for Health Statistics*. Marzo 2024. <https://wonder.cdc.gov/mcd-icd10-expanded.html>.

³ M. R. Spencer, A. M. MININO, M. Warner, *Drug overdose deaths in the US, 2001-2021*. National Center for Health Statistics. <http://dx.doi.org/10.15620/cdc:122556>.

è possibile accedere al mercato illegale delle droghe attraverso il *dark web*⁴. È sorprendentemente facile acquistare non solo le droghe tradizionali ma anche le più potenti sostanze sintetiche, come *fentanyl* e K2⁵: pagamenti in *bitcoin* o criptovalute sono gli strumenti preferiti da questi mercati, grazie alla loro difficile tracciabilità⁶. I bassi costi di produzione dei preparati sintetici rispetto alle droghe estratte dalle piante rappresentano un altro vantaggio per i trafficanti. Per la sintetizzazione di eroina e cocaina il sistema produttivo richiede terra, acqua, manodopera agricola ed esperienza per la coltivazione: elemento che identifica questi traffici come più vulnerabili alla scoperta delle autorità.

Allestire “cucine-laboratorio” per la produzione di *fentanyl* e simili, invece, impegna poco personale e materiali facilmente ricostituibili in altri punti in caso di sequestri da parte delle forze dell’ordine. Ciò rende le organizzazioni criminali interessate in questi traffici, tra cui i cartelli messicani, altamente adattabili e in grado di spostare la produzione da un sito all’altro. Elemento che rende ancora più complicato il contrasto al narcotraffico da parte delle forze dell’ordine⁷. Queste caratteristiche hanno favorito la diffusione su larga scala degli oppioidi e, allo stesso tempo, ne hanno reso più complicato il contrasto.

2. Come arriva il *fentanyl* sul mercato americano

Gli americani sono sempre stati consumatori abituali di sostanze oppiacee: dall’uso fatto dai soldati della guerra di Rivoluzione, all’abuso come unico medicinale esistente come antidolorifico. In ogni caso, mai ci si è trovati di fronte ad una crisi epidemica come quella causata dal *fentanyl*. Negli ultimi anni, Ben Westhoff, nel suo libro-denuncia sulla piaga degli oppioidi, illustra chiaramente il passaggio da semplice medicinale antidolorifico a letale e distruttiva droga.

Abbiamo visto che l’uso del *fentanyl* e sostanze chimiche simili erano prescritte dai medici nella cura del dolore: pertanto, sotto stretta osservazione medica, la questione era controllata. Durante gli anni ‘90 un nuovo approccio alla medicina americana incentrata sul desiderio di trattare i pazienti in modo più umano, cambia lo scenario. Il dolore viene annoverato, tra gli altri, come segno vitale nella cura dei pazienti: quindi, se le rassicurazioni scientifiche precedenti garantivano un uso controllato degli oppioidi, i pazienti potevano essere supportati nella terapia del dolore in modo più significativo e non consegnati alla sofferenza acuta.

Le compagnie farmaceutiche guardano con vivo interesse a quella che considerano un’opportunità che farà la loro fortuna. In particolare la *Purdue Pharma*, produttrice di *oxy-contin*, diventa milionaria grazie a questo cambio di prospettiva: le prescrizioni mediche aumentano sensibilmente e si estendono i casi in cui queste sostanze vengono prescritte. A peggiorare il quadro, insiste la brevità della durata degli effetti antidolorifici, per cui le richieste si moltiplicano. E se non la si riesce ad ottenere tramite i canali ordinari, facilmente si accede ad altre vie e ai mercati illegali. O si migra verso altre sostanze, più facilmente reperibili.

Sebbene venga imposta una stretta al traffico delle sostanze psicoattive degli anni 2000, rendendo più difficili da ottenere le prescrizioni per gli oppiacei, il *fentanyl* diventa la via di fuga più semplice per sopperire alla mancanza. Avallata dal discutibile comportamento delle compagnie farmaceutiche interessate che, per incrementare i fatturati, dispensavano regalie varie ai medici prescrittori.

Il *fentanyl* è spesso tagliato con altre sostanze e confezionato in pillole simili a quelle legali, adottando sistemi e procedure di produzione che stampano il logo delle case farmaceutiche, rendendole indistinguibili dalle originali⁸.

⁴ Uno dei principali siti di vendita illegali sul *darkweb* fino al 2023 è stato AlphaBay, attivo sin dal 2014.

J. CAULKINS, P. SCHICKER, H. BRINTON MILWARD, P. REUTER “*A detailed study of a prominent dark web fentanyl trafficking organization*” 08 Dec 2023 Taylor & Francis.

⁵ Miscela di erbe essiccate alle quali vengono aggiunte sostanze psicoattive create in laboratorio, progettate per dare un effetto simile a quello della Cannabis.

⁶ B. WESTHOFF, *Fentanyl, Inc.: how rogue chemists are creating the deadliest wave of the opioid epidemic*, 2019.

⁷ AD Analisi Difesa, *Fentanyl: droga letale e minaccia per la sicurezza nazionale*, 2024.

⁸ B. WESTHOFF, *Fentanyl Inc.:... op. cit.*

Ma come nasce il *fentanyl*?

È il frutto di un esperimento scientifico che Janssen, un chimico belga, mette a punto nel 1959, con l'obiettivo di creare un nuovo analgesico alternativo alla morfina. Il suo prodotto risulta particolarmente efficace in quanto il meccanismo di sospensione del dolore è molto più rapido della morfina e non ha, come effetto collaterale, la nausea. Ma fin da subito il potenziale letale del *fentanyl* viene riconosciuto e, nel 1964, messo sotto il controllo internazionale delle Nazioni Unite. Nonostante ciò si sviluppano e arrivano sul mercato sostanze analoghe, come il *sufentanil* e il *carfentanyl*, il più potente composto del *fentanyl* mai creato, con l'intento di aggirare i controlli: la struttura chimica simile, ma non uguale, non è indicativa della possibilità di procurare gli stessi effetti delle altre droghe. Pertanto, il troppo labile confine tra ciò che è legale e ciò che non lo è, aumenta la diffusione di questi potenti strumenti di morte.

3. Le rotte del traffico e i cartelli messicani

Ma come sono arrivate queste nuove sostanze psicoattive negli USA? Le rotte del *fentanyl* passano per le "cucine" messicane e guatemalteche: il cartello di Sinaloa e quello di Jalisco Nuova Generazione (CJNG) sono i principali produttori e trafficanti di *fentanyl* che lavorano i precursori chimici che provengono prevalentemente dalla Cina. Arrivano in laboratori debitamente predisposti dai cartelli, i quali hanno sviluppato le infrastrutture necessarie alla lavorazione delle droghe sintetiche, prima con le metanfetamine, poi con il *fentanyl*.

I cartelli messicani rappresentano le principali organizzazioni criminali in Messico, nonché le più pericolose. Controllano i siti di produzione clandestini e i traffici all'interno del paese e i corridoi di contrabbando negli USA, mantenendo grandi network di collegamento nelle città americane lungo la costa occidentale. Sono definite organizzazioni criminali transnazionali in quanto non si configurano solo come produttori e trafficanti di droga ma sono coinvolti in una serie di attività come il traffico di armi, il riciclaggio di denaro sporco, estorsioni e corruzione che si estendono nei mercati dell'Europa, dell'Africa e dell'Asia⁹.

3.1. Il cartello di Sinaloa

Il cartello di Sinaloa è una delle organizzazioni criminali veterane più prolifiche nel traffico di stupefacenti. Gestiscono quotidianamente il commercio del *fentanyl* e delle altre sostanze verso gli USA, dai piccoli quantitativi trasportate dai "muli" umani a migliaia di chili mescolati a merci commerciali trasferiti da autoarticolati.

La struttura organizzativa del cartello di Sinaloa prevede un modello "a ombrello", comprendente quattro gruppi separati ma che collaborano costantemente per la produttività del sistema. Questa particolare configurazione conferisce ai gruppi il vantaggio di condividere risorse - rotte di contrabbando, contatti, accessi ai fornitori dei prodotti chimici - e, allo stesso tempo, di non rispondere ad un unico leader. I quattro gruppi sono diretti da:

- "Los Chapitos", figli di Joaquin "El Chapo" Guzman-Loera;
- Ismael "El mayo" Zambada Garcia;
- Aureliano "El Guano", fratello di Joaquin "El Chapo";
- Rafael Caro Quintero.

Nella realtà, lotte intestine e fluttuanti alleanze tra i vari gruppi mettono in crisi l'efficacia di questo modello organizzativo. "Los Chapitos" sono al centro di una faida interna contro l'ex partner del loro padre, Ismael Zambada Garcia, che ha co-gestito il cartello per oltre 30 anni, ora in precarie condizioni fisiche. Rafael Caro Quintero, fondatore del cartello di Guadalajara, è stato condannato in Messico a 40 anni di carcere ma rilasciato per motivi procedurali dopo 28. Nel luglio del 2022 è stato riarrestato: da allora i Los Chapitos combattono contro la sua organizzazione per il controllo di una

⁹ DEA, *National Drug Threat Assessment*, U.S. Department of Justice, 2024.

regione, Sonora, cruciale per l'economia del cartello, come rotta fondamentale del traffico che giunge al confine con l'Arizona.

Considerati i pionieri del commercio di *fentanyl* e delle altre droghe sintetiche, dominano il mercato attraverso la sofisticazione della catena di approvvigionamento globale e alla dislocazione di laboratori clandestini per la produzione di *fentanyl* e altri preparati sintetici. Sebbene il cartello di Sinaloa abbia prodotto importanti quantità di *fentanyl* almeno dal 2012, è alla fazione dei Los Chapitos che si deve l'identificazione di questo traffico come principale business del cartello. Cominciato con la creazione di laboratori nascosti tra le montagne di Sinaloa, oggi controllano siti in tutto il Messico e immettono sul mercato americano fiumi di *fentanyl* in pillole e polvere.

Tutto questo non sarebbe possibile senza una porta d'accesso ai precursori chimici necessari alla produzione di *fentanyl*. Nonostante regolamenti stringenti, divieti di importazione ed accordi bilaterali siglati tra Cina, Stati Uniti e Messico per il controllo del traffico dei precursori chimici, la lunga esperienza del cartello messicano permette di eludere tali restrizioni, assicurando il costante flusso delle materie prime, necessarie alla produzione del *fentanyl*. Le tattiche sono variegata: dall'occultare sostanze tra beni commerciali comuni, all'etichettare in modo errato i carichi, all'utilizzare società di facciata per conferire un'apparenza di legittimità all'attività, allo stipulare contratti con broker, siti in Messico, che non hanno alcun legame con i cartelli della droga, per acquistare direttamente dalla Cina¹⁰.

Per poter far approdare sulle coste messicane i precursori chimici necessari alla produzione, i porti rappresentano le infrastrutture cruciali del narcotraffico. Il porto di Mazatlan, sulla costa Pacifica del Messico è interamente controllato dal cartello di Sinaloa, al punto che le altre organizzazioni criminali pagano una "tassa" per l'uso e il passaggio dal porto. Una lunga storia di alleanze e collaborazioni con esponenti di governo corrotti, garantisce i contatti logistici negli altri porti marittimi su entrambe le coste del Messico. Strategico è anche il porto di Manzanillo per la sua posizione sulla costa centrale del Pacifico, come centro di scambio di merci commerciali: numerose società di autotrasporti, complici, collaborano con il cartello per trasferire le droghe e i precursori alle città dell'entroterra.

Sebbene possa apparire per certi versi suggestivo e anacronistico, il cartello utilizza anche i tunnel di confine per fare entrare la droga negli Stati Uniti. La maggior parte di queste strutture fa parte dei sistemi fognari e idrici delle città sul confine messicano: i tunnel iniziano sotto un'abitazione o un'attività commerciale sul lato messicano del confine e terminano sotto un'area industriale negli Stati Uniti dove l'uscita e il passaggio di autoarticolati non è motivo di sospetto. Le forze dell'ordine statunitensi hanno sviluppato sofisticati strumenti per individuare i tunnel sotterranei al fine di costituire un deterrente all'impiego di tali rotte.

3.2. Il cartello di Jalisco

Il cartello di Jalisco (o Cartello di Jalisco di Nuova Generazione, CJNG) è un'altra delle organizzazioni criminali dedite al narcotraffico più potenti e spietate del Messico, insieme al cartello di Sinaloa.

Organizzato in una struttura di comando basata su un modello di *franchising*, risponde alla gestione di Ruben "El Mencho" Oseguera Cervantes e di un piccolo gruppo di capi che riferiscono direttamente al Mencho. Ad un livello più basso si colloca un'altra brigata di boss che gestisce la rete a livello regionale. Il modello di franchising consente a ciascun gruppo di essere semi indipendente nelle proprie operazioni, a condizione che si rispettino le direttive generali del cartello. Questa struttura organizzativa permette, inoltre, di estendere la rete, data la facilità di creare nuovi affiliati. Allo stesso tempo, la possibilità di intrecciare alleanze con altri gruppi, anche in opposizione al marchio centrale, rappresenta la principale debolezza del modello.

¹⁰ DEA, *National Drug Threat Assessment*, cit.

Sebbene il cartello di Jalisco non possa eguagliare la capacità produttiva di *fentanyl* del cartello di Sinaloa, esso ha contribuito, in maniera significativa, ad inondare le strade delle città americane del potente oppioide, spesso mixato con altre sostanze, come eroina, cocaina e xilazina¹¹. Controlla una rete estensiva delle rotte di contrabbando negli Stati Uniti e dei centri di distribuzione nelle maggiori città americane, come Atlanta, in Georgia. L'approvvigionamento dei precursori chimici per la fabbricazione del *fentanyl* proviene, per la maggior parte, dalla Cina e, anche se in misura minore, dall'India. Arriva sulle coste del Messico via aerea o attraverso semplici spedizioni postali, oltre che via mare: per questo motivo, anche per il cartello di Jalisco, i porti rappresentano un'infrastruttura strategica necessaria per la gestione dei traffici verso le destinazioni in tutto il mondo. Il controllo dei porti, tra cui Manzanillo e Lazaro Cardenas sulla costa Pacifica del Messico, ottenuto tramite la proliferazione di legami corruttivi, l'intimidazione e l'estorsione nei confronti di funzionari portuali governativi e privati, garantisce la sicurezza e la consegna delle proprie spedizioni.

Per agevolare il trasferimento della droga attraverso il confine sud occidentale verso gli USA, il cartello di Jalisco sfrutta i passaggi di frontiera legali, principalmente con autoarticolati o corrieri con veicoli personali. Si serve della complicità e dell'alleanza con piccoli gruppi criminali locali che controllano la zona, garantendosi una forma di protezione da furti o sequestri da parte delle forze dell'ordine. Come ogni altro gruppo della criminalità organizzata, il cartello di Jalisco è coinvolto in altre attività illegali che rappresentano le principali fonti di finanziamento: in particolare, il furto di carburante dagli oleodotti (che poi rivende), le estorsioni ai coltivatori di agave e avocado, ai funzionari delle carceri e le "tasse" che impone ai contrabbandieri di migranti. Inoltre, gli stretti legami familiari con Los Cuinis, potente organizzazione criminale coinvolta in attività di riciclaggio di denaro per oltre un decennio, conferisce al cartello di Jalisco un vantaggio competitivo sulle altre organizzazioni del narcotraffico.

Le violenze settarie tra i cartelli, per il mantenimento dei canali di controllo dei traffici, creano notevoli disordini nel Paese: episodi sanguinari, quasi quotidiani, di una serie di atti violenti stilano un bollettino di guerra fatto di omicidi, agguati, sparizioni, torture in violazione dei più elementari diritti umani. Si parla di veri e propri eserciti con capacità di fuoco notevoli e talvolta persino superiori a quelle delle forze di sicurezza messicane. Anche il livello della violenza perpetrata è significativa, con massacri indiscriminati ed esposizione dei cadaveri in pubblico, allo scopo di affermare la propria forza ed intimidire le fazioni rivali. Nel 2021 gli omicidi in Messico sono stati 33.038, oltre 91 al giorno; negli anni precedenti si registrano dati addirittura peggiori¹².

4. Le posizioni di Washington e Pechino

Come visto precedentemente, i precursori chimici provenienti dalla Cina, rappresentano l'elemento chiave della catena di approvvigionamento nella produzione e distribuzione di *fentanyl* negli Stati Uniti.

L'amministrazione americana da tempo fa pressioni sul governo cinese affinché intensifichi i controlli sulla produzione delle sostanze in questione; la regolamentazione, però, è spesso debole e complicata dall'estrema frammentazione dell'organizzazione amministrativa cinese. Nel 2017, su richiesta americana, le autorità cinesi hanno posto sotto controllo 39 nuove sostanze psicoattive derivate dal *fentanyl*: ma, come spesso succede, il mercato illegale elude il divieto facilmente. Modificando, anche di poco, la struttura chimica del *fentanyl*, si creano nuove sostanze per sfuggire ai controlli. L'opacità dei contesti normativi e spesso delle posizioni governative agevolano, poi, la diffusione del fenomeno già considerato in fase metastasica.

Nel 2023 l'incontro tra il presidente americano Biden e il leader cinese Xi Jinping cerca di stemperare le tensioni tra i due Paesi e di riprendere la cooperazione sulla questione. Disponibilità

¹¹ Sedativo miorilassante ed analgesico iniettabile, usato in veterinaria. Alle conseguenze simili a quelle degli oppioidi, si aggiunge un'importante tossicità sui tessuti molli, con profonde ulcere e infezioni necrotizzanti, da cui il nome "droga degli zombie".

¹² A. GAIARDONI, *I sepolti senza nome del Messico e l'ondata di criminalità*, 2022, ilbolive.unipd.it.

ritrovata dopo più di due anni in cui il Dragone ha negato responsabilità dirette nella gestione delle attività di produzione e commercio di *fentanyl*, imputando, piuttosto, al governo americano l'incapacità di contenere una crisi tutta interna al Paese¹³. Nell'ambito della rinnovata cooperazione viene creato un gruppo di lavoro congiunto sulla lotta agli stupefacenti con l'obiettivo di monitorare le esportazioni di farmaci precursori. Sulla stessa linea si colloca la positiva azione del governo cinese finalizzata alla cancellazione di siti coinvolti nel commercio di precursori, ottenendo in cambio la rimozione delle sanzioni, da parte americana, dall'Istituto di Scienze Forensi in Cina, accusato di complicità nella violazione dei diritti umani nel Xinjiang.

Non è possibile delineare certezze in un mercato illegale così complesso, proprio di una materia estremamente *sensitive*, ma una delle teorie più accreditate vedrebbe lo sfruttamento delle negoziazioni sul *fentanyl* come uno strumento di *soft power*, utilizzato dal governo cinese per il raggiungimento dei propri obiettivi. Una lettura più radicale addirittura un ruolo attivo e deliberato della Cina nell'usare la crisi del *fentanyl* per sfiancare il suo rivale dall'interno. Una nuova guerra dell'oppio, stavolta a parti invertite, in chiave moderna¹⁴.

4.1. Un necessario *flashback* per capire: le prime guerre dell'oppio

Nella prima metà dell'Ottocento l'Inghilterra, nonostante incarnasse il primato imperiale dell'Occidente, deteneva un deficit commerciale con la Cina che esportava in Europa sete e porcellane cinesi sui mercati europei. Il commercio del tè cinese, in particolare, convogliava fiumi di argento dalle casse britanniche verso l'Impero Celeste. Dall'altro lato, l'Inghilterra non importava nulla a causa di una politica cinese che si considerava autosufficiente e piuttosto schiva nelle relazioni con l'estero. Di fronte a tale situazione e al rifiuto di allentare le tasse sul tè e di aprire il mercato anche ai prodotti inglesi, l'Impero britannico pensò di usare l'oppio come strumento per penetrare il mercato cinese. Già diffuso da lungo tempo per scopi terapeutici, era tornato di moda, nonostante il divieto, prima tra le classi più abbienti, poi al resto della popolazione, favorendo la diffusione di un elevato livello di tossicodipendenza nella società cinese.

Nonostante le politiche proibizioniste della dinastia Qing nel tentativo di arginare il fenomeno e limitare l'accesso ai mercanti europei, il business dell'oppio continuava a prosperare, anticipando schemi noti fino a noi: i narcotrafficcanti generano quantità di ricchezze tali da manipolare facilmente controlli e controllori.

Stavolta la bilancia commerciale registrava un segno positivo per l'Impero britannico che aveva, come obiettivo primario, il mantenimento della sua supremazia nel mondo. In questo contesto scoppierà la prima guerra dell'oppio, nel 1839, la cui sconfitta cinese con il Trattato di Nanchino piegherà il Paese a pesanti condizioni di resa. A questa seguirà una seconda guerra dell'oppio, dal 1856 al 1860. Da allora la Cina sarà soggetta alla brutale superiorità europea, sonoramente dimostrata con sempre nuove imposizioni e sconfitte, tali da inaugurare quello che per la Cina è considerato il secolo delle umiliazioni.

¹³ *Foreign Policy, Washington and Beijing Don't Understand Each Other's Fentanyl Positions*, 2024. <https://foreignpolicy.com/2024/08/27/china-us-fentanyl-crisis-perceptions-drug-trafficking/>.

¹⁴ *The CCP's role in the fentanyl crisis - US Congress 2024*;
Fentanyl Flow to the United States - DEA 2020;
Fentanyl and geopolitics, Controlling opioid supply from China, Brookings Institution 2020;
Understanding the global opioid crises, UNODC, 2019.
Council of Foreign Relations, America's Fentanyl Epidemic: the China connection, 2023.

5. Iniziative internazionali di contrasto ai traffici. Il quadro europeo e italiano

Dal 2012 l'Osservatorio Europeo delle Droghe e della Tossicodipendenza (*European Monitoring Centre for Drug and Drug Addiction*, EMCDDA) ha segnalato in Europa un aumento significativo della presenza di *fentanyl* e suoi analoghi sul mercato illecito. È stata anche evidenziata la presenza, su territorio europeo, di laboratori clandestini per la produzione di *fentanyl*¹⁵.

Nel 2021 l'Osservatorio ha registrato 137 decessi associati al *fentanyl*: 88 in Germania, 18 in Lituania, 9 in Austria, 6 in Danimarca e Finlandia, 2 in Slovenia e Portogallo, 1 in Ungheria e in Lettonia. Il livello di concentrazione estremamente basso rilevato, sia nei casi di intossicazione che di decesso, rende complesso l'accertamento nella maggior parte degli eventi analizzati; pertanto è da considerare la possibilità che il fenomeno sia sottostimato. Inoltre la commercializzazione del prodotto in volumi ridotti e mescolata a merci legali, ne complica la scoperta e il contrasto.

Sebbene i dati non registrino situazioni allarmanti, risulta necessario monitorare con attenzione il fenomeno in quanto minaccia potenziale, capace di incidere in modo rilevante sulla salute e la sicurezza europea nel breve e lungo periodo.

Notevoli sono state le operazioni di contrasto messe in atto per fronteggiare il fenomeno.

L'Operazione Pangea dell'Interpol nel 2017 si è focalizzata sul commercio illecito di antidolorifici, in particolare il *fentanyl*. In diversi paesi si sono verificati sequestri di questa sostanza, acquistata da farmacie online illegali. Inoltre, numerosi siti web che vendevano esclusivamente la droga, sono stati chiusi, tra cui uno chiamato "Dove comprare *fentanyl* senza prescrizione". L'operazione ha puntato anche le principali aree sfruttate dalla criminalità organizzata nel commercio illegale di farmaci online: sistemi di pagamento elettronico illeciti, nomi di dominio fasulli, reti di consegna illegali. Chiusi anche siti di social media che pubblicizzavano o vendevano illegalmente medicinali.

Ciò che rileva, in particolare, l'operazione Pangea è la tendenza in crescita nella proliferazione delle farmacie online non autorizzate e non regolamentate che fanno leva sulla sempre crescente domanda di consumatori in tutto il mondo¹⁶.

Anche la più recente operazione *Lionfish Hurricane* del 2024 ha portato a 206 arresti dopo aver preso di mira le reti di narcotraffico che si estendono in Sud America, Africa e in Europa. Il sequestro senza precedenti di 505 tonnellate di precursori chimici utilizzati per la produzione di droghe e esplosivi, conferma la crescita di gruppi criminali organizzati transnazionali e la loro elevata capacità produttiva. In questa direzione va il progetto Mayag che mira a rafforzare la cooperazione internazionale e a scardinare le organizzazioni criminali coinvolte nel traffico di droghe sintetiche e di farmaci contraffatti, contenenti stupefacenti illeciti¹⁷. In riferimento ai precursori chimici anche le Nazioni Unite con un'apposita Convenzione Internazionale del 1988, hanno stilato elenchi organizzati in apposite tabelle, al fine di regolamentare, in modo più efficace, il commercio lecito e agevolare il contrasto di quello illegale.

In Italia, tra il 2018 e il 2023, le attività delle forze di polizia hanno portato al sequestro di 123,7 grammi di *fentanyl* in polvere, 28 dosi in pillole e 37 altre confezioni.

Nel Piano Nazionale di Prevenzione¹⁸ contro l'uso improprio di *fentanyl* e di altri oppioidi del Dipartimento Politiche Antidroga si evidenzia come il canale preferenziale di spaccio sia il web: le modalità estremamente semplificate di promozione e vendita di sostanze, spesso recapitate direttamente a domicilio in comuni plichi postali, rendono la gestione e la diffusione delle stesse, autonoma e quindi di difficile controllo. Restano comunque anche le più "tradizionali" rotte dei

¹⁵ Piano Nazionale di Prevenzione contro l'uso improprio di *fentanyl* e di altri oppioidi sintetici, Dipartimento Politiche Antidroga, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2024.

¹⁶ Interpol, *Millions of medicines seized in largest Interpol operation against illicit online pharmacies*, 25.09.2017 <https://www.interpol.int/en/News-and-Events/News/2017/Millions-of-medicines-seized-in-largest-INTERPOL-operation-against-illicit-online-pharmacies#:~:text=A%20record%20number%20of%202025,to%20overdoses%20and%20death%20worldwide>.

¹⁷ <https://www.interpol.int/Crimes/Drug-trafficking/Drugs-projects/Project-Mayag>.

¹⁸ Piano Nazionale di Prevenzione contro l'uso improprio di *fentanyl*...cit.

traffici, via aerea e via terra, come canale di ingresso nel nostro Paese. I paesi di origine dai quali nel 2023 è arrivata via aerea la maggiore quantità di droghe sintetiche (in kg) sono la Nigeria e il Messico, mentre via terra la provenienza è dal Belgio e dai Paesi Bassi.

Il Decreto del 30 giugno del Ministero della Salute, in vigore dal 28 luglio 2020, ha definitivamente inserito nella Tabella I delle sostanze stupefacenti e psicotrope il *fentanyl* e tutti gli analoghi derivati, specificando in modo dettagliato le caratteristiche strutturali dei fentanili, al fine di semplificare il lavoro di identificazione delle sostanze nelle attività di prevenzione e controllo.

Nell'ambito delle attività di indagine si evidenzia l'operazione "PAINKILLER" della Guardia di Finanza di Piacenza, in collaborazione con la DEA americana, nel novembre 2023 in cui un intermediario piacentino acquistava stupefacenti da Cina e India per poi rivenderli in America, attraverso corrieri privati e ricevendo pagamenti in criptovalute. Contemporaneamente si faceva spedire libri dall'America sulle cui pagine spruzzava *fentanyl* sotto forma di gas liquido; poi li spediva direttamente ad un noto narcotrafficante in un carcere in Ohio che, per consumarla, doveva semplicemente mangiare le pagine di quei libri¹⁹.

Data la presidenza italiana del G7 dal 1° gennaio 2024 il tema del *fentanyl* è stato inserito anche nell'agenda delle questioni strategiche del forum internazionale. Si afferma, infatti, nella Dichiarazione del leader del G7 «*l'impegno congiunto per combattere la produzione, la distribuzione e la vendita di droghe sintetiche illecite e le reti criminali che trafficano queste droghe, che hanno un impatto negativo sulla salute, sulla sicurezza e sul benessere dei nostri cittadini e delle persone di tutto il mondo. Tali farmaci, in particolare gli oppioidi sintetici come il fentanyl, i suoi analoghi e i nitazeni²⁰, rappresentano una grave e crescente emergenza sanitaria pubblica, che provoca centinaia di morti e ha un impatto devastante sulle nostre comunità ed economie²¹*».

I Paesi del G7 si impegnano, altresì, a collaborare:

- per demolire le reti del traffico di droga e relative forme di finanziamento, anche con strumenti giudiziari e legali;
- amputare i centri di produzione e fornitura delle droghe sintetiche e loro precursori chimici;
- rafforzare la regolamentazione internazionale dei farmaci pericolosi.

Tutto questo attraverso la cooperazione con gli uffici delle Nazioni Unite, dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, di Europol e Eurojust al fine di coordinare le attività di contrasto nella medesima direzione.

Da ultimo occorre rilevare, su iniziativa del governo italiano, un'importante attività di monitoraggio e approfondimento del fenomeno di diffusione di *fentanyl* e fentanili. È stato presentato lo scorso 12 marzo 2024 il già citato Piano Nazionale contro l'uso improprio di *fentanyl* e di altri oppioidi sintetici, coordinato dal Dipartimento delle Politiche Antidroga della Presidenza del Consiglio dei Ministri, frutto dell'attività sinergica di diversi attori istituzionali costantemente impegnati nella lotta alla diffusione di sostanze stupefacenti. Tale documento racchiude un piano di attività di prevenzione del fenomeno e la gestione di un'eventuale emergenza per il contenimento dei danni da intossicazioni da oppioidi.

6. Conclusioni

Il percorso di questa ricerca ha cercato di segnare alcuni punti fermi nella comprensione del fenomeno della crisi americana da oppioidi.

L'analisi dei dati relativi alla produzione e alla diffusione del *fentanyl*, il tracciamento delle rotte e degli *hub* di scambio e le posizioni dei principali attori in gioco, non possono prescindere da alcune considerazioni di natura socioeconomica relative al tessuto sociale americano.

Gli effetti della crisi economica scoppiata nella seconda metà del secolo scorso hanno intaccato la *rust belt* americana, letteralmente la "cintura di ruggine", compresa tra la regione dei

¹⁹ G. CRISTINI, *Il grande gioco, La China Girl che manda in overdose gli Stati Uniti*, 2024, *One podcast original*.

²⁰ Derivati del *fentanyl* con effetti ancora più potenti.

²¹ <https://www.governo.it/it/articolo/dichiarazione-dei-leader-g7-sulle-minacce-legate-alle-droghe-sintetiche/25536>.

Grandi Laghi fino al Midwest, storica area che fino agli anni '50 rappresentava il centro dell'industrializzazione americana. Con la decisione di delocalizzare la manifattura nei Paesi in via di Sviluppo per contrarre i costi di produzione, molte fabbriche locali sono fallite, conseguenza dell'impoverimento delle città, di un lento ma inesorabile spopolamento di intere regioni fino al definitivo tracollo economico.

Le periferie sempre più depauperate e sterili, rese incapaci di offrire stimoli economici e culturali ad una classe operaia privata di obiettivi e prospettive, contribuiscono a plasmare in modo cruciale la sensibilità e l'esperienza della sofferenza, sensibilmente aumentata negli ultimi decenni. In linea di continuità con il già citato cambio di approccio medico, il trattamento e la gestione del dolore hanno assunto connotati oggettivi, quasi tecnici. La società moderna lo ha spogliato del carattere di ineluttabilità da sempre connaturato nell'esistenza umana, per trattarlo come criticità da affrontare con urgenza e con qualsiasi strumento.

Sullo sfondo il disagio occupazionale, la perdita di prospettive e la lacerazione delle reti sociali, acuiscono la percezione del disorientamento del cittadino medio americano. Terreno fertile all'infiltrazione e alla diffusione delle vecchie e delle nuove sostanze.

Tali considerazioni di contesto chiudono il cerchio intorno a quest'analisi che cerca di fornire alcuni strumenti per la comprensione di un fenomeno da attenzionare anche nel nostro Paese.

Ma come?

Elevare i livelli di vigilanza sui sistemi di produzione e sui traffici del *fentanyl* (e dei suoi derivati) si pone come priorità strategica per tutte le iniziative di contrasto istituzionali, nazionali e internazionali.

Allo stesso modo risulta necessario incrementare la cooperazione tra le forze di polizia dei vari Stati, al fine di garantire un'azione sinergica al contrasto delle attività illecite.

Da ultimo, ma non per importanza, intensificare le campagne di informazione, come quella americana "*One pill can kill*", estese ai vari livelli della società, dall'istruzione, alla famiglia, alle comunità locali, rappresenta uno strumento significativo di prevenzione del fenomeno e di sviluppo di una sempre maggiore consapevolezza circa la pericolosità di tali sostanze.

The duty to take into account foreseeable reverberating effects in contemporary armed conflicts

*L'obbligo di tenere conto degli effetti riverberanti prevedibili
nei conflitti armati contemporanei*

Mara Tignino¹

Summary: 1. Introduction. – 2. The definition of reverberating impacts. – 3. Examples of reverberating effects. – 4. The protection of the environment in armed conflict. – 5. The duty to take into account foreseeable reverberating effects as part of the principles of proportionality and precautions. – 6. Key features of the duty to take into account foreseeable reverberating effects in proportionality assessment and precautionary measures. – 7. Criteria for determining the reasonable nature of a foreseeable impact. – 8. Final remarks.

Abstract: In hard law instruments of international humanitarian law, such as treaties and conventions, there is no explicit reference to the concept of reverberating effects related to a military attack. However, the notion of incidental loss of civilian life, injury to civilians, or damage to civilian objects, as stated in the principle of proportionality, is to be interpreted by military forces to include the concept of reverberating impacts. Additionally, under the principle of precautions, the obligation to take constant care to spare civilians and civilian objects must also be applied by military commanders, including an assessment of the reverberating impacts that may result from an attack. This paper aims to examine the key features of the obligation to consider the foreseeable reverberating impacts of a military attack on civilians and civilian objects. It will also explore some of the criteria to consider for determining the reasonable and foreseeable nature of the impacts caused by a lawful or unlawful military attack on civilians.

Abstract: Negli strumenti di diritto internazionale umanitario di tipo *hard law*, come trattati e convenzioni, non vi è alcun riferimento esplicito al concetto di effetti riverberanti correlati a un attacco militare. Tuttavia, la nozione di perdita accidentale di vite umane civili, lesioni a civili o danni a beni civili, come affermato nel principio di proporzionalità, deve essere interpretata dalle forze militari in modo da includere il concetto di impatti riverberanti. Inoltre, in base al principio di precauzione, l'obbligo di prestare costantemente attenzione a risparmiare civili e beni civili deve essere applicato anche dai comandanti militari, inclusa una valutazione degli impatti riverberanti che possono derivare da un attacco. Questo documento mira a esaminare le caratteristiche principali dell'obbligo di considerare i prevedibili impatti riverberanti di un attacco militare a civili e beni civili. Esplorerà inoltre alcuni dei criteri da considerare per determinare la natura ragionevole e prevedibile degli impatti causati da un attacco militare legittimo o illecito a civili.

1. Introduction

Lawful or unlawful attacks against critical civilian infrastructure, such as water and water-related infrastructure, have devastating direct, indirect and cumulative impacts on civilian life and human dignity. Critical civilian infrastructure often provides essential services such as water, sanitation and hygiene which are indispensable for the health and dignity of civilians. These vital services also depend on the proper functioning of water-related infrastructure including electrical facilities. In some cases, critical civilian infrastructure is used for both civilian and military purposes. For example, during the US military campaign in Iraq in the 1990s, aerial forces attacked the Iraqi

¹ Senior Lecturer, Faculty of Law and Global Studies Institute, University of Geneva; Senior International Law Specialist, Geneva Water Hub; Deputy Director of the Platform for International Water Law.

electrical facilities, causing severe harm to civilians. While the facilities were used for both military and civilian purposes, the military attacks, resulted in hospitals losing the energy needed to sustain their operations, and wastewater treatment plants, which provided drinking water, stopped functioning. Targeting electrical facilities in the 1991 Gulf War led to the deaths of between 40,000 and 110,000 civilians due to lack of access to water².

Direct or incidental damage to water and sanitation infrastructure, as well as electrical grids, increase the risks of waterborne diseases³. Moreover, both lawful or unlawful attacks against industrial facilities often have incidental or direct impacts on access to safe drinking water supplies, including freshwater ecosystems providing water to civilians. For instance, the US Collateral Damage Estimation Methodology notes that «[s]pecial consideration must be given to the secondary and tertiary effects» of targeting infrastructure which may have impacts on the natural environment, including freshwater resources. This document points out that such targeting may “present the significant danger of widespread and long-term lethal effects on civilians and non-combatants from ground water contamination, flooding, uncontrollable fire, and spread of disease⁴».

Military attacks against dual-use objects, which are used for both civilian and military purposes, may be illegal under the principles of proportionality and precautions. Water and water-related infrastructure are generally considered civilian objects⁵. However, when they meet the criteria for being classified as military objectives⁶, the principles of proportionality and precautions must be applied⁷. In assessing the proportionality of an attack, a military commander must consider, for example, that the use of explosive weapons in cities increases the civilians’ casualties. In the conduct of hostilities in cities, an important factor to take into account is the interconnection of infrastructure. A reasonable military commander is expected to be aware of the interconnectedness of infrastructure and to foresee the consequences that a military attack against an electrical facility can have on civilians’ access to drinking water⁸.

To prevent or minimize civilian harm, the International Committee of the Red Cross (ICRC)⁹ and scholars¹⁰, from various disciplines, increasingly point out that military commanders have a duty

² M. W. LEWIS, “The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War”, *American Journal of International Law*, Vol. 97, No.3, 2003, p. 506. Alberto Costi, Reverberating effects in armed conflict: an environmental analysis”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, n° 2, 2022, p. 319.

³ ICRC, *Urban Services during Protracted Armed Conflict: A Call for a Better Approach to Assisting Affected People*, Geneva, 2015, p. 31. See also: W. BOOTHBY, *The Law of Targeting*, Oxford, University Press, Oxford, 2012, p. 502.

⁴ US Chairman of the Joint Chiefs of Staff Instruction, No-Strike and the Collateral Damage Estimation Methodology, CJCSI 3160.01, 2009, p. D-A-33.

⁵ M. TIGNINO, O. IRMAKKESEN WESTENDORFF, *The Geneva List of Principles on the Protection of Water Infrastructure: An Assessment and the Way Forward*. Leiden, Brill, 2020.), p. 26. Principle 6, entitled “Attacks against Water Infrastructure and Water-Related Infrastructure” states that “Water infrastructure and water-related infrastructure are presumed to be civilian objects and, in such case, must not be attacked”.

⁶ See Rule 8 of Customary International Humanitarian Law.

⁷ M. TIGNINO, O. IRMAKKESEN WESTENDORFF, *The Geneva List of Principles on the Protection of Water Infrastructure: An Assessment and the Way Forward*. Leiden, Brill, 2020.), pp. 30-42. See Principles on Proportionality in Attack (Principle 9), Precautions in Attack (Principle 10) and Precautions against the Effects of Attacks (Principle 11)

⁸ I. HENDERSON & K. REECE, “Proportionality under International Humanitarian Law: The “Reasonable Military Commander” Standard and Reverberating Effects”, *Vanderblit Journal of Transnational Law*, vol. 51: 835, 2018, p.847.

⁹ ICRC, *Urban Services during Protracted Armed Conflict: A Call for a Better Approach to Assisting Affected People*, Geneva, 2015.

¹⁰ M. SASSÒLI and L. CAMERON, “The Protection of Civilian Objects: Current State of the Law and Issues de Lege Ferenda”, in N. RONZITTI and G. VENTURINI (eds), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2006, p. 65; I. ROBINSON and E. NOHLE, “Proportionality and precautions in attack: the reverberating effects of using explosive weapons in populated areas”, *International Review of the Red Cross*, vol. 98, n°1, 2016, pp. 107-145; M. ZEITOUN and M. TALHAMI, “The impact of explosive weapons on urban services: Direct and reverberating effects across space and time”, *International Review of the Red Cross*, vol. 98, n° 1, 2016, pp. 53-70; M. TALHAMI and M. ZEITOUN, “The impact of attacks on urban services: Reverberating effects of damage to water and wastewater systems on infectious disease”, *International Review of the Red Cross*, n° 915, 2020, pp. 1293-1325, E. WEINTHAL and J. SOWERS, “Targeting infrastructure and livelihoods in the West Bank and Gaza”, *International Affairs*, 95(2), 2019, pp. 319–340 ; J. SCHILLINGER, G. ÖZEROL, Ş GÜVEN-GRIEMERT, M. HELDEWEG, “Water

to take into account the foreseeable reverberating effects of a military attack on civilians and civilian objects in the planning phase of a military operation. A growing number of policy documents adopted by experts and international institutions refer to an obligation to conduct ex-ante evaluation of foreseeable reverberating effects of an attack in International Humanitarian Law (IHL). Foreseeable reverberating effects must be assessed ex-ante by a military commander in the phase of conception and development of a military operation.

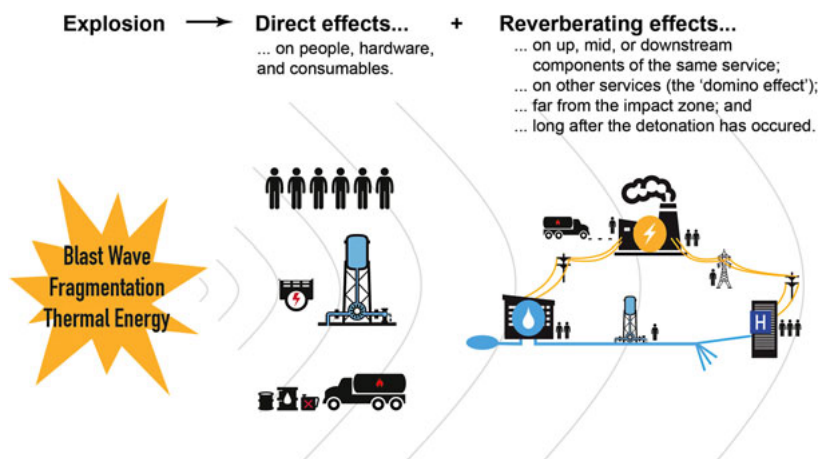
This paper aims to examine the key features of the obligation to consider the foreseeable reverberating impacts of a military attack on civilians and civilian objects. It will also explore criteria for determining the reasonable and foreseeable nature of the impacts caused by lawful or unlawful military attacks on civilians.

2. The definition of reverberating impacts

There is not a general and accepted legal definition of reverberating impacts. Such impacts are often far-reaching, for example, some experts have highlighted the indirect impacts of attacks against computer networks¹¹ or electrical facilities¹². Based on existing practice, reverberating impacts are those that are not directly related to an attack such as the blast wave of an explosion. Reverberating impacts are commonly understood as those effects “that do not immediately materialize from the kinetic or non-kinetic force of an attack. Instead, these indirect effects are often delayed by hours, days, weeks, months, or even years after the attack and can be geographically widespread¹³”. Moreover, reverberating impacts:

«Can occur long after the attack, as when a civilian is injured by unexploded cluster submunitions months or years after they were employed in an attack. The harm can occur in a single causal step [...] or in a number of steps, as when an attack damages an object providing vital services to the civilian population, such as an electricity generation and distribution system, which in turn prevents water purification systems from operating, leading to an outbreak of waterborne diseases among the civilian population¹⁴».

The figure below illustrates the direct and reverberating effects caused by an explosion.



in war: Understanding the impacts of armed conflict on water resources and their management”, *Interdisciplinary Wiley Reviews, Water*, 2020.

¹¹ Michael N. SCHMITT, “*Wired Warfare: Computer Network Attack and Jus in Bello*”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 846, 2002, p. 392.

¹² M. SASSOLI and L. CAMERON, “*The Protection of Civilian Objects: Current State of the Law and Issues de Lege Ferenda*”, in N. RONZITTI and G. VENTURINI (eds), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2006, p. 65.

¹³ I. HENDERSON & K. REECE, “*Proportionality under International Humanitarian Law: The ‘Reasonable Military Commander’ Standard and Reverberating Effects*”, *Vanderblit Journal of Transnational Law*, vol. 51: 835, 2018, p.847.

¹⁴ E. C. GILLARD, *Proportionality in the Conduct of Hostilities The Incidental Harm Side of the Assessment*, Chatham House, The Royal Institute of International Affairs, December 2018, p. 18.

Figure 1: Image reproduced by the article Mark Zeitoun and Michael Talhami, “The impact of explosive weapons on urban services: Direct and reverberating effects across space and time”, *International Review of the Red Cross*, 98 (1), 2016, p. 59.

3. Examples of reverberating effects

The impacts of a military attack go well beyond the blast wave caused by explosive weapons. Over the years, international institutions have highlighted the direct, indirect and cumulative repercussions of military operations on the functioning of water, sanitation and health services in urban settings.¹⁵ Armed conflicts significantly affect water supply systems and irrigation infrastructure¹⁶ and children in prolonged conflicts are more likely to die from diseases linked to the lack of clean water than from violence directly related to the conflict.¹⁷ The UN Institute for Disarmament Research (UNIDIR) identifies the damage to installations providing freshwater supplies as one of the key indicators in documenting the harm of explosive weapons in cities.¹⁸ In the armed conflicts in Ukraine and Gaza, attacks against civilian or dual-use objects have devastating impacts on the life of civilians. The destruction of the Nova Khakovka dam and hydroelectric power plant in the Dnieper River is one of the major humanitarian and ecological disasters of the armed conflict in Ukraine. The incident, which resulted in catastrophic flooding, has ravaged multiple villages and flooded thousands of hectares of agricultural land. As a result of the dam’s destruction, the water supply in the region has been severely disrupted or contaminated by heavy pollutants¹⁹. In Gaza, even before the armed conflict, the water supply crisis has persisted for years, with data from 2021 revealing that 90% of the population lacked direct access to clean and safe drinking water and close to 96% of Gaza’s water was deemed unsafe for human consumption²⁰. Shortage of fuel, electricity and other devices needed to purify the water and power for water distributions exacerbated the matter. The scarcity or the absence of clean water has cumulative consequences and elevates the risk of waterborne diseases, including cholera, creating a fertile ground for rapid disease transmission²¹.

As the examples mentioned show, where there is an incidental destruction or damage to a water or water-related infrastructure, reverberating impacts are increasingly foreseeable²². The effects of a military attack can lead to civilian deaths or injuries from waterborne diseases, such as diarrhea and cholera, long after the military attack itself. Civilian deaths or injuries may occur in the long-term, and these impacts are often not accounted in the proportionality assessment of one or multiple military attacks.

¹⁵ See for example: United Nations Environment Programme (UNEP), *Afghanistan: Post-Conflict Environmental Assessment*, 2003, pp. 32–33 and ICRC, *Urban services during protracted armed conflict*, 2015.

¹⁶ C. W. SADOFF, E. BORGOMEIO and D. DE WAAL, *Turbulent Waters: Pursuing Water Security in Fragile Contexts*, World Bank, 2017.

¹⁷ UNICEF, *Water Under Fire Volume 3: Attacks on Water and Sanitation Services in Armed Conflict and the Impacts on Children*, 2021 and ICRC, ‘Having Access to Water Is Increasingly a Matter of Survival in Conflict Zones’, 21 March 2022.

¹⁸ C. WILLE and A. M. BALDO, *Reference Framework: Menu of Indicators to Measure the Reverberating Effects on Civilians from the Use of Explosive Weapons in Populated Areas*, UNIDIR, 2020.

¹⁹ M. TIGNINO, T. KEBEBEW, C. PELLATON, “*International Law and Accountability for the Nova Kakhovka Dam Disaster*”, *Articles of War*, 13 July 2023.

²⁰ Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, “*Allocation of water resources in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*”, 15 October 2021, A/HRC/48/43, para.47.

²¹ M. TIGNINO, T. KEBEBEW, “*Access to Freshwater and Accountability Issues in the Israel-Hamas Armed Conflict*”, *Opinio Juris*, 27 December 2023.

²² Geneva Water Hub, *Fully foreseeable: the reverberating effects of water and health in Gaza*, 2024, <https://www.genevawaterhub.org/resources/fully-foreseeable-reverberating-effects-water-and-health-gaza>.

4. The protection of the environment in armed conflict

Under IHL, water supplies and installations containing dangerous forces such as dams and dikes are protected under Articles 54 and 56 of the Additional Protocol I (AP I) and Articles 14 and 15 of the Additional Protocol II (AP II). Water resources such as rivers and groundwater, are also considered civilian objects and must not be targeted in attacks. When water infrastructure meets the criteria of a military objective, this does not grant an unrestricted license to attack them. Other IHL rules continue to apply such as the prohibitions against indiscriminate and disproportionate attacks, and the rules on precautions in attack and against the effects of attack²³.

Water resources are protected under several rules of IHL. For instance, AP I prohibits «widespread, long-term and severe» harm to the environment²⁴. The Convention on the prohibition of military or any other hostile use of environmental modification techniques (ENMOD), which covers the hydrosphere, adopted instead a disjunctive standard of “widespread, long-lasting or severe” harm²⁵. Other IHL provisions prohibit “extensive”, “unnecessary” or “wanton” destruction of property²⁶. Under customary IHL, in the event of impact to the environment caused by an unlawful or lawful military attack, there is a strict prohibition against the use of certain methods or means of warfare “that are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage²⁷”. Moreover, “the destruction of the natural environment may not be used as a weapon²⁸”.

The International Criminal Court (ICC) Statute, in the context of international armed conflict, criminalizes an attack which is launched with the knowledge that it will cause widespread, long-term, and severe damage to the natural environment, including to water resources, which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated²⁹. The ICC or other international tribunals and courts could consider allegations of intentional destruction of water installations and deliberate contamination of freshwater as part of war crimes, crimes against humanity or genocide. In this regard, the ICC Pre-Trial Chamber, in the Omar Al Bashir case, explored the connection between depriving civilians of means of survival, including access to freshwater and the crime of genocide. The Prosecution contended that Sudanese government forces systematically destroyed essential means of survival, such as food, shelter, crops, and freshwater sources, constituting the deliberate imposition of conditions aimed at the physical destruction of a group. Nevertheless, the Pre-Trial Chamber ultimately concluded that there were insufficient grounds to establish that Omar Al Bashir had the specific intent to destroy a particular group in Darfur³⁰. The deprivation of freshwater could also be part of the crime of starvation, including under ICC Statute, and is strongly condemned by the UN Security Council³¹.

²³ ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts. Building a Culture of Compliance for IHL to Protect the Humanity in Today's and Future Conflicts*, 2024, p.41.

²⁴ Arts 35(3) and 55(1) AP I.

²⁵ Art. 1, Convention on the prohibition of military or any hostile use of environmental modification techniques, 10 December 1976, 1108 UNTS 151.

²⁶ K. HULME, *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*, M. NIHOFF, 2004, p. 142.

²⁷ Rule 45 of the Customary International Humanitarian Law.

²⁸ Rule 45 of the Customary International Humanitarian Law. See also the ICRC, *Guidelines on the protection of the natural environment in armed conflict*, 2020 and the International Law Commission, *Draft Principles on the Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts*, 2022.

²⁹ See Art. 8(2)(b)(iv) ICC Statute.

³⁰ ICC, Pre-Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 March 2009, ICC-02/05-01/09-3, paras. 202-206.

³¹ See Art. 8(2)(b)(xxv) ICC Statute, and for NIACs see amendment under Resolution ICC-ASP/18/ Res. 5; and Security Council Resolution 2573, 27 April 2021, para. 4.

5. The duty to take into account foreseeable reverberating effects as part of the principles of proportionality and precautions

Under IHL, the principle of proportionality prohibits attacks «which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated³²». This principle is of customary nature and applies to parties involved in both international or non-international armed conflict³³. This means that a military commander has to balance “the concrete and direct military advantage anticipated from an attack” with “the expected civilian loss and damage to civilian objects, or a combination thereof”. In this context, it is increasingly accepted by the ICRC³⁴ and scholars³⁵ that a military commander must consider not only the direct impacts but also the reverberating impacts caused by a military attack.

In addition to the principle of proportionality, the principle of precautions also requires that, when planning an attack, a commander must take constant care to avoid harm to the civilian population, individual civilians, and civilian objects, including water infrastructure and related facilities³⁶. The obligation to exercise constant care to protect civilians and civilian objects means that a military commander must take all feasible precautions, including assessing any expected incidental indirect damage from an attack. Such assessment must account not only for the direct impacts of a military attack on civilians but also for any resulting civilian deaths and injuries over time, insofar as these effects are linked to one or multiple attacks.

The duty to consider the foreseeable reverberating effects of an attack under international humanitarian law relies on the principles of proportionality and precautions and its scope is determined by these customary principles of IHL. Thus, proportionality assessments and precautionary measures must include an evaluation of the foreseeable reverberating effects stemming from a military attack. The duty to evaluate foreseeable reverberating effects of an attack must be strictly implemented and applied in accordance with the principles of proportionality and precautions, which are binding on all parties to an armed conflict. As the 2024 Report on Current Challenges in International Humanitarian Law notes:

«Incidental civilian harm is not limited to immediate damage or destruction of civilian objects or injuries and deaths among civilians. It includes all reasonably foreseeable indirect or ‘reverberating’ civilian harm resulting from the destruction or damage (including loss of functionality) of the targeted objects. Many of these indirect or reverberating effects are well-documented now and entirely foreseeable³⁷».

The 2024 ICRC Report on Current Challenges clearly indicates that many reverberating impacts are today fully foreseeable in contemporary armed conflicts.

³² Rule 14, Customary International Humanitarian Law.

³³ Rule 14, Customary International Humanitarian Law.

³⁴ ICRC, *Explosive Weapons in Populated Areas: Humanitarian, Legal, Technical and Military Aspects*, Geneva, 2015; ICRC, *Urban Services during Protracted Armed Conflict: A Call for a Better Approach to Assisting Affected People*, Geneva, 2015.

³⁵ See for example: I. ROBINSON and E. NOHLE, “Proportionality and precautions in attack: the reverberating effects of using explosive weapons in populated areas”, *International Review of the Red Cross*, vol. 98, n° 1, 2016, pp. 107-145

³⁶ M. TIGNINO, O. IRMAKKESEN WESTENDORFF, *The Geneva List of Principles on the Protection of Water Infrastructure: An Assessment and the Way Forward*, Leiden, Brill, 2020, pp. 36-37.

³⁷ ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts. Building a Culture of Compliance for IHL to Protect the Humanity in Today’s and Future Conflicts*, 2024, p. 41. See also ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts – Recommitting to Protection in Armed Conflict on the 70th Anniversary of the Geneva Conventions*, 2019, Chapter 2.

6. Key features of the duty to take into account foreseeable reverberating effects in proportionality assessment and precautionary measures

The current practice indicates that the duty to include the evaluation of all reasonably foreseeable reverberating impacts in proportionality assessments and precautionary measures is not *lex ferenda* but *lex lata*. While it is true that this obligation is not explicitly stated in the 1949 Geneva Conventions, the 1977 Additional Protocols, or the 1907 Hague Regulations, an increasing number of soft law policy documents refer to this requirement as part of the rules governing the conduct of hostilities.

The ICRC has been particularly vocal in stating the existence of the duty to include the evaluation of all reasonably foreseeable reverberating impacts in proportionality assessments and precautionary measures. The 2019 ICRC report on the challenges of international humanitarian law states that:

«[g]iven this complexity and interconnectedness of essential service systems, *it is particularly important to consider not only incidental civilian harm directly caused by an attack but also reverberating effects, provided they are foreseeable*. As for any type of incidental harm, what is reasonably foreseeable – or should have been foreseen – will vary, depending on the circumstances of the attack and the target; however, patterns of incidental civilian harm can be foreseen based on past experience of the effects of urban warfare³⁸».

ICRC continues by stating that:

«[w]hat is foreseeable will be informed and evolve, in particular, through: analysis of the effects of past attacks; studies on the effects of conflicts; better modelling of weapons' effects; better understanding of the infrastructural set-up and interdependency between services; and new technologies to better assess the condition or status of infrastructure and service delivery during the conflict. In this respect, it is important that armed forces rigorously apply short feedback loops and other lessons learned as part of the targeting cycle or other decision-making processes, to prevent the repetition of mistakes and inform future assessments of effects that had not been adequately anticipated or mitigated in the past. In particular, recent conflicts have shown the devastating effects that urban warfare has on critical civilian infrastructure and the delivery of essential services to the population, especially when explosive weapons with a wide impact area are used³⁹».

The ICRC has clarified its position since 2019. In its 2024 report on current challenges of international humanitarian law, the ICRC points out that incidental civilian harm is not limited to the harm directly caused by the destruction of or a damage to critical infrastructure. Incidental civilian harm also includes reverberating impacts on the civilian population that may extend over a number of days, months or even years. The ICRC position is clear: most incidental or reverberating impacts are reasonably foreseeable with the level of technical knowledge currently available to armed forces⁴⁰.

In 2021, in a report related to the *Attacks on water and sanitation services in armed conflict and the impact on children*, UNICEF noted that «[w]hen applying the proportionality principle to an attack that may incidentally harm civilian water infrastructure, the attacking party must consider the reverberating effects of the attack⁴¹». UNICEF notes that “reverberating effect” include «indirect disruption of essential services that may be caused by damage to infrastructure, including water facilities and supply networks⁴²».

³⁸ ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts – Recommitting to Protection in Armed Conflict on the 70th Anniversary of the Geneva Conventions*, 2019, p.18 (italics added by the author).

³⁹ ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts – Recommitting to Protection in Armed Conflict on the 70th Anniversary of the Geneva Conventions*, 2019, p. 18.

⁴⁰ ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts. Building a Culture of Compliance for IHL to Protect the Humanity in Today' and Future Conflicts*, 2024, p. 41.

⁴¹ UNICEF, *Water under Fire. Attacks on water and sanitation services in armed conflict and the impact on children*, vol. 3, 2021, p. 8.

⁴² *Ibid.*, p. 9.

Another policy document highlights the reverberating impacts linked to the destruction or damage of water and water-related infrastructure is the *Geneva Principles on the Protection of Water Infrastructure*, endorsed by a group of legal experts convened by the Platform for International Water Law and the Geneva Water Hub in 2019. This policy document emphasizes the need to consider reverberating impacts in proportionality assessments⁴³. Principle 9 clearly affirms “[t]he reverberating, or indirect, effects that are foreseeable in the circumstances at the time of the attack should be taken into account in the assessment of proportionality”. In the commentary on this principle, the group of experts pointed out that the «[r]everberating effects are the consequences of an attack which are not direct or which are not manifest in the immediate aftermath of the attack⁴⁴». In the rules of international humanitarian law, there is no indication that indirect impacts are excluded from the proportionality assessment. On the contrary, the principle of proportionality stated in the Rule 14 of Customary International Humanitarian Law states that: “[I]ncidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated, is prohibited⁴⁵”.

As reminded by the group of experts endorsing the Geneva Principles, the incidental loss or injury to civilians, also referred to as indirect or reverberating consequences “are often heavier than the direct effects of an attack⁴⁶”. Moreover, the experts observed that «[f]or the purposes of the proportionality assessment under international humanitarian law, the temporal or spatial remoteness of the harm is irrelevant as long as it does not render the effects unforeseeable⁴⁷». In fact, as indicated by reports from ICRC and Chatham House⁴⁸, the test for evaluating the foreseeable or unforeseeable nature of the impacts of an attack is its reasonableness. Foreseeable nature means that civilian harm should be foreseeable at the time the attack was planned or launched⁴⁹. Moreover, in the light of the explicit reference to incidental loss or injury to civilians in Article 51.5 (b) of Additional Protocol I, the criterion of foreseeability appears to be the most appropriate test for identifying the incidental harm. Foreseeable incidental harm must be taken into account in the proportionality assessment before a military attack is launched. The assessment of foreseeable reverberating impacts must be integrated into the planning phase of one or multiple military attacks. Foreseeable reverberating impacts also include types of harm such as economic loss and displacement. For example, an ICRC report indicates that during an expert meeting convened in 2018 «some experts argued that a systematic interpretation of the principle of proportionality showed that such effects [economic loss and displacement] must be considered, provided that they are foreseeable and not too remote in the circumstances. The discussion showed that the possibility of linking economic losses or displacement to a specific attack was seen as a key criterion⁵⁰».

The reasonableness aspect of evaluating of the reverberating impacts is linked to the information that is reasonably available to a military commander at the time of an attack. A reasonably foreseeable indirect impact could be, for example, a shortage of drinking water supplies caused by damage to or destruction of water infrastructure. However, the foreseeable indirect impacts do not stop at the shortage of drinking water; they also include the decreases in food production and the

⁴³ See <https://www.unige.ch/droit/eau/en/publications/liste-de-geneve> and <https://www.genevawaterhub.org/geneva-list>

⁴⁴ M. TIGNINO, O. IRMAKKESEN WESTENDORFF, *The Geneva List of Principles on the Protection of Water Infrastructure: An Assessment and the Way Forward*, Leiden, Brill, 2020, pp. 33-34.

⁴⁵ Italics added by the author.

⁴⁶ M. TIGNINO, O. IRMAKKESEN WESTENDORFF, *The Geneva List of Principles on the Protection of Water Infrastructure: An Assessment and the Way Forward*, Leiden, Brill, 2020, p. 34.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ See for example: ICRC, *International Expert Meeting on the Principle of Proportionality in the Rules Governing the Conduct of Hostilities under International Humanitarian Law*, Québec, 22-23 June 2016, Emanuela-Chiara Gillard, *Proportionality in the Conduct of Hostilities The Incidental Harm Side of the Assessment*, Chatham House, The Royal Institute of International Affairs, December 2018.

⁴⁹ Emanuela-Chiara Gillard, *Proportionality in the Conduct of Hostilities The Incidental Harm Side of the Assessment*, Chatham House, The Royal Institute of International Affairs, December 2018, p. 15.

⁵⁰ ICRC, *International Expert Meeting on the Principle of Proportionality in the Rules Governing the Conduct of Hostilities under International Humanitarian Law*, Québec, 22-23 June 2016, p. 42.

spread of water-borne disease. In this context, it is crucial for military commanders to have access to appropriate information at the time of an attack, particularly in the case of urban warfare.

Warfare in cities poses severe risks to the lives of civilians. Access to information for military commanders conducting hostilities in urban environments is crucial. As indicated by the group of experts endorsing the Geneva Principles: “The damaging or destruction of any infrastructure in these contexts is likely to have an adverse domino effect on other facilities which contribute to the provision of drinking water, water for domestic uses and irrigation supplies⁵¹”. Moreover, as indicated by the group of experts, military commanders “should not overlook the fact that “the infrastructure [...] may already be in poor condition due to lack of maintenance⁵²”. In the case of armed conflicts spanning several years, military commanders need to consider that the infrastructure may already be damaged and that the people with knowledge to repair it may no longer be in the country where the armed conflict is taking place⁵³.

Beyond experts and international institutions, states have also adopted political declarations stating the duty to take into account the indirect impacts that can be reasonably foreseen in the planning of a military attack. An example is the 2022 Political Declaration on Strengthening the Protection of Civilians from the Humanitarian Consequences Arising from the Use of Explosive Weapons in Populated Areas (EWIPA Political Declaration) which is currently endorsed by 87 States⁵⁴. The Declaration affirms that one of the ways to ensure better protection of the civilians and civilian objects is to ensure that armed forces:

«Take into account the direct and indirect effects on civilians and civilian objects which can reasonably be foreseen in the planning of military operations and the execution of attacks in populated areas, and conduct damage assessments, to the degree feasible, and identify lessons learned⁵⁵».

The Political Declaration is an important recognition by States of the duty to take into account both the direct and indirect effects when planning military operations. Observing this duty will help ensure better implementation and compliance with the principles and rules of international humanitarian law.

7. Criteria for determining the reasonable nature of a foreseeable impact

The assessment of the reasonable nature of a foreseeable impact is context-dependent. It is not possible to establish criteria related to the “reasonable foreseeability” which are applicable to all situations. For instance, the reasonable foreseeability of incidental harm may increase when an armed conflict takes place in populated areas.

The proportionality of an attack must be assessed ex-ante by a military commander. This implies that, in the case of repeated attacks in a populated area, the cumulative impacts of these repeated attacks are reasonably foreseeable. For example, if repeated damage to infrastructure disrupts essential water services, it is reasonably foreseeable for a military commander to expect that any incidental damage to such infrastructure will cause additional civilian deaths and injuries. Similarly, in the case of an armed conflict spanning over years, a military commander can reasonably expect that the infrastructure is in poor condition and that any additional incidental damage will be more difficult to repair, resulting in greater impacts on the living conditions of civilians.

Pre-planned attacks and those against incoming fire must also consider reasonably foreseeable impacts. In the case of a military attack launched to protect the lives of its own troops, the military commander may have less time to gather intelligence information compared to a pre-planned attack.

⁵¹ M. TIGNINO, O. IRMAKESSEN WESTENDORFF, *The Geneva List of Principles on the Protection of Water Infrastructure: An Assessment and the Way Forward*, Leiden, Brill, 2020, p. 35.

⁵² Ibid.

⁵³ M. ZEITOUN and M. TALHAMI, “*The impact of explosive weapons on urban services: Direct and reverberating effects across space and time*”, *International Review of the Red Cross*, 98 (1), 2016, pp. 63-64.

⁵⁴ Information available here: <https://ewipa.org/endorsement>.

⁵⁵ EWIPA Political Declaration, Part B, Section 3.4.

However, this does not mean that the duty to consider foreseeable reverberating impacts does not apply in such situation. In fact, an individual armed attack is often part of a broader military operation, where the commander has the duty to collect relevant intelligence information. This information can be used for attacks against incoming fire.

Consultation with legal advisors and technical experts, such as engineers and health professionals, can play an important role in evaluating of reasonably foreseeable impacts. To gather necessary information, military commanders need to establish direct communication channels with technical experts who can advise them on the location of civilian infrastructure and the potential reverberating impacts of damaging such infrastructure. Additionally, legal and technical experts may have access to information collected from past armed conflicts and empirical data. This information should inform the decision to launch an attack that could have incidental indirect impacts on civilians and civilian infrastructure.

8. Final remarks

The year of 2024 marks the 75th anniversary of the Geneva Conventions of 1949. However, 2024 has also seen the highest number of armed conflicts since the Second World War. Armed conflicts are occurring in all regions of the world, from Myanmar to Yemen or Burkina Faso. Criminal violence, sometimes escalating to the level of armed conflict, is common in Central America. The armed conflicts in Ukraine, Gaza, and Lebanon are emblematic examples where the principles and rules of international humanitarian law are violated on a daily basis. In this context, it is important to highlight good practices and share lessons learnt, such as those emerging from the inclusion of the duty to take into account foreseeable reverberating effects in proportionality assessment and precautionary measures. The assessment of reverberating impacts linked to an armed attack must be conducted before a military operation is launched. The analysis of these impacts should also inform the precautions taken place during attacks. The principles of distinction, proportionality, and precautions must be strictly interpreted, implemented and applied by the parties involved in an armed conflict. The risks of an “application à la carte” and double standards in the application of the principles of international humanitarian law are high in contemporary armed conflicts, as underscored by an ICRC Report of 2024:

«The protective effect of the law is [...] being undermined by the way some states are interpreting its core concepts and utilizing its more indeterminate provisions. These interpretations [...] make civilian casualties more acceptable through interpretations of the proportionality principle that define ‘military advantage’ with increasing generosity while simultaneously excluding long-term, reverberating effects from the notion of ‘incidental harm’. And they hollow out the precautions principle by either directly challenging the obligation to take ‘all feasible’ precautions to prevent civilian casualties or by treating it more as a policy option than a legal obligation⁵⁶».

The current challenges in the implementation and application of the principles of international humanitarian law require a renewed commitment to respect and ensure the respect of international humanitarian law by all States. The 34th Conference of the Red Cross and the Red Crescent Movements, convened at the end of October 2024, has provided an opportunity to reaffirm the importance of the cardinal principles of international humanitarian law and to foster a universal culture of compliance with IHL⁵⁷.

Text revised in English by Prof. Marianne Larousse, professor of languages for the armed forces, examiner for the Council of State, translator for the Public Prosecutor’s Office, and Oxford expert.

⁵⁶ ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts. Building a Culture of Compliance for IHL to Protect the Humanity in Today’ and Future Conflicts*, 2024, p. 8.

⁵⁷ ICRC, 34th International Conference of the Red Cross and the Red Crescent, *Building a Universal Culture of Compliance with International Humanitarian Law*, Resolution, October 2024.

Chiuso in redazione
nel mese di dicembre 2024



MINISTERO DELLA DIFESA
Giustizia Militare
Rassegna della Giustizia Militare