

Francesco Di Pietro
(f-dipietro@libero.it)

IL MERCENARISMO MODERNO

Profili di diritto penale

Indice

- § 1. Introduzione: il mercenarismo ai nostri giorni;
- § 2. Art. 288 c.p. (*Arruolamenti o armamenti non autorizzati a servizio di uno Stato estero*);
- § 3. Art. 77 c.p.m.p. (*Alto tradimento*) ed art. 85 c.p.m.g.: (*Arruolamento illecito di guerra*);
- § 4. 1° Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949;
- § 5. Convenzione OUA per l'eliminazione del mercenarismo in Africa del 1977;
- § 6. Legge 12 maggio 1995, n. 210 (di ratifica della Convenzione internazionale di New York del 4 dicembre 1989);
- § 7. Art. 270 quater c.p. (*Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale*) ed art. 270 quinque c.p. (*Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale*);
- § 8. Conclusioni.

§ 1. Introduzione: il mercenarismo ai nostri giorni.

Il vocabolario, alla voce “*mercenario*” riporta: “In epoca antica, e poi dalla fine del medioevo alla fine del sec. 18°, di soldati che esercitavano il mestiere delle armi mettendosi al soldo di chi li arruolava temporaneamente, e dei corpi armati che con essi venivano formati. (...) In epoca moderna, soldato di professione che, per denaro, combatte al servizio di uno stato straniero, o anche di gruppi politici o economici”¹.

Il mercenario è una figura del passato (esisteva nel Medioevo e nel Rinascimento, quando ancora non c'erano gli Stati nazionali con i loro eserciti regolari); è poi scomparso per riapparire nel 1960, in seguito al crollo del colonialismo ed al consequenziale nascere di nuovi Stati².

“In questa nuova fase i mercenari sono normalmente strumenti di potenze ex-coloniali o di grosse società multinazionali. Gli Stati o i gruppi privati non possono più fare affidamento sull’azione diretta degli eserciti nazionali per soggiogare o controllare di fatto i paesi emergenti, e devono perciò ricorrere a gruppi di soldati prezzolati. I mercenari (quasi esclusivamente bianchi) vengono perciò utilizzati o per ostacolare l’accesso all’indipendenza dei paesi sottoposti a regimi coloniali o razziasti (vengono cioè utilizzati contro movimenti di liberazione nazionale), oppure per destabilizzare i nuovi Stati, per provocare secessioni o comunque per imporre con la forza la protezione di interessi stranieri (in tali ultime ipotesi il ricorso ai mercenari avviene nel quadro di guerre civili o in occasione di colpi di Stato)”³.

Prima del XX secolo non esistevano norme di diritto internazionale sull’attività mercenaria: sia i giuristi che i teorici delle relazioni politiche consideravano la stessa come un fatto normale e priva di rilevanza giuridica. Il fenomeno aveva perso di importanza e si era notevolmente ridimensionato.

Ma con il rifiorire del mercenarismo, negli ultimi decenni sono sorti interventi normativi volti a eliminarne gli aspetti più negativi⁴.

E’ stato osservato che tale interessamento al problema da parte della comunità internazionale e da parte degli studiosi in genere fu generato, dal 1960 in poi, dai tragici eventi del processo di decolonizzazione africana. Si formò, in tale contesto, una convergenza di opinioni e di volontà sul fenomeno che diede vita ad un *corpus* normativo complesso⁵.

Tale *corpus* consiste attualmente in tre strumenti normativi:

- a) l’articolo 47 del I Protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949, protocollo stipulato nel 1977;
- b) la Convenzione dell’Organizzazione per l’Unità Africana (OAU) per l’eliminazione del mercenarismo in Africa del 1977.
- c) La Convenzione internazionale di New York del 4 dicembre 1989 contro il reclutamento, l’uso, il finanziamento e l’addestramento di mercenari.

Oggi il fenomeno del mercenarismo riappare sulla scena, in forme diverse e forse quantitativamente più ingenti. Basti pensare che “secondo stime relative al 2003 la porzione di bilancio della difesa U.S.A. assorbita dai contratti con privati è pari all’8% del totale, per un controvalore di oltre 30 miliardi di dollari”⁶. In molti conflitti del “sud del mondo” (si pensi agli

¹ Istituto della enciclopedia italiana “Treccani”, Vocabolario della lingua italiana, voce “*mercenario*”, vol. III, p. 160.

² CASSESE, *Il ruolo dei mercenari nelle guerre moderne*, in *Politica del diritto*, 1979, 6, p. 645.

³ *Ibidem*. Nel continente africano, il mercenarismo è utilizzato, oltre che da forze sovversive neo-colonialistiche, anche dai governi indipendenti per rafforzare la loro posizione (si pensi ai servizi di sicurezza ed all’addestramento dell’esercito).

⁴ VIGNARCA, *Mercenari SpA*, Milano 2004, p. 73. Tale saggio analizza ampliamente il fenomeno del nuovo mercenarismo.

⁵ *Ibidem*, p. 74.

“La messa al bando dei mercenari può trovare un lontano precedente nell’abolizione della guerra di corsa stabilita dalla Dichiarazione di Parigi del 1856”. Cfr. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino 1998, p. 121.

⁶ VIGNARCA, *op. cit.*, p. 19.

stati africani) sono le aziende private a gestire la macchina bellica. In Iraq, il contingente composto da compagnie militari private è il secondo più numeroso sul campo.

Da un articolo apparso su *Repubblica.it* del 9 aprile 2004, si legge della presenza in Iraq di un “esercito irregolare” composto, secondo stime non ufficiali, da 15.000 unità (superiore quindi a quello della seconda forza d’intervento, quella britannica, composta da 8.700 militari). Nell’articolo si riporta che “la maggior parte delle società occidentali che arrivano in Iraq, di fronte alla violenza sempre crescente si rivolgono a società private che forniscono scorte di gorilla privati. I più ricercati, e pagati, sono americani, britannici e sudafricani, che arrivano a guadagnare tra i seimila ed i 15mila dollari al mese”⁷.

E’ quindi interessante, di fronte al fenomeno del *nuovo mercenarismo*, prendere in rassegna le norme presenti nel nostro ordinamento giuridico per poi, nel paragrafo dedicato alle conclusioni, valutare la loro attualità e riferibilità al fenomeno stesso.

Nel presente lavoro, quindi, si esaminano brevemente le sopraccitate norme di diritto internazionale e, in maniera più esaustiva, le norme di diritto penale italiano riguardanti i mercenari. Tali norme penali consistono nell’art. 288 c.p.; nell’art. 77 c.p.m.p.; nell’art. 85 c.p.m.g e nella legge 12 maggio 1995 n. 210 (di ratifica della citata Convenzione di New York del 1989).

Si procede, di seguito, all’esame dell’art. 288 c.p.

§ 2. Art. 288 c.p. (*Arruolamenti o armamenti non autorizzati a servizio di uno Stato estero*).

Questa disposizione del codice penale italiano del 1930 è stata applicata una sola volta prima dell’entrata in guerra dell’Italia, nel 1939⁸, ma è tornata di attualità nel 2004, dopo la tragica vicenda dei quattro italiani fatti prigionieri in Iraq (tre furono liberati, uno fu ucciso) in quanto è stata contestata la sua violazione ad un soggetto il quale in concorso con altre persone, procedeva nel territorio dello Stato e senza l’approvazione del Governo all’arruolamento di tre cittadini italiani “affinché militassero in territorio irakeno in favore di forze armate straniere (angloamericane, per la precisione), in concerto ed in cooperazione con le medesime, in contrapposizione a gruppi armati stranieri”⁹.

E’ quindi interessante esaminare analiticamente tale fattispecie penale, per poi, nelle conclusioni al presente lavoro, vagliare se è ancora attuale ed adeguata al mercenarismo come si presenta ai nostri giorni.

2.1 Precedenti

La disposizione riproduce, con lievi differenze, l’art. 119 c.p. del 1889, derivato a sua volta dall’art. 177 c.p. sardo-italiano del 1859 e dall’art. 119 del c.p. toscano del 1853. Queste legislazioni l’avevano a loro volta tratta dall’art. 92 del c.p. francese del 1810¹⁰.

⁷ *Repubblica.it*; <http://www.repubblica.it> ; 9 aprile 2004;
<http://www.repubblica.it/2004/d/sezioni/esteri/iraq18/mercenari/mercenari.html>

⁸ Cass., sez. III, 5 dicembre 1939, Pacini, in *Giustizia penale*, 2, 1940, p. 430. Più esattamente si tratta della condanna per calunnia di un soggetto che aveva accusato falsamente altra persona ai carabinieri di avere insistentemente tentato di indurlo ad arruolarsi, nonostante che tale arruolamento non fosse autorizzato dal governo, “nelle bande comuniste a servizio della Spagna rossa”, mediante il compenso di una forte somma e promettendogli aiuti ed assistenza per la famiglia.

⁹ Così in: Tribunale di Bari, Sezione del giudice per le indagini preliminari, Ordinanza di applicazione di misura cautelare non restrittiva, Proc. n. 8880/04-21 R.N.R. Proc. n. 12546/04 R.G.G.I.P.; pubblicata in <http://www.socialpress.it> ; http://www.socialpress.it/article.php3?id_article=627 ; dicembre 2004.

¹⁰ MALIZIA, *Arruolamento illecito*, (voce) in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1958, vol. III, pp. 89 ss.; DE MAURO, *Arruolamenti o armamenti non autorizzati a servizio di uno Stato estero*, (voce) in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1937, vol. I, pp. 759 ss.

2.2 *Ratio legis*

“La *ratio* dell’incriminazione è quella di impedire l’usurpazione di due speciali poteri che spettano esclusivamente allo Stato: il potere di coscrizione militare e il potere di inviare all’estero soccorsi militari”¹¹.

Poiché l’incriminazione riguarda solo l’usurpazione di tali supreme funzioni dello Stato, è punito solo colui che arruola o arma, mentre non sono sanzionati gli arruolati o armati¹².

“La gravità obiettiva di questo reato è poi messa in evidenza dalla considerazione che per uno Stato è una macchia d’ignominia che il suo popolo possa servire al reclutamento di truppe mercenarie o di compagnie di ventura per conto di uno Stato estero”¹³.

“Questo reato dagli antichi venne chiamato *plagio politico* o *militare*, cioè la sottrazione del cittadino allo Stato”¹⁴.

Non c’è dubbio che “la ragione di incriminare il fatto è tuttora validissima; essa merita anzi di essere meglio considerata dalla pubblica opinione che non dovrebbe mai indulgere ad arruolamenti non autorizzati – pur se talvolta animati da generosi impulsi – per imprese militari di volontari a favore dello straniero. E’ chiaro infatti che, in un ordinato regime democratico, soltanto i poteri regolarmente costituiti dallo Stato – legislativo ed esecutivo – hanno diritto di decisione, con conseguente responsabilità di fronte al Paese, in merito all’ordinamento ed all’impiego della pubblica forza. L’iniziativa privata può esplicarsi per sollecitare ed indirizzare nei modi legali le decisioni dei predetti poteri, non mai per sostituirsi ad essi in tale suprema funzione”¹⁵.

2.3 Oggetto di tutela

“Oggetto di tutela della disposizione è l’ordine costituzionale, violato in una delle supreme funzioni politico-amministrative, qual è la potestà dello Stato di disporre della popolazione atta alle armi per fini militari”¹⁶.

Non rientra, invece, nell’oggetto di tutela la sicurezza dello Stato¹⁷.

2.4 Soggetto attivo

Soggetto attivo può essere chiunque (reato comune): cittadino o straniero¹⁸. Ma nel caso in cui l’agente rivesta la qualità di militare, la pena è aumentata.

¹¹ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 1950, pp. 485-486.

¹¹ MARCONI, *Stato (delitti contro la personalità interna dello)*, (voce) in *Digesto discipline penalistiche*, vol. XIII, Torino 1996, pp. 600-601; MALIZIA, *op. cit.*; MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, vol. II, parte speciale, Bologna 1938, p. 75; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. II, Milano 1986, p. 1039; MARINI, LA MONICA, MAZZA, *Commentario al codice penale*, tomo II, art. 288, Torino 2002; SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *Commento teorico pratico del codice penale*, Roma 1956, vol. III, p. 135; MANZINI, *op. cit.*, p. 486; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna 1997, p. 138.

Si veda inoltre la *Rel. Min. prog. C.p., Lav. Prep.*, V, 2, 72.

¹² MAGGIORE, *op. cit.*; DE MAURO, *op. cit.*

L’art. 75 dello Statuto Albertino stabiliva: “La leva militare è regolata dalla legge”; l’art. 52, commi 1 e 2 Cost. stabilisce: “La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino. Il servizio militare è obbligatorio nei limiti e modi stabiliti dalla legge”. Pertanto chi si sostituisce alla legge per compiere operazioni di leva a servizio dello straniero, usurpa un potere pubblico. Cfr. DE MAURO, *op. cit.*

¹³ DE MAURO, *op. cit.*

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ MALIZIA, *op. cit.* Sono considerazioni risalenti ma attualissime.

¹⁶ MARCONI, *op. cit.*

¹⁷ GALLO, MUSCO, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, Bologna 1984, p. 249; *Rel. Min. prog. C.p., Lav. Prep.*, V, 2, 72.

¹⁸ DE MAURO, *op. cit.*; GALLO, MUSCO, *op. cit.*, p. 250; SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 135; MALIZIA, *op. cit.*

“La condizione della cittadinanza italiana riguarda gli arruolati od armati, e non chi li arruola od arma”. Cfr. MANZINI, *op. cit.*, p. 486.

Per la nozione penale di *straniero* si veda l’art. 3 c.p.

2.5 Condotta

Il fatto materiale del delitto consiste nell'arruolare o armare cittadini italiani senza l'approvazione del governo.

Poiché sono previste due ipotesi alternative (arruolare o armare), la fattispecie è a condotte plurime¹⁹. L'elemento oggettivo del delitto si perfeziona, quindi, sia col solo fatto di arruolare che col solo armare: se l'agente compie entrambe queste condotte, il delitto rimane unico, e, "per quel che concerne la sua essenza giuridica, non diventa più grave"²⁰.

L'arruolatore può arruolare o armare su richiesta dello straniero interessato o anche per proprio conto. E' inoltre indifferente che l'arruolatore abbia istigato il cittadino ad arruolarsi o ad armarsi, ovvero che questi si sia offerto spontaneamente²¹.

2.5.1 Tempo di pace

Presupposto per l'esistenza del delitto è che l'arruolamento o armamento avvenga in tempo di pace, poiché se avviene a favore di uno Stato in guerra con l'Italia, si configurerebbe il diverso reato di cui all'art. 247 c.p.²². E' indifferente se lo straniero (nel senso di Stato straniero), non in guerra con l'Italia, si trovi in stato di pace ovvero in guerra con terzi Stati, a meno che, in tale ultima ipotesi, non sia applicabile l'art. 244²³.

2.5.2 Arruolamento o armamento

"L'arruolamento si compie mediante un negozio che si perfeziona con l'accettazione da parte di uno o più cittadini italiani di prestare servizio militare agli ordini o a favore dello straniero"²⁴. Tale negozio è nullo per illegittimità: di conseguenza è inutile verificare se la volontà dell'arruolato fosse libera o viziata. Se l'ingaggio avviene in modo forzato (o fraudolento) si ha sempre arruolamento, ma vi sarebbe concorso materiale tra il delitto in esame e quello previsto dall'art. 605 c.p.²⁵.

"L'armamento si realizza tramite la fornitura diretta o indiretta di armi o munizioni ai coscritti ovvero a coloro che abbiano dichiarato la disponibilità a prestare servizio militare agli ordini o a favore dello straniero"²⁶.

Secondo DEAN, *Personalità interna dello Stato (delitti contro)*, (voce) in *Novissimo Digesto italiano*, Torino 1957, vol. XII, il reato in esame è plurisoggettivo.

¹⁹ DEAN, *op. cit.*

Stesso è per SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 135, per cui "l'elemento materiale del delitto si concreta tanto col solo fatto di arruolare, quanto col solo fatto di armare cittadini".

²⁰ MANZINI, *op. cit.*, p. 488.

²¹ *Ibidem*, p. 489.

²² DE MAURO, *op. cit.* Nello stesso senso è MANZINI, *op. cit.*, p. 492, per cui se lo straniero previsto dall'art. 288 c.p. è uno Stato straniero, ai fini dell'applicazione della norma in esame, non deve essere uno Stato in guerra con l'Italia (per la nozione di Stato in guerra con l'Italia, si veda l'art. 242 c.p.): qualora lo fosse la norma applicabile è l'art. 85 c.p.m.g.

²³ MANZINI, *op. cit.*, p. 493. Vi sono stati casi in cui lo straniero aveva bisogno di soldati provenienti da altri paesi anche in tempo di pace: ad es. la legione straniera della Francia.

Quest'ultima (nata nel 1831), malgrado la sua composizione, era parte integrante dell'esercito francese. Cfr. CASSESE, *Il ruolo dei mercenari nelle guerre moderne*, in *Politica del diritto*, 1979, 6, p. 645.

²⁴ MARCONI, *op. cit.*; MANZINI, *op. cit.*, p. 488.

Secondo DE MAURO, *op. cit.*, "Arruolamento è un ingaggio che crea un rapporto di servizio tra arruolato ed arruolatore per un tempo quasi sempre determinato e previo corrispettivo, per raggiungere scopi di carattere militare".

Secondo GALLO, MUSCO, *op. cit.*, p. 250, l'arruolamento effetto dell'esercizio dei poteri dello Stato è un provvedimento amministrativo (rientrante nei cd. *ordini*), nel caso del reato in esame è invece un negozio giuridico mediante il quale il cittadino s'impegna a prestare servizio militare.

L'attività di arruolamento darebbe al reato la connotazione di reato abituale. Cfr. DEAN, *op. cit.*

²⁵ MANZINI, *op. cit.*, p. 488.

²⁶ MARCONI, *op. cit.*; GALLO, MUSCO, *op. cit.*, p. 250; DE MAURO, *op. cit.*; MANZINI, *op. cit.*, p. 495

L'armamento è rilevante anche se avviene senza fine di lucro, cfr. SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 135.

“L’arruolamento o l’armamento può aver luogo direttamente o per interposta persona: è irrilevante che il cittadino si sia offerto spontaneamente per arruolarsi o per farsi armare, oppure che ciò abbia fatto a seguito di istigazione”²⁷.

Se l’arruolamento è di un cittadino italiano su navi o aeromobili di uno Stato in guerra contro lo Stato italiano, il fatto è punito dall’art. 1088 codice della navigazione, qualora non costituisca un più grave reato (ad es. art. 242 c.p.)²⁸.

2.5.3 Mancanza di approvazione del Governo

E’ un presupposto negativo essenziale della fattispecie²⁹.

Tale approvazione deve considerarsi mancante sia nel caso in cui non è stata richiesta; sia nel caso in cui è stata richiesta e poi negata e, malgrado ciò, si sia proceduto all’arruolamento o armamento³⁰.

“Tale mancanza si presume quando non esista un’approvazione esplicita, non occorrendo una espressa disapprovazione, che il Governo non è tenuto di volta in volta a dichiarare”³¹.

Ovviamente, l’approvazione può essere data dal Governo solo nei limiti in cui la legge lo consenta espressamente³². Una eventuale approvazione abusiva, però, scriminerebbe il comportamento dell’arruolatore³³.

Se è stata data approvazione “per la costituzione di queste bande a servizio dello straniero e queste poi volgessero le armi contro la patria italiana sarebbe applicabile l’art. 242 c.p.”³⁴.

“La eventuale approvazione *a posteriori* non toglie l’illegittimità del fatto: essa però ovviamente influenza sulla determinazione del Ministro per la giustizia in ordine all’autorizzazione cui è subordinata la procedibilità del reato”³⁵.

2.5.4 Gli arruolati

Devono essere cittadini italiani: “in quanto *Ius militare* dello Stato può esercitarsi solo in confronto di propri cittadini”³⁶: chiaramente gli stranieri non vengono sottratti alla disponibilità dello Stato italiano, non essendo parte della sua “forza armata”³⁷.

Se fossero stranieri, si potrebbe integrare solo la contravvenzione di cui all’art. 653 c.p., a meno che non si esponga lo Stato italiano al pericolo di una guerra (o anche al turbamento delle relazioni internazionali), nel qual caso sarebbe applicabile l’art. 244 c.p.³⁸.

²⁷ SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 135.

²⁸ MANZINI, *op. cit.*, p. 488.

²⁹ MARCONI, *op. cit.*; DEAN, *op. cit.*

³⁰ DE MAURO, *op. cit.*

³¹ MALIZIA, *op. cit.*

³² GALLO, MUSCO, *op. cit.*, p. 251; MANZINI, *op. cit.*, p. 489.

³³ MANZINI, *op. cit.*, p. 489. In tale ipotesi, il comportamento dell’arruolatore rimarrebbe coperto dalla responsabilità politica del governo.

³⁴ DE MAURO, *op. cit.*; MANZINI, *op. cit.*, p. 489.

³⁵ MALIZIA, *op. cit.*

³⁶ DE MAURO, *op. cit.*

La condizione di cittadini è quella di cui all’art. 4 c.p. Cfr. DEAN, *op. cit.*

Secondo MALIZIA, *op. cit.*, ai fini della norma in esame, sono cittadini anche coloro che hanno perduto per qualunque causa la cittadinanza italiana (art. 242 c.p.): sono esclusi, quindi, i cittadini stranieri che non siano mai stati italiani. Stessa interpretazione è per MANZINI, *op. cit.*, p. 489.

Secondo MANZINI, *op. cit.*, p. 490, considerato l’oggetto di tutela e lo scopo militare dell’arruolamento o armamento, la nozione di *cittadini* viene ad essere implicitamente limitata. Sarebbero infatti esclusi da tale nozione i soggetti assolutamente inidonei al servizio militare, tenuto conto della natura di questo e del grado o funzione dell’arruolato. Ad esempio, sarebbero esclusi gli anziani, i bambini, gli handicappati.

³⁷ SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 135.

³⁸ MAGGIORE, *op. cit.*; SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 135; ANTOLISEI, *op. cit.*; MANZINI, *op. cit.*, p. 489.

Secondo DE MAURO, *op. cit.*, per integrare il reato in esame, deve esserci arruolamento o armamento di cittadini italiani e non di stranieri, perché soltanto i primi possono considerarsi “una forza viva alla difesa in atto o semplicemente potenziale dello Stato”.

I cittadini arruolati o armati costituiscono l'oggetto materiale della condotta³⁹. Non possono dirsi soggetti passivi del reato: ad essere, infatti, offeso è il potere esclusivo, di cui si è detto, spettante allo Stato⁴⁰.

L'arruolato o l'armato non è punibile poiché tale attività non è espressamente sanzionata dalla norma⁴¹ e perché il delitto consiste, come detto, “nell'usurpazione di una suprema funzione dello Stato al quale appartiene, in modo esclusivo, l'ordinamento e l'impiego della pubblica forza”⁴².

“I cittadini che si arruolano o si armano, anche se si siano offerti spontaneamente, non sono punibili a meno che non debbano rispondere di altri reati: diserzione, renitenza alla leva (se sono soggetti ad obblighi militari), porto d'armi⁴³, e, “se il fatto avviene in tempo di guerra, vi sono disposizioni particolari nelle leggi che a tale tempo si riferiscono”⁴⁴.

Circa il numero degli arruolati, la legge non lo determina. Ma dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che ad integrare la fattispecie ne basti uno solo⁴⁵. A tale conclusione si perviene sia per ragioni di carattere letterale (l'uso del plurale *cittadini* sta infatti ad indicare soltanto l'indeterminatezza del numero), sia per ragioni teleologiche: il bene giuridico tutelato (il potere esclusivo dello Stato di disporre della forza atta alle armi) è offeso anche dall'arruolamento o armamento di un solo cittadino⁴⁶. “Anche così si offende la personalità, con le relative prerogative, dello Stato”⁴⁷. “La lieve entità del fatto determina, però, l'applicazione dell'attenuante stabilità nell'art. 311 c.p.”⁴⁸.

2.5.5 Territorialità della condotta

Il reclutamento o l'armamento, per essere rilevante, deve avvenire nel territorio dello Stato⁴⁹. Secondo una dottrina, questo è un elemento essenziale della fattispecie e non una condizione di punibilità⁵⁰.

Per la sussistenza del reato non è però necessario “che la persona che vi procede si trovi nel territorio dello Stato, potendo essa agire a mezzo di emissari che concorrono così nel delitto”⁵¹. Se l'arruolamento è compiuto all'estero può dar vita ad un altro reato⁵².

2.6 Fine di militare al servizio o a favore dello straniero

³⁹ DEAN, *op. cit.*

⁴⁰ GALLO, MUSCO, *op. cit.*, p. 250; MANZINI, *op. cit.*, p. 488. Non essendo soggetti passivi non potrebbero costituirsi parte civile nel processo contro l'arruolatore, a meno che costui non fosse imputabile anche di un delitto commesso a loro offesa.

⁴¹ MARCONI, *op. cit.*; ANTOLISEI, *op. cit.*; MARINI, LA MONICA, MAZZA, *op. cit.*; MANZINI, *op. cit.*, pp. 488, 495. La norma (a differenza dell'art. 119 del c.p. toscano del 1853) sanziona l'arruolare o l'armare, non l'arruolarsi o l'armarsi.

⁴² SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 135.

⁴³ ANTOLISEI, *op. cit.*; DE MAURO, *op. cit.*; GALLO, MUSCO, *op. cit.*, p. 250. Ci sarà diserzione se si tratta di militari in servizio; renitenza alla leva se si tratta di iscritti di leva; mancanza alla chiamata se si tratta di militari in congedo.

L'arruolatore risponderà anche di concorso in diserzione. Cfr. MANZINI, *op. cit.*, p. 488.

⁴⁴ SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 135.

⁴⁵ MAGGIORE, *op. cit.*; MALIZIA, *op. cit.*; GALLO, MUSCO, *op. cit.*, p. 251; Cass., sez. III, 5 dicembre 1939, Pacini, in *Giustizia penale*, 2, 1940, p. 430.

⁴⁶ GALLO, MUSCO, *op. cit.*, p. 251.

Si deve diversamente opinare se l'oggetto di tutela fosse stato la sicurezza dello Stato. In tal caso, per il principio di concreta idoneità della condotta (art. 49, comma 2 c.p.), “sarebbe stato necessario che la coscrizione a favore di altri Stati raggiungesse entità tale da impoverire notevolmente la forza di cittadini idonei, disponibile per lo Stato italiano”.

Secondo MANZINI, *op. cit.*, p. 490, “l'arruolamento o l'armamento di corpi più o meno numerosi può cominciare con un solo individuo, e sarebbe veramente strano che dovesse rimanere impunito sino a che non raggiungesse un determinato numero di persone”.

⁴⁷ MAGGIORE, *op. cit.*

⁴⁸ MANZINI, *op. cit.*, p. 490.

⁴⁹ MARCONI, *op. cit.*; ANTOLISEI, *op. cit.*; MARINI, LA MONICA, MAZZA, *op. cit.*; DE MAURO, *op. cit.*; DEAN, *op. cit.* Il concetto di territorio dello Stato è all'art. 4 c.p. Cfr. MALIZIA, *op. cit.*

⁵⁰ MAGGIORE, *op. cit.*

Sulla stessa linea interpretativa è DEAN, *op. cit.*, per cui il territorio è “circostanza costitutiva di luogo”.

⁵¹ DE MAURO, *op. cit.*; SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 136; MANZINI, *op. cit.*, p. 491.

⁵² DE MAURO, *op. cit.*

L' arruolamento deve avvenire allo scopo che i cittadini militino a servizio (gratuito o no)⁵³, o comunque a favore, dello straniero⁵⁴.

Le due espressioni *a servizio* ed *a favore* racchiudono “le due ipotesi possibili che gli armati o arruolati vadano a militare nei corpi armati dallo straniero comandati e quindi al suo servizio; ovvero che rimangano sotto il comando dell'arruolatore o dell'armatore, ma vengano in aiuto, cioè in favore dello straniero”⁵⁵.

2.6.1 Destinazione militare

Il servizio prestato dagli arruolati o dagli armati deve svolgersi nelle forze regolari o irregolari di un altro Stato, oppure nei reparti che siano di complemento agli organici dell'esercito straniero⁵⁶. L'importante è che le persone siano ingaggiate per fini militari e siano adibite a servizi di carattere strettamente militare: tali non sono quindi gli infermieri, i cappellani, i vivandieri, ecc.; vi rientrerebbero, invece, i medici militari (anche se questi non sono destinati a servizi propriamente militari), poiché essi sono soggetti alla disciplina militare (oltre a prestare un servizio *tecnico*, sono obbligati anche a servizi propriamente militari)⁵⁷.

2.6.2 “Per lo straniero”

Il codice penale del 1889 (art. 119) richiedeva il fine di militare al servizio di uno Stato straniero. Il codice attuale ha allargato l'ambito della disposizione richiedendo il fine di militare *al servizio* o *a favore* dello straniero. “Il che importa che non è necessaria in queste imprese la presenza dello Stato straniero, ricorrendo il delitto in esame anche nel caso di milizie richieste da agitatori o da ribelli”⁵⁸, da partiti politici stranieri, da compagnie straniere o anche da un singolo straniero, come ad esempio, un pretendente a Capo di Stato⁵⁹.

E' quindi una innovazione non di semplice forma, ma sostanziale⁶⁰.

E' indifferente che l'arruolatore o armatore agisca di propria iniziativa o su mandato dello straniero⁶¹.

2.7 Consumazione e tentativo

Il reato è di danno⁶², commissivo e materiale⁶³. Si consuma nel momento in cui si verifica l'arruolamento o l'armamento⁶⁴. Più precisamente, “nel momento in cui il cittadino accetta di

⁵³ GALLO, MUSCO, *op. cit.*, p. 250.

⁵⁴ MAGGIORE, *op. cit.*; ANTOLISEI, *op. cit.*; MARINI, LA MONICA, MAZZA, *op. cit.*

Se invece il fine è di militare contro uno Stato estero, si applicherà l'art. 244 c.p. Quando invece non trovano applicazione gli artt. 244 e 288 c.p. e si tratta della formazione di un corpo armato non diretto a commettere reati, si applicherà l'art. 653 c.p. Cfr. MANZINI, *op. cit.*, p. 491.

⁵⁵ DE MAURO, *op. cit.*

Così pure per SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 136, per cui “il concetto di servizio presuppone un rapporto di dipendenza dallo straniero, mentre l'espressione *a favore dello straniero* denota un rapporto non di dipendenza, ma di vantaggio che si prosci allo straniero”.

Stessa interpretazione è per MANZINI, *op. cit.*, p. 492.

⁵⁶ MARCONI, *op. cit.*; MALIZIA, *op. cit.*; SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 136; GALLO, MUSCO, *op. cit.*, p. 250; FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, p. 139.

⁵⁷ DE MAURO, *op. cit.*; MANZINI, *op. cit.*, p. 491.

⁵⁸ DE MAURO, *op. cit.*

⁵⁹ SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 136.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ MANZINI, *op. cit.*, p. 492.

⁶² MARCONI, *op. cit.*; CRESPI, STELLA, ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, art. 288, Padova 2003; MANZINI, *op. cit.*, p. 493.

⁶³ MANZINI, *op. cit.*, p. 493.

⁶⁴ MARCONI, *op. cit.* Così pure per MAGGIORE, *op. cit.*; FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, p. 139.

Questi due avvenimenti (arruolamento ed armamento) “concretano l'oggettività giuridica del reato”, cfr. DE MAURO, *op. cit.*

militare al servizio o a favore dello straniero, senza che sia necessario il suo passaggio all'estero o la presa di servizio, perché il delitto è costituito dal solo fatto di arruolare o armare”⁶⁵.

Non è necessario, quindi, ai fini della consumazione aspettare la realizzazione dell'evento, cioè che gli armati escano dai confini italiani per arrivare alla destinazione stabilita⁶⁶.

Secondo altra interpretazione, il reato è di evento, il quale consisterebbe nell’”*obbligazione* di arruolamento che il cittadino abbia perfezionata su iniziativa del reo, ovvero la *consegna* delle armi al cittadino”⁶⁷.

Ai fini della consumazione non è importante la presenza di un valido contratto d’arruolamento, poiché questo è un negozio nullo per illegittimità⁶⁸.

Il tentativo è ammissibile⁶⁹: si avrebbe quando l’agente ha iniziato il compimento di atti idonei e non equivoci diretti ad arruolare o armare cittadini italiani, senza che la consumazione sia avvenuta (ad es. ha solo aperto l’arruolamento), salvo il caso della desistenza volontaria⁷⁰.

2.8 Elemento psicologico

Il delitto è doloso. “Il soggetto attivo del reato oltre che prevedere e volere il fatto dell’arruolamento o dell’armamento, nella piena consapevolezza della mancanza di autorizzazione governativa, dev’essere mosso dal fine di destinare gli arruolati a servizio di uno Stato estero (dolo specifico)”⁷¹.

Secondo una diversa dottrina il dolo è generico e non specifico, in quanto l’espressione “perché militino al servizio o a favore dello straniero” non è sinonima di “allo scopo di farli militare”⁷².

In tal senso, “l’arruolamento per il servizio all'estero è il fatto materiale e l’espressione *perché militino* indica il finalismo obiettivo della condotta”⁷³.

Non è necessaria la rappresentazione della cittadinanza italiana degli arruolati o armati. Infatti, anche se il requisito della cittadinanza italiana non è una condizione obiettiva di punibilità (art. 44 c.p.), poiché l’arruolatore o armatore agisce nel nostro territorio, questi non può ignorare “che l’Italia è popolata da Italiani”; e, ad ogni modo, la sua ignoranza sarebbe inescusabile, poiché “al divieto penale di non arruolare o di non armare cittadini, corrisponde il dovere di accertare la cittadinanza degli arruolati o armati”⁷⁴.

⁶⁵ MARINI, LA MONICA, MAZZA, *op. cit.*

⁶⁶ DE MAURO, *op. cit.*; SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 136; MANZINI, *op. cit.*, p. 493. Secondo quest’ultimo autore, per la consumazione non è necessario l’effettivo passaggio all'estero o la presa di effettivo servizio, in quanto il delitto non è costituito dal fatto dell’arruolato o armato. Bensì da quello dell’arruolatore o armatore. Se questi, poi, per la consegna dell’arruolando allo straniero, lo abbia privato in tutto o in parte della libertà personale, dovrà rispondere oltre che del delitto in esame, anche del delitto aggravato previsto dall’art. 605 c.p., in concorso materiale.

⁶⁷ DEAN, *op. cit.*

⁶⁸ MANZINI, *op. cit.*, p. 493.

⁶⁹ MARCONI, *op. cit.*; MAGGIORE, *op. cit.*; MARINI, LA MONICA, MAZZA, *op. cit.*; DEAN, *op. cit.*; FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, p. 139.

⁷⁰ MANZINI, *op. cit.*, p. 493.

⁷¹ MARCONI, *op. cit.*

Per la sussistenza del dolo specifico anche: MARINI, LA MONICA, MAZZA, *op. cit.*; MALIZIA, *op. cit.*; SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 136; MANZINI, *op. cit.*, p. 494; FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, p. 139.

Invece per ANTOLISEI, *op. cit.*, è sufficiente la volontà del fatto (arruolamento o armamento) e la consapevolezza che esso non è autorizzato dal governo.

⁷² DEAN, *op. cit.*

⁷³ GALLO, MUSCO, *op. cit.*, p. 251. La condotta, ovviamente, “dev’essere investita dal dolo anche in queste sue note che la caratterizzano, ma ciò non significa che l’elemento psicologico si proietti al di là della fattispecie, ché anzi esso resta a questa immanente e in questa contenuto proprio perché a null’altro la volontà è diretta se non a realizzare esattamente i suoi elementi essenziali”.

⁷⁴ MANZINI, *op. cit.*, p. 494. Se, però, l’arruolato o armato ha ingannato l’arruolatore o armatore “con false prove attestanti la sua cittadinanza straniera, e se nessun altro cittadino italiano sia stato arruolato od armato, l’errore determinato dall’inganno esclude il delitto in discorso per l’arruolatore o armatore, e di tale delitto risponde invece l’ingannatore (art. 48 c.p.)”.

L'elemento soggettivo è assente nel caso di errore. Può esservi errore sulla esistenza o sulla validità dell'approvazione governativa (art. 59 c.p.); ed, inoltre, errore determinato da altrui inganno (art. 48 c.p.) sulla cittadinanza italiana degli arruolati o armati⁷⁵.

“E’ indifferente per l'esistenza del reato il *fine* che l'agente si propone mediante il fatto di cui si tratta, che può anche essere lodevole e generoso, come il correre in aiuto di uno Stato aggredito da un altro Stato, o aiutare uno Stato a scacciare un'odiosa tirannide che l'opprime e lo dissangua. E’ altresì irrilevante che l'autore del fatto agisca per fine di lucro o disinteressatamente”⁷⁶.

Un eventuale fine “nobile e generoso” dell'agente potrebbe costituire solo una circostanza attenuante (art. 62, n. 1 c.p.)⁷⁷.

2.9. Circostanze aggravanti ed attenuanti

L'articolo in esame prevede un'aggravante speciale che si applica quando fra gli arruolati vi siano militari in servizio o persone ancora soggette agli obblighi del servizio militare, cioè “militari in servizio o richiamati in servizio alle armi e militari in congedo illimitato provvisorio. Restano estranei all'ambito revisionale i soli militari in congedo assoluto”⁷⁸.

“La ragione dell'aggravante consiste nel maggior danno che risente lo Stato cui si sottraggono le persone che gli debbono prestare il servizio come per legge”⁷⁹, con il consequenziale più incisivo intaccamento della potenzialità militare della nazione⁸⁰.

L'imputazione soggettiva di tale aggravante presuppone almeno la conoscibilità della condizione o qualità soggettiva dell'arruolato⁸¹. Al contrario, secondo altra dottrina, la circostanza ha carattere obiettivo, “perché concerne l'oggetto dell'azione e la gravità del danno (art. 70 n. 1; art. 118 prima parte). Essa sta a carico del colpevole ancorché da lui non sia conosciuta o ritenuta inesistente (art. 59 prima parte)”⁸².

⁷⁵ MANZINI, *op. cit.*, p. 494.

⁷⁶ DE MAURO, *op. cit.* In tal senso anche MANZINI, *op. cit.*, p. 494.

⁷⁷ SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 134; MANZINI, *op. cit.*, p. 494.

⁷⁸ MARCONI, *op. cit.*

Osserva MANZINI, *op. cit.*, p. 495, che se la ragione dell'aggravante è chiara per quanto riguarda i militari in servizio, lo è invece meno per quanto concerne le “persone tuttora soggette agli obblighi del servizio militare”. Infatti, in tale seconda ipotesi, il fatto che costituisce l'aggravante “è una normalità del delitto, e non un *quid* straordinario, come deve essere ogni circostanza. E' invero naturale che, per mandar gente a militare al servizio o a favore dello straniero, si scelgano persone idonee, mentre tali non sono di regola, quelle che, per età o per altra causa, non sono più soggette agli obblighi del servizio militare in Italia”. Considerare quindi esclusi dall'ambito dell'aggravante i militari in congedo assoluto, si confà con tale dottrina.

Le condizioni di militare in servizio o richiamato in servizio alle armi; militare in congedo illimitato provvisorio e di militari in congedo assoluto sono accertabili in base alle leggi italiane sul reclutamento dell'esercito, cfr. DE MAURO, *op. cit.*; SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 136; MANZINI, *op. cit.*, p. 495.

In base a tali leggi, sono obbligati al servizio militare gli iscritti di leva dal giorno dell'arruolamento sino al 31 dicembre dell'anno in cui compiono il 45° anno di età, salvo, per gli ufficiali, sottufficiali e militari di truppa vincolati ad obblighi speciali, il disposto delle leggi che li riguardano. Cfr. MALIZIA, *op. cit.*

E' necessario si tratti di persone che sono tuttora soggette agli obblighi militari, cioè che hanno già assunto tali obblighi e non ne sono ancora stati esentati. L'aggravante, quindi, non si applica quando siano arruolati od armati individui non ancora soggetti alla leva. Cfr. MANZINI, *op. cit.*, p. 495.

E' bene osservare che tale impostazione dovrà essere rivista in seguito all'entrata a regime delle norme che dispongono la trasformazione progressiva dello strumento militare in professionale mediante l'arruolamento volontario (cfr. legge 14/11/2000 n. 331 e D.lgs 8/5/2001 n. 215).

⁷⁹ DE MAURO, *op. cit.*

⁸⁰ MALIZIA, *op. cit.*

⁸¹ MARCONI, *op. cit.*

⁸² MANZINI, *op. cit.*, p. 495.

L'aggravante speciale fa riferimento soltanto agli *arruolati* e non menziona anche gli armati. Ma, considerato che chi si fa armare necessariamente si arruola, nell'aggravante sono compresi pure gli armati⁸³.

Se è stato arruolato un militare che, per passare a disposizione dello straniero, abbandona il servizio, rendendosi così colpevole del reato di diserzione, l'arruolatore risponderà di arruolamento illecito aggravato e di concorso in diserzione⁸⁴. Infatti, il delitto in esame non è un reato complesso (art. 84 c.p.), “giacchè il fatto di arruolare un militare a servizio o a favore dello straniero è diverso da quello di farlo disertare, nulla importando che senza la diserzione l'arruolatore non possa conseguire il suo scopo”⁸⁵.

Se il fatto consiste nell'indurre un militare a passare al nemico (o arruolare o armare qualsiasi persona per il nemico), anziché l'art. 288 c.p., si applicherà l'art. 85 c.p.m.g.⁸⁶

A tale reato possono inoltre accedere la circostanza aggravante del fine di lucro (art. 61 comma 1, n. 7, c.p.); l'attenuante della particolare tenuità del danno o del pericolo (art. 311 c.p.)⁸⁷ e, come detto, l'attenuante dell'agire per fini di particolare valore morale o sociale (art. 62, comma 1, n. 1 c.p.).

2.10 Sanzioni

La sanzione originariamente prevista era della reclusione da tre a sei anni, successivamente elevata da quattro a quindici anni, dall'art. 7, legge 12 maggio 1995, n. 210 (*si veda il Par. 6*). E' da rilevare un'eccessiva ampiezza della forbice edittale, quasi che “il legislatore abbia preferito consegnare al giudice il compito di rimediare alle asprezze di una tecnica sanzionatoria ereditata dal codice Rocco, affidandogli la rielaborazione in sede applicativa dei limiti di una cornice edittale di dubbia efficacia”⁸⁸.

2.11 Aspetti processuali

Il reato è perseguitabile solo dopo l'autorizzazione del Ministro di giustizia ex art. 313 c.p.⁸⁹.

2.12 La fattispecie di cui all'art. 244 c.p.

Qualora la condotta del *fare arruolamenti senza approvazione del Governo*, avvenga non al servizio o a favore dello straniero (comprensivo, come visto, anche di uno Stato estero), bensì *contro uno Stato estero*, si integra la più grave fattispecie di cui all'art. 244 c.p.⁹⁰.

Tale condotta (alternativa al *compiere altri atti ostili contro uno Stato estero*) deve essere tale da esporre lo Stato italiano al pericolo di una guerra.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ MALIZIA, *op. cit.*

⁸⁵ MANZINI, *op. cit.*, p. 495.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ DE MAURO, *op. cit.*; MALIZIA, *op. cit.*; MANZINI, *op. cit.*, p. 496.

⁸⁸ COLLI, *Commento ad art. 3, 4, 5, 6, 7 legge 210/1995*, in *La legislazione penale*, 1997, n. 2, p. 353.

⁸⁹ MARCONI, *op. cit.*; ANTOLISEI, *op. cit.*; DE MAURO, *op. cit.*; MALIZIA, *op. cit.*; SALTELLI, ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, p. 137.

⁹⁰ Art. 244 c.p. (*Atti ostili verso uno Stato estero, che espongono lo Stato italiano al pericolo di guerra*):

Chiunque, senza l'approvazione del Governo, fa arruolamenti o compie altri atti ostili contro uno Stato estero, in modo da esporre lo Stato italiano al pericolo di una guerra, è punito con la reclusione da sei a diciotto anni; se la guerra avviene, è punito con l'ergastolo.

Qualora gli atti ostili siano tali da turbare soltanto le relazioni con un Governo estero, ovvero da esporre lo Stato italiano o i suoi cittadini, ovunque residenti, al pericolo di rappresaglie o di ritorsioni, la pena è della reclusione da tre a dodici anni. Se segue la rottura delle relazioni diplomatiche, o se avvengono le rappresaglie o le ritorsioni, la pena è della reclusione da cinque a quindici anni.

§ 3. Art. 77 c.p.m.p. (*alto tradimento*) ed art. 85 c.p.m.g. (*arruolamento illecito di guerra*).

L'esame dell'art. 288 c.p. risulterebbe incompleta se non si considerassero gli artt. 77 c.p.m.p. (*alto tradimento*) e 85 c.p.m.g. (*arruolamento illecito di guerra*).

3.1 Alto tradimento

Quando il soggetto attivo del reato di cui all'art. 288 c.p. è un militare, anziché tale norma si applica l'art. 77 c.p. militare di pace.

Tale articolo, rubricato “*Alto tradimento*”, rinvia per la nozione di reato all'art. 288 c.p. aumentando però la relativa pena di un terzo.

E' bene precisare che l'art. 77 cit. rinvia all'art. 288 c.p. per la nozione di reato, per poi però recepirla attraverso “un rinvio assolutamente ricettizio, nel contesto della fattispecie evocante, che il codice penale militare autonomamente definisce come *alto tradimento*”: il fatto mantiene quindi la natura di reato militare⁹¹.

“Al militare in servizio è parificato, ai fini dell'applicabilità della legge penale militare, il militare in congedo illimitato (art. 7 n. 1 c.p.m.p.)”⁹².

All'art. 102 c.p.m.p. è prevista una diminuzione di pena quando il fatto risulti di lievi entità.

La competenza per il giudizio è del tribunale militare, poiché si tratta di reato commesso da appartenente alle forze armate.

Per procedere è necessaria l'autorizzazione del Ministro della Giustizia (art. 3 d.l. 9/12/1941 n. 1386).

3.2 Arruolamento illecito di guerra

L'art. 85 c.p. militare di guerra, sotto il titolo ‘*Arruolamento illecito di guerra*’, stabilisce: “*Chiunque induce un militare a passare al nemico, ovvero gliene facilita i mezzi, è punito con l'ergastolo. La stessa pena si applica a chiunque arruola o arma, per il nemico o per insorgere contro lo Stato italiano, qualunque persona, ancorché estranea alle forze armate dello Stato*”⁹³.

Tale norma intende reprimere gravi attentati alla difesa dello Stato in guerra “che si risolvono in un potenziamento della forza militare del nemico”⁹⁴.

Soggetto attivo è chiunque: cittadino o straniero; militare o estraneo alle forze armate.

Le condotte previste sono due.

La prima consiste nell'induzione a passare al nemico. Rientra sempre in questa prima ipotesi, il fatto di facilitare al militare il passaggio al nemico.

Soggetto passivo può essere soltanto il militare.

Secondo una dottrina, non occorre ai fini della consumazione, “che la istigazione sia stata accolta o comunque che il militare sia passato o abbia tentato di passare al nemico”⁹⁵. Al contrario, secondo altra dottrina (maggioritaria), ritenere consumato il reato anche nel caso di istigazione non accolta, sarebbe contrario al significato del verbo *indurre* usato dal legislatore⁹⁶.

⁹¹ GALLO, MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna 1984, p. 250. Conseguenza è che la giurisdizione appartiene al Tribunale militare e non alla Corte d'Assise.

⁹² MALIZIA, *Arruolamento illecito*, (voce) in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1958, vol. III, pp. 89 ss.

⁹³ Il testo originario prevedeva la pena di morte con degradazione.

⁹⁴ MALIZIA, *op. cit.* La norma deriva dai codici penali per l'esercito (art. 80) e per la marina (art. 82) del 1869.

⁹⁵ MALIZIA, *op. cit.*

In tal senso è anche la *Relazione al Re*.

⁹⁶ MILAZZO, *Arruolamento illecito di guerra*, (voce) in *Novissimo Digesto italiano*, Torino 1957, vol. I, p. 1012 “*Indurre* è verbo normalmente usato nella forma transitiva, la quale riguarda la ipotesi di muovere altrui per via di persuasione, a fare o dire una cosa. E' pure previsto nella forma riflessiva – la quale si concretizza nel fatto di chi viene nella risoluzione di fare una cosa – ma tale ipotesi non interessa la norma in esame, tranne che l'agente abbia preso la risoluzione di fare, in seguito alla istigazione

Di conseguenza, se si accede a tale seconda interpretazione, il momento consumativo sarà quando “il soggetto passivo si persuade a passare al nemico, oppure nel momento in cui accetta di mettere in essere i mezzi idonei a facilitargli il passaggio”⁹⁷.

L’elemento soggettivo “consiste nella volontà di commettere il fatto in sé, con la scienza e il fine di indurre il militare a passare al nemico, oppure di facilitare i mezzi diretti a tale scopo”⁹⁸.

La seconda condotta, autonoma dalla prima da punto di vista sia sistematico che concettuale⁹⁹, consiste nell’arruolamento o armamento di chiunque (cittadino o straniero; militare o estraneo alle forze armate) o per il nemico esterno o per attuare un’insurrezione interna.

Qui l’ambito applicativo è più ampio di quello previsto dall’art. 288 c.p., viste le particolari esigenze dello Stato in caso di conflitto (esterno o interno)¹⁰⁰: “si tratta, in sostanza, di una previsione dilatata del reato ex art. 288 c.p.”¹⁰¹

Soggetto passivo è chiunque: *qualunque persona*¹⁰².

“Il dolo consiste nella volontà di commettere il fatto in sé, con la scienza e il fine di arruolare o armare chiunque a favore del nemico, oppure per farlo insorgere contro lo Stato italiano”¹⁰³.

Competente per il giudizio è il tribunale militare di guerra.

3.3 Nozione di militare

Esaminando le fattispecie presenti nel codice penale e nei codici penali militari, si è spesso incontrata la nozione di *militare*. È una nozione propria della legge penale militare, ma è spesso richiamata (nei delitti contro l’ordine costituzionale) dalla legge penale comune¹⁰⁴.

Al riguardo la norma più importante è l’art. 7 c.p.m.p.¹⁰⁵.

In base all’art. 103, comma 3 Cost., i tribunali militari in tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate. Subito dopo l’entrata in vigore della Costituzione nacque un dibattito sul significato da dare all’espressione *appartenenti alle forze armate*¹⁰⁶.

Secondo il Tribunale Supremo Militare anche i militari in congedo illimitato sono compresi tra gli appartenenti alle forze armate nei casi in cui sono soggetti alla legge penale militare¹⁰⁷.

Ma una successiva pronuncia della Corte di Cassazione stabilì che la nozione “va riferita al significato tecnico giuridico che tale espressione ha nel codice penale militare di pace e nelle altri leggi penali militari”¹⁰⁸.

Di conseguenza, andando al codice penale militare, emergono due categorie di militari:

a) militari alle armi, comprendenti: militari in servizio alle armi (art. 3 c.p.m.p.); militari considerati in servizio (art. 5 c.p.m.p.); militari richiamati in servizio (art. 6 c.p.m.p.);

altrui, e non di propria iniziativa. Ciò considerato, non potrà mai dirsi che Tizio abbia indotto Caio a fare una cosa, se quanto è stato l’oggetto dell’istigazione non sia stato accettato da quest’ultimo. Fino a quando il soggetto passivo dell’istigazione non ha almeno iniziato quanto gli è stato suggerito, non può invero dirsi che la induzione sia avvenuta”.

Sulla stessa linea interpretativa è MESSINA, *Arruolamento illecito di guerra*, (voce) in *Digesto discipline penali*, Torino 1987, vol. I, pp. 275 ss.

⁹⁷ MILAZZO, *op. cit.*

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ MESSINA, *op. cit.*

¹⁰⁰ MALIZIA, *op. cit.*

¹⁰¹ MESSINA, *op. cit.*

¹⁰² MILAZZO, *op. cit.*

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ L’art. 292 bis c.p. richiama espressamente gli artt. 8 e 9 c.p.m.p. per il concetto di appartenente alle forze armate.

¹⁰⁵ MILAZZO, *op. cit.*

¹⁰⁶ GALLO, MUSCO, *op. cit.*, p. 252.

¹⁰⁷ Tribunale Supremo Militare, 19 febbraio 1952 in *Archivio penale*, 1952, 2, p. 269. La locuzione *appartenenti alle Forze armate* di cui all’art. 103 Cost. trae il suo significato dalla locuzione contenuta nella legge penale militare sostantiva.

¹⁰⁸ Cass., S.U., 8 marzo 1952, Menghi e Galassi, in *Giurisprudenza italiana*, 1953, 2, p. 122. Di conseguenza, “sono da ritenere appartenenti alle forze armate soltanto i militari in servizio alle armi, mentre quelli in congedo sono considerati appartenenti alle forze armate solo eccezionalmente, cioè solo nei casi in cui sono specificamente assoggettati alla legge penale militare”.

b) militari in congedo, comprendenti: militari considerati in congedo (art. 9 c.p.m.p.)¹⁰⁹; militari in congedo illimitato¹¹⁰; militari in congedo assoluto (art. 8 c.p.m.p.)¹¹¹.

I militari in congedo assoluto non appartengono più alle forze armate, di cui all'art. 103 Cost. Invece i militari in congedo illimitato e quelli considerati in congedo sono assoggettati alla legge penale militare (e quindi alla giurisdizione dei Tribunali militari) solo limitatamente alla commissione dei reati militari tassativamente indicati dall'art. 7 c.p.m.p.¹¹².

Secondo l'art. 7 c.p.m.g. (che amplia la nozione data dal c.p.m.p.), per militare si intende “l'appartenente alle forze armate, il militarizzato e ogni altra persona che a norma di legge acquista la qualità di militare, l'assimilato al militare e ogni appartenente a corpi o reparti volontari autorizzati a prendere parte alla guerra”¹¹³.

§ 4. I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949.

Si passa ora all'esame delle norme di diritto internazionale, iniziando dalla più importante: il I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali (ratificato in Italia con legge 11/12/1985, n. 762).

4.1 Considerazioni preliminari: i legittimi combattenti

Si deve preliminarmente osservare che nel diritto internazionale vengono chiamati “*combattenti non privilegiati*” o “*combattenti illegittimi*”, quei soggetti che, in caso di cattura si trovano alla mercè del nemico, non avendo diritto al trattamento di prigionieri di guerra. Tra i combattenti non privilegiati rientrano le spie, i sabotatori ed i mercenari¹¹⁴. Tuttavia l'azione di costoro non determina di per sé la responsabilità internazionale dello Stato a cui favore l'azione viene compiuta. Quindi “l'impiego di mercenari non costituisce una violazione del diritto internazionale imputabile allo Stato che li invia”¹¹⁵.

Secondo un'altra opinione, “il combattente illegittimo resta sempre un organo dello Stato belligerante, e, di conseguenza, i suoi atti sono imputabili allo Stato stesso. E se in tali atti si manifestano violazioni alle leggi e agli usi di guerra, esse impegnano anche la possibilità dello Stato del combattente illegittimo”¹¹⁶.

La III Convenzione di Ginevra del 1949, relativa ai prigionieri di guerra, parte dalla fondamentale distinzione tra conflitti armati internazionali (guerre tra stati) ed interni (guerre civili; guerre di liberazione nazionale). Nei primi, sono considerati legittimi combattenti (ed hanno quindi diritto al trattamento di prigionieri di guerra, in caso di cattura) le forze armate di una parte del conflitto ed i membri di milizie o corpi volontari che fanno parte di tali forze armate (compresi i movimenti di resistenza organizzata, a condizione che abbiano i requisiti previsti dalla Convenzione stessa)¹¹⁷.

“Quindi se i mercenari partecipano ad un conflitto armato internazionale, lottando per uno dei belligeranti e presentando i requisiti richiesti, possono essere considerati legittimi belligeranti. Se

¹⁰⁹ Sono gli ufficiali di complemento nel periodo tra la nomina e l'inizio del servizio.

¹¹⁰ Sono tutti coloro che hanno finito il servizio di leva o sono stati esentati, fino al 31 dicembre dell'anno in cui compiono il 45° anno di età se militari di truppa, o fino ad età che varia tra i 62 ed i 73 anni se sottufficiali o ufficiali, a seconda delle varie armi e dei gradi.

¹¹¹ Sono tutti gli altri che hanno superato le età di cui alla precedente nota. Cfr. GALLO, MUSCO, *op. cit.*, p. 253.

¹¹² GALLO, MUSCO, *op. cit.*, p. 253. Inizialmente i reati previsti dall'art. 7 erano numerosi, successivamente (dopo un forte movimento d'opinione seguito ad un clamoroso processo a due giornalisti) con legge 23 marzo 1956 n. 167 furono notevolmente ridotti: attualmente sono ventidue fattispecie, tra cui alcuni reati contro la fedeltà o la difesa militare.

¹¹³ MALIZIA, *op. cit.*

¹¹⁴ RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 1998, pp. 119 ss.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 121.

¹¹⁶ VERRI, *Appunti di diritto bellico*, Roma, 1982, pp. 22-23.

¹¹⁷ Tali requisiti sono: essere collegati ad una delle Parti del conflitto; avere un capo responsabile; avere un segno distintivo fisso distinguibile a distanza; portare apertamente le armi; osservare leggi ed usi di guerra.

invece sono privi di questi requisiti, o anche di uno di essi, sono equiparati a civili partecipanti alle ostilità belliche e le loro azioni armate costituiscono *crimini di guerra*, ossia violazione delle leggi e degli usi di guerra”¹¹⁸.

Invece, nel caso di conflitto armato interno, il diritto internazionale non disciplina lo status dei combattenti (che rimane soggetto al diritto interno dello Stato all'interno del quale si svolge il conflitto). Quindi, se i mercenari operano per conto del governo *legittimo*, potranno essere equiparati alle truppe regolari dell'esercito e considerati legittimi combattenti. Invece i ribelli potranno essere considerati come ritenuto opportuno (legittimi combattenti o criminali).

Se invece i mercenari operano per conto dei ribelli, essi possono essere considerati dal governo come criminali comuni. Comunque può essere loro concesso un trattamento diverso se i ribelli ed il governo legittimo concludono un accordo ai sensi dell'art. 3 par. 3 delle Convenzioni di Ginevra del 1949: quindi considerarli legittimi combattenti se hanno i requisiti detti.

In entrambi i casi vi sono, dunque, qualificazioni contrastanti¹¹⁹.

4.2 Definizione di mercenario

Premesso ciò, il problema principale è quello dell'identificazione dei mercenari. A tal fine, l'art. 47 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra, stabilisce sei condizioni, tre positive e tre negative.

In base alle condizioni positive, è mercenario chi:

- 1) è stato reclutato per combattere in uno specifico conflitto;
- 2) prende parte diretta alle ostilità;
- 3) è essenzialmente motivato da scopo di lucro.

In base alle condizioni negative, non è mercenario chi:

- 1) è cittadino di una parte del conflitto o residente nel territorio controllato da detta parte;
- 2) è membro delle forze armate di una parte del conflitto;
- 3) è membro delle forze armate di un terzo Stato ed è stato inviato in missione ufficiale.

“Pertanto, i volontari stranieri non sono mercenari perché essi sono, di regola, membri delle forze armate di una parte del conflitto, tanto nel caso in cui formino una propria milizia quanto in quello in cui siano inquadrati nelle forze regolari. Parimenti gli istruttori ed i consiglieri militari stranieri non possono essere considerati mercenari poiché non prendono parte alle ostilità e, comunque, sono di regola inviati in missione ufficiale dallo Stato cui appartengono”¹²⁰.

E' stato osservato che prima di questa norma, quando i mercenari si arruolavano in un esercito straniero venivano considerati come legittimi combattenti e, se catturati, trattati come prigionieri di guerra¹²¹.

§ 5. Convenzione O.U.A. per l'eliminazione del mercenarismo in Africa del 1977.

La Convenzione dell'O.U.A. (Organizzazione per l'Unità Africana) del 1977 è il punto d'arrivo dell'opposizione di molti Stati africani all'utilizzo di truppe mercenarie durante gli anni 1960-70. Con tale Convenzione si cercò di introdurre sanzioni contro chi favoriva il mercenarismo. L'obiettivo era quello di rendere meno restrittiva la definizione di mercenario di cui all'art. 47 del I Protocollo alle Convenzioni di Ginevra, in modo tale da avere una applicabilità più ampia.

¹¹⁸ CASSESE, *op. cit.*, p. 647.

¹¹⁹ CASSESE, *op. cit.*, p. 647.

¹²⁰ RONZITTI, *op. cit.*, p. 122. L'art. 47 non impedisce che un piccolo paese, con scarsa popolazione, si serva di cittadini stranieri per far fronte alle necessità belliche: basta che essi siano inquadrati nelle sue forze armate.

¹²¹ VERRI, *Appunti di diritto bellico*, Roma, 1982, p. 23.

Ma tale scopo non fu raggiunto, in quanto il vero fine dei Paesi aderenti all’O.U.A. “era quello di impedire che i mercenari fossero impiegati contro i governi in carica e contro i movimenti di liberazione anticoloniali, lasciando però spazio a un loro utilizzo in repressioni e conflittualità interne”¹²².

§ 6. Legge 12 maggio 1995, n. 210 (di ratifica della Convenzione internazionale di New York del 4 dicembre 1989).

La Convenzione ONU contro il reclutamento, il finanziamento e l’istruzione dei mercenari del 4 dicembre 1989¹²³ (conclusa su iniziativa dei Paesi del Terzo Mondo) ha un oggetto più ampio dell’art. 47 del I Protocollo e non appartiene, a rigore, al diritto internazionale umanitario.

6.1 La legge italiana di ratifica: legge 210/1995.

Tale Convenzione è stata recepita nel nostro ordinamento con legge 12 maggio 1995, n. 210. E proprio sulla legge di conversione, anziché sulla Convenzione, si concentra la presente analisi, astenendosi volutamente da raffronti tra il testo pattizio e il testo della legge di recepimento.

La *ratio legis* poggia nella considerazione che “la solidarietà verso le vittime di una guerra ingiusta o di un regime politico oppressivo non può esprimersi attraverso la partecipazione di nostri armati al conflitto od all’insurrezione in corso in un Paese straniero”¹²⁴.

Secondo altra dottrina, il legislatore mira non a perseguire il mercenarismo *tout court*, in quanto fenomeno con ampie connotazioni politiche, bensì a regolamentare il frequente utilizzo di mercenari ed a condannare le manifestazioni del fenomeno che si pongono in contrasto con i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti¹²⁵.

6.2 Le fattispecie penali applicabili ai mercenari: art. 3 legge 210/1995

L’art. 3 legge 210/1995 recita:

“Chiunque, avendo ricevuto un corrispettivo economico o altra utilità o avendone accettato la promessa, combatte in un conflitto armato nel territorio comunque controllato da uno Stato estero di cui non sia né cittadino né stabilmente residente, senza far parte delle forze armate di una delle Parti del conflitto o essere inviato in missione ufficiale quale appartenente alle forze armate di uno Stato estraneo al conflitto, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da due a sette anni.

Chiunque, avendo ricevuto un corrispettivo economico o avendone accettato la promessa, partecipa ad un’azione, preordinata e violenta, diretta a mutare l’ordine costituzionale o a violare l’integrità territoriale di uno Stato estero di cui non sia né cittadino né stabilmente residente, senza far parte delle forze armate dello Stato ove il fatto sia commesso né essere stato inviato in missione speciale da altro Stato, è punito, per la sola partecipazione all’atto, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da tre a otto anni”.

¹²² VIGNARCA, *op. cit.*, p. 77. Su tale Convenzione si veda più ampiamente: CASSESE, *op. cit.*, pp. 652 ss.

¹²³ Pubblicata in Suppl. ord. GU – Serie Gen. – n. 126 del 1 giugno 1995.

¹²⁴ TENCATI, *Il mercenarismo. Profili penali*, in *Rassegna della giustizia militare*, 1995, n. 3-4, p. 124. Tale concetto emergeva già dai principi costituzionali: la legge 210/1995 si è limitata a ribadirli. “L’art. 78 della Costituzione attribuisce solo al Parlamento il potere di dichiarare (oltre tutto con finalità esclusivamente difensive) la guerra in soccorso di uno Stato estero minacciato da un altro che potrebbe offendere pure la nostra sovranità, mentre allo stesso Parlamento l’art. 80 della Carta costituzionale affida la funzione di impegnare l’Italia nelle alleanze militari legittimanti l’impiego delle sue forze armate oltre i confini nazionali”, *ibidem*.

¹²⁵ COLLI, *op. cit.*, pp. 335-336.

L'articolo contiene, nei suoi due commi, due fattispecie autonome “le quali esplicitano il diverso disvalore delle condotte tipizzate a seconda dei contesti nei quali trova più spesso espressione il fenomeno del *mercenarismo* moderno”¹²⁶.

E' da notare che manca una esplicita definizione del soggetto autore, ossia di “*mercenario*”.

6.2.1 La clausola di riserva: rapporto con gli artt. 244 e 288 c.p. e con gli artt. 148 e 149 c.p.m.p.

L'ambito di applicazione delle due fattispecie penali è circoscritto dalla clausola di riserva “*se il fatto non costituisce più grave reato*”. Si evitano, così, possibili confusioni con fatti già autonomamente puniti come specifici atti di aggressione di uno Stato estero. “L'esigenza di salvaguardare l'autonoma punibilità di ben più gravi delitti, nei quali verrebbe assorbito il disvalore della condotta tipizzata in questa norma (dalla lesione degli interessi vitali di una compagine statale alla commissione di crimini internazionali contro la pace e la sicurezza dell'umanità), ha trovato così un giusto punto di equilibrio nella formulazione della clausola di riserva citata”¹²⁷.

I reati il cui ambito di applicazione può sovrapporsi alla norma in esame, sono quelli di cui agli artt. 244 e 288 c.p. La stessa legge 210/1995 provvede alla sistematica, innalzando (art. 7) i limiti edittali previsti da questi articoli e sancendo così la prevalenza delle fattispecie codicistiche su quella in esame: “l'impegno solidaristico assunto verso la comunità internazionale cede qui il passo alla preminente esigenza di una tutela degli interessi particolari facenti capo esclusivamente allo Stato italiano”¹²⁸.

Secondo altra dottrina, l'art. 3 ha uno spazio applicativo autonomo dalle norme codicistiche (artt. 244 e 288 c.p.), in quanto queste non menzionano gli arruolati o gli armati per combattere all'estero. Costoro, prima della legge 210/1995, commettevano, eventualmente, solo il reato di diserzione¹²⁹.

Proprio in riferimento al reato di diserzione, è da osservare la *diserzione immediata*, di cui all'art. 149, comma 1, n. 4, c.p.m.p., ha un suo autonomo ambito di applicazione¹³⁰.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 335.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 336.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 336.

¹²⁹ TENCATI, *op. cit.*, p. 127. Né può invocarsi, contro tale assunto, l'aggravante di cui al comma 2 dell'art. 288 c.p.: “l'essere i mercenari militari od attualmente soggetti agli obblighi di leva perché non ancora collocati in congedo assoluto per età costituisce infatti un elemento da valutarsi a carico del loro arruolatore”, *ibidem*. Al riguardo si veda più ampiamente il *Par. 2.9*.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 130.

Art. 149 c.p.m.p. (*Casi di diserzione immediata*):

È considerato immediatamente disertore:

1) il militare destinato a un corpo di spedizione od operazione, ovvero appartenente all'equipaggio di una nave militare o di un aeromobile militare, che, senza autorizzazione, si trova assente al momento della partenza del corpo, della nave o dell'aeromobile;

2) il militare, che evade mentre sta scontando la pena detentiva militare;

3) il militare, che evade mentre è in stato di detenzione preventiva in un carcere militare; o dovunque, per un reato soggetto alla giurisdizione militare;

4) il militare, che, senza autorizzazione, prende servizio a bordo di una nave estera o di un aeromobile estero, ovvero nelle forze armate di uno Stato estero;

5) il militare, che abbandona il servizio alle armi, facendosi sostituire.

Il disertore è punito con la reclusione militare da uno a tre anni nei casi indicati nei numeri 1, 2 e 3, da due a cinque anni nel caso indicato nel numero 4; da cinque a sette anni nel caso indicato nel numero 5.

Nei casi indicati nei numeri 2 e 3, non si applicano le disposizioni dell'articolo 385 del codice penale.

Invece, circa la diserzione a termine di cui all'art. 148 c.p.m.p.¹³¹, è necessario valutare le intenzioni dell'agente. Infatti, si applicherà solamente l'art. 148 c.p.m.p. nel caso in cui il disertore abbandoni il proprio reparto senza autorizzazione per ragioni diverse dal recarsi a combattere all'estero in cambio di un compenso. Diversamente, si applicherà l'art. 3 quando vi è una relazione causale tra la dazione o la promessa di un compenso e la partenza per combattere all'estero in una guerra od insurrezione armata, con conseguente assenza illecita dal servizio alle armi in Italia¹³².

6.2.2 *Ratio dell'incriminazione*

Secondo una dottrina, la disposizione mira ad “evitare, comminando gravi sanzioni penali, che individui senza scrupoli, al soldo di persone altrettanto spregiudicate, costituiscano una permanente minaccia all'ordinato svolgersi delle relazioni internazionali”¹³³.

Infatti, si tende a reprimere ogni violazione del principio di diritto internazionale di non ingerenza negli affari di altro Stato ad opera di individui che non vantano alcun titolo. E' questo un principio che si rivolge tradizionalmente agli Stati, ma con tale norma viene esteso alle condotte individuali che ricadono quindi sotto l'ambito applicativo del diritto penale italiano¹³⁴.

La lesione del bene giuridico può realizzarsi nel contesto di un *conflitto armato* (comma 1) o di *ogni altra circostanza* (comma 2)¹³⁵.

E' bene considerare separatamente la *ratio* di incriminazione del 1° e del 2° comma.

In riferimento alla fattispecie di cui al comma 1, qui si punisce personalmente il mercenario che non ha alcun legame con nessuna delle parti in conflitto¹³⁶: costui altera il normale svolgimento delle operazioni militari in corso, in quanto determina “sia un incremento quantitativo delle forze in campo, sia una variazione qualitativa delle capacità belliche”¹³⁷.

La norma non specifica chi debbano essere le Parti in conflitto: di conseguenza, il riferimento è sia ad un conflitto armato interstatale, sia a conflitti armati interni. L'importante è che si tratti di ostilità circoscritte al *territorio comunque controllato* da uno Stato estero¹³⁸.

Il reato di cui al comma 2 persegue le situazioni costituenti pericolo per gli elementi essenziali di uno Stato sovrano¹³⁹. Il maggior disvalore di questa fattispecie (cui corrisponde un più grave trattamento sanzionatorio) è facilmente evincibile dalle peculiarità del mercenarismo moderno.

Si tratta, infatti, di un fenomeno che trova terreno fertile in realtà con strutture statali molto fragili, dove “i soldati *prezzolati* vengono strumentalizzati dalle potenze ex-coloniali o utilizzati

¹³¹ Art. 148 c.p.m.p.:

Commette il reato di diserzione, ed è punito con la reclusione militare da sei mesi a due anni:

1) il militare, che, essendo in servizio alle armi, se ne allontana senza autorizzazione e rimane assente per cinque giorni consecutivi;

2) il militare, che, essendo in servizio alle armi e trovandosi legittimamente assente, non si presenta, senza giusto motivo, nei cinque giorni successivi a quello prefisso

¹³² TENCATI, *op. cit.*, p. 130.

¹³³ *Ibidem*. Il bene giuridico tutelato è, quindi, il monopolio statale alla costituzione, all'addestramento o al finanziamento delle forze armate.

¹³⁴ COLLI, *op. cit.*, p. 336.

¹³⁵ E' un dato letterale ampio che può ricoprendere anche situazioni di tensione interna destinate a trasformarsi in un conflitto armato.

¹³⁶ La mancanza di un tale legame, esclude il trattamento di favore riservato ai prigionieri di guerra (legittimi combattenti).

¹³⁷ COLLI, *op. cit.*, p. 337. Si pensi a mercenari dotati di particolare preparazione tecnica o forniti di armi sofisticate.

¹³⁸ Con tale espressione si intende l'ambito di esercizio effettivo di una sovranità territoriale.

¹³⁹ COLLI, *op. cit.*, p. 338.

Che si tratti di beni indispensabili per la sopravvivenza stessa dello Stato, lo si evince dalla strutturazione della fattispecie in chiave di delitto a consumazione anticipata (secondo lo schema già seguito dal codice Rocco nei reati contro la personalità dello Stato).

anche dagli stessi governi legittimi per addestrare l'esercito o per potenziare i propri sistemi di sicurezza (determinando così una forte dipendenza dall'esterno)”¹⁴⁰.

Situazione non meno grave è quando i mercenari sono arruolati da grosse società multinazionali, “che hanno interessi economici alla destabilizzazione politica dei nuovi Stati indipendenti (per esempio per provocare secessioni, o in occasione di colpi di Stato)”¹⁴¹, o alla stabilizzazione di un nuovo ordine politico ad esse favorevole.

6.2.3 Il soggetto attivo

Nonostante il generico *chiunque*, si deve ritenere che si è in presenza di un reato proprio.

Infatti, come accennato, il legislatore non definisce esplicitamente il soggetto attivo delle due fattispecie qualificandolo *mercenario*, ma rimette la sua individuazione alle modalità esecutive ed ai presupposti della condotta ed “alla descrizione di una serie di requisiti che esso *non* deve possedere per inquadrarsi fra coloro che difettano di qualunque titolo ad ingerirsi negli affari di uno stato estero”¹⁴². Precisamente, l'agente non deve essere cittadino o residente nello Stato coinvolto nel conflitto; non deve far parte delle forze armate di una delle Parti belligeranti; non deve essere stato mandato in missione ufficiale da altro Stato.

Se sono presenti tutti questi tre requisiti di ordine *negativo*, la fattispecie penale sarà integrata.

Al riguardo, sono da mettere in evidenza alcuni aspetti problematici. Infatti, chi è cittadino o residente, come detto, non sarà punibile; ma costui potrà arruolarsi come mercenario (senza conseguenze sanzionatorie penali), per conto di un altro Stato o di un movimento di liberazione, per combattere il proprio Stato o comunque sottoporlo ad un controllo politico-economico esterno¹⁴³.

Altro aspetto problematico è quando si ha un mercenario, non cittadino, non residente, ma membro delle forze armate di uno Stato coinvolto (o inviato in missione ufficiale da altro Stato): anche questi non sarà punibile. Tale previsione, infatti, mira a conferire legittimità agli stranieri volontari, agli istruttori ed ai consiglieri militari, cui ricorre lo Stato per sopperire alla propria incapacità tecnica nell'addestrare le sue truppe. Ma il punto è che l'intervento dello Stato terzo, nell'inviare suoi soggetti in missione ufficiale, non sempre è disinteressato, ma può nascondere l'intenzione di influenzare la politica di una delle Parti belligeranti o può nascondere intenti eversivi o destabilizzanti¹⁴⁴.

6.2.4 La condotta

Come detto, la condotta delle due fattispecie concorre implicitamente a delineare la figura dei *mercenari*, in modo tale da non estendere la definizione giuridica anche ad altre categorie di combattenti qualificati *legittimi* dal diritto internazionale bellico¹⁴⁵.

Entrambe le fattispecie sono strutturate quali reati di mera condotta: il comportamento, descritto nei suoi presupposti e nelle sue modalità esecutive, rivela una idoneità offensiva al bene giuridica oggetto di tutela.

“Il legislatore ha così ritenuto funzionale alla stessa *ratio* incriminatrice, individuare in maniera puntuale l'attività che definisce il mercenario in quanto tale, a prescindere dagli effetti che da essa possono derivare come equivalente fenomenico dell'offesa; questi semmai, nella misura in cui siano già punibili autonomamente, integreranno gli estremi di un concorso formale di reati.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 339.

¹⁴¹ *Ibidem*.

Il fenomeno è particolarmente allarmante quando il potere del governo di uno Stato è quasi annullato dalla pressione esercitata da parte di gruppi interessati a condizionarne la politica tramite le ingenti risorse di cui godono grazie al narcotraffico.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 340.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 341. Per la nozione di *legittimo combattente*, si veda il *Par. 4.1*.

6.2.4.1 Le particolarità della condotta della fattispecie di cui al comma 1

La condotta della fattispecie di cui al comma 1 è costituita dal *combattere*: in essa poggia idoneità offensiva del bene giuridico.

Invece, il *ricevimento o la promessa di un corrispettivo economico o di altra utilità* sono un presupposto oggettivo della condotta¹⁴⁶. Nell'*altra utilità* sono ricompresi “tutti quegli incrementi aventi natura patrimoniale ma di carattere meramente accessorio o eventuale rispetto al corrispettivo-base, il cui percepimento potrebbe essere ipoteticamente rimesso all'iniziativa personale dello stesso mercenario (per esempio, saccheggi compiuti in occasione delle operazioni militari)”¹⁴⁷.

Circa il *quantum* del compenso, la norma nulla dice. Non è, quindi, necessario che si tratti di compenso di importo superiore a quello spettante al legittimo belligerante inquadrato nelle forze armate di uno Stato estero: la prova di quanto effettivamente pagato al mercenario sarebbe, oltretutto, difficile.

6.2.4.2 Le particolarità della condotta della fattispecie di cui al comma 2

La condotta della fattispecie penale di cui al comma 2 si configura “come contributo morale o materiale alla realizzazione di un piano di cospirazione politica, in concorso con altre persone (artt. 110 ss. C.p.), eventualmente anche non appartenenti alla categoria in esame”¹⁴⁸. E', quindi, sufficiente, ai fini della responsabilità penale, la partecipazione del concorrente all'atto.

E', ovviamente, fatto salvo che la condotta del concorrente non costituisca più grave reato e non integri un concorso di reati (qualora vengano offesi anche altri beni giuridici autonomamente tutelati).

Come osservato per il comma 1, l'illiceità della condotta poggia nei requisiti soggettivi di appartenenza alla categoria di *mercenario*, nei presupposti dell'azione e, principalmente, nelle sue modalità esecutive (*partecipa ad un'azione preordinata e violenta*).

Proprio le modalità esecutive della condotta giustificano l'autonoma rilevanza della fattispecie (e le più gravi sanzioni) e concorrono a “dare corpo alla lesione del bene giuridico protetto”¹⁴⁹.

Inoltre, le stesse conferiscono al fatto una pericolosità tale da giustificare la tipizzazione in chiave di attentato. Infatti, il giusto *compromesso* tra il principio di offensività e l'anticipazione della tutela del bene giuridico a livello di attentato, non può risiedere “nella sola idoneità della condotta a cagionare gli eventi intenzionali previsti, dal momento che la verificazione del *mutamento dell'ordine costituzionale* o la *violazione dell'integrità territoriale* si presentano sostanzialmente *neutri* dal punto di vista della lesione della sovranità di uno Stato, e anzi consentiti qualora vengano perseguiti mediante il ricorso a mezzi di per sé leciti”¹⁵⁰.

L'azione avrà un'idoneità lesiva (si tramuterà, cioè, in danno) quando la violenza richiesta dalla norma si estrinsecherà tramite attacchi materialmente ed ideologicamente *aggressivi* della sovranità politica o territoriale dello Stato; attacchi diretti a sovvertirne gli elementi costitutivi essenziali¹⁵¹.

Saranno, quindi, *violazioni dell'integrità territoriale* le azioni volte a sottrarre alla sovranità dello Stato porzioni di territorio. Saranno, invece, *mutamento dell'ordine costituzionale* le azioni concorrenti finalizzate, in modo diretto o indiretto, a impedire l'esercizio delle funzioni

¹⁴⁶ *Ibidem*. L'oggetto del compenso è alternativamente un corrispettivo economico od altra utilità.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 342.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 343.

¹⁵¹ *Ibidem*. Nell'ambito di tali attacchi, il contributo concorsuale del mercenario sarà di tipo essenzialmente militare.

essenziali dello Stato o finalizzate ad offendere i beni individuali (vita, integrità fisica, libertà personale) di soggetti organi¹⁵².

Circa la *preordinazione dell'azione*, essa deve intendersi quale condotta inserita “nel contesto di un piano di cospirazione concordato e caratterizzato da una predisposizione di mezzi per il raggiungimento degli eventi intenzionali tipizzati”¹⁵³.

In ultimo, è da osservare che, nella realtà dei fatti, un piano di cospirazione politica è molto complesso e delicato. Il che fa che l’azione a cui partecipa il mercenario possa costituire uno dei reati-scopo posti in essere da una associazione. In tale ipotesi, il mercenario incorrerà nell’ulteriore imputazione di concorso nel reato associativo¹⁵⁴.

6.2.5 L’elemento soggettivo

La fattispecie di cui al 1° comma è strutturata in chiave di dolo generico. Sarà importante “l’accertamento della rappresentazione dei presupposti della condotta e dei requisiti soggettivi della categoria dei mercenari, in quanto elementi fondanti la stessa coscienza dell’offensività del fatto tipico”¹⁵⁵.

Nella fattispecie di cui al comma 2, in più, occorrerà accertare la volontà di offendere il bene giuridico tutelato ed accettare la rappresentazione della funzione destabilizzante della propria condotta¹⁵⁶.

6.3 Le fattispecie penali applicabili a chi recluta, utilizza, finanzia o istruisce mercenari: art. 4 legge 210/1995.

L’art. 4 della legge in commento dispone che: “*Chiunque recluta, utilizza, finanzia o istruisce delle persone al fine di far loro commettere alcuni dei fatti previsti nell’articolo 3 è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da quattro a quattordici anni*”.

I limiti edittali sono maggiori di quelli delle fattispecie di cui all’art. 3, a prova di un maggiore disvalore del comportamento di chi recluta da quello di chi combatte¹⁵⁷.

Con tale disposizione il legislatore mira a reprimere ogni attività preparatoria all’utilizzo di mercenari, preso atto che “il fenomeno in esame non è mai riferibile ad un solo individuo *isolatamente* considerato, ma generalmente coinvolge l’apporto di una pluralità di soggetti e spesso anche un’organizzazione di mezzi e di strutture militari”¹⁵⁸, e preso atto che l’arruolamento, l’equipaggiamento, l’organizzazione e l’addestramento dei mercenari, di solito avvengono sul territorio di Stati diversi da quello obiettivo dell’azione bellica o destabilizzante.

Si noti che anche qui, come nell’art. 3, non viene utilizzato il termine *mercenario*. Il soggetto passivo del reato non viene qualificato come *mercenario*, ma genericamente *persona reclutata*.

Anche tale disposizione presenta la clausola di riserva “*se il fatto non costituisce più grave reato*”, che però risulta di difficile individuazione¹⁵⁹.

6.3.1 Il soggetto attivo

¹⁵² *Ibidem*. Saranno escluse dall’ambito applicativo della fattispecie in esame, onde evitarne un ruolo meramente simbolico, le azioni terroristiche “genericamente finalizzate a creare un clima di intimidazione ed insicurezza nell’opinione pubblica, solo indirettamente strumento di una precisa strategia eversiva”.

¹⁵³ *Ibidem*. Così la condotta del mercenario sarà connotata da concreta pericolosità.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 344.

¹⁵⁶ *Ibidem*. “Solo in tal modo il rispetto del principio di offensività e materialità può trovare un adeguato corrispondente a livello di elemento psicologico, evitando che la retrocessione della tutela al livello dell’attentato non si risolva nella repressione di un fatto solo intenzionalmente pericoloso”, *ibidem*.

¹⁵⁷ Il c.p., come detto in precedenza, sanziona la esclusivamente condotta di chi arruola o arma.

¹⁵⁸ COLLI, *op. cit.*, p. 345.

¹⁵⁹ TENCATI, *op. cit.*, p. 126.

Secondo COLLI, *op. cit.*, p. 345, la clausola di riserva segna la priorità di tutela di interessi tipicamente statali.

A differenza della fattispecie prevista dall'articolo 3, qui si è in presenza di un reato comune, commesso da “*chiunque*”, ma, “nella maggior parte dei casi, il raggio applicativo di questa disposizione avrà ad oggetto forme di criminalità tipicamente collettiva, caratterizzate da una particolare dinamica di svolgimento che presuppone normalmente un *concurrus plurium ad delictum*”¹⁶⁰. Inoltre, sempre per le stesse ragioni, è richiesta una qualificazione particolare del soggetto attivo che, “dovendo essere in grado di disporre di un ingente spiegamento di mezzi, non potrà che godere dell'appoggio di una grande organizzazione criminale o addirittura di un apparato statale, identificandosi spesso in concreto con quei soggetti che occupano i più alti gradi della gerarchia politica, amministrativa o militare di uno Stato”¹⁶¹. In quest'ultima ipotesi, sarà necessario individuare la precisa responsabilità della persona fisica circa le azioni od omissioni dalla stessa poste in essere, a prescindere dal fatto che questa sia anche un “rappresentante dello Stato”, distinguendola dalla responsabilità diplomatica (da far valere davanti ai tribunali internazionali) dello stesso Stato, per le attività criminose commesse da suoi organi ufficiali con approvazione o, addirittura, con autorizzazione preventiva.

6.3.2 L'elemento soggettivo

L'elemento soggettivo è il dolo specifico del fine di far commettere i reati previsti dall'art. 3. E', però, da rilevare che l'accertamento dello stesso può, nell'ipotesi di responsabilità di gruppo, risultare una *probatio diabolica*. Infatti, anche se “il disegno criminoso volto a favorire l'impiego di mercenari con uomini e mezzi (al fine di compiere i delitti di cui all'art. 3), appartenga ad una sola persona o ad un gruppo ristretto, tuttavia la sua esecuzione risulterà talmente frazionata da non potersi sostenere che la realizzazione del fatto tipico risalga ad un processo decisionale appartenente *in toto* a ciascuno dei concorrenti”¹⁶². Dalla *parcellizzazione* della condotta incriminata deriva una *dispersione* della volontà criminosa: chi ha preordinato o avallato il compimento delle attività criminose, difficilmente avrà manifestato in modo palese il suo intento, che sta al di là della realizzazione delle stesse attività.

6.3.3 Rapporti con l'art. 288 c.p.

Dal punto di vista sistematico, l'art. 4 legge 210/1995 presenta punti di vicinanza con il già esaminato art. 288 c.p. (cfr. Par. 2). Le due norme sono in rapporto di specialità, in quanto hanno un nucleo comune costituito dalla condotta del *reclutamento* (art. 4) – *arruolamento* (art. 288 c.p.)¹⁶³; “mentre gli elementi specializzanti e generici distribuiti alternativamente fra le due fattispecie potrebbero concretamente combinarsi in maniera tale che le persone siano cittadini italiani e vengano arruolate nel territorio italiano, ma al fine di far commettere uno dei fatti previsti all'articolo 3”¹⁶⁴. In tal caso, benché le regole in tema di concorso apparente di norme farebbero ritenere prevalente l'art. 4 (legge speciale che disciplina rapporti estranei al codice penale), “il legislatore italiano ha tuttavia preferito avvalersi dell'inciso finale dell'art 15 c.p.

¹⁶⁰ COLLI, *op. cit.*, p. 346. Di conseguenza occorrerà coordinare sistematicamente la fattispecie con gli artt. 110 ss. C.p.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ibidem*, p. 347.

¹⁶³ E' da precisare che il verbo *reclutamento* è utilizzato impropriamente come sinonimo di *arruolamento*. *Arruolare* significa iscrivere nei ruoli dell'esercito; mentre *reclutare*, dall'originario significato militare, si è esteso ad ogni attività di assunzione di persone destinate ad un determinato lavoro o incarico. Quindi il termine utilizzato dal legislatore all'art. 4 in commento ha un significato più ampio di quello di cui all'art. 288 c.p., e comprende l'attività di reperimento di persone disponibili ad attività militari mercenarie e di raggiungimento di un accordo finalizzato a tale attività. Tale estensione del termine *reclutare* risulta chiara dal contesto in cui lo inserisce l'art. 4, che punisce allo stesso modo *chiunque recluta, utilizza, finanzia o istruisce delle persone al fine di far loro commettere alcuni dei fatti previsti nell'art. 3*. Cfr. Cass., sez. VI penale, 1 luglio 2003, n. 36776, Nerozzi ed altri, in *Foro it.*, II, 2004, 217.

¹⁶⁴ COLLI, *op. cit.*, p. 347.

L'elemento specializzante dell'art. 4 rispetto all'art. 288 c.p. è la finalità della condotta a far combattere il soggetto passivo del mercenarismo in un conflitto all'estero. L'art. 288 c.p. sanziona, infatti, il mero arruolamento o armamento in favore di un Paese estero, a prescindere da una effettiva partecipazione ad ostilità. Cfr. TENCATI, *op. cit.*, p. 127.

formulando una clausola di riserva relativamente determinata, con la quale sancisce la prevalenza, sull'art. 4, delle disposizioni più gravemente sanzionate che regolamentano la stessa materia”¹⁶⁵. La legge 210/1995, all'art. 7, innalza i limiti edittali di pena originariamente previsti dall'art. 288 c.p. Così facendo, “si è inequivocabilmente tracciato il raggio applicativo della norma in commento secondo moduli usuali nel codice Rocco, lasciando in primo piano la tutela dello Stato italiano quale *monade isolata e privilegiata* contro condotte di aggressione indiretta, il riconoscimento assorbente del cui disvalore tradisce la misura effettiva dell'impegno solidaristico profuso nella lotta al mercenarismo”¹⁶⁶.

6.3.4 Rapporti con l'art. 77 c.p.m.p.

Se il soggetto attivo è un militare, viene in rilievo l'art. 77 c.p.m.p. (che richiama l'art. 288 c.p.). In tal caso, circa il rapporto tra tale disposizione e l'art. 4 valgono le considerazioni di cui al *Par.* che precede.

E' interessante, però, osservare che l'art. 77 c.p.m.p. si applica esclusivamente agli arruolamenti che avvengono sul territorio nazionale: l'identica condotta avvenuta all'estero è irrilevante per la norma codicistica¹⁶⁷. Invece, l'art. 4 legge 210/1995, in combinato con l'art. 6 della stessa legge, consente la sanzionabilità anche delle condotte tenute all'estero: è così colmato un vuoto sanzionatorio.

Altra differenza consiste nel fatto che il militare cui viene contesto il reato di cui all'art. 77 c.p.m.p., può essere processato solo previa autorizzazione a procedere del Ministro della giustizia; mentre la procedibilità per la stessa condotta commessa all'estero è subordinata alla richiesta dello stesso Ministro: si tratta di strumenti processuali diversi, ma che realizzano entrambi un filtro governativo all'avvio dell'azione penale¹⁶⁸.

6.4 La scriminante di cui all'art. 5 legge 210/1995

L'art. 5 legge 210/1995 così recita: ‘*Non è punibile chi ha commesso alcuni dei fatti previsti dalla presente legge con l'approvazione del Governo, se adottata in conformità agli obblighi derivanti da trattati internazionali*’.

E' una causa di giustificazione speciale, finalizzata a raccordare l'ordinamento interno con quello internazionale. Con tale norma si rendono leciti quegli interventi negli affari di uno Stato estero approvati, o addirittura autorizzati, dalla comunità internazionale, in quanto adempimenti di obblighi fissati in trattati. Si evitano, così, contrasti con l'applicazione della legge penale interna¹⁶⁹.

Le ipotesi in cui potrebbe trovare applicazione la scriminante “sono quelle in cui i singoli Stati, o le organizzazioni internazionali (attraverso una *delega* ai singoli Stati), intervengono nella sfera di riservato dominio di un altro Stato facendo uso della forza armata per garantire il rispetto di altri principi di diritto internazionale di fronte ai quali quello di non ingerenza rimane concretamente soccombente (per esempio, in casi di minaccia o rottura della pace)”¹⁷⁰.

¹⁶⁵ COLLI, *op. cit.*, pp. 347-348.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 348.

Altra differenza (di importanza puramente scolastica) tra la norma in commento e l'art. 288 c.p. è costituita dal fatto è sanzionabile *ex art.* 288 c.p. anche chi arruola una persona singola (si veda il *Par.* 2.5.4), mentre l'utilizzo del plurale *persone* da parte dell'art. 4, fa ritenere che saranno rilevanti solo i reclutamenti di una pluralità di soggetti (cosa che avviene del resto nella pratica). *Cfr.* TENCATI, *op. cit.*, p. 128.

¹⁶⁷ TENCATI, *op. cit.*, p. 126.

¹⁶⁸ Si tratta, infatti, di reati comunque rientranti tra quelli politici, in quanto offendono la pretesa dell'Italia a non ingerirsi in guerre ed insurrezioni che si stanno svolgendo all'estero.

¹⁶⁹ COLLI, *op. cit.*, p. 348.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 348-349. “Più precisamente, l'uso lecito di mercenari mediante le modalità di cui agli artt. 3 e 4 sarà *tollerato* quando occorra reagire in legittima difesa contro atti di aggressione diretta o indiretta; oppure per intervenire nel territorio altrui con il consenso *effettivo* dello Stato territoriale (di difficile verificazione in tutte le ipotesi di guerra civile o successive ad un

Ovviamente, l'obbligo internazionale, presupposto per l'applicabilità della scriminante, dovrà essere compatibile con l'art. 11 Cost.

Per quanto concerne l'espressione “*con l'approvazione del governo*”, valgono qui le stesse considerazioni fatte per l'art. 288 c.p. (cfr. *Par. 2.5.3*). Inoltre, qui, ai fini della liceità della condotta, occorre la conformità di tale approvazione agli obblighi internazionali.

Non saranno possibili “dichiarazioni governative, espresse o tacite, intervenute in un momento successivo alla condotta”¹⁷¹.

In più, la norma sarà applicabile solo alle ipotesi in cui non è necessario deliberare lo stato di guerra, la cui competenza non è infatti del governo, ma è riservata al Capo dello Stato (art. 78 Cost.). Il governo può autorizzare l'utilizzo di mercenari, ma non in operazioni che possano dirsi tecnicamente “guerra”¹⁷².

E', quindi, da chiedersi cosa accade se l'approvazione governativa contraddice ai Trattati sottoscritti dall'Italia?

A ben vedere, nessuna disposizione penale concernente il mercenarismo (né gli artt. 244 e 288 c.p.; né gli artt. 77 e 103 c.p.m.p.; né l'art. 85 c.p.m.g.; né gli artt. 3 e 4 legge 210/1995) richiede espressamente che tale approvazione sia legittima. In più, il giudice penale è libero di apprezzare la legalità dell'atto governativo approvativo, poiché la presunzione di legittimità che assiste tale atto opera soltanto sul versante amministrativo¹⁷³: tutto ciò può portare alla sanzionabilità della condotta.

Ma, secondo la dottrina, la soluzione del problema è nell'elemento intenzionale: ai fini della condanna, occorrerà provare che rientra nella rappresentazione e volontà dell'agente anche l'illegalità dell'approvazione governativa¹⁷⁴.

Di conseguenza, anche qui, come per l'art. 288 c.p. (cfr. *Par 2.8*), può trovare applicazione l'art. 59 comma 4, c.p.¹⁷⁵; infatti, “l'individuo che dovrebbe beneficiare della causa di giustificazione non sempre ha la possibilità concreta di conoscere se la sua condotta, tenuta con l'approvazione del governo, goda anche del consenso della comunità internazionale dal momento che non raramente gli obblighi pattizi si presentano controversi e lacunosi”¹⁷⁶.

6.5 L'art. 6

L'art. 6 della legge 210/1995 recita: ‘E’ punito secondo la legge italiana:

a) il cittadino che commette all'estero un reato previsto dagli articoli 3 e 4, salvo che ne venga concessa o accettata l'estradizione;

b) lo straniero che commette all'estero un reato previsto dagli articoli 3 e 4 esclusivamente nel caso in cui si trovi nel territorio dello Stato e non ne sia stata concessa o accettata l'estradizione.”

Grazie a tale disposizione è possibile giudicare il mercenario che si trovi sul territorio italiano, a prescindere dal luogo dove ha commesso i reati previsti.

Si agevola, così, l'operatività della legge penale italiana, la cui efficacia extraterritoriale potrà porsi al servizio della collaborazione tra Stati nella lotta contro il fenomeno del mercenarismo.

Ovviamente, viene qui in rilievo la disposizione di cui all'art. 7, n. 5 c.p., e si evitano le condizioni di procedibilità di cui all'art. 8 c.p.

colpo di Stato in cui si possa dubitare della rappresentatività del governo in carica); o infine nel caso di *intervento umanitario*, per garantire la tutela dei cittadini dello Stato in cui si interviene contro trattamenti inumani e crudeli”.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 349.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ TENCATI, *op. cit.*, pp. 124-125.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 125.

¹⁷⁵ Art. 59 comma 4 c.p.: “Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo”.

¹⁷⁶ COLLI, *op. cit.*, p. 350.

6.6 Le sanzioni

Come visto le sanzioni previste dalle fattispecie penali di cui alla legge 210/1995, sono le seguenti:

- Art. 3, comma 1: reclusione da due a sette anni;
- Art. 3 comma 2: reclusione da tre a otto anni;
- Art. 4: reclusione da quattro a quattordici anni.

Se si considera che la stessa legge 210/1995, all'art. 7, ha innalzato la cornice edittale dell'art. 288 c.p. (reclusione da quattro a quindici anni), si comprende come nella scala gerarchica degli interessi tutelati dalle dette norme, si collocano al vertice gli interessi coinvolgenti direttamente lo Stato italiano (tutelati dalla norma codicistica).

Inoltre, considerato che il minimo edittale “traduce in termini quantitativi la rilevanza del disvalore dell'offesa al bene protetto, (...) sembrerebbe allora che l'esiguità del minimo legale della pena prevista agli artt. 3 e 4 della legge esprima una collocazione gerarchica degli interessi tutelati fra i più bassi della *scala penale*”¹⁷⁷.

Di conseguenza, anche quando il fatto non costituisca più grave reato, al mercenario sarà possibile fare affidamento al *clemenzialismo giudiziario* (si pensi alla sospensione condizionale, possibile per il reato di cui all'art. 3 comma 1, legge 210/1995).

La conseguenza di ciò è che l'intera legge 210/1995 non sarà altro che un *guscio vuoto* ai fini di una repressione efficacia del fenomeno del mercenarismo.

§ 7. Art. 270 quater c.p. (*Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale*) ed art. 270 quinquies c.p. (*Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale*).

Giusto ai fini di completezza di disamina delle norme rilevanti (e senza entrare nello specifico del diverso ambito della legislazione antiterrorismo), si citano i nuovi artt. 270 quater e 270 quinquies c.p., introdotti dalla legge 31 luglio 2005, n. 155 (“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale”)¹⁷⁸.

L'art. 270 quater c.p. introduce la nuova fattispecie penale di *arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale*. Esso dispone che: “*Chiunque, al di fuori dei casi di cui all'articolo 270-bis, arruola una o più persone per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale, è punito con la reclusione da sette a quindici anni*”.

La fattispecie è, per espressa previsione, residuale all'art. 270 bis c.p.¹⁷⁹.

E' bene delineare i diversi ambiti di applicazione del nuovo art. 270 quater c.p. e dell'esaminato art. 4 legge 210/1995 che richiama l'art. 3 comma 2 della stessa legge (cfr. *Par. precedente*).

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 353.

¹⁷⁸ Pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 177 del 1 agosto 2005.

¹⁷⁹ Art. 270 bis c.p. (“*Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico*”): “*Chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni.* *Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.*

Ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.”

Sul rapporto tra art. 270 bis c.p. ed art. 4 legge 210/1995, si veda: Cass., sez. VI penale, 1 luglio 2003, n. 36776, Nerozzi ed altri, in *Foro it.*, II, 2004, 217.

Infatti l'art. 4 sanziona, tra l'altro, la condotta del *reclutare* (che ha un significato più lato e quindi anche comprensivo della condotta di *arruolare* di cui al nuovo art. 270 quater c.p.: per le differenze tra i due termini, si veda in *nota 163*) persone al fine di commettere fatti previsti dall'art. 3.

Quest'ultimo, al comma 2, prevede il fatto di partecipare ad un'azione, preordinata e violenta, “*diretta a mutare l'ordine costituzionale o a violare l'integrità territoriale di uno Stato estero*”.

Si tratta di finalità eversiva o destabilizzante, diversa dalla “*finalità di terrorismo*” di cui alla nuova norma codicistica. Secondo la giurisprudenza di legittimità¹⁸⁰, la prima si identifica nel fine di “sovvertire l'ordinamento costituzionale e di travolgere l'assetto pluralistico e democratico dello Stato”, mentre la seconda consiste nell'incutere timore nella collettività con azioni criminose indiscriminate.

Tale distinzione sembra, però, sfumare nella nuova definizione codicistica di *finalità di terrorismo* di cui al nuovo art. 270 sexies c.p.¹⁸¹, con conseguenti problemi sul piano interpretativo ed applicativo.

Il problema di coordinamento (come detto al *Par. 6.2.1*) si risolve a favore della prevalenza dell'art. 270 quater, vista la clausola di riserva ‘*se il fatto non costituisce più grave reato*’ presente all'art. 3 legge 210/1995: i limiti edittali sono infatti più elevati nella nuova norma codicistica.

L'art. 270 quinque c.p. è il nuovo reato di *addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale*, e dispone che: “*Chiunque, al di fuori dei casi di cui all'articolo 270-bis, addestra o comunque fornisce istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altre armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. La stessa pena si applica nei confronti della persona addestrata*”.

§ 8. Conclusioni.

Giunti alle conclusioni del presente lavoro, sia permessa una breve digressione sul rapporto che si instaura tra il diritto (che è uno strumento pratico a tutela degli interessi umani) e la vita (che invece coincide con la realtà, mutevole e dinamica)¹⁸².

Il diritto è un sistema normativo formalizzato e tendenzialmente statico; la vita, o meglio la realtà, è invece un *magma* in continua evoluzione (nei suoi vari aspetti esistenziali, sociali, economici, culturali), quindi tendenzialmente dinamica.

Il diritto è una previsione di comportamenti ed effetti giuridici e, in quanto tale, è per sua natura *previsto*. La realtà, al contrario, nel suo svolgersi è per natura imprevedibile.

Il diritto, basandosi sulla logica delle regole, è *disciplina disciplinante*. Mentre la realtà sfugge ad una previsione ed appartiene tendenzialmente alla *non disciplina*.

Qual è, quindi, il giusto rapporto tra ciò che è formalizzato, statico, previsto e disciplinato (il diritto) e ciò che è non formalizzato, è dinamico, è imprevedibile, è non disciplinato (la realtà)?

¹⁸⁰ Cass., sez. VI penale, 1 luglio 2003, n. 36776, Nerozzi ed altri, in *Foro it.*, II, 2004, 217.

¹⁸¹ Art. 270 sexies c.p. (“*Condotte con finalità di terrorismo*”):

“*Sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia*”.

¹⁸² La migliore definizione della “*vita*” è quella di Alberto MORAVIA, che spesso diceva: “*La vita è quello che è*”.

Spesso è il diritto a modificare ed indirizzare la realtà sociale; ma altre volte è proprio la realtà, intesa come comune sentire, a sollecitare e condizionare l'intervento normativo, mettendo in luce interessi, esigenze e valori nuovi.

Avendo quindi due sistemi diversi tra loro, diritto e realtà, dei quali è difficile ricostruire il rapporto, ne deriva che **il bravo giurista deve essere strabico** (è il cosiddetto *strabismo virtuoso*): ossia non deve guardare con entrambi gli occhi sul diritto, bensì tenere un occhio sul diritto ed un occhio sulla realtà. Bisogna considerare da un lato lo stato del diritto positivo, della scienza giuridica teorica e pratica; dall'altro lato non si può prescindere dai nuovi valori che vanno emergendo nella coscienza sociale, dai nuovi fenomeni sociali ed economici e dalle nuove esigenze di tutela.

Applicando questa metodologia alla presente analisi, ne deriva che la disciplina normativa del mercenarismo difficilmente è adattabile al nuovo fenomeno (di cui si è brevemente parlato nell'introduzione, *Par. I*). E' difficile opporsi con gli attuali strumenti normativi alla diffusione delle attività mercenarie. Infatti, "la crescita e lo sviluppo delle società private in grado di fornire servizi militari non si configura come una nuova faccia di un vecchio problema. (...) L'immagine del mercenario costruita e confermata dal diritto è difficilmente adattabile alle compagnie militari private. Siamo di fronte a un fenomeno del tutto differente"¹⁸³, con connotati diversi dalla figura classica di mercenario.

Non solo le bande di soldati professionisti sono state rimpiazzate da compagnie strutturate come aziende, ma i loro vari servizi sono forniti più a governi che a formazioni ribelli. "Le compagnie militari private *possiedono alcuni tratti del mercenario ma non possono essere descritte come completamente mercenarie*"¹⁸⁴.

Emergono, quindi, in tutta evidenza "il problema del *mercenarismo di Stato* e la delicatezza degli interessi che entrano in gioco quando le persone fisiche o le organizzazioni coinvolte (...) danno sostanziale attuazione ad una politica favorita (o non impedita) dallo Stato, o sono addirittura suoi rappresentanti ufficiali"¹⁸⁵.

Gli interessi in discorso si muovono su equilibri internazionali di tipo politico-economico, e "potrebbero non escludere una soccombenza concreta dell'interesse incondizionato alla repressione del mercenarismo, potendosi facilmente celare l'impunità dello Stato coinvolto dietro la difficoltà dell'accertamento dell'imputazione ad esso dei fatti posti in essere dalle persone fisiche, suoi organi e non"¹⁸⁶.

¹⁸³ VIGNARCA, *op. cit.*, p. 78.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 79.

A conclusioni simili era giunto, nell'ambito della rispettiva analisi: CASSESE, *op. cit.*, pp. 648, 662.

¹⁸⁵ COLLI, *op. cit.*, p. 345.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 346.