

Marcello Gallo

# Diritto penale italiano

Appunti di parte speciale:  
i delitti contro la personalità dello Stato  
Lo Stato si racconta



Giappichelli

## INTRODUZIONE

*In questo libretto mi propongo di affrontare i delitti contro la personalità dello Stato non con l'atteggiamento distaccato di chi guarda ad un settore, certamente importante ed interessante dell'ordinamento, ma per fortuna poco frequentato dalla vita sociale e giuridica del Paese. Sottolineo l'inciso "per fortuna". Lo stato di salute di un qualunque ordine normativo si misura, con buona approssimazione, dal numero e dalla gravità dei delitti commessi, che vuol dire accertati, contro le sue strutture portanti. E su questo non ci possono essere dubbi. Altrettanto, e forse più importante, quello che da questo dato possiamo capire sull'effettiva realtà dell'ordine in questione. E metto subito le mani avanti: non è un ritorno alla Costituzione in senso materiale. Tutto al contrario, ciò che per prima cosa occorre definire è la testualità delle regole pensate e realizzate a fondamento di queste strutture. Dunque, fare in modo da avere sotto gli occhi un testo dai lineamenti sicuri e ben definiti. Compito indispensabile per afferrare come e quanto regole che nella scala della giuridicità sono presentate subordinate a regole basilari, costituzionali, rispondano alle esigenze che queste ultime pongono – quanto e in che modo rappresentino reazione del contenuto alla cornice contenente. Soltanto dopo acquista senso chiedersi se a fianco, sopra o sotto questa rete normativa coesistano prassi che funzionino da regole a fianco, sopra o sotto quelle formalmente proclamate.*

*L'avvento di un assetto politico che si autodefinisce in completa discontinuità con quello che lo precedeva acuisce l'interesse dell'osservatore per più di un motivo. Non voglio che ci siano equivoci: non metto in discussione la legittimità, anzi la necessità, della successione. Intendo solo far presente che è successione che si complica, che si intorbida, quando a nuove, profondamente innovative, regole fondamentali si accompagna il controcanto di una sostanziale continuità amministrativa – come dire che il reagente non ha funzionato o che comunque funziona assai poco.*

*Un esempio. L'art. 278 c.p., così come modificato dalla L. n. 1317/1947, punisce l'offesa all'onore e al prestigio del Presidente della Repubblica. Il lessico è lo stesso di quello della norma originaria: al Re è sostituito il Presidente della Repubblica. Ma chi può credere che magistrati cresciuti alla scuola, professionalmente del tutto rispettabile, di Alfredo Rocco si siano resi pienamente conto che il prestigio del sovrano, la cui persona era per Statuto sacra e inviolabile, fosse cosa alquanto diversa dal prestigio del Capo di uno stato repubblicano.*

*E ancora: numerose, in questo titolo, le norme incriminatrici nelle quali rileva lo stato di guerra dell'Italia con altro o altri Paesi. Naturale, allora, domandarsi se e come queste norme si adattino, siano adattate, alla rinuncia alla guerra non solo come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli, ma anche come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali. Mi soffermo su quest'ultima parte della proposizione normativa, tanto generale, onnicomprensiva, da riferirsi, in definitiva, ad ogni ipotesi bellica.*

*Due, a questo punto, le possibilità. Ci risparmiamo la risposta rifugiandoci nell'idea che l'art. 11 stia nella Costituzione soprattutto a dimostrazione di un mutato clima politico ad assicurare ai vincitori che l'Italia non è più il paese che non aggredito si era cacciato in avventure contro praticamente mezzo mondo – ricordiamo che siamo stati noi a dichiarare aperte le ostilità contro Francia ed Inghilterra prima e, per non parlare che dei più grossi nemici che andavamo cercandoci, contro Unione Sovietica e Stati Uniti dopo. Ma anche se qualcuno dei costituenti la pensava a questo modo, possiamo tranquillamente escludere che fosse convinzione condivisa dalla stragrande maggioranza di persone per bene sinceramente convinte della necessità di non ripetere massacri e distruzioni inevitabili nella guerra condotta con armamentario sempre più efficace e cruento.*

*Non resta allora che aggiustare la normativa di cui stiamo occupandoci all'art. 11 della Carta. Chiarezza fino in fondo: non è questione di interpretazione secondo la Costituzione. Molto più radicalmente, bisogna ripensare, almeno idealmente, riscrivere queste norme. Dopo, cercheremo di afferrarne tutto il senso, prima, però, dobbiamo poterci confrontare con un testo dai tratti sicuri.*

*Non vado avanti, in queste pagine introduttive, su questi e simili problemi: ho cercato solo di farmi un'idea sulla necessità che proprio le norme dettate anche a difesa della Carta non siano sottratte ai principi della Carta stessa. Vedremo più avanti, leggendo le singole disposizioni incriminatrici, come accostarci al problema e come, se possibile, uscirne. Adesso, qualche avvertenza.*

*Illustri precedenti consigliano di esporre prima del discorso sulle singole figure di reato le nozioni normative sulle quali, gruppo per gruppo, queste figure sono costruite. Preferisco evitare il rischio di sovrapporre nozioni preconfezionate al risultato dell'analisi delle disposizioni incriminatrici. Da sempre, sostengo che le proposizioni che disegnano ipotesi criminose vanno lette come parte di un sistema: ma questo non vuol dire che determinate parole siano utilizzate sempre nello stesso significato. Ciò che conta è che non vi sia contraddizione: dunque, un mosaico piuttosto che la somma di segni tutti con lo stesso senso. Se del caso, si potrà addivenire a tante piccole parti generali, non al principio, ma alla fine dell'analisi testuale.*

*Un'altra cosa. Ci accingiamo alla lettura dei racconti, più o meno dettagliati, di vicende umane. La narrativa si snoda spesso secondo stile e cadenze che non abbisognano di particolari delucidazioni. Ci sono, però, in questa narrativa, nodi che possono essere sciolti in diversi modi (qualche volta fino al taglio di gordio).*

*E di questi nodi che intendo occuparmi. Il resto lo lascio alla lettura di chi vuole conoscere come stanno certe cose, in gran parte raccontate secondo percorsi assolutamente prevedibili tracciati, tutti, allo stesso modo.*

*Un'altra cosa ancora. Avrete già sentito, e lo sentirete ancora, che le norme alle quali ci facciamo incontro sono, come già accennato, assai poco applicate in aule giudiziarie. Non cediamo, però, all'idea che, tutto sommato, stanno nel codice perché necessarie alla sua completezza. Una norma funziona, in primo luogo, quando costituisce efficace deterrente a certi comportamenti. E qui rischio deliberatamente il paradosso: certe volte una norma risponde allo scopo per cui è stata posta proprio quando si ha cura di non applicarla – ad esempio, per non guastare certe relazioni internazionali. Portare in giudizio l'infrazione di una di queste norme può dar luogo a problemi scottanti nel rapporto con l'estero: quando l'estero ci è avverso più ancora, ci è amico.*

*Il secondo libro del codice penale si apre al titolo: "Delitti contro la personalità dello Stato" suddiviso in cinque capi: "Delitti contro la personalità internazionale dello Stato", "Delitti contro la personalità interna dello Stato", "Delitti contro i diritti politici del cittadino", "Delitti contro gli Stati esteri, i loro capi e i loro rappresentanti", "Disposizioni generali e comuni ai capi precedenti". E si direbbe: nomenclatura più tecnica, in ogni caso, più sobria di quella del Codice del 1889: "Delitti contro la sicurezza dello Stato", distinti in: "Delitti contro la patria" e "Delitti contro i poteri dello Stato". Diversamente da quella del codice precedente, la dizione del codice del 1930 risente, però, di una precisa concezione dello Stato, la concezione propria, più che ai fascisti, ai nazionalisti, dalle cui fila provenivano il Guardasigilli e buona parte dei suoi collaboratori. Concezione nata e cresciuta nell'istituzionalismo organico francese, École de Nancy, Action française, insomma. Il tecnicismo del codice vigente, apparentemente neutro, si rivela intriso di significato e valori ideologici. Lo Stato non è solo territorio ed organizzazione di poteri. La sua è realtà organica come quella umana, anzi superumana: un gigante che dispiega la sua identità nei rapporti con giganti suoi pari, o almeno simili, e nei rapporti con entità organiche che gli sono subordinate, inferiori.*



CAPO I  
I DELITTI CONTRO LA PERSONALITÀ  
INTERNAZIONALE DELLO STATO



## 1. *Attentati contro l'integrità, l'indipendenza e l'unità dello Stato.*

**Art. 241:** *“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compie atti violenti diretti e idonei a sottoporre il territorio dello Stato o una parte di esso alla sovranità di uno Stato straniero, ovvero a menomare l'indipendenza o l'unità dello Stato, è punito con la reclusione non inferiore a dodici anni.*

*La pena è aggravata se il fatto è commesso con violazione dei doveri inerenti l'esercizio di funzioni pubbliche”.*

La dizione originaria dell'art. 241 c.p. *“fatto diretto a sottoporre il territorio dello Stato o una parte di esso alla sovranità di uno Stato straniero ...”* si differenzia notevolmente da quella attuale. Mutata, in seguito alla riforma del 2006, la descrizione della condotta: al posto di *“fatto”*, sono, più correttamente, menzionati *“atti”*. Si aggiunge che gli atti volti al raggiungimento dei risultati che si intende scongiurare debbono essere idonei. Riferimento al tentativo, con la significativa omissione, però, del requisito della non equivocità della direzione degli atti posti in essere. Presente, invece, la nota della idoneità, non prevista nel testo del 1930. Intendiamoci. Anche vigente la legge nella stesura pensata e voluta dai giuristi fascisti, ci voleva sempre attitudine dei comportamenti posti in essere a cagionare gli eventi proibiti. Stante la sobrietà della dizione, era lecito, però, ritenere che si trattasse di attitudine misurata in via generale, senza far troppo caso alle particolarità della vicenda concreta. L'espressa menzione fa, adesso, pensare alla necessità che l'attitudine a produrre i guasti istituzionali e costituzionali contemplati dall'incriminazione debba essere ricercata, accertata e misurata in concreto. In conseguenza di ciò, ritengo che, per esempio, l'appello rivolto da una istituzione culturale, anche assai prestigiosa, ad una potenza straniera perché faccia suo parte del nostro territorio nazionale, pur essendo atto che si presenta diretto ad evento che la legge vuol scongiurare, non rilevi ai sensi di questa legge: non può ritenersi idoneo. Nella realtà conta come manifestazione, si direbbe *“platonica”*, di aspirazione irrealizzabile perché non ci sono né opportunità né mezzi congrui. Casi limite, si dirà, elucubrazioni romanzesche lontane dal reale. Possiamo essere d'accordo ma il testo è quello che è, e bisogna prenderlo al completo di tutto quanto afferma e di tutto quanto nega.

Tutt'altro che ai bordi della questione la svolta in forza della quale, ai fini della norma in parola, gli atti rilevano solo se compiuti con violenza. Requisito che permette di considerare punibili atti volti ad un risultato che, in sé e per



sé, rientrerebbe in quelle limitazioni della sovranità che l'Italia può consentire in condizioni di parità con gli altri Stati. La violenza travolge quella che sarebbe altrimenti la legalità del risultato perseguito e fa del comportamento un crimine contro la Repubblica<sup>1</sup>.

Agli effetti della incriminazione *ex art. 241* è sempre necessario che gli atti compiuti, anche violenti, risultino, come si è detto, idonei a raggiungere lo scopo enunciato dalla norma. Al riguardo, particolarmente chiara S.U. n. 1/1970. La sensibilità dei giudici del diritto, Presidente Silvio Tavolaro, magistrato di grandissima statura, supplisce al testo deliberatamente scarno e legge il requisito dell'idoneità come se naturalmente implicasse accertabilità in concreto: *“La idoneità della condotta con cui si commette tale delitto (in relazione ai caratteri strutturali dello stesso ed in applicazione dei criteri con cui il giudizio di idoneità deve svolgere nei reati di pericolo) sussiste quando sia insorta, dall'azione del reo, quella situazione dalla quale può darsi che, anche col concorso di altri fattori imprevisi ed eventuali ma possibili, si svolga un processo di attività conducente all'evento del danno”*.

La sentenza citata ci dà anche una definizione convincente e precisa della struttura del delitto in esame: delitto di pericolo – non si ferma, però, all'utilizzo di un lessico insistito e costante nella contrapposizione fra reati di danno e reati di pericolo. Anticipa, in modo quanto mai intelligente, quello che sarebbe diventato punto di vista condiviso da gran parte della dottrina successiva: afferma, in termini assolutamente inequivocabili, che *“il giudizio di idoneità coincide esattamente con il giudizio di tipicità”*. Tra le prime, autorevolissime presa di posizione sulla tipicità degli illeciti di pericolo, forma di realizzazione dell'offesa che costituisce né più e né meno che l'estensione, l'applicazione della fattispecie delineata dall'astrazione di parte generale (art. 56 c.p.) a puntuali precetti di parte speciale.

Non incorrono però, le Sezioni Unite, nell'asserto non necessario, anzi contraddittorio, che alla qualifica di reato di pericolo spesso consegue: i reati così qualificati non ammetterebbero il tentativo. Che la struttura giuridica, *rectius*: la struttura della fattispecie del tentativo, così come quella del concorso di più persone nel reato, sia autonoma e indipendente da quella del reato consumato e ad esecuzione monosoggettiva è frase entrata nel linguaggio corrente della giurisprudenza e degli studiosi. Spesso, però, si ha l'impressione che non si vada oltre l'accentuazione del *novum* rappresentato dall'abbandono del criterio accolto dal codice Zanardelli e da non poche legislazioni continentali alla stregua quale il tentativo, limitiamoci per comodità di esposto a quest'ultimo, sa-

---

<sup>1</sup>La dizione *“crimine contro la Repubblica”* mi è stata suggerita da Gaetano Insolera: gliene sono grato. *“Repubblica”* è termine che, nel sentimento dei più, riassume tutto il buono di un ordine democratico fondato sulla maggioranza, ma rispettoso delle minoranze – dell'ordine che si è inventato i poteri negativi.

rebbe nient'altro che inizio di esecuzione del delitto avuto di mira. Il che è senz'altro vero e le conseguenze che se ne traggono sono più che ragionevoli: pensiamo a come il concetto è utilizzato a proposito del reato continuato. Ma non ci si può fermare a questo punto: far propria l'idea della autonomia del tentativo, e conseguentemente dei reati di pericolo che del tentativo sono estensioni da c.d. forma "*del reato ad ipotesi a sé stanti*", vuol dire adattare l'offesa che si realizza attraverso il tentativo o attraverso un reato di pericolo alle possibilità offerte dalle altre figure criminose. Cominciamo da queste ultime e non mi si accusi di indulgere a divagazioni inutili, buone forse per una conferenza, ma nemmeno prese in considerazione in un'aula di giustizia.

In parole povere, dico che ragioni giuridiche che in via generale ed astratta, per questa o quella figura di reato, escludano il tentativo, non ce ne sono. Certo, non mancano casi in cui l'art. 56 c.p. risulta non applicabile, ma giocano ragioni di fatto, non di diritto: pensiamo ad un oltraggio proferito per un improvviso, impreveduto scatto di ira. Come si fa, in un caso del genere, a ravvisare atti idonei, diretti in modo non equivoco all'offesa? Il tentativo non è configurabile per la semplice ragione che tentativo non c'è stato: nei delitti che si realizzano istantaneamente, tutto si consuma nell'esecuzione. Ed è ragione non dovuta alla struttura della fattispecie incriminatrice, ma al modo in cui questa è realizzata nei fatti. Fuori da evenienze del genere, atti tendenti ad un delitto, autonomi e come tali individuabili prima che si dia principio all'esecuzione del delitto, sono tutt'altro che irreali. Quando sia assolutamente sicura la finalità cui sono rivolti, ad esempio, preparazione e detenzione in vista di uso non rinviato ad un tempo indefinito di sostanze esplosive, come negare che ci si trovi di fronte a condotte che integrano i requisiti del tentativo.

La distinzione fra atti preparatori ed atti esecutivi è relativa. Bisogna tener conto se è riferita a delitto consumato o a delitto tentato. In ordine a quest'ultimo, quella che ordinariamente sarebbe mera preparazione può diventare condotta esecutiva, cioè tipica rispetto al tentativo. Non è ozioso osservare, a questo punto, che ammettere il tentativo significa rendere più efficace la normativa. A fatto consumato, potremmo trovarci di fronte all'irrimediabilità del successo: chi vince incontra fatica ad esser giudicato.

Non mi nascondo, però, che ad accettare la configurabilità del tentativo si corre il rischio di incriminare atti che, pur destinati a sfociare in un delitto, si svolgono ancora nella fascia di un'anonima normalità: si rischia, insomma, di consentire ad autorità centrali controllo che, avvalendosi degli organi preposti alla giustizia penale, invada gli spazi di autonomia del privato. E qui, il paradosso che senza tema di dar corpo alle ombre potremmo chiamare drammatico. Lo stesso timore di estendere oltre il tollerabile i confini della rilevanza penale quando si accetti che i delitti ad esecuzione anticipata conoscano la forma del tentativo. Lo stesso timore, dicevo, sorge anche quando del tentativo si neghi la configurabilità. Domandiamoci perché e come si giustifichi questa pre-

occupazione. Si risponde: la formula (atti o fatti diretti) è tale che, ogni condotta posta in essere al fine di cagionare l'evento dannoso o pericoloso la cui rappresentazione costituisce causa psichica dell'agire, ogni condotta così caratterizzata, è condotta tipica: condotta che realizza in pieno la consumazione del delitto senza lasciare possibilità al tentativo. Ho parlato sopra di paradosso: mi sembra, infatti, che, anche da parte di chi elimina dalla scena il tentativo, si corre il pericolo di estendere, andando all'indietro da atto ad atto, i comportamenti punibili fino a considerare consumato l'illecito che, diversamente ragionando, sarebbe soltanto tentato.

L'attento lettore si sarà accorto che, più sopra, delineando brevemente la struttura delle fattispecie a consumazione anticipata, ho fatto presente la necessità che l'atto posto in essere senza possibilità di dubbi in vista della realizzazione dello scopo che la norma incriminatrice intende evitare, sia posto in essere in condizioni, se non di immediatezza, almeno di contestualità con la causazione del risultato che rappresenta raggiungimento dello scopo. È questa nota di contestualità, necessaria ad evitare scorriere quasi senza confini nella sfera del privato, che dovrebbe figurare nelle disposizioni incriminatrici imperniate su condotte "dirette a ...". Con la conseguenza che, se non c'è contestualità, non c'è possibilità, né di consumazione, né di tentativo. Saremmo fuori dai limiti dell'illecito: non avrebbe senso, quindi, chiedersi se sia consumata o tentata una condotta priva di rilevanza.

Conclusione, si dirà, rinunciataria, intessuta tutta di dubbi. Ed è vero: per fortuna si tratta di figura criminosa senza riscontro, almeno per il momento, nel corso dei fatti. Chi lavora commentando regole incriminatrici si augura che le ipotesi che cadono sotto il suo obiettivo rimangano virtuali: speranza che, quando lo studio riguarda una norma come questa dell'art. 241 c.p., è quasi certezza. Mi sia permesso, comunque, di avanzare la proposta che le fattispecie imperniate sulla narrativa di comportamenti diretti ad un dato scopo venga arricchita dall'espressa menzione della necessità che tali comportamenti si svolgano tutti contestualmente, non rappresentino, cioè, il *continuum* di una condotta sempre la stessa, ma si pongano indipendenti e nuovi rispetto a quanto si è già messo in atto: non siano anello di una catena, ma effetto della decisione di impegnarsi ad un'avventura, magari ripetitiva, ma distinta, non mera esecuzione di una volontà che unifica ciò che già si è fatto e ciò che ci si propone di fare.

Quanto all'elemento psicologico mi pare che non possano esservi dubbi sulla natura specifica del dolo che sorregge il delitto. Rappresentazione e volontà del comportamento oggettivo sono un tutt'uno con la volontà e rappresentazione dell'offesa contenuto del reato. Gli atti idonei posti intenzionalmente in essere con la consapevolezza richiesta debbono tendere ad un risultato la cui realizzazione obiettiva è estranea agli elementi essenziali della fattispecie criminosa. Va da sé, poi, che l'esigenza che gli atti siano diretti a un de-

terminato risultato esclude il dolo eventuale: ci dev'essere rappresentazione e volizione anche di questo segmento soggettivo del comportamento, anzi: la rappresentazione dell'evento avuto di mira dev'essere causa, molla che innesta la volontà di porre in essere gli atti a tal fine reputati idonei.

L'ultimo comma del 241 dispone che la pena è aumentata se il fatto è compiuto in violazione "*dei doveri inerenti l'esercizio di funzioni pubbliche*": circostanza aggravante speciale ad effetto comune. Non meramente lessicale, ma di sostanza, di peso effettivo, la variante rispetto all'aggravante comune prevista dall'art. 61, n. 9, c.p. È richiesta la violazione di doveri nascenti non dalla titolarità di una pubblica funzione, ma dall'esercizio di questa: l'aggravamento di pena non dipende dalla legittimazione alla pubblica funzione ma, effettivamente, dalla condotta corrispondente a quella richiesta dall'espletamento della funzione stessa. Si taglia corto, alla radice, su ogni dubbio sull'eventuale responsabilità del funzionario di fatto.

Nessuna incertezza, poi, su che cos'è e che cosa non è pubblica funzione. L'art. 357 c.p., opportunamente rivisitato dalla L. 26 aprile 1990, n. 86, mette fine alla maggior parte delle discussioni nascenti dalla originaria dizione codicistica.

Sempre in tema di rapporto con l'aggravante comune dell'art. 61, n. 9, c.p., stupisce che la circostanza prevista dall'art. 241 non faccia parola né della violazione dei doveri inerenti ad un pubblico servizio né dell'abuso di poteri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico servizio. Dal silenzio su questi punti sorgono due interrogativi: se il fatto di cui al 241 è commesso con abuso di poteri, *lato sensu* pubblici, la circostanza comune è applicabile o, per contro, è assorbita da quella speciale? E, poi, se gli atti sono compiuti trasgredendo a doveri propri di un pubblico servizio rileva la circostanza comune o, dato che l'aggravante speciale non menziona questa ipotesi, dobbiamo ritenere che il legislatore nel caso specifico abbia pensato che essa non fosse di tale gravità da giustificare aumento di pena? Inutile dire che non sarebbe di troppo un intervento di interpretazione autentica.

## 2. Cittadino che porta le armi contro lo Stato italiano.

**Art. 242:** "*Il cittadino che porta le armi contro lo Stato, o presta servizio nelle forze armate di uno Stato in guerra contro lo Stato italiano è punito con l'ergastolo. Se esercita un comando superiore o una funzione direttiva è punito con l'ergastolo*<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup>La pena di morte per i delitti contemplati dal codice penale, è stata soppressa e sostituita con l'ergastolo dal D.Lgt. 10 agosto 1944, n. 224.

*Non è punibile chi, trovandosi, durante le ostilità, nel territorio dello Stato nemico, ha commesso il fatto per esservi stato costretto da un obbligo impostogli dalle leggi dello Stato medesimo.*

*Agli effetti delle disposizioni di questo titolo è considerato cittadino anche chi ha perduto per qualunque causa la cittadinanza italiana.*

*Agli effetti della legge penale, sono considerati Stati in guerra contro lo Stato italiano anche gli aggregati politici che, sebbene dallo Stato italiano non riconosciuti come Stati, abbiano tuttavia il trattamento di beligeranti”.*

Il fatto incriminato può essere commesso soltanto da chi è cittadino italiano o è stato cittadino italiano abbia, cioè, per qualsiasi causa, perduto la cittadinanza. Un esempio tipico di reato proprio in senso stretto. Anzi, nell'unico senso che, a rigore, alla categoria dovrebbe essere dato. Il che presuppone che la condotta tipica possa essere compiuta da chiunque, nel caso che ne occupa, anche da chi non è cittadino italiano: chiunque può portare le armi o prestare servizio nelle forze armate di uno Stato in guerra contro lo Stato italiano. La qualifica soggettiva serve a limitare, a circoscrivere la massa dei destinatari del precetto.

Meramente ripetitiva, invece, la menzione di una qualunque qualifica soggettiva quando il riferimento alle facoltà o agli obblighi che dalla qualifica stessa discendono è espressamente o implicitamente enunciata nel corpo della disposizione incriminatrice. Si pensi, per tutti, al peculato: “*il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria ...*”. Poiché nel lessico del nostro codice funzione e servizio sono unicamente quelli pubblici, non c'è dubbio che la norma sarebbe sempre la stessa anche se dicesse: “*chiunque avendo per ragione del suo ufficio o servizio ...*”. Dirò di più. La menzione della qualifica, superflua quando non delimiti e circoscriva i soggetti cui il comando è rivolto, dà luogo ad una questione di non poco conto sulla rilevanza dell'errore in cui l'agente incorra circa la sua appartenenza o no al gruppo indicato e riassunto nella qualifica. Questione che evidentemente non sorge sui poteri o i doveri discendenti dalla qualifica enunciati quali elementi del fatto. Elementi, cioè, rispetto ai quali non c'è dubbio che ci debbano essere rappresentazione e volizione.

---

Il D.Lgs. 22 gennaio 1948, n. 21 ha esteso il disposto a tutti i delitti: anche a quelli previsti da leggi speciali che non siano leggi penali militari di guerra.

L'art. 27, ultimo comma, Cost., così come modificato dall'art. 1 della L. cost. 2 ottobre 2007, n. 1, ha stabilito che non è ammessa la pena di morte.

La L. 13 ottobre 1994, n. 589, ha abolito la pena di morte prevista dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra, sostituendola con la pena massima prevista dal codice penale.

“*Porta le armi*” il cittadino che, armato, partecipa o tenta di partecipare ad operazioni belliche contro lo Stato. La dizione è tanto larga da comprendere, oltreché operazioni svolte nel quadro di rapporti internazionali fra Stato e Stato, anche operazioni di carattere prevalentemente interno espressive dell'intento di muovere guerra all'apparato statale in una delle sue funzioni principali. A mio avviso, pertanto, la norma riguarda anche condotte poste in essere con organizzazione e metodo militare contro apparati addetti a una delle funzioni primarie dell'organizzazione centrale. Un esempio, per fortuna romanzesco, ma in certi momenti non tanto distante dal possibile, l'azione coordinata di gruppi armati che, motivati dall'idea che lo Stato dovrebbe essere strutturato in modo diverso da come effettivamente è, attaccano, a seconda dell'opposto pensiero, le sedi delle prefetture o quelle delle amministrazioni regionali. A riguardo si obietterà che, a casi del genere, provvede l'art. 284 c.p., delitto contro la personalità interna dello Stato, che punisce l'insurrezione armata contro i poteri di questo. Mi sembra, però, che vi sia insurrezione armata quando si attacca, nel suo insieme, l'apparato statale: all'esistente si vuole sostituire un ordine nuovo. Altra cosa, l'aggressione ad uno dei profili che lo Stato presenta senza che ne venga posta in discussione la struttura complessiva. Mette conto, però, notare come la sostanziale contiguità tra le due figure criminose emerga dalla identità della pena per l'una e per l'altra. Non c'è bisogno di sottolineare come, in casi del genere, si prescindano dallo stato di guerra: ancora una volta, ci viene ricordato che il titolo di un capitolo normativo (Delitti contro la personalità internazionale dello Stato) svolge, assai spesso, il ruolo di mero criterio per raggruppare un certo numero di norme di affine contenuto: decisivo è il testo di queste norme.

Lo stato di guerra è invece richiesto come elemento essenziale caratterizzante la condotta del cittadino che presta servizio nelle forze armate di uno Stato in conflitto bellico con lo Stato italiano. La condotta tipica va oltre quella della partecipazione armata ad operazioni immediatamente e direttamente esecutive del disegno tattico o strategico che presiede all'impresa: realizza, questa condotta, anche chi svolge compiti, come si diceva una volta, di mera intendenza. E qui, la questione cui si è fatto cenno nelle pagine introduttive: se e fino a che punto l'art. 242 risenta del principio costituzionale che sancisce il ripudio, da parte italiana, della guerra come strumento di risoluzione delle controversie internazionali. Qualcosa di assolutamente nuovo rispetto alla concezione della liceità della guerra così come pensata da Grozio in poi fino alla Conferenza di Parigi del 1929. La Costituzione implicitamente ammette solo la guerra a difesa da un attacco, ovviamente illecito. Ciò posto, se la guerra nel corso della quale un cittadino presta servizio nelle forze armate dello Stato nemico, se la guerra condotta dallo Stato italiano non risponde ai criteri dell'art. 11 Cost. che cosa bisogna pensare del comportamento incriminato realizzato ad un conflitto ingiusto a norma della Costituzione italiana? Do-

manda cui è veramente difficile rispondere: da un lato, “*right or wrong it's my country*”, dall'altro, la Carta. Quello che è certo è che alla domanda bisogna rispondere e deve rispondere il legislatore. Non si può in questo e in altri simili casi andare avanti facendo finta che la Costituzione non ci sia o che essa nasconda nelle pieghe un'eccezione.

Agli effetti del presente articolo, sono considerati Stati in guerra con lo Stato italiano anche gli aggregati che l'Italia non riconosce come Stati, ma che, in caso di conflitto, sono trattati come belligeranti. Assai probabilmente la norma è stata ideata per il caso del cittadino italiano simpatizzante con la resistenza araba che partecipasse, con una delle condotte incriminate dai commi precedenti, alla lotta armata condotta da formazioni potenti in grado di controllare un territorio assai vasto come, ad esempio, i Senussi in Cirenaica. In qualche momento, ad alcune delle famiglie in rivolta, fu accordata la belligeranza.

Il dolo è generico. La natura dei fatti posti in essere è tale che la rappresentazione dell'offesa all'interesse alla fedeltà e alla lealtà nei confronti del Paese fanno un tutt'uno con la rappresentazione e volizione del fatto conforme al tipo descrittivo disegnato dall'incriminazione. Uno dei casi, assai frequenti nel nostro diritto, in cui il fatto tipico è descritto in modo tale che è quasi impossibile porlo in essere senza che ci si renda conto del disvalore così dispiegato. Certo, gli interessi tutelati da questa norma sono articolati e complessi, non si tutela solo un rapporto pedagogico-affettivo. Lo Stato, cioè il Paese politicamente e giuridicamente organizzato, ha il diritto-dovere di premunirsi contro aggressioni particolarmente insidiose e pericolose quando provengano da persone da cui ci si aspetterebbe ben altro comportamento.

Nessun dubbio sulla configurabilità del tentativo. Infiniti gli esempi che vengono alla mente. Per tutti, l'espatrio, al fine debitamente provato, di arruolarsi nell'esercito di stato in guerra con il nostro.

Civile e umanamente comprensiva, infine, la scriminante prevista per il cittadino che trovandosi, durante le ostilità, nel territorio dello Stato nemico, commetta uno dei fatti previsti dal primo comma perché costretto da un obbligo imposto dalle leggi dello Stato in guerra con l'Italia. Indulgenza che sarebbe stato opportuno misurare meglio. Consigliabile, forse, il ricorso al criterio della proporzione fra l'alto valore del divieto posto dalla legge italiana e l'imperativo della legge dello stato straniero di residenza: si pensi ad un obbligo sanzionato da multa nemmeno eccessivamente gravosa.