

QUESTIONI APERTE

Giurisdizione militare

La decisione

Giurisdizione militare - Criteri di riparto - Specialità - Concorso apparente (C.p. artt. 15, 314; C.p.p. 12, 13, 25, 620; C.p.m.p. 215, 263, 264).

«In caso di connessione di reati, la "potestas iudicandi" spetta al giudice ordinario anche per il reato militare alla unica condizione che il reato comune sia da considerarsi di maggiore gravità alla stregua dei criteri di cui all'art. 16, comma 3, cod. proc. pen.; negli altri casi, invece, le sfere di giurisdizione, ordinaria e militare, rimangono separate, sicché al giudice militare appartiene la cognizione dei reati militari e al giudice ordinario quella per i reati comuni. Applicando i suesposti principi al caso in esame, deve osservarsi che il reato comune di peculato, punito dall'art. 314 cod. pen. con la reclusione da quattro anni a dieci anni e sei mesi, è più grave del reato di peculato militare aggravato, punito dagli artt. 215 e 47 (aggravante comune, non influente sulla pena) cod. pen. mil. pace con la pena della reclusione militare da due a dieci anni. Va, pertanto, dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario».

CASSAZIONE PENALE, PRIMA SEZIONE, 9 settembre 2019 (dep. 28 novembre 2019), n. 48461 - IASILLO, *Presidente* - CASA, *Relatore* - G.I.P. TRIBUNALE DI COSENZA, *ricorrente*.

Il lavoro prende le mosse da un errore contenuto in una sentenza della Cassazione in tema di riparto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione militare. Si offre così l'occasione per ridefinire i contorni della giurisdizione militare in armonia con il carattere speciale della *res iudicanda*, oltre che per trattare alcune questioni commesse alla singolare fattispecie di riferimento.

Military specialty and division of jurisdiction: an irremediable error of the Supreme Court

The work starts from an error contained in a ruling by the Cassation on the division between ordinary jurisdiction and military jurisdiction. In this way the opportunity is offered to redefine the contours of military jurisdiction in harmony with the special character of the res iudicanda, as well as to deal with some issues related to the particular case of reference.

Specialità militare e riparto di giurisdizione: un errore irrimediabile della Suprema Corte

SOMMARIO: 1. La decisione. - 2. Il vizio della decisione. - 3. Carattere multilivello della specialità militare. 4. - Perdurante vigenza della norma pretermessa. 5. - Ora che succede? - 6. Conclusioni.

1. *La decisione*. Con la sentenza in commento la Cassazione dirime un conflitto di giurisdizione insorto tra giudice ordinario e giudice militare. A promuoverlo il G.I.P. del Tribunale di Cosenza una volta constatato che per i medesimi fatti di peculato erano stati incardinati nei confronti dello stesso indagato due distinti procedimenti: sia presso la Procura ordinaria di Cosenza, sia presso la

Procura militare di Napoli. Ricorrevano, dunque, tutti e tre i presupposti per sollevare conflitto di giurisdizione ai sensi dell'art. 28 c.p.p.: la litispendenza tra due autorità giudiziarie, l'identità del soggetto indagato e l'unicità dei fatti a lui ascrivibili¹.

La sentenza non precisa se i «medesimi fatti di peculato» cui si riferisce siano stati realmente plurimi o il plurale rappresenti niente più che un vezzo linguistico per designare un reato unico; vedremo però come l'alternativa non incida minimamente sulla risoluzione del caso.

Rilevato il conflitto di giurisdizione, la Corte ricorda che il riparto di potestà tra giudice ordinario e giudice militare attiene, appunto, alla giurisdizione e non alla competenza, in conformità al dettato costituzionale (art. 103 Cost.) ed alla connessa disciplina codicistica (art. 620 c.p.p.).

Da ciò ricava due corollari: anzitutto che la questione di giurisdizione, diversamente dalla competenza, è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo (art. 20 c.p.p.); e poi che la regolamentazione della fattispecie è affidata all'individuazione del reato più grave tra quelli da giudicare, l'uno rientrante nella giurisdizione militare e l'altro nella giurisdizione ordinaria (art. 13 co. 2 c.p.p.). In base a tale ultima premessa, la Corte ricorda che, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, in caso di connessione di reati la *potestas iudicandi* spetta al giudice ordinario anche per il reato militare, a patto che il reato comune sia da considerarsi di maggiore gravità alla stregua dei criteri di cui all'art. 16 c.p.p.

Posto allora che il reato di peculato di cui all'art. 314 c.p. - punito con la reclusione da quattro a dieci anni e sei mesi - è più grave del reato di peculato militare di cui all'art. 215 c.p.m.p. - punito con la reclusione da due a dieci anni, sia pure aggravato ex art. 47 c.p.m.p. - la Corte dichiara la giurisdizione del giudice ordinario trasmettendo gli atti al Tribunale ordinario di Cosenza.

2. *Il vizio della decisione.* L'errore è piuttosto evidente: sia nella scelta della regola da applicare, sia nella paradossalità dell'esito².

¹ Tali presupposti sono così ricordati al § 9.1. di Cass., Sez. un., 23 giugno 2016, n. 18621, Zimarmani, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, p. 337 ss.

² Ma l'errore era nell'aria. La Cassazione, infatti, si era già espressa in termini ambigui nella motivazione di Cass. pen, sez. VI, 6 novembre 2015, n. 44681, laddove si era riconosciuta la giurisdizione militare in relazione ai reati di furto e peculato militare. Si legge in motivazione, accanto al pertinente argomento che fa leva sul principio di specialità delle predette figure, il passaggio che segue: «l'attrazione nella giurisdizione del giudice ordinario dei procedimenti per reati concorrenti, comuni e militari, opera solo se il

La Corte utilizza infatti un principio di diritto enunciato *expressis verbis* per i casi di connessione. Principio peraltro non scolpito in una salvifica massima giurisprudenziale, ma riproduttivo del disposto dell'art. 13 co. 2 c.p.p. Si tratta della norma che impone la giurisdizione ordinaria quando uno stesso soggetto sia imputato (o indagato) per più reati connessi ex art. 12 c.p.p., di cui uno comune (più grave) e l'altro militare (meno grave).

Ne deriva che la giurisdizione ordinaria può esercitare una *vis attractiva* su quella militare non tanto e non solo per la maggiore *gravità* del reato comune ipotizzato, quanto a condizione che, all'esito della esatta qualificazione della vicenda criminosa, sussista una *pluralità* di reati - comuni e militari - e un rapporto di *connessione* tra i medesimi³.

Al riguardo va ricordato che fuori dall'ipotesi di concorso di persone (art. 12 co. 1 lett. a) c.p.p.)⁴, la connessione è nesso che postula la pluralità dei reati

reato comune è più grave di quello militare (art. 13 co. 2 c.p.p.), mentre negli altri casi le sfere di giurisdizione, ordinaria e militare, rimangono separate, con la conseguenza che al giudice militare appartiene la cognizione dei reati militari e al giudice ordinario quella per i reati comuni (...). Nel caso di specie i suddetti delitti militari sono puniti con pene più elevate nel massimo degli altri reati contestati al ricorrente, sicché essi rientrano nell'ambito della giurisdizione militare» (§ 3 della parte in diritto). Trattasi dello stesso errore - sia pure con esito opposto - contenuto nella sentenza annotata.

³ Sul punto cfr. SANTORO, *Il confronto delle distinte procedure non scioglie il nodo della connessione*, in *Guida al Dir.*, 2005, 14, 95: «per il nuovo codice la connessione opera (...) soltanto nel caso in cui sussistano le seguenti condizioni, intuitivamente poste tra di loro in rapporto di derivazione logico-giuridica: a) che vi sia un reato di competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria comune e collegato con il reato militare secondo uno dei nessi tra reati delineati dalla norma contenuta nell'articolo 12 del Cpp (pluralità di reati comuni e militari connessi); b) che il reato di competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria ordinaria sia più grave di quello o di quelli militari».

⁴ La presenza di questa ipotesi ha fatto dire a CAPITELLI, *Quale giurisdizione per i tribunali militari?* in *Cass. pen.*, 2005, 4, p. 1202 ss.; ID., *Le Sezioni Unite decretano la morte dell'art. 264 c.p.m.p.*, in *Cass. pen.*, 2006, 5, 1718 ss., che presupposto della disciplina dell'art. 13 co. 2 c.p.p. non è la *pluralità di reati*, come spesso si sostiene (v. nota precedente), ma la *pluralità di procedimenti*. In realtà neppure tale affermazione può dirsi perfettamente esatta; ne è prova, appunto, la vicenda oggetto della decisione annotata, che esemplifica la possibilità di una *pluralità di procedimenti* non integrante un'ipotesi di connessione ai sensi degli artt. 12 e 13 c.p.p. Ed invero il presupposto di tale disciplina risiede, piuttosto, in *un elemento di pluralità soggettiva ovvero oggettiva del fatto storico di riferimento*, il quale giustifica, ad una valutazione giuridica, *la legittima coesistenza di una pluralità di procedimenti*. Nei casi di concorso apparente, il fatto storico di riferimento è valutato unitariamente e ciononostante può dar luogo a una *pluralità di procedimenti*, in contrasto con il canone del *ne bis in idem*. L'incompletezza della definizione daccapo esposta, può insomma essere così rimediata: presupposto della connessione è una *legittima pluralità di procedimenti*, perché, se è vero che il vincolo della connessione si instaura tra procedimenti e non tra reati, è pure vero che la moltiplicazione dei procedimenti trova un limite invalicabile nel divieto di *bis in idem*. Per altro verso, neppure si può negare che fuori dall'ipotesi concorsuale ex art. 110 c.p. pluralità procedimentale e sostanziale coincidano, consistendo i residui casi di connessione in vicende che nella valutazione giuridica configurano sempre una *pluralità di reati*. Anche la definizione contestata, quindi, può

collegati (artt. 12 co. 1 lett. b) e c) c.p.p.)⁵. Ciò accade sia nell'ipotesi di *concorso formale* (più reati sono commessi attraverso un'unica azione od omissione), sia nell'ipotesi di *reati avvinti dal vincolo della continuazione* (il reato continuato è infatti considerato unico solo e limitatamente ad alcuni effetti), sia nell'ipotesi di *connessione teleologica* (uno o più reati commessi per eseguirne od occultarne altri).

Non può darsi invece mai connessione se, come nel caso in esame, il titolo applicabile è *solo uno* in quanto le pur *plurime* fattispecie astrattamente configurabili *non possono concorrere*: il peculato militare è speciale rispetto al peculato comune, perché contempla tutti gli elementi costitutivi di quest'ultimo ad eccezione di alcuni, e cioè la speciale qualifica del soggetto attivo (militare incaricato di funzioni amministrative e di comando⁶) e dell'oggetto materiale (cosa mobile appartenente all'amministrazione militare⁷). Trattasi di rapporto di specialità unilaterale che configura una piana ipotesi di *concorso apparente*: si deve dunque applicare soltanto la fattispecie speciale, la quale prevale sull'altra ex art. 15 c.p.

Il fenomeno dell'apparenza, per la sua ontologica diversità rispetto alla connessione, non è incluso nel catalogo di cui all'art. 12 c.p.p., richiamato implicitamente dal successivo art. 13 co. 2 c.p.p. La ragione è piuttosto intuitiva: il rapporto di connessione - che come si è visto presuppone sempre un momento di pluralità *oggettiva* ovvero *soggettiva* - funge oltre che da criterio per radicare competenza e giurisdizione, da presupposto (ancorché non decisivo) della riunione procedimentale, strumento di economia processuale e ostacolo alla possibile insorgenza di un contrasto tra giudicati. Ma di riunione non può mai parlarsi laddove sin dall'origine *unico* è il reato ed *unico* è pure il soggetto imputato o indagato: manca, in tal caso, la possibilità d'immaginare una riunione come pure una separazione tra procedimenti. Sicché un procedimento avviato per la fattispecie generale, parallelo a quello già aperto per la fattispecie speciale, non

risultare esatta una volta "depurata" della menzionata eccezione.

⁵ I reati sono plurimi, in realtà, anche nell'ipotesi di concorso di cause indipendenti di cui alla lett. a), concorso che tuttavia integra realizzazione di due fattispecie monosoggettive autonome e unificate dall'identità dell'evento lesivo.

⁶ Per la questione se i militari con funzioni amministrative e di comando si identifichino con tutti i militari aventi la qualifica di pubblico ufficiale, ovvero ne ritaglino una porzione, cfr. BRUNELLI - MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, 2007, 380.

⁷ La qualifica dell'oggetto, peraltro, individua pure il titolare dell'interesse tutelato (l'amministrazione militare, che rappresenta quindi il soggetto passivo del reato).

potrebbe confluire in quest'ultimo rappresentandone un mero duplicato illegittimo (*bis in idem*).

In definitiva, il rapporto di specialità esclude il rapporto di connessione perché impedisce di configurare un concorso formale di reati.

La Cassazione erra pertanto nell'applicare l'art. 13 co. 2 c.p.p., che è regola valida *soltanto* nei casi di connessione, avendo sott'occhio una banale ipotesi (non di connessione, bensì) di concorso apparente di norme. Piuttosto si sarebbe dovuta affermare la giurisdizione militare proprio in forza del rapporto di specialità intercorrente tra il peculato militare e il peculato comune⁸.

La conclusione, come anticipato, non muterebbe neanche laddove i «fatti di peculato» fossero realmente più d'uno, come pare inferirsi dalla motivazione della sentenza annotata. La eventuale pluralità, infatti, darebbe vita niente più che a una trama d'ipotesi di concorso apparente, da sciogliersi a loro volta in un *concorso materiale omogeneo di reati*; con la precisazione che, rimaste tutte assorbite le figure di peculato comune, a concorrere materialmente non sarebbero che altrettanti fatti di peculato militare. Laddove, poi, si volesse prefigurare il vincolo della continuazione tra i suddetti reati, e cioè un caso di connessione ex art. 12 c.p.p., tale connessione si instaurerebbe soltanto tra reati militari non potendo quindi neanche in tale evenienza applicarsi l'art. 13 co. 2 c.p.p.

La pronuncia della Cassazione conduce d'altro canto al paradosso che la giurisdizione militare non si radicherebbe mai al di fuori dei casi di reato esclusivamente militare o di specialità "qualificante" del reato militare (per la definizione di tale categoria, v. *infra* § 3). Il giudice ordinario diverrebbe così giudice naturale di tutti quei reati militari che non siano esclusivamente tali, siccome interferenti o speciali rispetto ad una qualsiasi fattispecie comune più grave. E ciò *a prescindere* dalla relazione di specialità o addirittura *contro* tale relazione.

Queste considerazioni meritano un approfondimento ulteriore.

3. Carattere multilivello della specialità militare. Occorre anzitutto fissare il corretto riparto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione militare, onde comprendere il ruolo svolto dal principio di specialità nel puntellare i confini della giurisdizione speciale.

⁸ E ai sensi dell'art. 263 c.p.m.p., il quale si occupa di definire in positivo la giurisdizione militare: «Appartiene ai tribunali militari la cognizione dei reati militari commessi dai militari in servizio alle armi o considerati tali dalla legge al momento del commesso reato».

Trattasi di un riparto storicamente tormentato e contraddistinto da quattro principali fasi evolutive⁹.

In una prima fase, la giustizia militare conosce la sua massima espansione, garantita dal combinato disposto dell'art. 49 del codice di procedura penale del 1930 e dall'originaria versione dell'art. 264 c.p.m.p. Mentre la prima norma statuiva la prevalenza in ogni caso della giurisdizione speciale in caso di connessione, la seconda radicava la giurisdizione militare anche per taluni delitti comuni commessi in circostanze particolari (ad es. in *locus* militare). La specialità giurisdizionale era pertanto più *estesa* della specialità sostanziale, perché la cognizione dei tribunali militari abbracciava persino delitti comuni non connessi (c.d. reati *militarizzati*), mentre ai giudici ordinari era preclusa ogni competenza sulla materia militare.

Con l'avvento dell'art. 103 Cost., la situazione cambia: l'art. 49 c.p.p., stante la sua incompatibilità con la disposizione costituzionale, viene considerato tacitamente abrogato; per altro verso, la l. n. 167/1956 elimina la clausola di militarizzazione e inverte la rotta dell'art. 264 c.p.m.p., sancendo la prevalenza in ogni caso della giurisdizione ordinaria per tutte le ipotesi di connessione, salva la ricorrenza d'imprecisate «ragioni di convenienza» apprezzabili direttamente dalla Suprema Corte. La specialità giurisdizionale *si riduce* così nettamente rispetto alla specialità sostanziale¹⁰, posto che, eccettuata una casistica puramente teorica e trascurabile, i tribunali militari vengono sottratti di una parte consistente delle proprie naturali attribuzioni¹¹.

La terza fase si apre con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale del 1988. L'attuale art. 13 co. 2 c.p.p., come abbiamo visto, si sovrappone

⁹ Cfr. BRUNELLI - MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., 415 ss.; RIVELLO, *Riflessioni di sintesi sui rapporti tra la giustizia militare e la giustizia ordinaria*, in *La giustizia militare nell'Italia Repubblicana*, RIVELLO (a cura di), Torino, 2005, 161 ss.; CAPPITELLI, *Competenza e giurisdizione penale militare* (voce), in *Dig. Ipertest.*, 2003, §§ 10-12; CELLETTI, *Connessione fra procedimenti penali comuni e procedimenti penali militari. Osservazioni in margine ad una recente pronuncia della Corte suprema di cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, 533 ss.; FLAMINI, *Art. 264*, in *Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, BRUNELLI-MAZZI (a cura di), Milano, 2001, 964 ss.

¹⁰ Cfr. VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1978, 381, il quale segnala come l'art. 103 Cost. abbia spezzato la corrispondenza tra sfera di efficacia della legge penale militare e ampiezza della giurisdizione militare, corrispondenza invece recisamente affermata dall'art. 263 c.p.m.p.

¹¹ In realtà, prima ancora dell'avvento del c.p.m.p., l'art. 26 c.p.p. 1913 attribuiva la competenza per i procedimenti connessi all'autorità giudiziaria ordinaria: la *vis attractiva* della giurisdizione militare ha avuto pertanto vita breve (26 anni, dal 1930 al 1956).

per oggetto all'art. 264 c.p.m.p. e, pur non provvedendo ad esplicite abrogazioni, tempera la prevalenza della giurisdizione ordinaria introducendo il correttivo della gravità del reato connesso. L'attrazione è però comunque e sempre unilaterale, a favore cioè soltanto della giurisdizione ordinaria, perché in caso di connessione con un più grave reato militare le giurisdizioni si separano: il giudice militare non può quindi mai giustiziare reati comuni, mentre può accadere il contrario, come abbiamo visto, ossia che il giudice comune conosca talvolta reati militari.

La specialità sostanziale continua quindi ad essere *più ampia* della specialità giurisdizionale, ma quest'ultima riacquista terreno rispetto all'assetto prevalente, perché la connessione con reati comuni bagatellari non produce più spostamenti da un tribunale all'altro.

Tuttavia, la non espressa abrogazione dell'art. 264 c.p.m.p. e il riferimento alla gravità dei reati connessi lascia impregiudicate alcune questioni. Si vive così una fase d'incertezza anche giurisprudenziale, restando controverso se l'art. 264 c.p.m.p. sia stato o meno abrogato per incompatibilità con l'art. 13 co. 2 c.p.p.¹² Inoltre, per qualcuno il riferimento alla gravità dei reati limita la *vis attractiva* della giurisdizione ordinaria nelle ipotesi di concorso del civile nell'(unico) reato militare, pur integrando il concorso di persone un caso espresso di connessione soggettiva ai sensi dell'art. 12 co. 1, lett. a) c.p.p. La giurisprudenza, peraltro, si mostra spesso di contrario avviso¹³.

Nella quarta fase le esposte incertezze vengono definitivamente superate e la linea di confine tra le due giurisdizioni torna a delinearsi con maggiore chiarezza. Con le S.U. *Maldera* del 2005 si stabilisce una volta per tutte che l'art. 264 c.p.m.p. è stato abrogato dall'art. 13 c.p.p. e che questo non si applica alle ipotesi di concorso di persone¹⁴. Mentre, da ultimo, le S.U. *Zimarmani* del

¹² La soluzione negativa fu adottata da Cass. pen. sez. I, n. 4527/2005, Cimoli e alt., con nota di CAPPITELLI, *Quale giurisdizione per i tribunali militari?* in *Cass. pen.*, 2005, 4, p. 1202 ss. e SANTORO, *Il confronto delle distinte procedure non scioglie il nodo della connessione*, cit., 94 ss.; Cass. pen. sez. I, n. 21363/2004, *Bausone*, con nota di CAPPITELLI, *Il nuovo irrompere dell'art. 264 c.p.m.p. sulla giurisdizione militare*, in *Giur. It.*, 2005, 2 ss., e NUNZIATA, *Può effettivamente ritenersi ancora vigente l'art. 264 c.p.m.p.* in *Cass. pen.*, 2004, 3261 ss.; nonché, in precedenza, Cass. pen., sez. I, 31 gennaio 2003, *Rimoldi e alt.*, in *Riv. pen.*, 2003, 908 ss.

¹³ Contraria in particolare fu quella stessa giurisprudenza, citata alla nota precedente, per la quale l'art. 13 co. 2 c.p.p. non aveva abrogato l'art. 264 c.p.m.p.

¹⁴ Cfr. Cass., SSUU, 25 ottobre 2005 (dep. 10 febbraio 2006), n. 5135, *Maldera* con nota di CAPPITELLI, *Le Sezioni Unite decretano la morte dell'art. 264 c.p.m.p.*, cit. p. 1718 ss. Per una rassegna delle prece-

2016 hanno meglio precisato i rapporti tra qualificazione processuale del fatto e conseguente individuazione del giudice competente¹⁵.

All'esito di tali evoluzioni¹⁶, si estrae l'immagine di una specialità giurisdizionale compressa e residuale¹⁷, specie se raffrontata alla specialità sostanziale di cui dovrebbe costituire la naturale estensione; e ciò al netto del criterio mitigatore di cui all'art. 13 c.p.p., che non ha affatto rispettato le pur auspiccate promesse di risorgimento della giustizia militare¹⁸.

Rimane però comunque salvo, penetrando tutta la storia del riparto tra giudice militare e giudice ordinario, il criterio di massima per il quale *i reati comuni competono al giudice ordinario, mentre i reati militari competono al giudice*

deni oscillazioni, cfr. anche RIVELLO, *La connessione tra i procedimenti nei rapporti tra giustizia ordinaria e militare*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 997ss.

¹⁵ Cfr. ROMEO, *Le Sezioni Unite sui conflitti tra giudice ordinario e giudice militare*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, p. 337 ss.

¹⁶ Incidentalmente è da notare che il principio di uguaglianza, sin dalle sue prime affermazioni, esercita sul diritto penale militare - ma anche, storicamente, sul diritto amministrativo e sulla relativa giurisdizione speciale - una pressione notevole e costante, senza puntare ad annullare la specialità della materia ma piuttosto a contenerne il rilievo all'interno dei rapporti tra fattispecie. Per diverse ragioni e pur svanita la radice ideologica originaria, si tratta di una tendenza ancora attuale: la critica moderna si dirige però soprattutto contro la specialità giurisdizionale, perché il formale superamento della specialità tra corpi normativi appare ormai del tutto superfluo (ciò che rileva, infatti, è semmai la disparità di trattamento conseguente alla specialità tra fattispecie: per una proposta di riconduzione del diritto militare al codice penale, v. BRUNELLI, *Prospettive di riforma del diritto penale militare*, in *Diritto e forze armate*, RIONDATO (a cura di), 2011, 235 ss.; nonché FIANDACA, *Quale specialità per il diritto penale militare*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, 3, 1059 ss). Resiste flebilmente, di contro, l'alternativa e tradizionale considerazione della specialità militare come ragione fondante non solo di autonome incriminazioni, ma di una autonomia e separata giurisdizione, la cui *ratio* attuale viene rinvenuta nella necessità di assicurare maggior tecnicismo e speditezza al giudizio, v. STELLACCI, *Procedura penale militare*, in LANDI - VEUTRO - STELLACCI - VERRI, *Manuale di diritto e di procedura penale militare*, Milano, 1976, 505; *contra*, con posizione agnostica - non si danno ragioni decisive né per il mantenimento né per la soppressione - BRUNELLI - MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., 413-415.

¹⁷ Residuale, ma non «eccezionale». Quest'ultimo carattere, desunto dalla Corte costituzionale dal termine «soltanto» presente all'art. 103 co. 3 Cost., era stato infatti duramente criticato in dottrina esprimendo un significato di deroga-privilegio inammissibile in ambito penale; si preferì, dunque, continuare a parlare di «specialità» e, con specifico riferimento alla giurisdizione, fu addirittura prospettata la tesi che si trattasse non di giurisdizione speciale vera e propria bensì di giurisdizione ordinaria, compiuta però da organi «speciali» di merito, avendo la l. 180/1981 attribuito alla Corte di cassazione la competenza per il giudizio di legittimità nei procedimenti militari. In argomento, BRUNELLI - MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., 421 ss.

¹⁸ Risorgimento impedito dal clima di sostanziale sfiducia nei confronti della magistratura militare, ritenuta ormai priva di un'effettiva funzione; mentre il principio teorico dell'unità della giurisdizione ha avuto in questo senso una influenza secondaria, così RIVELLO, *Riflessioni di sintesi sui rapporti tra la giustizia militare e la giustizia ordinaria*, in *La giustizia militare nell'Italia Repubblicana*, RIVELLO (a cura di), Torino, 2005, 202 ss.

militare. Criterio scolpito dallo stesso art. 103 Cost., il quale fonda e dà copertura alla giurisdizione militare nei limiti della specialità della materia e al di là delle asimmetrie generate dalla descritta disciplina della connessione.

Se ne trae il seguente corollario: nonostante la precaria stabilità delle ragioni assiologiche portanti¹⁹, la specialità militare si connota ancora come un *unicum* per il triplice livello in cui opera e cioè a livello di fattispecie regolate, a livello di corpo normativo e infine a livello di giurisdizione²⁰. Nessun altro microsistema punitivo, neppure nella legge complementare, è a tutt'oggi capace d'una simile estensione²¹.

Si tratta tuttavia di tre livelli concentrici, perché espressione tutti di una medesima istanza di differenziazione che trova il suo culmine nella creazione di una giurisdizione autonoma. Ecco perché la specialità processuale è intimamente subordinata alla specialità sostanziale, che ne rappresenta il nocciolo duro, senza

¹⁹ Per le quali si rinvia al lavoro di FIANDACA, *Quale specialità per il diritto penale militare*, cit., 1059 ss.

²⁰ Invero i diversi livelli della specialità militare andrebbero ordinati secondo un modello piramidale: alla base la legge penale militare, nel mezzo il reato militare e al vertice la giurisdizione militare. Reato militare è infatti, con nozione formale, quello contenuto in una legge penale anch'essa militare, da cui possa mutuare tale carattere; e a sua volta la giurisdizione militare si radica, tendenzialmente, sulla militarità del reato di riferimento. Questa ricostruzione, accolta dal diritto vivente sulla base del disposto di cui all'art. 37 c.p.m.p. («qualunque violazione della legge penale militare è reato militare»), non tiene però conto della generica istanza (sostanziale) che dovrebbe connotare l'illecito speciale, con il suo ledere prevalentemente interessi militari. E oltretutto, la lettura comunemente accolta dell'art. 37 c.p.m.p., come ha notato per primo STELLACCI, *Procedura penale militare*, cit., 509, costituisce un paralogismo, siccome interpreta il disposto dell'articolo come una equazione matematica suscettibile di conversione («qualunque reato militare è violazione della legge penale»), mentre invece tale conversione non sarebbe logicamente ammissibile trattandosi di proposizione universale affermativa (che nella sillogistica non consente la conversione: in effetti, la disposizione normativa autorizza soltanto a ritenere che esistono *alcuni* reati militari che costituiscono altrettante violazioni della legge penale militare). A complicare le cose si interpone la disposizione costituzionale, che nel prevedere come limite della giurisdizione speciale la *militarità* del reato oggetto di accertamento, implicitamente impedisce allo stesso legislatore di *militarizzare* qualsiasi reato mediante l'arbitrario conferimento di tale attributo formale (c.d. eccesso di militarizzazione). Insomma la piramide di cui si parlava corrisponde a uno schema semplificato che, nel ripudiare criteri sostanziali di definizione, presta il fianco a numerose critiche. In tema si rinvia a MALIZIA, *Reato militare*, in *Enc. giur.*, XXXVIII, 1987, 885 ss.; BRUNELLI, *L'eccesso e il difetto nella «militarizzazione» dei reati all'esame della Corte Costituzionale*, in *Foro. It.*, 1996, 1, 445 ss.; ID., *L'individuazione della legge penale militare tra vocazioni ampliative e controllo costituzionale di ragionevolezza*, in *La giustizia militare nell'Italia Repubblicana*, RIVELLO (a cura di), Torino, 2005, 47 ss.; BRUNELLI - MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., 37 ss., in cui argomentato dal nuovo testo dell'art. 47 c.p.m.g., gli A. ritengono certificata la rottura del binomio legge penale-reato militare, potendo un reato comune diventare militare senza coinvolgere la qualifica della legge che lo prevede. Da questa prospettiva, dunque, la piramide si accorcerebbe, perdendo la sua base: il problema degli indici della militarità si sposterebbe nella sua sede propria, quella del reato, che a sua volta condizionerebbe l'ampiezza della giurisdizione.

²¹ V. ancora BRUNELLI - MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., 1 ss.

la quale la prima non avrebbe più ragion d'essere.

Riportando le considerazioni appena svolte alla conclusione cui è giunta sentenza in commento, si può allora concludere nel senso che essa finisce per spogliare delle proprie competenze naturali il giudice speciale, istituto proprio *in dipendenza e a causa della specialità della materia attribuitagli*. Si deroga quindi al principio *lex specialis derogat generali* non solo a livello di giurisdizione (terzo livello), bensì, prima di tutto, a livello di normativa sostanziale (primo livello)²².

Ciò che costituisce, per le ragioni anzidette, un assurdo: la specialità giurisdizionale segue e presuppone la specialità sostanziale e, pertanto, neutralizzando la forza derogatrice di quest'ultima si arriva inevitabilmente a negare la necessità della prima. Prova ne è il fatto che a portare ad estreme conseguenze la soluzione della Cassazione, il legislatore potrebbe abolire la giustizia militare di pace semplicemente introducendo nel codice penale fattispecie generali più gravi di quelle previste dal c.p.m.p.²³

Occorre allora ribadire che il principio di specialità ex art. 15 c.p. costituisce ancora la base portante ed essenziale del riparto tra giudice ordinario e giudice militare. Nella ipotesi di due procedimenti paralleli avviati per reati non esclusivamente militari, va pertanto sempre affermata la giurisdizione militare sia in caso di specialità *qualificante* (il reato militare è punito con pena più grave della

²² La necessaria implicazione logica tra giudice e materia speciale (v. nota 19) è peraltro posta in risalto anche dalla dottrina amministrativistica. Così testualmente MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 143 ss: «Il costituente ha deliberatamente mantenuto in vita il giudice amministrativo. Un dato questo le cui primarie implicazioni sistematiche non vengono di solito adeguatamente vagliate (...) Ciò che viene appunto trascurato è che questa inequivocabile scelta costituzionale rimarrebbe priva di significato se non fosse ancorata alla volontà di tener fermo lo stesso diritto amministrativo. Ed infatti il giudice amministrativo, così come già evidenziava l'antica giuspubblicistica, si può giustificare come giudice speciale non nella veste odiosa, per la mentalità giuridica moderna, del giudice *ratione personae*, bensì del giudice *ratione materiae*: la materia o la specialità è appunto il diritto amministrativo».

²³ La Cassazione, travisando la disciplina positiva, sancisce in definitiva la prevalenza del principio di sussidiarietà (inverato nell'art. 13 co. 2 c.p.p.) su quello di specialità, quantomeno nel determinare i confini della giurisdizione. Si tratta di una lettura *contra legem*, ma prim'ancora di un assurdo logico. Infatti la specialità prevale sempre sulla sussidiarietà, come accade nell'ipotesi di clausola di riserva relativamente indeterminata racchiusa in una più mite fattispecie speciale. È quanto hanno persuasivamente stabilito le S.U. 9 novembre 2018, n. 51063, Murolo, con riferimento all'art. 73 comma 5 T.U.S., ipotesi di "lieve entità" speciale rispetto alle fattispecie generali di cui ai commi precedenti e sempre applicabile in deroga alla clausola, proprio nella considerazione che, altrimenti, facendo prevalere la sussidiarietà (espressa dalla clausola) sulla specialità, la norma speciale non troverebbe mai applicazione (v. § 3 della parte in diritto).

speculare fattispecie comune) sia in caso di specialità *privilegiante* (il reato militare è punito con pena meno grave della speculare fattispecie comune).

Questa distinzione, in effetti, è tradizionalmente priva di pregio all'interno del corposo capitolo del concorso apparente di norme, trovando una limitata rilevanza nella sola materia del dolo: parte della dottrina ritiene in particolare che in caso di specialità *privilegiante* (tipico caso l'omicidio del consenziente rispetto all'omicidio comune), l'erronea supposizione dell'elemento specializzante non conduca all'applicazione della figura generale, perché essa ricomprendrebbe al suo interno un elemento implicito dal significato opposto a quello espressamente individuato come speciale (l'omicidio comune presupporrebbe, nell'esempio, il dissenso della vittima)²¹.

Si tratta peraltro di teoria a tutt'oggi discussa e contrastata, e che in questa sede sarebbe ultroneo commentare. Basta qui evidenziare come il rapporto di specialità, in quanto rapporto logico-formale, risulti del tutto neutro rispetto alla rilevanza aggravante o attenuante dell'elemento speciale, ciò che costituisce un ulteriore argomento per escludere ogni pertinenza del criterio della "maggiore gravità" codificato dall'art. 13 co. 2 c.p.p. allorché si discorra di una ipotesi di concorso apparente di norme.

Quel criterio, del resto, ha la funzione d'impedire che la semplice ricorrenza di una contravvenzione di natura bagatellare possa implicare la cognizione del giudice ordinario su reati militari anche gravi; presupponendo, quindi, pur sempre la contemporanea applicabilità della contravvenzione concorrente e la naturale competenza del giudice militare sulla normativa speciale.

4. *Perdurante vigenza della norma generale pretermessa.* L'errore in cui è incorso la Suprema Corte induce ad ulteriori riflessioni anche sotto una diversa angolatura: può davvero la norma generale pretermessa, ove più grave di quella speciale, esplicare un qualche residuo effetto sul riparto di giurisdizione? E che altre tipologie di effetti possono comunque ricollegarsi alla norma generale che debba cedere il passo in virtù del principio di specialità?

La risposta al primo quesito risulta, *de iure condito*, assai semplice: la norma generale pretermessa non può incidere sul riparto di giurisdizione, siccome l'art. 13 c.p.p. non consente in alcun modo di equiparare a detti fini concorso apparente di norme e concorso formale di reati.

²¹ Per la rassegna delle diverse tesi a confronto e per i necessari riferimenti bibliografici, si rinvia a CAMAIONI, *Errore e dolo nei reati in rapporto di specialità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 2, 437 ss.

Il secondo quesito è invece ben più complesso e interessa direttamente la vicenda processuale oggetto del nostro commento. Si tratta di capire se la norma generale conservi una qualche rilevanza tanto laddove sopravvengano fatti incidenti sull'applicabilità della norma speciale (ad es.: amnistia, prescrizione etc), quanto laddove alla norma generale siano connessi una serie di istituti non estendibili alla norma prevalente (ad es: confisca).

Sono problemi, questi, che paiono tutti derivare dalla risoluzione di un nodo di fondo: se il concorso apparente costituisca un'ipotesi *effettivamente concorsuale*²⁵, risolta nel senso di accordare prevalenza ad un reato rispetto ad un altro, oppure le norme convergenti siano tali, appunto, soltanto *in apparenza*, perché in verità il fenomeno coincide con il processo ermeneutico che sfocia nella soluzione dell'unicità della fattispecie applicabile.

La stessa ambiguità dell'espressione "concorso apparente" racchiude in sé i due poli dell'alternativa: mentre il sostantivo "concorso" pone l'accento sull'obiettivo convergenza delle fattispecie incriminatrici violate, l'aggettivo "apparente" sembra al contrario precisare che si tratta di una convergenza falsa, illusoria, risolvibile dunque sul piano ermeneutico²⁶.

La questione non è puramente teorica, poiché la tesi concorsuale tende appunto ad ammettere in via generale la possibile *reviviscenza* della fattispecie pretermessa, mentre la tesi anti-concorsuale a negarla, affermando l'*esclusività* della fattispecie speciale.

E il problema impatta proprio sul caso oggetto della decisione annotata, siccome ci si trova dinanzi ad un procedimento ancora fermo alla fase delle indagini preliminari. Può dunque perfettamente accadere che per fatti sopravvenuti la figura del peculato militare risulti improcedibile (ad es., per decorso del termine di prescrizione, di sei mesi più breve rispetto a quello del peculato comune); mentre, sotto altro profilo, se si dovesse infine esercitare l'azione penale, sarebbe certamente prospettabile il dubbio se al peculato militare possa applicarsi la confisca obbligatoria prevista per il peculato comune, nonostante

²⁵ E in tal caso l'istituto si presenta come deroga al concorso formale di reati, sino a designarlo come «eccezionale» e propendere per la realtà della convergenza in caso di dubbio. Si rinvia sul tema all'opera ormai classica di MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 59 ss.

²⁶ Analogamente, ma con implicito giudizio circa il corretto inquadramento del fenomeno, BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, 2019, 392: «Il concorso di norme presuppone in partenza la tipicità plurima (da qui il "concorso"), mentre solo all'arrivo la tipicità si disvela unitaria (da qui l'"apparenza")».

l'art. 322-ter non richiami espressamente l'art. 215 c.p.m.p.²⁷

Non essendo questa la sede per affrontare nel dettaglio la delicata questione, ci si dovrà qui limitare a riassumere gli approdi raggiunti dalla dottrina che si è occupata del tema, specialmente di lingua tedesca²⁸.

S'incontra oggi prevalente²⁹ l'idea che operi nella nostra materia il c.d. principio

²⁷ Va osservato peraltro che il peculato militare è figura rimasta casualmente (e irragionevolmente) privilegiata rispetto al peculato comune, invece oggetto nel corso di tempo di un progressivo inasprimento sanzionatorio (e non solo con riguardo alla cornice edittale: v., appunto, la disposizione citata sulla confisca obbligatoria): di ciò potrebbe ben accorgersi un giudice ordinario tanto ignaro delle ragnatele che ricoprono la normativa militare, quanto sensibile ad esigenze di omogeneizzazione ed equilibrio nel trattamento. Per la criticità di questa fattispecie e delle altre figure "replicanti" (cioè dei reati militari inseriti nel titolo IV del c.p.m.p., che riproducono pedissequamente talune fattispecie comuni) v. BRUNELLI, *Fattispecie criminose replicanti e diritto penale militare*, nota a Corte costituzionale 29 ottobre 2009, n. 273, in *Giuris. Costituzionale*, 2009, 5, 3835 ss., che ne denuncia la arbitraria selezione («Non si capisce perché sono stati certi reati e non altri, quando, tanto per fare un esempio, il peculato militare offende l'amministrazione militare nella stessa misura in cui l'offendono la corruzione, l'abuso d'ufficio, l'omissione di atti d'ufficio in ambito militare», p. 3836) e nota come sia tipico di queste figure il rimanere legislativamente neglette, con la conseguenza che (p. 3837) «i progressivi cambiamenti delle figure "originali" presenti nel codice comune e le sistematiche "dimenticanze" del legislatore circa l'esistenza delle figure replicanti scava abissi ingiustificati tra le une e le altre, foriere di disuguaglianze e ulteriori irrazionalità». La presenza di queste figure ha peraltro suggerito l'idea che il riparto di giurisdizione sia oggi prevalentemente affidato al puro caso o, per meglio dire, al criterio empirico che spinse il legislatore del 1941 ad inserire nei codici militari certi reati piuttosto che altri: così STELLACCI, *Procedura penae militare*, cit., 511.

²⁸ Per una puntuale rassegna della dottrina tedesca e per i necessari riferimenti bibliografici, v. MATUS, *La teoría del concurso aparente de leyes penales y el resurgimiento de la ley en principio desplazada*, *Revista De Derecho*, 2002, 9, 27-68.

²⁹ Non così, a dire il vero, nella dottrina italiana, ove sembra prevalere l'idea che la norma generale soccombente non possa riespandersi a seguito di vicende estintive ovvero attinenti alla procedibilità del reato speciale. In argomento MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1959, 109 ss., che reputa la norma esaurita efficace soltanto nella fase della minaccia precedente alla violazione. La realizzazione degli imperativi corrispondenti alle norme concorrenti, infatti, sarebbe in tale momento alternativa, comportando l'esaurimento dei comandi logicamente assorbiti in quello che presidia l'azione realizzatasi. Insomma: l'azione renderebbe operante nella situazione data una sola norma capace di assolvere compiutamente la funzione di tutela, sicché nell'istante in cui la norma dominante è violata, l'altra soccombente non è più violabile, perché priva di efficacia regolatrice. Sulla stessa falsariga, ma con minore ricorso ad ambigue metafore, MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., p. 52 ss. e 697 ss., il quale chiama in causa il concetto di validità, contrapposto a quello di efficacia, sul presupposto quindi che la norma generale pretermessa (cioè limitata nella sua validità) non potrebbe riacquisire tale attributo, al pari di una qualunque disposizione abrogata. Per effetto della delimitazione operata dalle norme prevalenti nella sfera di previsione delle norme soccombenti, queste vengono così implicitamente a comprendere una clausola che esprime in negativo gli elementi specializzanti descritti in positivo nelle fattispecie speciali (per il successivo analogo ragionamento in materia di errore differenziale, v. *supra* § 3). Al di là della fondatezza di tale soluzione, a MANTOVANI si deve soprattutto il riordino delle teorie - v. bibliografia ivi riportata - che confusamente evocavano i concetti di validità, efficacia e applicabilità delle norme concorrenti, di

di combinazione³⁰, diretta emanazione del carattere concorsuale dell'istituto. Tale principio postula la possibilità di "scongellare" a certi fini gli effetti della norma generale pretermessa sul presupposto che la violazione di due precetti penali non possa ridondare a vantaggio del reo³¹.

Questa conclusione, così come enunciata, non rispecchia la ricca varietà d'opinioni che riguardano non solo lo statuto della concorsualità, ma pure gli effetti della possibile reviviscenza della norma generale concorrente; i quali sono

deroga e autonomia del fenomeno rispetto al concorso di reati, di unità o pluralità di violazioni e sanzioni, con esiti spesso contraddittori rispetto alle premesse di partenza. L'A. coglie con chiarezza l'implacabilità dell'alternativa: valorizzare la convergenza implica esaurimento dell'apparenza *quoad poenam* (a livello di sanzione e non di qualificazione/violazione) e la natura derogatoria-eccezionale del trattamento rispetto al concorso di reati; valorizzare l'apparenza implica invece unicità del reato integrato, autonomia-opposizione rispetto al concorso di reati e incidenza sulla previsione-validità della norma soccombente. Ancora, di recente, BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, 2019, p. 390 ss., che discorre di dissolvimento "sopravvenuto" della tipicità plurima in tipicità unitaria. Secondo questa tesi la norma soccombente non perderebbe la potenzialità astratta di "qualificare" il fatto concreto (p. 392) ma, in quanto derogata dalla norma speciale, non potrebbe più essere "applicata" (p. 394). L'intervento estintivo e l'ostacolo processuale, peraltro, non farebbero venir meno l'operatività giuridica della norma speciale, al contrario presupponendola: la norma speciale avrebbe in tal modo già *consumato* (corsivo originale) la sua operatività rispetto al fatto concreto, precludendo ogni riemersione della norma generale.

³⁰ Il principio di combinazione è stato storicamente tratto (per bibliografia, v. nota 27) dalla disciplina del concorso ideale di cui al § 73 StGB 1871 (oggi invece contenuta ai §§ 52-54 StGB), che sanciva la regola dell'assorbimento della pena più lieve in quella più grave. Il principio, nella sua originaria formulazione, postulava la possibilità di applicare i residui effetti *in malam partem* della fattispecie soccombente più mite, come ad esempio il più alto minimo editale o una pena accessoria ad essa esclusivamente correlata. Una isolata dottrina, peraltro, ritenne di scorgere proprio nella differenza tra *Idealkonkurrenz* e *Gesetzkonkurrenz* l'operatività di due regole opposte: rispettivamente, la combinazione (per la convergenza ideale) e l'esclusività (per la convergenza apparente). Nondimeno, l'estensione della combinazione anche ai casi di concorso apparente venne poi favorita dal diritto vivente, nonchè dalla validità, anche in questo ambito, della ragione giustificativa per cui il reo non può trarre alcun vantaggio dalla violazione contemporanea di diverse leggi penali. Oggi si tende comunque a circondare di eccezioni l'operatività del principio, che oltretutto ha trovato positivo riconoscimento - perlomeno in riferimento al concorso formale eterogeneo - nel § 52.2 StGB: «*Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht. Sie darf nicht milder sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen*».

³¹ E in questo senso sembra orientata anche la nostra giurisprudenza, seppure con orientamenti frammentari e scarsamente ragionati. Cfr. Cass. pen., sez. I., 27 giugno 2014, n. 31265 (rv. 261234), espressione di un orientamento ormai consolidato in tema di rapporti tra delitto di minaccia (reato speciale procedibile a querela) e contravvenzione di molestie (reato generale procedibile d'ufficio), per il quale se manca o è rimessa la querela si procede per le molestie, mentre queste rimangono assorbite se sussiste la condizione di procedibilità del reato più grave. V., inoltre, Cass. pen. Sez. V Sent., 30 ottobre 2017, n. 55807 (rv. 272004) in tema di atti persecutori e, ancora, in materia di violenza sessuale, Cass. pen., Sez. III, 29 gennaio 2008, n. 11263 (rv. 238523), avversata da Cass. pen. Sez. III, 14 ottobre 2009, n. 49958 (rv. 245871).

estesi ora a tutti criteri indicatori dell'apparenza, ora solamente a taluni di essi, come nell'ottica di chi in proposito distingue tra specialità e consunzione³². Intuitive ragioni ci costringono però ad arrestare a questo stadio l'analisi del tema e a concentrarci sulla sola ipotesi rilevante ai nostri fini: quella della specialità attributiva di un privilegio. Infatti, pur nella formale adesione al principio della combinazione, si respinge quasi unanimemente³³ l'idea che la norma generale possa tornare ad operare laddove comporti un trattamento più grave; e ciò anche da parte coloro i quali ammettono in altre ipotesi la sua reviviscenza³⁴. La ragione che induce a ritagliare una eccezione alla regola generale, sta nel fatto che altrimenti la residua applicazione della norma pretermessa implicherebbe la cancellazione del privilegio legale. Nel nostro caso, per esempio, estendere di sei mesi il termine di prescrizione del peculato militare, agganciandolo al massimo edittale del peculato comune, equivarrebbe *in parte qua* ad abolire il trattamento favorevole della figura speciale; e lo stesso deve dirsi con riguardo alla possibile applicazione della misura di sicurezza patrimoniale, da escludere non soltanto sulla base dell'alternativo e più agevole percorso del divieto di analogia³⁵.

Si deve pertanto concludere nel senso che la residua efficacia assegnata dalla Cassazione alla norma generale pretermessa non potrà costituire il pretesto per

³² Tra questi, in Italia, PAGLIARO, *Concorso di norme (voce)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 545 ss. *Contra* BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., p. 394, il quale nota che anche laddove la tipicità unitaria discenda da valutazioni di tipo sostanziale l'interprete deve prescindere dalle peculiarità dell'accadimento concreto e mantenersi sul piano dei rapporti tra norme.

³³ Solo BOCKELMANN, *nota a OLG Hamm 4 novembre 1952*, in *JuristenZeitung*, 1953, 8, 7-8, 233-235, (reperibile qui: www.jstor.org/stable/20802893) ammetteva la possibilità di applicare il principio della combinazione anche in tal caso, perlomeno qualora il privilegio si fosse tradotto in «un errore del legislatore»; infatti, ad avviso dell'A., dovrebbe essere permesso al giudice di correggere l'errore mediante l'applicazione della pena più grave: «*Führt die Spezialisierung zu einer sachwidrigen Privilegierung, so muß es erlaubt sein, den Fehler durch Rückgriff auf die Strafdrohung der generellen Norm zu korrigieren*». Si tratta, però, di una tesi inaccettabile che rimette al giudice il potere di sindacare le scelte del legislatore, oltretutto con inammissibili effetti *in malam partem*.

³⁴ Tra gli altri, MITSCH, *Gesetzeseinheit im Strafrecht*, in *Juristische Schulung*, 1993, 471 ss.

³⁵ Percorso seguito, ad es., da Cass. pen., sez. I, 1° luglio 2009, n. 26705. Deve peraltro rammentarsi che la Corte costituzionale (ord. 13 luglio 2000, n. 402) utilizzò il medesimo argomento in relazione ad una norma di favore come la circostanza attenuante prevista dall'art. 323-bis c.p. La ritenne infatti applicabile alle sole figure comuni espressamente nominate (quindi al peculato comune, non al peculato militare) e argomentò sulla base del fatto che comunque il peculato militare è punito con un minimo edittale inferiore rispetto al peculato comune (due anni al posto di tre, oggi divenuti quattro), determinandosi, così, un sostanziale allineamento tra le due fattispecie. Tutto ciò però sul presupposto che, in linea di principio, è da ritenersi ingiustificata ogni disparità di trattamento indotta da leggi sopravvenute che interessino soltanto il peculato comune e non anche la corrispondente figura militare.

ulteriori resurrezioni, consistendo essa stessa in una resurrezione indebita.

5. *Ora che succede?* Detto di ciò che non potrà succedere in punto di applicazione della legge sostanziale, si deve ora passare all'esame del possibile rimedio offerto per contestare l'errata pronuncia sulla giurisdizione da parte del Supremo Collegio.

Ma prima un chiarimento.

Sinora si è dato per scontato che, pur avendo la Corte Suprema sancito la giurisdizione del giudice ordinario, il procedimento avviato in relazione al peculato comune non possa sopravvivere per come derubricato.

La decisione della Cassazione, infatti, vincola il giudice ordinario sul capo relativo alla giurisdizione (art. 25 c.p.p.), ma lascia impregiudicata la possibilità di riqualificare il fatto da peculato comune in peculato militare. Riqualificazione imposta, nel caso in esame, proprio a causa del rapporto di specialità tra i due titoli convergenti e senza che la riconosciuta potestà del giudice ordinario possa impedire l'applicazione della figura speciale. Diversamente, la decisione della Corte spiegherebbe effetti sostanziali oltre che processuali, comportando – in contrasto l'art. 25 co. 2 Cost. – la disapplicazione *in malam partem* del peculato militare.

La disciplina della connessione mostra del resto come la corrispondenza del diritto militare con il suo giudice naturale possa, e in taluni casi anzi debba, essere spezzata. Se quindi l'eccezionale cognizione del giudice ordinario sulla materia militare costituisce l'esito fisiologico di determinate vicende, a maggior ragione essa deve essere affermata in situazioni patologiche, laddove, cioè, la Corte abbia attribuito la *potestas iudicandi* al giudice errato.

Il Tribunale ordinario potrà quindi applicare la legge militare senza incontrare pregiudiziali di sorta.

Ciò che invece non potrà più fare, quantomeno a ben intendere il nostro diritto positivo, è rimettere ancora in discussione la propria potestà contro il *dictum* della Suprema Corte.

L'art. 25 c.p.p. sancisce infatti chiaramente il c.d. principio di irretrattabilità del foro commissorio, in base al quale la Corte di cassazione decide sui conflitti di giurisdizione e di competenza con i caratteri della definitività e dell'inoppugnabilità.

L'effetto processuale è dunque irreversibile, persino in caso di modifiche normative nel riparto della giurisdizione le quali siano entrate in vigore prima della

pronuncia risolutiva del conflitto³⁶. Ciò significa che l'ordinamento ammette la possibilità di gravi errori nell'applicazione della legge processuale quale contropartita necessaria a salvaguardare gli interessi sottesi alla stabilità della decisione³⁷. Il sacrificio, del resto, non sembra eccessivo, non avendo la statuizione in parola riflessi sulla libertà personale, né su altri diritti individuali costituzionalmente garantiti.

Una deroga all'efficacia vincolante delle decisioni della Cassazione su tale questione finirebbe, al contrario, per attribuire all'organo individuato come competente il «potere di disattendere la determinazione solutoria del conflitto, dando vita, in tal modo, al possibile riprodursi di una inarrestabile serie di contrasti tale da cagionare una inammissibile stasi processuale, in aperto contrasto con più valori che la Carta fondamentale mira invece a preservare³⁸».

Unica eccezione a detto principio è quella espressamente prevista dall'art. 25 c.p.p., e cioè la sopravvenienza di nuovi fatti da cui derivi la modificazione della giurisdizione³⁹. Ma l'errore della sentenza in commento consiste in una errata interpretazione della disciplina vigente: non si tratta, dunque, né di un fatto - con tale nozione intendendosi una circostanza attinente alla vicenda storica oggetto del procedimento - né di una sopravvenienza - dal momento che, a diritto invariato, poteva giungersi all'interpretazione corretta anche all'epoca della emanazione della decisione.

La soluzione del problema che per completezza ci si è posti, appare in definitiva assai semplice, perché l'ordinamento non offre alcun rimedio per contestare la sentenza di legittimità che investa il giudice ordinario di un procedimento da attribuire invece al giudice militare. Detta sentenza, salvi i casi eccezionali di sopravvenienze rilevanti ex art. 25 c.p.p., ha infatti autorità di cosa giudicata, costringendo il giudice ordinario, pur avvedutosi dell'errore, ad accettare l'ingaggio senza ulteriori margini di sindacato.

³⁶ Da ultimo, Cass., Sez. I, 4 aprile 1997, n. 2504, in *Giust. pen.*, 1998, 3, 588.

³⁷ Cfr. con riferimento alla designazione ex art. 627 c.p.p., insuscettibile di revoca o modifica quand'anche risulti effettuata in violazione della legge, Cass., Sez. VI, 19 novembre 2015, n. 46812, in *Mass. Uff.*, n. 265516). Anche in tal caso si tratta di orientamento consolidato.

³⁸ Corte cost., ord., n. 222 del 1997. In senso conforme, Id., n. 294/1995.

³⁹ I «nuovi fatti» consistono, per giurisprudenza consolidata, in accadimenti storici - non anche in situazioni o qualificazioni giuridiche o mere valutazioni - che comportino una diversa definizione giuridica incidente sulla giurisdizione. In tal senso, ex multis, Cass., Sez. IV, 8 marzo 2018, n. 14709, in *Mass. Uff.*, n. 272597.

6. Conclusioni. Dall'analisi svolta si può trarre il seguente bilancio riassuntivo. L'esistenza stessa del diritto penale militare, come materia speciale rispetto al diritto penale comune, costituisce ancora, nonostante le perplessità che tale specialità incontra, la base fondante - e costituzionalmente fondata (art. 103 Cost.) - della giustizia militare. Primo generale criterio di riparto tra autorità ordinaria e autorità militare resta allora quello di specialità, riferito ovviamente alla fattispecie militare in contestazione.

La specialità che connota la materia implica peraltro la ricorrenza frequente di un concorso apparente di norme tutte le volte in cui la figura militare trovi corrispondenti nella legislazione comune (c.d. reati non esclusivamente militari). Ma tale evenienza non modifica in alcun modo i confini del riparto poiché, secondo il disposto di cui all'art. 15 c.p., la norma speciale prevale su quella generale e, dunque, la giurisdizione militare prevale su quella ordinaria. Né il concorso apparente può essere confuso con un caso di connessione rilevante ai sensi degli artt. 12 e 13 c.p.p. La connessione, infatti, presuppone quantomeno il concorso effettivo tra un reato militare e un reato comune, ciò che impone di stabilire quale dei due reati debba confluire nella giurisdizione dell'altro. Ma il concorso apparente è - per definizione - il contrario di un concorso effettivo: in tali casi va dunque sempre affermata la giurisdizione militare. Può accadere tuttavia che in un errore siffatto inciampi la Suprema Corte in sede di risoluzione di un conflitto di giurisdizione. L'errore sarà inemendabile: il giudice dichiarato erroneamente competente non potrà ribellarsi al *dictum* della Cassazione.

Quel giudice, tuttavia, rimarrà pur sempre libero di restaurare le ragioni della specialità, riquilificando il fatto ai sensi della fattispecie militare prevalente; mentre dovrà impedire qualunque residua applicazione della norma generale pretermessa, laddove ciò giustifichi un trattamento più sfavorevole.

MICHELE SPINA