

Indice

INTRODUZIONE	6
STRATIFICAZIONE NORMATIVA.....	10
 CAPITOLO I: L'ORDINE DELL'AUTORITÀ SECONDO L'ART. 51 C.P.	
1. Considerazioni generali	16
1.1. «Adempimento di un dovere» come causa di giustificazione.....	17
1.2. Le fonti del dovere	21
2. L'ordine dell'autorità	23
2.1. Ordine	23
2.2. Ordine della pubblica autorità.....	24
2.3. Ordine legittimo.....	25
3. L'ordine criminoso	27
3.1. La responsabilità del superiore.....	28
3.2. La corresponsabilità dell'esecutore	29
3.2.1. Errore di fatto sulla legittimità dell'ordine.....	30
3.2.2. Insindacabilità dell'ordine (rinvio).....	32
 CAPITOLO II: GERARCHIA, ORDINI E DOVERE DI OBEDIENZA	
1. Gerarchia e subordinazione.....	35
1.1. La disciplina prevista per gli impiegati civili dello Stato	39
1.1.1. Il diritto- dovere di rimostranza	39
1.1.2. La disobbedienza all'ordine criminoso. L'inesistenza di ordini criminosi insindacabili.....	42

1.2. La disciplina prevista per i militari	45
1.2.1. Doveri di obbedienza e reato di disobbedienza.....	45
1.2.2. La violazione della consegna	51
1.2.3. L'iniziativa	53
1.2.4. Ordini militari	53
2. Adempimento di un dovere nel diritto penale militare	58
2.1. L'art. 40 c.p.m.p	58
2.2. La riforma del 1978. Il recupero dell'art. 51 c.p. per la disciplina militare.....	61
 CAPITOLO III: L'ORDINE CRIMINOSO	
1. L'ordine illegittimo.....	63
2. La manifesta criminalità: limite alla scusabilità	
dell'errore di diritto penale	66
2.1. Il problema del criterio di determinazione della manifesta criminalità	68
2.2. La sindacabilità dell'ordine manifestamente criminoso con particolare riferimento al caso della scuola Diaz di Genova (Cass., Sez. V, 2 ottobre 2012, n. 38085)	71
2.3. L'ordine manifestamente criminoso e crimini di guerra	73
2.3.1. Gli eccidi delle Cave Ardeatine	74
2.3.2. Gli eccidi del 1944 lungo l'Appennino Tosco-Emiliano, le condanne del 2011.....	78
3. L'ordine criminoso come limite al dovere di obbedienza.....	79
4. La sindacabilità dell'ordine.....	83
4.1. L'ordine criminoso insindacabile	84
4.2. La questione della configurabilità di ordini criminali insindacabili	88
4.3. L'ordine illegittimo confermato.....	93
4.4. La sindacabilità dell'ordine criminoso al vaglio dei principi costituzionali.....	94

CAPITOLO IV: RILIEVI CRITICI

1. L'evoluzione storica della natura dell'ordinamento militare	96
2. Esigenze di superamento della dottrina tradizionale.	
Il rapporto di subordinazione tra coscienza del subordinato	
e obbedienza all'ordine dell'autorità	100
3. Personalità della responsabilità penale	102
4. Rilievi critici sulla normativa attuale.....	104
 BIBLIOGRAFIA.....	 109

Introduzione

Il sistema penale italiano, nel disciplinare e perseguire l'orientamento delle condotte umane tese a ledere un bene giuridicamente tutelato, prevede le c.d. cause di giustificazione, ossia circostanze in cui, pur verificandosi un fatto corrispondente ad una fattispecie incriminatrice, il reato non si configura.

Si tratta di ipotesi circostanziate, individuate nel nostro codice penale.

Una di tali ipotesi è contenuta e trova la sua disciplina nell'articolo 51 del codice penale, il quale contempla l'esclusione della punibilità quando l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere sia imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità.

Ebbene, nell'analizzare tale previsione normativa, il presente elaborato si pone come obiettivo quello di rivolgere particolare attenzione e quindi realizzare un'indagine approfondita sullo strumento che permette all'amministrazione pubblica e, in particolare, a quella della difesa, di ottemperare ai propri compiti istituzionali con efficienza ed imparzialità: la struttura ordine-obbedienza e le norme che ne regolano i presupposti ed il contenuto.

Più nello specifico, lo studio ha ad oggetto l'analisi dell'istituto dell'ordine dell'autorità, da un lato, proprio alla luce della disciplina dettata dal richiamato art. 51 del Codice Penale, che configura la scriminante generica "Adempimento di un dovere" e, dall'altro lato, del meccanismo della gerarchia e subordinazione, istituzionalizzato all'interno delle Forze Armate e di Polizia.

In sostanza, obiettivo principe è quello di riuscire ad offrire, attraverso una approfondita ricerca dottrinale e giurisprudenziale, un quadro quanto più esaustivo possibile del complesso istituto dell'ordine del superiore, sotto un duplice profilo: la sua collocazione entro la scriminante dell'adempimento di un dovere, e il suo ruolo nell'ordinamento militare e in particolare nel diritto penale militare.

In merito all'applicazione della causa di giustificazione *ex art. 51 c.p.*, essa è ammessa sulla base di un ordine legittimo, cioè di un atto amministrativo emanato nel rispetto delle norme giuridiche che lo regolano. Tale tipologia di ordine è fisiologica al sistema e non solleva particolari dubbi interpretativi.

L'aspetto patologico della materia è, invece, rappresentato dall'ordine criminoso. Quest'ultimo va inquadrato tra le categorie dell'ordine illegittimo.

In tale ambito, quando la commissione di un reato sia diretta conseguenza dell'esecuzione di un ordine illegittimo (quindi criminoso), il quadro delle responsabilità penali connesse alla commissione dell'illecito coinvolgerà più soggetti: ossia il superiore che ha impartito l'ordine e il subordinato che lo ha eseguito.

Tale regola generale, con espresso riferimento alle sorti dell'esecutore dell'ordine illegittimo, viene tuttavia mitigata nel caso di errore di fatto sulla legittimità dell'ordine e in quello della insindacabilità dell'ordine ricevuto.

Proprio quest'ultima ipotesi ha dato luogo a maggiori incertezze, relativamente ai limiti dell'insindacabilità e all'individuazione delle categorie di subordinati a cui essa si riferisce.

Infatti, come verrà più volte precisato nel corso della trattazione, la complessa struttura della normativa vigente ha dato origine ad una serie di questioni interpretative. E così, se ad una prima lettura essa può sembrare perfettamente ragionevole, in realtà numerosi sono gli interrogativi ancora aperti.

Sul punto sopracitato, si può generalmente affermare che l'insieme delle regole (legislative e regolamentari) previste per l'ipotesi di ordini criminali impartiti agli impiegati civili dello stato e il connesso istituto della rimostranza risultano essere tendenzialmente lineari. In tale contesto è pacificamente accertata l'inesistenza di ordini criminali insindacabili.

Molto più complessa e articolata è invece la situazione nell'ambito dell'ordinamento militare e del diritto penale militare.

È proprio in tale sede che la casistica riporta un'ampia percentuale di situazioni in cui gli ordini criminali si manifestano, al contrario dell'ambito civile, come

insindacabili e vincolanti. Proprio tale circostanza ha indotto il giurista Giuseppe Bettiol a definire questa tipologia di ordini come «un'apparizione molto strana nel campo del diritto»¹.

Particolare attenzione sarà dedicata, inoltre, all'organizzazione militare, la quale, con i suoi caratteri di specialità, presenta una normativa più farraginoso. Il risultato esplorativo cui si giunge, infatti, pone in evidenza una certa disarmonia tra le norme vigenti.

La disciplina in questione si inserisce comunque nel contesto dell'organizzazione della Pubblica amministrazione, che, oggi, non è più la macchina dell'obbedienza². Si osserva, infatti, una progressiva trasformazione della normativa: un passaggio da un sistema che prevede uno stretto obbligo di obbedienza e una connessa irresponsabilità per tutti i comportamenti che discendono dal rispetto di essa (si tratta del c.d. sistema del “soldato macchina”), ad una più articolata struttura, che prevede un'obbedienza integrata da un giudizio sulla legittimità degli ordini.

Nell'ambito di tale organizzazione, bisogna poi considerare che il personale appartenente alle Forze Armate, oltre a dovere rispettare le norme proprie della società comune, è sottoposto anche alle norme speciali, tipiche del ruolo svolto.

L'ordinamento militare è costituito, infatti, da una serie di principi e regole contenuti nel Codice penale militare di guerra, nel Codice penale militare di pace, nel Codice dell'ordinamento militare e nel Testo unico dell'ordinamento militare, nonché in alcune leggi speciali e in norme consuetudinarie.

Particolare si presenta anche l'organizzazione interna delle Forze Armate. La peculiarità della sua struttura risponde alla necessità di garantire il rispetto delle fondamentali esigenze di unità, di direzione e di comando, che caratterizzano il sistema militare. A tal fine il modello organizzativo delle Forze Armate ha

¹ PROVOLO D., *Coscienza del giudice e obbedienza alla legge, coscienza del subordinato e obbedienza all'ordine dell'autorità*, in *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del “Problema penale” nel trentesimo dall'ultima Lezione di Giuseppe Bettiol*, a cura di RIONDATO S., Padova, 2012, pp. 133- 145.

² CASSESE S., *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, pp. 27 ss.

improntato la sua compagine al sistema della gerarchia. Si tratta di una struttura piramidale che permette di ben delineare i diversi livelli di responsabilità dei soggetti secondo un criterio decrescente: dal grado più alto della carriera al militare semplice. Al rispetto di tale sistema gerarchico è improntata tutta la vita del consorzio militare, con evidenti ripercussioni anche nei rapporti interpersonali dei soggetti appartenenti allo stesso³.

Alla luce di ciò, è evidente che il momento autoritativo rappresenta un dato caratterizzante ed imprescindibile dell'intero sistema.

È in questo contesto che si inserisce anche il processo di c.d. democratizzazione delle Forze Armate (l. 328/78), cioè il fenomeno di ravvicinamento dello *status militis* a quello dei cittadini, che ci invita a un ripensamento sul ruolo che oggi il militare e la sua organizzazione assumono.

Pertanto, la disciplina militare va intesa come disciplina volta ad insegnare che il sistema militare si concretizza in un'organizzazione improntata alla fedeltà e ispirazione della legge e dei fondamentali valori della Costituzione democratica. Vanno esaltati i requisiti di credibilità e di stretta connessione alla società civile che caratterizzano il sistema e la disciplina militare. In tal modo contrastando la percezione di una struttura volta all'insegnamento di teorie addestrative che trovano il loro principio cardine in un mero autoritarismo fine a se stesso, da accettare *sic et simpliciter*, senza spiegazioni né riserve.

³ FORTE B. – IAFRATE C., *Il cittadino militare. Principi costituzionali e ordinamento militare*, Roma, 2000, p. 113.

Stratificazione normativa

«Non è agevole tracciare il confine tra ordine legittimo e ordine illegittimo. Quando si prova a segnare questa linea di demarcazione, anche solo sul piano normativo, subentrano numerosi elementi di complicazione. Infatti, il panorama normativo di riferimento è costituito da norme scarsamente coordinate e differenti per grado di forza, stratificatesi nel corso del tempo»⁴.

REGIO DECRETO 19 OTTOBRE 1930 n. 1398, Codice Penale

- **Art. 51 c.p.** (Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere): «L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità. - Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. - Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo. - **Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine**».

REGIO DECRETO 20 FEBBRAIO 1941 n. 303, Codice Penale Militare di Pace

- **Art. 40 c.p.m.p.** (Adempimento di un dovere): «Per i militari, in luogo dell'art. 51 del codice penale, si applicano le disposizioni dei commi seguenti. – L'adempimento di un dovere, imposto da una norma giuridica o da un ordine del superiore o di altra Autorità competente, esclude la punibilità. – Se un

⁴ GUARDIA DI FINANZA, COMANDO OPERATIVO AERONAVALE, Cobar, *Le interferenze sul benessere del personale dovute alla stratificazione nel tempo di norme militari di rango diverso*, Delibera n. 01/06/XI, Taranto, 2013.

fatto costituente reato è commesso per ordine del superiore o di altra Autorità, del reato risponde sempre chi ha dato ordine. – Nel caso preveduto dal comma precedente, risponde del fatto anche il militare che ha eseguito l'ordine, quando l'esecuzione di questo costituisce manifestamente reato».

Abrogato dall'art. 22 L. 11 luglio 1978 n. 382.

- **Art. 38 c.p.m.p.** (Trasgressione disciplinare): «Le violazioni dei doveri del servizio e della disciplina militare, non costituenti reato, sono previste dalla legge ovvero dai regolamenti militari approvati con decreto del Presidente della Repubblica, e sono punite con le sanzioni in essi stabilite».
- **Art. 173 c.p.m.p.** (Nozione del reato e circostanza aggravante): «Il militare che rifiuta, omette o ritarda di obbedire ad un ordine attinente al servizio o alla disciplina, intimatogli da un superiore, è punito con la reclusione militare fino a un anno. – Se il fatto è commesso in servizio, ovvero a bordo di una nave o di un aeromobile, la reclusione militare è da sei mesi ad un anno; e può estendersi fino a cinque anni, se il fatto è commesso in occasione d'incendio o epidemia o in altra circostanza di grave pericolo».

LEGGE 11 LUGLIO 1978 n. 382, Norme di Principio sulla Disciplina Militare

- **Art. 4:** «L'assoluta fedeltà alle istituzioni repubblicane è il fondamento dei doveri del militare. - Il militare osserva con senso di responsabilità e consapevole partecipazione tutte le norme attinenti alla disciplina ed ai rapporti gerarchici. - Deve essere sempre garantita nei rapporti personali la pari dignità di tutti i militari. - Gli ordini devono, conformemente alle norme in vigore, attenere alla disciplina, riguardante il servizio e non eccedere i compiti di istituto. - Il militare al quale viene impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare ai più presto i superiori».

Sostituito dall'art. 1349 D. Lgs. 66/2010.

DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 11 LUGLIO 1986 n. 545,

Regolamento di Disciplina Militare

- **Art. 23 R.D.M.** (Emanazione di ordini): «Gli ordini, emanati in conformità e nei casi previsti dalla legge, devono essere formulati con chiarezza in modo che non possa nascere dubbio od esitazione in chi li riceve. - Soltanto quando lo impongono imprescindibili esigenze connesse con il servizio il superiore può emanare ordini in deroga alle disposizioni di servizio, dandone tempestiva comunicazione all'autorità che ha emanato le disposizioni derogate. - Il superiore, qualora debba impartire un ordine ad un militare non direttamente dipendente, deve rivolgersi all'autorità da cui questi dipende, salvo casi urgenti in cui ha facoltà di agire direttamente, riferendo immediatamente all'autorità suddetta. In tale caso egli deve farsi riconoscere e specificare, se necessario, l'incarico ricoperto».

Sostituito dall'art. 727 DPR. 90/2010.

- **Art. 25 comma 2 R.D.M.** (Esecuzione di ordini): «Il militare deve eseguire gli ordini ricevuti con prontezza, senso di responsabilità ed esattezza, nei limiti delle relative norme di legge e di regolamento, nonché osservando scrupolosamente le specifiche consegne e le disposizioni di servizio. In particolare egli deve: a) astenersi da ogni osservazione, tranne quelle eventualmente necessarie per la corretta esecuzione di quanto ordinato; b) obbedire all'ordine ricevuto da un superiore dal quale non dipende direttamente, informandone quanto prima il superiore diretto; c) far presente, ove sussista, l'esistenza di contrasto con l'ordine ricevuto da altro superiore; obbedire al nuovo ordine ed informare, appena possibile, il superiore dal quale aveva ricevuto il precedente ordine. - Il militare al quale venga impartito un ordine che non ritenga conforme alle norme in vigore deve, con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni, ed è tenuto ad eseguirlo se l'ordine è confermato. Secondo quanto disposto dalle norme di principio, il militare al quale viene impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni

dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine ed informare al più presto i superiori».

Sostituito dall'art. 729 DPR. 90/2010.

- **N. 15 dell'allegato "C"** al R.D.M. tipizza quale fattispecie di violazione disciplinare punibile con la consegna di rigore l'«emanazione di un dovere non attinente alla disciplina o non riguardante il servizio, o eccedente i compiti di istituto».

Sostituito dall'art. 751 punto 15 DPR. 90/2010.

DECRETO LEGISLATIVO 15 MARZO 2010 n. 66, Codice dell'Ordinamento Militare

- **Art. 1346 C.O.M.** (Disciplina militare): «La disciplina del militare è l'osservanza consapevole delle norme attinenti allo stato di militare in relazione ai compiti istituzionali delle Forze armate e alle esigenze che ne derivano. Essa è regola fondamentale per i cittadini alle armi in quanto costituisce il principale fattore di coesione e di efficienza. - Per il conseguimento e il mantenimento della disciplina sono determinate le posizioni reciproche del superiore e dell'inferiore, le loro funzioni, i loro compiti e le loro responsabilità. Da ciò discendono il principio di gerarchia e quindi il rapporto di subordinazione e il dovere dell'obbedienza. - Il militare osserva con senso di responsabilità e consapevole partecipazione tutte le norme attinenti alla disciplina e ai rapporti gerarchici. Nella disciplina tutti sono uguali di fronte al dovere e al pericolo».
- **Art. 1347 C.O.M.** (Obbedienza): «L'obbedienza consiste nella esecuzione pronta, rispettosa e leale degli ordini attinenti al servizio e alla disciplina, in conformità al giuramento prestato. - Il dovere dell'obbedienza è assoluto, salvo i limiti posti dall' articolo 1349, comma 2 e dall'articolo 729 del regolamento».
- **Art. 1348 C.O.M.** (Dovere di fedeltà): «L'assoluta fedeltà alle istituzioni repubblicane è il fondamento dei doveri del militare. - Il comportamento dei

militari nei confronti delle istituzioni democratiche deve essere improntato a principi di scrupolosa fedeltà alla Costituzione repubblicana e alle ragioni di sicurezza dello Stato».

- **Art. 1349 C.O.M.** (Ordini militari): «Gli ordini devono, conformemente alle norme in vigore, attenere alla disciplina, riguardare le modalità del servizio e non eccedere i compiti di istituto. – Il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i superiori. – Agli ordini militari non si applicano i capi I, III, e IV della legge 7 agosto 1990, n. 241».

DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 15 MARZO 2010 n. 90 Testo Unico dell'Ordinamento Militare

- **Art. 727 T.U.O.M.** (Emanazione di ordini): «Gli ordini, emanati in conformità e nei casi previsti dal codice, devono essere formulati con chiarezza in modo da evitare dubbi o esitazione in chi li riceve. - Soltanto quando lo impongono imprescindibili esigenze connesse con il servizio il superiore può emanare ordini in deroga alle disposizioni di servizio, dandone tempestiva comunicazione all'autorità che ha emanato le disposizioni derogate. - Il superiore, se deve impartire un ordine a un militare non direttamente dipendente, si rivolge all'autorità da cui questi dipende, salvo casi urgenti in cui ha facoltà di agire direttamente, riferendo immediatamente all'autorità suddetta. In tale caso egli deve farsi riconoscere e specificare, se necessario, l'incarico ricoperto».
- **Art. 729 comma 2 T.U.O.M** (Esecuzione di ordini): «Il militare deve eseguire gli ordini ricevuti con prontezza, senso di responsabilità ed esattezza, nei limiti stabiliti dal codice e dal regolamento, nonché osservando scrupolosamente le specifiche consegne e le disposizioni di servizio. In particolare egli deve: a) astenersi da ogni osservazione, tranne quelle eventualmente necessarie per la

corretta esecuzione di quanto ordinato; b) obbedire all'ordine ricevuto da un superiore dal quale non dipende direttamente, informandone quanto prima il superiore diretto; c) far presente, se sussiste, l'esistenza di contrasto con l'ordine ricevuto da altro superiore; obbedire al nuovo ordine e informare, appena possibile, il superiore dal quale aveva ricevuto il precedente ordine. - Il militare al quale è impartito un ordine che non ritiene conforme alle norme in vigore deve, con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni, ed è tenuto a eseguirlo se l'ordine è confermato. Secondo quanto disposto dalle norme del codice, il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e informare al più presto i superiori».

- **Art. 751 punto 15 T.U.O.M.:** tipizza quale fattispecie di violazione disciplinare punibile con la consegna di rigore la «Emanazione di un ordine non attinente alla disciplina o non riguardante il servizio, o eccedente i compiti di istituto».

Capitolo I

L'ordine dell'autorità secondo l'art. 51 c.p.

1. *Considerazioni generali*

Perché venga a sostanzarsi un'ipotesi di reato, strettamente necessaria è la coesistenza di tre presupposti: l'aver commesso una condotta tipicamente prevista dalla legge come fattispecie astratta di reato, la configurabilità del fatto come antigiusuridico e la colpevolezza, cioè l'imputazione soggettiva del fatto.

Tuttavia, anche sussistendo tutti i requisiti citati, qualora si sia in presenza di un'esimente, il fatto commesso non si configurerà come fattispecie di reato.

In tale contesto, si può inserire la tematica dell'adempimento di un dovere, disciplinata dall'articolo 51 del codice penale.

L'accertamento delle vicende dottrinali e giurisprudenziali che hanno portato all'evoluzione della materia della causa di giustificazione dell'*esecuzione dell'ordine dell'autorità* rappresenta il punto di partenza per l'osservazione valutativa di numerosi istituti di diritto penale generale. Infatti, «il problema dell'esecuzione dell'ordine si è presentato, da sempre, nella storia, perché esso è coevo con il nascere di ogni aggregato sociale e la sua soluzione dipende dall'angolo di visuale da cui si considerano in un determinato momento storico i rapporti tra l'autorità del gruppo sociale e la libertà del singolo individuo⁵».

Seppure il nodo centrale dell'intera disamina sarà quello relativo al dubbio circa la rilevanza penalistica dell'adempimento dell'ordine illegittimo, in quanto criminoso⁶, un esaustivo approfondimento, comma per comma, dell'articolo 51 del codice penale vigente (disposizione che ha permesso l'accesso all'interno

⁵ BETTIOL G., *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Milano, società editrice "Vita e pensiero", 1934.

⁶ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità*, Padova, CEDAM, 2011, p. 2.

dell'ordinamento penale italiano della distinzione tra ordine legittimo e ordine illegittimo) sembra essere un presupposto ineludibile per un efficace inquadramento della fattispecie dell'esecuzione dell'ordine criminoso e della sua rilevanza ai fini della deroga della responsabilità; ragion per cui l'indagine svolta avrà anche di mira l'analisi del suddetto articolo.

1.1 «Adempimento di un dovere» come causa di giustificazione

Il Codice Penale afferma all'art. 51 che «l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere, imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità». Esito di tale previsione normativa è che l'adempimento del dovere rappresenta nel diritto penale italiano una causa di giustificazione, o per meglio dire, «una causa di liceità dell'azione»⁷. La presenza di questa causa, infatti, influisce sull'antigiuridicità della condotta, in quanto il comportamento del soggetto agente, nonostante la sua equivalenza ad un modello tipico di reato, risulta lecito, addirittura doveroso.

La *ratio* della disposizione in commento è evidente. Premesso che il reato è un fatto illecito, mentre l'azione doverosa è, al contrario, il prototipo del fatto lecito, ne risulta che i due concetti sono assolutamente inconciliabili tra loro⁸. L'ipotesi in esame (l'adempimento del dovere) è la conferma di tale assunto, in quanto l'efficacia scriminante presuppone un dovere, consistente nella realizzazione del fatto concreto coincidente con un modello di reato. Essa è espressione dell'esigenza di razionalità dell'ordinamento giuridico, che verrebbe meno qualora questo concedesse la facoltà di agire, e al tempo stesso sanzionasse penalmente l'azione: «non è razionalmente pensabile che uno stesso ordinamento giuridico imponga ad un soggetto un obbligo di agire o di non agire, e contemporaneamente gli minacci una sanzione per il caso in cui agisca o non

⁷ DELITALA G., *Adempimento di un dovere*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, p. 567.

⁸ *Ibidem*.

agisca»⁹. Come è stato osservato¹⁰, «se l'agire concreta un illecito, il non agire deve essere lecito, e viceversa». La ragione che sostiene tale orientamento sarebbe da rinvenire nella necessità di evitare che il soggetto sia posto in una situazione di c.d. "*conflitto di doveri*": da un lato il dovere di attuare il comportamento imposto, dall'altro il dovere di astenersi da tale comportamento, per evitare di porre in essere una violazione della legge penale. I due doveri sono incompatibili: il rispetto dell'uno comporterebbe logicamente la violazione dell'altro¹¹.

Considerata l'ovvietà del fine cui l'istituto della scriminante in questione tende, cioè quello che l'ordinamento giuridico non cada in contraddizione con se stesso, è anche facilmente intuibile come il riferimento al principio di non contraddizione, secondo cui «ciò che è dovere non può essere reato¹²», non basta per risolvere il problema sottostante dell'identificazione dei criteri utili a dirimere il conflitto tra norma incriminatrice e norma impositiva¹³.

Quando, allora, due norme appaiono astrattamente riferibili ad uno stesso fatto, come si individua la norma applicabile?

I criteri alla cui stregua definire il rapporto fra norma autorizzativa e norma incriminatrice sono genericamente indicati da una parte della dottrina¹⁴ nei classici criteri di risoluzione dei conflitti tra norme: gerarchia delle fonti, successione nel tempo, principio di specialità¹⁵.

Questa tesi rispecchierebbe l'assunto secondo cui non si può ritenere che con la codificazione della norma in esame il legislatore abbia scelto di effettuare un bilanciamento tra l'interesse alla non lesione di beni giuridici penalmente protetti e l'interesse all'attuazione della volontà statuale, in particolare, dando

⁹ Ivi.

¹⁰ Ivi.

¹¹ VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, Giuffrè Editore, 2000.

¹² PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 25.

¹³ MANTOVANI F., *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, 1966, p. 629; PULITANO D., *Esercizio di un diritto e adempimenti di un dovere*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV, Torino, 1990, pp. 320-331.

¹⁴ *Ibidem*, p. 324.

¹⁵ MANTOVANI F., *Esercizio del diritto*, cit., p. 243.

preferenza al secondo. Dinanzi ad un contrasto tra norma incriminatrice e norma di liceità, graverebbe sull'interprete il dovere di trovare all'interno del sistema giuridico i criteri di risoluzione della questione, che genericamente possiamo definire come quella delle c.d. antinomie giuridiche. L'efficacia scriminante sarebbe desumibile dal tipo di rapporto tra la norma impositiva del dovere e quella incriminatrice¹⁶: «nei casi in cui la norma sul dovere e quella penale appaiano riferirsi ad un medesimo fatto, l'una imponendolo e l'altra vietandolo, solo una di esse sarà in realtà applicabile»¹⁷.

Altra parte della dottrina¹⁸ contesta, invece, che debba trovare applicazione lo schema del concorso apparente di norme (art. 15 c.p.) e del principio di specialità, argomentando, innanzitutto, che bisogna tener conto che secondo le regole poste dal legislatore, qualora ci sia un conflitto apparente di norme, si deve applicare una tra le due norme con totale esclusione dell'altra; mentre nel caso dell'art. 51 c.p. entrambe le norme concorrono a qualificare un fatto tipico scriminato.

Pertanto, questa impostazione sottolinea l'opportunità di alludere al “principio del bilanciamento di interessi”; per cui, se si ragionasse in tali termini, la scriminante in parola permetterebbe di accordare prevalenza all'interesse all'adempimento di determinati doveri (cioè all'attuazione della volontà statuale, espressa in comandi giuridici)¹⁹, rispetto ad un altro interesse normalmente oggetto di protezione della norma penale²⁰. Ne deriverebbe che l'art. 51 c.p.

¹⁶ MANTOVANI F., *Diritto Penale*, Padova, CEDAM, 2009 p. 238.

¹⁷ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 26.

¹⁸ ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale, Artt. 1- 84*, Milano, Giuffrè Editore, 2004.

¹⁹ In tal senso PADOVANI T., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 145.

²⁰ La giurisprudenza (secondo cui, in tema di adempimento di un dovere imposto da un ordine legittimo, è sempre necessario, al fine di accertare l'effettiva sussistenza della esclusione dell'antigiuridicità del fatto, compiere, in concreto, un giudizio di bilanciamento tra il bene protetto dalla norma incriminatrice e la finalità cui mira la causa di giustificazione) non ha ritenuto scriminata la condotta di un agente appartenente alle forze di polizia che, nell'ambito dell'ampio margine di discrezionalità a lui riconosciuto dall'ordine di recarsi “con urgenza” in un determinato luogo, pur avendo attivato dispositivi lampeggianti ed acustici, ha cagionato lesioni a terze persone in conseguenza della sua condotta di guida, tenuta in violazione di norme del codice della strada e dell'obbligo generico di rispettare le regole imposte dalla prudenza (Cass., 7 novembre 2002, n. 3973, Garzia).

rivela una preferenza, alla stregua del bilanciamento di interessi contrapposti, per l'interesse all'attuazione di certi comandi giuridici.

In conclusione, appare corretto dire che per la definizione del contrasto tra norme, creato dalla convergenza (relativamente alla fattispecie concreta) di una norma incriminatrice e di una norma impositiva di un dovere, l'interprete possiede i criteri ermeneutici di gerarchia, specialità e posteriorità²¹. Tuttavia, essi costituiscono meri ausili per la ricostruzione della *voluntas legis* nel caso di specie, alla cui determinazione il giudice potrà giungere tramite diversi percorsi esegetici, tra cui rientra anche l'impiego del criterio del bilanciamento degli interessi²².

Infine, è interessante ribadire che l'obiettivo che ha spinto la scelta del legislatore è stato quello di individuare un elemento che privasse di antigiuridicità un comportamento che, se posto in essere in un differente contesto, sostanzierebbe la commissione di un reato ed eventualmente porterebbe all'affermazione di responsabilità penale dell'agente.

La regola quindi è quella dell'applicazione di tale causa di giustificazione solo a precise, verificate e rigorose condizioni (*carattere di eccezionalità*).

La disposizione in esame non cancella, sul piano puramente ontologico, l'esistenza di un fatto umano (commissivo o omissivo) al quale l'ordinamento giuridico connette una sanzione penale, sulla base del fatto che tale comportamento sia stato qualificato antigiuridico, in quanto sostanzia un'offesa a un bene della vita o un insieme di beni tutelati da una norma incriminatrice. Al contrario, con la norma in commento ci si propone semplicemente di escludere la punibilità dell'autore del fatto, sotto il profilo penale.

²¹ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 28.

²² VIGANÒ F., sub *art. 51*, in DOLCINI E.- MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, Vol. I, Milano, IPSOA, 2011, p. 740.

1.2 Le fonti del dovere

La **giuridicità** è la caratteristica indefettibile che il dovere giustificante deve possedere. Il dovere in questione non può che essere, quindi, un dovere giuridico, cioè un obbligo imposto dall'ordinamento, per cui l'esecuzione di un dovere morale o di convenienza sociale non si sostanzierà in causa di giustificazione. Ciò è quanto espresso dalla giurisprudenza²³, la quale ha escluso che il dovere civico, quale obbligo morale, possa rientrare nella categoria di quei particolari doveri imposti da una norma giuridica *ex art. 51 c.p.*²⁴.

Nel disciplinare la presente fattispecie, che concerne essenzialmente i rapporti di subordinazione di diritto pubblico, la disposizione in esame distingue tra due ipotesi. In particolare, l'art. 51 c.p. specifica che il dovere, il cui adempimento ha efficacia scriminante, può derivare da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità. È l'ordine legittimo della Pubblica autorità la fonte che rileva ai fini della presente indagine sul problema della responsabilità penale per l'esecuzione dell'ordine del superiore.

Ad ogni modo, come detto, la prima fonte del dovere è la **norma giuridica**.

Nella nozione di "norma giuridica" rientrano, senza dubbio, le leggi formali emanate dal parlamento (artt. 70-74 Cost.) e gli atti aventi forza di legge (artt. 76 e 77 Cost).

Si dibatte in dottrina se la fonte impositiva, nel rispetto del principio di legalità, debba essere solo la legge statale o atto ad essa equiparato oppure se possano essere anche la legge regionale, il regolamento o la consuetudine.

Controversa, quindi, risulta la questione in merito all'efficacia scriminante delle fonti regionali, qualificabili come fonti non statali.

La legge regionale è notoriamente una fonte di rango primario e, per tale motivo, abilitata a conferire ai soggetti facoltà in grado di produrre un effetto

²³ Cass. Pen., sez. V, 15 novembre 1968.

²⁴ Cass., Sez. Un., 28. 11. 1981, Emiliani e a., in *Foro it.*, 1982, II, 359, nella quale si esclude la configurabilità dell'esimente nei confronti di un alto funzionario del SISDE, il quale aveva violato il segreto di ufficio nella convinzione di assolvere a tutti i compiti informativi e di sicurezza necessari per la difesa dello Stato democratico.

giustificante dinanzi a norme incriminatrici statali. Tuttavia, nel caso in analisi, l'attribuzione di poteri scriminanti in capo alle Regioni, potrebbe compromettere l'unitarietà dell'ordinamento giuridico e neutralizzare le politiche criminali perseguite dal parlamento nazionale. Infatti, ipotesi affatto eccezionali sono quelle di rapporti di divergenza tra le politiche criminali regionali e quelle nazionali²⁵.

Con la riforma del titolo V della Costituzione, con L. 3/2001, è stata accolta la distinzione tra materie assoggettate alla legislazione esclusiva dello Stato, materie di legislazione concorrente e materie soggette alla legislazione esclusiva delle Regioni. I dubbi, naturalmente, si pongono solo in relazione alla disciplina delle materie di legislazione concorrente, per le quali l'art. 117. 2 Cost, stabilisce una riserva di legge statale circa i principi fondamentali di riferimento. Allora, quando l'organo statale emana in tali materie una disposizione incrimnatrice, la natura penale di tali norme attribuisce loro funzione di determinare i principi fondamentali della disciplina, rendendole non derogabili dalla norma regionale attributiva di facoltà²⁶.

Pertanto, la soluzione negativa rispetto alla questione sopra esposta sembra oggi discendere dal riparto di competenze tra Stato e Regioni, operato dall'art. 117 della Costituzione²⁷.

Per quanto concerne poi le fonti secondarie, si ritiene ammissibile che un diritto o un dovere scriminanti possano trovare la loro legittimazione in atti subordinati alla legge, purché i regolamenti esecutivi siano conformi alla fonte primaria (obbedendo alle regole sulla produzione giuridica proprie dello specifico settore normativo di cui si tratta) e le consuetudini siano *secundum legem*. Non sembra, infatti, condivisibile la posizione secondo la quale risulta necessaria la mediazione di una fonte legislativa o atto equiparato, per far sì che il diritto-

²⁵ PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, 2013, V ed., pp. 382.

²⁶ *Ibidem*. Le argomentazioni descritte sono confermate anche dalla Corte costituzionale nella sentenza 24 giugno 2004 n. 185.

²⁷ GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 760-761.

dovere possa produrre l'effetto giustificante. Inoltre l'art. 51 c.p., nel riconoscere efficacia scriminante all'ordine legittimo della pubblica autorità, ammette implicitamente che il dovere scriminante possa promanare da una fonte secondaria²⁸.

2. L'ordine dell'autorità

2.1 Ordine

Il dovere, in secondo luogo, può essere imposto da un ordine dell'autorità.

L'ordine è un comando, una manifestazione di volontà che ha come contenuto l'imposizione di una determinata condotta (positiva o omissiva), giustificato da una potestà²⁹. In particolare, la fonte da cui l'ordine trae la propria legittimazione è la legge (la norma giuridica stessa)³⁰ «che autorizza un soggetto a porre il comando, ed obbliga un altro soggetto ad eseguirlo sotto minaccia di una sanzione»³¹.

L'ordine presuppone, pertanto, un rapporto di soggezione particolare, permanente o meno.

La potestà che autorizza il soggetto all'emanazione di un ordine, che giustifica la condotta del subordinato, deve essere pubblica. L'ordine rientra, di conseguenza, tra gli atti amministrativi; è un atto di volontà posto in essere da una Pubblica Amministrazione. Esso è compreso, in particolare, nella categoria dei provvedimenti: atti autoritativi tipici e nominati, preordinati alla realizzazione di interessi specifici affidati alle cure dell'Amministrazione.

L'ordine può imporre obblighi positivi (di fare) o negativi (di non fare) e quindi potrà consistere in un comando oppure in un divieto.

²⁸ Ivi.

²⁹ DELITALA G., *Adempimento di un dovere*, cit., p. 569.

³⁰ PULITANÒ D., *Esercizio di un diritto*, cit., vi è chi teme (ROMANO M.) che la bipartizione operata dall'art. 51 possa risultare fuorviante circa la riconducibilità di ogni dovere alla norma giuridica.

³¹ BETTIOL G., *L'ordine dell'autorità*, cit., p. 125 s.

2.2 Ordine della pubblica autorità

Come detto, l'ordine consiste in una manifestazione di volontà che un superiore rivolge ad un subordinato, in vista del compimento di una data condotta. Il rapporto supremazia-subordinazione, che giustifica la potestà di comando che rileva ai fini dell'applicabilità dell'art. 51 co. 1 c.p., può definirsi come generale o speciale, a seconda che si riferisca alla collettività (ad es. l'ordine di polizia) oppure ad uno o più soggetti legati alla P.A. da un rapporto di dipendenza (ordine gerarchico)³².

Bisogna, inoltre, precisare che il rapporto che viene in considerazione ai fini della scriminante è esclusivamente quello di natura pubblicistica, a nulla rilevando l'adempimento di obblighi che si inquadrano in rapporti privati, come da espresso richiamo dello stesso articolo 51 c.p.

Nell'ambito dei c.d. ordini privati, emanati cioè in forza di un rapporto di subordinazione gerarchica di diritto privato (come nell'ambito del rapporto di lavoro nell'impresa privata), non può avere cittadinanza la scriminante dell'adempimento del dovere³³. Infatti, è principio generale dell'ordinamento che «chi abbia tenuto, su altrui istigazione, un comportamento penalmente illecito, incorra in responsabilità insieme all'istigatore o al mandante»³⁴. La

³² BETTIOL G., *L'ordine dell'autorità*, cit., p. 128; DELITALA G., *Adempimento di un dovere*, cit., p. 570; PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 36.

³³ Il potere ordinatorio di natura privatistica non è idoneo a realizzare la volontà dello Stato, alle cui leggi deve invece essere rigorosamente sottoposto. Sull'inefficacia scriminante dell'ordine impartito da un datore di lavoro privato, v. Cass., Sez. IV, 11. 5. 1993, in Rep. Foro it., 1993, 367. Ancora, Cass. Sez. IV, 19. 6. 1990, in Cass. Pen., 1992, 1203, ha ritenuto irrilevante, ai fini dell'art. 51 c.p., l'ordine impartito dal dirigente di una casa privata di ricovero per anziani. La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sovente sulla questione, ha chiaramente affermato l'inapplicabilità dell'art. 51 c.p. ai rapporti di subordinazione di diritto privato, come quelli intercorrenti tra i privati datori di lavoro e i loro dipendenti, quelli che legano una società sportiva ai suoi dipendenti, o quelli che esistono fra un istituto di credito e i dipendenti (Cass. Sez. II, 4. 11. 1982, in Cass. Pen., 1984, 1642). L'esecuzione di un ordine privato può, semmai, ricevere riconoscimento ai fini della valutazione della consapevolezza (FIANDACA, MUSCO, p. 278).

³⁴ Cass., 6 dicembre 1990, Bonetti e altri, CED 191797; Cass. 28 novembre 1975 (in *Foro Italiano*, 1977, II, c. 57, con nota di MELE) è parsa possibile una rilevanza dell'ordine privato: l'esecutore risponde, insieme a colui che ha impartito l'ordine, «sempre che... sia in grado di rendersi conto del carattere estremamente imprudente dell'ordine ricevuto».

giurisprudenza ha confermato questa impostazione, qualificando scriminati i soli fatti commessi in esecuzione di ordini impartiti dalla Pubblica autorità, nell'ambito di un rapporto di lavoro di diritto pubblico. Difatti, soltanto il compimento della volontà dell'ordinamento statale, preordinata al perseguimento di interessi collettivi, può motivare la compressione di beni giuridicamente protetti dalla legge penale³⁵.

La disposizione dell'art. 51 si riferisce espressamente al solo pubblico ufficiale (art. 357 c.p.): la dottrina è, tuttavia, concorde nel senso di riconoscere la legittimità dell'ordine emanante anche dagli incaricati di un pubblico servizio (art. 358 c.p.), in quanto concettualmente ricompresi nella nozione di "pubblica autorità" competente ad imporre l'adozione di un determinato comportamento³⁶.

In realtà, secondo parte della giurisprudenza³⁷ i destinatari del beneficio della scriminante di cui si tratta non sarebbero soltanto quelli appena indicati, ma anche i privati esercenti, però, un servizio di pubblica necessità.

Per concludere, ai fini della punibilità, non basta l'esistenza di un ordine; esso deve essere legittimo. La legittimità si fonda su specifici presupposti: a) formali: competenza del superiore ad emanare l'ordine, idoneità dell'inferiore ad eseguirlo, forma prescritta; b) sostanziali: presupposti stabiliti dalla legge per l'emanazione dell'ordine.

2.3 Ordine legittimo

Il presupposto generale della giustificazione ex art. 51 è costituito dalla legittimità dell'ordine. «Se l'ordine non è legittimo, infatti, la realizzazione del fatto tipico resta obbiettivamente anti-giuridica»³⁸.

³⁵ PADOVANI T., *Diritto penale*, cit.

³⁶ GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale*, cit., p. 762.

³⁷ Cass. Pen., sez. IV, 20 ottobre 1967, in *Cass. Pen. Mass.*, 1968, p. 1371.

Legittimità significa, genericamente, osservanza delle norme giuridiche che regolano l'atto. Poiché l'ordine è classificato nella categoria degli atti amministrativi, esso dovrebbe essere immune dai vizi tipici di tale famiglia di atti, vale a dire incompetenza, violazione di legge e eccesso di potere³⁹.

Sinteticamente, l'incompetenza si verifica quando colui che emana l'ordine non è competente per grado, materia (valore) o per territorio, avendo quindi esorbitato dai limiti della propria competenza; sempre che la mancanza del potere di impartire l'ordine non derivi da un vero e proprio difetto assoluto di attribuzione, il che comporterebbe la nullità o addirittura inesistenza dell'atto⁴⁰.

L'eccesso di potere è un vizio che riguarda, invece, la causa (finalità) per cui l'ordine è stato emanato, cioè quella predeterminata dalla legge. Tale vizio si realizza nell'ambito di ciò che è denominato "discrezionalità amministrativa" della pubblica amministrazione e «comprende tutti i vizi dell'iter logico di formazione dell'ordine, che possono far sorgere il dubbio che vi sia stata una divergenza tra la sua finalità tipica e quella realmente perseguita»⁴¹ (c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere). Inoltre, all'interno del *genus* appena descritto, si può individuare una particolare *species* consistente nella deviazione dell'atto dalla sua finalità istituzionale: ciò accade quando l'ordine è emanato per uno scopo difforme rispetto a quello per il quale il potere di emanarlo era stato attribuito al superiore. Si parla in questa ipotesi di "sviamento di potere"⁴².

La violazione di legge è l'ultima e più ampia categoria dei vizi di legittimità indicati dall'art. 21 *octies* della L. n. 241 del 1990. Essa ha carattere residuale, in quanto ricorre tutte le volte in cui il vizio non sia riconducibile né alla categoria dell'incompetenza né a quella dell'eccesso di potere⁴³.

³⁸ PULITANÒ D., *Esercizio di un diritto*, cit., pp. 320- 331.

³⁹ CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 529.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 520.

⁴¹ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 55.

⁴² VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo* (a cura di MAZZAROLLI- PERICU-ROMANO- ROVERSIMONACO- SCOSA), V ed., Bologna, 2005, pp. 1474 s.

⁴³ CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 341. Rileva CASETTA E., *Manuale*, cit., p. 53, che la violazione di legge indica il contrasto tra l'atto e l'ordinamento giuridico e, dal punto di vista contenutistico, abbraccia moltissime situazioni, tra cui le violazioni

La dottrina penalistica ha mostrato, però, preferenza per l'uso della dicotomia legittimità formale - legittimità sostanziale, piuttosto che per la triade classica dei vizi dell'atto amministrativo. Tale scelta sembra essere riconducibile alla funzionalità della bipartizione, rispetto alla delimitazione dell'estensione del sindacato sulla legittimità dell'ordine consentito all'esecutore (art. 51 ult. co.). Infatti, l'orientamento dottrinale ancora prevalente ritiene che sia sempre ammissibile un sindacato da parte dell'inferiore sulla legittimità formale dell'ordine, assoggettando, al contrario, il sindacato sulla legittimità sostanziale a considerevoli limitazioni.

L'ordine, per assumere rilevanza scriminante, deve pertanto essere "legittimo" sia formalmente che sostanzialmente.

L'ordine si ritiene formalmente legittimo quando: a) il superiore abbia la competenza ad emetterlo; b) l'inferiore (in genere, il destinatario) abbia la competenza ad eseguirlo; c) siano state rispettate le procedure e le formalità previste *ex lege* per la sua emissione.

La legittimità sostanziale riguarda, invece, la presenza dei presupposti richiesti dalla legge: l'ordine è sostanzialmente legittimo quando la sua emanazione è avvenuta in presenza dei presupposti di fatto e di diritto richiesti dalla norma attributiva del potere ordinatorio e in vista del pubblico interesse cui essa si riferisce.

3. L'ordine criminoso

L'ordine criminoso è una specie dell'ordine illegittimo, e consiste nel comando di commettere un reato, ossia di compiere un'attività vietata dalla legge penale⁴⁴.

procedimentali, i vizi di forma, vizi di motivazione, vizio della composizione dei collegi, la carenza dei presupposti fissati dalla legge e così via.

⁴⁴ Secondo un'opinione dottrinale la manifestazione di volontà con la quale si impone all'inferiore una condotta costituente reato solo impropriamente può essere definita un ordine, dato che la sua stessa esistenza è esclusa per illiceità penale del suo contenuto (ROSIN G., *Il militare fra*

Per quanto concerne la mera emanazione dell'ordine non seguita dall'esecuzione da parte del subordinato, questa non integra di per sé gli estremi di un tentativo punibile, che risulterà configurabile soltanto se il subordinato ponga in essere atti idonei e diretti in modo non equivoco all'esecuzione dell'ordine.

L'ordine criminoso non rappresenta certamente, al contrario di quello legittimo, la concretizzazione di una potestà di comando autorizzata da una norma giuridica; chi lo esegue, di conseguenza, non attua una lesione voluta o permessa dall'ordinamento giuridico. Ciò nonostante, secondo l'art. 51 c.p., se l'ordine criminoso è insindacabile, commette reato soltanto il superiore che lo ha impartito, ma non anche l'inferiore che lo ha eseguito. Ci si potrebbe chiedere come sia possibile che l'ordinamento preveda ipotesi in cui un inferiore sia vincolato all'obbedienza di un ordine illegittimo. La giustificazione più corrente si basa sull'idea che nell'ordinamento dell'amministrazione sussistano rapporti di gerarchia, secondo i quali, a garanzia del regolare svolgimento dell'attività dello Stato, sarebbe demandata esclusivamente al superiore la valutazione della intrinseca legalità degli atti comandati. Sul punto comunque torneremo più approfonditamente nei capitoli seguenti.

3.1 La responsabilità del superiore

dovere di obbedienza e dovere di disobbedienza, L'esecuzione dell'ordine criminoso, in *Rass. Giust. Mil.*, 1982, p. 219). Questa ricostruzione, tuttavia, sembra essere fallace, in quanto in contrasto con la constatazione che la normativa vigente espressamente prevede l'esistenza di "ordini" illegittimi. Questo convincimento sembrerebbe, quindi, facilmente criticabile, in quanto l'esistenza di una norma giuridica è un istituto distinto dalla validità formale (non tutti i vizi formali sono causa di inesistenza), e tanto più del tutto differente dalla validità sostanziale. Tale teoria risulta quindi contro-intuitiva, ma anche dannosa per l'ipotesi oggetto di tale studio. Infatti, se così non fosse, il militare che obbedisse a un ordine criminoso (anche se non manifestamente), non potrebbe affatto invocare la scriminante, dacché quello che ha eseguito non era un ordine.

L'art. 51 c.p. co. 2 afferma che «se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine».

Con tale disposizione, il legislatore ha inteso sancire il «principio della responsabilità del superiore che ha emanato l'ordine criminoso per il fatto commesso dal subordinato in esecuzione dello stesso»⁴⁵. La regola posta dall'art. 51 co. 2 c.p., sulla base della quale la responsabilità penale per l'illecito commesso dall'inferiore grava su chi abbia emanato l'ordine illegittimo, non è che espressione di principi generali: «l'autore dell'ordine è anche autore (mediato) del reato, per questo ne risponde»⁴⁶. Secondo i principi generali del concorso di persone nel reato, infatti, il pubblico ufficiale che abbia impartito l'ordine risulta essere concorrente morale, in quanto istigatore, nel fatto di reato commesso dall'esecutore. Proprio perché desumibile dai principi generali, l'esplicita affermazione di responsabilità del superiore è stata definita criticamente come superflua.

Inoltre, l'uso linguistico del termine “sempre” non esclude la non punibilità del superiore per difetto di colpevolezza o per la presenza di un'altra causa di giustificazione⁴⁷.

3.2 La corresponsabilità dell'esecutore

Per espressa volontà dell'articolo 51 co. 3 c.p., del reato commesso per ordine del superiore risponde anche il subordinato che lo ha eseguito. La regola statuita è, dunque, quella della normale corresponsabilità dell'inferiore nell'illecito penale commesso per ordine del superiore.

⁴⁵ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 41.

⁴⁶ PULITANÒ D., *Esercizio di un diritto*, cit., pp. 320- 331.

⁴⁷ ROMANO M., op. cit., p. 551.

Il subordinato è considerato dal nostro codice non già come mero strumento nelle mani del superiore, bensì come soggetto autonomo e responsabile, e pertanto tenuto - di regola - a rifiutare l'esecuzione di ordini illegittimi⁴⁸.

Tuttavia, la stessa disposizione in commento fa salve due ipotesi, in cui vige appunto la non punibilità dell'esecutore dell'ordine criminoso. Tali circostanze si verificano: a) quando il soggetto agente ha ritenuto, per errore di fatto (o per errore sugli elementi normativi penali), l'ordine legittimo; b) oppure, quando la legge non gli ha consentito alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine.

In questi casi, del reato risponderà soltanto il superiore.

3.2.1 Errore di fatto sulla legittimità dell'ordine

La responsabilità dell'esecutore è esclusa quando, per errore di fatto, egli abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo. In questa ipotesi, il sottoposto non è punibile, per difetto di dolo, avendo egli erroneamente supposto la presenza di una situazione scriminante⁴⁹.

La formulazione della norma in esame ha posto delle questioni interpretative circa il significato dell'espressione "errore di fatto". Il primo dubbio sorge sulla riferibilità o meno della norma anche alla legge extrapenale, il secondo riguarda l'incidenza che un errore colposo avrebbe sulla legittimità dell'ordine.

In merito alla questione relativa all'efficacia esimente in caso di errore su norme integratrici della norma scriminante, un'opinione minoritaria ritiene che, secondo il dato letterale, riferendosi espressamente l'art. 51 co. 3 al solo errore di fatto, l'errore di diritto non abbia efficacia scusante⁵⁰. Quindi, rispetto all'ordine illegittimo della pubblica autorità scuserebbe solo l'erronea convinzione di

⁴⁸ DOLCINI E. – MARINUCCI G., *Art. 51 c.p.*, in *Codice penale commentato*, cit.

⁴⁹ DOLCINI E. – MARINUCCI G., *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2012, p. 162.

⁵⁰ SANTAMARIA D., *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, p. 93.

legittimità derivata da particolari circostanze materiali: l'art. 51 co. 3 sarebbe una previsione speciale a carattere restrittivo⁵¹.

La dottrina maggioritaria (più condivisibile) equipara, invece, all'errore di fatto, l'errore sulla legge extrapenale che ricade sul fatto, ed esclude, dunque - in ossequio ai principi generali in tema di errore di cui agli artt. 47 comma 3 e 59 comma 4 - la punibilità di chi commette un reato ritenendo di obbedire, per errore sugli elementi normativi non penali, ad un ordine legittimo⁵².

Peraltro, «accogliendo la tesi restrittiva si arriverebbe all'inaccettabile conseguenza che per il superiore l'ambito della situazione putativa scusante sarebbe più esteso che per il subordinato, giacché per il primo valgono le norme generali e non l'art. 51 co. 3 c.p.»⁵³.

La validità della tesi suddetta è confermata anche dal tenore dell'articolo 51 co. 3, dato che la locuzione "errore di fatto" è usata anche nella rubrica dell'art. 47, dove è intesa in senso ampio⁵⁴.

Per quanto concerne, poi, la questione di quale disciplina debba applicarsi in caso di errore colposo sulla legittimità dell'ordine, pare, al riguardo, preferibile ritenere che, nel silenzio dell'art. 51 co. 3, si debba applicare la disciplina generale in tema di errore sulle cause di giustificazione di cui all'art. 59 co. 4, il quale prevede la responsabilità a titolo di colpa, quando il fatto sia previsto dalla legge come delitto colposo⁵⁵.

Taluni autori, anche nel tentativo di dare un significato all'esistenza autonoma di una disposizione relativa all'errore sulla legittimità dell'ordine, optano per la non punibilità del subordinato, in quanto l'art. 51 co. 3 è una disposizione più favorevole al reo, derogatoria rispetto alla regola generale di cui all'art. 59 co. 4⁵⁶. L'intenzione del legislatore di trattare con maggior benevolenza il

⁵¹ PADOVANI T., *Ordine criminoso e obbedienza gerarchica nel diritto penale italiano*, in *Dei delitti e delle pene*, 1987, 478 ss..

⁵² PULITANÒ D., *Esercizio di un diritto*, cit.; GROSSO C. F., *L'errore sulle scriminanti*, Milano, Giuffrè Editore, 1961, p. 204.

⁵³ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 45.

⁵⁴ RIONDATO S., *Diritto penale militare*, Padova, CEDAM, 1998, p. 206.

⁵⁵ BETTIOL, *L'ordine*, cit., p. 174; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 240.

⁵⁶ GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 243.

subordinato si giustificerebbe sulla base «dello stato di soggezione morale in cui egli si trova nei confronti del superiore che emana l'ordine»⁵⁷.

3.2.2 Insindacabilità dell'ordine (rinvio)

La responsabilità penale del sottoposto è anche esclusa quando egli riceva un ordine, per il quale la legge escluda il sindacato sulla sua legittimità. Infatti, il disposto del 4 co. dell'art. 51 c.p. afferma che: «non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine». In tal caso, del reato commesso risponde solo il superiore (art. 51 co. 4 c.p.).

«È chiaro che il tipo di illegittimità cui fa riferimento la norma in esame non può che essere la criminosità, in quanto l'art. 51 riguarda la responsabilità di colui che per ordine abbia commesso un fatto costituente reato»⁵⁸.

I temi più interessanti, ma allo stesso tempo più contrastanti, su cui si sono concentrate dottrina e giurisprudenza riguardano l'interpretazione della normativa, con riferimento agli eventuali limiti alla sindacabilità, e l'individuazione delle categorie di subordinati destinatari di tale disciplina.

Innanzitutto, se l'ultimo comma dell'articolo 51 esclude la punibilità di chi esegue un ordine illegittimo quando la legge non gli consente un sindacato di legittimità; da ciò sembra conseguire a contrario la regola generale secondo cui il subordinato, se non diversamente disposto, ha potere di sindacare la legittimità dell'ordine.

Inoltre, l'art. 51 ult. co. c.p. contiene un espresso rinvio alla "legge" che non consente all'inferiore alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine. Pertanto, per valutare l'applicabilità di tale norma è strettamente necessario ricorrere alle norme di diritto amministrativo disciplinanti il rapporto gerarchico nei differenti

⁵⁷ PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit. p. 395.

⁵⁸ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 47.

settori pubblici e stabilire in base ad esse se il subordinato possa esercitare il sindacato sulla legittimità dell'ordine⁵⁹. Quindi, stabilire quali siano, nei singoli casi, i presupposti del dovere di obbedienza e l'ambito applicativo della scriminante comporta la necessità di un approfondito esame sia della natura dell'ordine che viene in questione, sia del tipo di rapporto che intercorre tra subordinato e superiore: più aumenta la subordinazione, meno vi è facoltà di sindacare l'ordine⁶⁰.

L'insindacabilità consiste nell'impossibilità di contestare l'ordine ricevuto. Essa è propria di un sistema fondato su un'impostazione fortemente gerarchizzata che richiede un'immediata e assoluta obbedienza, per tutelare l'interesse del regolare esercizio delle funzioni essenziali dello Stato, garantendo la sovranità Statale, la convivenza civile e la sicurezza collettiva (esempio tipico sono gli ordinamenti militari)⁶¹.

L'art. 51 c.p. dispensa pertanto dalla responsabilità i subordinanti ai quali la legge precluda il sindacato sulla legittimità dell'ordine, cioè a coloro che sono vincolati ad un obbligo di stretta obbedienza, come i militari e gli equiparati.

Riguardo ai pubblici impiegati, essi godono di un generale sindacato sulla legittimità, anche sostanziale, dell'ordine, avendo il dovere *ex art. 17 comma 3 dpr 3/1957* di astenersi dall'eseguire l'ordine del superiore «quando l'atto sia vietato dalla legge penale», dunque anche quando l'atto non sia manifestamente criminoso. La c.d. rimostranza esimerebbe infatti il pubblico impiegato da responsabilità allorché l'atto da eseguire sia genericamente illecito, ma non quando l'atto sia contrario alla legge penale: nel qual caso egli sarebbe comunque tenuto a rifiutarne l'esecuzione⁶².

⁵⁹ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 47.

⁶⁰ DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, in *Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976.

⁶¹ Cass., Sez. III, 21. 1. 1981, in Cass. Pen., 1982, 926: nella fattispecie in oggetto, nella quale figurava addirittura un rapporto di subordinazione di natura privatistica, il trasportatore ed il titolare di un deposito di carburante avevano invano dedotto di aver commesso contravvenzioni con l'esercizio della loro attività a seguito di ordini impartiti da parte del legale rappresentante della compagnia petrolifera.

⁶² ROMANO M., *sub art. 51*, cit., p. 553.

Infine, ci si può chiedere se sia possibile, nell'attuale assetto dell'ordinamento giuridico italiano, la configurazione stessa di una categoria di ordini criminosi insindacabili. «In realtà, le questioni sulla esecuzione di un ordine illegittimo sembrerebbero non riconducibili alla schematica distinzione tra ordine sindacabile e insindacabile».

Parte della dottrina⁶³ ammonisce che «l'ipotesi di assoluta insindacabilità non è nemmeno concepibile»; ragion per cui l'inferiore sarebbe sempre tenuto al controllo sulla esecutorietà dell'ordine.

I particolari e le argomentazioni su cui si fonda la menzionata dottrina verranno approfonditi all'interno del Capitolo III.

⁶³ PULITANÒ D., *Esercizio di un diritto*, cit., p. 320- 331.

Capitolo II

Gerarchia, ordini e dovere di obbedienza

«Le nostre ricerche hanno particolarmente di mira l'ordine illegittimo, perché quello conforme alla legge non suscita difficoltà interpretative, risolvendosi la sua esecuzione in una mediata applicazione di una norma giuridica»⁶⁴.

1. *Gerarchia e subordinazione*

La “**gerarchia**” è definita come «il rapporto che collega tra loro gli organi di una istituzione, in una struttura (ordinamento gerarchico)» piramidale «tale che, partendo da un organo supremo, e muovendo, per successivi scaglioni, dal vertice verso la base, spetti agli organi superiori una potestà di comando, di direttiva e di coordinamento verso gli organi inferiori, e debbano costoro obbedienza ai superiori»⁶⁵.

Il concetto di gerarchia, che rappresenta la categoria più remota di rapporti di c.d. “sovraordinazione”, si snoda in due accezioni, che si trovano peraltro in parziale coincidenza: si usa, infatti, il costrutto autorità - subordinazione sia per riferirsi ad un rapporto (contraddistinto da reciproche posizioni di potestà e soggezione) tra uffici, che per richiamare quello tra persone.

Per questa ragione, vi è una **gerarchia di organi o di uffici**, quando il rapporto si instaura fra titolari di organi, anziché direttamente fra persone fisiche, intendendosi cioè con tale espressione i minori nuclei organizzati, composti da

⁶⁴ BETTIOL G., premessa alla monografia *L'ordine dell'autorità*, cit.

⁶⁵ LANDI G. - STELLACCI P. - VERRI P. - VEUTRO V., *Manuale di diritto e di procedura penale militare*, Milano, Giuffrè Editore, 1976, p. 64 (LANDI e POTENZA).

persone fisiche e disponenti di mezzi materiali, cui spetta manifestare all'esterno una volontà direttamente riferibile all'istituzione (in questo senso, il ministero dell'interno è sovraordinato alla prefettura). Vi è poi una **gerarchia di persone fisiche**, quando, nell'ambito dello stesso o anche di un diverso ufficio, il titolare della posizione di supremazia disponga di una serie di poteri, per il solo fatto di rivestire una qualifica o grado (tutte le persone fisiche appartenenti all'istituzione sono investite di un grado gerarchico)⁶⁶.

Il rapporto gerarchico è indicatore del potere di comando e del relativo dovere di obbedienza dell'inferiore. Ciò comporta che l'eventuale violazione del dovere di obbedienza da parte del subordinato è sanzionata sia disciplinarmente che, nell'ambito militare, anche penalmente. «Il dovere di obbedienza, come espressione di un vincolo di supremazia speciale, inerisce dunque al soggetto partecipe dell'organizzazione, presentandosi come strumentale per la realizzazione dei fini dell'organizzazione stessa, assicurando il coordinamento e quindi l'efficienza dell'azione di tutti i soggetti che ne fanno parte»⁶⁷.

Le qualificazioni e i principi ora richiamati sono quelli generali propri della gerarchia amministrativa. Infatti, proprio nell'ambito dell'organizzazione amministrativa, la necessità che i singoli uffici fossero legati da un vincolo gerarchico piramidale ha assunto carattere ancor più penetrante⁶⁸. Tuttavia, con il decorso del tempo si è assistito alla progressiva attenuazione della valenza del rapporto gerarchico. Infatti, il concetto di obbedienza gerarchica ha gradualmente perso la sua connotazione di atteggiamento di passiva sottomissione ad una potestà autoritativa, per divenire elemento di collaborazione attiva per il raggiungimento degli scopi propri dell'intera struttura piramidale di appartenenza, quindi sia dell'inferiore, tenuto all'obbedienza, che

⁶⁶ Dopo l'entrata in vigore del DPR 11 gennaio 1956 n. 16, la locuzione "grado gerarchico" si usa solo in ambito militare, in quanto le posizioni gerarchiche degli impiegati civili dello Stato hanno assunto la denominazione di "qualifiche".

⁶⁷ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 50.

⁶⁸ ZACCARIA F., *Obbedienza (Dovere di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, UTET, 1965, p. 534.

del superiore gerarchico che ha emesso l'ordine⁶⁹. A tal proposito, non si può di certo negare come anche il processo di privatizzazione del pubblico impiego, promosso a partire dal D. lgs n. 29/ 1993 (ora sostituito dal D. lgs. N. 165 del 2001 e successive modificazioni), abbia ulteriormente inciso sul rapporto gerarchico.

La struttura delle Forze armate è sicuramente l'emblema dell'organizzazione gerarchica; possiamo dire quella in cui, dall'epoca più risalente, tale modello di organizzazione è nato e si è evoluto. La gerarchia militare trova nella Legge 11 luglio 1978, n. 382, "Norme di principio sulla disciplina militare" (di seguito per semplicità denominata "Legge di Principio"), un unico generico riferimento, all'art. 4, ampiamente sviluppato dal regolamento di attuazione, dpr 545/86, "Regolamento di Disciplina Militare" (di seguito per semplicità denominato "R.D.M."). Il principio ispiratore è l'idea che «la necessità dell'uso della forza richiede l'unificazione di tutte le volontà individuali che compongono le Forze armate, sotto la volontà suprema di chi comanda: unità d'azione e di sforzi, unità di direzione e di comando. Da ciò deriva, prima di tutto, la necessità della immediata ed assoluta obbedienza agli ordini superiori, base di ogni ordinamento militare; e poi della subordinazione, catena di dipendenze»⁷⁰. Questo principio trasmette l'idea della centralità e dell'imprescindibilità del ruolo che l'organizzazione gerarchica detiene all'interno dell'apparato militare; essa assume, infatti, il carattere di formula organizzatoria fondamentale, destinata a garantire: coordinamento e univocità nel comando, nell'azione e nell'uso della forza.

«La gerarchia è, infatti, la "spina dorsale" funzionale dell'ordinamento militare: con efficace formula riassuntiva, è stato detto che rappresenta il sistema che conferisce una organizzazione formale alla massa ... ponendola in grado di agire

⁶⁹ ZACCARIA F., *Obbedienza (Dovere di)*, in *Appendice al Novissimo Digesto italiano*, V, Torino, UTET, 1984, p. 306.

⁷⁰ *Regolamento di disciplina militare*, Parte prima, *Disciplina militare*, artt. 3 e 4. Tale esigenza non ha nulla a che fare con la democraticità dell'ordinamento Statale, ed è infatti, in base all'esperienza storica, osservata da tutti i Paesi, qualunque ne sia l'ordinamento costituzionale. «La demolizione della gerarchia militare è parimenti demolizione delle Forze armate» (LANDI G. - STELLACCI P. - VERRI P. - VEUTRO V., op. cit., p. 65).

nella direzione indicata dai compiti»⁷¹. Quindi, l'adeguamento del rapporto, intercorrente tra superiore ed inferiore, al modello gerarchico rappresenta un "irrinunciabile bene"⁷² per le Forze armate, in quanto posto a presidio delle particolari esigenze di coesione, che contraddistinguono il settore castrense.

Dal punto di vista pratico, il militare investito di un grado è superiore a tutti quelli che hanno grado minore, anche se non dipendono da lui il linea di servizio. Il superiore, però, che impartisca ad un inferiore da lui non dipendente ordini di servizio estranei alla propria competenza può essere chiamato a rispondere in linea amministrativa, disciplinare o penale.

La gerarchia militare si estende anche ai titolari delle più alte funzioni politico-amministrative, cioè il ministro per la difesa, e i sottosegretari di Stato per la difesa.

Ancora, riferendoci sempre all'aspetto gerarchico, dobbiamo ricordare che, come è noto, l'articolo 87 della Costituzione assegna al Presidente della Repubblica «il comando delle Forze armate».

A tal proposito, riguardo il significato attribuibile al concetto di "comando" richiamato dalla norma sopra citata, bisogna far cenno a due posizioni dottrinali antitetiche. Da un lato, la corrente meno recente, oggi minoritaria, qualifica il comando come facoltà di emanare ordini o atti politici di alta direzione. Al contrario, la maggioranza degli autori identifica il senso del termine comando come «qualifica onorifico-formale, ricollegata alla rappresentanza dell'unità nazionale e concretizzantesi nel solo potere di messaggio»⁷³, considerata l'inconciliabilità tra l'azione militare e la funzione politica, e richiamato il principio costituzionale dell'irresponsabilità presidenziale. Quindi, il Presidente sarebbe sostanzialmente un organo estraneo alla catena gerarchica militare.

Infine, l'intero apparato è sorretto da un corpo di regole *ad hoc*, idoneo a garantirne il funzionamento: una normativa militare speciale, in materia penale e disciplinare. Si tratta del Testo Unico sull'Ordinamento Militare (T.U.O.M.) che si

⁷¹ VITAGLIANO G., *Gerarchia e ordini illegittimi, fonte e limiti del dovere di obbedienza*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri* n. 2 Aprile – Giugno 2003.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

occupa di prevedere i doveri fondamentali di tutti gli appartenenti alle Forze armate. Esso, inoltre, come tutti i regolamenti di disciplina, «secondo un'antica tradizione, congiunge alla funzione normativa una finalità didattica, ed appare perciò, prima ancora che testo giuridico, vero e proprio codice dell'etica militare e perfino del comportamento militare nei rapporti sociali»⁷⁴.

1.1. *La disciplina prevista per gli impiegati civili dello Stato*

1.1.1 *Il diritto- dovere di rimostranza*

Per meglio inquadrare la tematica in commento, risulta utile esaminare preliminarmente la disciplina concernente il contenuto e i limiti del dovere di obbedienza prevista per gli impiegati civili dello Stato e, successivamente, quella prevista per i militari. Infatti, non si può trascurare l'utilità di tratteggiare le linee evolutive dell'organizzazione della pubblica amministrazione nel nostro ordinamento, nel cui contesto istituzionale (e costituzionale) deve ad ogni modo essere inserita la speciale disciplina dell'organizzazione militare.

Originariamente, prima della c.d. Privatizzazione del pubblico impiego, il dovere di obbedienza per gli impiegati civili dello Stato trovava preciso richiamo nell'articolo 16 comma 1 del d.p.r. 10 gennaio 1957 n. 3 (Testo unico delle disposizioni concernenti gli impiegati civili dello Stato), il quale prevedeva che «l'impiegato deve eseguire gli ordini che gli siano impartiti dal superiore gerarchico relativamente alle proprie funzioni e mansioni».

Inoltre, l'articolo 17, rubricato “Limiti al dovere verso il superiore”, stabiliva poi il dovere di rimostranza nei confronti dell'ordine palesemente illegittimo e l'obbligo di esecuzione qualora lo stesso fosse stato rinnovato per iscritto. Se l'ordine dovesse costituire illecito penale, sorgerebbe il dovere di

⁷⁴ LANDI G. - STELLACCI P. - VERRI P. - VEUTRO V., op. cit., p. 68.

disobbedienza⁷⁵. In sostanza, la c.d. rimostranza esime il pubblico impiegato da responsabilità, allorché l'atto da eseguire sia genericamente illecito, ma non quando l'atto sia contrario alla legge penale, nel qual caso egli è comunque tenuto a rifiutarne l'esecuzione.

Con il fenomeno della Privatizzazione del pubblico impiego, i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono stati quasi integralmente assoggettati alla disciplina privatistica del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatta eccezione del personale che, per espressa volontà di legge, è rimasto "in regime di diritto pubblico". In questa classe ricordiamo, per interesse, il personale militare e quello delle forze di polizia di Stato, i quali restano assoggettati ai rispettivi ordinamenti, che costituiscono normativa speciale rispetto a quella generale del dpr. n. 3 del 1957⁷⁶.

Come previsto dall'articolo 40, comma 1 del decreto legislativo 165/2001, la disciplina del dovere di obbedienza dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche viene estrapolata essenzialmente dalle disposizioni dei contratti collettivi nazionali stipulati per i diversi comparti della pubblica amministrazione⁷⁷.

Riguardo poi i doveri dei dipendenti e l'ambito delle infrazioni disciplinari, preso atto della disciplina contrattuale materialmente adottata, è stato affermato che la riforma ha inciso più sulle fonti che sui contenuti, soprattutto in merito al dovere di obbedienza⁷⁸.

Detto ciò, si può asserire che sia possibile dedurre un primo limite al dovere di attenersi all'ordine ricevuto dalla normativa sul dovere di obbedienza contenuta nei contratti di settore (così come accadeva anche sotto la vigenza dell'articolo

⁷⁵ «L'impiegato al quale, dal proprio superiore, venga impartito un ordine, che egli ritenga palesemente illegittimo, deve farne rimostranza allo stesso superiore, dichiarandone le ragioni. Se l'ordine è rinnovato per iscritto, l'impiegato ha il dovere di darvi esecuzione. L'impiegato non deve comunque eseguire l'ordine del superiore quando l'atto sia vietato dalla legge penale» (Art. 17).

⁷⁶ MELE E., *La responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, Milano, 2000, pp. 116 s.

⁷⁷ CARINCI F. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto. Commentario*, II, Milano, 1997.

⁷⁸ BATTINI S., *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, CEDAM, 2000, p. 603.

16 del dpr del 1957): se l'ordine non è coerente con le funzioni o mansioni dell'impiegato, il dipendente non è tenuto ad eseguirlo⁷⁹.

Accanto a questo limite, si pone quello relativo all'illegittimità dell'ordine.

In particolare, le norme vigenti sembrano ricalcare le regole contenute nell'articolo 17 del dpr n. 3/1957. Le disposizioni inerenti al dovere di obbedienza del subordinato dei contratti collettivi nazionali di lavoro, infatti, stabiliscono precisamente che il dipendente debba fare uso, indicandone le ragioni, dell'istituto della rimostranza nei confronti dell'autorità emanante l'ordine, che il sottoposto ritenga palesemente illegittimo. Per il tramite di questo strumento, è riconosciuta al dipendente la facoltà di pretendere che l'ordine venga eventualmente confermato per iscritto, nel qual caso, egli rimarrebbe così esonerato da ogni responsabilità derivante dall'oggettiva illegittimità dell'atto posto in essere, salvo che l'atto sia vietato dalla legge penale o costituisca illecito amministrativo.

Le disposizioni che stabiliscono che l'inferiore debba eseguire l'ordine ritenuto illegittimo se confermato operano, sul piano soggettivo, tutelando il subordinato che abbia esternato i propri dubbi circa la legittimità dell'ordine ricevuto, esentandolo da responsabilità, nel caso in cui l'ordine risulti illegittimo.

Dall'uso del termine "deve" nella disposizione in argomento, si evince che al dipendente sia conferito un potere-dovere di fare rimostranza; ne deriva che il mancato esercizio della stessa può dar luogo a responsabilità disciplinare⁸⁰.

L'obbligo di rimostranza è posto sia nell'interesse dell'inferiore⁸¹, per sottrarlo da responsabilità amministrativa patrimoniale nei confronti dell'amministrazione o

⁷⁹ Sulla disciplina del dovere di obbedienza prima e dopo la privatizzazione, v. MANFREDI SELVAGGI C., *Fedeltà e obbedienza nel pubblico impiego*, Poggibonsi (Lalli), 1995.

⁸⁰ Cons. di Stato, IV, 4 maggio 1971, n. 542, in *Il Consiglio di Stato*, 1971, I, 938, secondo cui «oltre al dovere di subordinazione esiste un dovere di rimostranza al superiore gerarchico avverso ordini palesemente illegittimi. Per questo il funzionario che non abbia rappresentato al superiore la situazione di legittimità... è passibile di responsabilità disciplinare».

⁸¹ ZACCARIA F., *Obbedienza* (1965), cit., p. 535, afferma che l'istituto della rimostranza tende a conciliare il rispetto della subordinazione gerarchica e delle posizioni di supremazia con l'esigenza di salvaguardare la dignità umana e morale del dipendente, considerato non come «cieco e passivo strumento della volontà del superiore ma come essere capace di apprezzare e valutare il proprio comportamento».

da responsabilità per danni causati a terzi, sia nell'interesse della pubblica amministrazione, affinché sia garantita la legittimità della sua azione.

Come accennato, la rimostranza va esercitata specificando quali siano le ragioni che supportano l'incertezza sulla legittimità dell'ordine ricevuto (vizi di legittimità). Perché questo accada, è indubbiamente necessario che all'impiegato sia riconosciuto il pieno sindacato sulla legittimità dell'ordine, sia formale che sostanziale⁸².

Infine, affinché il subordinato possa fare rimostranza è indispensabile che l'ordine gli appaia *ictu oculi* (ossia senza necessità di ulteriori indagini) palesemente illegittimo, in relazione alla normale diligenza dell'impiegato medio.

1.1.2 La disobbedienza all'ordine criminoso. L'inesistenza di ordini criminali insindacabili

Le norme contenute nei contratti di comparto dispongono che, nel caso in cui la condotta ordinata dal superiore costituisca reato o illecito amministrativo, sorge per il dipendente dovere di disobbedienza.

Le disposizioni contenute nei C.C.N.L. non solo attribuiscono all'inferiore il dovere di sindacare anche la legittimità amministrativa dell'ordine, ma altresì confermano che il subordinato dovrà disobbedire ad un ordine la cui esecuzione costituisce reato o illecito amministrativo illegittimo, anche se reiterato per iscritto dal superiore, con conseguente impossibilità di configurare ordini illegittimi vincolanti in quanto confermati.

È, quindi, esclusa l'ipotesi che in sede di contrattazione collettiva si possa arrivare a introdurre un dovere di obbedienza cieca all'ordine superiore, anche qualora l'atto costituisca illecito penale (tale da poter realizzare un ordine insindacabile di cui all'articolo 51, ultimo comma, c.p.). «Il pericolo che in sede di

⁸² Ivi.

contrattazione venga improvvidamente introdotto un dovere di eseguire ordini criminosi è scongiurato» non soltanto in base alla constatazione che tutti i C.C.N.L. hanno ulteriormente rafforzato il principio della non vincolatività dell'ordine, estendendo il dovere di non eseguirlo anche all'ipotesi in cui l'atto costituisca illecito amministrativo; invero, «anche dal fatto che dal processo di privatizzazione del pubblico impiego risulta affievolita quella natura prettamente pubblicistica del vincolo di stretta subordinazione gerarchica su cui si fonderebbe l'applicazione dell'articolo 51 ultimo comma»⁸³. Infine, un'ulteriore decisiva garanzia volta a evitare un'eventuale emanazione di ordini criminosi vincolanti è data dal fatto che il dovere di osservanza delle leggi, anche soprattutto dopo la privatizzazione, non può essere messo in discussione in quanto «tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi» (art. 54 co. 1 Cost.). Inoltre, la conformità dell'azione individuale rispetto all'ordinamento giuridico generale, ancora oggi, costituisce un valore primario, di cui l'impiegato deve sempre tener conto nello svolgimento della funzione attribuitagli e nel perseguimento degli interessi pubblici, che mai possono porsi in contrasto con la legge. Esiste, infatti, per il dipendente pubblico, un dovere di legalità, ossia l'obbligo di osservare nell'esercizio delle proprie mansioni la Costituzione, le leggi e ogni altra norma giuridica. A tale riguardo, si può precisare che l'istituto del giuramento è sopravvissuto anche alla privatizzazione del pubblico impiego, come presidio dei doveri gravanti sul pubblico dipendente, inserito nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione. Inoltre, non è privo di significato il fatto che il Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni ponga «il rispetto della legge»⁸⁴ tra i principi a cui il dipendente deve conformare la propria condotta.

Nel contesto normativo sin qui delineato si innesta peraltro la recente riforma del lavoro pubblico. L'articolo 1 della legge delega n. 15/2009 ha infatti

⁸³ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 65.

⁸⁴ D.P.C.M. 28 novembre 2000, recepito in allegato ai contratti collettivi nazionali di ciascun comparto per espresso disposto dell'art. 54, co. 2 del D. lgs. n. 165/2001.

modificato l'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001, ridisegnando il rapporto tra le fonti (legge o contratto) della disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ponendo freno al processo di delegificazione della disciplina del rapporto di pubblico impiego. In tal modo, per il futuro la disciplina legislativa del lavoro pubblico sarà derogabile dalla contrattazione collettiva solo nel caso in cui la fonte legislativa lo preveda espressamente. Sempre in questa direzione ha proseguito il decreto legislativo n. 150/2009, il quale ha precisato che le disposizioni di cui al decreto 165 del 2001 "costituiscono disposizioni di carattere imperativo" (articolo 33, lettera a).

In conclusione, per quel che concerne l'oggetto del presente studio, è possibile sostenere che, come si deduce dall'indagine della normativa vigente in materia di dovere di obbedienza per gli impiegati civili dello Stato, non risultano sussistere casi in cui al subordinato non sia concesso alcun sindacato sulla legittimità, formale e/o sostanziale, dell'ordine la cui esecuzione costituisca illecito penale o amministrativo.

Dunque, è evidente che l'ultimo comma dell'articolo 51 del codice penale (che suppone l'esistenza in diritto di ordini criminosi insindacabili), non può essere applicato nei confronti della generalità dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, sottoposti alla disciplina privatistica⁸⁵.

Al contrario, la disciplina per i dipendenti ancora in regime di diritto pubblico ha dato luogo ad una serie di contrasti e dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, soprattutto per quel che riguarda la materia delle Forze armate, alle quali è stata considerata generalmente riferibile (soprattutto dalla dottrina più risalente) l'ipotesi normativa degli ordini illegittimi insindacabili di cui all'art. 51, ultimo comma, codice penale.

⁸⁵ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 69.

1.2 La disciplina prevista per i militari

La “**disciplina**” è «il complesso di doveri, alla cui osservanza un soggetto è tenuto in quanto appartenente ad una istituzione, cioè ad un corpo sociale dotato di un'organizzazione con carattere di stabilità e di permanenza»⁸⁶. Affinché venga assicurato il rispetto dei doveri impartiti e sia garantita la repressione degli eventuali trasgressori delle regole imposte dalla disciplina, l'ordinamento ha costruito un sistema fondato sulla stretta connessione tra potere impositivo e potere sanzionatorio⁸⁷. Perciò, “potere disciplinare” e “soggezione disciplinare” sono termini correlativi.

L'attività svolta dalle Forze armate è, nel quadro generale della pubblica amministrazione, assolutamente peculiare: si snoda infatti attraverso semplici comportamenti materiali, grazie ad uno strumento i cui requisiti di forma sono ridotti al minimo, l'ordine gerarchico.

1.2.1 Doveri di obbedienza e reato di disobbedienza

«Uno studio sull'efficacia dell'ordine equivale ad uno studio sul motore primo della macchina militare; e poiché l'efficacia di un atto d'imperio deriva dalle

⁸⁶ LANDI G. - STELLACCI P. - VERRI P. - VEUTRO V., op. cit., p. 61. Non è affatto raro trovare esaustivi riferimenti sulla disciplina in generale, e, in particolare, su quella militare, in numerosi approfondimenti dottrinali e giurisprudenziali di diritto amministrativo e dei rapporti di pubblico impiego.

⁸⁷ È irrilevante che le istituzioni in parola abbiano o meno personalità giuridica. Per di più, queste possono avere o non avere personalità giuridica, ed essere tanto pubbliche, quanto meramente private (caso delle aziende, i cui dipendenti sono sottoposti al potere disciplinare dell'imprenditore) (*ibidem*, p. 63).

sanzioni comminate a sua tutela, interessa qui un esame del momento patologico del meccanismo, il reato militare di disobbedienza»⁸⁸.

Innanzitutto, l'obbedienza costituisce un aspetto caratteristico della struttura delle Forze armate, rappresentando l'elemento distintivo dei suoi componenti. Essa trova origine e fondamento nell'organizzazione gerarchica dell'apparato militare, ed è intimamente connessa al concetto di comando, che ne costituisce l'oggetto.

Come specificato nel capitolo I di questa trattazione, rispetto alla natura giuridica da attribuire all'ordine, si sono formate due posizioni dottrinali contrapposte: se da un lato, alcuni autori lo qualificano come mero atto interno o strumentale; altra dottrina, lo classifica tra i provvedimenti amministrativi (con cui un'autorità amministrativa esterna la propria volontà, nell'esercizio della sua funzione). Perché si possa parlare di tali tipi di atti è necessario che questi godano della compresenza di due elementi strutturali essenziali: la capacità del soggetto che emana l'atto (elemento soggettivo) e la dichiarazione di volontà (elemento oggettivo). «Trattasi di atto autoritativo, discrezionale, recettizio, senza obbligo di motivazione»⁸⁹.

L'ordine militare fa sorgere nel destinatario l'obbligo dello specifico adempimento richiesto, per la cui violazione sono comminate sanzioni sia disciplinari sia penali.

Detto ciò, possiamo quindi certamente affermare che il primo dei doveri della subordinazione è proprio l'obbedienza. Obbedienza è, ancora, «sottomissione alla volontà di superiori; e si manifesta tipicamente quando il dipendente adegua il proprio comportamento all'ordine (il cui contenuto può essere un comando cioè l'imposizione di un obbligo di condotta positivo, ovvero un divieto, cioè l'imposizione d'un obbligo d'astensione) o alla direttiva del superiore»⁹⁰.

⁸⁸ VITAGLIANO G., op. cit.

⁸⁹ Ivi.

⁹⁰ LANDI G. - STELLACCI P. - VERRI P. - VEUTRO V., op. cit., p. 70. Specifichiamo che le direttive differiscono dagli ordini, in quanto esse si limitano ad indicare obiettivi e criteri cui l'attività del destinatario deve attenersi, consentendogli l'esercizio di un potere discrezionale, e non consistono, piuttosto in prescrizioni concrete e puntuali, che specificano un preciso dovere di

Al fine di assicurare il reale perseguimento dell'obiettivo istituzionale cui il comando o la direttiva mirano, la disposizione ex art. 1347 del Codice dell'ordinamento militare sancisce la regola secondo cui l'obbedienza deve essere «pronta, rispettosa e leale», quindi effettiva e volenterosa: il militare che pur prestando obbedienza l'accompagnasse con atteggiamenti irrispettosi o manifestazioni protestatarie, ostruzionistiche, eccetera, verrebbe meno al dovere. Infatti, l'elemento oggettivo del reato di disobbedienza può consistere in un rifiuto, un'omissione o un ritardo di obbedienza.

In particolare, «il rifiuto consiste in un'espressa dichiarazione di volontà, volta ad esprimere il proposito di non ottemperare»⁹¹. Per ciò che ci interessa, in tale contesto, si discute se valga a concretare il reato un formale atto di rifiuto, al quale faccia successivamente seguito la concreta esecuzione dell'ordine intimato.

La giurisprudenza ha optato per una risposta affermativa al quesito⁹². È in linea con questo orientamento anche quella dottrina che evidenzia come il rifiuto, anche quando fosse seguito da un successivo adempimento, leda (in ogni caso) la disciplina militare, portando pregiudizio all'esigenza e agli obiettivi del servizio, e costringendo il superiore ad emanare ulteriori e dispendiosi (in termini di tempo ed energie) ordini, indirizzati ad un diverso soggetto, che non avrebbero avuto luogo in caso di pronta ubbidienza da parte dell'inferiore⁹³. Infatti, le misure adottate, a seguito dell'iniziale inottemperanza, possono, in modo più o meno rilevante, incidere negativamente sulla corretta gestione della vita delle Forze armate. Altra parte della dottrina⁹⁴ afferma invece che in questa ipotesi non si sostanzierebbe alcuna lesione dell'interesse pubblico protetto, argomentando

condotta (ordini). Di fronte ad una direttiva, quindi, il soggetto sottoposto ha un ampio margine di valutazione, anche in ordine all'eventualità di non ottemperare alla direttiva stessa.

⁹¹ RIVELLO P., *Lezioni di diritto penale militare*, Torino, Giappichelli Editore, 2007, p. 257.

⁹² Corte mil. App., sez. dist. Verona, 7 luglio 1989, SANTARELLI, in *Rassegna Giustizia Militare*, 1989, p. 475; Corte mil. App., sez. dist. Verona, 20 settembre 1985, MASTRULLO, *ibidem*, 1985, p. 761, con nota critica di CADOPPI A., *Brevi note in tema di disobbedienza*, in *Rassegna della giustizia militare*, 1986.

⁹³ GARINO V., voce *Disobbedienza nel diritto penale militare*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV, Torino, 1990, p. 148.

⁹⁴ CADOPPI A., op. cit., p. 292.

che la tutela della disciplina è strumentale al buon andamento dell'apparato militare, e che esso non sarebbe intaccato da un espresso rifiuto di obbedienza, seguito immediatamente dal concreto adempimento dell'ordine impartito.

Il dovere di obbedienza è stato sancito dall'articolo 5 del Regolamento di disciplina militare, che affermava che: «l'obbedienza consiste nell'esecuzione pronta, rispettosa e leale degli ordini attinenti al servizio ed alla disciplina, in conformità al giuramento prestato», precisando che «il dovere di obbedienza è assoluto, salvo i limiti posti dalla legge e dal successivo articolo 25». In questo contesto, l'uso dell'aggettivo "assoluto" è servito, anche se nei limiti di cui parleremo in seguito, a rappresentare la necessità «di una piena e incondizionata adesione agli ordini dei superiori»⁹⁵.

Né tale assetto normativo può dirsi nella sostanza mutato a seguito dell'entrata in vigore del D. lgs. 15 marzo 2010, n. 66, recante il Codice dell'ordinamento militare, che ha abrogato sia la L. 382/1978 che il regolamento di disciplina (Dpr. 545/1986). Con il Codice dell'ordinamento militare il legislatore ha invero inteso disciplinare «l'organizzazione, le funzioni e l'attività della difesa e sicurezza militare e delle Forze Armate» (art. 1), procedendo al riassetto del complesso quadro normativo previgente in materia di ordinamento militare, limitandosi a ribadire i medesimi principi già accolti nella previgente normativa. Infatti, con particolare riguardo alla specifica tematica dell'obbedienza, il Codice (al comma 1 dell'art. 1347) prevede che essa consista «nella esecuzione pronta, rispettosa e leale degli ordini attinenti al servizio alla disciplina, in conformità al giuramento prestato».

Alla previsione normativa appena accennata si collega, certamente, il reato di disobbedienza militare. Il titolo III del libro secondo del Codice penale militare di pace comprende i reati contro la disciplina militare. Esso si divide in sette capi. Il primo prevede il reato di disobbedienza.

⁹⁵ VENDITTI R., *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, Milano, Giuffrè Editore, 1995, p. 207; tale dovere di obbedienza è indirettamente confermato e ribadito dall'esistenza di ipotesi in cui la legge sancisce un "dovere di disobbedienza". In proposito, MERANGHINI, *Il dovere di disobbedienza*, in *Rivista Penale*, II, 1966, pp. 5 s.

L'articolo 173 comma 1 c.p.m.p. dispone: «il militare che rifiuta, omette o ritarda di obbedire a un ordine attinente al servizio o alla disciplina, intimatogli da un superiore, è punito con la reclusione militare fino a un anno».

«La *ratio* di tale incriminazione sta nell'esigenza di assicurare un preciso e spedito funzionamento dell'apparato militare, che è strutturato secondo un rigido criterio gerarchico ed è ispirato a stringenti principi di disciplina»⁹⁶.

Approfondendo, sinteticamente, l'art. 173 c.p.m.p, possiamo dire quanto segue. Il soggetto attivo del reato, anzitutto, può essere esclusivamente il militare. Perché il reato sussista è poi necessaria l'esistenza di un rapporto gerarchico: esso è qualificabile come presupposto fondamentale, in mancanza del quale non si potrebbe parlare di ordine intimato da un superiore, né, per connessione, potrebbe sostanzarsi il reato di disobbedienza. La superiorità gerarchica può derivare o dal grado o dal comando. Inoltre, è corretto precisare che il dovere di obbedienza sussiste, solamente nel caso in cui l'inferiore e il superiore gerarchico siano entrambi in servizio, venendo, invece, a mancare quando almeno uno dei due si trovi in congedo.

Per quanto concerne l'ordine, come già ricordato, esso è «la manifestazione di volontà che il titolare di un potere di supremazia rivolge al subordinato per esigere un determinato comportamento»; ancora, «l'ordine a cui il militare disobbedisce dev'essere un ordine vero e proprio, cioè una ingiunzione di tenere un determinato comportamento commissivo od omissivo sotto minaccia (esplicita o implicita) di sanzione»⁹⁷. È necessario, poi che, quella manifestazione di volontà di cui trattasi non lasci margini di discrezionalità per l'inferiore circa

⁹⁶ VENDITTI R., *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, cit., p. 206. Inoltre, Cass. Pen., 2 dicembre 1997, in *Rassegna della Giustizia Militare*, 1998, nn. 5/6, pp. 46 s., nonché in Cass. Pen., 1999 (s.m.), sub. n. 2193, la quale individua nel "solito" art. 4, co. 4, L. 382/1978 l'unico limite al dovere di obbedienza inferendo, inoltre, il carattere assolutamente generico del dolo del reato de quo. Sul dovere di disobbedienza (in generale) si veda l'interessante saggio del MERANGHINI, op. cit., il quale, scrivendo prima del 1978, si richiama alla dottrina amministrativistica all'epoca dominante.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 210. Inteso quale atto amministrativo l'ordine realizza la funzionalità delle Forze Armate che, nelle attività logistiche, addestrative nonché operative, nelle fasi di pianificazione, programmazione ed esecuzione, deve essere conforme ad un unitario progetto, inteso allo scopo di raggiungere obiettivi istituzionali; RINALDI M., *Diritto militare*, Padova, CEDAM, 2011, pp. 213 s.

l'onere di attenersi o meno al volere espresso dal superiore: l'ordine deve essere inequivocabile. L'ordine non è vincolante se non presenta requisiti per esso previsti, cioè: competenza del superiore ad emettere l'ordine, idoneità dell'inferiore ad eseguirlo, conformità alle procedure e formalità previste dalla legge per la sua emissione⁹⁸. Esso non va confuso con l'opinione espressa dal superiore in una dissertazione sulle norme regolamentari. Il comando può essere impartito anche a mezzo di interposta persona, quindi per il tramite di altro militare, ad esempio, quando il soggetto destinatario dell'ordine non sia immediatamente presente. Poiché la norma incriminatrice prevede che l'ordine sia attinente al servizio o alla disciplina, ciò influisce sulla rilevanza determinante che l'oggetto del comando assume ai fini della configurazione del reato⁹⁹.

Come si intuisce dalla disposizione in commento, l'elemento oggettivo del reato si può concretare in: un rifiuto, un'omissione o in un ritardo di obbedienza.

Invece, l'elemento soggettivo del reato è il dolo generico, per il quale si richiama la classica disciplina contenuta nella legislazione comune. Quindi, deve essere attribuibile all'inferiore una consapevole volontà di rifiutare di obbedire ad un ordine, attinente al servizio, intimato dal superiore, al di fuori dei casi in cui la legge consente di disobbedire.

Il reato si consuma nel momento in cui si verifica l'inosservanza dell'ordine. Non sembra, inoltre, configurabile l'istituto del tentativo.

Infine, si presume che il reato di disobbedienza venga escluso, quindi scriminato, in presenza di una causa giustificatrice: allorquando le ipotesi di mancata

⁹⁸ È importante specificare che per l'emanazione di un ordine, «la forma non ha alcuna rilevanza. In giurisprudenza è stato ripetutamente affermato che anche l'invito, ovvero la richiesta di cortesia, fatta dal superiore all'inferiore, ha valore autoritativo ed è un ordine» (IAFRATE C., *Esecuzione dell'ordine militare non manifestamente illecito: asimmetrie da sanare tra codice penale comune, codice penale militare e legge sulle norme di principio della disciplina militare*, in ficiesse.it, 2010). Infatti, Cass. Pen., Sez. I, 19 dicembre 1984, n. 10204, Salvucci: «nell'ambito della normativa militare non trova integrale applicazione la disciplina giuridica attinente gli atti amministrativi, in quanto il vincolo della subordinazione gerarchica deve ricevere tutela anche al di là dei più ristretti confini delle norme amministrative. Ne consegue che va considerato formalmente valido l'ordine orale in precedenza impartito dal superiore, al quale il destinatario non si sia attenuto, commettendo così, il reato di disobbedienza aggravata continuata».

⁹⁹ VENDITTI R., *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, cit., p. 211. Secondo C.M.A 28 giugno 1988, POLETTI, in *Rass. giust. Mil.*, 1988, pag. 609, non importa se tale attinenza possa o no farsi discendere direttamente anche da una norma di legge.

esecuzione, inesatta esecuzione (con modalità diverse da quelle stabilite) dell'ordine siano frutto di circostanze non imputabili al subordinato, cioè casi di circostanze sopravvenute o ignote.

Per quanto concerne l'identificazione del bene giuridico di categoria presidiato dal reato di disobbedienza, la più recente ricostruzione dottrinale indica l'“ordine pubblico militare”, inteso quale insieme di condizioni indispensabili al funzionamento dell'ordinamento giuridico o al funzionamento dell'apparato militare.

1.2.2 La violazione della consegna

Le “**consegne**” sono «prescrizioni... impartite per l'adempimento di un particolare servizio» (art. 26 r.d.m.). La consegna è quindi una sottospecie dell'ordine militare, dal quale si differenzia per il rapporto di strumentalità all'adempimento di un servizio specifico¹⁰⁰, e a cui la legge penale militare, di pace (art. 120 c.p.m.p.) e di guerra, assicura una particolare e articolata tutela.

La norma incriminatrice ex art. 120 c.p.m.p. non tutela la finalità del servizio, bensì le modalità di esecuzione di questo, dalle quali non è consentito discostarsi neppure al fine di meglio conseguire lo scopo dell'azione.

Il delitto di violata consegna è un delitto doloso di tipo omissivo o di mera condotta. Per la configurazione del reato è necessaria l'esistenza di una consegna precisa, che determini tassativamente (senza spazi di discrezionalità) quale

¹⁰⁰ Rileva qui che per C. Cass. 7/4/88 (in SCANDURRA G., *Il diritto penale militare nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte di Cassazione (1993- 1994)*, Milano, Giuffrè Editore, 1995, tomo I, pag. 204), «l'ordine si distingue dalla consegna per i caratteri di tempestività e contingenza, e si esaurisce non appena eseguito; la consegna esplica invece i suoi effetti nei confronti di tutti i militari che, nel tempo, si susseguono nell'adempimento del particolare servizio». Ci sembra tuttavia che qualsiasi distinzione proposta (fra ordine e consegna) definisca il *quid pluris* che fa di un comando una “consegna”. Se ne deduce che, considerato che l'ordine gerarchico è atto d'imperio che, se attiene al servizio può assumere qualunque contenuto, esso rappresenta obbligatoriamente un *genus* rispetto alla *species* della consegna.

debba essere il comportamento del militare di servizio. Inoltre, è anche fondamentale che l'amministrazione militare abbia assicurato i mezzi per l'esecuzione della consegna¹⁰¹.

In questa sede, si desidera evidenziare come il reato di violata consegna sia sempre stato considerato uno strumento per tutelare i servizi dalla negligenza dell'esecutore.

Il reato di violata consegna è anche considerato però uno strumento di tutela del subordinato, in quanto protegge l'esecuzione del servizio affidatogli dalle ingerenze dei superiori. L'esistenza del reato di violata consegna dovrebbe rendere manifestamente criminoso l'ordine difforme dalle prescrizioni della consegna, obbligando a disattenderlo¹⁰²; sarebbe quindi uno strumento per la limitazione dell'universalità del potere di supremazia gerarchica militare: se ogni consegna potesse essere forzata dall'ordine di ogni superiore, si comprometterebbero non solo le esigenze di coesione delle Forze armate e speditezza delle loro attività, ma anche quelle di certezza poste a garanzia del cittadino-soldato.

La giurisprudenza di merito concorda; la Cassazione invece si è espressa in senso contrario, ritenendo prevalente l'obbligo di obbedienza all'ordine sopravvenuto sull'obbligo di rispetto della consegna¹⁰³.

¹⁰¹ Cass. Pen., sez. I, 15 luglio 1993.

¹⁰² PALUMBO, *Revocabilità della consegna e sindacabilità dell'ordine illegittimo*, in *Giust. Merito*, 1981, p. 995.

¹⁰³ C. Mil. App., 01/07/82, in *Rass. Giust. Mil.*, 1982, pag. 648: è privo di efficacia vincolante l'ordine contrastante con le prescrizioni di consegna, quantunque emanato dall'autore stesso della consegna. C. Cass., Sez. I, 29 febbraio 1996, n. 2217 (in TENCATI A., *Codici penali militari e ordinamento militare*, CELT (Casa Editrice La Tribuna), 2013, pag. 811): «L'interpretazione della disciplina normativa imperniata sulle disposizioni degli artt. 173 c.p.m.p. e 25 D.P.R. 18 luglio 1986 n. 545 non consente di sostenere che l'asserita incompatibilità dell'ordine, attinente al servizio e intimato dal superiore, con l'ordine precedentemente ricevuto da altro superiore, possa esimere il militare dalla sua esecuzione, sull'assunto che essa costituirebbe reato di violata consegna. La legittimità dell'ordine impartito nell'interesse del servizio non consente al subordinato di eludere in alcun modo l'efficacia vincolante dell'ordine medesimo - anche se al suo apprezzamento può apparire non opportuno - ed il dovere di obbedienza sanzionato dall'art. 173 c.p.m.p. Infatti l'ipotesi di conflitto d'ordine, è regolata dall'art. 25, co. 1, lettera c) DPR 545/86 secondo cui il militare è tenuto ad obbedire al nuovo ordine e ad informare appena possibile il superiore che aveva impartito l'ordine precedente».

1.2.3 *L'iniziativa*

Nonostante la dottrina sia avvezza a sorvolare sulla disciplina dell'iniziativa, affinché la trattazione risulti completa, è doveroso far cenno anche a questo istituto. «**L'iniziativa** costituisce la “valvola di sicurezza” del dovere di obbedienza, garanzia contro il pericolo che la rigida gerarchia divenga causa o pretesto di inattività, giustificata da esigenze di massimizzazione dell'efficienza. L'iniziativa è un dovere, il cui adempimento scrimina la disobbedienza¹⁰⁴».

La normativa ha previsto che «il militare debba assumere l'iniziativa quando ... siano chiaramente mutate le circostanze che avevano determinato gli ordini impartiti» (art. 13 r.d.m). È stato giustamente osservato che in tale ipotesi siamo in presenza di «un limite ontologico alla cogenza degli ordini militari¹⁰⁵»: l'iniziativa rappresenta unitamente compimento del dovere di obbedienza e suo stesso confine (in quanto prevede allo stesso tempo un opposto onere di disobbedienza- proprio nel caso in cui sopravvengano nuove circostanze). Da queste considerazioni si deduce che al militare è attribuita la facoltà (addirittura il dovere) di sindacare- verificare, la conformità tra il comportamento impostogli ed il raggiungimento del fine perseguito. Si tratterebbe di un effettivo sindacato di merito.

1.2.4 *Ordini militari*

Il rapporto gerarchico riveste soprattutto nell'ambito dell'ordinamento militare un'importanza centrale. Questo assunto è giustificato dalla consapevolezza che

¹⁰⁴ VITAGLIANO G., op. cit.

¹⁰⁵ BRUNELLI D., in RIONDATO S. (a cura di), *Il nuovo ordinamento disciplinare delle forze armate*, Padova, CEDAM, 1987, pp. 121- 122.

all'interno delle citate istituzioni sia la potestà impositiva che il correlativo dovere di obbedienza rappresentano condizioni fondanti per la salvaguardia della disciplina e per la tutela dell'efficienza delle Forze armate, nello svolgimento dei loro compiti istituzionali. Infatti, è possibile affermare che l'attività svolta dalle Forze armate e dalle Forze di polizia militarmente organizzate si attua prevalentemente per mezzo dello strumento dell'ordine militare, che può essere descritto come il «motore primo della potentissima macchina militare»¹⁰⁶.

Gli ordini possono anche costituire strumento per la realizzazione di violazioni dell'ordinamento giuridico.

Le disposizioni concernenti il rapporto gerarchico e il dovere di obbedienza, in riferimento a questa categoria di impiegati civili dello Stato, sono oggi contenute nelle recentissimo Codice dell'ordinamento militare (decreto legislativo n. 66/2010), il quale ha abrogato la legge sui Principi della disciplina militare (l. 382/1978) e il Regolamento di disciplina militare (d.p.r. 545/86). In realtà, il codice ha comunque ribadito quasi pedissequamente il contenuto della previgente normativa.

L'articolo 1349 Codice ordinamento militare, rubricato "ordini militari", stabilisce al comma 1 che: «gli ordini devono, conformemente alle norme in vigore attenere alla disciplina, riguardare le modalità di svolgimento del servizio e non eccedere compiti d'istituto» e precisa poi al comma 2 «il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i superiori».

L'art. 1349, comma 1 configura l'ordine integralmente legittimo. Secondo quanto disposto da questo articolo, gli ordini gerarchici militari devono essere, innanzitutto, attinenti al servizio e alla disciplina: devono, cioè, riguardare le attività direttamente o indirettamente rivolte alla realizzazione degli obiettivi istituzionali delle Forze armate e rispettare le disposizioni che configurano i

¹⁰⁶ IAFRATE C., *L'ordine: elemento fondamentale del sistema militare*, in *ficiesse.it*

doveri e i diritti riconducibili allo *status* militare¹⁰⁷. In altri termini, relativamente all'attinenza alle modalità di svolgimento del "servizio", la Cassazione¹⁰⁸ ha precisato che questa è esclusa solo nell'ipotesi in cui il comando riguardi un interesse non militare, cioè di natura privatistica o che sia finalizzato a scopi differenti da quelli strettamente militari; diversamente, compete le modalità di svolgimento del servizio, l'ordine che sia sempre riconducibile ai fini posti dalla legge all'apparato militare. Concerne, invece, la "disciplina" l'ordine tendente ad attuare uno qualunque dei doveri connessi allo *status* militare.

I due requisiti non convergono¹⁰⁹. Tuttavia, esiste un nesso tra servizi e disciplina, in quanto il primo fra i doveri del militare è quello di fornire prestazioni di servizi, per cui se un ordine attiene al servizio riguarda anche la disciplina e viceversa¹¹⁰.

L'articolo 1349 stabilisce, inoltre, che l'ordine deve riguardare le «modalità di svolgimento del servizio», proponendo così una nuova formulazione rispetto a quella del previgente art. 4 l. 382/78, che richiedeva l'attinenza dell'ordine al servizio *tout court*. Da questa evenienza è scaturito l'interrogativo se, con la nuova disposizione in esame, il legislatore abbia voluto richiamare un concetto più ristretto rispetto a quello cui si riferiva l'art. 4.

Un'altra condizione di legittimità dell'ordine è la "non eccedenza dai compiti d'istituto": il che manifesta la necessità che il comando persegua scopi affini alla funzione pubblicistica che la legge gli attribuisce. Infatti, il difetto in esame darebbe luogo al vizio dello sviamento di potere¹¹¹.

La condizione necessaria, affinché l'atto possa essere qualificato come legittimo, è rappresentata dal fatto che esso nasca scevro da qualsivoglia vizio che possa

¹⁰⁷ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 70. L'art. 1346, co. 1, Cod. ord. Mil. definisce la disciplina del militare come «l'osservanza consapevole delle norme attinenti allo stato di militare, in relazione ai compiti istituzionali delle Forze armate e alle esigenze che ne derivano».

¹⁰⁸ «Quindi, in un carcere militare il rientro nelle camerate all'ora prescritta non può certamente ritenersi diretto a perseguire un interesse diverso da quelli che caratterizzano il regime e le esigenze della vita militare»: Cass. Pen., Sez. I, 15 luglio 1987, Pesce e Ragazzini, in *Rassegna giustizia militare*, 1988, p. 117.

¹⁰⁹ VITAGLIANO G., op. cit.

¹¹⁰ BRUNELLI D. - MAZZI G., *Diritto penale militare*, IV ed., Milano, Giuffrè Editore, 2007, pp. 321 s.

¹¹¹ Secondo VENDITTI R., *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, p. 186, la previsione che l'ordine non ecceda i compiti di istituto sarebbe superflua in quanto tale requisito non è che un aspetto della non attinenza al servizio.

inficiare l'atto amministrativo stesso. Si tratta, quindi, dell'ipotesi dell'ordine illegittimo per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge.

Soltanto il comando di cui i requisiti appena citati siano propri è quello al quale il subordinato deve dare pronta e scrupolosa esecuzione. Se nasce in capo all'inferiore incertezza circa la conformità dell'ordine ricevuto rispetto alle norme di legge vigenti, egli «deve farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni, ed è tenuto ad eseguirlo se l'ordine è confermato»¹¹².

La disposizione in commento, così come è congegnata, ha perciò spinto parte della dottrina¹¹³ ad affermare che, se il sottoposto riceve un ordine che ritenga illegittimo, a seguito della conferma da parte di chi lo ha impartito, egli si trova di fronte ad una alternativa: «o disobbedire (bene operando se l'ordine è realmente illegittimo; ma con il rischio di essere perseguito per disobbedienza nel caso che l'ordine risulti legittimo), oppure provocare la conferma dell'ordine e poi prestarvi obbedienza (andando esente da ogni responsabilità disciplinare per l'esecuzione nel caso in cui l'ordine risultasse poi illegittimo)»¹¹⁴. Ancora, è precisato che «tale soluzione appare consona alla difficile posizione dell'inferiore, il quale spesso non ha conoscenza di tutti gli elementi che hanno determinato l'emanazione dell'ordine e neppure ha il tempo materiale per una ponderata valutazione di tutti i profili dell'ordine stesso (non si dimentichi che già il semplice ritardo nell'obbedire costituisce condotta rilevante agli effetti del reato di disobbedienza ex art. 173 c.p.m.p)»¹¹⁵.

L'art. 1349, comma 2, prevede, poi, il dovere di non eseguire l'ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato. In simili contesti, la condizione di colui che è chiamato ad attenersi all'ordine è tutt'altro che agevole. Poiché un tale ordine presuppone una situazione di possibile contrasto tra diversi organi dello Stato, sembra davvero difficile stabilire se vi sia o meno una contrarietà rispetto alle istituzioni statali, laddove l'ordine provenga dal rappresentante di una di esse e sia rivolto contro i componenti di un altro

¹¹² RIVELLO P., *Lezioni di diritto penale militare*, Torino, Giappichelli Editore, 2007, p. 68.

¹¹³ VENDITTI R., *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, cit., pp. 192-193.

¹¹⁴ RIVELLO P., *Lezioni di diritto penale militare*, cit., p. 68.

¹¹⁵ *Ibidem*.

organo. Bisognerà, inoltre, accertare se l'esecutore avesse o meno cognizione della circostanza che l'ordine non solo era illegittimo, ma che la sua esecuzione costituiva reato¹¹⁶. Invero, grava sul militare un difficile compito di sindacare l'atto, poiché anche una qualsiasi esercitazione, finalizzata ad addestrare le truppe a compiti di difesa delle libere istituzioni o di soccorso in caso di pubbliche calamità, potrebbe essere interpretata come un tentativo di sovversione contro l'ordine statale.

Anche il T.U. delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare (dpr. 15 marzo 2010, n. 90) puntualizza in modo univoco la necessaria legittimità dell'ordine gerarchico. Nello specifico, l'art. 725, relativo ai doveri del superiore, stabilisce al comma 1 che «il superiore deve tenere per norma del proprio operato che il grado e l'autorità gli sono conferiti per impiegarli ed esercitarli unicamente al servizio e a vantaggio delle Forze armate e per far osservare dai dipendenti le leggi, i regolamenti, gli ordini militari e le disposizioni di servizio»; l'art. 727, comma 1 dispone che gli ordini debbano essere emanati in conformità e nei casi previsti dal codice; l'art. 729, comma 1, richiede, infine, che il militare esegua gli ordini ricevuti «nei limiti stabiliti dal codice e dal regolamento».

L'ordine integralmente legittimo fa sorgere per l'inferiore il dovere di obbedienza e l'inottemperanza ad un simile ordine può comportare per il subordinato la responsabilità disciplinare o penale.

L'art. 1349 del codice, tuttavia, stabilisce soltanto requisiti di legittimità dell'ordine e si limita a segnalare un'ipotesi in cui sicuramente non sussiste il dovere di obbedienza (ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato e ordine comunque manifestamente criminoso, per i quali è previsto il dovere di disobbedienza), senza esaurientemente definire i confini di tale dovere, né quale sia la posizione dell'inferiore nei confronti dell'ordine illegittimo¹¹⁷.

¹¹⁶ BRUNELLI D. - MAZZI G., op. cit., p. 85, osservano che tale rappresentazione «richiede conoscenze attorno alla situazione di fatto e conoscenze di elementi normativi extrapenalistici e penali, mancando le quali non potrebbe imputarsi il fatto, in concorso con il superiore, a titolo di dolo».

¹¹⁷ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 71.

2. *Adempimento di un dovere nel diritto penale militare*

2.1 *L'art. 40 c.p.m.p.*

Preso atto dell'estrema peculiarità propria del settore castrense, è indubbia la necessità che ad esso si riferisca una legislazione particolarmente tipizzante ed autonoma rispetto a quella ordinaria, soprattutto in ambito di cause di giustificazione, ancor più che in altre branche del sistema giuridico nazionale. La volontà di pervenire ad una regolamentazione autonoma poteva del resto apparire comprensibile. La tematica in oggetto rappresentava, infatti, uno dei punti più delicati dell'intero diritto penale. Bisognava operare un arduo bilanciamento fra la necessità di garantire il rispetto dell'obbedienza nei confronti dei superiori e quella di evitare che l'inferiore, contando su un'assoluta immunità da responsabilità penale, potesse divenire strumento di crimini efferati.

Prima del 1978, la norma vigente in materia di adempimento di dovere nel diritto penale militare era l'art. 40 c.p.m.p: il legislatore del 1941 aveva voluto apportare delle specificazioni rispetto alla disciplina scaturente dall'art. 51 c.p. (esercizio del diritto o adempimento di un dovere).

L'art. 40 c.p.m.p. disponeva così: «per i militari in luogo dell'articolo 51 del codice penale, si applicano le disposizioni dei commi seguenti. L'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine del superiore o di altra autorità competente, esclude la punibilità. Se un fatto costituente reato è commesso per ordine del superiore o di altra autorità, del reato risponde sempre chi ha dato l'ordine. Nel caso previsto dal comma precedente, risponde del fatto anche il militare che ha eseguito l'ordine, quando l'esecuzione di questo costituisce manifestamente reato». La norma, quindi, aveva una valenza interamente sostitutiva rispetto alla previsione dell'art. 51 c.p.

Le differenze tra le due norme non era certamente di scarso rilievo. Ad esempio, come a breve verrà meglio chiarito, l'art. 51 c.p. fa riferimento all'adempimento di un dovere imposto «da un ordine legittimo della pubblica autorità», dunque

da un ordine non solo formalmente, ma anche sostanzialmente legittimo, laddove l'art. 40 c.p.m.p. allargava sensibilmente l'ambito di esclusione della punibilità, in quanto il codice penale militare di pace non esigeva la legittimità sostanziale dell'ordine e, per quanto concerneva quella formale, prendeva in considerazione il solo problema della competenza.

Riguardo, quindi, all'adempimento di un dovere imposto da un ordine, durante la vigenza dell'art. 40 c.p.m.p. «si riteneva che, per i reati militari, alla normale corresponsabilità del datore e dell'esecutore dell'ordine, salva l'ipotesi dell'errore di fatto (art. 51 c.p.), la norma penale militare sostituisse la responsabilità esclusiva del superiore gerarchico, eccettuati i casi di criminalità manifesta (art. 40, comma 3 c.p.m.p.)»¹¹⁸. Sulla base del dettato normativo ex art. 173 c.p.m.p., che configura in capo al milite inferiore gerarchico un onere di obbedienza pronta e assoluta agli ordini (pur sempre attinenti al servizio o alla disciplina), si riteneva che il subordinato dovesse sempre presumere la legittimità dell'ordine, cui doveva obbedire, senza possibilità alcuna di sollevare motivati dubbi circa la sua legalità. Dunque, la premessa delle argomentazioni in questione era quella che nel diritto penale militare la regola fosse la insindacabilità degli ordini gerarchici. Dottrina e giurisprudenza maggioritarie ritenevano, infatti, che, poiché il militare doveva dare tempestiva esecuzione al comando (tanto che il mero ritardo avrebbe costituito disobbedienza) e pertanto non sembrava attuabile alcun tipo di indagine sulla legittimità sostanziale del comando stesso, il sindacato consentito all'esecutore doveva inevitabilmente essere ridotto ai casi di manifesta criminalità. Pertanto, al militare non restava che solo un controllo sulla legittimità formale dell'ordine stesso¹¹⁹.

A questa interpretazione era legata la diversa valenza obiettiva che l'ordine assumeva rispettivamente all'interno del comma 1 dell'art. 51 c.p. e del comma 2 dell'art. 40 c.p.m.p.: come sopra accennato, quest'ultimo - che prendeva il posto dell'art. 51, ai fini del reato militare - non richiedeva più che l'ordine fosse *tout*

¹¹⁸ GARINO V., *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere nel diritto penale militare*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV, Torino, UTET, 1990, p. 333.

¹¹⁹ VENDITTI R., *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, Giuffrè Editore, ed. 1978.

court legittimo, ma solo che fosse emanato da un'autorità competente¹²⁰. Sul punto, la dottrina maggioritaria rilevò con risolutezza che i termini legittimità e competenza non sono omologhi; la seconda, infatti, concerne solo uno degli aspetti della legittimità formale.

La situazione di vincolatività dell'ordine, descritta dall'art. 51 ultimo comma in termini di assolutezza, veniva invece, ricondotta a parametri relativi, consentendosi sempre al militare la valutazione della competenza a emanare e ricevere l'ordine, dell'attinenza al servizio o alla disciplina, nonché della non manifesta criminalità dell'ordine stesso (si escludeva, cioè, che l'obbedienza dovuta fosse cieca e inconsapevole)¹²¹.

Quanto al fondamento della disposizione, esso riguardava la necessità di compiere, di fronte ad un ordine (illegittimo) vincolante, un compromesso tra interessi, sbilanciato in favore di quello relativo alla salvaguardia della gerarchia e della disciplina rispetto a quello offeso dal fatto. Conferma della plausibilità di un simile inquadramento la si ricavava dalla formulazione in chiave oggettiva del limite alla vincolatività dell'ordine criminoso, ravvisata nella sua manifesta evidenza¹²² (art. 40 comma 4). Tale formulazione comparve solo nel testo definitivo del codice.

Quanto la manifesta criminalità dell'esecuzione del comando, si precisava che «quando sia comunque acquisita, in fatto, la certezza della scienza del militare di commettere un reato in esecuzione dell'ordine avuto, ciò dispensa da ogni ulteriore indagine obiettiva sulla palese criminalità dell'ordine stesso»¹²³; assunto, questo che rischiava di smontare le stesse argomentazioni descritte, in quanto con esso veniva certamente rilevata un'eccezione all'operatività oggettiva della scriminante.

Questi erano i risultati che la dottrina aveva prodotto, sulla base del descritto quadro normativo.

¹²⁰ BRUNELLI D. - MAZZI G., op. cit., p. 94.

¹²¹ PELLEGRINO B., *Sindacato di legittimità sostanziale dell'ordine e disobbedienza nel sistema penale militare*, in *Giustizia penale*, 1974, II.

¹²² BRUNELLI D. - MAZZI G., op. cit., p. 96.

¹²³ DELITALA G., *Adempimento di un dovere*, cit., p. 571.

2.2 La riforma del 1978. Il recupero dell'art. 51 c.p. per la disciplina militare

Se in origine, la normativa si incentrava su un fondamentale principio, sancito da una norma del Codice Penale Militare di Pace: l'art. 40 che, mediante un caso speciale di "Adempimento di un dovere", tutelava il militare che avesse eseguito un ordine criminoso; oggi, invece, un limite oggettivo al dovere di obbedienza è quello che scaturisce dall'articolo 51 codice penale, il quale è pienamente applicabile in materia di reati militari, perché l'art. 22 legge 11 luglio 1978 n. 382 ha abrogato l'articolo 40 c.p.m.p (norma speciale), e perché l'art. 4 comma 5 della stessa legge ha sancito il dovere del militare di non eseguire l'ordine manifestamente criminoso. In tal modo l'art. 51 c.p. ha potuto espandere la sua efficacia anche in relazione alla disciplina militare.

Tuttavia, a parere di molti, soprattutto dei soggetti direttamente interessati dalla norma, l'abrogato art. 40 del c.p.m.p. era più in armonia con l'ordinamento militare, di quanto non lo sia l'art. 51 c.p., che genera una serie di dubbi interpretativi.

L'art. 51 ammette l'eventualità che un sottoposto risulti esente da responsabilità, allorquando ottemperi ad un ordine illegittimo, se la legge non consente alcun sindacato sulla legittimità dello stesso. «Tale comma potrebbe essere altrimenti letto nel seguente modo: è punito chi esegue un ordine illegittimo in tutti i casi in cui la legge gli consenta di sindacarne la legittimità»¹²⁴.

A tal proposito, la questione della sindacabilità dell'ordine presenta, nella normativa attuale, un doppio profilo: da un lato, la normativa ex art. 51 c.p., secondo cui, a chi esegue un ordine illecito che poteva sindacare non è applicabile la causa di giustificazione; dall'altro punto di vista, la disposizione dell'art. 173 c.p.m.p. che prevede, invece, che incorre nel reato di disobbedienza chi viola un ordine insindacabile, seppur illegittimo.

¹²⁴ IAFRATE C., *Esecuzione dell'ordine militare non manifestamente illecito*, cit.

A partire dagli anni '70, inizia a plasmarsi l'idea di un superamento della risalente premessa che aveva posto le fondamenta per l'intera struttura, la quale esigeva che al militare fosse precluso il c.d. sindacato sostanziale sulla legittimità dell'ordine ricevuto.

Partendo dal presupposto che qualsiasi comando *contra legem*, anche se non manifestamente tale, non essendo né attinente al servizio, né alla disciplina, non avrebbe potuto costituire il presupposto del reato di disobbedienza ex art. 173 c.p.m.p., se ne ricavò che al militare dovesse essere sempre riconosciuto un sindacato (anche sostanziale) dell'ordine¹²⁵. Si sostanzialmente, quindi, in tali casi in capo al sottoposto un'effettiva facoltà di valutazione dell'ordine¹²⁶.

La dottrina iniziò a comprendere che «la tutela primaria dell'interesse dell'obbedienza gerarchica non comporta obbligatoriamente che l'ordinamento approvi l'esecuzione di ordini illegittimi e criminosi al punto tale da equipararne la valutazione giuridica a quella dell'esecuzione di ordini sostanzialmente legittimi»¹²⁷.

¹²⁵ PELLEGRINO B., *Sindacato*, cit, p. 185.

¹²⁶ PELLEGRINO B., *Nuovi profili in tema di obbedienza gerarchica*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1978, p. 159.

¹²⁷ BRUNELLI D. - MAZZI G., op. cit., p. 83.

Capitolo III

L'ordine criminoso

1. *L'ordine illegittimo*

L'intera trattazione si snoda sul punto centrale della questione degli ordini illegittimi e dell'influenza che la loro natura e il loro carattere hanno sulla disciplina del dovere di disobbedienza. In particolare, il capitolo sarà dedicato alla disamina degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sulle problematiche della punibilità del subordinato in caso di mancata esecuzione dell'ordine, della sindacabilità o meno dello stesso, nonché dell'ammissibilità in tale ambito della causa di giustificazione dell'art. 51 c.p., ultimo comma.

Come emerge dalle indagini svolte nei capitoli che precedono, quando parliamo di ordini militari, richiamiamo una normativa di riferimento particolarmente confusa, fumosa, per certi versi anche contraddittoria. Per cercare maggiore chiarezza sul punto, è importante ricorre ad una fondamentale premessa, che si fonda sulla distinzione tra due fattispecie rilevanti in tale contesto. Specificatamente, possiamo parlare di: ordine illegittimo perché non attinente al servizio o alla disciplina e ordine la cui esecuzione costituisce reato.

Per quanto concerne l'ordine illegittimo perché non attinente al servizio o alla disciplina, innanzitutto, possiamo affermare che non sussiste incertezza sul fatto che l'ordine non attinente, in astratto e in concreto, al servizio o alla disciplina non possa essere vincolante, poiché con esso viene chiesta all'inferiore una prestazione non conforme ai compiti d'istituto¹²⁸.

¹²⁸ PELLEGRINO B., *Sindacato*, cit., p. 198. «Che l'ordine non attinente al servizio o alla disciplina non sia vincolante si ricava anche dal tenore testuale della norma relativa al reato di disobbedienza (art. 173 c.p.m.p.) che punisce il militare che “rifiuta, omette, o ritarda di obbedire a un ordine attinente al servizio o alla disciplina, intimatogli da un superiore”. L'infelice formulazione di tale disposizione, che non contiene alcun riferimento alla legittimità dell'ordine,

Autorevole dottrina¹²⁹ è dell'idea che un'imposizione illegittima sia solo apparentemente un ordine; per cui il rispetto della legge (soprattutto l'attinenza al servizio e alla disciplina) assume la valenza di requisito fondamentale per l'esistenza dell'ordine stesso, quindi costituisce il cosiddetto "elemento causale". Tuttavia, questa ricostruzione sembra ignorare che la normativa vigente espressamente richiama l'esistenza di "ordini" illegittimi.

Una recente elaborazione della stessa teoria identifica il presupposto proprio dell'inesistenza con una discordanza dai fini del servizio così macroscopica, da rivelare una carenza di legittimazione al comando, (ad esempio, il comando di sposare qualcuno)¹³⁰. Poiché il nostro ordinamento prevede espressamente la tipologia di vizi che (di per sé irrilevanti) se evidenti diventano vizi rilevanti, questo orientamento sembra più condivisibile. Naturalmente, questa teoria ha un'applicazione circoscritta, in quanto non esaurisce la casistica degli ordini illegittimi.

Infine, non sempre l'illegittimità o criminosità dell'ordine risulta già dalla sua mera formulazione (come accade invece, ad es., per ordini come quello di sparare alla folla). Infatti, esistono anche comandi della cui illegittimità il sottoposto non può avere conoscenza, fintantoché non li esegua (e a volte nemmeno in questo caso). Ad esempio, il comando di recarsi presso un indirizzo per prelevarvi qualcosa o una persona, nasconde la verità su che tipo di indirizzo (caserma o parrucchiere) o di commissione (ritirare una corrispondenza urgente e segreta o una busta della spesa) si tratti; né tantomeno è consentito al subordinato chiederlo al superiore che impartisce l'ordine¹³¹.

potrebbe però far sorgere il dubbio che possa essere dovuta obbedienza anche ad ordini illegittimi se attinenti al servizio o alla disciplina» (PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 72).

¹²⁹ PELLEGRINO B., *Nuovi profili in tema di obbedienza gerarchica*, cit., p. 155, ha affermato, in merito al reato di disobbedienza, «che l'ordine il cui contenuto sia contrario alle norme penali solo apparentemente può soddisfare le esigenze del servizio e della disciplina, e perciò la sua mancata esecuzione non è sumsumibile nella fattispecie dell'art. 173 c.p.m.p.».

¹³⁰ VITAGLIANO G., op. cit.

¹³¹ FORTE B. – IAFRATE C., *Il cittadino militare*, cit. Un esempio di ordine legittimo non attinente cioè al servizio, è quello che ha coinvolto il tenente dei carabinieri Carlo Di Falco (militare delle Sisd), così come raccontata alla stampa (il messaggero del 23 maggio 1994, p. 5). L'ufficiale sarebbe stato trasferito esclusivamente per essersi rifiutato di portare il cagnolino di un noto parlamentare a fare una passeggiata. Preso atto del fatto che il rifiuto di obbedire all'ordine sia

All'interno della categoria degli ordini criminosi bisogna distinguere tra quelli manifestamente criminosi e gli ordini criminosi ma in modo non manifesto. Questi ultimi sono sicuramente quelli più problematici, in quanto nel corso del tempo la dottrina ha assunto posizioni differenti in merito alla possibilità che tale tipo di comando possa sempre far sorgere il dovere di obbedienza. Infatti, di recente, come si dirà successivamente, parte della dottrina ha affermato che di fronte ad un ordine criminoso (anche se non manifestamente) il militare ha il dovere di disobbedire.

Di contro, la non vincolatività dell'ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato e dell'ordine manifestamente criminoso è certamente pacifica: in tali casi la legge impone il dovere di disobbedire.

Brevemente, risulta interessante far cenno ad una posizione dottrinale che guarda con incertezza alla formulazione del secondo comma dell'art. 1349 cod. ord. mil. (l'ordine «manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato»). I dubbi della dottrina nascono dal fatto che è improbabile rappresentare «un'eversione alle istituzioni che non costituisca reato»¹³². Una prima posizione, che tende a salvaguardare l'autenticità della norma e la distinzione tra le due fattispecie che essa propone, ispirandosi a ragioni di natura politica, ha sostenuto che il legislatore abbia voluto attribuire al militare un dovere di disobbedienza, comportando significative conseguenze sulla compattezza dell'ordinamento delle Forze armate. Altri autorevoli autori hanno invece dato peso alla presenza all'interno della norma in questione dell'inciso «comunque», che indubbiamente indica come il legislatore mirasse alla ridondanza della formula. Di conseguenza, non esiste alcun dovere di disobbedienza di natura politica, gli unici ordini che il militare deve disattendere sono quelli «la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato», che costituiscono il *genus* entro cui far rientrare la *species* degli ordini eversivi delle istituzioni. L'esame dei lavori preparatori della

stato l'unico motivo del trasferimento, probabilmente il militare sarebbe riuscito ad evitare il provvedimento o, comunque, avrebbe avuto elementi per opporsi se avesse prima eseguito l'ordine, e successivamente denunciato formalmente l'illegittimità dello stesso al superiore dell'impartitore.

¹³² VITAGLIANO G., op. cit.

legge conferma come proprio in questo senso gli estensori di essa interpretassero il comma¹³³.

2. La manifesta criminalità: limite alla scusabilità dell'errore di diritto penale

La normativa vigente sancisce il principio per cui l'inferiore va esente da responsabilità, qualora non abbia riconosciuto o abbia erroneamente valutato l'illiceità penale dell'ordine, salva l'ipotesi in cui questa fosse manifesta. Dunque, la manifesta criminalità rappresenta il limite alla scusabilità dell'errore di diritto penale, in cui sia incorso il militare che abbia obbedito all'ordine penalmente illecito, ignaro della sua criminalità¹³⁴.

Sicché, ad oggi, dopo la sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale - con la quale ha conferito rilevanza all'ignoranza inevitabile della legge penale, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'articolo 5 codice penale «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità della ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile» -, la criminalità manifesta può essere ritenuta «come un parametro, riconducibile seppur non assimilabile a quelli individuati dalla Corte costituzionale e in seguito sviluppati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per determinare l'inevitabilità dell'errore di diritto in cui sia incorso il militare esecutore»¹³⁵.

¹³³ Ivi.

¹³⁴ ROSIN G., op. cit., pp. 234 ss. La palese criminalità potrebbe anche giocare un ruolo importante nell'ipotesi di errore di fatto sulla legittimità dell'ordine, in quanto in caso di criminalità manifesta l'errore sul fatto escluderà il dolo, ma non la colpa (PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 113).

¹³⁵ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 113, secondo cui «prima dell'intervento della Corte costituzionale sull'articolo 5 codice penale, si era già da taluno avanzata l'idea del possibile riconoscimento della rilevanza dell'errore di diritto sulla legittimità dell'ordine (con il limite della manifesta criminalità), solo per i militari, in deroga al principio generale di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale». Questa eccezione si fondava sulla consapevolezza della peculiarità del dovere di obbedienza militare, il quale deve essere pronto, comportando talvolta

Con la sentenza n. 364 del 1988 la Corte costituzionale ha accolto un principio già in uso (benché con diverse sfumature), in molti altri ordinamenti, si tratta del superamento del concetto dell'inescusabilità assoluta dell'*ignorantia legis*, sancito dall'originario articolo 5 del codice penale.

Dalla decisione della Corte è emerso un concetto di colpevolezza che può essere definito «come principio essenziale di un sistema penale che intenda essere espressione e garanzia di un equilibrato rapporto fra Stato e cittadini, autorità e libertà: fra la tutela dei beni giuridici mediante la coercizione penale e la tutela dell'individuo di fronte alla coercizione»¹³⁶.

Al fine di identificare con chiarezza quali siano i criteri atti a discriminare le ipotesi in cui l'ignoranza della legge sia inevitabile da quelle in cui, invece, non lo sia, è necessario discostarsi e superare i parametri dettati dalla Corte costituzionale nella sentenza del 1988. È stato, infatti, correttamente constatato che: «il concetto di inevitabilità si ricollega in qualche misura ad un criterio realmente personalistico... si realizza concretamente quel rapporto (almeno potenziale) tra cittadino e norma penale che il riconosciuto principio costituzionale di colpevolezza non può non imporre»¹³⁷.

Nell'ottica di quanto riportato, preso atto dell'appena citata personalizzazione della valutazione dell'evitabilità dell'errore o ignoranza della legge penale, sembrerebbe potersi affermare che il criterio su cui si basa il giudizio in questione è intimamente connesso alla particolare condizione in cui si trovano solitamente ad agire i militari, come anche alle eventuali situazioni di fatto che possono condizionare il loro processo motivazionale. Soltanto grazie ad una reinterpretazione della nozione di evitabilità dell'errore di diritto (cioè

che al subordinato sia impedito svolgere un sindacato sulla legittimità dell'ordine, nonché il rischio di porre in essere un illecito penale. Ancora, secondo ROSIN G., op. cit., pp. 234 ss., il combinato disposto degli articoli 51 ult. co. e 4 co. 5 legge 382/78 (che prevedeva il dovere di disobbedienza all'ordine manifestamente criminoso) si riferisce alla causa di giustificazione prevista nel co. 1 dell'articolo 51 e «conferisce pertanto rilievo all'errore che non potendo essere quello di fatto già contemplato nel comma 3, è proprio l'errore di diritto sulla scriminante dell'adempimento di un dovere derivante da un ordine legittimo dell'autorità».

¹³⁶ PULITANÒ D., *Ignoranza della legge*, in *Enc. Dir.*, App., I, Milano, Giuffrè Editore, 1997, p. 617.

¹³⁷ PATRONO, *Problematiche attuali dell'errore nel diritto penale dell'economia*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1988-87, p. 113.

un'attenuazione della portata di tale principio), rappresentata secondo il criterio della manifesta criminalità, si può conseguire per il sottoposto l'immunità dalla responsabilità, in cui eventualmente incorra colui che si trovi nella materiale impossibilità di rendersi conto della criminalità dell'ordine. Da questo punto di vista, il parametro della criminalità manifesta riveste un ruolo importante ai fini della stima della colpa: «se il militare non riconosce una criminalità manifesta incorre in errore colposo non scusabile»¹³⁸.

Avendo inquadrato la scriminante dell'esecuzione dell'ordine criminoso in ambito di colpevolezza, resta da risolvere l'ardua problematica circa l'oggetto del requisito della manifesta criminalità. Infatti, la disciplina dell'ignoranza della legge penale presenta come aspetto più intricato quello della corretta individuazione dei criteri applicabili nel giudizio di inevitabilità: «su tali criteri si misura il grado di reale penetrazione del principio di colpevolezza nella disciplina dell'*ignorantia iuris*»¹³⁹.

2.1 Il problema del criterio di determinazione della manifesta criminalità

Un'ultima considerazione si pone in ordine al problema dell'individuazione del criterio di determinazione della manifesta criminalità della condotta richiesta dal superiore.

La manifesta criminalità può essere intesa in senso oggettivo o in senso soggettivo: «nella prima accezione, essa è un attributo dell'atto immediatamente riconoscibile da chiunque, evidente in se per il contenuto o per la forma dell'ordine. Nella seconda accezione, invece, è una illegittimità che va valutata alla luce del bagaglio di esperienze e delle conoscenze tecniche dell'agente in

¹³⁸ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., pp. 119 - 120.

¹³⁹ *Ibidem*.

concreto»¹⁴⁰. Il criterio della criminalità manifesta è esclusivamente un criterio oggettivo (e quindi concreto) o soggettivo (e quindi astratto), o misto? In altri termini: la criminosità deve essere manifesta a chi? Al subordinato esecutore oppure a chiunque?

Il criterio per valutare il carattere manifesto della criminosità non può essere meramente oggettivo. Non è esaustivo considerare come modello di paragone il solito tipo medio di cittadino, essendo eguale la posizione di tutti i militari di fronte all'ignoranza della legge penale o dei doveri inerenti allo Stato militare, «la possibilità di valutare la criminosità dell'ordine dipende dalla conoscenza degli elementi di fatto, diversa in relazione al punto di osservazione dei vari militari»¹⁴¹. Sotto il profilo oggettivo, come sopra accennato, la manifesta criminosità dell'ordine è «un attributo o qualifica generale dell'atto»: è riconoscibile dal *quisque de populo*¹⁴². Il dovere di obbedienza del subordinato viene meno, non solo nei casi in cui l'ordine sia palesemente criminoso agli occhi di una persona comune, ma anche quando il sottoposto sia, comunque, consapevole del carattere criminoso dell'ordine, pur se ciò non sia manifesto: la conoscenza, da parte del subordinato, dell'inesistenza dei presupposti di fatto che avrebbero legittimato l'ordine comporta infatti il venir meno della generale presunzione di legittimità che assiste gli ordini dei superiori gerarchici¹⁴³.

Inoltre, non sembra condivisibile l'uso esclusivo del criterio oggettivo, in quanto questo può comportare un'eccessiva spersonalizzazione del giudizio di inevitabilità, che non tenga conto della difficile posizione del subordinato. Al contempo, però, non si può adottare un criterio esclusivamente soggettivo: ci si troverebbe di fronte ad una serie numerosa di giudizi frutto di un'eccessiva indulgenza.

Autorevole dottrina afferma che i due punti di vista non sono contrastanti, ma convergono: si impone un contemperamento tra i due criteri. Dunque, «la manifesta criminosità dev'essere valutata anzitutto secondo un parametro

¹⁴⁰ GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale*, cit., pp. 768.

¹⁴¹ Trib. Mil. Roma, 1 Agosto 1996, Priebke, in *Rass. Giust. Mil.*, 1999.

¹⁴² SANTORO A., *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, UTET, 1957, p. 233.

¹⁴³ DOLCINI E.- MARINUCCI G., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 162.

oggettivo, facendo riferimento alle capacità di valutazione del militare medio (agente modello). In secondo luogo, è opportuno temperare questo criterio oggettivo con componenti di tipo soggettivo, rappresentate dalla conoscenza, da parte dell'inferiore, di circostanze significative per la valutazione della situazione di fatto, dato che tale conoscenza muta in relazione al punto di osservazione dei vari militari»¹⁴⁴.

Secondo Padovani, poi, «il riferimento alla manifesta criminalità dell'ordine costituisce criterio presuntivo di prova circa l'effettiva consapevolezza da parte del subordinato... ma ove la prova della consapevolezza sia comunque certa, sarebbe assurdo che il criterio presuntivo stabilito per accettarla finisse con il negare il proprio stesso fondamento logico, giocando a favore dell'agente contro la realtà della sua rappresentazione soggettiva».

Dalla tesi in parola si desume che quando la criminalità dell'ordine imposto sia nota anche al sottoposto (il che è lo stesso di dire che sia ad esso manifesta), questa finisce per assumere il ruolo di limite all'insindacabilità dell'ordine. La manifesta criminalità e la criminalità riconosciuta chiamano in causa il dovere di disobbedienza all'ordine criminoso, di regola insindacabile¹⁴⁵.

Infine, il concetto di ordine manifestamente delittuoso può essere spiegato in questi termini: «nessuno può essere tenuto ad eseguire un ordine, se sa che, eseguendolo, commette un reato; se lo esegue sarà quindi chiamato a rispondere penalmente del reato commesso, in concorso con il superiore»¹⁴⁶. Tale enunciato andrebbe ad inficiare la stessa configurabilità di un ordine criminoso vincolante: affermare che il dubbio del subordinato sulla legittimità dell'ordine basterebbe a renderlo inefficace, lasciando sussistere la

¹⁴⁴ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., pp. 121 - 122: «D'altra parte, sarebbe assurdo non prendere in considerazione anche il profilo soggettivo di eventuali migliori conoscenze dell'agente concreto: il dovere di obbedienza ha per presupposto la presunzione di legittimità dell'ordine, la quale viene a mancare quante volte l'inferiore è comunque consapevole che, con la emanazione dell'ordine, il superiore si propone di commettere un reato». MANTOVANI, "Colpa", in *Digesto/Pen.*, II, Torino, 1988, p. 299.

¹⁴⁵ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 86.

¹⁴⁶ DELITALA G., *Adempimento di un dovere*, cit., p. 571.

responsabilità dell'esecutore, equivale a dire che è sufficiente quel dubbio per fare venir meno il dovere di obbedienza.

2.2 *La sindacabilità dell'ordine manifestamente criminoso con particolare riferimento al caso della scuola Diaz di Genova (Cass., Sez. V, 2 ottobre 2012, n. 38085)*

La questione della sindacabilità dell'ordine illegittimo da parte dell'inferiore e il tema dell'ordine manifestamente criminoso sono stati oggetto di una recente decisione della Suprema Corte: si tratta della sentenza¹⁴⁷ con cui i giudici si sono pronunciati in merito alle vicende conosciute come i c.d. "fatti di Genova" del 2001, quando le Forze dell'ordine, dopo un'intera giornata di scontri con i manifestanti, in chiusura del G8, eseguirono un'irruzione nelle scuole "Diaz", "Pertini" e "Pascoli", nell'intento di assicurare un'efficace protezione della sicurezza collettiva e dell'incolumità personale dei singoli.

Una volta terminata la riunione del G8, la notte del 21 luglio 2001, come risposta ai numerosissimi episodi di violenza e devastazione, durante i quali si era verificata anche la tragica morte di Carlo Giuliani, l'alto comando delle Forze della polizia di Stato ordinava di effettuare una perquisizione all'interno del plesso scolastico «Diaz-Pertini», per la messa in sicurezza dell'edificio, poiché si sospettava la presenza di gruppi della frangia dei "*black block*" (maggiori fautori delle violenze verificatesi in città) e, alla stregua di informazioni ricevute da fonti qualificate, l'esistenza di armi.

L'operazione della Polizia, per quanto legittimata ai sensi dell'art. 41 TULPS, si è, tuttavia, «rivelata illecita nelle sue modalità esecutive»¹⁴⁸: l'irruzione, eseguita da agenti di polizia e carabinieri, si concluse con l'arresto di 93 persone accusate di associazione a delinquere finalizzata alla devastazione e al saccheggio, resistenza aggravata a pubblico ufficiale, possesso di congegni esplosivi e armi improprie; dei 93 arrestati, tuttavia, ben 87 riportavano lesioni personali, decine di essi

¹⁴⁷ Cass., Sez. V, 2 ottobre 2012, n. 38085.

¹⁴⁸ SANTISE M. - ZUNICA F., *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, p. 201.

furono portati in barella, uno dei quali rimase in coma per due giorni, subendo danni permanenti: le immagini delle riprese mostrarono uno scenario ben diverso da quello dichiarato dal portavoce della polizia (muri e pavimenti erano macchiati di sangue).

Le Forze dell'ordine non fornirono indicazioni certe sui mezzi coinvolti, né tantomeno su chi li guidasse, e le testimonianze sulla presenza dei *black block* non ebbero riscontro in alcuna fonte.

Tra i fatti più sconcertanti, non si può omettere quello relativo alla riproduzione di prove false. In particolare, nel pomeriggio della giornata del 21 luglio, il vicequestore aggiunto Pasquale Guaglione ritrova, in una siepe, due *molotov*, che consegna al generale Valerio Donnini, il quale (non essendo ufficiale della P.G.) non era tenuto alla verbalizzazione del ritrovamento. Le molotov furono portate, la sera, dalle Forze armate all'interno della scuola Diaz e mostrate, in seguito, come prova a carico della presenza di violenti nell'edificio.

Nelle due pronunce di merito è stato rilevato, come poi confermato dalla Suprema Corte, che «l'esito dell'operazione era stato l'indiscriminato e gratuito pestaggio di pressoché tutti gli occupanti il plesso scolastico, preceduto dall'altrettanto gratuita aggressione portata dagli operatori di polizia nei confronti di cinque inermi persone che si trovavano fuori dalla scuola»¹⁴⁹. Il numero quasi totale dei presenti feriti è stato ricondotto al fatto che gli agenti, entrati nell'edificio, si erano scagliati sui presenti, sia che dormissero sia che stessero immobili in atteggiamento di resa, con «condotta cinica e sadica», per usare le espressioni della Corte di appello di Genova, ritenuta «del tutto condivisibile» della Corte di Cassazione.

La Suprema Corte è stata tra l'altro chiamata a giudicare la sussistenza di responsabilità penale dei singoli membri della polizia, che avevano posto in essere non solo atti di violenza, ma anche reati di falsa attestazione di fatti, nella stesura delle informative sull'operazione.

¹⁴⁹ Cass., Sez. V, 2 ottobre 2012, n. 38085.

In merito alla vicenda, la Corte di Cassazione, condividendo l'idea che sin da subito i vertici di polizia avevano dato "carta bianca" circa le operazioni da svolgere, ha dichiarato l'inapplicabilità della scriminante dell'adempimento di un dovere «nel caso in cui un appartenente alla polizia di Stato abbia agito in esecuzione di un ordine avente ad oggetto la commissione di un reato»¹⁵⁰, ribadendo che all'operatore di polizia sia consentito un pieno sindacato sulla legittimità dell'ordine ricevuto, e argomentando anche sulla base della normativa attuale.

In realtà, la disposizione di riferimento, ad oggi vigente, desta una serie di perplessità: l'art. 66 comma 4 legge 30 giugno 1981, n. 121 sull'ordinamento della polizia, infatti, prevede che se il subordinato ritiene che l'ordine ricevuto sia palesemente illegittimo, deve sindacarlo, indicandone le ragioni, ma se è confermato per iscritto, questo deve essere ottemperato. Inoltre, di fronte a situazioni di pericolo e urgenza il sottoposto deve obbedire, anche se l'ordine gli appaia palesemente illegittimo, quando sia confermato, anche solo verbalmente. È vero anche, però, che questa norma si riferisce solo all'ordine illegittimo, non anche espressamente alla *species* dell'ordine criminoso.

2.3 L'ordine manifestamente criminoso e crimini di guerra

Un'attenzione particolare meritano quelle pronunce giurisprudenziali nelle quali l'operatività della scriminante dell'adempimento di un dovere si è intrecciata con delle particolari circostanze fattuali, condizionate da uno specifico contesto temporale di riferimento. L'applicazione dell'art. 51 c.p. è stata invocata, infatti, anche al fine di giustificare atti macroscopicamente criminosi, commessi, in adempimento di ordini gerarchici, durante periodi di guerra. Il pensiero corre spontaneo ai notori accadimenti delle atrocità naziste, quindi dei campi di

¹⁵⁰ Cass., Sez. V, 2 ottobre 2012, n. 38085; SANTISE M. - ZUNICA F., op. cit., p. 201.

sterminio, delle stragi di intere popolazioni (di cui tragico esempio ne è il “caso Calley” esploso nel 1970 durante la guerra nel Vietnam), gli stupri commessi per odio etnico da militari serbi durante la guerra in Bosnia, etc.

2.3.1 *Gli eccidi delle Cave Ardeatine*

Emblematiche sono le due sentenze con le quali la Corte di Cassazione, ad oltre mezzo secolo di distanza, pone fine alle tristemente note vicende delle Cave Ardeatine e di Sant’Anna di Stazzema.

Gli eccidi, pianificati ed eseguiti nel corso dell’anno 1944 dalla Forze armate naziste, videro protagonisti numerosi ufficiali tedeschi, per i quali le loro difese avevano invocato l’applicazione della causa di giustificazione dell’adempimento di un dovere, vincolante e non sindacabile, loro impartito dai superiori gerarchici; contro un impianto d’accusa basato sull’eccezione di manifesta criminalità.

Proprio in tema di manifesta criminalità, è utile ricordare che «risulta manifesto ciò che appare indubitabile, palese a prima vista»¹⁵¹. La dottrina ha precisato che il concetto dovesse essere determinato alla luce di parametri oggettivi, in base alla considerazione dell’uomo medio, ma anche che tale criterio dovesse essere temperato dalla considerazione secondo cui la possibilità di valutare la criminalità dell’ordine è comunque connessa ai dati conoscitivi in quel momento in possesso dell’agente chiamato all’esecuzione dell’ordine stesso¹⁵². Tale impostazione è stata proprio quella recepita dalla giurisprudenza, che ne ha fatto uso nel corso del travagliato *iter* processuale per la strage delle Fosse Ardeatine, soffermandosi ad analizzare gli ambiti di operatività della scriminante dell’adempimento del dovere.

Il 23 marzo 1944 a Roma, a seguito di un attentato partigiano degli appartenenti all’organizzazione clandestina di resistenza alle forze tedesche occupanti, morirono 32 soldati tedeschi del battaglione Bozen, in transito in via Rasella. A titolo di rappresaglia fu ordinato al tenente- colonnello delle SS. Herbert Kappler,

¹⁵¹ RIVELLO P., op. cit., p. 65.

¹⁵² PULITANO’ D., *Esercizio di un diritto*, p. 329, osserva che, per definire la manifesta criminalità dell’ordine, un punto di vista oggettivo e quello soggettivo più che contrapporsi, si integrano.

di fucilare con la massima rapidità (entro 24 ore) un numero di italiani decuplo di quello dei tedeschi uccisi. Fu predisposto un elenco comprendente condannati a morte o all'ergastolo per motivi politici, cittadini italiani-ebrei arrestati nel corso di un rastrellamento e detenuti comuni. Il massacro di ben 335 vittime (poi murate) avvenne tramite la loro fucilazione il 24 marzo del 1944 all'interno delle Fosse Ardeatine. Alle operazioni presero parte anche gli ufficiali Priebke e Hass.

Nel dopoguerra, a seguito della restaurazione dello Stato democratico, tra i responsabili di tale strage: Kappler fu condannato con sentenza del tribunale militare territoriale di Roma nel 1948; mentre, la lunga vicenda processuale di Priebke (dopo la latitanza in Argentina e l'estradizione del 1995) è terminata con la Sentenza della I sezione della Corte di Cassazione del 16 Novembre 1998¹⁵³.

Per i giudici, il punto nodale di tutta la vicenda è stato sicuramente quello di decidere sull'applicabilità o meno della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere nei confronti dei protagonisti del massacro.

Nel 1948 il Tribunale Militare ha ritenuto che la condotta di Kappler fosse scriminata in quanto non poteva dirsi raggiunta la prova della coscienza e della volontà del gerarca nazista di obbedire ad un ordine illegittimo, in considerazione dell'«abito mentale portato all'obbedienza pronta formato nella organizzazione delle SS dalla disciplina rigidissima»¹⁵⁴ (Kappler fu comunque condannato per l'uccisione di quindici uomini non compresi nell'ordine di rappresaglia).

La giurisprudenza ha poi escluso l'applicabilità agli imputati Priebke e Hass della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere. La Cassazione, con sentenza del 17 settembre 1998, ha sposato la tesi secondo cui tutte le volte che l'attività imposta dal superiore sia, agli occhi di un agente comune, chiaramente delittuosa, è impossibile fare ricorso alla causa di esclusione della responsabilità e all'immunità dall'applicazione della pena per inconsapevolezza o mancata percepibilità (soggettiva) del carattere criminoso del comando. Quindi, il contenuto indiscutibilmente (cioè oggettivamente) criminoso dell'ordine

¹⁵³ GIOVAGNOLI R., op. cit., p. 769.

¹⁵⁴ Tribunale militare Roma, 20 Luglio 1948, n. 631.

costituisce limite all'insindacabilità e alla vincolatività dell'ordine, tipiche del sistema gerarchico militare¹⁵⁵.

Anni prima, nel 1996, lo stesso Tribunale Militare di Roma, chiamato a decidere sulla stessa vicenda, aveva affermato che «è manifestamente criminoso... l'ordine che impone un atto o un'azione che l'uomo medio immediatamente avverte come delittuosi, riferendosi a parametri semplici come l'ordinaria esperienza, la morale corrente, ed il senso comune, la coscienza civile ed il normale sentimento di umanità. Opinando diversamente, si giungerebbe alla paradossale non punibilità del militare che, ad esempio, imbevuto della folle ideologia del nazismo (che considerava legittimo e non criminoso l'olocausto degli ebrei) obbedisca all'ordine di uccisione, senza motivo, di un israelita, nella soggettiva convinzione che tale ordine non sia manifestamente delittuoso; mentre lo stesso ordine, agli occhi di qualunque altra persona, apparirebbe oggettivamente criminoso, e, quindi, la sua esecuzione finirebbe per rendere punibile proprio il militare scevro da deliranti ideologie... Non si può individuare la manifesta criminalità attraverso parametri diversi da quelli oggettivamente riferibili all'uomo medio, perché altrimenti ogni esecutore di ordini potrebbe sempre sollecitare il dubbio del giudice adducendo la soggettiva non consapevolezza della loro criminalità»¹⁵⁶. In particolare, con specifico riferimento al fatto storico oggetto del detto processo è stato asserito che «qualunque persona media si sarebbe accorta che quella esecuzione così disumana, così barbara, così cinica, per il numero sproporzionato delle vittime, per i criteri che avevano portato alla loro scelta e per le modalità dell'esecuzione, si poneva in contrasto con i più elementari ed imprescindibili principi che regolano il modo di operare dell'uomo in ogni società, sia in tempo di pace che in periodo bellico»¹⁵⁷. Lo sterminio, secondo i giudici chiamati a pronunciarsi, appare talmente efferato da non porre incertezze sulla legittimazione a disobbedire agli ordini da parte di Priebke e Hass: tale asserzione è avallata,

¹⁵⁵ GIOVAGNOLI R., op. cit., p. 770; Cass. Pen. 16 novembre 1998 (dep. 1 dicembre 1998).

¹⁵⁶ Trib. Mil. Roma, 1 Agosto 1996, Priebke, in *Rass. Giust. Mil.*, 1999, p. 27.

¹⁵⁷ Ivi.

infatti, sia dal cinismo e dalla crudeltà che ha caratterizzato le modalità di esecuzione delle vittime, sia dalla sproporzione tra vittime e soldati tedeschi morti nell'attentato di via Rasella.

In una successiva pronuncia, si è ribadito che «l'ordine è manifestamente criminoso quando il tipo medio di persona è in grado di avvertirne il disvalore penale, così da pervenire a ritenere anche che l'art. 40 c.p.m.p ult. comma in realtà non impone all'inferiore un sindacato di legittimità sostanziale, un controllo in fatto e in diritto, bensì disciplina situazioni che, proprio perché manifestamente criminose, non abbisognano di particolari controlli»¹⁵⁸.

La Cassazione, infine, come sopra accennato, ha ritenuto, dimostrata l'adesione psichica da parte degli imputati all'ordine criminoso, escludendo l'operatività della scriminante.

In conclusione, è importante ricordare che la sentenza "Hass e Priebke" è stata posta a fondamento della successiva pronuncia, con la quale, dieci anni più tardi, si chiudeva il giudizio contro gli esecutori del massacro di Sant'Anna di Stazzema¹⁵⁹. Ed invero, come afferma la Cassazione, le caratteristiche dell'operazione di rastrellamento, pianificata e condotta contro i partigiani e la popolazione civile, che cagionò la morte di centinaia di persone, mai avrebbero potuto far sorgere negli esecutori la convinzione di obbedire ad un ordine legittimo¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Trib. Mil. Roma, 22 Luglio 1997, Hass e Priebke, in *Rass. Giust. Mil.*, 1999, p. 103. RIVELLO P., op. cit., p. 66: il tribunale militare di Roma ha sostenuto che «il dovere di disobbedire all'ordine manifestamente criminoso scatta indipendentemente dal fatto che l'inferiore, disobbedendo, si ponga nella condizioni di impedire che l'evento comunque si verifichi. È evidente, infatti, che il singolo militare non deve obbedire all'ordine criminoso impartitogli, pur quando abbia la consapevolezza che altri saranno disponibili ad ottemperarvi».

¹⁵⁹ Cass., sez. I, 8 novembre 2007, SOMMER et al., in *Foro it.*, 2008, II, p. 456.

¹⁶⁰ Allo stesso modo, viene negato l'applicazione della scriminante anche nelle due recenti pronunce della giustizia militare, con le quali sono stati condannati i responsabili dell'eccidio di Marzabotto. (Trib. Mil. La Spezia, 13 gennaio 2007; App. mil. Roma, 7 maggio 2008: nelle sentenze si ribadisce che «qualunque militare deve opporsi all'esecuzione di un ordine intollerabilmente confliggente con i precetti che devono governare la coscienza di ogni essere umano»).

2.3.2 Gli eccidi del 1944 lungo l'Appennino Tosco – Emiliano, le condanne del 2011

Tra marzo e maggio del 1944, lungo l'Appennino Tosco-Emiliano, per ordine ricevuto da ufficiali e sottufficiali loro superiori, centinaia di soldati nazisti compirono un vero e proprio massacro della popolazione civile, 360 tra uomini, donne e bambini.

Il Tribunale Militare di Verona¹⁶¹, a 67 anni da quegli eccidi, ha condannato sette tra ex ufficiali e sottufficiali tedeschi, infliggendogli la pena dell'ergastolo. Gli imputati erano originariamente dodici, tre dei quali sono deceduti nelle more del processo, mentre due di loro sono stati assolti per non aver commesso il fatto.

I giudici decidenti, nella loro pronuncia, non hanno omesso i particolari più crudi e disumani con cui si è sostanziata la vicenda, dettagli che avallano il riconoscimento a carico degli imputati delle circostanze aggravanti di motivi abietti e efferatezza nell'agire.

Le condanne sono per concorso nel delitto di cui all'art. 185 del c.p.m.g., norma che incrimina la «violenza con omicidio contro privati nemici». Di fatto, il Tribunale ha ritenuto sussistenti due delle aggravanti ad effetto speciale di cui all'art. 577 c.p.: quella prevista dal n. 3 (la premeditazione) e quella indicata al n. 4, dal momento che gli imputati agirono per motivi abietti, esercitando sevizie nei confronti dei civili¹⁶².

Mentre nella prima parte della sentenza, dedicata alla ricostruzione dei fatti, le condotte di partecipazione degli imputati sono esaminate una per una; nella seconda parte della motivazione, dedicata alla loro qualificazione giuridica, il collegio le prende in considerazione congiuntamente.

¹⁶¹ Trib. Militare Verona, 6 luglio 2011 (dep. 4 ottobre 2011).

¹⁶² ZIRULIA S., *Cause esimenti. Ergastolo per gli eccidi nazisti commessi nel 1944 lungo l'Appennino tosko-emiliano: esclusi stato di necessità e adempimento del dovere*, (Trib. Militare Verona 6 luglio 2011), in *penalecontemporaneo.it*, 2011.

I profili di antigiuridicità delle condotte degli imputati vengono affrontati dalla sentenza in maniera unitaria.

Per quanto concerne la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere, il collegio ha affermato che bisognava fare riferimento all'art. 40 c.p.m.p. (abrogato), in quanto più favorevole dell'art. 51 c.p.: infatti, è stato espressamente dichiarato che la norma dovrebbe essere applicata congiuntamente al «par. 47 del codice penale militare tedesco, applicabile durante il conflitto mondiale, secondo il quale vigeva la regola della sostanziale irresponsabilità dell'esecutore materiale dell'ordine, a meno che questo non avesse ad oggetto un fatto manifestamente criminoso»¹⁶³.

La questione di fondo era quella di stabilire se gli ordini in parola avessero provocato lo sconfinamento del limite entro cui sussiste per il subordinato il dovere di obbedienza, determinando l'opposto dovere di disobbedienza. Il limite in questione sarebbe la manifesta criminalità dell'ordine, da valutarsi secondo «un apprezzamento che fa parte integrante di ogni comune sensibilità e che, per tale evidente ragione, viene richiesto anche al subordinato chiamato a dare esecuzione agli ordini»¹⁶⁴.

Il Tribunale stabilisce, infine, che «il sistematico ed indiscriminato sterminio della popolazione civile, intesa nella sua globalità e comprendente donne, vecchi e bambini, costituiva un crimine di abnorme efferatezza e si presentava con tali connotati a chiunque fosse stato chiamato, a qualsiasi titolo, a prendervi parte e dare il suo contributo»¹⁶⁵. Di conseguenza, è stata esclusa l'applicabilità della scriminante in argomento, per la sussistenza di ordini manifestamente criminosi.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ Trib. Militare Verona 6 luglio 2011.

¹⁶⁵ Trib. Militare Verona 6 luglio 2011.

3. *L'ordine criminoso come limite al dovere di obbedienza*

Come detto, sicuramente, la categoria di ordini che solleva maggiori incertezze è costituita dagli ordini meramente criminali, che non siano anche manifestamente tali. A destare perplessità è stata principalmente la qualificazione di questi ordini in termini di "limite" rispetto al requisito della vincolatività. In realtà, le opinioni al riguardo non sono affatto pacifiche, né in giurisprudenza né in dottrina.

Nella prassi le corti evitano (per ragioni di opportunità) la condanna per disobbedienza a ordini illegittimi; soltanto l'ipotesi di manifesta criminalità determina la sindacabilità, cioè il dovere di disobbedienza. La Cassazione si pronuncia in tali termini: «eccezion fatta per il caso di manifesta criminalità, il dovere di obbedienza ... è assoluto»; «il militare inferiore di grado può opporre legittimamente rifiuto solo allorché ... la ... esecuzione costituisca manifestamente reato, salva restando la facoltà di impugnare il provvedimento ritenuto lesivo dei suoi interessi per via gerarchica e attraverso la giustizia amministrativa»¹⁶⁶.

Tuttavia, la Corte (anche nelle stesse sentenze), dichiara che «è necessario che l'ordine attenga al servizio e non ecceda i compiti d'istituto»; «il dovere di obbedienza ... è assoluto, salvo i limiti posti dalla legge»¹⁶⁷. Sembrerebbe che i giudici non tengano conto, o vogliano ignorare, che non è necessario che un ordine sia manifestamente delittuoso, perché sia semplicemente illegittimo¹⁶⁸.

In merito alle ipotesi dottrinali, possiamo affermare con certezza che le posizioni sono diverse e antitetiche.

Parte della dottrina¹⁶⁹ dirime la questione sostenendo che l'ordine criminoso sia comunque vincolante, quindi propende per l'applicabilità della scriminante *ex*

¹⁶⁶ Cass., 26 novembre 1993, in SCANDURRA G., op. cit., p. 58; Cass., 30 maggio 1985, in SCANDURRA G., op. cit., p. 202; VITAGLIANO G., op. cit.

¹⁶⁷ Cass. Sez. I, 23 ottobre 1986, n. 11632, in TENCATI A., op. cit., p. 812; Cass. 26 novembre 1993, in SCANDURRA G., op. cit., p. 58.

¹⁶⁸ *Ivi*.

¹⁶⁹ PETRONE M., *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980, p. 288.

art. 51 ult. co. c.p.. Questa asserzione sarebbe giustificata dalla tesi secondo cui l'art. 1349 C.O.M. è *lex minus quam perfecta*. Da tale articolo infatti (in combinato disposto con l'art. 1347 C.O.M. e 729 T.U.O.M.) discenderebbe che gli ordini illegittimi devono essere comunque obbediti, avendo, se criminosi, efficacia scriminante; l'unico sindacato consentito sarebbe quello «necessariamente limitato ai casi di manifesta illegittimità»¹⁷⁰.

Differente è la posizione assunta dal S. Riondato, secondo il quale è necessario che all'interno della questione dell'ordine illegittimo siano individuati due punti di vista differenti: il piano oggettivo e quello soggettivo, poiché solo quest'ultimo concerne il problema della sindacabilità. Sul piano oggettivo l'ordine illegittimo dovrebbe essere sempre disatteso, come confermato da tutte le disposizioni che impongono la conformità dell'ordine alle norme (sia quelle che richiedono l'attinenza alle modalità di servizio e alla disciplina, sia le norme extra-penali che quelle penali)¹⁷¹. Invece, dal punto di vista soggettivo, la previsione ex art. 173 c.p.m.p. che impone espressamente un dovere di pronta obbedienza agli ordini (penalmente sanzionato), inibisce la possibilità di sindacare; a questo scopo, l'art. 729 ammette il dovere di obbedienza anche ad un ordine illegittimo, se confermato. In sostanza, l'ordine illegittimo non è vincolante, in quanto chi si rifiuta di eseguirlo è immune dalla sanzione per disobbedienza; d'altro canto l'ordine è insindacabile nel senso che chi lo esegue beneficia della scriminante. In altri termini, per salvaguardare il subordinato da eventuali sanzioni penali e garantire l'efficienza e il regolare svolgimento delle attività militari, di fronte ad un ordine illegittimo sorge in capo al subordinato la facoltà di obbedire (senza incorrere nella punibilità per il reato che si è eventualmente sostanziato) o non obbedire (scongiurando l'applicabilità dell'art. 173 c.p.m.p.). Quindi, all'ordine confermato deve essere attribuita efficacia scriminante¹⁷².

¹⁷⁰ GARINO V., *Disciplina militare*, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, III, Torino, 1984, p. 8.

¹⁷¹ VITAGLIANO G., op. cit.

¹⁷² VITAGLIANO G., op. cit.

Esiste, altresì, una dottrina¹⁷³ che afferma perentoriamente l'inefficacia dell'ordine illegittimo. Secondo questa opinione, l'art. 1349 è *lex perfecta*, che attribuisce al sottoposto la potestà di sindacato sulla legittimità del comando. Infatti, alla luce delle disposizioni vigenti, non si potrebbe asserire che da un ordine illegittimo scaturisca il dovere di obbedienza. Il legislatore, tramite il richiamo alla conformità dell'ordine alla legge (art. 1349, co. 1, Cod. ord. mil.), avrebbe stabilito che, per poter giustificare il dovere di obbedienza, l'ordine debba essere legittimo, sia dal punto di vista formale che sostanziale. Sarebbe lo stesso Codice (art. 1347) a dichiarare che l'obbedienza consiste «nella esecuzione pronta, rispettosa e leale degli ordini attinenti al servizio e alla disciplina, in conformità al giuramento prestato».

Il complesso della norme surriferite provverebbe che sull'inferiore grava un vincolo di obbedienza, fintantoché l'ordine è integralmente legittimo¹⁷⁴: al militare sarebbe consentito pieno sindacato sulla legittimità dell'ordine ricevuto¹⁷⁵. Questo deriva dal fatto che esiste un intimo legame tra legittimità e vincolatività dell'ordine.

Infine, della teoria citata (che svuota definitivamente la categoria degli ordini insindacabili) si approfondiranno i contenuti nei paragrafi che seguono, dove si chiarirà come essa prova a confutare le critiche secondo cui questa posizione è affetta da un'incongruenza: il militare inferiore gerarchico è tenuto ad una pronta obbedienza (dato che l'art. 173 punisce anche il semplice ritardo), non avendo quindi la materiale possibilità, considerato il breve lasso di tempo concessogli, di svolgere una approfondita verifica dei profili di legittimità dell'ordine; con ciò si rischierebbe di pretendere che il subordinato agisca con rapidità decisionale non indifferente, in ogni caso rischiando di incorrere da un

¹⁷³ NUVOLONE P., *Valori costituzionali della disciplina militare e sua tutela nel codice penale militare di pace e nelle nuove norme di principio*, in *Rassegna Giustizia militare*, 1979, p. 30; PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit.; VEUTRO V., op. cit., p. 402. TENCATI A., op. cit., p. 1094.

¹⁷⁴ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 73.

¹⁷⁵ GARINO V., *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere nel diritto penale militare*, cit., p. 334.

lato nel reato ex art. 173 c.p.m.p., dall'altro in quello derivante dall'esecuzione dell'ordine eventualmente criminoso¹⁷⁶.

In ultimo, se si esclude che la posizione del militare nei confronti dell'ordine illegittimo sia quella di un cieco dovere di obbedienza, bisogna anche chiarire se egli abbia «facoltà di scegliere tra obbedienza e disobbedienza, oppure se abbia un vero e proprio dovere di disobbedire»¹⁷⁷.

4. La sindacabilità dell'ordine

Come già ribadito, l'ultimo comma dell'articolo 51 c.p. esclude la punibilità dell'esecutore dell'ordine criminoso, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine. L'espressione usata dalla norma ("legge che non consente alcun sindacato") suscita l'esigenza di analizzare le norme di diritto amministrativo e giuslavoristiche che disciplinano il dovere di obbedienza nei diversi settori pubblici, per constatare se esistano realmente ipotesi in cui al subordinato sia negata la facoltà di sindacare l'ordine¹⁷⁸.

Se al sottoposto non fosse riconosciuto alcun potere di sindacato, su di lui graverebbe un dovere di obbedienza cieca. Di conseguenza, la determinazione dei casi in cui sia o meno attribuita all'inferiore la possibilità di valutazione della legittimità incide sulla qualificazione del vincolo di obbedienza in termini più o meno assoluti.

A tal riguardo, esistono due opinioni perfettamente antitetiche, cui si affiancano altre intermedie, come quella che riconosce esclusivamente il sindacato sulla legittimità formale dell'ordine, oppure quella che riconosce al subordinato il potere di rimostranza. Le tesi estreme sono: quella cosiddetta dell'obbedienza

¹⁷⁶ GARINO V., *Disciplina militare*, cit., p. 9 e GARINO V., *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere nel diritto penale militare*, cit., p. 335.

¹⁷⁷ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 74.

¹⁷⁸ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 56.

assoluta (tradizionalmente supportata dalla necessità per la pubblica amministrazione di avere un'organizzazione efficiente) e quella del sindacato sostanziale, secondo cui il dovere di obbedienza nasce soltanto di fronte ad un ordine legittimo, essendo consentito al subordinato un sindacato pieno.

Nell'ottica di quanto riportato, «il problema della sindacabilità dell'ordine nasce non da disquisizioni dottrinali, ma da una norma di diritto positivo, e cioè l'art. 51 c.p.; appare grave la carenza della Legge di Principio che, pur generalizzando l'applicabilità della scriminante, nulla dice sul punto della sindacabilità»¹⁷⁹. La questione non è nuova: già nel corso dei lavori preparatori, era stato sollevato il problema che la legge disciplinasse il dovere di disobbedienza soltanto in relazione al momento dell'emanazione degli ordini, ignorando la circostanza dell'esecuzione, a cui è connesso il tema della sindacabilità. In quella sede vennero prospettate le incertezze che la scelta del legislatore avrebbe provocato¹⁸⁰. La disposizione, infatti, non chiarisce al militare quale condotta debba assumere di fronte ad un ordine che violi il requisito essenziale della legittimità¹⁸¹.

4.1 L'ordine criminoso insindacabile

Nell'ambito dell'organizzazione della pubblica amministrazione, non è agevole individuare categorie di pubblici dipendenti ai quali sia negato il sindacato sulla legittimità dell'ordine.

¹⁷⁹ VITAGLIANO G., op. cit.

¹⁸⁰ Il problema fu sollevato dall'on. Miceli Vito (in Camera dei Deputati, Commissioni in sede legislativa, VII legislatura, commissioni riunite Affari Costituzionali-Difesa, seduta del 20/6/78, pag. 22): «Queste norme affrontano anche il problema particolare del rapporto fra ordine ed esecuzione con un criterio che riflette l'intendimento di rivolgere l'attenzione solo al comportamento dei superiori, creando così le condizioni da cui possono scaturire facilmente errate o arbitrarie interpretazioni proprio nel momento dell'obbedienza».

¹⁸¹ IAFRATE C., *Esecuzione dell'ordine militare non manifestamente illecito*, cit.

L'avvenuto riconoscimento in capo al subordinato del potere di sindacato pieno ed effettivo dell'ordine ricevuto è il frutto di un'opinione che si è faticosamente affermata, in concomitanza e con il mutamento della natura e del carattere dei rapporti all'interno della pubblica amministrazione, soprattutto quelli tipici delle Forze armate. Infatti, è stata abbandonata quell'idea anacronistica, secondo la quale qualsiasi atteggiamento di disapprovazione di un ordine ricevuto costituisca (automaticamente) un atto d'insubordinazione.

In realtà, ancora oggi, un'ampia dottrina condivide la configurabilità di ordini criminosi insindacabili, che escludono la responsabilità del subordinato. Tuttavia, l'individuazione di siffatta categoria sembra problematica sotto diversi aspetti.

In primo luogo, è necessario capire se la carenza di potere di sindacato sull'ordine riguardi tutte o una parte di categorie di subordinati appartenenti alla pubblica amministrazione; è, poi, importante circoscrivere la portata di tale insindacabilità, quindi determinare se essa sia assoluta o relativa¹⁸².

A. In merito alla prima questione, se non ci sono dubbi sul fatto che agli impiegati civili dello Stato sia sempre concesso il sindacato effettivo sulla legittimità dell'ordine¹⁸³; al contrario, le incertezze sorgono nell'ambito dei rapporti di subordinazione di natura militare (contraddistinti dall'esigenza di un'obbedienza rigorosa e celere). Ad essi, tradizionalmente, la dottrina¹⁸⁴ ricollega il principio della non punibilità, previsto dall'ultimo comma dell'articolo 51, nel caso di adempimento di un ordine criminoso insindacabile.

Secondo questa impostazione, gli ordini insindacabili sarebbero perciò riferibili esclusivamente a quei settori in cui la prontezza e l'efficacia nell'assolvimento del servizio imposto dai superiori sono caratteri imprescindibili per la tutela del regolare svolgimento delle funzioni istituzionali.

B. Riguardo poi la questione sulla natura dell'insindacabilità, la dottrina è unita nell'idea che, anche qualora si accertasse l'esistenza di ordini criminosi insindacabili, tale carattere non sarebbe comunque assoluto. A tal uopo, si

¹⁸² PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 78.

¹⁸³ ROMANO M., *sub art. 51*, op. cit., pp. 552 s.

¹⁸⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 240.

distingue tra sindacato sulla legittimità formale e sindacato sulla legittimità sostanziale. Il primo concerne la competenza del superiore ad impartire l'ordine, quella dell'inferiore ad adempierlo e il rispetto delle forme previste dalla legge; il sindacato sostanziale, al contrario, è legato ai presupposti (normativamente previsti) per l'emanazione dell'ordine. Secondo tale impostazione, l'insindacabilità «sarebbe soltanto relativa, potendo riguardare unicamente la legittimità sostanziale dell'ordine medesimo¹⁸⁵», e non quella formale.

In verità, secondo un'opinione ampiamente condivisa, lo stesso sindacato sulla legittimità sostanziale dell'ordine non può essere interamente precluso all'agente: infatti, l'inferiore risponde sempre del reato commesso, nel caso in cui la criminosità era manifesta¹⁸⁶. Allora, «anche nei casi di ordine cosiddetto insindacabile (del quale, cioè, l'esecutore non può sindacare la legittimità sostanziale) l'efficacia scriminante è esclusa se l'ordine è manifestamente criminoso»¹⁸⁷. Dottrina e giurisprudenza sono difatti unanimi nel ritenere che la manifesta criminosità rappresenti un limite al dovere di obbedienza: anche il subordinato, vincolato alla più rigida obbedienza, deve negare l'esecuzione di un ordine manifestamente criminoso (ovvero manifestamente rivolto contro le istituzioni dello stato).

Si tratta di un principio generale del diritto penale comune.

Anche la casistica giurisprudenziale¹⁸⁸ attesta che non si può ricorrere alla scriminante dell'adempimento del dovere quando sia eseguito un ordine manifestamente criminoso¹⁸⁹.

¹⁸⁵ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 79: «Così, ad esempio, l'agente di polizia giudiziaria potrà sempre rifiutare di eseguire il provvedimento del magistrato privo di sottoscrizione, mentre non sarà legittimato a verificare che il provvedimento di custodia cautelare da eseguire si fondi su sufficienti indizi di colpevolezza».

¹⁸⁶ PADOVANI T., *Ordine criminoso e obbedienza gerarchica*, cit. p. 487.

¹⁸⁷ PULITANÒ D., *Diritto penale: Quinta edizione*, Torino, Giappichelli Editore, 2013, p. 249.

¹⁸⁸ Ad esempio, Cass. Pen., sez. III, 13 maggio 2011, n. 18896, Riccio e altro (RV250284), la quale ha affermato che: «la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere è inapplicabile, anche a seguito dell'entrata in vigore del D.L.vo n. 66 del 2010 (Codice dell'ordinamento militare) che ha abrogato la L. n. 382/78, al militare che adempia ad un ordine impartitogli da un superiore gerarchico e la cui esecuzione costituisca manifestamente reato, essendo questi tenuto a non eseguirlo e ad informare al più presto i superiori». La Corte ha escluso l'applicabilità dell'esimente dell'art. 51 c.p., invocata da un ufficiale dei carabinieri, precisando, da un lato, che l'erronea convinzione della sua esistenza si traduce in ignoranza inescusabile della legge penale e,

Ancora, una consolidata giurisprudenza¹⁹⁰ limita la pronuncia di illegittimità dell'ordine e, di conseguenza, la sua sindacabilità, alla sola ipotesi che esso abbia «ad oggetto il compimento di un atto palesemente delittuoso secondo un generale apprezzamento, qual è quello, ad esempio, di registrare in un atto pubblico un'attestazione manifestamente non veritiera»¹⁹¹.

In tale modo, si è fatta coincidere la non vincolatività dell'ordine con la configurabilità di una violazione del precetto penale. Posizione questa, confermata e rafforzata dalla pronuncia¹⁹² che precisò come «l'esimente dell'adempimento di un dovere si applica a condizione che l'ordine del superiore gerarchico sia assolutamente insindacabile. Ciò non si verifica quando l'ordine si concreta nella richiesta di provvedere alla commissione di un reato, perché, il manifesto carattere delittuoso del comportamento ordinato comporta la sindacabilità dell'ordine impartito e ne esclude l'efficacia esimente sotto il profilo non solo obiettivo ma anche putativo».

dall'altro, che la manifesta criminalità di un ordine costituente reato non può essere ignorata quando il destinatario sia un ufficiale di polizia giudiziaria.

¹⁸⁹ Cassazione penale, sez. V, 10 marzo 1994, in Cass. Pen., p. 2678 (che ha ritenuto manifestamente criminoso l'ordine impartito dal maresciallo comandante il personale di custodia addetto ad un istituto penitenziario di distruggere documenti dell'amministrazione); Cassazione penale, sez. VI, 28 settembre 1984, in Giust. pen., 1986, II, p. 450 (secondo cui è palesemente delittuoso l'ordine di sostituire un provvedimento di diffida a demolire, mediante soppressione di tale atto, con un'ordinanza di sospensione dei lavori); Cassazione penale, sez. V, 25 novembre 2008, rv. 243325 (che ha ritenuto inapplicabile la scriminante di cui all'articolo 51 codice penale nei confronti di un capitano dell'esercito che aveva sottoscritto una relazione falsa, «posto che era di immediata percezione da parte di chiunque che l'ordine aveva per oggetto la formazione, in data falsa, di una relazione contenente una ricostruzione di fatti avvenuti sotto la diretta percezione del pubblico ufficiale non corrispondente a verità, e che l'ordine era volto quindi alla consumazione di un delitto di falso in atto pubblico»).

¹⁹⁰ Sez. V, sent. n. 9424 del 11-11-1983 (cc. del 21-04-1983), Rognato (RV161100).

¹⁹¹ v. Cass. Pen., sez. V, 11 febbraio 2009, n. 6064, Marino, (RV243325), la quale ha dichiarato che: «non è applicabile la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere nel caso in cui il militare abbia agito in esecuzione di un ordine, impartitogli dal superiore gerarchico, avente ad oggetto la commissione di un reato, in quanto, per scriminare, l'ordine deve attenere al servizio e non eccedere i compiti d'istituto; in tal caso non solo il militare di grado inferiore può opporre legittimamente rifiuto, ma ha anche il dovere di non darvi esecuzione e di avvisare immediatamente i superiori. Nella specie l'ordine aveva per oggetto la formazione, in data falsa, di una relazione contenente una ricostruzione di fatti avvenuti sotto la diretta percezione del pubblico ufficiale, sicché l'ordine era preordinato alla consumazione di un delitto di falso in atto pubblico e non andava eseguito ancorché le norme di principio sulla disciplina militare, contenute nella L. n. 382/78, esigano un'obbedienza "pronta, rispettosa e leale"».

¹⁹² Sez. V, sent. n. 7866 del 2-10-1984 (cc. del 28-05-1984), Guerrieri (rv 165855).

Come già chiarito, nei precedenti paragrafi, potrà dirsi che un ordine costituisce manifestamente reato quando appaia *ictu oculi* criminoso. Ad esempio, «l'uso delle armi è, in alcuni casi, espressamente consentito dalla legge, e l'inferiore sa che deve ubbidire al superiore anche in questa eventualità. Ma sa anche che il superiore non può ordinargli, a suo libito, di far fuoco su una persona, se non c'è neppure una apparenza di necessità o di resistenza. La situazione concreta renderebbe in questo caso palese a chiunque l'illegittimità dell'ordine, venendo meno, conseguentemente, il dovere di obbedienza»¹⁹³.

Cade la presunzione di legittimità degli ordini dei superiori gerarchici e con essa anche il dovere di obbedienza del subordinato¹⁹⁴.

4.2 La questione della configurabilità di ordini criminosi insindacabili

Come appena osservato, il comma 2 dell'art. 1349 sancisce il dovere di disobbedienza nei confronti dell'ordine manifestamente eversivo o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato. Nonostante l'uso dell'avverbio “manifestamente”, è possibile però inquadrare in ogni caso la posizione del sottoposto nei confronti di un ordine criminoso, manifestamente tale o no, all'interno del dovere di disobbedienza¹⁹⁵; infatti, come è emerso dall'indagine sulle norme di diritto amministrativo, sembrerebbe potersi dire che nel nostro ordinamento non esistono categorie di pubblici dipendenti ai quali sia sempre precluso il sindacato sulla legittimità dell'ordine, cioè che siano vincolati ad una rigida obbedienza. Mentre si può ricavare la non vincolatività penale e

¹⁹³ DELITALA G., *Adempimento di un dovere*, cit., p. 570.

¹⁹⁴ GIOVAGNOLI R., op. cit., p. 768.

¹⁹⁵ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p.74: «la manifesta criminalità non esaurisce i casi in cui sorge per l'inferiore il dovere di disobbedire; essa fissa, piuttosto, il limite della scusabilità dell'errore o dell'ignoranza di diritto penale in cui sia incorso il militare che ha eseguito l'ordine criminoso senza che la criminalità gli fosse nota».

disciplinare dell'ordine privo dei requisiti essenziali, non affiora alcunché che permetta di confermare l'insindacabilità sostanziale degli ordini militari, affinché si possa applicare il criterio di non punibilità dell'esecutore *ex art. 51, 4 co., c.p.* Quanto affermato condurrebbe all'ammissibilità di un sindacato sostanziale pieno degli ordini illegittimi, con conseguente inapplicabilità del principio di non punibilità dell'esecutore contenuto nell'*art. 51 c.p.*; quindi, esisterebbe in capo al militare un dovere di disobbedienza all'ordine comunque illegittimo, nella forma o nella sostanza¹⁹⁶.

Questa impostazione naturalmente necessita di dimostrazione, in particolar modo «per quanto riguarda i subordinati militari, giacché per i dipendenti pubblici non militari, la dottrina è ormai unitaria nell'escludere la configurabilità di ordini criminosi vincolanti e/o insindacabili»¹⁹⁷.

Infatti, vi è unanimità nel ritenere che l'*art. 51 ult. co. c.p.* non sia applicabile alla generalità degli impiegati della pubblica amministrazione, in quanto all'interno della maggior parte dei settori di pubblico impiego si è verificata una progressiva trasformazione della natura del rapporto gerarchico: soprattutto grazie al fenomeno di privatizzazione del pubblico impiego si sono gradualmente rafforzati i principi costituzionali della diretta responsabilità del pubblico dipendente (*art. 28 Cost.*) e del dovere di assolvimento delle funzioni istituzionali nel rispetto della legge (*art. 54 Cost.*).

In riferimento alla disciplina del comparto militare, per lungo tempo, la dottrina ha sostenuto la configurabilità di ordini criminosi insindacabili sulla base dell'esigenza di tutelare la disciplina e la celerità delle operazioni militari, per scongiurare qualsivoglia interruzione nell'esecuzione del comando.

Secondo tale opinione l'ordine non passibile di sindacato sarebbe sempre vincolante, giacché, negli ambiti in cui l'attuazione di una facoltà di valutazione da parte del soggetto sottoposto potrebbe minacciare il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dall'ordinamento mediante l'imposizione dell'ordine,

¹⁹⁶ ROSIN G., *op. cit.*, p. 227; MAGGIORE R., *Brevi considerazioni sull'esimente dell'obbedienza all'ordine gerarchico militare*, in *Rassegna Arma Carabinieri*, 1979, p. 180.

¹⁹⁷ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, *cit.*, p.101.

dovrebbe garantirsi un dovere di esecuzione posto a tutela dell'interesse alla certezza dell'adempimento. In tale circostanza, l'esecuzione di un dovere criminoso scriminerebbe l'esecutore dal reato¹⁹⁸.

Al contrario, altra dottrina, afferma che dalla lettura delle disposizioni in tema di obbedienza contenute nel giovanissimo Codice dell'ordinamento militare, nella previgente legge n. 382/7 e nel relativo regolamento di disciplina, «alla luce del ruolo e dell'assetto conferiti alle forze armate nel regime postcostituzionale», emergerebbe «che neppure in ambito militare sono configurabili ipotesi in cui non sia concesso al subordinato alcun sindacato sulla legittimità sostanziale dell'ordine ricevuto»¹⁹⁹.

Così ragionando, se non vi è incertezza sul fatto che l'ordine manifestamente criminoso o manifestamente eversivo non possa essere vincolante, allo stesso tempo, non si può affermare che un ordine “semplicemente” criminoso, possa determinare il dovere di obbedienza penalmente sanzionato²⁰⁰. Quindi, si è affermato che il subordinato di fronte ad un ordine criminoso, manifestamente tale o no, debba comunque disobbedire, poiché egli è tenuto al rispetto della legge penale²⁰¹.

Il nostro ordinamento, in tal senso, non accoglierebbe l'ipotesi di ordini criminosi insindacabili e vincolanti (la cui esecuzione costituisce reato), che possano rappresentare un'esimente per colui che li esegue; infatti, simili tipi di ordine non sarebbero supportati da alcun tipo di pubblico interesse, che domini sull'interesse protetto dalla norma incriminatrice²⁰².

Si contesta anche l'idea che i militari abbiano una sorta di potere parziale di sindacato, nel senso che essi possono valutare esclusivamente la manifesta

¹⁹⁸ BETTIOL G., *L'ordine dell'autorità*, cit., p. 155; DELITALA G., *Adempimento di un dovere*, cit., p. 571.

¹⁹⁹ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p.102.

²⁰⁰ È questa l'opinione della dottrina maggioritaria: PELLEGRINO B., *Nuovi profili in tema di obbedienza gerarchica*, cit., p. 156; PADOVANI T., *Ordine criminoso e obbedienza gerarchica*, cit., p. 483.

²⁰¹ ROSIN G., op. cit., p. 227 precisa che «non emerge alcuna ragione per ritenere che il militare, nel contrasto tra la legge penale e la manifestazione di volontà del superiore gerarchico, possa privilegiare quest'ultima e realizzare così un reato».

²⁰² Ivi.

criminosità o la legittimità formale, non anche quella sostanziale²⁰³: ai sensi dell'art. 1349, co. 1 del Codice gli «ordini devono, conformemente alle norme in vigore, attenere la disciplina, riguardare il servizio e non eccedere compiti d'istituto», per cui il legislatore, con l'invito alla conformità alla legge dell'ordine, avrebbe voluto intendere la necessità che esso abbia i caratteri di legittimità formale e sostanziale. Dunque, al subordinato sarebbe riconosciuto un vero e proprio dovere di accertare la legittimità dell'ordine ricevuto. Questa argomentazione è supportata anche dai principi espressi dal Codice dell'ordinamento militare, laddove si attesta che le Forze armate, il cui ordinamento si ispira ai principi costituzionali, sono al servizio della Repubblica e che «l'assoluta fedeltà alle istituzioni repubblicane è il fondamento dei doveri del militare» (art. 1348, co. 1, Codice ordinamento militare)²⁰⁴. Il Codice allude ad una figura ideale di militare al quale si richiede «senso di responsabilità e consapevole partecipazione» (art. 1346, comma 2 cod. ord. mil.) per l'assolvimento dei compiti istituzionali e per la tutela dell'effettività e della continuità dell'ordinamento repubblicano, nel rispetto della Costituzione e delle leggi²⁰⁵. A quanto detto, conseguirebbe che: «non solo non esiste l'obbedienza cieca in diritto, ma è anzi imposta l'obbedienza vigile»²⁰⁶.

Questo non metterebbe in discussione il principio d'autorità, né tantomeno il regolare svolgimento delle attività militari; in primo luogo perché quando si parla di dovere di obbedienza, bisogna precisare che l'obbedienza stessa non è dovuta al superiore in quanto autorità, ma in quanto rappresentante della vera Autorità che, nello Stato democratico, è la legge: proprio grazie al vincolo di conformità alla legge dei comportamenti posti in esecuzione degli ordini, gli obiettivi di servizio e le finalità istituzionali delle Forze armate verrebbero meglio soddisfatti²⁰⁷.

²⁰³ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 78.

²⁰⁴ PELLEGRINO B., *Valori costituzionali della disciplina militare e sua tutela nel codice penale militare di pace e nelle nuove norme di principio*, in *Rassegna giustizia militare*, 1979, pp. 21 s.

²⁰⁵ ROSIN G., op. cit., pp. 228 s. Secondo MAGGIORE R., op. cit., p. 180, all'ordine illegittimo si correla il dovere di disobbedire del destinatario.

²⁰⁶ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 105.

²⁰⁷ MAGGIORE R., op. cit., p. 182.

Una recente sentenza della Suprema Corte, sembra rappresentare un primo passo della giurisprudenza verso l'accoglimento della soluzione esposta. In occasione dell'anzidetta pronuncia è stata negata l'applicabilità dell'art. 51, ult. co. c.p. a beneficio dell'inferiore gerarchico che aveva adempiuto ad un ordine illegittimo, ma non criminoso, da cui era scaturita la commissione di un reato di omicidio colposo - si trattava di ordine avente ad oggetto la violazione delle norme del codice della strada -, considerato che, trattandosi di ordine illegittimo e sindacabile, avrebbe dovuto essere disatteso²⁰⁸.

Le critiche avanzate a tale impostazione muovono, principalmente, dalla consapevolezza della peculiare condizione in cui solitamente il militare si trova ad agire. È chiaro che, se si richiede rapidità decisionale²⁰⁹ (dato che l'articolo 173 c.p.m.p. punisce anche il semplice ritardo nell'eseguire l'ordine), si pone il militare nella materiale impossibilità di effettuare sempre un attento sindacato sulla legittimità dell'ordine ricevuto, sia per mancanza di tempo che di adeguate conoscenze. Limitando il campo di applicazione della scriminante ex art. 51 ult. co., l'inferiore gerarchico si troverà, in caso di inesatta valutazione sulla esistenza delle condizioni di legittimità sostanziale²¹⁰, davanti un'alternativa: agire, incorrendo nella sanzione per il reato eventualmente posto in essere con l'esecuzione dell'ordine illegittimo; non agire, vedendosi addossato il reato di disobbedienza; fatta salva la sola ipotesi dell'errore di fatto.

²⁰⁸ Cassazione penale, sez. IV, 5 dicembre 2007, in dir. pen. e proc., 2009, p. 192 e in Guida dir., 2008, fasc. 7, p. 49, in cui si è affermato che «non può ritenersi scriminante la condotta dell'appartenente alle Forze di polizia che, alla guida di un'auto in esecuzione dell'ordine ricevuto dal superiore, accelera e riduca la distanza di sicurezza rispetto al veicolo che lo precede e cagioni lesioni mortali a uno dei trasportati in conseguenza della sua condotta di guida, tenuta in violazione di norme del codice della strada e dell'obbligo generico di rispettare le regole imposte dalla prudenza»: la Suprema Corte ha precisato che i reiterati ordini di accelerare impartiti dal superiore «potevano essere sindacati e disattesi perché illegittimi e, comunque, neppure potevano comportare la violazione di norme del codice della strada, tanto più che non vi era alcuna urgenza o necessità palese o rappresentata». Si tratta comunque di un'ipotesi particolare, in quanto nel settore della polizia di Stato, l'ordine insindacabile è solo quello reiterato per iscritto.

²⁰⁹ GARINO V., *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere nel diritto penale militare*, cit., p. 335.

²¹⁰ Tuttavia deve ritenersi non riconosciuto al militare esecutore di un ordine alcun sindacato sull'opportunità e convenienza dell'ordine stesso. In tal senso, Cass. Pen., Sez. I, 31 settembre 1983, c. Cambi, RGM, 1984, p. 111.

Nondimeno, non bisognerebbe confondere l'aspetto della specialità dell'azione militare (soggetta, da un lato, al rischio di degenerare in aggressioni a beni giuridici penalmente garantiti, dall'altro, al pericolo di commettere violazione del dovere di pronta obbedienza), con le ipotesi di ordini militari insindacabili e vincolanti.

Stando così le cose, «l'eventuale esenzione dalla responsabilità penale per il subordinato esecutore deve essere allora valutata alla stregua dei principi generali in tema di colpevolezza (e dei parametri di valutazione dell'evitabilità dell'errore o ignoranza della legge penale²¹¹), tenendo conto delle peculiari caratteristiche dell'attività che i militari sono istituzionalmente chiamati a svolgere²¹²».

4.3 L'ordine illegittimo confermato

Opinioni controverse circa la configurabilità di ordini illegittimi vincolanti potrebbero scaturire dalla lettura dell'art. 729, co. 2 T.U.O.M, interamente conforme al previgente art. 25 del Regolamento di disciplina del 1986: «il militare al quale è impartito un ordine che non ritiene conforme alle norme in vigore deve, con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni, ed è tenuto ad eseguirlo se l'ordine è confermato», fatta salva la previsione del secondo comma dell'art. 1349.

La norma in questione concreta un dovere di rimostranza, che il subordinato è tenuto ad esercitare tutte le volte in cui abbia incertezza sulla legittimità del comando che gli è stato impartito, ricavandone un obbligo di ottemperanza, in caso di conferma.

²¹¹ Sulla possibilità di ritenere i concetti di ignoranza ed errore equivalenti sul piano della rilevanza giuridica v. PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, Giuffré Editore, 1976, pp. 10 s.

²¹² PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 112.

Sembrerebbe che la disposizione in esame disponga un dovere di obbedienza, anche nei confronti degli ordini illegittimi (in particolare quelli criminosi), sancendone la vincolatività. Infatti, parte della dottrina ha asserito che la fattispecie citata della vincolatività dell'ordine confermato debba essere interpretata come oggetto del richiamo dell'ultimo comma dell'articolo 51 del codice penale.

Tuttavia, la dottrina che dà preferenza alla tesi dell'inesistenza degli ordini insindacabili, sostiene che la norma in questione «opera esclusivamente sul piano soggettivo, a tutela del subordinato che», stando in una situazione di incertezza sulla legittimità dell'ordine ricevuto, «si trovi nell'impossibilità di fatto di effettuare una ponderata valutazione della legittimità dell'ordine sotto tutti i profili, dato che anche il semplice ritardo nell'adempiere è rilevante agli effetti del reato di disobbedienza»²¹³. Si tratterebbe di una deroga ai principi generali in tema di colpevolezza, che di regola escludono la rilevanza scusante del dubbio²¹⁴. Dunque, il subordinato esecutore avrebbe sempre un potere di sindacato sulla legittimità (sia formale che sostanziale): egli, qualora sia certo della criminalità dell'ordine, avrà un vero e proprio dovere di disattenderlo, con la conseguenza che la scriminante dell'ultimo comma dell'articolo 51 c.p. non troverebbe alcuna applicazione all'interno dell'ordinamento giuridico.

4.4 La sindacabilità dell'ordine criminoso al vaglio dei principi costituzionali

Traendo ispirazione dai principi costituzionali dell'attuale Stato democratico e di diritto, la dottrina ha affermato che le «norme che presuppongano l'esistenza in

²¹³ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 75.

²¹⁴ MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., pp. 296 e 360 s.

diritto di ordini illegittimi insindacabili, come l'attuale articolo 51 ult. co. c.p., non trovano mai applicazione»²¹⁵.

Durante il regime dello Stato totalitario, caratterizzato da vincoli di autorità-legalità (dove era la prima a dominare), questa categoria di ordini era, indubbiamente, posta a fondamento dell'intera struttura istituzionale. Per contro, oggi, si può affermare che è il principio dell'osservanza della legge (simbolo delle sovranità popolare) a fare da garante della Costituzione Repubblicana.

In particolare, gli ordini criminosi insindacabili sembrano essere incompatibili, non solo con il suddetto principio di osservanza della legge a cui si deve ispirare l'attività del dipendente nel perseguimento dell'interesse pubblico, ma anche con il principio della responsabilità diretta del pubblico dipendente, accanto a quella dello Stato e degli enti pubblici, nei confronti dei terzi (art. 28 Cost.).

Per gli impiegati civili, in generale, vige la regola per cui il pubblico dipendente, come ogni altro cittadino, ha il dovere di essere fedele alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi (art. 54, co. 1 Cost.); egli, inoltre, ha un dovere di legalità, ossia l'obbligo di osservare, nell'assolvimento dei propri compiti, la Costituzione, le leggi e ogni altra norma giuridica²¹⁶.

Simili argomentazioni potrebbero essere addotte anche per l'ordinamento militare, che non può certo essere considerato autonomo rispetto all'ordinamento generale dello Stato, non potendosi ricavare dal ruolo di difesa della patria, un'eccezione al dovere di osservanza della legge²¹⁷. «L'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica» (art. 52 co. 3 Cost.), nel rispetto della sovranità popolare. Il militare non solo è tenuto all'assoluta fedeltà alle istituzioni repubblicane, ma svolge altresì il ruolo di custode delle libere istituzioni e del principio di osservanza delle leggi²¹⁸.

²¹⁵ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 105.

²¹⁶ SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli (Jovene), 1989, p. 308.

²¹⁷ VENDITTI R., *Il diritto penale militare*, cit., p. 10.

²¹⁸ RIONDATO S., *Diritto penale militare*, cit., p. 214.

Capitolo IV

Rilievi critici

1. *L'evoluzione storica della natura dell'ordinamento militare*

Il tema dell'adempimento dell'ordine criminoso è, da sempre, caratterizzato da una forte connotazione politica, la cui disciplina, fondata sulla relazione tra libertà e autorità, è volta a verificare proprio le tendenze liberali ovvero autoritarie degli Stati²¹⁹.

Per lungo tempo, si è consolidata e radicata una corrente di pensiero, retaggio di una specifica tradizione educativa dei soggetti sottoposti alla disciplina militare, secondo cui i cittadini militari²²⁰ godono di una nota di specialità che li distingue dagli altri cittadini.

Il *leitmotiv* che ha ispirato l'educazione nelle scuole militari dei vari Paesi si è attestato sulla preparazione fisica e, principalmente, psicologica dell'allievo, rendendolo scevro da qualsivoglia ispirazione ideologica e politica, tramite tecniche più o meno incisive²²¹.

La decantata "supremazia speciale" dell'ordinamento militare, rispetto a quello dello Stato, che in esso è impiantato, ha subito la stessa metamorfosi che ha interessato le ideologie del momento storico in cui essa è stata affermata.

Tale teoria ha avuto un riscontro pratico, per la prima volta, nell'ordinamento anti-liberale della Germania bismarckiana, che ha accolto un'idea di pubblica

²¹⁹ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., p. 11.

²²⁰ Con tale espressione si vuole intendere tutto il personale in forza all'Aeronautica, all'Esercito e alla Marina, oltre che gli uomini e le donne dell'Arma dei carabinieri e del Corpo Guardia di finanza.

²²¹ FORTE B. – IAFRATE C., *Il cittadino militare*, cit.

amministrazione con forti poteri di indirizzo e di controllo in capo ai soggetti in essa operanti (soldati, impiegati, eccetera)²²².

In Italia, tra le teorie risalenti più autorevoli si fa strada sicuramente quella dell'illustre studioso Santi Romano, il quale, recependo il principio della supremazia, affermò che «la disciplina cui è sottoposto il soldato non ha in sé e per sé niente a che fare con gli obblighi che spettano al suddito. Dovere di quest'ultimo è di entrare nel servizio militare e di prestarlo, ma le restrizioni particolari della sua libertà che dalla disciplina accennata gli sono imposte, quando in tale servizio è entrato, non lo riguardano più come cittadino, ma soltanto come persona che si trova in uno speciale vincolo con lo Stato»²²³. Il giurista evoca un modello di ordinamento militare che, all'epoca, era considerato come ordinamento giuridico sovrano e autonomo rispetto a quello statale, da cui riceveva legittimazione: un sistema indipendente nella struttura e promotore di interessi, la cui tutela si poneva anche al di fuori della regole del diritto penale comune, allorché il criterio dell'obbedienza cieca agli ordini dei superiori predominava su tutti gli altri interessi alla non lesione di beni giuridici penalmente tutelati.

Nel 1948, l'entrata in vigore della Costituzione (al cui interno si rinvennero numerose disposizioni inerenti il comparto delle Forze armate, artt. 11, 52, 78, 87, 98, 103, 111) dà impulso ad un ripensamento circa il legame tra i due ordinamenti in parola.

Sulla base del principio di esclusività della sovranità statale, la dottrina del tempo inizia ad elaborare una concezione di ordinamento militare orientata ai valori costituzionali di democraticità e legalità.

Tuttavia, nei primi decenni successivi all'istituzione del sistema repubblicano, permane la concezione di specialità e separatezza del settore castrense rispetto a quello statale²²⁴.

²²² Il massimo esponente della teoria della "supremazia speciale" fu lo studioso Otto Mayer.

²²³ ROMANO S., *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, in *Scritti Minori*, I, Milano, Giuffrè Editore, 1950, pp. 22- 23.

²²⁴ FORTE B. – IAFRATE C., *Il cittadino militare*, cit., p. 30.

In particolare, il giurista e politico italiano Vittorio Bachelet è dell'idea che l'ordinamento delle Forze armate sia un tipico ordinamento derogatorio, fondato sulla c.d. qualità etico-psicologica: gruppo di norme guidate dal principio dell'onore militare, il quale non sarebbe derivato dallo Stato o enunciato in testi di legge, ma sarebbe il frutto delle più antiche tradizioni militari e della consuetudine. Secondo il Bachelet «la stessa Costituzione» (all'articolo 52) «prevede l'obbligatorietà del servizio militare e quindi la temporanea privazione dell'esercizio del diritto di libertà personale»²²⁵.

La dottrina a lui contemporanea, nonostante condivida lo stesso principio di fondo della sua concezione, cioè quello del carattere di supremazia speciale tipico dell'ordinamento militare, muove contro di essa serrate critiche. Nello specifico, si contesta l'idea che la sola disposizione ex art. 52 Cost. sia abilitata a prevedere una serie di deroghe così significative, da incidere anche su diritti fondamentali della Costituzione, quali la stessa inviolabilità della libertà personale. Il Sandulli ha affermato che «lo status particolare del militare comporta l'assoggettamento pieno della persona ad un regime speciale di vita che non implica soltanto l'obbligo di certe attività, ma incide addirittura sulla libertà personale e su altre libertà fondamentali»²²⁶.

La dottrina sopra citata pone un nesso di dipendenza tra obbligatorietà del servizio militare e limitazione delle libertà fondamentali, senza darne alcuna giustificazione, incorrendo così nello stesso errore rimproverato al Bachelet. L'errore in questione ha tratto origine dal fatto che le regole che hanno interessato la convinzione dell'esistenza dell'ordinamento autonomo militare sono state generate da prassi e consuetudini, non sempre supportate da norme statali.

Oggi, inoltre, essendo mutata la normativa, e conseguentemente le regole di reclutamento (su base volontaria) dei militari, gli orientamenti in questione risulterebbero anacronistici.

²²⁵ BACHELET V., *Disciplina militare ed ordinamento giuridico statale*, Milano, Giuffrè Editore, 1962 (ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè Editore, 1981, pp. 137- 403).

²²⁶ SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984, pp. 84 ss.; LANDI G. - STELLACCI P. - VERRI P. - VEUTRO V., op. cit., p. 86.

La dottrina²²⁷ oggi dominante ha superato il principio di “speciale supremazia” dell’organizzazione militare, escludendo l’ipotesi dell’esistenza di uno “stato nello Stato”, in quanto si condivide che «l’ordinamento militare è incardinato e compreso in quello statale in cui trova la fonte e la giustificazione e al cui servizio è posto»²²⁸. In tale contesto, si è effettuato un recupero dei diritti sanciti in Costituzione, di cui destinatari vengono riconosciuti non solo i cittadini “comuni”, ma anche i militari (seppur legati allo Stato dal c.d. rapporto di soggezione speciale).

Anche il giurisperito Giuseppe Bettiol, intorno al 1978, con il suo scritto *“Sul diritto penale militare dell’atteggiamento interiore”*, si è occupato del nuovo ruolo che il militare riveste sulla base del “processo di democratizzazione” che ha riguardato le Forze armate. Tale fenomeno ha fatto sì che venisse abbandonata l’opinione secondo cui i militari, attraverso il giuramento, perdono lo *status* di cittadini, acquisendone uno singolare rispetto a quello della collettività. Viceversa, «il militare è un tipo di cittadino speciale, arricchito di diritti e di doveri che l’ordinamento cui appartiene gli impone rendendolo partecipe di quella funzione (la difesa della patria) che la Costituzione qualifica come “sacra”»²²⁹.

Il milite non può più essere ritenuto «solo “carne da cannone”, uomo alienato, ma un cittadino che sente non già diminuiti ma potenziati i suoi diritti e i suoi doveri»²³⁰.

²²⁷ MORBIDELLI G., *Lo spirito democratico e il servizio militare*, in *Foro amministrativo*, 1970, III, p. 982; PINTO F., *Forze armate e Costituzione*, Venezia, 1979; GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, pp. 162 ss.; MODUGNO F., *L’ordinamento militare è in estinzione*, in *Studi in onore di V. Bachelet*, p. 457 ss.

²²⁸ FORTE B. – IAFRATE C., *Il cittadino militare*, cit., p. 41.

²²⁹ PROVOLO D., *Coscienza del giudice e obbedienza alla legge, coscienza del subordinato e obbedienza all’ordine dell’autorità*, cit., p. 136; BETTIOL G., *Sul diritto penale militare dell’atteggiamento interiore (1978)*, in *Scritti giuridici 1966- 1980*, Padova, Cedam, 1980, p. 258.

²³⁰ *Ibidem*, p. 257.

2. *Esigenze di superamento della dottrina tradizionale. Il rapporto di subordinazione tra coscienza del subordinato e obbedienza all'ordine dell'autorità*

La materia di cui ci siamo occupati nel corso dell'intero elaborato, cioè quella della responsabilità penale dell'inferiore per il reato commesso in adempimento all'ordine impartitogli, è stata oggetto di interesse durante l'elaborazione dei recenti progetti di riforma del codice penale²³¹. Risulta fondamentale ricordare come in tutti e cinque i progetti sia stata confermata la categoria dell'ordine criminoso insindacabile, rivisitata alla stregua di alcuni principi formulati, negli anni, da dottrina e giurisprudenza.

Tuttavia, da una lettura sistematica della normativa vigente, appare obsoleta la posizione della dottrina più risalente che è incline ad applicare la causa di giustificazione connessa all'insindacabilità dell'ordine del superiore.

Dalle considerazioni fin qui svolte, si evince che il reale problema che coinvolge il rapporto di subordinazione è quello di capire quanto e se il legislatore abbia voluto circoscrivere il campo di applicazione del dovere di obbedienza gerarchica, in particolare, con riferimento alla questione dell'ordine illegittimo.

Secondo l'illustre studioso del diritto, quale G. Bettiol, nell'ambiente militare la disciplina «deve diventare un modo di essere dell'orientamento personale dell'appartenente alle forze armate per cui l'astensione da ogni tipo di azione penalmente rilevante deve essere un modo normale e sistematico della mente e della coscienza del militare»²³².

D'altronde, lo stesso C.O.M del 2010 prospetta un nuovo prototipo "ideale" di militare, che ponga in essere azioni, svolte nel rispetto della Costituzione e delle

²³¹ Per alcune considerazioni di sintesi sui singoli progetti di riforma si rinvia a PALAZZO- PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 209 ss.

²³² PROVOLO D., *Coscienza del giudice e obbedienza alla legge, coscienza del subordinato e obbedienza all'ordine dell'autorità*, cit., p. 258.

leggi, dirette alla conservazione dell'ordinamento democratico e dei valori ad esso sottesi; quindi, una figura alla quale si richieda "senso di responsabilità e consapevole partecipazione", nel raggiungimento dei propri compiti istituzionali. È proprio in questo contesto che svolge un ruolo decisivo la tematica dell'obbedienza. Infatti, nonostante la normativa vigente preveda una disciplina tale che il sottoposto, nell'adempimento del proprio servizio, deve conformarsi non tanto ad una prescrizione legislativa, quanto piuttosto all'ordine imposto dal superiore²³³, «se la disciplina deve costituire normale modo di essere che si radica nella coscienza del militare e la orienta verso l'astensione da ogni condotta che si ponga in contrasto con la legge penale, se al militare si richiede "senso di responsabilità", ciò implica che l'obbedienza non possa che essere obbedienza vigile. La coscienza umana del subordinato può (e deve) ribellarsi di fronte ad un ordine del superiore che gli impone la commissione di un reato»²³⁴. La dottrina ha, quindi, provato a dimostrare che non esiste oggi la categoria di ordini insindacabili, né tantomeno, nel nostro ordinamento, può trovare fortuna la disposizione dell'art. 51 del codice penale; per cui sulla base dei principi costituzionali, si può affermare che al subordinato dovrebbe sempre essere riconosciuto il pieno sindacato sulla legittimità formale e sostanziale dell'ordine, con la conseguenza che la regola, oggi, sarebbe quella del dovere di disattendere sempre l'ordine criminoso, dando attuazione solamente a quello legittimo, in quanto conforme ai requisiti dettati dalla legge.

Tuttavia, piena è la consapevolezza delle difficoltà cui tale teoria deve far fronte. Soprattutto, l'insormontabile limite della violazione del fondamentale principio della riserva di legge, cui un tale orientamento non pare idoneo a sfuggire.

Per tale ragione, ad avviso di chi scrive e a sostegno delle considerazioni espresse e condivise, sarebbe auspicabile e strettamente necessario un intervento

²³³ GUARDIA DI FINANZA, COMANDO OPERATIVO AERONAVALE, Cobar, *Le interferenze sul benessere del personale dovute alla stratificazione nel tempo di norme militari di rango diverso*, cit.

²³⁴ PROVOLO D., *Coscienza del giudice e obbedienza alla legge, coscienza del subordinato e obbedienza all'ordine dell'autorità*, cit., p. 137.

abrogativo dell'art. 51 del codice penale da parte del legislatore o una decisione della Corte Costituzionale, che realizzi un armonico ed equilibrato coesistere delle prospettive descritte.

3. *Personalità della responsabilità penale*

Preso atto del rischio che la politica penale succitata paventa, quello cioè di porre il militare subordinato in una posizione di estrema difficoltà, nella scelta del comportamento (positivo o omissivo) da assumere, dinanzi ad un ordine di cui deve riconoscere la liceità o illiceità penale, la dottrina²³⁵ ritiene essenziale che la questione in esame sia inquadrata sul piano della colpevolezza.

L'ordinamento dispone che l'agente (cittadino medio, ma anche militare) «deve poter trovare, in ogni momento, cosa è lecito e cosa gli è vietato: a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento. Il principio di colpevolezza è pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire la certezza di libere scelte di azione: per garantirgli, cioè, che un soggetto sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella “non colpevole” e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto»²³⁶.

Vi è, quindi, deficit di colpevolezza tutte le volte che le circostanze di fatto, in cui l'agente si trovi ad operare, siano tali da impedire che il processo di formazione della volontà si svolga libero da qualsivoglia condizionamento esterno.

Riguardo la fattispecie che ci compete, bisogna tener conto del fatto che il militare, onerato di un obbligo di immediata obbedienza, dispone di un tempo

²³⁵ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., pp. 287 ss.

²³⁶ Corte Cost. sentenza 23- 24 marzo 1988, n. 364.

decisamente limitato per sindacare la legittimità dell'ordine che ha ricevuto, ordine che, come è noto, non necessita di alcun tipo di motivazione, posta a dimostrazione della sua conformità al servizio o alla disciplina; egli si trova dinanzi ad un'incognita: da un lato, le azioni comandate potrebbero costituire illegittime lesioni di beni penalmente tutelati, dall'altro, il ritardo nell'esecuzione di un ordine legittimo potrebbe dar luogo al reato di disobbedienza.

Bisognerebbe, quindi, porre l'attenzione al piano della colpevolezza, in particolare, ai parametri di valutazione delle scusabilità dell'errore o ignoranza della legge penale, adattati alle caratteristiche circostanze in cui i militari si trovano di regola ad operare e agli eventuali fattori contingenti che possono influire sul processo motivazionale²³⁷.

Ci si chiede, allora, che cosa significhi per il subordinato assecondare le pretese dell'impartitore, oppure resistere ad esse. All'interno di un sistema fondato sul binomio subordinazione- autorità (a noi interessa quello di tipo militare), può anche accadere che un soggetto si trovi in un c.d. stato eteronomico (o *agentic state*), il che corrisponde a dire che quella persona sia disposta a conformare sempre il suo agire alle direttive del soggetto con *status* superiore, definendo il proprio ruolo come strumento di attuazione della volontà dell'organo sovraordinato. Il risultato di questo fenomeno psicologico si rileva nel fatto che gli agenti siano condizionati, non tanto dal contenuto dei comportamenti imposti, quanto piuttosto dal ruolo che ricopre l'autorità che emana l'ordine: nella storia, non di rado, è accaduto che coloro che si sono resi colpevoli di atti efferati per ordine di un'autorità, abbiano qualificato il loro agire come semplice adempimento del proprio dovere (es. Eichmann)²³⁸.

²³⁷ PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine*, cit., pp. 113- 114 e 119.

²³⁸ MILGRAM S., *Obedience to Authority*, HarperCollins, New York, 1974; trad. it. a cura di BALLABENI R., *Obbedienza all'autorità. Uno sguardo sperimentale*, Einaudi, Torino, 2003.

4. Rilievi critici sulla normativa attuale

Per quanto possa sembrare soddisfattiva e coerente con lo Stato democratico, l'idea della dottrina di rimuovere dall'ordinamento qualsivoglia riferimento alla categoria degli ordini criminosi insindacabili, in realtà, essa non provvede ad intervenire sull'esigenza di affievolimento della pressione sistemica all'obbedienza che grava sul subordinato.

Infatti, seppure la dottrina e la giurisprudenza, ad oggi, condividono l'idea che il militare sia prima cittadino, poi anche garante della stabilità e sicurezza dello Stato, tanto che bisognerebbe riconoscergli una serie di diritti "comuni", un tempo negatigli; in realtà, attualmente la normativa (quindi il legislatore) sembra non essersi del tutto conformata a tale assunto: le soluzioni legislative poste a tutela del sottoposto, contro soprusi o ordini criminosi, sembrano essere inadeguate.

Tale insinuazione trae spunto dalla sintesi delle norme che interessano la disciplina in generale (sanzioni, note premiali e trasferimenti), ma anche quella relativa all'obbedienza e alla sindacabilità degli ordini.

- Il "trasferimento di autorità" è contemplato «nella categoria degli ordini del superiore gerarchico»²³⁹. È, quindi, un atto a forma libera, che non necessita di motivazione, dunque lasciato alla discrezionalità di chi ha il potere su tale istituto. Tramite di esso, la pubblica amministrazione compie d'ufficio una nuova designazione di impiego a cui destinare il militare. Preme qui sottolineare che le proposte di trasferimento vengono segnalate su proposta degli stessi superiori che, esentati da specifici vincoli motivazionali, possono fare un uso distorto di tale strumento, magari eludendo le finalità di servizio, a cui esso dovrebbe sempre tendere.

²³⁹ Consiglio di Stato, sez. IV, n. 1677/2001, n. 2641/2000, n. 85/1996.

- Per quanto concerne, poi, le c.d. note caratteristiche annuali, rileva il fatto che esse siano compilate «dal superiore (impartitore) sulla base di una normativa vischiosa, per certi aspetti obsoleta, in quanto lascia ampi margini alla discrezionalità»²⁴⁰. Non si dimentichi che le note caratteristiche incidono profondamente sia sul diritto alla giusta retribuzione che sull'interesse al trasferimento, e ancora possono condizionare la partecipazione ai concorsi interni e l'avanzamento di carriera.
- Si pensi, ancora, alla disciplina dei procedimenti militari, di cui promotori e “giudici” sono i superiori gerarchici²⁴¹.
- Obbedienza e sindacabilità dell'ordine: la disciplina prevede che il militare al quale venga impartito un ordine che non ritenga conforme alle norme in vigore deve farlo presente a chi lo ha impartito, dichiarandone le

²⁴⁰ FORTE B. – IAFRATE C., *Il cittadino militare*, cit.; IAFRATE C., in *La specificità militare alla “prova di laboratorio”*, in GrNet.it, Roma, 2014, fornisce un esempio lampante di abuso dell'istituto in questione, da parte del superiore gerarchico: da un'inimicizia tra un sottoufficiale dei carabinieri e il suo comandante scaturisce un contenzioso, originato dalla denuncia da parte del maresciallo per minaccia o ingiuria a un inferiore (art. 196 c.p.m.p.). Nonostante la condanna del superiore e la palese ostilità che intercorre tra i due, l'ufficiale non rinuncia a valutare il sottoposto con note caratteristiche peggiori rispetto alle precedenti. Il maresciallo, a tutela dei suoi interessi, chiede l'annullamento della scheda valutativa, in quanto «ritiene che il potere valutativo sarebbe stato dal superiore piegato e orientato a fini vendicativi e di penalizzazione dei suoi sviluppi di carriera e sostiene che il superiore avrebbe dovuto astenersi». Sia il TAR che il Consiglio di Stato, in appello, rigettano il ricorso del maresciallo (Consiglio di Stato sez. IV del 08/07/2013, n. 3604).

²⁴¹ IAFRATE C., in *La specificità militare alla “prova di laboratorio”*, cit.: «vari organi istituzionali ricevono sei denunce anonime nei confronti di ufficiali e sottufficiali della Guardia di Finanza per ritenuti reati contro la Pubblica amministrazione. A seguito di approfondimenti sulla paternità degli scritti, viene instaurato un procedimento penale nei confronti di un maresciallo della Guardia di finanza, al quale si contesta il reato di calunnia continuata e aggravata. Il militare viene condannato in primo grado ed assolto in secondo grado “perché il fatto non sussiste”. Le denunce vengono ritenute “veritiere o, comunque, non calunniose”. La storia purtroppo è solo agli inizi. Sulla base delle risultanze processuali, viene avviato un procedimento disciplinare a carico del militare, con relativa contestazione degli addebiti da parte di un ufficiale inquirente. All'esito dell'istruttoria il maresciallo, su proposta dell'ufficiale inquirente, viene deferito alla Commissione di disciplina che, previa audizione dello stesso e del suo difensore, gli infligge la massima pena disciplinare prevista dall'ordinamento: la perdita del grado per rimozione. Verrà posto a disposizione del Distretto militare di appartenenza come soldato semplice. A parte la sanzione, forse, un po' sproporzionata, fin qui tutto apparentemente regolare dal punto di vista procedurale; se non fosse che le funzioni di Ufficiale inquirente vennero affidate ed espletate proprio da uno degli Ufficiali calunniati. Insomma, dopo ben 17 anni dall'invio delle lettere anonime, il procedimento disciplinare verrà annullato dal Consiglio di Stato (Consiglio di Stato sez. IV del 20 settembre 2012, n. 5037)».

ragioni, ed è tenuto a darvi esecuzione se l'ordine è confermato. Se poi al militare è impartito un ordine la cui esecuzione costituisca manifestamente reato, egli avrà il dovere di non eseguirlo, informandone al più presto i superiori (art. 729 T.U.O.M.). In questa sede, si vuole contestare la scelta del legislatore in merito al fatto che il subordinato debba sollevare le incertezze sulla legittimità dell'ordine dinanzi al medesimo organo che lo ha impartito, e non ad uno terzo e imparziale. Di conseguenza, data l'identità fisica tra soggetto impartitore dell'ordine e il destinatario della censura contro lo stesso, è palese la difficoltà che l'ordinamento incontra nel tentativo di contrastare l'emanazione di ordini criminosi, cui i superiori sono avvezzi. Ebbene, sembra che il militare non sia posto «nella condizione di dire “no signore” senza rischiare pesanti ripercussioni in termini di carriera oltre che disciplinari»²⁴².

- Per ultimo, si è in presenza di un'evidente lacuna della normativa che non specifica quale preciso atteggiamento debba assumere il militare dinanzi ad un ordine illegittimo: se si condividesse la tesi dell'inesistenza all'interno del nostro ordinamento degli ordini insindacabili, sarebbe come dire che la legge abbia conferito all'inferiore, destinatario del comando, anche il ruolo di “arbitro della legittimità”. Così ragionando, chiara è la consapevolezza che l'inferiore gerarchico potrebbe subire la condanna per il reato di disobbedienza (art. 173 c.p.m.p.) ovvero quella per il reato scaturito dall'esecuzione dell'ordine eventualmente criminoso. Lo stesso articolo 173 c.p.m.p. ha destato dubbi, (seppur rigettati dalla Corte Costituzionale per manifesta infondatezza)²⁴³ sulla sua legittimità costituzionale, in quanto è stato ritenuto che la fattispecie incriminatrice del reato di disobbedienza fosse caratterizzata dall'essere un “prototipo di norma penale in bianco”, inconciliabile con i principi cardine di riserva di legge e di tassatività, demandando a fonti di rango

²⁴² IAFRATE C., *La specificità militare alla “prova di laboratorio”*, cit.

²⁴³ Corte Cost., ordinanza n. 39, 5 febbraio 2001. La Corte ha affermato che il bene giuridico che il legislatore ha posto a fondamento degli ordini dei superiori sia «l'attinenza al servizio e alla disciplina, concepita questa come valore funzionale ai compiti istituzionali delle Forze armate».

inferiore, quale il regolamento di disciplina militare, la determinazione del fatto, dei contenuti e dei presupposti dell'ordine legittimamente vincolante. Se quanto denunciato fosse vero, il reato di disobbedienza rappresenterebbe uno strumento per perseguire i più disparati comportamenti, «solo perché imposti da un ordine del superiore in ambito di rapporto di subordinazione»²⁴⁴.

Nell'ottica di quanto detto, si intuisce come tutti gli istituti brevemente analizzati possono degenerare in strumenti di potere a disposizione del superiore, in deroga ai principi cardine di legalità e trasparenza dell'azione amministrativa: si potrebbe parlare di mobbing istituzionalizzato²⁴⁵. Infatti, non c'è garanzia per l'inferiore che, quando questi disattenda un ordine che ritiene illegittimo, il superiore che glielo ha impartito reagisca con l'emanazione di pretestuosi e ingiustificati provvedimenti: sanzioni disciplinari, note caratteristiche annuali negative, avvio di improvvise pratiche di trasferimento.

«In buona sostanza, per scelta politica, si è voluto ottenere, attraverso i regolamenti, un prototipo di militare che, sebbene sia per legge pienamente imputabile, è limitatamente in grado di volere al momento in cui riceve un ordine»²⁴⁶.

Ebbene, fintantoché il militare si troverà nella impossibile condizione di effettuare un sereno discernimento sull'opportunità di dare esecuzione ad un ordine, sarà lecito ritenere superflue le varie dissertazioni dottrinali sviluppate sul tema del reato di disobbedienza.

È come se il legislatore avesse voluto accordare due scopi, di cui ignora l'incompatibilità: da un lato, l'armonica coesistenza con l'ordinamento statale e i principi democratici sanciti dalla Costituzione, dall'altro la stabilità ed efficienza

²⁴⁴ Ordinanza 29 febbraio 2000 (iscritta al n. 202 del registro ordinanze 2000).

²⁴⁵ GUARDIA DI FINANZA, COMANDO OPERATIVO AERONAVALE, Cobar, *Le interferenze sul benessere del personale dovute alla stratificazione nel tempo di norme militari di rango diverso*, cit., p. 19.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 19.

delle attività militari; appare, quindi, condivisibile la posizione di chi sostiene che «dovrebbero coesistere un r.d.m. di pace ed un r.d.m. di guerra»²⁴⁷.

Tenuto conto di quale sia il tipo di modello di militare cui il legislatore europeo ambisce, cioè un militare che abbia come “regola di vita” quella di determinare il realizzarsi di azioni concretamente orientate a valorizzare e proteggere la stabilità interna ed esterna del pacifico coesistere dei cittadini, appare di estrema rilevanza l’assenza di precise regole in materia di esecuzione di ordini criminosi, in quanto questa circostanza coinvolge e interessa non solo i militari, ma anche, indirettamente, il resto dei cittadini. Infatti, non si può ignorare che spesso, nella storia, anche quella contemporanea, le Forze armate e di polizia sono state impiegate dalle istituzioni statali come mezzi di repressione contro le opposizioni o la popolazione civile²⁴⁸.

²⁴⁷ IAFRATE C., *Esecuzione dell’ordine militare non manifestamente illecito: asimmetrie da sanare tra codice penale comune, codice penale militare e legge sulle norme di principio della disciplina militare*, cit.

²⁴⁸ Ivi.

Bibliografia

- ALIBRANDI L., *Codice penale e di procedura penale e leggi complementari*, CELT (Casa Editrice La Tribuna), 2014
- BACHELET V., *Disciplina militare ed ordinamento giuridico statale*, Milano, Giuffrè Editore, 1962 (ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè Editore, 1981, pp. 137- 403).
- BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, Giuffrè Editore, 2007
- BETTIOL G., *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Milano, società editrice " Vita e pensiero", 1934
- BETTIOL G., *Sul diritto penale militare dell'atteggiamento interiore*, in *Scritti giuridici* 1966 - 1980, Padova, CEDAM, 1980, pp. 254 s.
- BRICOLA, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle Regioni*, in *Scuola Positiva*, 1963, p. 652
- BRUNELLI D. - MAZZI G., *Diritto penale militare*, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 93- 100
- CADOPPI A., *Brevi note in tema di disobbedienza*, in *Rassegna della giustizia militare*, 1986, p. 292
- CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2008
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, p. 341
- CASSESE S., *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, pp. 27 ss.
- CASSESE S., *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, pp. 27 ss.
- C. O.M., *Codice dell'ordinamento militare*, D. Lgs. 15 marzo 2010 n. 66

- DELITALA G., *Adempimento di un dovere*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, pp. 567- 572
- DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, in *Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976.
- DE VERO G., *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, Torino, Giappichelli Editore, 2010, pp. 351- 361
- DOLCINI E. – MARINUCCI G., *Codice penale commentato*, Vol. I, Milano, IPSOA, 2011
- DOLCINI E.- MARINUCCI G., *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2012, pp. 162 s.
- FORTE B. – IAFRATE C., *Il cittadino militare. Principi costituzionali e ordinamento militare*, Roma, 2000
- GARINO V., *Disciplina militare*, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, III, Torino, 1984
- GARINO V., voce *Disobbedienza nel diritto penale militare*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV, Torino, 1990, p. 148
- GARINO V., *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere nel diritto penale militare*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV, Torino, UTET, 1990, pp. 331- 336
- GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 759- 771
- GROSSO C. F., *Cause di giustificazione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988
- GROSSO C. F., *L'errore sulle scriminanti*, Milano, Giuffrè Editore, 1961, p. 204, p. 243
- GUARDIA DI FINANZA, COMANDO OPERATIVO AERONAVALE, Cobar, *Le interferenze sul benessere del personale dovute alla stratificazione nel tempo di norme militari di rango diverso*, Delibera n. 01/06/XI, Taranto, 2013

- IAFRATE C., *Esecuzione dell'ordine militare non manifestamente illecito: asimmetrie da sanare tra codice penale comune, codice penale militare e legge sulle norme di principio della disciplina militare*, in ficiesse.it, 2010
- IAFRATE C., *Il cittadino militare. Principi costituzionali e ordinamento militare*, Roma, 2000, pp. 13- 23, pp. 41-47, pp. 63-67, pp. 87-94
- IAFRATE C., *La specificità militare alla "prova di laboratorio"*, in GrNet.it, Roma, 2014
- IAFRATE C., *L'ordine: elemento fondamentale del sistema militare*, in ficiesse.it
- LANDI G., voce *Disciplina*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, Giuffrè Editore, 1979, p. 17- 18
- LANDI G. - STELLACCI P. - VERRI P. - VEUTRO V., *Manuale di diritto e di procedura penale militare*, Milano, Giuffrè Editore, 1976, pp. 61- 71, pp. 183- 186
- MAGGIORE R., *Brevi considerazioni sull'esimente dell'obbedienza all'ordine gerarchico militare*, in *Rassegna Arma Carabinieri*, 1979, pp. 180 s.
- MANTOVANI F., *Diritto Penale*, Padova, CEDAM, 2009
- MANTOVANI F., *Esercizio del diritto (diritto penale.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, 1966, p. 629
- MELE E., *La responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, Milano, 2000, pp. 116 s.
- MERANGHINI, *Il dovere di disobbedienza*, in *Rivista Penale*, II, 1966, pp. 5 s.
- MILGRAM S., *Obedience to Authority*, HarperCollins, New York, 1974; trad. it. a cura di BALLABENI R., *Obbedienza all'autorità. Uno sguardo sperimentale*, Einaudi, Torino, 2003.
- NUVOLONE P., *Valori costituzionali della disciplina militare e sua tutela nel codice penale militare di pace e nelle nuove norme di principio*, in *Rassegna Giustizia militare*, 1979, p. 30

- PADOVANI T., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, 2008
- PADOVANI T., *Ordine criminoso e obbedienza gerarchica nel diritto penale italiano*, in *Dei delitti e delle pene*, 1987, pp. 477 s.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, 2013, 5 ed., pp. 380- 392
- PALAZZO F., *ignoranza della legge penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VI, Torino, UTET, 1992, pp. 122 s.
- PALUMBO, *Revocabilità della consegna e sindacabilità dell'ordine illegittimo*, in *Giustizia di Merito*, 1981, p. 995.
- PELLEGRINO B., *Norme di principio sulla disciplina militare e obbedienza gerarchica*, in *Indice Penale*, 1979, pp. 163 s.
- PELLEGRINO B., *Nuovi profili in tema di obbedienza gerarchica*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1978, pp. 150 s.
- PELLEGRINO B., *Sindacato di legittimità sostanziale dell'ordine e disobbedienza nel sistema penale militare*, in *Giustizia penale*, 1974, II, pp. 193 s.
- PELLEGRINO B., *Valori costituzionali della disciplina militare e sua tutela nel codice penale militare di pace e nelle nuove norme di principio*, in *Rassegna giustizia militare*, 1979, pp. 21 s.
- PINTO F., *Forze armate e Costituzione*, Venezia, 1979
- PROVOLO D., *Coscienza del giudice e obbedienza alla legge, coscienza del subordinato e obbedienza all'ordine dell'autorità*, in *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema penale" nel trentesimo dall'ultima Lezione di Giuseppe Bettiol*, a cura di RIONDATO S., Padova, 2012, pp. 134- 146
- PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità*, Padova, CEDAM, 2011
- PULITANÒ D., *Diritto penale: Quinta edizione*, Torino, Giappichelli Editore, 2013, pp. 247 ss.

- PULITANÒ D., *Esercizio di un diritto e adempimenti di un dovere*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV, Torino, 1990, pp. 320 - 331
- PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, Giuffrè Editore, 1976, pp. 10 s.
- RINALDI M., *Diritto militare*, Padova, CEDAM, 2011, pp. 213 s.
- RIONDATO S., *Commento a Corte militare Appello Roma, 7 Marzo 1998, Priebke*, in *Diritto penale e processo*, 1998, II, pp. 1123 s.
- RIONDATO S., *Commento a Tribunale penale Roma, 22 Luglio 1997, Priebke*, in *Diritto penale e processo*, 1997, p. 1515 s.
- RIONDATO S., *Commento a Cassazione penale, 12 Febbraio 1997, Priebke*, in *Diritto penale e processo*, 1997, II, pp. 467 s.
- RIONDATO S., *Diritto e Forze Armate nuovi impegni*, Padova, CEDAM, 2001, pp. 172- 174, pp. 194- 204, pp. 273- 287
- RIONDATO S., *Diritto penale militare*, Padova, CEDAM, 1998
- RIONDATO S. (a cura di), *Il nuovo ordinamento disciplinare delle forze armate*, Padova, CEDAM, 1987, p.
- RIONDATO S., *Un diritto penale detto ragionevole. Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, CEDAM, 2005, pp. 134- 148
- RIVELLO P., *Lezioni di diritto penale militare*, Torino, Giappichelli Editore, 2007, pp. 61- 69, pp. 253- 257
- ROMANO M., *Commentario sistematico de codice penale, Artt. 1- 84*, Milano, Giuffrè Editore, 2004
- ROSIN G., *Il militare fra dovere di obbedienza e dovere di disobbedienza, L'esecuzione dell'ordine criminoso*, in *Rassegna Giustizia Militare*, 1982, p. 219, pp. 228 s.
- SANTAMARIA D., *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, p. 93
- ROMANO S., *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, in *Scritti Minori*, I, Milano, Giuffrè Editore, 1950, p. 22- 23

- SANTISE M. - ZUNICA F., *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, pp. 200- 206
- SANTORO A., *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, UTET, 1957, p. 233.
- SCANDURRA G., *Il diritto penale militare nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte di Cassazione (1993- 1994)*, Milano, Giuffrè Editore, 1995, pp. 57- 59
- TENCATI A., *Codici penali militari e ordinamento militare*, CELT (Casa Editrice La Tribuna), 2013
- T.U.O.M., *Testo Unico delle disposizioni in materia di ordinamento militare*, D.p.r 15 marzo 2010 n. 90
- VENDITTI R., *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, pp. 180- 194
- VENDITTI R., *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, Milano, Giuffrè Editore, 1995, pp. 128- 129, pp. 197- 201, pp. 205- 221
- VIGANÒ F., sub *art. 51*, in DOLCINI E.- MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, Vol. I, Milano, IPSOA, 2011, pp. 738 s.
- VIGANO' F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pp. 509- 520
- VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo* (a cura di MAZZAROLLI- PERICU- ROMANO- ROVERSIMONACO- SCOSA), V ed., Bologna, 2005, pp. 1474 s.
- VITAGLIANO G., *Gerarchia e ordini illegittimi, fonte e limiti del dovere di obbedienza*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri* n. 2 Aprile – Giugno 2003
- ZACCARIA F., *I limiti al dovere di obbedienza nel rapporto di pubblico impiego*, Roma (Santini), 1962
- ZACCARIA F., *Obbedienza (dovere di)*, in *Appendice al Novissimo Digesto italiano*, V, Torino, UTET, 1984, p. 306

- ZACCARIA F., *Obbedienza (Dovere di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, UTET, 1965, p. 534
- ZIRULIA S., *Cause esimenti. Ergastolo per gli eccidi nazisti commessi nel 1944 lungo l'Appennino tosco-emiliano: esclusi stato di necessità e adempimento del dovere*, (Trib. Militare Verona 6 luglio 2011), in *penalecontemporaneo.it*, 2011