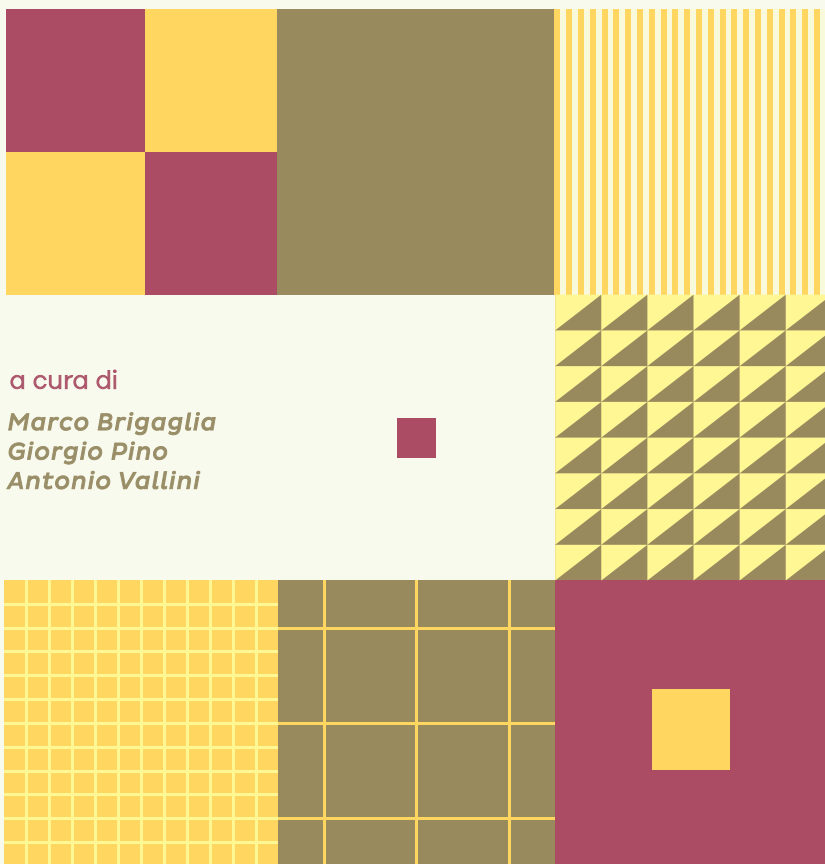


# OBEDIENZA E RESPONSABILITÀ



a cura di

*Marco Brigaglia  
Giorgio Pino  
Antonio Vallini*





Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza



Finanziato dall'Unione Europea - NextGenerationEU a valere sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Missione 4 Istruzione e ricerca – Componente 2 Dalla ricerca all'impresa – Investimento 1.1, Avviso Prin 2022 indetto con DD N. 1409 del 14/9/2022, dal titolo *Rule of Law and the Problem of Responsible Obedience (ABIDE)*, codice proposta P20229FK2F - CUP B53D23032560001.

NELLA STESSA COLLANA

1. A. CARRATTA, M. DE CARO, G. PINO (a cura di), *Intorno al ragionamento giuridico*, 2022
2. A. CARRATTA, M. DE CARO, G. PINO (a cura di), *Razionalità, capacità, identità. Nuove frontiere della responsabilità giuridica*, 2023

# OBEDIENZA E RESPONSABILITÀ

a cura di

**Marco Brigaglia**  
**Giorgio Pino**  
**Antonio Vallini**



*Roma TrE-Press*  
2026

*Direttori della Collana* Dentro il giudizio

Antonio Carratta, *Università Roma Tre*

Mario De Caro, *Università Roma Tre*

Giorgio Pino, *Università Roma Tre*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

Caratteri tipografici utilizzati:

Abadi MT, Aceh Light, Barlow Semi Condensed, Pluto Sans W01 (copertina e frontespizio)

Adobe Garamond Pro (testo)

*Impaginazione e cura editoriale:* Colitti-Roma      [colitti.it](http://colitti.it)

*Edizioni:* *RomaTrE-Press*©

Roma, febbraio 2026

ISBN: 979-12-5977-581-8

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Questa opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della Roma TrE-Press è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

*Dentro il giudizio*  
Dialoghi di Diritto e Filosofia

“Giudizio”, così come “ragionamento giuridico”, è il nome che conviene ad un insieme, alquanto eterogeneo, di operazioni che accompagna l’applicazione delle norme giuridiche alla realtà. La vita del diritto, delle norme giuridiche, è un movimento dialettico tra ‘produzione’ e ‘applicazione’: le norme nascono come entità generali e astratte, destinate a regolare serie indefinite di casi, ma poi devono necessariamente essere calate in vicende della vita, nella decisione di controversie e casi concreti. Il percorso dalla produzione all’applicazione delle norme è raramente lineare, spesso faticoso e laborioso, e talvolta anche circolare – le vicende applicative spesso suggeriscono agli organi della produzione giuridica la necessità di rivedere le norme, di riformularle, quando non addirittura di cancellarle per via di abrogazione o dichiarazione di incostituzionalità.

Nel giudizio convergono sapienza tecnico-giuridica, valutazioni morali, senso comune, saperi specialistici, considerazioni strategiche, conformistiche e opportunistiche, intuizioni e percorsi psicologici talvolta opachi anche a chi li pone in essere. Nonostante gli studi sul ragionamento giuridico abbiano assunto un ruolo di primo piano da almeno cinquant’anni, una vasta *terra incognita* rimane ancora da esplorare, da ultimo grazie anche ai progressi vertiginosi nel campo delle scienze cognitive e dell’intelligenza artificiale.

La collana *Dentro il giudizio* si propone di raccogliere, sollecitare e diffondere in modalità accesso aperto studi e ricerche sul giudizio e sul ragionamento giuridico, facendo dialogare il diritto con saperi quali la filosofia, la psicologia, l’epistemologia, l’economia, la sociologia, l’antropologia, e incoraggiando approcci innovativi ai problemi del ragionamento giuridico, non solo nella prospettiva del dibattito specialistico ma anche al fine di rendere sempre più accessibili queste tematiche a fini didattici.

ANTONIO CARRATTA  
MARIO DE CARO  
GIORGIO PINO



## Indice

<i>Introduzione</i> , di MARCO BRIGAGLIA, GIORGIO PINO, ANTONIO VALLINI	9
SALVATORE DI PIAZZA, <i>Credere, obbedire, combattere</i>	13
MARCO BRIGAGLIA, <i>L'obbedienza tra automaticità e controllo</i>	33
ELETTRA STRADELLA, <i>La (dis)obbedienza all'ordine illegittimo nell'ordinamento militare nella prospettiva costituzionale: una riflessione comparata</i>	57
CARMINE VIZZA, <i>Brevissime considerazioni sull'art. 52 della Costituzione italiana</i>	87
ALESSANDRO SPENA, <i>Modelli astratti di obbedienza penalmente rilevante e interpretazione del diritto vigente</i>	93
DOMENICO NOTARO, <i>Adempimento 'responsabile' dell'ordine del superiore. Profili di diritto penale militare</i>	119
LUCA SERGIO, <i>Adempimento del dovere e ordine illegittimo</i>	143
ROBERTO GALASSO, <i>I doveri di disciplina, tra obbedienza cieca ed obbedienza responsabile: limiti alla discrezionalità del militare e a quella del giudice nei reati di disobbedienza e di inosservanza di istruzioni ricevute</i>	163
MAURIZIO LUBRANO, <i>Disobbedienza sotto forma di inosservanza di istruzioni ricevute: quale spazio per la particolare tenuità del fatto?</i>	199
VINCENZO SANTORO, <i>In merito agli elementi distintivi tra i reati di disobbedienza (art. 173 C.p.m.p.), omessa esecuzione di un incarico (art. 117 C.p.m.p.), omesso adempimento di istruzioni (art. 125 C.p.m.p.) e omessa presentazione in servizio (art. 132 C.p.m.p.)</i>	215
ANTONIO VALLINI, <i>Ordine guidance, ordine coercion: dinamiche e rilevanza della defence dell'obbedienza nel diritto penale internazionale</i>	235
LORENZO ACCONCIAMESSA, <i>L'applicazione (indiretta e diretta) del diritto internazionale dei diritti umani ai fini della determinazione della (il)legittimità di un ordine</i>	269

FEDERICA CECCARONI, <i>Né eroi né carnefici: bisogno di pena e personalizzazione del rimprovero nei contesti di macro-criminalità</i>	315
VINCENZO MILITELLO, <i>Rilevanza dell'ordine del privato e responsabilità da reato degli enti: uno schizzo fra binomio o antinomia</i>	331
PATRIZIO GONNELLA, <i>Ordini e obbedienza nel sistema penitenziario</i>	349
PASQUALE PRENCIPE, <i>Obbedienza, gerarchia e frammentazione: profili critici dell'organizzazione del personale penitenziario</i>	365
MATIJA ŽGUR, <i>Il dilemma dell'obbedienza. I funzionari della pubblica amministrazione tra diritto e ordini nel caso dei Cancellati</i>	391
MAURIZIO BLOCK, <i>Intervista sul problema dell'obbedienza responsabile</i>	413

## *Introduzione*

Questo libro costituisce uno dei risultati della ricerca condotta nell'ambito del PRIN 2022 PNRR *ABIDE – Rule of Law and the Problem of Responsible Obedience*.

L'obbedienza è un processo decisionale che richiede, in una certa misura, di rinunciare ad agire secondo il proprio giudizio sottomettendosi invece alle direttive di un'autorità. Ciò crea una tensione profonda tra l'obbedienza e i principi dello stato di diritto e della democrazia costituzionale, che subordinano, almeno in parte, la vincolatività delle direttive autoritative alla loro legalità e legittimità, richiedendo ai destinatari di esercitare un controllo sulle stesse, che può spingersi fino al rifiuto dell'obbedienza.

È questo che intendiamo per 'problema dell'obbedienza responsabile': tutto il vasto insieme di questioni che riguardano i limiti, la struttura, e la regolazione ottimale dell'obbedienza in contesti politico-giuridici improntati ai principi dello stato di diritto e della democrazia costituzionale. L'obiettivo del progetto ABIDE era indagare il problema dell'obbedienza responsabile in prospettiva interdisciplinare, con un focus particolare su due delle organizzazioni in cui si presenta nella sua forma più nitida: l'ordinamento militare e l'istituzione penitenziaria.

Al momento dell'ideazione del progetto, il nostro obiettivo era quello di contribuire a riaccendere l'attenzione su un tema cruciale, ma non sufficientemente indagato – o quanto meno, indagato in modo non sistematico, e con scarsa integrazione fra le prospettive di discipline diverse – diritto penale interno e diritto internazionale penale, diritto costituzionale e diritto sovranazionale, filosofia e sociologia del diritto, filosofia del ragionamento pratico e psicologia dei processi decisionali, filosofia del linguaggio. Ma non ci aspettavamo che il problema potesse diventare così rapidamente e drammaticamente attuale, in una prospettiva di pericolosa erosione sia del diritto internazionale che degli stessi principi dello stato di diritto e del costituzionalismo – e degli annessi vincoli ai poteri dell'esecutivo, di cui la questione dell'obbedienza responsabile è uno snodo cruciale.

Questo libro raccoglie versioni rielaborate delle presentazioni fatte in occasione dell'Intensive Study Program "Obbedienza e responsabilità",

svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo dal 12 al 14 giugno 2025 (organizzato dal progetto ABIDE in collaborazione con il Consiglio della Magistratura Militare) e dei workshops svoltisi presso l'Università di Roma Tre, il 29 maggio e il 13 giugno 2025 (organizzati dal Progetto ABIDE in collaborazione con il Master in "Diritto penitenziario e costituzione").

L'articolazione del libro rispecchia la vocazione interdisciplinare del progetto. Il problema dell'obbedienza responsabile è affrontato da una prospettiva teorico-filosofica nei primi due capitoli, di Salvatore Di Piazza e Marco Brigaglia, che si concentrano rispettivamente sul linguaggio e sulla psicologia dell'obbedienza, e dal punto di vista del diritto costituzionale nei capitoli successivi, di Elettra Stradella e Carmine Vizza, che offrono la prima una ricostruzione comparata del modo in cui l'obbedienza e i suoi limiti sono trattati nelle costituzioni contemporanee, e il secondo brevi considerazioni sulla genesi e l'interpretazione dell'art. 52 della cost. italiana. Segue poi un nucleo di capitoli concentrati sulla disciplina dell'obbedienza tracciata dal diritto penale interno, comune e militare: Alessandro Spena contrappone due modelli di obbedienza, 'meccanica' e 'giudiziosa', che sembrano sottesi alla disciplina dell'obbedienza, sottolineandone i limiti e proponendo un modello alternativo; Domenico Notaro ricostruisce la posizione dell'obbedienza nell'ordinamento militare e il difficile equilibrio tra il rischio di obbedire a ordini illegittimi e il rischio di incorrere in sanzioni per la disobbedienza; Luca Sergio ricostruisce l'evoluzione del rapporto tra dovere di obbedienza e ordine illegittimo nel diritto penale militare italiano, concludendo con alcuni spunti di comparazione; Roberto Galasso si sofferma sui rapporti tra sindacato del giudice penale e merito amministrativo in relazione alle fattispecie di disobbedienza a un ordine illegittimo e di inosservanza di istruzioni ricevute; il contributo di Maurizio Lubrano verte sullo spazio della particolare tenuità del fatto nel caso della inosservanza di istruzioni ricevute; Vincenzo Santoro, infine, affronta la questione delle distinzioni tra i reati di disobbedienza, omessa esecuzione di un incarico, omessa esecuzione di istruzioni ricevute, e omessa presentazione in servizio. I tre contributi successivi, di Antonio Vallini, Lorenzo Acconciamesa e Federica Ceccaroni, si aprono alla prospettiva del diritto internazionale: Vallini ricostruisce le diverse dinamiche della *defence* dell'obbedienza a ordini nel diritto internazionale penale; Acconciamesa si concentra invece sulla rilevanza del diritto internazionale dei diritti umani per la determinazione della legittimità o illegittimità di un ordine; anche il

contributo di Ceccaroni verte sulla *defence* dell'obbedienza a ordini nel diritto internazionale penale, con una specifica attenzione a contesti macro-criminosi come quelli delle violazioni su larga scala dei diritti umani e dei crimini contro l'umanità. Il contributo di Vincenzo Militello allarga la prospettiva dell'indagine – per il resto centrata sull'obbedienza all'interno di istituzioni pubbliche a struttura gerarchica – sulla rilevanza dell'ordine nei rapporti privati e il suo rapporto con la responsabilità da reato degli enti. I due capitoli successivi, di Patrizio Gonnella e Pasquale Precipe, vertono specificamente sull'istituzione penitenziaria: Gonnella, nel ricostruire il ruolo di ordini e obbedienza nello specifico contesto dei servizi penitenziari, mette in luce la tensione tra legalità costituzionale e prassi informali degli operatori; il contributo di Precipe offre anch'esso una prospettiva d'insieme sull'obbedienza nel sistema penitenziario tenendo in considerazione il ruolo di diverse fonti normative e della cultura penitenziaria, a partire dall'analisi dei questionari somministrati a operatori penitenziari nell'ambito del progetto ABIDE. Nel capitolo successivo, Matija Žgur analizza il problema dell'obbedienza agli ordini illegittimi nella pubblica amministrazione concentrandosi sui funzionari di prima linea, e utilizzando come caso studio la vicenda dei *Cancellati* sloveni. L'ultimo capitolo del libro riporta infine l'intervista a Maurizio Block, Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, sul tema dell'obbedienza responsabile, che è stata realizzata nell'ambito del progetto ABIDE.



## *Crede, obbedire, combattere*

SALVATORE DI PIAZZA\*

### ABSTRACT

(ITA) Il contributo prende le mosse dal motto fascista «Crede, obbedire, combattere», interpretandolo come formula in grado di condensare una grammatica dell'obbedienza cieca o irresponsabile. Attraverso una rilettura del motto alla luce del lessico greco classico, il saggio mette in evidenza il nesso strutturale tra credere (*pisteuein*) e obbedire (*peithesthai*), mostrando come la natura della credenza (*pistis*) – nella sua oscillazione tra adesione argomentata e affidamento irriflesso – determini strutturalmente qualità e tipo di obbedienza, responsabile o irresponsabile. Nella seconda parte l'analisi si concentra prevalentemente sulle funzioni che fanno della *Amtssprache*, la lingua burocratica, la pratica linguistica che in maniera più efficace favorisce un'obbedienza cieca: opacizzare e distanziare; automatizzare; fidelizzare.

(ENG) The article takes its cue from the Fascist motto «Believe, obey, fight», interpreting it as a formula that condenses a grammar of blind or irresponsible obedience. Through a rereading of the motto in light of classical Greek vocabulary, the essay highlights the structural link between believing (*pisteuein*) and obeying (*peithesthai*), showing how the nature of belief (*pistis*)—oscillating between reasoned adherence and unreflective reliance—structurally determines the quality and type of obedience. In the second part, the analysis focuses mainly on the functions that make *Amtssprache*, the bureaucratic language, the linguistic practice that most effectively promotes blind obedience: obscuring and distancing; automating; building loyalty.

### KEYWORDS

(ITA) Obbedienza; Fanatismo; Fede; *Amtssprache*.

(ENG) Obedience; Fanaticism; Faith; *Amtssprache*.

SOMMARIO: 1. Affinità semantiche – 2. I rischi della *pistis*, i rischi dell'obbedienza – 3. Lo sfondo ideologico dell'obbedienza – 4. Obbedienza e fanatismo – 5. L'obbedienza cadaverica – 6. La *Amtssprache* – 7. Il linguaggio che opacizza – 8. Il linguaggio che automatizza – 9. Il linguaggio che fidelizza – 10. Linguaggio burocratico e lingua della fede – 11. Il burocrate e il fanatico – 12. Conclusione: dubitare, persuadere e (comunque) combattere.

---

\* Professore associato di Filosofia del linguaggio, Università degli Studi di Palermo.

... Sulla parete dell'ufficio c'è un cartello che dice: *La mia lealtà è il mio onore e il mio onore è la mia lealtà. Lotta. Obbedisci. IN UNA PAROLA, CREDI!* E trovo assai indicativo che la nostra parola per l'obbedienza ideale – Kadavergehorsam – contenga un cadavere (fatto doppiamente curioso, perché i morti sono la cosa più refrattaria che ci sia). La disciplina dei cadaveri. La conformità dei cadaveri. Qui al KL, nei forni, nelle fosse: loro *sono* morti. Ma lo siamo anche noi, noi che obbediamo...

M. Amis, *La zona di interesse*, Torino, Einaudi 2015, p. 217

### 1. *Affinità semantiche*

Il motto fascista «Credere, obbedire, combattere» è uno dei più efficaci slogan propagandistici della politica del Novecento italiano. Un asindeto di tre verbi all'infinito posti in successione, utilizzati con valenza imperativa, che campeggiavano asciutti e martellanti su edifici, manifesti, riviste dell'Italia mussoliniana. Quello che appare come un semplice slogan politico, però, è al tempo stesso una formula in grado di condensare una vera e propria grammatica dell'assoggettamento e dell'obbedienza, rivelando un intreccio profondo che integra fede, subordinazione e mobilitazione. È proprio questo intreccio che qui ci proponiamo di analizzare – andando però oltre il caso particolare del fascismo italiano – al fine di individuare alcuni dei principali meccanismi che contribuiscono a forgiare un'obbedienza cieca o irresponsabile. Questo motto si presta bene ai nostri fini, in particolare se adottiamo un piccolo stratagemma, ovvero se proviamo a leggerlo con gli occhi di un intellettuale della Grecia antica. Il greco classico, infatti, sancisce un nesso molto forte tra 'credere' e 'obbedire' a partire da una comune radice semantica, che invece si perde in italiano.

Nel lessico greco, a essere comunemente tradotto con 'credere' è il verbo *pisteuein*, il quale presenta una polisemia significativa: esso può rinviare tanto a una credenza fondata su prove e argomentazioni ritenute persuasive, quanto a un atteggiamento di adesione meno argomentabile e maggiormente irriflesso. Tale ambivalenza semantica non è secondaria, dal momento che segnala la tensione costitutiva tra il credere come atto argomentato e motivato e il credere come affidamento incondizionato.

Analoga complessità caratterizza il verbo che di norma viene reso con 'obbedire', ovvero *peithesthai*, verbo alla forma medio-passiva che verosimilmente ha preceduto cronologicamente la comparsa della forma

attiva, *peithein*, utilizzata con il significato di ‘persuadere’<sup>1</sup>. Obbedire, nella prospettiva greca, ha quindi a che fare con il lasciarsi persuadere al punto da assumere come vincolante la volontà altrui<sup>2</sup>, cosicché l’obbedienza sembra configurarsi come una sorta di persuasione introiettata, fino ad assumere – in alcuni casi – la forma di un’adesione fanatica<sup>3</sup>. I due verbi appartengono, quindi, a un’unica famiglia concettuale che ricade nella grande area semantica della radice *peith-*, la quale ruota attorno alla nozione di persuasione e a quella, collegata, di fiducia. Altro termine connesso ai due è *pistis*, *nomen actionis* di *pisteuein* che può significare prova, credenza, persuasione, fiducia ma anche – ed è la traduzione che si trova, per esempio, nei Vangeli – fede.

Alla luce di ciò non sorprende che l’analisi del fenomeno dell’obbedienza – e in particolare dell’obbedienza cieca – acquisti una luce più piena se la si interseca con una riflessione sui meccanismi della credenza, la quale a sua volta incrocia la sfera religiosa, ovvero quell’ambito nel quale la *pistis* è spesso esemplarmente intesa e percepita come una forma di credenza così solida e costitutiva da favorire – se non addirittura determinare – una fedele obbedienza<sup>4</sup>. A ben pensarci, del resto, «credere, obbedire, combattere» è un motto che potrebbe adattarsi perfettamente anche all’ambito di una religione: anche qui, infatti, oltre che nella sfera della politica, la fede produce obbedienza e assieme generano energia potenziale, suscettibile di tradursi poi in energia cinetica, ossia in capacità di azione, di lotta, in difesa di quel credo.

Ciò che proveremo a mostrare è che, per favorire forme di obbedienza

<sup>1</sup> E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, voll. I-II, Einaudi, Torino 1976, I, p. 85. L’analisi d’insieme più completa sul *peithein* rimane probabilmente ancora quella di G.M. PEPE, *Studies in Peitho*, diss., Princeton University, Princeton 1966.

<sup>2</sup> Non è un caso, infatti, che l’uso omerico dei derivati di *peitho* metta in evidenza come tali termini descrivano relazioni strutturalmente asimmetriche, nelle quali un soggetto dominante orienta, guida, o persino determina il comportamento del dominato.

<sup>3</sup> Sul nesso tra obbedienza e persuasione si veda S. GRIMAUDDO, *Obbedienza e persuasione: due modelli della relazione medico-paziente nella Grecia antica*, in «Ὀρμος. Ricerche di Storia Antica», n.s. 6, 2014, pp. 35-47.

<sup>4</sup> È opportuno ricordare che non si tratta dell’unica lettura possibile dell’obbedienza in ambito religioso (si veda, per esempio, R. BULTMANN, *Jesus and the Word*, New York 1934, il quale insiste sulla necessità del consenso interiore da parte del fedele affinché si possa parlare di obbedienza autentica). Ci riferiamo qui soprattutto alla maniera in cui la credenza religiosa viene intesa. Emblematica è, per esempio, l’affermazione di Canetti secondo cui «è consueto considerare i fedeli come pecore e lodarli per la loro ubbidienza» (E. CANETTI, *Massa e potere*, Adelphi, Milano 1981, p. 29). Per un’analisi più articolata della *pistis* religiosa ci permettiamo di rimandare a S. DI PIAZZA, C. MARIAN, *Πιστις is said in many ways*, in «Graeco-Latina Brunensia», n. 2, 2023, pp. 49-65.

irriflessa, cieca o irresponsabile, operano due strategie privilegiate, spesso intrecciate:

- 1) la costruzione di un rapporto fiduciario di tipo quasi fideistico con l'autorità, nel quale il soggetto rinuncia progressivamente alla propria autonomia valutativa;
- 2) l'utilizzo di un linguaggio che favorisce schemi comportamentali automatizzati, che riducono la necessità del giudizio e trasformano l'obbedienza in una risposta condizionata a determinati stimoli.

## 2. *I rischi della pistis, i rischi dell'obbedienza*

Il nesso tra *pistis* (fiducia/fede) e *peithesthai* (obbedienza) si comprende ancora meglio a partire dalla comune ambivalente struttura che attraversa le due nozioni: in entrambi i casi c'è un aspetto positivo e uno (potenzialmente) negativo. Nella *pistis* c'è sempre in gioco un gesto di *affidamento* da parte del soggetto nei confronti di qualcun altro, sia anche un credo, un'istituzione, un'autorità. Tuttavia, la forma che assume questo affidamento varia notevolmente tra i due poli della fiducia e della fede, e da tale variazione derivano modalità assai differenti di obbedienza. Quanto più l'atto di *pistis* è orientato sul polo della fiducia, tanto più rimane viva la dimensione del rischio di questo atto, per cui chi si affida lo fa sapendo che l'altro può deludere o fallire, e proprio questa consapevolezza attiva cautela, calcolo e valutazione continua. La fiducia genera una forma di affidamento *riflessivo*, che non annulla la critica ma la integra come parte del rapporto. Da essa può scaturire un'obbedienza responsabile, capace di subordinarsi senza perdere la possibilità della revisione o del dissenso.

Quanto più l'atto di *pistis* è inclinato sul polo della fede, al contrario, tanto più tende a sospendere la percezione del rischio: l'abbandono si radica nella certezza e non nella verifica, producendo una modalità di obbedienza potenzialmente cieca, poiché l'assenza di rischio percepito rende superfluo l'esercizio del giudizio. In questo slittamento della *pistis* dalla fiducia alla fede si comprende come un principio di coesione possa trasformarsi, in assenza di adeguati contrappesi, in un dispositivo capace di ridurre l'autonomia critica dei soggetti. Se, dunque, una certa dose di *pistis* è vitale per una comunità, proprio perché crea coesione e lubrifica i meccanismi interpersonali e verso l'autorità, un eccesso di *pistis*, allo stesso modo, può determinare invece una patologia nel funzionamento delle

strutture sociali e dei rapporti gerarchici.

Lo stesso si può dire dell'obbedienza, la quale non possiede un valore in sé positivo o negativo<sup>5</sup>. Anche in questo caso, la vita comunitaria non potrebbe sostenersi senza forme di coordinamento dell'azione che richiedono, inevitabilmente, atti di obbedienza. Come ricorda Arendt, «l'obbedienza è una virtù politica di prim'ordine, senza la quale nessun corpo politico potrebbe sopravvivere a lungo»<sup>6</sup>. La questione cruciale non è dunque *se* obbedire, ma *come e a che condizioni* obbedire. L'obbedienza può costituire un fattore di stabilità, cooperazione e fiducia istituzionale; oppure, se fondata su una fede che neutralizza la percezione del rischio e del limite, può diventare il terreno fertile dell'irresponsabilità politica e morale. Le dinamiche di affidamento, inoltre, non sono mai irreversibili. La fluidità della coppia fiducia/fede permette conversioni, rotture e rinegoziazioni; ciò che oggi appare come fede irrevocabile può domani essere reinterpretato come fiducia avvertita, e ciò che oggi è fiducia vigilante può irrigidirsi in fede dogmatica.

Da questa prospettiva emerge con chiarezza che la qualità politica ed etica dell'obbedienza dipende dal tipo di affidamento che la sostiene. Laddove prevale la fiducia come riconoscimento del rischio, l'obbedienza conserva un carattere critico e responsabile; laddove domina la fede che cancella il rischio, essa tende a trasformarsi in obbedienza irresponsabile. L'obbedienza, dunque, è un fenomeno complesso da articolare alla luce delle diverse forme della *pistis*: soltanto un equilibrio dinamico tra fiducia e fede permette a una comunità di fondare la propria coesione senza sacrificare la capacità critica dei suoi membri.

### 3. *Lo sfondo ideologico dell'obbedienza*

L'obbedienza cieca si staglia, quindi, su uno sfondo di senso entro cui l'ordine concreto si colloca. La costruzione di tale sfondo ideologico – un sistema di credenze pre-riflessive che definisce ciò che appare legittimo, necessario o ovvio – è il vero dispositivo che modella la disponibilità a obbedire. Più questo sfondo è interiorizzato e non tematizzato, più l'obbedienza si automatizza: non tanto e non solo perché diminuiscono la volontà o la capacità di giudizio, ma perché queste vengono riorientate a

---

<sup>5</sup> Su questo punto si veda anche J.-L. NANCY, *Tu vas obéir!*, Bayard, Paris 2021.

<sup>6</sup> H. ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, Einaudi, Torino 2010, p. 38.

monte, nell'atto stesso con cui il soggetto interpreta il mondo e la propria posizione in esso. Per dirla con Milgram, «la giustificazione ideologica è d'importanza vitale per ottenere obbedienza volontaria, poiché permette all'individuo di scorgere un fine legittimo del proprio comportamento»<sup>7</sup>: l'autorità non ha bisogno di coartare, perché opera attraverso l'architettura simbolica che rende plausibili e legittimi i suoi comandi. Da qui la sua ipotesi secondo cui il comportamento distruttivo dei cittadini tedeschi sotto il nazismo – caso esemplare rispetto al tema dell'obbedienza irresponsabile – fu l'esito di una introiezione prolungata dell'autorità, ottenuta «attraverso un processo di indottrinamento relativamente lungo»<sup>8</sup>, capace di trasformare la struttura stessa della percezione morale. Ciò che viene interiorizzato, di fatto, non è il contenuto del comando, ma il principio della sua validità; e una volta che tale principio è assunto come autoevidente, la critica non viene repressa: semplicemente non si attiva. È qui che la metafora di Wittgenstein del letto del fiume offre un chiarimento decisivo: ogni pratica, incluso obbedire, dipende da un insieme di credenze di fondo che non sono oggetto di verifica, ma costituiscono la condizione stessa della verifica, proprio come il letto del fiume è lo sfondo che consente lo scorrere dell'acqua.

I regimi autoritari lavorano precisamente su questo livello profondo, attraverso invasive tecniche di propaganda, trasformando il credere in un atto irriflesso, stabilizzando la *pistis* nel suo versante fideistico e neutralizzando la possibilità che l'ordine venga percepito come problematico. In tal modo, non è necessario controllare ogni comportamento: basta controllare la matrice interpretativa entro cui i comportamenti acquistano senso. L'obbedienza che ne risulta non è semplicemente esecuzione, ma la manifestazione di un orizzonte simbolico che rende superflua la domanda sul perché obbedire, poiché l'ovvietà dell'obbedienza è stata prodotta a livello della *forma mentis*, prima ancora che dell'azione.

#### 4. Obbedienza e fanatismo

In questa prospettiva, il passo ulteriore – e più radicale – nella produzione dell'obbedienza è il fanatismo, inteso come forma estrema di

---

<sup>7</sup> S. MILGRAM, *Obbedienza all'autorità*, Einaudi, Torino 2003, p. 133. Si veda anche C. BROWNING, *Uomini comuni*, Einaudi, Torino 2004, pp. 184-193.

<sup>8</sup> S. MILGRAM, *Obbedienza all'autorità*, cit., p. 165.

credenza che elimina la distanza critica tra soggetto e autorità. Su questo punto imprescindibili sono le osservazioni di Viktor Klemperer, il filologo ebreo tedesco che in *LTI. La lingua del Terzo Reich. Taccuino di un filologo* raccoglie e analizza i mutamenti che la lingua tedesca subisce durante gli anni del nazismo, che abbiamo già detto essere uno dei casi paradigmatici su cui applicare le nostre osservazioni. Tra le trasformazioni che maggiormente lo colpiscono e su cui insiste a fondo, c'è quella relativa alla connotazione e all'uso dell'aggettivo *fanatisch*: se «[m]ai, prima del Terzo Reich, a qualcuno sarebbe venuto in mente di usare il termine per dare una valutazione positiva»<sup>9</sup>, ben presto negli anni dell'affermazione del regime hitleriano esso assume un senso spiccatamente positivo. La spiegazione è semplice, agli occhi di Klemperer: il Führer, osserva, non poteva limitarsi a guidare, «aveva bisogno anche di esseri guidati, sulla cui ubbidienza assoluta potesse fare affidamento»<sup>10</sup>, e tale obbedienza assoluta si condensava linguisticamente nell'avverbio 'ciecamente', parola chiave della LTI, non meno ricorrente di 'fanatico'. L'obbedienza ideale è quella che precede il pensiero, poiché «per eseguire ciecamente un comando non posso prima rifletterci su»<sup>11</sup>: la riflessione introduce infatti un tempo di sospensione che può aprire allo scrupolo, alla critica e infine al rifiuto dell'ordine. Il fanatismo risponde precisamente a questa esigenza politica: cancellare l'intervallo tra comando ed esecuzione. Per questo, scrive Klemperer, «la sostanza di ogni educazione militare consiste nel rendere automatica una serie di manovre e di azioni», così che l'individuo reagisca al comando come una macchina a un impulso esterno. Non è dunque un accidente, ma una strategia sistematica: «il nazismo è fondato sul fanatismo e pratica con tutti i mezzi l'educazione al fanatismo»<sup>12</sup>. L'etimologia di *fanaticus*, derivata da *fanum*, luogo sacro, tempio, è già assai esplicativa, rinviando a una condizione di ispirazione o invasamento religioso: il fanatico è colui che agisce come se fosse ispirato e comandato da una forza superiore, sottraendo il proprio comportamento alla valutazione critica<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> V. KLEMPERER, *LTI. La lingua del Terzo Reich. Taccuino di un filologo*, Giuntina, Firenze 2017, p. 82.

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 185.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 82.

<sup>13</sup> Klemperer, ancora, da convinto illuminista, osserva come la LTI favorisca sistematicamente tutto ciò che è istinto, sentimento, immediatezza, contrapponendolo all'intelletto e alla riflessione: dopo il 20 luglio 1944, Goebbels poteva spiegare l'attentato al Führer come il risultato del «prevalere delle forze di un diabolico intelletto su quelle dell'istinto», celebrando implicitamente un modello umano che reagisce senza pensare, come «un branco

Anche dal punto di vista del registro linguistico – e non solo dei contenuti – la LTI cerca di produrre dei *fedeli* del nazismo e del Führer. Klemperer osserva infatti che, leggendo le indicazioni fornite da Hitler stesso nel *Mein Kampf* su come suggestionare le masse, «non si potranno più nutrire dubbi sull'opera di consapevole seduzione che si ottiene usando il registro religioso-chiesastico»<sup>14</sup>. Il lessico, la sintassi e il tono della propaganda nazista riproducono intenzionalmente le forme della predicazione e della liturgia. È anche in questo senso che la LTI, nei suoi momenti culminanti, diventa – come scrive ancora Klemperer – una «lingua della fede»<sup>15</sup>. Il linguaggio politico non descrive la realtà né la discute, ma la sacralizza, collocando il Führer e il suo comando in una sfera sottratta alla verifica e alla critica. L'ordine non viene così recepito come una direttiva contingente, ma come un'espressione di necessità quasi trascendente. Il ricorso al registro religioso-chiesastico non è dunque ornamentale, bensì funzionale alla produzione di obbedienza cieca: trasformando la politica in una forma secolarizzata di culto, esso stabilizza il fanatismo come disposizione permanente e rende l'obbedienza non solo doverosa, ma interiormente obbligata, poiché fondata su un credere che precede e neutralizza il giudizio.

### 5. *L'obbedienza cadaverica*

Un'espressione estrema di questa sospensione del giudizio e della responsabilità è ciò che la lingua tedesca condensa nel termine *Kadavergehorsam*, letteralmente 'obbedienza cadaverica'. La cita Adolf Eichmann, modello *par excellence* del burocrate che obbedisce in maniera cieca agli ordini criminosi dei superiori, durante uno degli interrogatori del processo a Gerusalemme<sup>16</sup>, per riferirsi plasticamente al tipo di obbedienza che nasce da una completa rinuncia ad attività critica.

A pensarci bene *Kadavergehorsam* è una parola ossimorica, che accosta l'idea dell'obbedire – che presuppone un soggetto agente – a ciò che per definizione è privo di volontà. E tuttavia, proprio per questo, il cadavere rappresenta il paradigma dell'obbedienza perfetta: non discute, non esita,

---

di pecore» che segue il montone anche quando si getta in mare (ivi, p. 285).

<sup>14</sup> Ivi, pp. 141-142.

<sup>15</sup> Ivi, p. 138.

<sup>16</sup> H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, Milano 2010, p. 142.

non oppone attrito. Nulla, più di un corpo morto, esprime un consenso totale che non può essere altrimenti, perché non conserva alcuna distanza tra comando ed esecuzione. La genealogia di questa immagine non nasce nel nazismo, ma affonda le radici nella tradizione religiosa, con cui ancora una volta il tema dell'obbedienza si intreccia. Sant'Ignazio di Loyola, nelle *Costituzioni della Compagnia di Gesù*, prescrive per i membri dell'ordine un'obbedienza docile e totale, esortandoli a rinnegare «con cieca obbedienza ogni parere e giudizio personale» e a lasciarsi guidare dal superiore «come se fosse un corpo morto (*perinde ac cadaver*), che si fa portare dovunque e trattare come più piace»<sup>17</sup>. Una formula analoga ricorre già in Francesco d'Assisi, il quale «*assimilavit perfectum obedientem corpori mortuo*»<sup>18</sup>. In entrambi i casi, la metafora del cadavere indica il grado massimo di rinuncia all'autonomia del giudizio, giustificata teologicamente come affidamento a Dio. Nel contesto nazista, ovviamente, questa figura subisce una radicale secolarizzazione, la fede si fa laica, la divinità è il Führer. La *Kadavergehorsam* segna così il punto estremo del processo analizzato fin qui: dall'interiorizzazione dell'autorità alla lingua della fede, fino alla riduzione dell'agente morale a puro esecutore, nel quale il consenso non è più una decisione, ma una condizione permanente di passività assoluta. L'uomo che si fa cadavere, corpo senza volontà.

## 6. *La Amtssprache*

Ancora Eichmann ci consente di introdurre un altro elemento che riteniamo decisivo per la comprensione dei meccanismi dell'obbedienza cieca: il ruolo della *Amtssprache*, la lingua burocratica. Durante il processo, quando gli viene chiesto di chiarire il significato dell'espressione '*kontra geben*' da lui utilizzata, Eichmann mostra un'evidente difficoltà a esprimersi al di fuori di formule standardizzate; consapevole di un limite che egli stesso riconduce a una sorta di afasia, finisce per giustificarsi con un'affermazione tanto semplice quanto rivelatrice: «*Amtssprache ist meine einzige Sprache*»<sup>19</sup>. Questa dichiarazione non va interpretata come una mera

<sup>17</sup> IGNAZIO DI LOYOLA, *Le Costituzioni della Compagnia di Gesù*, a cura di A. Guidetti, in *Gli Scritti*, a cura dei Gesuiti della Provincia d'Italia, AdP, Roma 2007, § 547.

<sup>18</sup> *Speculum Perfectionis*, cap. 48, in *Fonti Francescane*, a cura di E. Menestò, S. Brufani, Edizioni Porziuncola, Assisi 1996.

<sup>19</sup> «Il linguaggio burocratico è la mia unica lingua», H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, cit., p. 56.

idiosincrasia individuale, ma come il sintomo di un processo più ampio di burocratizzazione del pensiero, nel quale il linguaggio non si limita a descrivere l'azione, ma ne struttura anticipatamente il senso e ne neutralizza la valutazione critica.

Il linguaggio burocratico designa, da un lato, il registro proprio di strutture organizzative rigidamente gerarchizzate – come quelle amministrative e militari –, dall'altro, il mezzo linguistico attraverso cui lo Stato articola il proprio rapporto comunicativo con i cittadini. Soprattutto nel primo caso ma, per estensione, anche nel secondo, il linguaggio burocratico sembra agire secondo tre vettori complementari:

- opacizza, impedendo una valutazione critica dei contenuti;
- automatizza, inducendo risposte standardizzate;
- fidelizza, consolidando il rapporto di dipendenza dall'autorità.

### *7. Il linguaggio che opacizza*

Anzitutto, il linguaggio burocratico opacizza e, proprio per questo, distanzia: le formulazioni impersonali, le perifrasi tecniche, le abbreviazioni e l'uso sistematico di sostantivi astratti o eufemistici producono una distanza strutturale tra parola e realtà, rendendo difficile stabilire nessi causali e attribuire responsabilità individuali. L'azione viene così descritta come evento amministrativo, come passaggio procedurale, e non come atto umano dotato di effetti morali. In tal modo, il linguaggio non nega esplicitamente la possibilità della critica, ma la rende impraticabile: ciò che non è chiaramente comprensibile non può essere facilmente giudicato. L'opacizzazione linguistica agisce dunque come una forma di neutralizzazione preventiva del dissenso, poiché sottrae i contenuti alla discussione prima ancora che questa possa avere luogo. È in questa direzione che risultano illuminanti alcune osservazioni di Marcuse, che – pur elaborate all'interno di una tradizione critica rivolta alla società tecnologica e capitalista – chiariscono un meccanismo più generale. A proposito delle abbreviazioni, le 'parole mutilate' di cui parla anche Klemperer, quali per esempio NATO, ONU, USSR, DDR, Marcuse individua una sorta di «astuzia della ragione»: l'abbreviazione può servire ad eliminare domande non gradite [...]. Il significato è rigido, manipolato, caricato ad arte. Una volta diventato un vocabolo ufficiale, continuamente ripetuto nell'uso comune, "sanzionato" dagli intellettuali, esso ha perso ogni valore cognitivo

[...]. Codesto linguaggio, che impone senza tregua delle immagini, milita contro lo sviluppo e l'espressione di concetti. Immediato e diretto com'è, esso è d'intralcio al pensiero concettuale, e in tal modo impedisce di pensare. [...] [I]l linguaggio funzionalizzato, abbreviato e unificato è il linguaggio del pensiero unidimensionale»<sup>20</sup>. L'opacità non è dunque un effetto collaterale, ma una funzione: ciò che è ridotto a sigla o a formula stabilizzata diventa difficilmente interrogabile, sottraendosi alla valutazione critica. Ed è questa, in fondo, la caratteristica dell'uomo a una dimensione: non l'incapacità di pensare in senso assoluto, ma l'impossibilità strutturale di pensare *altrimenti*. Il linguaggio funzionalizzato e abbreviato non elimina il pensiero, bensì ne delimita rigidamente l'orizzonte; ciò che viene meno non è l'intelligenza, ma la seconda dimensione del pensiero, quella della negazione, della distanza critica, dell'immaginazione di alternative. In un simile contesto, il mondo amministrato non appare come una costruzione storica contingente, ma come un ordine naturale e inevitabile, al quale ci si adegua più che aderirvi.

Già nella tipologia weberiana del burocrate (in particolare il burocrate di alto livello) emergevano i tratti decisivi che si ritrovano poi nel prototipo del *desk killer*: «competenza tecnica, obbedienza, attuazione delle politiche con la stessa diligenza con cui si attuerebbero le proprie convinzioni più profonde, predominanza della ragione funzionale o *Zweckrationalität* con l'esclusione del giudizio riflessivo o della ragione qualitativa, 'incoscienza, impoverimento del linguaggio e incapacità di parlare se non in 'linguaggio burocratico' [*Officiales*]»<sup>21</sup>.

Opacizzazione e distanziamento morale vanno dunque di pari passo, dal momento che – ed è uno dei punti su cui Arendt insiste maggiormente – la moralità trova il suo presupposto nella capacità di pensare e nel giudizio riflessivo che ne deriva, senza i quali non sarebbe possibile formulare valutazioni su ciò che è bene e ciò che male, ciò che è giusto e ciò che è ingiusto. Se è vero che «cliché, frasi premasticate, aderenza alle convenzioni, codici standardizzati di espressione e di comportamento, tutto questo ha la funzione di proteggerci dalla realtà, ossia dall'invito a pensare che costantemente ci proviene da ogni evento e ogni fatto della nostra esistenza», è vero anche che il problema, nel caso di Eichmann, è

<sup>20</sup> H. MARCUSE, *L'uomo a una dimensione*, Einaudi, Torino 1967, pp. 112-113.

<sup>21</sup> A. MILCHMAN, A. ROSENBERG, *Hannah Arendt and the Etiology of the Desk Killer: The Holocaust as Portent*, in «History of European Ideas», vol. 15, nn. 1-3, 1992, pp. 213-226. Interessanti osservazioni in linea con queste si trovano in S. FELMAN, *Theaters of Justice: Arendt in Jerusalem, the Eichmann Trial, and the Redefinition of Legal Meaning in the Wake of the Holocaust*, in «Critical Inquiry», vol. 27, 2001, pp. 201-238.

che «egli nemmeno udiva questo invito»<sup>22</sup>. Secondo la filosofa tedesca, «il gergo burocratico era la sua lingua perché egli era veramente incapace di pronunciare frasi che non fossero *clichés* [...]». Quanto più lo si ascoltava, tanto più era evidente che la sua incapacità di esprimersi era strettamente legata a un'incapacità di pensare, cioè di *pensare* dal punto di vista di qualcun altro»<sup>23</sup>. È precisamente questa incapacità di *immaginazione etica* – di mettersi nei panni dell'altro, di rappresentarsi le conseguenze delle proprie azioni – che il linguaggio burocratico tende ad atrofizzare. Distanziare significa qui neutralizzare: il gergo amministrativo non nega il bene e il male, ma li rende irrilevanti, sostituendo al giudizio morale la correttezza procedurale e producendo soggetti che non scelgono, ma funzionano.

#### 8. *Il linguaggio che automatizza*

In secondo luogo, il linguaggio burocratico automatizza. Esso tende a ridurre l'interazione comunicativa a una sequenza di risposte previste, codificate, ripetibili. Moduli, formule standard, categorie predefinite non richiedono deliberazione, ma riconoscimento e applicazione. Chi parla o scrive in questo registro non è chiamato a formulare un giudizio, bensì a selezionare l'opzione corretta all'interno di un repertorio dato. L'automatizzazione non riguarda soltanto l'esecuzione dell'azione, ma il processo cognitivo stesso: si impara a rispondere secondo schemi fissi, a pensare per caselle, a tradurre situazioni complesse in categorie amministrative. In questo senso, il linguaggio non accompagna l'azione, ma la precede e la determina, trasformando l'obbedienza in una risposta quasi riflessa, priva di attrito interno. Ancora una volta il caso della lingua del Terzo Reich mette in scena esemplarmente questi elementi: «[o]gnuno deve essere un automa nelle mani del superiore e del capo supremo, ma contemporaneamente colui che pigia il bottone che mette in funzione l'automa a lui sottoposto. Questa struttura occulta fa apparire normale il processo di schiavizzazione e spersonalizzazione; di qui il grande numero di espressioni della LTI tratte dal settore della tecnica e una massa di parole che rafforzano tale processo [...]. [L]a meccanizzazione

<sup>22</sup> H. ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, cit., p. 138.

<sup>23</sup> H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, cit., pp. 56-57. Su questo punto si veda anche M. GORDON, *Arendt and Conrad on the Banality of Evil: Some Implications for Education*, in «Journal of Thought», vol. 34, n. 2, Summer 1999, pp. 15-30.

inequivocabile della persona rimane riservata alla LTI, la cui creazione più caratteristica e probabilmente anche la più precoce in questo campo è il verbo ‘gleichschalten’ [sincronizzare, livellare, uniformare]. Par di vedere e di sentire il pulsante che fa assumere a persone [...] posizioni e movimenti automatici uniformi»<sup>24</sup>.

### 9. Il linguaggio che fidelizza

In terzo luogo, il linguaggio burocratico fidelizza. Proprio perché opacizza e automatizza, esso contribuisce a consolidare un rapporto di dipendenza dall'autorità che lo emette e lo legittima. La *Amtssprache* si presenta come neutra, oggettiva, tecnicamente necessaria. Tuttavia, questa apparente neutralità produce una forma peculiare di fiducia eterodiretta: ci si affida all'autorità non perché la si ritenga giusta in senso morale, ma perché la si percepisce come competente, inevitabile. In questo modo, la fedeltà non è il risultato di una scelta consapevole, ma l'effetto di un'abitudine linguistica che stabilizza il rapporto di subordinazione. La fidelizzazione burocratica è tanto più efficace quanto meno è tematizzata: il soggetto non si percepisce come obbediente, ma come semplice esecutore di procedure, mentre l'autorità si sottrae alla responsabilità personale presentandosi come istanza impersonale. Questa dinamica di fidelizzazione non opera soltanto attraverso l'astrazione e la standardizzazione, ma anche mediante una dimensione rituale e quasi *ipnotica* del linguaggio. In questo senso, il gergo burocratico condivide con il linguaggio religioso

<sup>24</sup> V. KLEMPERER, *LTI. La lingua del Terzo Reich. Taccuino di un filologo*, cit., pp. 186-188. Questo processo di meccanizzazione (anche) per via linguistica nel Germania hitleriana trova forse la sua realizzazione spietatamente perfetta nella organizzazione dei lager. Come osserva Todorov, «[i] detenuti non sono i soli a subire un processo di depersonalizzazione: nel sistema totalitario, e in particolare nei lager, i guardiani tendono a ritrovarsi nella stessa situazione. Scopo del sistema è trasformare ciascuno in ingranaggio di un'immensa macchina, in modo tale che non sia più padrone della sua volontà. [...] gli ex-guardiani adducono come scusa il principio dell'ubbidienza [...]. Ubbidienza alla guida del popolo, al Führer, alle leggi, agli ordini. [...] si deve constatare che l'obbligo di una cieca ubbidienza, l'invito a considerarsi semplici ingranaggi di una macchina, è una tipica caratteristica dei sistemi totalitari [...]. Un essere che non fa che ubbidire agli ordini non è più una persona» (T. TODOROV, *Di fronte all'estremo*, Garzanti, Milano 2011, pp. 186-188). Per un approfondimento su questi aspetti ci permettiamo di rimandare a S. DI PIAZZA, *La lingua alla prova del lager*, in M. DI FIGLIA, D. TONONI (a cura di), *Tempo e Shoah. Politiche dell'oblio e forme testimoniali*, Palermo University Press, Palermo 2020, pp. 79-97.

una medesima struttura rituale, per l'appunto: la ripetizione di formule, sigle e acronimi produce familiarità, assuefazione e adesione, favorendo la costruzione di abiti mentali automatizzati, come visto in precedenza.

Nel loro intreccio, questi tre vettori mostrano come il linguaggio burocratico non sia un mero strumento tecnico, ma un meccanismo di governo delle condotte. Non è un caso che la *Amtssprache* sia stata uno dei principali veicoli della propaganda nazista, progressivamente assorbita non solo dagli apparati amministrativi, ma anche dal linguaggio quotidiano, fino a diventare un orizzonte espressivo condiviso. Come osserva Klemperer, la povertà lessicale e la monotonia sintattica della lingua non sono difetti accidentali, ma strumenti di dominio: il linguaggio produce abiti mentali, e la ripetizione di formule astratte e impersonali favorisce una vera e propria afasia del pensiero, rendendo sempre più difficile articolare un giudizio che non sia già previsto dal sistema.

#### 10. *Linguaggio burocratico e lingua della fede*

In questo senso, il suo funzionamento – pur da una prospettiva diversa – presenta una profonda affinità strutturale con la ‘lingua della fede’ analizzata da Klemperer, con cui converge ai fini della produzione dell’obbedienza. La lingua della fede opera attraverso la sacralizzazione: il comando viene investito di un’aura di necessità superiore e l’adesione assume la forma della conversione. La *Amtssprache*, al contrario, non mobilita simboli religiosi né emozioni collettive, ma si presenta come neutra, tecnica, impersonale; e tuttavia proprio questa apparente neutralità ne costituisce la forza. Se la prima sospende il giudizio perché lo rende sacrilego, la seconda lo sospende perché lo rende superfluo. In entrambi i casi, ciò che viene meno non è l’intelligenza dell’agente, ma la necessità di giudicare: nel primo caso perché la verità è già data, nel secondo perché la decisione è già stata presa altrove, incorporata nella procedura.

La differenza riguarda dunque la forma, non l’esito. Là dove la lingua della fede produce obbedienza attraverso l’assolutizzazione del comando, la *Amtssprache* la produce attraverso la sua depersonalizzazione; là dove la prima richiede un atto di credere, la seconda induce un atto di conformarsi. Ma entrambe convergono nel medesimo risultato: trasformare l’obbedienza da pratica deliberativa a pratica eterodiretta, come dicevamo, nella quale il soggetto non è chiamato a valutare il contenuto dell’azione,

bensì a riconoscere la validità della fonte – che si tratti del Führer, della legge, dell'ufficio o della procedura. In questo senso, lingua della fede e linguaggio burocratico non sono alternative, ma registri complementari di un medesimo dispositivo di potere: la prima prepara l'adesione totale, la seconda ne garantisce la riproducibilità quotidiana, rendendo l'obbedienza non solo possibile, ma normale.

### 11. *Il burocrate e il fanatico*

C'è un punto che rimane ambiguo rispetto al quadro che abbiamo fin qui tracciato: il burocrate che obbedisce ciecamente e in maniera irresponsabile, lo fa animato da fanatismo e ideologia oppure per freddo senso del dovere? Ovviamente non c'è una risposta univoca ma ancora una volta il caso di Eichmann può essere utile per tracciare almeno una possibilità interpretativa. A leggere Arendt, sembrerebbe che Eichmann, più che da fanatico nazista, agisse da freddo burocrate con un senso del dovere rigido e pervasivo. C'è un passaggio de *La banalità del male*, nel quale la filosofa tedesca ricostruisce le motivazioni fornite dall'imputato rispetto alla sua eccezionale fedeltà a Hitler, sintetizzabili nella frase: «le parole del Führer avevano forza di legge (*Führerworte haben Gesetzeskraft*)»<sup>25</sup>. Per tale motivo egli non aveva mai chiesto un ordine scritto di Hitler, come invece aveva fatto nel caso di ordini provenienti da Himmler, la cui illegalità doveva verosimilmente essergli manifesta, come tale richiesta sembra indicare. Così commenta Arendt: «[n]aturalmente, a determinare le azioni di Eichmann non era soltanto la convinzione che Himmler stesse ora impartendo ordini illegali. Ma il fattore personale in gioco non era il fanatismo, bensì la sua sincera, "sfrenata e smisurata ammirazione per Hitler," come disse un teste della difesa, cioè per l'uomo che era riuscito a salire "da caporale a Cancelliere del Reich." Sarebbe vano cercar di stabilire che cosa fosse più forte in lui, se l'ammirazione per Hitler o l'intenzione di restare un cittadino ligio alla legge anche ora che il Terzo Reich era ridotto a un cumulo di macerie»<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, cit., p. 154. Milchman e Rosenberg condividono la posizione arendtiana, sostenendo che «l'antisemitismo viscerale non fu un fattore motivante nella carriera di Adolf Eichmann, così come non fu la chiave per il funzionamento del desk killer come tipo umano nell'Olocausto», A. MILCHMAN, A. ROSENBERG, *Hannah Arendt and the Etiology of the Desk Killer: The Holocaust as Portent*, cit., p. 216.

<sup>26</sup> H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, cit., p. 155. In maniera

Sulla stessa lunghezza d'onda sembra essere anche Todorov – con particolare riferimento alle alte gerarchie – secondo cui «la spiegazione che fa appello al fanatismo è insufficiente. Tra i guardiani esistono i fanatici comunisti o nazisti, ma in proporzione non superiore a quella dei sadici. Predomina invece un tipo completamente diverso: conformista, pronto a servirsi di qualunque potere; interessato dal proprio benessere personale più che dal trionfo della dottrina. Per quanto si risalga la scala del potere, praticamente non si trovano altro che dei “pragmatici” e dei cinici. L'ideologia, passato il periodo della presa del potere, è un alibi, non una motivazione. [...] “Il nuovo stato, nota Grossman, “non aveva bisogno di santi apostoli, di costruttori frenetici, indemoniati, di adepti pieni di fede. [...] non aveva bisogno che di funzionari, d'impiegati» (*Tutto scorre*, p. 179)»<sup>27</sup>.

Questa linea interpretativa che tende a escludere il fanatismo come fattore decisivo dell'obbedienza burocratica, almeno nel caso di Eichmann, può essere però diversamente articolata. Se è vero che Eichmann non appare come un fanatico ideologico nel senso tradizionale del termine, e se è altrettanto vero che l'ideologia, una volta consolidato il potere, può funzionare da alibi più che da autentica motivazione, resta tuttavia aperta *la* questione fondamentale: che cosa rende possibile un'obbedienza tanto radicale e perseverante, soprattutto quando essa si traduce nell'organizzazione sistematica della morte? Il punto decisivo, qui, non riguarda tanto *che cosa* il burocrate pensa, ma *come* pensa; non il contenuto dell'ideologia, ma la struttura ideologica del pensiero. In altri termini, ciò che genera obbedienza non è primariamente l'adesione a una dottrina determinata, bensì una forma di fidelizzazione che sospende la riflessione.

Chi è fidelizzato, proprio perché non riflette su ciò a cui è fidelizzato, agisce in maniera abituale. In questa prospettiva, l'alternativa tra un freddo burocrate mosso da un senso del dovere in sé e un burocrate animato da fanatismo appare meno netta di quanto suggeriscano alcune letture. È infatti problematico pensare che un individuo possa compiere azioni oggettivamente malvagie appellandosi soltanto a un dovere astratto, privo di qualsiasi sostegno simbolico o affettivo. Il fatto che il burocrate agisca senza pensare, nel senso arendtiano di *thoughtlessness*, non implica che egli

---

analoga si esprime in un'intervista con Joachim Fest: «[n]on credo che lui avesse una particolare brama di potere. Era il tipico funzionario. E un funzionario, se davvero non è nient'altro che un funzionario, è allora un tipo molto pericoloso. L'ideologia nel suo caso non ha avuto, credo, una grande importanza», H. ARENDT, J. FEST, *Eichmann o la banalità del male*, Giuntina, Firenze 2021, pp. 37-38.

<sup>27</sup> T. Todorov, *Di fronte all'estremo*, cit., pp. 123-124.

agisca senza essere ispirato da una qualche forma di fede o di orientamento fondamentale. Al contrario, l'azione automatica è possibile proprio perché è già sorretta da una fiducia radicale nella fonte del comando, che rende superfluo il giudizio. Eichmann non è il burocrate che svolge mansioni neutre; è il burocrate che manda a morte individui concreti, e per farlo deve credere – almeno in senso strutturale – di stare eseguendo la volontà del Führer. La formula implicita che regge questa obbedienza non è una convinzione morale argomentata, ma un atto di affidamento: *se lo ha voluto lui, allora avrà avuto le sue ragioni*. Qui emerge una forma di fanatismo che non coincide con l'adesione dottrinarica, ma che può essere definita come fanatismo senza contenuto, un fanatismo dell'ordine e della funzione, che non necessita di convinzioni profonde ma si alimenta di ammirazione, identificazione e – in ultima analisi – fede. È proprio questa struttura – nella quale il contenuto dell'azione può anche non essere interiormente condiviso – che consente di comprendere come sia possibile obbedire senza approvare moralmente ciò che si fa, purché si creda assolutamente nella legittimità di chi comanda.

In questo senso, l'episodio biblico di Abramo pronto a sacrificare il figlio Isacco risulta particolarmente illuminante per comprendere come l'obbedienza possa prescindere dall'approvazione morale del contenuto dell'atto. Abramo non è presentato come qualcuno persuaso della giustezza intrinseca dell'uccisione del figlio, né come un soggetto che abbia elaborato una giustificazione etica dell'atto richiesto; al contrario, ciò che rende possibile la sua obbedienza è la certezza assoluta che seguire la volontà di Dio, in quanto tale, sia cosa giusta. «Dopo queste cose, Dio mise alla prova Abramo e gli disse: “Abramo, Abramo!”. Rispose: “Eccomi!”. Riprese: “Prendi tuo figlio, il tuo unico figlio che ami, Isacco, va' nel territorio di Moria e offrilo in olocausto su di un monte che io ti indicherò”» (Genesi 22). La radicalità del racconto non risiede nel contenuto dell'ordine, ma nello spostamento del criterio di giudizio: non è più l'azione a essere valutata, bensì la fonte del comando a essere sottratta a ogni interrogazione. L'atto diventa giusto non perché riconosciuto come tale, ma perché voluto da chi ha autorità assoluta. In questo senso, il racconto biblico mostra in forma paradigmatica una struttura dell'obbedienza in cui la fede non elimina il conflitto morale, ma lo sospende, rendendo irrilevante la valutazione del contenuto. È precisamente questa struttura che consente di accostare, pur nelle evidenti differenze di contesto, il caso di Abramo a quello di Eichmann: in entrambi i casi, ciò che rende possibile l'obbedienza non è l'adesione consapevole all'azione richiesta, ma la fiducia incondizionata

nella legittimità di chi ordina. Ne deriva che il burocrate non può essere descritto né come un semplice esecutore privo di coinvolgimento, né come un fanatico nel senso tradizionale del termine, ossia animato da convinzioni ideologiche forti e tematizzate. Egli è piuttosto il portatore di una forma di fanatismo strutturale, in cui la fede non riguarda tanto ciò che si fa, quanto l'autorità che comanda: una fede che trasferisce integralmente la responsabilità del giudizio alla fonte del comando e che, proprio per questo, rende possibile un'obbedienza radicale e irresponsabile.

## 12. Conclusione: dubitare, persuadere e (comunque) combattere

Abbiamo visto come la triade del motto fascista – *credere, obbedire, combattere* – sintetizzi e condensi efficacemente la grammatica di un'obbedienza cieca e irresponsabile, una grammatica fondata sulla sospensione del giudizio, sull'eterodirezione dell'azione e sulla naturalizzazione dell'obbedienza. In conclusione, proponiamo una contro-triade, non propriamente opposta, ma strutturalmente alternativa, che sia concettualmente vicina all'idea di un'obbedienza responsabile: dubitare, persuadere e (comunque) combattere.

Dubitare è il primo gesto politico fondamentale. Non nel senso paralizzante dello scetticismo assoluto, ma come esercizio della facoltà di giudizio, come rifiuto di accettare il comando in quanto tale, di confondere la fonte dell'ordine con la sua giustificazione. Tutto ciò che abbiamo analizzato – dalla *pistis* che scivola dalla fiducia alla fede cieca, dal fanatismo strutturale del burocrate alla *Amtssprache* che opacizza e automatizza – mostra che l'obbedienza irresponsabile nasce precisamente dove il dubbio è espulso come segno di debolezza o di disfattismo. Dubitare significa invece riaprire lo spazio della valutazione morale, restituire all'agire umano la sua dimensione riflessiva, sottrarlo all'automatismo<sup>28</sup>.

Ma il dubbio, da solo, non basta. Per questo il secondo verbo è persuadere, che qui sostituisce consapevolmente 'obbedire', a partire dall'idea che abbiamo espresso all'inizio, che il *peithesthai* (obbedire) è la forma medio-passiva di *peithein* (persuadere). La persuasione da intendersi, qui, come pratica eminentemente *politica*, che presuppone

---

<sup>28</sup> Siamo ovviamente consapevoli che a sua volta l'automatismo nell'obbedienza rappresenti un elemento estremamente importante all'interno delle strutture gerarchicamente organizzate, ma ovviamente la nostra non è una proposta operativa bensì teorico-speculativa.

sogetti capaci di argomentare e di essere convinti. È in questa direzione che si può richiamare il passo decisivo del *Critone* di Platone: Socrate riconosce esplicitamente che la legge può essere ingiusta e che, in tal caso, il cittadino non è semplicemente tenuto a obbedire, ma ha la possibilità – e in certo senso il dovere – di scegliere fra persuadere ed eseguire. Come ricorda lo stesso Socrate, «chi ritiene che la legge sia ingiusta può e deve persuadere il legislatore a cambiarla» (47d)<sup>29</sup>. Sostituire *obbedire* con *persuadere* significa spostare l'asse dall'autorità alla responsabilità, dal comando alla deliberazione. È su questo punto che, ancora una volta, le riflessioni di Hannah Arendt risultano particolarmente illuminanti. Arendt invita esplicitamente a rivedere il nostro vocabolario politico, osservando che «perfino in una società integralmente burocratica, con il suo inviolabile ordine gerarchico, sarebbe più opportuno parlare dell'opera di ruote e "ingranaggi" in termini di sostegno prestato a un'impresa generale, piuttosto che nei termini usuali di semplice obbedienza ai superiori»<sup>30</sup>. Obbedire alle leggi di un Paese, precisa Arendt, significa in realtà sostenere una determinata costituzione; ed è proprio questo sostegno che viene ritirato dai rivoluzionari e dai ribelli. Di conseguenza, la domanda moralmente rilevante non è «Perché hai obbedito?», ma «Perché hai dato il tuo sostegno?». Come Arendt sottolinea con forza, sarebbe auspicabile «eliminare per sempre il dannoso termine "obbedienza" dal nostro vocabolario politico e morale», perché solo così potremmo «riacquistare un po' di fiducia in noi stessi» e «un po' d'orgoglio», cioè «la nostra dignità di uomini»<sup>31</sup>.

Resta infine 'combattere', che dei tre verbi è quello apparentemente più carico di violenza. Se questo verbo può essere salvato, però, è solo a condizione di separarlo radicalmente dalla cieca obbedienza che lo accompagnava nella triade fascista. Combattere, qui, non significa eseguire ordini, ma resistere; non annullare il giudizio, ma metterlo in gioco; non aderire a un fine imposto, ma difendere uno spazio di libertà e di responsabilità. In questo senso, il conflitto non è l'opposto della politica, ma il suo limite estremo, che si apre quando la persuasione è resa impossibile e il dubbio viene sistematicamente represso.

La contro-triade *dubitare, persuadere, combattere* non promette salvezza né armonia. Essa assume piuttosto l'incertezza come condizione costitutiva

<sup>29</sup> Su questo punto si veda G. CORSO, *Obbedire alle leggi? La lezione di Socrate*, in «Nuove Autonomie», n. 1, 2022, pp. 7-20.

<sup>30</sup> H. ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, cit., p. 39.

<sup>31</sup> Ivi, pp. 39-40.

della vita politica e affida all'esercizio del giudizio – sempre fragile, sempre revocabile – il compito di tenere insieme responsabilità individuale e convivenza collettiva. Se c'è una lezione che emerge con chiarezza dall'analisi dell'obbedienza cieca, è che il pericolo non risiede nel conflitto, ma nella sua abolizione, non nel dubbio, ma nella sua proibizione.

## *Obbedienza e controllo: spunti dalle scienze della mente*

MARCO BRIGAGLIA\*

### ABSTRACT

(ITA) In questo capitolo, mi soffermo sulla importanza dell'indagine psicologica per il problema dell'obbedienza responsabile. Delineo un possibile, auspicabile sviluppo del progetto ABIDE (di cui questo libro è un risultato), mettendo in evidenza e le sue principali sfide metodologiche. Infine, presento al lettore una ricostruzione critica degli esperimenti di Milgram e di una serie di studi recenti – condotti da Caspar, Haggard e colleghi sulla base di un paradigma sperimentale innovativo – che hanno dato nuovo vigore alle ipotesi di Milgram sui meccanismi dell'obbedienza.

(ENG) In this chapter, I focus on the importance of psychological inquiry for the problem of responsible obedience. I outline a possible, desirable development of the ABIDE project (of which this book is an output), highlighting its main methodological challenges. I present the reader with a critical reconstruction of Milgram's experiments and a series of recent studies conducted by Caspar, Haggard, and colleagues based on an innovative experimental paradigm, which have given new vigor and a new flavor to Milgram's hypotheses on the mechanisms of obedience.

### KEYWORDS

(ITA) Obedience and control; Milgram; Psicologia dell'obbedienza; Obbedienza responsabile.

(ENG) Obedience and control; Milgram; Psychology of obedience; Responsible obedience.

SOMMARIO: 1. Premessa: il problema dell'obbedienza responsabile-ma-disciplinata – 2. Propositi per un lavoro futuro – 3. Milgram sulla 'alienazione del controllo' – 4. Il paradigma sperimentale di Caspar e colleghi: senso di agentività e *intentional binding* – 5. Gli esperimenti e i risultati – 6. Le conclusioni e qualche commento.

---

\* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Palermo.

### 1. *Premessa: il problema dell'obbedienza disciplinata-ma-responsabile*

Un aspetto centrale dell'ideale dell'obbedienza 'responsabile' è il mantenimento, da parte del soggetto a cui è diretto un ordine – o, più in generale, una direttiva autoritativa – di un margine di controllo deliberativo sul processo di selezione della propria azione, che gli consenta anzitutto di sottoporre a scrutinio critico il contenuto dell'ordine, e che gli consenta anche, in caso di grave vizio, di resistere alla pressione psicologica esercitata dall'ordine, scegliendo di disobbedire. L'ideale dell'obbedienza responsabile richiede dunque, al soggetto, di *riflettere* sul contenuto dell'ordine e sulla sua correttezza e di saper *resistere* alla pressione dell'ordine.

La 'disciplina', di contro – in una delle accezioni del termine – è l'acquisizione di un *habitus* all'obbedienza, inteso come un vasto complesso di atteggiamenti e disposizioni che includono, fra l'altro, un certo grado di 'automatizzazione' dell'obbedienza: la tendenza a eseguire gli ordini ricevuti in modo pronto, fluido, immediato, sottraendo, entro una certa misura, l'ordine al proprio stesso scrutinio critico. La 'disciplina' consiste, in questo senso, nell'acquisizione della tendenza a *non resistere* all'ordine e ad eseguirlo velocemente e *senza riflettere* – o quanto meno, senza riflettere *troppo*<sup>1</sup>.

Tra queste due esigenze, l'esigenza di 'responsabilità' dell'obbedienza e l'esigenza di disciplina come parziale automatizzazione dell'obbedienza, vi è una evidente tensione – un aspetto specifico della più generica tensione, che affligge qualsiasi struttura organizzativa, fra, da un lato, esigenze di flessibilità e accuratezza delle decisioni, e, d'altro lato, esigenze di stabilità e velocità.

La tensione tra obbedienza responsabile e disciplina ha una rilevanza particolare in un contesto politico-giuridico ispirato ai principi del *rule of law* e del costituzionalismo, e, anche se interessa il funzionamento di qualsiasi amministrazione, pubblica e privata<sup>2</sup>, acquista una dimensione drammatica nell'ordinamento militare (e, più in generale, in tutto il

<sup>1</sup> Nei termini di Weber, la 'disciplina' è la disposizione, acquista attraverso abitudine, ad una obbedienza 'pronta', 'automatica', 'stereotipata' (M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen 1922, p. 28). Più avanti, la costruzione di una disciplina 'razionalizzata', caratteristica delle grandi organizzazioni dell'età moderna, è definita da Weber in termini di esatta e scrupolosa esecuzione di ordini, in cui ogni critica interiore dell'ordine viene sospesa e l'agente si concentra esclusivamente sull'obiettivo di portare a termini il compito (ivi, 642). Se anche non in forma necessariamente così stringente, la disciplina richiede comunque una qualche compressione dello spazio di deliberazione del destinatario degli ordini.

<sup>2</sup> V., a questo proposito, il contributo di V. MILITELLO, in questo volume.

‘comparto sicurezza’). In questo ambito, è particolarmente forte l’esigenza di disciplina – e della *costruzione* della disciplina attraverso specifiche modalità di addestramento e di organizzazione – a garanzia di un efficace coordinamento dell’azione. Ma altrettanto forte è l’esigenza che la disciplina non trasformi le forze armate, e l’immenso potere che veicolano, in uno strumento di illegalità o addirittura di eversione. L’ideale dell’obbedienza responsabile diventa, in questo contesto, parte di un progetto politico di ‘costituzionalizzazione’ delle forze armate (e, più in generale, di tutto il comparto sicurezza) anche attraverso il controllo diffuso, esercitato dai subordinati, della legittimità e costituzionalità degli ordini.

Questo progetto politico presuppone che le esigenze di disciplina e di responsabilità dell’obbedienza (e, in particolare, di una responsabilità informata ai principi del *rule of law* e del costituzionalismo), nonostante la loro evidente tensione, non siano in definitiva incompatibili, ma possano trovare un punto di soddisfacente composizione. Qui sta una componente cruciale di ciò che, nel progetto ABIDE, abbiamo chiamato ‘*problema dell’obbedienza responsabile*’: se vi sia, e quale sia, questo punto di composizione, e come raggiungerlo. Se e come, cioè, sia possibile comporre l’esigenza di *automatizzare* almeno in parte l’obbedienza, e l’esigenza di mantenere uno spazio di *controllo deliberativo* su di essa.

## 2. *Propositi per un lavoro futuro*

Per affrontare in modo serio il problema dell’obbedienza disciplinata-responsabile, dovrebbe essere chiaro, non è sufficiente proclamarne in termini vaghi l’ideale e prescriverla normativamente ai subordinati. È invece necessario un lavoro molto più organico e complesso, che comprende almeno tre passaggi:

(1) Specificare in modo molto più preciso quale sia il modello di obbedienza a cui si punta; quale, tra i molti astrattamente possibili, il punto di composizione perseguito fra disciplina e responsabilità, automaticità e controllo. Per essere accettabile, inoltre, il modello di obbedienza delineato non dovrebbe limitarsi ad essere astrattamente soddisfacente sulla base dei nostri ideali normativi, ma dovrebbe anche essere *realistico* – dovrebbe essere possibile, e non eccessivamente difficile, che (magari con una formazione o addestramento adeguati) i processi decisionali di un essere umano di normali capacità cognitive, nei contesti istituzionali rilevanti, si

conformino al modello prescelto.

(2) Pianificare e predisporre contesti organizzativi e modalità di formazione e addestramento che favoriscano l'acquisizione della forma di obbedienza specificata dal modello prescelto.

(3) Progettare e implementare, sulla base del modello di obbedienza prescelto, una riforma organica e coerente della sua regolamentazione giuridica, con particolare attenzione alla responsabilità penale, la più gravosa, per i crimini di obbedienza.

Il lavoro sviluppato dal progetto ABIDE è stato, fino ad ora, prevalentemente esplorativo, di ricostruzione del modo in cui il problema dell'obbedienza responsabile è attualmente affrontato in diversi settori dell'ordinamento giuridico e dei contesti istituzionali nazionali e sovranazionali, identificando limiti, zone d'ombra, difficoltà. Un eventuale prosecuzione del progetto dovrebbe passare con decisione alla *pars construens*, cominciando a impegnarsi direttamente nei tre passaggi su indicati<sup>3</sup>.

Il primo di questi passaggi, la specificazione del modello di obbedienza perseguito, richiede a monte un grande lavoro teorico. La differenza tra obbedienza 'responsabile' da un lato, e il tipo di obbedienza squalificata come 'automatica' ('meccanica', 'cieca', 'passiva', 'cadaverica') non è un taglio netto, ma un continuo composito e multidimensionale: il controllo può assumere gradi e intensità diversa, e l'automaticità può riguardare, in misura diversa, aspetti diversi del processo decisionale. L'obbedienza puramente automatica, in cui un soggetto è agito da un altro in modo puramente passivo, senza alcuna interposizione della propria capacità di controllo volontario, di comprensione e di ragionamento, è una condizione patologica estrema, molto lontana dalle forme di obbedienza dell'esperienza ordinaria – anche se, forse, rivelativa di alcuni meccanismi basilari che predispongono all'obbedienza e che, in condizioni normali, sono mediati e modulati da capacità di livello superiore<sup>4</sup>. Generalmente,

<sup>3</sup> Spunti in questa direzione sono contenuti nel capitolo di A. SPENA, in questo volume. Spena identifica due modelli di obbedienza dominanti, che chiama il 'modello dell'obbedienza *cieca*' e il 'modello dell'obbedienza *giudiziosa*'; mostra come la regolamentazione dell'obbedienza articolata dal diritto penale interno oscilli, con poca coerenza, tra il primo e il secondo modello; suggerisce che nessuno dei due modelli sia normativamente e psicologicamente adeguato – troppo spostato verso l'automaticità il primo, e troppo spostato verso il controllo il secondo; e infine abbozza un modello alternativo, il 'modello dell'obbedienza *tragica*'.

<sup>4</sup> Nella catatonìa (una condizione patologica di grave compromissione del controllo volontario dell'azione) può darsi una forma estrema di obbedienza automatica: il paziente si conforma passivamente, senza esitazione e resistenze, alle indicazioni altrui, anche quando

l'obbedienza non esclude ma richiede una qualche forma di controllo volontario – l'agente comprende il modello di comportamento comandato, trasformandolo in un criterio che guida la sua azione in modo cosciente, e spesso attraverso l'esercizio di sforzo di attenzione e di volontà. Nello stesso tempo (ed è questo il caso dell'esperienza che si tende a qualificare come 'passiva'), l'obbedienza può essere accompagnata da una rinuncia all'esercizio di un controllo di livello superiore: la rinuncia a decidere come comportarsi sulla base di una propria scelta autonoma, e, soprattutto, la rinuncia a decidere sulla base del proprio giudizio, della propria valutazione delle ragioni applicabili – la rinuncia, cioè, all'esercizio di un controllo 'deliberativo'. Ma anche qui – ne vedremo un esempio con i soggetti dell'esperimento Milgram – le cose non sono affatto semplici. Ci sono casi in cui l'abdicazione al controllo deliberativo è, a sua volta, una scelta deliberata, che non sembra esprimere una condizione di passività, ma al contrario una condizione di estrema (seppure paradossale) signoria su sé stessi. Si pensi, come caso estremo, all'obbedienza 'ascetica', accettata come parte di un percorso volontario di distacco dal sé; o all'obbedienza assoluta prestata dal Samurai al proprio *damiō*, che (in una sua rappresentazione ideal-tipica, o forse ideologica) è perseguita come massima espressione non di servitù, ma di controllo di sé. Ma, anche al di là di queste condizioni estreme, vi sono casi in cui l'abdicazione al controllo deliberativo sembra essere il risultato di una deliberazione basata su un sistema normativo in cui il soggetto si riconosce pienamente – l'agente è convinto che la cosa da fare sia eseguire l'ordine senza metterlo in questione. Altre volte, invece, il soggetto che obbedisce sembra intrappolato in un meccanismo con cui non si identifica, ma da cui non riesce a sottrarsi (questo è quello che sembra accadere ai soggetti dell'esperimento di Milgram). Del resto, la rinuncia o compromissione del controllo deliberativo che accompagna alcune forme di obbedienza può a sua volta avere modalità molto diverse: una attitudine a *non pensare*, ad assumere come criterio di azione l'ordine ricevuto senza nemmeno prendere in considerazione ragioni ulteriori che potrebbero suggerire di disobbedire, o una attitudine a *schermare* la propria decisione effettiva dall'effetto di ragioni diverse dall'ordine ricevuto<sup>5</sup> – e questa attitudine può essere così forte da rendere l'obbedienza, in qualche senso,

---

richiedono di adottare comportamenti umilianti, inusuali, svantaggiosi. È possibile che, in questa condizione, la momentanea compromissione della capacità di controllo volontario renda libera di operare una tendenza all'esecuzione automatica di istruzioni che, in condizioni normali, è filtrata, modulata, inibita da processi di controllo di vario livello.

<sup>5</sup> J. Raz, *Practical Reason and Norms*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 1999, p. 184.

‘automatica’, anche se non per questo necessariamente ‘cieca’ (l’agente *valuta* interiormente l’ordine, ma agisce sulla base di esso e non della sua valutazione). Ancora, l’obbedienza può essere ‘entusiastica’, accompagnata da una completa e creativa adesione agli scopi dell’autorità. O può invece avvenire ‘controvoglia’, limitata al minimo e accompagnata da sentimenti (e segni) di disagio, di resistenza, di malessere. Anche l’operatività di meccanismi di obbedienza automatica può essere molto varia. Mi riferisco a meccanismi, innati o acquisiti attraverso apprendimento (soprattutto *addestramento*), che operano stimolando, in risposta alla ricezione di un ordine, l’adozione automatica (immediata, involontaria, non deliberata) di un comportamento conforme. In certi casi, questi meccanismi possono limitarsi a *facilitare* l’obbedienza, lasciando intatta la possibilità del soggetto di esercitare controllo e inibire, se necessario, l’obbedienza. In altri casi, il loro effetto potrebbe essere più penetrante, e rendere l’esercizio di controllo particolarmente difficile. Anche il controllo deliberativo che il soggetto esercita sull’ordine, poi, può avere forme e modalità diverse, combinate nei modi più vari: una modalità ‘esplicita’, che passa attraverso una riflessione cosciente e deliberata più o meno estesa, o una modalità ‘implicita’, basata su sensazioni e intuizioni.

Insomma, il campo dell’obbedienza è estremamente variegato, ed è necessario, anzitutto, impegnarsi in un lavoro teorico di mappatura delle diverse forme di obbedienza che ne metta in evidenza gli aspetti normativamente e organizzativamente più rilevanti. Per servire alla costruzione di un modello *realistico* di obbedienza responsabile, questa mappatura dovrà però essere *psicologicamente plausibile*. E per ottenere una mappatura psicologicamente plausibile non ci si può limitare a indagare l’obbedienza restando all’interno della psicologia di senso comune (l’insieme di schemi, modelli, concetti e metafore con cui rappresentiamo ordinariamente l’attività mentale) e del tipo di riflessione e osservazione introspettiva che svolgiamo a partire da essa – il tipo di approccio che caratterizza la gran parte della riflessione filosofica e giuridica sull’obbedienza. È invece necessario integrare nel proprio approccio un confronto serrato con l’indagine (neuro-)psicologica sulle dinamiche di obbedienza e sui processi decisionali in genere, e ciò richiede di aprirsi al livello di descrizione delle scienze della mente, che è spesso molto più accurato e comunque ricalibrato in funzione della possibilità di controllo empirico (‘operazionalizzato’).

Si consideri, ad esempio, la differenza – a cui ho fatto continuamente riferimento nelle pagine precedenti – tra il pensiero e l’azione che si

svolgono sotto il nostro controllo cosciente e volontario, e quelli che si innescano e procedono ‘automaticamente’, senza, e anche contro, il nostro sforzo di controllo. Questa è una distinzione parte della psicologia di senso comune, e per questo molto familiare. Ma è anche una distinzione che, negli ultimi cinquant’anni, è stata oggetto di indagine intensissima da parte delle scienze della mente, e questa indagine non ha soltanto prodotto spiegazioni dei meccanismi sottesi ad automaticità e controllo, ma ha anche, in grande misura, arricchito, specificato, complicato, e in parte anche trasformato le nozioni stesse di automaticità e controllo. È necessario provare a transitare, quanto più possibile, dall’uso di senso comune dei concetti, utile a dare un primo inquadramento ai fenomeni, ma irrimediabilmente metaforico e impreciso, ad un uso più prossimo a quello scientifico. Si pensi, ancora una volta, alle diverse qualificazioni, tutte metaforiche, con cui si tenta di catturare il polo opposto dell’obbedienza responsabile: l’obbedienza ‘automatica’ (come un automa, senza giudizio e comprensione), ‘meccanica’ (come una macchina, anch’essa priva di giudizio e comprensione), ‘cieca’ (che non vede ragioni al di là dell’ordine), ‘cadaverica’ (come un corpo senz’anima), ‘passiva’ (come un corpo agito da altri). Un confronto serrato con i modelli delle scienze della mente consente di trasformare queste metafore – illuminanti, ma anche vaghe e spesso fuorvianti – in concetti più precisi e informativi.

Faccio un altro esempio. Una soluzione ottimale al problema dell’obbedienza disciplinata-ma-responsabile richiederebbe, tra le altre cose, che i soggetti acquisiscano una capacità quanto più possibile accurata di discriminare in modo semi-automatico (veloce e con basso livello di coscienza e di attenzione, ‘intuitivamente’) i casi ‘normali’, in cui gli ordini o istruzioni non presentano segni di dubbia legittimità o di altri vizi, dai casi ‘problematici’, sospetti (la soglia della ‘manifesta criminalità oggettiva’ può andare bene come condizione di punibilità, ma è troppo bassa rispetto al principio di buon andamento della pubblica amministrazione), rispondendo nei casi normali con l’immediata esecuzione dell’ordine o istruzione, evitando di impegnarsi nella ricerca e scrutinio di ragioni contro l’esecuzione (in questi casi non c’è bisogno di riflettere, l’obbedienza può essere ‘automatica’, anche se, nella misura in cui fosse sostenuta dalle appropriate abilità discriminative, non potrebbe essere considerata ‘cieca’), e rispondendo invece, nei casi problematici, con la provvisoria sospensione dell’esecuzione e l’avvio di un processo di riconsiderazione e scrutinio critico dell’ordine<sup>6</sup>. La riflessione filosofica tradizionale, imperniata sulla psicologia

<sup>6</sup> V., su questo problema, M. BRIGAGLIA, B. CELANO, *Reasons, Rules, Exception: Towards A*

di senso comune, può giocare un ruolo importante nell'indicare questo fenomeno in un modo che lo renda riconoscibile (per esempio attraverso l'idea di una 'responsiveness to reasons' di carattere non deliberativo, una capacità di cogliere in modo intuitivo e diretto gli aspetti rilevanti di una situazione), e può anche aiutare a costruire ipotesi riguardo alla natura e struttura di queste abilità discriminative, al modo in cui interagiscono con altre capacità cognitive (l'avvio e lo svolgimento del ragionamento, ad esempio), al modo in cui possono essere affinate, e simili. Ma se vogliamo riflettere su se, fino a che punto, e attraverso quali accorgimenti queste abilità discriminative possano essere sviluppate e potenziate, questo tipo di inquadramento concettuale si mostra del tutto insufficiente. Dobbiamo integrarlo con i modelli, molto più precisi, attraverso cui quelle abilità sono descritte e studiate dalle scienze della mente.

Il dialogo tra i due apparati concettuali – il tipo di psicologia di senso comune, sofisticata e razionalizzata, del discorso filosofico e giuridico, e l'armamentario di modelli esplicativi delle scienze della mente – è meno semplice di quanto possa apparire a prima vista. Le differenze sono a volte così profonde e al tempo stesso sottili da creare un forte rischio di incomunicabilità e fraintendimenti. È necessario un lavoro di traduzione e mediazione concettuale<sup>7</sup>. Serve, inoltre, un trasferimento *mirato* di informazioni: da un lato, bisogna rendere disponibili a filosofi e giuristi risultati di ricerche psicologiche presentandole in un modo che intercetti i loro problemi normativi, e, di contro, bisogna porre a psicologi e neuroscienziati domande su questioni normativamente rilevanti, o ipotesi suggerite dalla pratica giuridica o dalla riflessione filosofica, in un modo che possa dialogare con i loro modelli teorici. Non si tratta, ovviamente, di un lavoro inedito, ma di una strada già avviata in molti ambiti, anche prossimi a quello dell'obbedienza (la riflessione sull'azione intenzionale, sulla libertà del volere, sulla responsabilità). Quello che bisognerebbe fare è intercettare questi lavori, orientandoli specificatamente nella direzione del problema dell'obbedienza responsabile.

Uno dei punti di forza (e degli aspetti più piacevoli) del progetto ABIDE per come fino ad ora svoltosi è stata la spiccata e autentica interdisciplinarietà, il dialogo intenso che si è effettivamente instaurato sia tra ambiti disciplinari diversi (filosofia del diritto, filosofia del linguaggio,

*Psychological Account*, «Analisi e diritto», 2018, pp. 131-144.

<sup>7</sup> Per il lettore che fosse interessato al mio lavoro in questa direzione, rinvio a M. BRIGAGLIA, *Foucault on Power, Law, and Society: A Reappraisal*, Routledge, London-New York 2026 (in corso di stampa), cap. 7 (con un focus sui processi di osservanza di regole e di obbedienza) e *Regole: Un saggio di psicodeontica*, «L'Ircocervo», 21 (2022), n. 2, pp. 210-232.

sociologia del diritto, storia del diritto, diritto penale, diritto penale internazionale, diritto internazionale, diritto pubblico comparato) che tra prospettive professionali diverse (accademici, magistrati, personale dell'amministrazione penitenziaria e delle forze armate). In un (auspicato) sviluppo futuro, questa interdisciplinarietà dovrà aprirsi ad una collaborazione diretta con le scienze della mente.

Questi, comunque, sono soltanto buoni propositi per un lavoro futuro. In questo capitolo, mi limiterò a svolgerne un minuscolo frammento introduttivo, con un duplice obiettivo: da un lato, dare un'idea più concreta del tipo di traduzione concettuale necessaria, e dall'altro suscitare la curiosità del lettore su una recentissima linea di ricerca in tema di obbedienza che prende le mosse, ma in un modo molto innovativo, dai celebri esperimenti di Milgram.

### 3. *Milgram sulla 'alienazione del controllo'*

La riflessione contemporanea sui meccanismi psicologici all'opera nelle dinamiche di obbedienza ha, come asse centrale, la serie di esperimenti condotti da Stanley Milgram all'inizio degli anni '60 del secolo scorso<sup>8</sup> – fra gli esperimenti psicologici che maggior impatto hanno avuto sul grande pubblico, e che più discussioni e critiche hanno suscitato nella letteratura scientifica.

I soggetti dell'esperimento erano reclutati attraverso invito a partecipare ad uno studio sulla memoria, con un modico pagamento, diffuso sui giornali, o anche attraverso invito inviato via posta a soggetti previamente identificati. Ogni esperimento comprendeva un 'Allievo', un 'Maestro', e lo sperimentatore. L'Allievo doveva memorizzare una serie di parole, e rispondere a domande ad esse relative. Il ruolo del Maestro era quello di controllare che il compito fosse eseguito correttamente, e irrogare una scarica elettrica in caso di errore, e scariche di intensità crescente per ogni nuovo errore. Il Maestro aveva a disposizione una plancia di comando, con una leva per ogni scarica (30 scariche, da 15 a 450 volt, con indicazioni riguardo alla forza della scossa, da 'lieve' a 'pericolosa'), collegata con una

---

<sup>8</sup> V. S. Milgram, *Behavioral study of obedience*, «Journal of Abnormal and Social Psychology», vol. 67, 1963, pp. 371-378 (l'articolo in cui furono pubblicati i risultati della prima batteria di esperimenti) e S. Milgram, *Obedience to Authority: An Experimental View*, Harper & Row, New York 1974 (il libro che offre una panoramica complessiva dei vari esperimenti condotti insieme ad una loro interpretazione).

stanza adiacente, nella quale stava la postazione dell'Allievo, una sorta di sedia elettrica. Durante l'esperimento, la comunicazione tra le due stanze era solo vocale e non visiva. Veniva applicata all'Allievo una pomata dicendo che serviva a proteggere da bruciature, e veniva specificato che, anche se le scosse avrebbero potuto essere dolorose, non avrebbero causato danni permanenti.

I ruoli di Allievo e Maestro erano assegnati attraverso sorteggio fra due soggetti, ma l'Allievo era in realtà un attore, e il sorteggio era truccato. L'esperimento reale mirava a verificare fino a che punto il Maestro sarebbe stato disposto a irrogare le scariche all'Allievo. Nel corso dell'esperimento, l'Allievo commetteva diversi errori, che richiedevano di aumentare il livello delle scariche, alle quali rispondeva con manifestazioni di dolore e proteste, sempre maggiori man mano che aumentava il voltaggio della scarica somministrata. A 150 volt l'Allievo chiedeva di interrompere l'esperimento. A 180 diceva di non farcela più. A 270 emetteva gridi strazianti. A 300 gridava che non avrebbe più risposto alle domande, e a 330 le proteste cessavano, dando l'impressione che potesse avere perso conoscenza.

Se i partecipanti rifiutavano di procedere, lo sperimentatore aveva a disposizione quattro frasi da pronunciare, da usare nell'ordine: 'Prego, vada avanti', 'L'esperimento richiede che lei continui', 'È assolutamente necessario che lei continui', 'Non ha scelta, deve continuare'. Le frasi erano pronunciate con tono deciso, ma senza aggressività. Solo nel caso in cui il partecipante avesse resistito a tutte e quattro le sollecitazioni, l'esperimento sarebbe stato interrotto. Al termine della prova, veniva svolta un'intervista in cui veniva spiegato l'esperimento, e mostrato come l'allievo non avesse subito alcun danno.

Milgram classificava come 'obbediente' il comportamento di chi procedeva fino alla fine. Nella variante dell'esperimento qui descritta, il tasso di obbedienza fu pari al 62,5%, un dato molto più alto del previsto. Altro aspetto interessante emerso dall'esperimento è che la maggior parte dei soggetti che pure obbedivano fino alle scariche più forti mostravano, nell'infliggere dolore, chiari segni di disagio e malessere, sia verbali che corporei. Per obbedire all'ordine, così sembrava, dovevano superare forti resistenze. L'obbedienza sembrava richiedere di affrontare e risolvere un conflitto interiore, vissuto come un conflitto tragico, e affrontare e risolvere il conflitto sembrava richiedere un notevole sforzo.

Milgram ha proposto una intrigante spiegazione dei risultati dell'esperimento. La sua ipotesi è che gli esseri umani abbiano la tendenza innata, formatasi per selezione naturale come meccanismo di coordinazione

sociale, a entrare in un peculiare stato cognitivo e decisionale, che suggeriva di chiamare ‘agentic state’, espressione tradotta in italiano come ‘stato eteronomico’. Lo stato eteronomico è una condizione complessa, il cui aspetto principale è la disposizione, all’interno di una relazione sociale, a regolare il proprio comportamento secondo le direttive provenienti da un altro soggetto, dotato di uno status superiore, con un conseguente indebolimento del senso di responsabilità per le proprie azioni. Con l’ingresso in un contesto sociale caratterizzato da rapporti gerarchici, tenderebbe spontaneamente a verificarsi il passaggio da un altrimenti normale stato ‘autonomo’ (la disposizione ad agire di propria iniziativa e sulla base di una valutazione ‘libera’ – non vincolata da prescrizioni altrui – dei propri interessi) allo stato eteronomico, con la inerente disposizione all’obbedienza e un insieme connesso di attitudini – tra cui, ad esempio, la ‘sintonizzazione’ con l’autorità, l’attenzione preferenziale prestata ai suoi segnali. Come accennato, la tendenza a entrare nello stato eteronomico avrebbe, secondo Milgram, una base innata – pur essendo modulata anche da fattori socio-culturali, tra cui l’adesione ideologica al sistema autoritativo, o credenze riguardo agli ambiti e ai compiti dell’autorità.

Lo stato eteronomico, per come Milgram sembra concepirlo, ha caratteristiche psicologiche molto peculiari, che rendono ambigua la sua classificazione all’interno della distinzione tra ciò che è e ciò che non è nel controllo intenzionale dell’agente. Non è una condizione di completa passività, in cui l’azione non è intenzionale ma subìta, come nel caso di una costrizione fisica. Non è nemmeno una condizione di completa automaticità, in cui l’azione avviene in completa assenza di controllo intenzionale, come se il corpo agisse da solo. Al contrario, nello stato eteronomico i soggetti controllano attivamente la propria azione, esercitando un notevole sforzo per costringersi a obbedire a comandi la cui esecuzione gli suscita forti reazioni aversive. Lo stato eteronomico non è nemmeno una condizione in cui l’azione è sì intenzionale, ma prodotto di coercizione, minaccia (*coactus tamen voluit*): una delle sue caratteristiche centrali è proprio che l’obbedienza al comando non è indotta attraverso coercizione, ma attraverso meccanismi diversi (il contesto sperimentale, per come costruito da Milgram, mirava precisamente a mettere i soggetti in condizione di poter scegliere, in assenza di pressioni coercitive, liberi da minacce, se proseguire l’esperimento, continuando a obbedire, o invece abbandonarlo, sottraendosi all’obbedienza). Lo stato eteronomico non è nemmeno cieca, meccanica esecuzione del comando, completa rinuncia all’esercizio critico delle proprie facoltà deliberative, e non è nemmeno

convinta, piena adesione al modello di condotta proposto dall'autorità o agli obiettivi da essa perseguiti, come se l'autorità operasse per forza attrattiva ed emulativa. Al contrario, i soggetti mostrano perplessità riguardo alla appropriatezza del comando, protestano e manifestano dissenso. Eppure, quando il comando è (implicitamente) reiterato, obbediscono, finendo per fare qualcosa che, così sembrava, avrebbero volentieri evitato di fare, e che sembravano dubitare che fosse corretto fare. L'obbedienza, dunque, è, così sembrerebbe, 'voluta', ma la volontà stessa sembra in qualche misura sottratta alla propria determinazione autonoma, e assoggettata invece ad un comando eteronomo. Il soggetto, si potrebbe forse dire, preserva un *controllo volontario* sull'azione, che non accade in modo puramente meccanico o impulsivo – l'obbedienza ha bisogno della collaborazione volontaria del soggetto, ha bisogno che la capacità di controllo volontario del soggetto sia messa al servizio dell'ordine; ma, nello tempo, il soggetto vede in qualche misura compromesso un controllo volontario di livello più alto, la sua capacità di controllare la direzione da dare alla propria stessa volontà, di scegliere quale scopo perseguire. Lo stato eteronomico comporta, in questo senso, una bizzarra 'alienazione' del soggetto dalla propria stessa volontà; una curiosa mescolanza di attività e passività – al tempo stesso si agisce volontariamente in proprio e si è agiti da un altro. Inoltre, il soggetto sembra perdere una capacità di controllo di livello ancora più alto, la sua capacità di controllo deliberativo, la capacità di decidere cosa fare, e che scopi perseguire, sulla base del proprio giudizio sulle ragioni applicabili. È pur vero che il soggetto, nell'interpretazione di Milgram, riconosce l'autorità come legittima e quindi, questo sembra implicare, giudica di dover obbedire ai suoi comandi – e dunque, nell'obbedire, risponde alla propria deliberazione, obbedisce perché ritiene di avere ragioni per obbedire. Ma è anche vero che questa deliberazione sembra essere in qualche modo monca, il soggetto non sembra aderire, con piena convinzione – 'nel pieno esercizio delle sue facoltà razionali' –, alla conclusione di dover obbedire, ma sembra, in qualche modo, 'intrappolato' in questa conclusione – sembra agire sotto la spinta di una pressione cognitiva ed emotiva *che somiglia ad una minaccia*, piuttosto che agire alla luce dell'accettazione pienamente razionale e convinta di un principio normativo. Almeno, questo è il modo in cui Milgram sembra interpretare i suoi soggetti: come soggetti alienati – in qualche misura e ad un qualche livello, difficili da specificare – dal controllo delle proprie decisioni e azioni. Questa condizione di alienazione si rispecchia nell'interpretazione che i soggetti danno del proprio comportamento. Sembrano trattarlo come una

azione intenzionale, che però non è frutto di una decisione interamente propria, e della quale pertanto non si sentono pienamente responsabili: tipicamente, si giustificano dicendo di aver ‘dovuto’ irrogare la scarica elettrica, e che ‘se fosse dipeso da loro, non lo avrebbero fatto’.

L’idea di Milgram dello stato eteronomico – con la sua forma di obbedienza ‘alienata’, che mescola in modo affatto peculiare attività e passività, controllo intenzionale ed eteronomia – è stata contestata da diversi autori, sia come spiegazione dei risultati dell’esperimento sia in via generale<sup>9</sup>.

Alcuni hanno sostenuto che l’obbedienza non sarebbe stata affatto libera, ma prodotto di coercizione<sup>10</sup> – o che, quanto meno, non si possa escludere che lo fosse (per esempio, perché la violenza a cui era sottoposto l’Allievo avrebbe creato nel Maestro l’inconscia aspettativa di subire violenza in caso di disobbedienza)<sup>11</sup>.

Altri hanno sostenuto che non si tratterebbe tanto di uno stato eteronomico, quanto piuttosto di una pienamente convinta adesione ai valori dello Sperimentatore. Questa critica è stata diretta soprattutto all’estensione della teoria di Milgram ai crimini dell’Olocausto, secondo il modello della ‘banalità del male’ di Arendt – crimini compiuti attraverso forme di obbedienza meccanica, passiva, ‘alienata’.

In una serie di articoli, ad esempio, Alex Haslam, Stephen Reicher e colleghi hanno sostenuto che le dinamiche di supposta alienazione della volontà sarebbero invece meglio spiegate come adesione creativa e flessibile ai valori propugnati da un leader<sup>12</sup>. Per quanto ispirata da valori orribili, l’obbedienza, in questo senso, non implicherebbe nessuna alienazione della

<sup>9</sup> Un’ottima review delle critiche più recenti si trova in D. KAPOSÍ, *The Second Wave of Critical Engagement with Stanley Milgram’s ‘Obedience to Authority’ Experiments: What Did We Learn?*, «Social and Personality Psychology Compass», 2022, vol. 16, n. 6, e12667.

<sup>10</sup> Cfr. G. PERRY, *Behind the Shock Machine: The Untold Story of the Notorious Milgram Psychology Experiments*, The New Press, New York 2013.

<sup>11</sup> V. D. KAPOSÍ, *The Resistance Experiments: Morality, Authority and Obedience in Stanley Milgram’s Account*, «Journal for the Theory of Social Behavior», 2017, vol. 47, n. 4, pp. 382-401.

<sup>12</sup> V. S.A. HASLAM, S.D. REICHER, *Contesting the ‘Nature’ of Conformity: What Milgram and Zimbardo’s Studies Really Show*, «PLOS Biology», 2012, vol. 10, n. 11, e1001426; S.A. HASLAM, S.D. REICHER, M.E. BIRNEY, *Nothing by Mere Authority: Evidence That in an Experimental Analogue of the Milgram Paradigm Participants Are Motivated not by Orders but by Appeals to Science*, «Journal of Social Issues», 2014, vol. 70, n. 3, pp. 473-488; S.D. REICHER, S.A. HASLAM, A. MILLER, *What Makes a Person a Perpetrator? The Intellectual, Moral, and Methodological Arguments for Revisiting Milgram’s Research on the Influence of Authority*, «Journal of Social Issues», 2014, vol. 70, n. 3, pp. 393-408.

volontà, ma sarebbe al contrario una modalità di condotta che aderisce interamente, facendola propria, alla volontà del leader. Mentre l'obbedienza di Milgram comporta una strana perdita o riduzione o alienazione del sé, l'obbedienza di Haslam e Reicher comporta invece una riconfigurazione del sé, che si conforma al leader, lo emula. (Vale appena la pena notare che i due modelli non sono incompatibili: identificano due diverse forme che l'obbedienza può suppostamente assumere. Il punto di disaccordo, piuttosto, è se certe specifiche dinamiche di obbedienza criminale siano meglio spiegate dall'uno o dall'altro modello.)

Vi sono però altri filoni di indagine che, invece, si sono mossi nella direzione di Milgram, pervenendo a conclusioni che confermano, almeno in parte, le sue ipotesi.

#### 4. *Il paradigma sperimentale di Caspar e colleghi: senso di agentività e intentional binding*

In questo e nei prossimi paragrafi, esaminerò alcuni studi condotti da Emilie Caspar, Patrick Haggard e colleghi<sup>13</sup> sulla base di un paradigma sperimentale centrato sulla misurazione del 'senso di agentività' (*sense of agency*) attraverso il cosiddetto effetto di *intentional binding*.

Nel primo degli studi in esame<sup>14</sup>, Caspar e colleghi introducono il loro obiettivo generale, nonché la cornice concettuale e i presupposti su cui si basa il paradigma sperimentale adottato. L'obiettivo generale è condurre una indagine dell'esperienza soggettiva di agenti che si trovano in una condizione di obbedienza<sup>15</sup> analoga a quella del Maestro dell'esperimento

<sup>13</sup> E.A. CASPAR, F. CHRISTENSEN, A. CLEEREMANS, P. HAGGARD, *Coercion Changes the Sense of Agency in the Human Brain*, «Current Biology», 2016, vol. 25, n. 5, pp. 585-592; E.A. CASPAR, A. CLEEREMANS, P. HAGGARD, *Only Giving Orders? An Experimental Study of the Sense of Agency When Giving or Receiving Commands*, «Plos One», 26 settembre 2018; E.A. CASPAR, S. LO BUE, P.E. MAGALHÃES DE SALDANHA DA GAMA, A. CLEEREMANS, P. HAGGARD, *The Effect of Military Training on the Sense of Agency and Outcome Processing*, «Nature Communications», 2020, 11, 4366. Un resoconto meno tecnico della sua ricerca sull'obbedienza è il recentissimo E. CASPAR, *Just Following Orders: Atrocities and the Brain Science of Obedience*, Cambridge University Press, Cambridge 2024.

<sup>14</sup> E.A. CASPAR et al., *Coercion Changes the Sense of Agency*, cit.

<sup>15</sup> Caspar e colleghi chiamano 'coercizione' la condizione di obbedienza. È una scelta che urta con il modo abituale di utilizzare i termini, che vincolano la coercizione alla minaccia di un danno, e non ad una mera richiesta – come accennato sopra, la nozione focale di obbedienza, quella su cui verte sia il dibattito filosofico che il dibattito psicologico inne-

di Milgram: l'infliczione di un danno (e in particolare di una sensazione dolorosa) ad un altro soggetto innocente in esecuzione di un ordine. Più precisamente, il loro obiettivo è quello di indagare il senso di agentività dei soggetti, definito come "the subjective experience of controlling one's actions and, through them, external events"<sup>16</sup>.

Il modo più ovvio di misurare il senso di agentività dei soggetti è ricorrere ai resoconti espliciti che i soggetti stessi forniscono riguardo a se, e in che grado, hanno sentito di aver controllato la propria azione e, attraverso essa, la produzione di un certo effetto. Ma, puntualizzano gli autori, questo tipo di misura esplicita non è affidabile, in virtù del rischio che i resoconti retrospettivi dei soggetti siano influenzati da *bias*. Ad esempio, ci si può aspettare che chi abbia eseguito l'ordine di compiere un'azione che infligge un danno ingiusto a qualcun altro tenda a riportare un senso di agentività minore in virtù di un tentativo inconscio di ridurre la riprovazione altrui.

Per aggirare questa difficoltà, Caspar e colleghi hanno fatto ricorso ad un indicatore 'implicito' del senso di agentività, e cioè la percezione che i soggetti agenti hanno dell'intervallo di tempo trascorso tra l'azione e il suo effetto. L'impiego di questo indicatore si fonda su un consolidato effetto psicologico, noto come 'intentional binding'<sup>17</sup>. Quando un'azione è seguita a breve distanza temporale da un effetto inteso o da un evento che è interpretato come effetto (ad esempio, lo spostamento di una leva con un movimento della mano è seguito dopo 250 millisecondi dall'emissione di un suono), nella percezione dell'agente il momento dell'azione e quello dell'effetto vengono avvicinati rispetto alle condizioni di riferimento (*baseline*) quando l'azione è compiuta volontariamente, mentre vengono invece allontanati quando l'azione avviene in modo passivo, involontario (come, ad esempio, quando il movimento dell'agente è causato da una stimolazione magnetica transcranica della sua corteccia motoria, o quando

---

scato dagli esperimenti di Milgram, riguarda l'obbedienza prestata *in assenza di coercizione*. Nell'ultimo degli studi in esame (E.A. CASPAR et al., *The Effect of Military Training*, cit.), i ricercatori si sono resi conto del rischio di equivoco e hanno precisato esplicitamente che il loro uso di 'coercizione' si discosta da quello abituale. Per evitare fraintendimenti, comunque, descriverò i loro esperimenti parlando di 'obbedienza' anziché di 'coercizione'.

<sup>16</sup> Per una introduzione al concetto v. P. HAGGARD, V. CHAMBON, *The Sense of Agency*, «Current Biology», 2012, vol. 22, n. 10, R390; J.V. MOORE, *What Is the Sense of Agency and Why Does It Matter*, «Frontiers in Psychology», vol. 7, 2012, Article 1272.

<sup>17</sup> P. HAGGARD, S. CLARK, J. KALOGERAS, *Voluntary Action and Conscious Awareness*, «Nature Neuroscience», vol. 5, n. 4, aprile 2002, pp. 382-385. Per una spiegazione del metodo seguito per indentificare l'effetto si veda M. JENSEN, S. DI COSTA, P. HAGGARD, *Intentional Binding: A Measure of Agency*, in M. OVERGAARD (a cura di), *Behavioral Methods in Consciousness Research*, Oxford University Press, Oxford 2015, cap. 9.

la mano dell'agente è mossa dallo sperimentatore)<sup>18</sup>. È in questo senso che si parla di 'intentional binding': azione intenzionale ed effetto sono integrati accostandoli nel tempo percepito. Seguendo un approccio già tracciato da studi precedenti di Haggard e altri<sup>19</sup>, e accolto da molti<sup>20</sup>, Caspar e colleghi considerano la produzione dell'effetto di *intentional binding* come un indicatore affidabile del senso di agentività – un indicatore 'implicito' perché non basato sulla esplicita valutazione dell'agente, bensì su un effetto di cui l'agente non è consapevole, che si ritiene però essere robustamente correlato all'esperienza soggettiva di aver controllato azione ed effetto<sup>21</sup>.

### 5. Gli esperimenti e i risultati

Nel primo degli studi in esame<sup>22</sup>, Caspar e colleghi riportano due esperimenti così organizzati. I partecipanti assumevano a turno il ruolo di 'agente' o di 'vittima'. In un primo gruppo, l'agente poteva scegliere liberamente a ogni turno, attraverso una tastiera, se sottrarre o meno denaro alla vittima aumentando il proprio guadagno. In un secondo gruppo, l'agente poteva scegliere liberamente se somministrare o meno una piccola scossa elettrica alla vittima, anche qui aumentando il proprio guadagno (ricevendo una somma di denaro per ogni scossa somministrata). Queste due condizioni di scelta libera erano poi confrontate con condizioni di obbedienza, nelle quali era invece lo sperimentatore a ordinare all'agente se sottrarre o meno denaro alla vittima o se infliggerle o meno la scossa. Era contemplata, infine, anche una condizione di 'passività', in cui era lo sperimentatore a forzare fisicamente la mano dell'agente facendogli

<sup>18</sup> La condizione di riferimento era data dal tempo percepito dell'azione volontaria, dell'azione involontaria, e del suono isolatamente considerati. L'accostamento dell'azione volontaria all'effetto risultava dipendere sia dalla posticipazione del tempo percepito dell'azione che dall'anticipazione del tempo percepito dell'effetto, mentre l'allontanamento dell'azione involontaria dall'effetto risultava dipendere sia dalla anticipazione del tempo percepito dell'azione che dalla posticipazione del tempo percepito dell'effetto (ivi).

<sup>19</sup> V. ad es. P. HAGGARD et al., *Voluntary Action*, cit.; P. HAGGARD, M. TSAKIRIS, *The Experience of Agency: Feelings, Judgments, and Responsibility*, «Current Directions in Psychological Science», vol. 18, n. 4, pp. 242-246. Per una review, v.

<sup>20</sup> Cfr. J.V. MOORE, S.S. OBHI, *Intentional Binding and the Sense of Agency: A Review*, «Consciousness and Cognition», vol. 21, n. 1, 2012, pp. 546-561.

<sup>21</sup> Sulla distinzione tra misure implicite ed esplicite del senso di agentività v. più in dettaglio J.V. MOORE, *What Is the Sense of Agency*, cit.

<sup>22</sup> E.A. CASPAR, *Coercion Changes the Sense of Agency*, cit.

premere la tastiera, questa volta con un movimento passivo, non controllato volontariamente.

Nel primo esperimento, è stato misurato l'intervallo temporale percepito tra azione ed esito. Nelle condizioni di obbedienza, indipendentemente da che venisse o meno inflitto dolore, l'intervallo tra azione ed effetto percepito dall'agente è risultato essere (i) più lungo di quello che, invece, era percepito nelle condizioni di scelta libera, e (ii) simile a quello percepito nelle condizioni di passività, quando la mano dell'agente veniva mossa dallo sperimentatore. L'intervallo temporale percepito, si ricorderà, è un indicatore implicito del senso di agentività. L'esperimento sembra dunque suggerire che, nella condizione di obbedienza, l'azione è esperita in un modo che si accosta a quello in cui è esperita un'azione passiva, non controllata volontariamente: come se si fosse agiti, anziché agire in prima persona.

Nel secondo esperimento è stata invece misurata attraverso elettroencefalogramma una risposta elettrofisiologica, il cosiddetto potenziale evento-correlato (*event-related potential*) stimolato dall'effetto dell'azione. Studi precedenti avevano mostrato la stimolazione di un potenziale maggiore per azioni scelte liberamente che per l'esecuzione di istruzioni. I risultati del secondo esperimento di Caspar e colleghi confermavano questo effetto, e concordavano con quanto emerso nel primo esperimento: le azioni compiute nella condizione di scelta libera stimolavano un potenziale maggiore rispetto a quelle compiute nella condizione di obbedienza, mentre queste ultime, sotto questo aspetto, si approssimavano di più alla condizione di passività.

Dopo il secondo esperimento, ai partecipanti fu anche chiesto di valutare in termini percentuali il proprio senso di responsabilità per l'azione compiuta. La valutazione di responsabilità risultava essere, in media, dell'86,8% nella condizione di scelta libera; del 34,8% nella condizione di obbedienza; e del 17,9% nella condizione di passività. I soggetti, dunque, mostravano di sentirsi molto meno responsabili nella condizione di obbedienza che in quella di scelta libera, mentre il senso di responsabilità avvertito nella condizione di obbedienza risultava essere più vicino a quello della condizione di passività che a quello della condizione di scelta libera.

La conclusione di Caspar e colleghi è che la condizione di obbedienza agisca negativamente sul senso di agentività, sull'esperienza soggettiva dell'aver esercitato controllo sulla propria azione e sui suoi effetti: chi obbedisce si sente meno in controllo, come se fosse agito passivamente da qualcun altro. Giustificazioni come 'Stavo solo obbedendo agli ordini', suggeriscono Caspar e colleghi, potrebbero dunque essere qualcosa di

più che un modo di giustificare retrospettivamente azioni che appaiono riprovevoli. Potrebbero riflettere delle reali differenze nel modo in cui l'azione è esperita soggettivamente, differenze che si producono anche nel caso – emotivamente saliente – in cui l'agente sa di star infliggendo dolore alla vittima, e lo sa per esperienza diretta (i partecipanti, infatti, assumevano a turno il ruolo di agente e di vittima, provando in prima persona il dolore della scossa somministrata).

Nel secondo degli studi in esame<sup>23</sup>, Caspar e colleghi hanno esteso la loro indagine al senso di agentività esperito non soltanto da chi riceve ordini, ma anche da chi li impartisce. Negli esperimenti riportati nello studio, i partecipanti assumevano a turno il ruolo di Comandante, Agente o Vittima. Nella condizione di scelta libera, l'Agente poteva decidere liberamente se infliggere o meno alla Vittima una scossa elettrica dolorosa, ottenendo per ogni scossa un piccolo guadagno. Nella condizione di obbedienza, il Comandante ordinava all'Agente se infliggere o meno la scossa. Al termine dell'esperimento, veniva inoltre richiesto al Comandante e all'Agente di valutare la propria responsabilità su scala percentuale. Ai nostri fini, non è necessario, soffermarsi sui dettagli ulteriori degli esperimenti e sulle loro differenze, ma è sufficiente descrivere i risultati principali ottenuti. Riguardo al confronto fra condizione di scelta libera e condizione di obbedienza, venivano confermati i risultati dello studio precedente – con l'aggiunta che nel nuovo studio l'effetto si produceva in assenza di un ruolo istituzionale rivestito da chi impartiva gli ordini (a turno ciascuno dei partecipanti allo studio anziché lo sperimentatore, come nel primo studio), suggerendo che le peculiarità della situazione di obbedienza si attivino, in misura significativa, anche al di fuori di un contesto istituzionale riconosciuto. Riguardo alla posizione di comando, risultavano invece nuovi dati interessanti. Prevedibilmente, i soggetti si consideravano più responsabili nella condizione di libera scelta (89%) e nella condizione di comando (81%) che nella condizione di obbedienza (41%). Meno prevedibilmente, però, anche nella condizione di comando veniva osservato un intervallo tra il tempo percepito dell'azione e del suo effetto maggiore che nella condizione di scelta libera, e più prossimo a quello registrato nella condizione di obbedienza che in quella di scelta libera. L'ampliamento del tempo percepito, si ricorderà, è considerato un indicatore implicito di una *riduzione* del senso di agentività. Ciò che questi risultati sembrano dunque suggerire è che chi comanda a qualcun altro di compiere un'azione si sente meno in controllo della produzione

<sup>23</sup> E.A. CASPAR et al., *Only Giving Orders?*, cit.

dell'effetto finale rispetto a chi produce l'effetto direttamente con la propria azione, e che questa riduzione del senso di controllo si approssima a quella caratteristica della condizione di chi obbedisce. Per spiegare il fatto che chi si trovava nella condizione di comando, nonostante la riduzione del senso di agentività, si considerasse comunque responsabile per gli effetti dell'azione comandata, Caspar e colleghi hanno ipotizzato che la valutazione di responsabilità fosse modulata non soltanto dal senso di agentività esperito, ma anche da un modello normativo interiorizzato secondo il quale ci si *deve* sentire responsabili per il comando.

Nel terzo degli studi in esame<sup>24</sup>, Caspar e colleghi si proponevano di indagare l'influenza dell'addestramento militare sul senso di agentività nella condizione di obbedienza. Lo schema degli esperimenti riportati era simile a quello degli esperimenti del primo studio. Nella condizione di scelta libera, l'agente poteva scegliere liberamente se infliggere scosse elettriche alla vittima, ottenendo un guadagno per ogni scossa somministrata. Nella condizione di scelta libera, invece, gli veniva ordinato di farlo.

In un primo esperimento, venivano confrontate le risposte di civili e di allievi ufficiali (*junior cadets*). Nella condizione di obbedienza, gli allievi ufficiali mostravano un aumento dell'intervallo percepito tra azione ed effetto, indicativo di una riduzione del senso di agentività, analogo a quello dei civili. Inaspettatamente, però, mostravano anche, rispetto ai civili, un aumento dell'intervallo percepito, indicativo di una riduzione del senso di agentività, anche nella condizione di scelta libera. L'effetto di parziale alienazione del controllo delle proprie azioni caratteristico della condizione di obbedienza sembrava estendersi anche alle scelte assunte liberamente. Un altro dato interessante riguarda l'irrilevanza del ruolo istituzionale di chi impartiva gli ordini. I soggetti erano stati infatti divisi in due gruppi. Mentre in uno dei gruppi gli ordini erano impartiti da un militare con il rango di capitano, in divisa, nell'altro gruppo erano impartiti da un ricercatore, in abiti di civili. Nonostante questa differenza, i risultati dei due gruppi non presentavano divari significativi, confermando che le peculiarità della condizione di obbedienza sono almeno in parte indipendenti dai contesti istituzionali.

In un secondo esperimento, venivano indagate le risposte di militari di truppa (*privates*) con circa 5 anni di servizio alle spalle, allievi ufficiali, e giovani ufficiali con in media 5 anni di formazione e grado di tenente (*senior cadets*). I dati relativi agli allievi ufficiali confermavano quelli dell'esperimento precedente, mostrando anche qui un aumento

<sup>24</sup> E.A. CASPAR et al., *The Effect of Military Training*, cit.

dell'intervallo percepito tra azione ed effetto, indicativo di una riduzione del senso di agentività, sia nella condizione di obbedienza che, rispetto ai dati relativi ai civili, nella condizione di scelta libera. Dati analoghi venivano registrati per i militari di truppa. Nei giovani ufficiali, invece, mentre la riduzione del senso di agentività nella condizione di obbedienza era simile a quella delle altre categorie (civili, allievi, militari di truppa), la riduzione del senso di agentività nella condizione di scelta libera scompariva, tornando al livello dei civili.

I dati relativi a giovani ufficiali e militari di truppa, suggeriscono i ricercatori, sollevano il dubbio che l'addestramento prolungato a eseguire ordini, tipico di una posizione di subordinazione all'interno di una struttura gerarchica, possa avere un impatto negativo sulla percezione della propria azione, riducendo il senso di essere in controllo dell'azione e dei suoi effetti non solo quando si obbedisce, ma anche quando si sceglie liberamente. Ricevere costantemente ordini può creare una nuova normalità in cui l'esperienza di agire volontariamente si approssima a quella, parzialmente alienata, del seguire ordini. I dati relativi ai giovani ufficiali, d'altra parte, sembrano indicare che questo effetto possa essere contrastato dall'addestramento alla assunzione di responsabilità connesse al ruolo, consentendo una nota di ottimismo riguardo alla possibilità di sviluppare una cultura della responsabilità all'interno delle organizzazioni gerarchiche.

## 6. *Le conclusioni e qualche commento*

Nell'interpretazione che Caspar e colleghi danno della loro serie di esperimenti, le conclusioni rilevanti che possono trarsi sono essenzialmente due. (1) La prima, esplicitamente formulata, è che nella condizione di obbedienza (e in quella di comando) vi sia una riduzione del senso di agentività molto significativa, che fa sì che l'esperienza dell'azione obbediente si accosti a quella di una azione passiva, non volontaria, controllata da forze esterne. (2) La seconda, meno esplicita ma chiaramente implicata dalle loro considerazioni, è che alla riduzione del senso di agentività *sub* (1) si accompagni una qualche riduzione della capacità dell'agente di controllare intenzionalmente la propria azione, da cui deriva una minore capacità di resistere agli ordini, inclusi ordini che gli stessi agenti valuterebbero come illegittimi, criminosi o immorali – è solo sotto questa condizione che gli

esperimenti possono avere il valore che gli autori gli attribuiscono rispetto ai problemi e ai pericoli dell'obbedienza. Entrambe queste conclusioni richiedono alcuni commenti.

Cominciamo dalla prima conclusione, quella relativa alla riduzione del senso di agentività. Come abbiamo visto, Caspar e colleghi distinguono fra una misura implicita – l'effetto di *intentional binding* – e una misura esplicita – i resoconti soggettivi – del senso di agentività. Non è del tutto chiaro, però, se le intendano come due misure di uno stesso evento psichico, o invece come misure di *due eventi psichici distinti*, anche se collegati. La seconda interpretazione mi sembra preferibile. Il senso di agentività avrebbe, dunque, almeno due dimensioni, o strati, o livelli: la prima dimensione (chiamiamola SdA-1) è misurata dall'effetto di *intentional binding*, mentre la seconda dimensione (chiamiamola SdA-2) è misurata dai resoconti soggettivi. Queste due dimensioni del senso di agentività sembrano avere, anzitutto, una distinta collocazione temporale. Il SdA-1, misurato dall'effetto di *intentional binding*, è esperito *contestualmente*, nell'immediata prossimità temporale dell'azione e della percezione dei suoi effetti. Il SdA-2 consiste invece nella rievocazione o ricostruzione dell'esperienza di agentività che il soggetto effettua in un momento successivo, meno prossimo al contesto temporale dell'azione. Questa rievocazione potrebbe essere modulata non soltanto dalla memoria del SdA-1, ma anche da altri fattori, tra cui *bias*. Va sottolineato che gli studi di Caspar e colleghi riguardano principalmente il SdA-1. Il SdA-2 non è indagato. È indagata, piuttosto, una dimensione ad esso probabilmente connessa, ossia la *responsabilità* che i soggetti esplicitamente si attribuiscono per la produzione degli effetti delle loro azioni. Oltre alla collocazione temporale, tra SdA-1 ed SdA-2 potrebbe esservi un'altra importante differenza. Il SdA-2 sembra consistere in, o incorporare, un vero e proprio *giudizio*: un pensiero logicamente strutturato che attribuisce esplicitamente a sé stessi un'esperienza soggettiva. Il SdA-1 potrebbe invece essere, più che un pensiero logicamente strutturato, una sorta di sentimento elementare, o addirittura un evento preconsco. L'idea che il senso di agentività abbia almeno due componenti, un 'sentimento di agentività' e un 'giudizio di agentività' è, in effetti, un'idea presente e influente nella letteratura specialistica<sup>25</sup>; mentre l'idea che l'effetto di *intentional binding* misuri

<sup>25</sup> V. M. SYNOFZIK, G. VOSGERAU, A. NEWEN, *Beyond the Comparator Model: A Multifactorial Two-Step Account of Agency*, «Consciousness and Cognition», vol. 17, 2008, pp. 219-239. Il 'sentimento di agentività' (*feeling of agency*) è definito come "the non-conceptual, low-level feeling of being the agent of an action", mentre il 'giudizio di agentività' (*judgment of agency*) come "the conceptual, interpretive judgment of being an agent".

proprio il sentimento di agentività è stata accolta in un articolo di cui Haggard è coautore<sup>26</sup>. Non è dunque infondato interpretare in questo senso gli studi di Caspar, Haggard e colleghi. Quale che sia la sua natura, però, Caspar e colleghi ritengono che il SdA-1 sia (i) un evento psichico reale, e oggettivamente misurabile attraverso l'effetto di *intentional binding*; (ii) di cui si possono individuare i correlati neurali<sup>27</sup>; e (iii) che ha un preciso ruolo funzionale: ad un qualche livello, il SdA-1 serve all'agente – o, se si preferisce, ad un qualche meccanismo del suo cervello – a riconoscere l'azione e l'effetto come soggetti al proprio controllo volontario – è un marcatore che trasmette una informazione interna riguardo al controllo volontario dell'azione e dell'effetto.

È proprio da quest'ultimo aspetto, presumibilmente, che dipende la seconda conclusione degli autori, che richiama l'ipotesi di Milgram: quando vi è riduzione dell'effetto di *intentional binding*, cioè 'aliena' l'agente dalla propria volontà, impedendo, ad un livello basilare, il riconoscimento dell'azione e dell'effetto come soggetti al proprio controllo volontario. Questo mancato riconoscimento, a sua volta, rende in qualche modo più difficile all'agente esercitare un controllo di livello superiore sull'azione, *facilitando* l'esecuzione dell'ordine. La condizione di obbedienza, dunque, stimola una condizione di alienazione del controllo dell'azione, che facilita l'esecuzione dell'ordine.

Gli autori non precisano quale sia la forma di controllo di livello superiore ostacolato dall'obbedienza. Ma si potrebbe speculare che, se le loro conclusioni sono sulla strada giusta, si tratti proprio del tipo di controllo che ho chiamato 'controllo deliberativo': il monitoraggio dell'azione sulla base, tra l'altro, della sua conformità a schemi normativi di alto livello (norme e valori accettati, scopi perseguiti, e simili). Il soggetto agente, non riconoscendosi pienamente in controllo volontario dell'azione e dei suoi effetti, sarebbe ostacolato nell'esercizio di un controllo deliberativo su di essa – gli verrebbe più difficile effettuare un monitoraggio della correttezza dell'azione sulla base di standard normativi, e/o intervenire, in caso di difformità, per impedire l'azione. In breve: il meccanismo di riduzione

<sup>26</sup> J.W. MOORE, D. MIDDLETON, P. HAGGARD, P.C. FLETCHER, *Exploring Implicit and Explicit Aspects of Sense of Agency*, «Consciousness and Cognition», 21, 2012, pp. 1748-1753.

<sup>27</sup> In uno studio ulteriore, i ricercatori hanno mostrato come anche i correlati neurali del senso di agentività si riducano nella condizione di obbedienza (E. CASPAR, F. BEYER, A. CLEEREMANS, P. HAGGARD, *The Obedient Mind and the Volitional Brain: A Neural Basis for Preserved Sense of Agency and Sense of Responsibility Under Coercion*, «PLoS ONE», 16, 10, 2021, e0258884).

dell'*intentional binding* contribuirebbe a ostacolare e ridurre l'esercizio di controllo deliberativo sul contenuto dell'ordine, rendendone in questo senso più 'automatica' l'esecuzione, e aumentandone la probabilità.

Caspar e colleghi azzardano anche un commento sulla regolamentazione giuridica dell'obbedienza: "La giustificazione dell'aver 'soltanto obbedito agli ordini' è spesso trattata con sospetto in ambito giuridico a causa dell'evidente utilità che si trae dal negare la propria responsabilità. Tuttavia, i nostri risultati suggeriscono che i sentimenti primari e l'elaborazione neurofisiologica dell'agentività sono effettivamente ridotti nella condizione di obbedienza"<sup>28</sup> (traduzione mia). Molto opportunamente, gli autori non si spingono fino a suggerire che i loro studi richiedano di ripensare *radicalmente* la responsabilità penale per le azioni compiute in esecuzione di ordini (riconoscendola, in generale, come causa di giustificazione, o come condizione che riduce l'imputabilità del soggetto o la sua rimproverabilità). Gli studi, tutt'al più, supportano la conclusione che la condizione di obbedienza *ostacoli* l'esercizio di un controllo deliberativo sull'ordine, individuando uno dei meccanismi responsabili di questa difficoltà – il che non implica affatto che la condizione di obbedienza renda *impossibile* l'esercizio di controllo deliberativo sul contenuto dell'ordine, o lo renda difficile al punto tale da fare apparire irragionevole la richiesta normativa di esercitare un tale controllo e l'attribuzione di responsabilità in caso di fallimento.

Ma questa opportuna cautela non toglie che, se le conclusioni fossero confermate, sarebbero molto importanti ai fini del problema dell'obbedienza responsabile. Il meccanismo individuato potrebbe comunque offrire un indice utile, insieme ad altri fattori, ad identificare quei casi in cui la capacità di controllo deliberativo del soggetto che ha commesso un reato in esecuzione di un ordine fosse talmente compromessa da rendere ragionevole una riduzione della sua responsabilità penale. Ma, soprattutto, potrebbe aiutarci a capire come *costruire e facilitare* l'obbedienza responsabile, attraverso il disegno di modalità di addestramento e contesti decisionali che aiutino a ripristinare il senso di agentività del soggetto che obbedisce, facilitando così il suo esercizio di controllo deliberativo.

<sup>28</sup> E.A. CASPAR, *Coercion Changes the Sense of Agency*, cit.



*La (dis)obbedienza all'ordine illegittimo nell'ordinamento militare  
nella prospettiva costituzionale: una riflessione comparata*

ELETTRA STRADELLA\*

ABSTRACT

(ITA) Il saggio esamina la (dis)obbedienza all'ordine illegittimo nell'ordinamento militare in chiave costituzionale e comparata. Ripercorre le radici del diritto di resistenza, la sua traduzione nelle costituzioni contemporanee, con attenzione al *Grundgesetz* e al dibattito italiano. Analizza il rapporto tra dovere di fedeltà e resistenza, la distinzione tra ordinamento civile e militare e la giurisprudenza italiana e statunitense, mettendo in luce la tensione tra gerarchia e diritti. Conclude sul ruolo della responsabilità individuale del militare e sulla disobbedienza quale attuazione della *rule of law*.

(ENG) The chapter examines (dis)obedience to unlawful military orders from a constitutional and comparative perspective. It traces the roots of the right to resistance and its incorporation into contemporary constitutions, focusing on the German *Grundgesetz* and the Italian Constituent debate. It analyzes the link between loyalty and resistance, the civil–military divide, and case law from the Italian Constitutional Court and the U.S. Supreme Court. It highlights tensions between hierarchy and rights, and reflects on soldiers' individual responsibility and disobedience as an expression of the constitutional rule of law.

KEYWORDS

(ITA) Ordini illegittimi; Diritto di resistenza; Costituzionalismo militare; Responsabilità individuale; Stato di diritto.

(ENG) Unlawful orders; Right to resistance; Military constitutionalism; Individual responsibility; Rule of law.

SOMMARIO: 1. Alle fondamenta costituzionali della (dis)obbedienza all'ordine illegittimo il diritto di resistenza – 1.1. Il suo riflesso nella disobbedienza civile – 1.2. Il diritto di resistenza nelle costituzioni contemporanee – 2. Diritto di resistenza e dovere di fedeltà nel sistema costituzionale italiano: un rapporto controverso o le due facce della stessa medaglia? – 3. La questione dell'obbedienza all'ordine illegittimo o criminoso nella prospettiva costituzionale – 3.1. La sostenibilità costituzionale della separazione civile/militare – 3.1.1. Il caso *Parker v. Levy* – 3.2. Il rapporto tra natura dell'obbedienza e tipologia di ordine

---

\* Professoressa Associata di Diritto pubblico comparato, Università di Pisa.

– 3.3. I criteri interpretativi nella definizione del rapporto tra obbedienza e rifiuto (resistenza?) – 4. L'esperienza nord-americana – 4.1. Il quadro normativo: tra disciplina e coscienza giuridica individuale

### 1. *Alle fondamenta costituzionali della (dis)obbedienza all'ordine illegittimo: il diritto di resistenza*

Se si sceglie di affrontare la questione della disobbedienza all'ordine illegittimo (quando non criminoso) nell'ordinamento militare in una prospettiva costituzionalistica, il primo concetto/fenomeno che si incontra, e occorre prendere in considerazione, è quello del diritto di resistenza. Nell'ordinamento italiano, già i Costituenti si erano posti il problema della sua positivizzazione<sup>1</sup>, così come, si dirà, era avvenuto o stava avvenendo in altre Costituzioni. Com'è noto, la concettualizzazione del diritto di resistenza risale alle teorie medievali relative alla resistenza al re tiranno, in caso di violazione del patto fondativo del potere; tali radici mostrano come alle origini del diritto di resistenza ci sia il riferimento ad una organizzazione statale fondata sulla tirannide.

Lo sviluppo della dottrina della resistenza si è accompagnato ed è stato segnato, per tutta l'età medievale, dal pensiero giusnaturalista, anche in seguito all'accoglimento nel pensiero cristiano della dottrina stoica del diritto naturale. La transizione del diritto di resistenza verso il costituzionalismo passa attraverso l'età moderna, e la progressiva sostituzione del paradigma contrattualistico al modello giusnaturalistico nella definizione dei fondamenti della legittimità politica della resistenza<sup>2</sup>.

La concezione di Locke circa le origini e le finalità dello Stato, si pone alla base del riconoscimento accordato alla validità del diritto di resistenza<sup>3</sup>.

Il diritto di resistenza come «appello al Cielo», che ritorna in più punti

<sup>1</sup> La formulazione originariamente proposta era: «Quando i poteri pubblici violino le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza all'oppressione è diritto e dovere del cittadino», ma su questo si tornerà, par. 2.

<sup>2</sup> Un'accurata e profonda ricostruzione storica del diritto di resistenza è rintracciabile in A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello Stato costituzionale*, Milano, Giuffrè 2006.

<sup>3</sup> Cfr. J. LOCKE, *Secondo trattato sul governo*, II, 6, trad. italiana a cura di A. Gialluca, Milano, Rizzoli, spec. p. 67: «Lo stato di natura ha una legge di natura che lo governa, la quale obbliga tutti: e la ragione, che è questa legge, insegna ad ogni uomo che soltanto la interroghi che, tutti essendo uguali e indipendenti, nessuno deve ledere un altro nella sua vita, salute, libertà e proprietà».

del *Secondo Trattato sul Governo*<sup>4</sup>, guida i teorici americani, che tentano di positivizzare il diritto di resistenza<sup>5</sup>, individuando una serie di limitazioni all'esercizio di tale diritto, anche in presenza di una volontà di contrastare leggi ingiuste (illegittime, in quanto lesive delle norme/principi/valori fondanti l'ordinamento): innanzitutto, il diritto di resistenza, nelle sue manifestazioni concrete, è sempre collettivo, vale a dire che può essere esercitato dalla maggioranza di una collettività in caso di violazione della legge fondamentale; in secondo luogo, la legittimità dell'esercizio del diritto di resistenza si collega alla sua natura di *extrema ratio*, cioè di strumento che può essere attivato in presenza di «un lungo seguito di abusi»<sup>6</sup> e quale ultima possibilità, comprendente l'esercizio della forza, dopo che ogni altro tentativo sia stato esperito; infine, la resistenza doveva rispettare un criterio di proporzionalità rispetto alla violazione o all'oppressione subita<sup>7</sup>. L'ambito del diritto di resistenza è chiaro, ed è ciò che lo rende concetto rilevante anche ai fini del tema qui affrontato: il ripristino di un ordine vigente, violato dall'azione (arbitraria) di un soggetto che detiene il potere. La riflessione giusfilosofica e politica sul diritto di resistenza si colloca, com'è chiaro, in una dimensione pubblicistica relativa al rapporto tra popolo e sovrano, ma l'estensione alla riflessione qui svolta si giustifica, come emergerà anche nel proseguo della trattazione, per il ruolo assunto dal superiore gerarchico nel 'sottosistema' militare, per la possibile natura delle violazioni che un ordine in ambito militare è in grado di determinare, e per il particolare tipo di intersezione tra fedeltà, obbedienza e difesa della Patria.

Uno dei problemi da subito presenti nella configurazione del diritto di resistenza è rappresentato dal rapporto tra teoria e pratica dello stesso. Il diritto di resistenza trova una sua 'giuridificazione' nel contesto rivoluzionario francese, come emerge dall'art. 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, nel quale si legge che «Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione». Tale affermazione presenta però un forte grado di formalità, infatti, a partire dalla Costituzione del 1795, non si trovano più riferimenti al diritto di resistenza nei testi costituzionali francesi, finché, anche dal punto di vista teorico, tale figura sembra perdere

<sup>4</sup> Ivi, pp. 20-21, 176, 242.

<sup>5</sup> Cfr. C. ROSSITER, *L'alba della repubblica. Le origini della tradizione americana di libertà politica*, Nischi-Lischi, Pisa 1962

<sup>6</sup> Cfr. G. CASSANDRO, *Resistenza (Diritto di)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XV, UTET, Torino 1957, p. 611 ss.

<sup>7</sup> *Ibid.*

credibilità e consistenza: si pensi alle note affermazioni di Kant circa l'esclusiva spettanza del potere legislativo al volere collettivo, per il quale «ognuno decide la stessa cosa per tutti e tutti la decidono per ognuno»<sup>8</sup>, dimodoché ognuno ha la «facoltà di non obbedire ad altra legge che non sia quella a cui essi hanno dato il loro consenso»<sup>9</sup>. Nel momento in cui formalismo giuridico e paradigma fondativo della legalità divengono determinanti nella qualificazione della validità della norma giuridica, la categoria della resistenza perde il suo autonomo rilievo, e si confonde con quella della rivoluzione<sup>10</sup>.

### 1.1. *Il suo riflesso nella disobbedienza civile*

Il tema della giuridicità del diritto di resistenza si accompagna a quella relativa alla natura della disobbedienza civile, che può essere considerata come una forma di manifestazione dello stesso, anche nello Stato costituzionale democratico<sup>11</sup>. Escludendosi la possibilità di relegare la disobbedienza civile ad ipotesi meramente teorica, e, per altro verso, di considerare tale fenomeno incompatibile con lo stato costituzionale di diritto<sup>12</sup>, la questione sembra essere in che termini si concretizzi effettivamente un 'diritto alla disobbedienza civile', quale sia la sua giustiziabilità, i margini per un suo riconoscimento positivo<sup>13</sup>. L'avvento dello stato costituzionale democratico di diritto, traducendo in regole di diritto positivo i diritti universali, rende possibile pensare ed agire anche disobbedienza, ma al contempo richiede di individuare le forme nelle quali

<sup>8</sup> Cfr. I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, 1797, par. 46, in ID., *La Metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 142-143.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Cfr. A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, cit., p. 148 ss.

<sup>11</sup> In tal senso, v. tra gli altri, A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Legittimità e resistenza*, in «Studi sassaresi», 1973, III, *Autonomia e diritto di resistenza*, p. 35 ss., richiamato anche da F. M. DE SANCTIS, *Resistenza (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milano 1988, spec. p. 998. La disobbedienza civile è qui caratterizzata come rifiuto di obbedire adottato collettivamente, e non individualmente.

<sup>12</sup> Ciò che sembrerebbe sostenere R. DREIER, *Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht*, in «Juristen Zeitung», 40, n. 8/1985, pp. 353-359, che sostiene come la previsione del diritto di resistenza nell'ambito dello stato di diritto si traduca in una questione di bilanciamento tra beni concorrenti tra loro, guidato dal principio di proporzionalità.

<sup>13</sup> Si tratta in fondo del dilemma posto nella ben nota vicenda di Antigone, e discusso in A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, cit.

sottoporre a disciplina la stessa resistenza condotta contro i singoli atti del potere pubblico (si consideri per ora un potere pubblico genericamente inteso, senza riguardo alle possibili distinzioni tra potere civile e militare, che si cercherà di apprezzare in seguito) i quali, pur non costituendo sintomo di un più profondo cambiamento dell'ordine costituzionale esistente, si mostrano lesivi in modo grave di diritti e principi fondamentali della Costituzione e sono percepiti pertanto in contrasto con i valori fondanti e generalmente condivisi nella comunità sociale. È soprattutto in questa dimensione che rileva la questione se la disobbedienza civile possa effettivamente e senz'altro collocarsi in un orizzonte puramente fattuale.

Un primo aspetto concerne i contenuti della condotta da considerarsi come forma di disobbedienza civile<sup>14</sup>. Cercare, sul piano giuridico, di tipizzare i comportamenti rientranti nella 'fattispecie', non sembra però un obiettivo semplice da realizzare; neppure il Tribunale costituzionale federale tedesco, nella nota sentenza KPD del 1956, ha voluto offrire una risposta, limitandosi piuttosto a delineare modalità e presupposti ai fini dell'apprezzamento della condotta resistente<sup>15</sup>, e riproducendo quei paradigmi della resistenza già menzionati, con una accentuazione del riferimento alla coscienza quale motore della resistenza, la cui benzina è rappresentata da una effettiva reale confusione, nel soggetto disobbediente, tra apprezzamento etico e valore giuridico, nell'esercizio di una condotta che è considerata espressione di un diritto o di una libertà fondamentale.

Un contributo alla definizione giuridica della condotta disobbediente viene dalla dottrina tedesca che, a seguito della Seconda Guerra mondiale e della caduta del nazismo, elabora una distinzione tra legge e diritto sovraordinato enunciando l'inesistenza della legge ingiusta, qualificata come quella che contrasta con un diritto superiore<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Sul tema cfr. V. BALDINI, *La disobbedienza civile come forma (illegittima?) di resistenza contro la legge ingiusta. La condotta individuale di opposizione tra imperativo etico ed (auto)tutela costituzionale*, in «Dirittifondamentali.it», n. 1/2019.

<sup>15</sup> Cfr. BVerfGE (KPD-Urteil), 5, p. 85 ss. (*bundesarchives.de*). Il Tribunale, nel noto caso relativo allo scioglimento del Partito Comunista tedesco, ha ritenuto che il diritto di resistenza possa essere invocato soltanto quando si tratti di preservare l'ordine esistente, e in funzione emergenziale, di fronte ad una ingiustizia manifesta, quale *extrema ratio*, possibilità residua per il ripristino della legalità costituzionale violata.

<sup>16</sup> Cfr. G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in «Süddeutsche Juristen-Zeitung», 1946, pp. 105-108, su cui L. AVITABILE, *Le questioni della formula di Radbruch. Riflessioni a partire da Giuliano Vassalli*, in «Archivio penale», n. 1/2018, p. 11 ss. L'articolo discute l'interpretazione data da Vassalli della formula di Radbruch, in G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei 'delitti di Stato' nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè 2001.

Il nodo non consisterebbe dunque soltanto nel prefigurare l'esito del conflitto tra la legge e un diritto formalmente sovraordinato, ma nell'opposizione tra la possibile irrazionalità insita nella volontà legislativa, e un diritto che si presenta come giusto perché fondato su valori assoluti e ritenuti universali. Questa pretesa di superiorità materiale mette in discussione l'idea della legge come fonte esclusiva del diritto e ne ridimensiona la funzione. Su tale base, la riflessione tedesca sopra ricordata incrina l'automatica identificazione tra validità della legge e diritto positivo, e valorizza invece un diritto 'assoluto', radicato nella natura o nella ragione. Laddove la legge si mostri incompatibile con quest'ultimo, essa perde la propria forza normativa e si riduce a semplice fatto, con la conseguenza che né il singolo né l'autorità sono più vincolati all'obbligo di obbedirle<sup>17</sup>.

Senza potersi qui soffermare su come il tema in esame, quello della (dis)obbedienza all'ordine illegittimo, possa e debba essere affrontato in relazione all'incidenza di ordinamenti sovranazionali, del diritto internazionale, e finanche dell'ordine pubblico internazionale ideale costituitosi a partire dal processo di Norimberga<sup>18</sup>, è indubitabile che l'approccio sopra richiamato abbia acquistato un particolare vigore nel momento in cui l'universalità dei valori è stata declinata in una dimensione ultrastatuale e, più compiutamente, almeno in termini dichiarativi, universalistica.

Ma se ci si chiede quale impatto questo abbia avuto sulle Costituzioni, per ciò che concerne il riconoscimento della resistenza come diritto, e dunque della legittimità delle manifestazioni di disobbedienza civile, i risultati non appaiono particolarmente significativi.

---

<sup>17</sup> Cfr. V. BALDINI, *La disobbedienza civile come forma (illegittima?) di resistenza contro la legge ingiusta. La condotta individuale di opposizione tra imperativo etico ed (auto)tutela costituzionale*, cit.

<sup>18</sup> Su tale nuovo quanto pervasivo limite generale alla manifestazione del pensiero, cfr. A. PACE-M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, sub art. 21, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006, p. 230 ss.; i principi emersi all'indomani della fine della Seconda Guerra Mondiale, quali quelli dell'eguaglianza, della pace e della dignità umana, sembrano così delineare un "ordine pubblico ideale internazionale", che diverrebbe contenuto privilegiato ed essenziale della forma democratica di Stato, parametro complesso in relazione al quale riconoscere o meno l'appartenenza di un ordinamento statale al sistema globale che individua in «una nuova moralità universale, che non pretende più di fondarsi sulla (declinante) ragion di Stato, bensì sulle necessità di sopravvivenza dell'Umanità» il minimo comune denominatore accomunante ogni società regolata, cfr. M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Giappichelli, Torino 2005, spec. p. 116.

## 1.2. *Il diritto di resistenza nelle Costituzioni contemporanee*

Innanzitutto, va segnalato che non è frequente rintracciare nelle Costituzioni contemporanee riferimenti espliciti al diritto di resistenza. Quello che si può piuttosto constatare è come la codificazione del diritto di resistenza, quando presente, riguarda soprattutto Costituzioni appartenenti agli ultimi cicli. Un esempio significativo è rappresentato dall'art. 21 della Costituzione portoghese del 1976, nel quale si legge che «tutti hanno diritto di resistere a qualunque ordine che leda i propri diritti, libertà e garanzie, ed a respingere con la forza qualunque aggressione, quando non sia possibile ricorrere all'autorità pubblica». Tale disposizione, inserita nell'ambito delle garanzie non giurisdizionali dei diritti e delle libertà fondamentali, è parte di un quadro più ampio di previsioni inerenti il diritto di resistenza: in particolare, all'art. 7, c. 3, un «diritto del popolo all'insurrezione contro l'oppressione» e, all'art. 106, c. 3, l'attribuzione ai cittadini del diritto di non pagare imposte «che non siano state istituite nei termini della Costituzione e la cui riscossione non si svolga nelle forme previste dalla legge». In realtà, in Portogallo, il diritto di resistenza aveva già trovato collocazione in testi costituzionali anteriori alla Costituzione del 1976, per la matrice illuminista del costituzionalismo portoghese, ripresa all'indomani della conclusione dell'esperienza autoritaria.

D'altra parte, proprio in Francia, dove, come si ricorderà, il diritto di resistenza appare per la prima volta nella Dichiarazione rivoluzionaria del 1789, la sua menzione nei documenti costituzionali successivi ha rappresentato una mera riproposizione formale, priva di valore sostanziale.

In Germania, le tradizioni costituzionali trovano traduzione nella codificazione di un diritto-dovere di resistenza in diverse Costituzioni dei *Länder*<sup>19</sup>.

Il *Grundgesetz*, nel testo originario della Legge fondamentale del 1949, non conteneva riferimenti al diritto di resistenza, aggiunto con la legge

<sup>19</sup> Tra questi, la Costituzione del Brandeburgo del 1947 stabilisce: «Contro le leggi, che violano la morale e l'umanità, permane un diritto di resistenza» (art. 9, c. 6). La Costituzione della città di Berlino del 1950, all'art. 23, c. 3, afferma che «ognuno ha diritto di resistere qualora vengano violati i diritti fondamentali stabiliti nella Costituzione». L'art. 147 della Costituzione dell'Assia del 1947 stabilisce, in modo più complesso e articolato, che «è diritto e dovere di ciascuno opporre resistenza alla violenza anticostituzionale da parte del potere pubblico. Colui che viene a conoscenza di una rottura della Costituzione o di un'azione che miri alla violazione della Costituzione è obbligato a sollecitare l'azione penale contro il colpevole tramite l'adizione della Corte di Giustizia di Stato. I particolari sono stabiliti dalla legge». Le Costituzioni dei *Länder* orientali hanno introdotto previsioni sul diritto di resistenza riprendendo la formulazione inserita alla fine degli anni Sessanta nel *Grundgesetz*, su cui si rinvia al corpo del testo.

costituzionale del 1968, che ha emendato l'art. 20 inserendo un quarto comma nel quale oggi si stabilisce che: «Tutti i tedeschi hanno diritto alla resistenza contro chiunque intraprenda a rimuovere l'ordinamento vigente, se non sia possibile alcun altro rimedio». L'integrazione non rappresenta un singolo e occasionale atto emendativo, ma si pone in relazione alle c.d. leggi di emergenza (*Notstandsgesetze*), volte a regolare l'esercizio dei poteri pubblici in situazioni straordinarie (guerra, crisi interne, catastrofi).

Tali interventi, accolti col timore del rischio di un ritorno ad alcuni dei meccanismi costituzionali di Weimar, ritenuti responsabili dell'avvento del regime nazionalsocialista, e miranti soprattutto ad un rafforzamento dei poteri governativi, vengono dunque compensati dall'introduzione del diritto di resistenza. Emerge bene dai lavori parlamentari come alla clausola si intenda attribuire soprattutto valore simbolico: nessuna Costituzione può impedire di fatto un atto di disobbedienza, ma inserirne il riconoscimento significava riaffermare i principi democratici come beni supremi<sup>20</sup>; è significativo come da più parti la clausola sia stata ritenuta portatrice di una legittimazione politica e morale, di una misura di validità della legge, ma non anche di un vero e proprio diritto soggettivo azionabile<sup>21</sup>.

Sicuramente il diritto di resistenza, e qualsiasi forma di disobbedienza civile che sia di esso manifestazione, rappresenta, nell'economia del *Grundgesetz*, uno strumento del tutto residuale, esercitabile solo quando tutti gli altri strumenti di tutela costituzionale risultino inefficaci<sup>22</sup>, e questa sembra essere una cifra comune.

## 2. *Diritto di resistenza e dovere di fedeltà nel sistema costituzionale italiano: un rapporto controverso o le due facce della stessa medaglia?*

Dopo aver brevemente inquadrato il significato teorico e storico di resistenza e disobbedienza, e iniziando ad applicare tali premesse

<sup>20</sup> Cfr. *Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll* 5/163, 30.05.1968. Cfr. D.P. KOMMERS, R.A. MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3 ed., Duke University Press, Durham, 2012.

<sup>21</sup> Cfr. E. DENNINGER, in T. MAUNZ – G. DÜRIG (a cura di), *Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abs. 4 GG*, München, C.H. Beck, 2019.

<sup>22</sup> Cfr. T. MAUNZ, G. DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, Beck, München, 2019, e S. KÖYBAŞI, *Amending the Unamendable: The Case of Article 20 of the German Basic Law*, in *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*, Springer International Publishing, Dordrecht 2018, spec. pp. 259-280.

alla questione oggetto della riflessione, è utile soffermarsi sul sistema costituzionale italiano.

In Italia, nel silenzio costituzionale sul diritto di resistenza, l'ancoraggio per una riflessione sulla disobbedienza all'ordine illegittimo è rappresentato dal combinato disposto delle norme di cui al già citato art. 54, Cost., relativo al dovere di fedeltà alla Repubblica, e all'art. 52, il dovere (sacro) di difesa della Patria. Quest'ultimo, che può in effetti intendersi come declinazione del dovere di fedeltà, è ormai, com'è noto, pacificamente interpretato secondo una concezione ampia di difesa, tale da ricomprendervi l'esercizio di attività volte allo sviluppo civile, sociale, culturale, della comunità. D'altra parte, la stessa Corte costituzionale già nel 1985, con la sentenza n. 164, e poi con la sent. 229/2004, ha sostenuto come il dovere di difesa della Patria possa esplicitarsi anche sotto forma di difesa "non armata" (su questo si tornerà a breve). Esplicitazione divenuta di fatto necessitata in seguito alla approvazione della legge che ha abolito il servizio militare di leva (l. n. 226/2004).

Dalla lettera del dettato costituzionale è possibile enucleare delle linee interpretative evolutive, tanto del concetto di fedeltà alla Repubblica, nonché dei principi (ordinatori) della disciplina e dell'onore (previste dalla stessa disposizione). La Costituzione, prevedendo il dovere di fedeltà alla Repubblica, introduce una domanda di fedeltà al cittadino nei confronti non solo dell'entità statale – in senso contingente – materiale (verso cui peraltro la fedeltà si concreta attivamente nella difesa civile e militare del territorio *lato sensu* inteso), ma altresì delle sue fondamenta costitutive. Proprio una lettura, per così dire, 'democraticamente orientata' del dovere di fedeltà, tende a ricostruirlo alla luce del rapporto che sussiste tra dovere di fedeltà e diritto di resistenza. Se si guarda alla realtà istituzionale italiana, ed allo *status* formalmente riconosciuto alla resistenza, si deve ricordare come nei lavori dell'Assemblea costituente non sia mancato un significativo dibattito circa l'inserimento, all'interno della Carta, del c.d. diritto di resistenza, da intendersi principalmente come diritto alla resistenza collettiva, ed in questo senso già ben conosciuto in 'documenti costituzionali' storicamente e giuridicamente fondamentali quali la Dichiarazione rivoluzionaria francese del 1789 (v. *supra*), ma anche, fuori dall'Europa, dalla Dichiarazione di indipendenza del 1776<sup>23</sup>.

La Sottocommissione dei settantacinque, infatti, inserisce nella proposta

<sup>23</sup> «Quando una lunga serie di abusi e usurpazioni, volti invariabilmente a perseguire lo stesso Obiettivo, svela il disegno di ridurli [gli uomini] sotto un Dispotismo assoluto, è loro diritto, è loro dovere, rovesciare un siffatto Governo e provvedere nuove Garanzie per la loro futura sicurezza».

relativa all'art. 50, c. 2, una disposizione per cui «Quando i pubblici poteri violino le libertà fondamentali ed i diritti garantiti dalla costituzione, la resistenza all'oppressione è diritto e dovere del cittadino». La norma, delineata da Dossetti e Cevolotto, si ispira nella sua formulazione in particolare all'art. 21 della Costituzione della IV Repubblica francese, ove era stabilito che «Qualora il governo violi la libertà ed i diritti garantiti dalla costituzione, la resistenza, sotto ogni forma, è il più sacro dei diritti ed il più imperioso dei doveri».

In realtà, nel seguito della discussione sulla Parte prima della Costituzione, tale disposizione verrà messa in discussione, e per questo scomparirà dal testo dell'art. 54, Cost. (ex art. 50 del progetto iniziale), lasciando adito ad interpretazioni tese a negare qualsivoglia legittimità a eventuali movimenti popolari di contrasto a decisioni pubbliche ritenute incompatibili con i paradigmi costituzionali<sup>24</sup>. Autorevoli sono d'altra parte le letture volte ad affermare come l'assenza di una esplicita proclamazione del diritto di resistenza all'interno della Costituzione non implichi che questo sia negato, bensì piuttosto si limiti ad accogliere la natura ontologicamente fondante, e quasi normativamente non circoscrivibile, del diritto medesimo<sup>25</sup>. Sembra comunque che tale interpretazione, più che connettersi all'art. 54, Cost. (all'origine del quale, come si è accennato, sta una espressa e consapevole volontà nel mancato inserimento del diritto di resistenza quale contrappeso del dovere di fedeltà), derivi direttamente dall'art. 1, Cost., e dunque dal ruolo che la sovranità popolare (interpretata 'compatibilmente' con la nozione di potere costituente) svolge all'interno dell'ordinamento. Ruolo che comporterebbe la condizione per cui, se i pubblici poteri (ovviamente compresi soggetti che ne siano titolari o che agiscano in una veste pubblicistica) risulta «partecipe all'azione eversiva», anche attraverso il compimento di «atti difformi dai valori e dalle finalità fatti propri dalla coscienza collettiva ed indicati nella Costituzione»<sup>26</sup>, sarebbe legittimo (se non auspicabile) l'esercizio di un diritto alla resistenza da parte del popolo, in quanto costituirebbe l'esplicitazione della sovranità che ad esso unicamente appartiene.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, appare chiaro come l'espressa previsione del dovere di fedeltà alla Repubblica, di cui all'art. 54 Cost., non

<sup>24</sup> Cfr. L. VENTURA, *Sub Art. 54*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti politici*, tomo II, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna 1994.

<sup>25</sup> Si consenta di richiamare E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: teorie e prassi*, Giappichelli, Torino 2008.

<sup>26</sup> Cfr. G. AMATO, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 1/1962.

soltanto non impedisca il riconoscimento di un diritto di resistenza a tutela della legalità, ma addirittura conferma la correttezza di quell'indirizzo dottrinale, che, partendo dalla prevalenza del dovere di fedeltà rispetto all'obbligo di obbedienza alle leggi dello Stato se contrastanti con i principi repubblicani, desumeva la natura costituzionale del diritto di resistenza<sup>27</sup>.

Il dovere di fedeltà, e l'irrivocabilità della forma repubblicana di cui all'art. 139, Cost., si accompagnano alla proclamazione della sovranità popolare (art. 1, c. 2, Cost.) e del metodo democratico (art. 49 Cost), lasciando dunque in qualche modo emergere, quasi carsicamente, la possibilità di un diritto di resistenza, posto a garanzia dell'ordinamento repubblicano e della volontà popolare, il quale può manifestarsi nelle prassi oppositive della società civile<sup>28</sup>. Sarà preso in considerazione in seguito quanto, ai fini della questione oggetto del Volume, sia rilevante, in relazione all'esistenza e all'accettazione di prassi oppositive, la natura civile o militare della 'società' nella quale si innestano.

### 3. *La questione dell'obbedienza all'ordine illegittimo o criminoso nella prospettiva costituzionale*

Alla luce di tali assunti preliminari, la tematica dell'obbedienza e dell'ordine illegittimo (quando non anche criminoso) mi pare possa essere scomposta: da una parte, ponendo il quadro costituzionale quale sfondo concettuale, dall'altra, inserendo lo stesso quadro costituzionale in una prospettiva 'eccezionale'. Posto, cioè, un dovere generale di obbedienza e di difesa, e dato per assodato il contraltare di un 'diritto di resistenza' ben conosciuto peraltro anche in ambito civile, e tradotto nella figura giuridica dell'obiezione di coscienza (conosciuta come *secundum legem* nel nostro ordinamento, ma ipotizzabile anche *praeter legem* alla luce della – forse paradossale – contraddizione tra la positivizzata residualità del diritto di resistenza, e la sua natura implicita<sup>29</sup>), merita porre in rilievo l'emersione della (dis)obbedienza all'ordine criminoso come ulteriore 'corno' della

<sup>27</sup> Cfr. A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello Stato costituzionale*, spec. pp. 268-269.

<sup>28</sup> Conclusione ricavabile anche dalle riflessioni di A. BURATTI, cit., p. 99.

<sup>29</sup> Sulle varie distinzioni in relazione all'obiezione di coscienza, si rinvia a E. ROSSI, E. STRADELLA, *La coscienza tra regole ed esenzioni: considerazioni sull'esperienza giuridica italiana*, in *Problemi attuali delle libertà costituzionali*, a cura di E. ROSSI, Pisa University Press, Pisa 2009, e i riferimenti ivi citati.

relazione tra obbedienza e resistenza.

Il fine potrebbe essere, poi, quello di rivedere il medesimo campo di significato del 'dovere di difesa' in generale, ciò, in effetti, anche al variare delle dinamiche sociali.

La categoria della disobbedienza all'ordine criminoso sembra allora poter essere considerata attraverso tre direttrici principali: a) la sostenibilità della separazione tra sfera civile e militare da un punto di vista degli indici che ne determinano l'azione (e l'attività); b) il limite e l'estensione dell'obbedienza – *a contrario* – ovvero le sfumature che ne connotano la natura rispetto all'ordine (legittimo, illegittimo, criminoso); c) l'essenzialità e l'inscindibilità dei principi che, invece, connotano l'azione dell'obbedienza, quindi criteri 'interpretativi' (giuridici, morali e finanche etici) rispetto all'obbedienza all'ordine medesimo.

### 3.1. *La sostenibilità costituzionale della separazione civile/militare*

Rispetto al primo assunto, occorre prendere le mosse (e mettere a sistema) l'intrinseca specialità dell'ambito militare rispetto a quello civile: vale a dire, i fondamenti di quella supremazia speciale rispetto all'agire civile, oppure, detto in altri termini, quella *cultura* di una «comunità separata»<sup>30</sup>. Indagare simili sfondi di significato appare utile, primariamente, per risignificare i principi che informano l'articolazione medesima dei corpi militari, rispetto alle regole della sfera civile e, *va da sé*, del quadro costituzionale, al di là della sfera, per così dire pura, della difesa. L'ordinamento dei corpi militari è stato ricostruito, dalla dottrina più risalente, come un vero e proprio ordinamento giuridico, in cui quindi i rapporti con l'ordinamento statale sono regolati non in termini di risoluzione di antinomie tra norme,

<sup>30</sup> Cfr. V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Giuffrè, Milano 1962, p. 166 ss. L'idea della separatezza può d'altra parte applicarsi ad istituzioni che, dal punto di vista del 'dover essere costituzionale', presentano connotati opposti: da un lato quelli che si ricollegano più direttamente alle finalità e ai contenuti dell'art. 2, Cost., nella parte in cui valorizza il pluralismo sociale, ci si riferisce a quelle comunità che nascono dall'associazionismo spontaneo delle persone, si pensi all'ordinamento sportivo; dall'altro quelli che si pongono in tensione, quando non in vera e propria opposizione, con una piena tutela dei diritti fondamentali all'interno delle formazioni sociali, si pensi all'ordinamento penitenziario (dove si assiste ad una neutralizzazione degli stessi), o, appunto, a quello militare. Sul riconoscimento dei diritti fondamentali individuali all'interno degli ordinamenti 'particolari', si veda, *ex multis*, e per riferirsi ad un lavoro abbastanza recente, D. MARTIRE, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e Costituzione repubblicana*, Jovene, Napoli 2020.

bensì di spazio che l'ordinamento militare riesce a ritagliarsi senza che l'ordinamento statale possa intervenire<sup>31</sup>. Un ordinamento, dunque, caratterizzato da norme e regole di condotta relative alla disciplina militare, intesa come «complesso dei doveri connessi con lo status militare» o, in altre parole, come quel complesso di prescrizioni, autonomamente poste e, in caso di violazione, autonomamente sanzionate, ma in ogni caso «unitario, che regolano appunto i doveri e le situazioni giuridiche in genere che si ricollegano a tale status»<sup>32</sup>.

D'altra parte, la Costituzione individua un riferimento ineludibile nell'art. 52, c. 3, Cost., il quale stabilisce che l'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica. Questo informarsi allo spirito democratico evidenzia un conflitto assiologico che, alla luce del dato costituzionale, va necessariamente ridimensionato e riqualficato invertendo il rapporto tra autorità e libertà<sup>33</sup>. Da un lato l'ordinamento militare, che conosce una specialità assiologica basata su una supremazia del principio di autorità sulle libertà fondamentali del soggetto; dall'altro la Costituzione repubblicana, la quale pone al centro la persona e le sue libertà, e per questo agisce sul suddetto ordinamento e sulla sua plurisoggettività. Com'è noto, l'art. 52, c. 3, Cost. ha rappresentato la premessa fondamentale per sostenere l'assorbimento dell'ordinamento militare nell'ordinamento statale. Il fatto che la norma costituzionale preveda nella stessa locuzione la parola 'ordinamento' delle Forze armate, lasciando intendere che si possa ancora parlare di ordinamento giuridico in senso stretto, e che lo stesso debba informarsi allo spirito democratico della Repubblica, nella prospettiva di una parte della dottrina, può significare due cose: «che ciò che si deve informare allo spirito democratico non è già informato allo stesso spirito», da cui il conflitto assiologico; «che il presunto ordinamento delle forze armate deve informarsi allo spirito di un altro ordinamento, cessando per ciò stesso di essere un ordinamento. Ma tale apparente contraddizione si supera facilmente se si considera l'uso atecnico

<sup>31</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1950, p. 169 ss., che fa riferimento a ordinamenti giuridici di stato o ordinamenti giuridici particolari che si fondano su fatti organizzatori; per A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli 1984, p. 84 ss., le Forze armate hanno «vita autonoma, che non mette capo all'ordinamento generale».

<sup>32</sup> Cfr. V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, cit., p. 81. Ampia è la dottrina sulla disciplina militare dal punto di vista costituzionale, si ricordano, *ex multis*, A. BALDASSARRE, *Disciplina militare e Costituzione*, «Democrazia e diritto», XV, n.2/1975, p. 635 ss., A.M. SANDULLI, *Disciplina militare e valori costituzionali*, (1978), in Id., *Scritti giuridici*, II, Napoli, Jovene, 1990, pp. 613 e 702 ss.

<sup>33</sup> Cfr. D. MARTIRE, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e Costituzione repubblicana*, cit.

del termine “ordinamento”»<sup>34</sup>. La scelta da parte della Costituzione sembrerebbe quindi chiara: l'ordinamento militare, inteso in senso stretto, non ha legittimazione, non è riconosciuto dall'ordinamento dello Stato, esso deve essere assorbito dall'ordinamento statale e cessare di esistere.

Tale assorbimento non ha però avuto un effettivo e pieno seguito normativo, in Italia, come nella gran parte degli altri ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica occidentale, se è vero che è stato progressivamente costruito dal legislatore un regime di specialità, a partire dall'ambito giurisdizionale, dando così vita ad un sottosistema (preferibile forse definirlo così, piuttosto che sistema) giuridico autonomo, finalizzato a garantire l'efficienza, la prontezza e la coesione delle forze armate. Un'autonomia che si traduce in norme speciali di comportamento, procedimenti disciplinari distinti e specifiche, circoscritte limitazioni dei diritti fondamentali, giustificate in nome della funzione di difesa dello Stato. Tuttavia, questa struttura eccezionale si confronta con una tensione costitutiva rispetto ai principi pacifista, personalista e democratico.

Se si prendono in considerazione i due sistemi costituzionali che si è scelto di osservare con particolare attenzione in queste brevi riflessioni, vale a dire quello italiano e quello statunitense, si possono evidenziare alcune questioni essenziali nella costruzione della relazione tra ordinamento civile e militare.

In primo luogo, le ragioni della (parziale e limitata) eccezione, riconducibili ad un rapporto (a geometria variabile) tra disciplina, coesione, sicurezza.

L'ordinamento militare valorizza il principio di obbedienza e la rigidità gerarchica come strumenti essenziali per il buon funzionamento dell'istituzione. In Italia, la Corte costituzionale ha riconosciuto che «la condizione del militare comporta una disciplina e una gerarchia particolari, necessarie al buon funzionamento dello strumento militare»<sup>35</sup>, pur affermando che ciò non implica una sospensione dei diritti fondamentali. Negli Stati Uniti, la Corte Suprema ha affermato che le forze armate costituiscono *a separate society* e che, per questa ragione, si giustificano restrizioni particolari dei diritti costituzionali in nome della prontezza e dell'efficienza: ci si soffermerà in seguito sul caso più significativo nella giurisprudenza della Corte Suprema<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. F. MODUGNO, *L'ordinamento militare è in estinzione?*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Giuffrè, Milano 1987, p. 457.

<sup>35</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 449/1999.

<sup>36</sup> Cfr. *Parker v. Levy*, 417 U.S. 733 (1974)

In secondo luogo, la rilevanza che è in grado di assumere il principio pacifista, e le implicazioni che può comportare in relazione ai margini di 'separatezza' dell'ordinamento militare.

In Italia, la presenza dell'art. 11, Cost. rappresenta un elemento distintivo dell'ordinamento. La forza anche lessicale attribuibile al ripudio della guerra come strumento di offesa non ha un mero valore simbolico: esso impone una interpretazione restrittiva delle funzioni legittime attribuibili all'apparato militare e limita, sul piano interno, la possibilità che la logica militare prevalga su quella democratica. L'art. 11, in combinazione con gli artt. 2 e 3 Cost., impone una visione personalista e pacifista del sistema giuridico, nella quale l'obbedienza non può mai annullare la dignità del soggetto<sup>37</sup>.

Ciò ha portato a sottolineare la necessità di una «costituzionalizzazione del diritto militare»<sup>38</sup>, tale da impedire derive autoritarie o deumanizzanti, garantendo la compatibilità del 'subordinamento' militare con il principio pacifista, oltre che con quello democratico, senza comprometterne l'operatività.

Vi è poi la questione del legame tra obbedienza, coscienza e responsabilità individuale. Nel contesto militare, il principio di obbedienza è naturalmente più vincolante che altrove. Tuttavia, l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, sia nell'ordinamento italiano sia in quello statunitense, ha definito la responsabilità individuale del militare, soprattutto nei casi in cui l'ordine ricevuto risulti in contrasto con la legalità o con i diritti fondamentali (si consenta di rinviare su questo aspetto ad altri scritti del presente Volume).

Nell'ordinamento statunitense, pur prevalendo una logica funzionale e gerarchica, sono stati riconosciuti – seppur limitatamente – spazi per la disobbedienza motivata da ragioni di coscienza, ad esempio nel rifiuto della leva obbligatoria<sup>39</sup>, ma non nel caso della disobbedienza selettiva<sup>40</sup>.

L'asimmetria tra dovere di obbedienza e libertà di coscienza, di per sé

<sup>37</sup> Per un commento della disposizione cfr. A. CASSESE, *Sub Art. 11*, in *Commentario della Costituzione*, cit.

<sup>38</sup> Richiamata da D. BRUNELLI, G. MAZZI. *Diritto penale militare*, Giuffrè, Milano 2007, questione trattata, con riferimento alla giurisdizione, da G. DE VERGOTTINI, *Giurisdizione militare: la crisi della specialità*, in «Quaderni costituzionali», n. 2/2007, p. 364 ss.

<sup>39</sup> Cfr. *Seeger v. United States* 380 U.S. 163 (1965), su cui A. BRODIE, H.P. SOUTHERLAND, *Conscience, the Constitution, and the Supreme Court: The Riddle of United States v. Seeger*, in «Wisconsin Law Review», n. 2/1966, p. 306 ss., e R.L. RABIN, *When Is a Religious Belief Religious: United States v. Seeger and the Scope of Free Exercise*, in «Cornell Law Quarterly», vol. 51, 1965, p. 231 ss.

<sup>40</sup> Cfr. *Gillette v. United States* 401 U.S. 437 (1971), su cui J. C. WITT JR., *Gillette v. United States: The End of Selective Conscientious Objection*, in «Tennessee Law Review», vol. 39, 1971, p. 157 ss.

profondamente radicata nella dimensione costituzionalistica, presenta, con riferimento all'ambito militare, tutta la complessità del bilanciamento tra autorità e libertà, potere politico e *rule of law*. Ed apre al configurarsi di una zona grigia dell'operatività della trasparenza e del controllo democratico, che incide su questioni di varia natura, alcune non oggetto di trattazione in questa sede (si pensi alla questione del ruolo del Parlamento nelle decisioni in materia di interventi militari), altre inerenti da un lato la manifestazione di pensiero e, quale riflesso della stessa, le libertà associative del militare<sup>41</sup>, dall'altro il rapporto tra servizio militare e servizio civile quali forme di realizzazione del dovere di difesa della patria<sup>42</sup>.

Negli Stati Uniti, la giurisprudenza ha esplicitamente riconosciuto una separazione per così dire ontologica tra la sfera militare e quella civile a partire dalla *milestone* rappresentata dalla sentenza *Parker v. Levy* del 1974, in cui la separazione e la specialità di un'altra comunità (nella comunità) venivano indagate proprio alla luce della specializzazione, nonché della qualificazione differente dell'orizzonte valoriale dell'azione (in particolare, un trattamento speciale della libertà di manifestazione del pensiero, all'interno di un ordinamento che, com'è noto, fa del Primo Emendamento, e dunque della *freedom of expression, an absolute*<sup>43</sup>).

<sup>41</sup> Significativa da questo punto di vista la già citata Corte costituzionale, sent. n. 449/1999, con la quale è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, c. 1 della l. n. 382/1978, (norme di principio sulla disciplina militare), in riferimento agli artt. 3, 39 e 52, c. 3 della Costituzione, sollevata dal Consiglio di Stato. La Corte riconosce che l'ordinamento delle Forze Armate di cui all'art. 52, c. 3, Cost. non determina una inammissibile estraneità all'ordinamento generale dello Stato ma riassume semplicemente la specialità della funzione. La Corte ricorda (richiamando la precedente sent. n. 278/1987) che la Costituzione repubblicana supera radicalmente la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare giacché quest'ultimo deve essere ricondotto nell'ambito del generale ordinamento statale «rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini». La Corte conclude sul punto affermando che la garanzia dei diritti fondamentali di cui sono titolari i singoli cittadini militari non recede di fronte alle esigenze della struttura militare, sicché meritano tutela anche le istanze collettive degli appartenenti alle Forze Armate, al fine di assicurare la conformità dell'ordinamento militare allo spirito democratico della Repubblica. D'altra parte, però, il divieto, di cui alla disposizione impugnata, per i militari, di costituire associazioni professionali a carattere sindacale e di aderire ad altre associazioni sindacali, diritti garantiti in generale dall'art. 39, c. 1, Cost., non è ritenuto incostituzionale, alla luce della specialità del servizio reso.

<sup>42</sup> A partire dall'affermazione della pari dignità da parte della Corte costituzionale, con la storica sent. n. 164/1985. Tra i numerosi commenti alla pronuncia, cfr. A. REPOSO, *Corte costituzionale e obiezione di coscienza al servizio militare: un altro passo avanti*, in «Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli», n. 2/1989. Tali principi vengono ribaditi dalla sent. n. 228/2004, che individua nel Servizio Civile Nazionale una forma di difesa della Patria.

<sup>43</sup> Per riprendere la nota espressione di A. MEIKLEJOHN, *The First Amendment is an Absolute*,

### 3.1.1. *Il caso Parker v. Levy*

Il caso *Parker v. Levy*<sup>44</sup> rappresenta un approdo fondamentale nella giurisprudenza della Corte Suprema nord-americana, poiché in esso vengono definiti per la prima volta i limiti alla libertà di espressione politica a cui è soggetto il personale militare. Nella pronuncia, la Corte stabilisce che, nell'ambito delle forze armate, le esigenze di disciplina e di ordine militare possono prevalere sui diritti costituzionali individuali. A partire dal *leading case*, numerose decisioni hanno teso a privilegiare l'interesse militare rispetto alla sfera delle libertà individuali, nelle operazioni di bilanciamento tra l'interesse militare, inteso come necessità derivante da ragioni concernenti la funzionalizzazione degli assetti gerarchici all'efficacia e operatività delle forze armate, e le situazioni soggettive garantite dal Primo Emendamento. E tale bilanciamento, proprio a partire da *Parker v. Levy*, si direziona in favore dell'autonomia e della separatezza dell'«ordinamento» militare.

Il caso riguardava il dottor Levy, capitano dell'esercito in servizio presso un ospedale militare in Carolina del Sud, il quale aveva incoraggiato i soldati afroamericani a rifiutare il servizio in Vietnam, sostenendo che negli Stati Uniti erano vittime di discriminazioni sistematiche e radicate, e che in Vietnam erano impiegati nelle missioni più pericolose e subivano le maggiori perdite; lo stesso Levy si era peraltro espresso molto duramente contro i membri delle Forze Speciali.

Levy fu processato dalla corte marziale e condannato in base agli articoli 133 e 134 del Codice di Giustizia Militare, per comportamento indegno e per dichiarazioni lesive del buon ordine e della disciplina. La condanna fu inizialmente confermata dal tribunale distrettuale federale, ma poi annullata dalla corte d'appello, che ritenne gli articoli viziati ad vaghezza e indeterminatezza. La Corte Suprema, con una maggioranza di 5 a 3, annullò questa decisione e ripristinò la condanna<sup>45</sup>.

Nel parere di maggioranza, redatto dal giudice William H. Rehnquist, la Corte riconosce che i militari godono di diritti costituzionali, ma sottolinea come l'obbedienza e la disciplina, fondamentali per il funzionamento delle forze armate, possano giustificare limitazioni più severe rispetto alla vita civile. La Corte descrive l'esercito come una «società specializzata, separata dalla società civile», pronta a obbedire senza esitazioni. Di conseguenza,

---

in «Supreme Court Review», n. 1/1961, p. 245 ss.

<sup>44</sup> Cfr. *Parker v. Levy*, cit.

<sup>45</sup> Sul caso cfr. R. O. EVERETT, *Military Justice in the Wake of Parker v. Levy*, in «Military Law Review», vol. 67, 1975.

respinge le obiezioni sulla *vagueness*<sup>46</sup> e nega al personale militare la possibilità di contestare le disposizioni impugnate per eccessiva estensione. Rilevanti gli elementi che emergono dalle opinioni dissenzienti. Douglas sostiene che la maggioranza abbia attribuito troppo peso alla posizione dell'autorità militare, ribadendo la sacralità della tutela costituzionale del *free speech*; altro elemento sottolineato dal *dissent* di Potter Stewart, con l'adesione di Douglas e Brennan, è quello relativo all'incostituzionalità delle norme applicate, a causa della loro *vagueness* (già messa in luce nella pronuncia in appello). La rilevanza della decisione assunta dalla Corte Suprema in questo caso si evince dal fatto che essa sia diventata un importante precedente, che ha legittimato successive condanne militari per condotte tra loro anche molto diverse come il possesso di marijuana fuori dalla base<sup>47</sup>, l'esercizio del diritto di petizione senza autorizzazione del comandante della base<sup>48</sup>, o l'uso di indumenti religiosi in violazione del regolamento militare<sup>49</sup>.

Si afferma dunque, a partire da questa decisione, l'idea di una «*specialized society separate from civilian society*», nonché comunità 'più piccola', professionale e 'selezionata' all'interno dei segmenti che compongono la società nel suo complesso. È chiaro che le conseguenze di tale separazione possono risultare paradossali: da un lato, i principi che informano l'azione di difesa generale dell'ordinamento sono, appunto, speciali e spesso derogatori rispetto ai principi generali dell'ordine (costituzionale) medesimo; dall'altro, la separazione dalla sfera civile comporta una resistenza interna ai cambiamenti che qui possano verificarsi, in virtù di

<sup>46</sup> La *vagueness*, nella elaborazione della Corte Suprema nord-americana, rappresenta la dottrina dell'indeterminatezza e si lega ad una condizione di costituzionalità, vale a dire alla necessità costituzionale che le leggi penali dichiarino ed esplicitino chiaramente le condotte vietate e punibili. In base a questa *doctrine*, una legge penale non può essere oscura o ambigua al punto da risultare incomprensibile per un individuo comune, perché se così fosse risulterebbe lesiva della Costituzione in quanto indeterminata. Spesso la *vagueness* si accompagna, rappresentando esse due profili di un vizio sostanzialmente unitario, all'*overbreadth*, vale a dire l'ampiezza eccessiva. In entrambi i casi gli ancoraggi costituzionali sono rappresentati dal *due process* di cui al Quinto e Quattordicesimo Emendamento della Costituzione. A. E. GOLDSMITH, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited*, in «American Journal of Criminal Law», vol. 30, 2002, p. 279 ss., E.M. SNODDON, *Clarifying Vagueness*, in «The University of Chicago Law Review», vol. 86, n. 8/2019, pp. 2301-2354, e R.C. POST, *Reconceptualizing vagueness: legal rules and social orders*, in «California Law Review», vol. 82, 1994, p. 491.

<sup>47</sup> Cfr. *Schlesinger v. Councilman*, 420 U.S. 738 (1975).

<sup>48</sup> Cfr. *Brown v. Glines*, 444 U.S. 348 (1980).

<sup>49</sup> Cfr. *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986).

quella specialità che pare cristallizzarsi al di là delle trasformazioni sociali. A questo proposito, peraltro, potrebbemencionarsi anche l'intrinseca 'apoliticità' dei corpi (militari, di difesa, di presidio) che ne vorrebbe confermata, dunque, quella cifra di distacco dall'ordine democratico (e di partecipazione) 'civile' e sociale, nonché di presunta 'neutralità' rispetto alle dinamiche dello svolgimento stesso della dialettica politica, quale cifra della medesima democrazia cui l'azione di difesa è primariamente volta (e ispirata). Dalla sfera 'esterna' a quella interna, si può poi sottolineare anche il risvolto che tale 'supremazia speciale' o cultura della 'comunità separata' presenta rispetto agli individui di quella comunità 'speciale', separata e professionale.

Quale ordinamento nell'ordinamento, ad esempio, tutto il *corpus* relativo a condotte, azioni e sanzioni 'interne', unito a gerarchie essenziali allo svolgimento stesso della funzione (pubblica), risponde a indici, anche essi, in parte derogatori. Oltre al dato evidente della giustizia militare, si tenga a mente la discrezionalità e la sfuggevolezza dei criteri che informano gli aspetti disciplinari di quella professione: una paradossale assenza di rigore nei processi decisionali, che, in fondo, gemma direttamente dalla gerarchia professionale, incidendo non solo sul *quantum* della discrezionalità rispetto all'obbedienza (con la minaccia, appunto, di eventuali sanzioni disciplinari, svincolate da un principio di 'legalità' generale e con risvolti potenzialmente 'punitivi' in quanto discriminatori), ma anche sui diritti soggettivi del sottoposto. A questo riguardo, con riferimento in questo caso all'ordinamento italiano, potrebbe richiamarsi a titolo esemplificativo il TUROM (Testo Unico delle Disposizioni Regolamentari in materia di Ordinamento Militare) in cui all'art 887, a proposito della rappresentanza all'interno del corpo, il militare-elettore ha il dovere di parteciparvi, in un contesto in cui la medesima finisce per dissolversi 'funzionalmente' all'interno della comunità speciale e separata. Anche la rappresentanza cioè, oltre a essere caratterizzata dalla doverosità, anziché dal diritto (o dalla libertà), si svolge con regole di obbedienza *separate* dal contesto 'costituzionale' e civile. Il diritto o la libertà di non fare, quella sfera per così dire negativa riconosciuta dalla Costituzione in diverse disposizioni viene, anche essa, in qualche misura derogata<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Cfr. C. IAFRATE, *Obbedienza, ordine illegittimo e ordinamento militare*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», n. 2/2016, pp. 313-335.

### 3.2. *Il rapporto tra natura dell'obbedienza e tipologia di ordine*

Un altro aspetto che viene in discussione è il limite e l'estensione dell'obbedienza – *a contrario* – ovvero le sfumature che ne connotano la natura rispetto all'ordine (legittimo, illegittimo, criminoso).

Rispetto a questo punto, collegandosi alle precedenti premesse, le traiettorie di analisi possono proprio prendere le mosse dal carattere dell'*essenzialità* dell'ordine (direttamente discendente da quella dell'organizzazione gerarchica), nonché dalla *doverosità* di esso, rispetto alla sfera di (non) libertà sulla decisione di chi debba darvi esecuzione.

Anche qui, un ancoraggio tradizionale all'interno dell'ordinamento italiano potrebbe essere riletto e differentemente (ri)costruito. Com'è noto, l'art. 51 del codice penale dispone che «non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine» (comma 4). Del pari, per ciò che concerne il Codice dell'Ordinamento Militare, può leggersi all'art. 1349 che «gli ordini devono, conformemente alle norme in vigore, attenere alla disciplina [...]» (comma 1), nonché che «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 [...]» (comma 2). Tali previsioni non fanno che confermare le molteplici sfumature di senso, e quindi di interpretazione, che possano darsi tanto rispetto al concetto di disciplina, da collegare, poi, anche a quello dell'onore, *ex art. 54 Cost.*, quanto alla dimensione della doverosità (della non esecuzione) rispetto alla, per così dire, manifesta illegittimità (o finanche illiceità). Parametri, cioè, che si vogliono rigorosi, ma che in realtà costituiscono un ulteriore elemento aperto.

Ovvero, da una parte, criteri che appaiono oggettivi, ma che in una sfera di azione e di condotta non possono che essere massimamente influenzati da 'percezioni' soggettive e individuali. In quella che è stata definita la «macchina dell'obbedienza»<sup>51</sup> – in cui, si nota, vi è una soggezione a regole disciplinari e una sorta di immediatezza dell'esecuzione basata sulla dicotomia ideale «obbedire-non riflettere» – le valutazioni sulla manifesta illegittimità potrebbero non trovare (sufficiente) spazio di ponderazione. D'altra parte, invece, si potrebbe riflettere sull'accennata effettiva sfera di discrezionalità individuale, non solo rispetto alla 'disciplina' e all'onore connaturate alla funzione, ma anche al principio dell'obbedienza leale e (ma) consapevole.

<sup>51</sup> Ivi.

Già la legge n. 382 del 1974 sanciva un principio generalissimo di partecipazione consapevole, nell'ottica del superamento di un approccio paternalistico tanto del concetto di 'onore', quanto di 'disciplina', alla base di un quadro assiologico separato e diverso rispetto all' 'etica' o alla 'morale' civili. Qui (e si tralasciano riferimenti e questioni prettamente penalistiche che sono oggetto di trattazione in altri contributi di questo Volume) proprio la (non) esecuzione dell'ordine più che considerarsi disobbedienza in senso stretto – come manifestazione di un diritto di resistenza per come in altri sistemi positivizzato – potrebbe essere letta *a contrario*, come realizzazione di un onore e di una disciplina consapevoli, in un'ottica (rovesciata, di nuovo) di difesa dell'ordine democratico e dei suoi principi (secondo una lettura costituzionalmente orientata della fedeltà).

C'è poi la questione dei complessi contorni della conoscibilità del dovere collegata al carattere manifesto, fortemente sottolineato dalla normativa penalistica e dell'ordinamento militare. La terminologia impiegata dalla normativa penalistica, come d'altronde quella dell'ordinamento militare, insistono in maniera pervasiva – e quasi decisiva – sul carattere manifesto dell'ordine e della sua (il)legittimità. Sembra quindi potersi aggiungere due considerazioni: il problema che si pone è che, da un lato, non sempre gli ordini da cui discenda un dovere di esecuzione appaiono manifesti a livello procedurale. Com'è noto, l'ambito militare si basa anche su prassi di condotta, codici di linguaggio, espressioni (anche fisiche) non codificate, né, di nuovo, sempre (ri)conoscibili. L'obbedienza (e la sua macchina), se legata alla riflessione individuale, si scontra nuovamente con parametri solo formalmente oggettivi.

Secondariamente, come efficacemente (e provocatoriamente) notato, potrebbe sollevarsi un'altra obiezione, meglio, eccezione: «manifestally illegal to whom?»<sup>52</sup>. Qui si nota una convergenza, in questo frangente, tra l'impostazione propria dell'ordinamento italiano e le suggestioni provenienti dal sistema statunitense, constatando come non sia possibile, in fondo, pretendere una forma di chiarezza, una sorta di tipizzazione di ciò che possa essere manifestamente (il)legittimo. In virtù di quel sentire individuale, «like obedience, disobedience often has a sociological dimension», ovvero, come spiega Walzer: «commitments to principles are usually also commitments to other men, from whom or with whom the principles have been learned and by whom they are enforced»<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Cfr. M. WALZER, *The Obligation to Disobey*, in «Ethics», vol. 77, n. 3/1967, pp. 163-175, e ID., *Just and Unjust Wars*, Basic Books, New York, 1977.

<sup>53</sup> Ivi.

### 3.3. *I criteri interpretativi nella definizione del rapporto tra obbedienza e rifiuto (resistenza?)*

Terzo elemento che può essere considerato riguarda l'essenzialità e l'inscindibilità dei principi che, invece, connotano l'azione dell'obbedienza, quindi i criteri 'interpretativi' (giuridici, morali e finanche etici) che informano l'obbedienza all'ordine medesimo. Su questo aspetto, suscita interesse una proposta di identificazione dei criteri per (ri)definire i rapporti e le interazioni tra l'ambito della (doverosa) obbedienza e la dimensione della (non) esecuzione legata al connotato della (il)legittimità<sup>54</sup>. Muovendo dagli aspetti necessariamente individuali circa ciò che possa essere manifesto rispetto alla (dis)obbedienza all'ordine medesimo, nella proposta si avanzano due parametri per evadere dalle dicotomie, dalle categorie e insinuarsi nelle zone grigie, connaturate all'*essenza* stessa dell'ordine. Questi (aspetti individuali) coinvolgono inevitabilmente anche una concezione (in)novata dell'onore, della disciplina, della vocazione di difesa. Questo in una prospettiva consapevole della lealtà e dell'obbedienza, nei termini già analizzati alla luce dei concetti di resistenza e di fedeltà. La proposta in questione suggerisce, anzitutto, un ambito generale di scusabilità dell'esecuzione dell'ordine in base a un criterio di ragionevolezza: al netto di regole speciali, si insinua una sorta di standard di errore ragionevole per chi con la propria condotta obbedisca a un ordine (nello spettro che comprende finanche la sua 'imprudenza' al di là di una oggettiva illegittimità). Posto, poi, il connotato sovente ambiguo dell'ordine – peraltro accompagnato da un'assenza di eguale dovere di motivazione del medesimo – derivanti anche da 'codici pratici di condotta', Osiel, autore della proposta, prospetta le due opzioni (interpretative) di «misreading orders morally», nonché della (dis)obbedienza quale «creative compliance». Rispetto alla prima, si osserva, nel dubbio (talvolta volontariamente) ingenerato da ordini (talvolta, anch'essi, non scritti, né motivati) a metà tra illegittimo e (finanche) illecito, e nel principio generale di dovere di obbedienza, l'«esecutore» vi è tenuto rispetto al contenuto, ma non al significato del contenuto medesimo. Qui, dunque, «where its wording allows both a lawful and an unlawful interpretation of its aims [...] the duty is to adopt the interpretation that will allow the order to be obeyed lawfully»<sup>55</sup>. Una sorta di paradigma legato a un'interpretazione costituzionalmente legittima dell'ordine, quindi.

<sup>54</sup> Cfr. J. M. OSIEL, *Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War*, in «California Law Review», vol. 86 n. 5/1998, pp. 943-1129.

<sup>55</sup> Ivi.

Per ciò che concerne il versante di un comportamento *compliant* ma creativo, in questa prospettiva, invece, se legislatori e giudici possono dare vita a interpretazioni (nuove), là dove vi sia una disposizione non chiara, così, nel dubbio circa l'esecuzione dell'ordine derivante dalla sua natura, chi sia chiamato al dovere di obbedirvi potrebbe interpretare il contenuto medesimo dell'ordine nel senso della sua legittimità. Quell'ordine che, diversamente, «if obeyed mechanically and uncritically, would have had catastrophic consequences». Si tratterebbe in questo caso di una sorta di interpretazione costituzionalmente orientata. Peraltro, entrambi gli indici riportano il sistema a (un principio di) legalità, pur nella vaghezza, indefinitzza e specialità dell'ambito della (dis)obbedienza. Osiel illustra il rapporto tra obbedienza e rifiuto (pure in chiave di resistenza), anche attraverso una rappresentazione grafica, che può essere sintetizzata nel senso che non sono possibili giustificazioni per la disobbedienza ad ordini legali; può esistere giustificazione per l'obbedienza ad ordini illegali qualora tale obbedienza sia riconducibile ad una ragionevole convinzione, da parte del soggetto, circa la loro legalità, indipendentemente dal fatto che l'illegalità degli ordini sia manifestamente evidente. Il punto è a cosa possa e debba essere funzionalizzata la giustificazione per l'obbedienza ad ordini illegali, ma, in questa prospettiva, è sempre legittima, nonché *fair*, la disobbedienza all'ordine illegale.

#### 4. *L'esperienza nord-americana*

Una seppur breve e sommaria analisi dell'esperienza giuridica nord-americana può essere utile a verificare quali equilibri si siano nel tempo instaurati in un sistema giuridico nel quale si confrontano un principio di obbedienza gerarchica in ambito militare, il dovere di disobbedire ad un ordine manifestamente illegale previsto nelle fonti del diritto militare, e un generale e permeante principio di libertà di pensiero e di parola, particolarmente intensa quando si tratti di espressioni aventi un contenuto politico.

##### 4.1. *Il quadro normativo: tra disciplina e coscienza giuridica individuale*

Come già ricordato, nel sistema giuridico militare degli Stati Uniti, il principio dell'obbedienza gerarchica trova il suo riferimento centrale nell'*Uniform Code of Military*, ossia il codice che disciplina il diritto penale militare federale.

Rilevante ai nostri fini è l'art. 92, *Failure to obey order or regulation*<sup>56</sup>, il quale punisce severamente l'inottemperanza a un ordine legittimo. Il termine 'legittimo' (*lawful*) è determinante: il dovere di obbedienza, infatti, sussiste solo quando l'ordine sia conforme al diritto. Di conseguenza, un ordine manifestamente illecito non è giuridicamente vincolante ed anzi la sua esecuzione può comportare responsabilità penale. Questa impostazione si radica in un principio consolidato nel diritto militare internazionale e interno: «an illegal order is no defense» (*Nuremberg Principle IV*), ma allo stesso tempo: «a manifestly illegal order must be disobeyed»<sup>57</sup>.

La questione della definizione dei criteri per riconoscere la liceità di un ordine è affrontata dal *Manual for Courts-Martial (MCM)*, il quale specifica i requisiti essenziali che rendono vincolante un ordine militare. Nella *Part IV*, sezione 16 (relativa appunto all'articolo 92), il MCM chiarisce che un ordine è lecito se è impartito da un'autorità legittima, riferito a un'attività militare lecita e non a scopi privati, non contrario alla legge (interna o internazionale), ma anche esplicito, specifico e comprensibile. L'elemento della provenienza gerarchica non è dunque sufficiente a implicare un obbligo di obbedienza, sempre comunque subordinato alla legalità sostanziale dell'ordine.

La giurisprudenza ha contribuito a chiarire la portata dell'art. 92 UCMJ e del concetto di *lawful order*: dal riconoscimento della manifesta illegalità dell'ordine di uccidere civili<sup>58</sup>, alla illegittimità dell'ordine che pur non violando leggi militari, confligge con norme costituzionali o internazionali<sup>59</sup>; dalla distinzione tra obiezione selettiva e ordine illegittimo<sup>60</sup>, alla conferma della legittimità dell'ordine di indossare una uniforme ONU<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> «Any person subject to this chapter who ... (1) violates or fails to obey any lawful general order or regulation; (2) having knowledge of any other lawful order issued by any member of the armed forces, which it is his duty to obey, fails to obey the order; or (3) is derelict in the performance of his duties shall be punished as a court-martial may direct» (UCMJ, 10 U.S. Code § 892).

<sup>57</sup> Ci si riferisce naturalmente al Testo adottato dalla Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite e inserito nel Rapporto della Commissione all'Assemblea Generale sui lavori della seconda Sessione (1950) (*Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II).

<sup>58</sup> Cfr. *United States v. Calley*, 46 C.M.R. 1131 (U.S. Army Court of Military Review 1973), su cui R.E. QUINN, W.H. DARDEN, *United States v. William L. Calley*, in «Journal of International Law» vol. 8, 1974.

<sup>59</sup> Cfr. *United States v. Kisala*, 64 M.J. 50 (C.A.A.F. 2006).

<sup>60</sup> *United States v. Kinder*, 14 M.J. 109 (C.M.A. 1982).

<sup>61</sup> *United States v. New*, 55 M.J. 95 (C.A.A.F. 2001).

In tutti questi casi emerge la tensione tra la necessità operativa delle forze armate e il riconoscimento, seppur limitato, della responsabilità individuale del militare di valutare la liceità dell'ordine ricevuto. La dottrina etico-giuridica statunitense sottolinea come il soldato non sia un mero esecutore, ma un soggetto moralmente e legalmente responsabile. Le accademie militari, quali *West Point*, o la *U.S. Naval Academy*, includono nei programmi formativi moduli su *Human Rights Law, Rules of Engagement* e dovere di disobbedienza a ordini contrari ai principi costituzionali fondamentali<sup>62</sup>.

Dunque, se come si è sottolineato il principio «unlawful orders must not be obeyed» rappresenta una regola giuridica, oltre che un imperativo morale, nel sistema giuridico nord-americano, d'altra parte la definizione della soglia delle illiceità è soggetta a variazioni interpretative significative, stride in alcuni casi con una visione della illiceità che si spinga fino a comprendere qualsiasi ordine lesivo o limitativo del 'diritto ad essere sé stessi', anche quando militari, e dunque il rischio di abuso della gerarchia permane, così come la frizione tra obbedienza funzionale e responsabilità personale, efficienza operativa e coscienza individuale, legalità formale e giustizia sostanziale.

D'altra parte, la questione relativa alle conseguenze della disobbedienza va letta insieme a quella relativa all'obbedienza all'ordine illegittimo o criminale, o meglio, alla possibilità per un militare di invocare come giustificazione l'esecuzione di un ordine superiore anche quando quest'ultimo sia illegale: è la tensione tra obbedienza e responsabilità, infatti, che segna questo rapporto.

Insomma, la *obedience to orders defense*, ovvero la possibilità per un militare di invocare come giustificazione l'esecuzione di un ordine superiore, anche quando quest'ultimo sia illegale, sembra rappresentare l'altro volto del tema che si sta affrontando. Per questo potrebbe risultare utile anche ai nostri fini la rilettura della questione proposta, ormai un decennio fa, da Monu Bedi<sup>63</sup>, in una prospettiva che, coniugando teoria costituzionale, diritto penale e filosofia morale, ha tentato di spostare l'asse del discorso

---

<sup>62</sup> Ulteriori casi confermano la tensione tra disciplina e diritti individuali, una tensione che supera la sola questione del rispetto del singolo ordine, ad esempio *Schlesinger v. Councilman*, 420 U.S. 738 (1975), tocca il rapporto tra giurisdizione militare e civile nella gestione delle accuse a membri delle forze armate, e *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986), restringe la libertà religiosa (nel caso di specie, in relazione all'uso della *kippah*) nell'ambiente militare, ribadendo in questi casi la supremazia della disciplina militare.

<sup>63</sup> Cfr. M. BEDI, *Entrapped: A Reconceptualization of the Obedience to Orders Defense*, in «Minnesota Law Review», Vol. 99, n. 3/2014, pp. 885-940.

giuridico dalla responsabilità individuale alla responsabilità sistemica.

Com'è noto, e già è stato sottolineato (e si consenta su tutti questi aspetti di rinviare anche agli altri contributi nel presente Volume), secondo la dottrina giuridica tradizionale, consolidatasi anche a partire dai processi di Norimberga, l'obbedienza a un ordine non è una giustificazione automatica per la commissione di atti illeciti. Ma per Bedi, questa posizione si fonda su un'idea irrealistica della condizione psicologica del militare, che opera all'interno di un sistema altamente gerarchico, costruito per favorire l'obbedienza piuttosto che l'autonomia critica.

Bedi afferma infatti che il soldato subordinato si trova in una posizione strutturalmente analoga a quella dell'imputato nel contesto della *entrapment defense*: una categoria del diritto penale statunitense secondo cui l'individuo non può essere ritenuto colpevole se lo Stato lo ha indotto a commettere un reato che non avrebbe mai compiuto spontaneamente. L'*entrapment*, secondo la Corte Suprema<sup>64</sup>, consiste nell'induzione da parte del governo e la predisposizione dell'imputato a compiere l'atto illecito. Bedi propone di estendere questo schema anche ai casi di obbedienza militare.

La struttura della vita militare, infatti, con le sue componenti di addestramento, gerarchia, disciplina, ideologia, rappresenterebbe di fatto una forma di 'induzione statale', capace di limitare fortemente la libertà decisionale dei subordinati. Secondo Bedi, un soldato che agisce su ordine illegale ma in buona fede, senza avere gli strumenti per valutarne la legittimità, è più simile a una vittima di *entrapment* che a un soggetto moralmente colpevole.

Tale tesi troverebbe fondamento in numerosi studi in ambito psicologico e sociologico: a partire dagli esperimenti sull'obbedienza di Stanley Milgram, che dimostrarono come individui ordinari, messi in contesti autoritari, tendono a seguire ordini anche quando questi violano la loro coscienza morale<sup>65</sup>. E così, analogamente, il sistema militare creerebbe una forma di 'vulnerabilità strutturale' che, nell'ottica di tale proposta interpretativa, il diritto dovrebbe riconoscere non solo come attenuante, ma come base per un'autonoma categoria difensiva<sup>66</sup>.

Alla fin dei conti, il paradigma intorno al quale ruota l'idea di un diverso ruolo dell'ordinamento nella valorizzazione della posizione del soggetto

<sup>64</sup> Si veda in particolare *Jacobson v. United States*, 503 U.S. 540 (1992).

<sup>65</sup> Cfr. S. MILGRAM, *Behavioral study of obedience*, in «The Journal of Abnormal and Social Psychology», vol. 67, n. 4/1963, p. 371 ss.

<sup>66</sup> Tra le situazioni prese in considerazione da Bedi, si vedano le casistiche studiate in H.S. LEVIE (ed.), *International Law Studies, Documents on Prisoners of War*, Naval War College, R.I., vol. 60, Document No. 171, 1979, pp. 804-811.

gerarchicamente subordinato, è sempre quello del *due process*, clausola costituzionale dalla quale deriverebbe la necessità di evitare che lo Stato, attraverso le sue stesse istituzioni (in questo caso l'esercito), ponga il cittadino in una condizione psicologica e organizzativa tale da rendergli impossibile il rispetto della *rule of law*, anche nella sua dimensione costituzionale.

La lettura citata non si limita quindi a ridefinire una categoria giuridica, ma sollecita una riconsiderazione complessiva della relazione tra potere, autorità e responsabilità individuale nell'ambito militare. Trattare l'obbedienza agli ordini come una forma di *entrapment* non significa giustificare ogni atto illecito, ma riconoscere le dinamiche sistemiche che lo rendono possibile, con le conseguenze più particolari che si riflettono sull'ambito della giustizia militare, che non è oggetto di questa trattazione.

Interessante chiedersi come la teoria dell'*entrapment* possa essere applicata invece al caso della disobbedienza; vale a dire, quanto le dinamiche sistemiche di introiezione della subordinazione gerarchica e di, per così dire, 'amoralizzazione' della posizione di chi riceve il comando, possano favorire una sorta di presunzione di fondatezza della disobbedienza derivante da ragioni di coscienza, valorizzando la scelta di chi supera la condizione di vulnerabilità, agendo in conformità alla Costituzione.

Un ruolo importante è svolto da questo punto di vista dalle *defenses* nel diritto militare statunitense, anche in relazione alla libertà di coscienza come espressione del Primo Emendamento. Il concetto di *defense* si applica infatti anche ai casi di disobbedienza a ordini ritenuti illegittimi. Tra queste spiccano la *lawful order defense* (difesa fondata sulla natura illegale dell'ordine ricevuto) e la *conscience defense*, cioè la rivendicazione di motivazioni etiche, morali o religiose radicate nella coscienza individuale.

Da questo punto di vista, un riferimento importante, anche se non circoscritto al contesto strettamente militare, è rappresentato dal caso *United States v. Seeger*<sup>67</sup>. In questa decisione, la Corte Suprema affronta il tema della *conscientious objection*, in relazione ad un caso che riguardava tre obiettori alla leva obbligatoria, i quali non aderivano formalmente a una religione tradizionale, ma sostenevano di essere mossi da profonde convinzioni etiche. La Corte, in una decisione per quel momento

<sup>67</sup> Cfr. *United States v. Seeger* 380 U.S. 163 (1965). Si veda A. BRODIE, H.P. SOUTHERLAND, *Conscience, the Constitution, and the Supreme Court: The Riddle of United States v. Seeger*, in «Wisconsin Law Review», 1966, p. 306 ss., R. L. RABIN, *When Is a Religious Belief Religious United States v. Seeger and the Scope of Free Exercise*, in «Cornell Law Quarterly», vol. 51, 1965, p. 231 ss., C. MARBLESTONE, *A Matter of Conscience: United States v. Seeger and the Supreme Court's Historical Failure to Define Conscientious Objector Status Under the First Amendment*, in «Hastings Constitutional Law Quarterly», vol. 38, 2010, p. 201 ss.

innovativa, riconobbe che la ‘sincerità’ della convinzione personale, e non necessariamente l’appartenenza confessionale, poteva costituire base sufficiente per invocare la protezione del Primo Emendamento.

Tuttavia, tale apertura non si è tradotta, in ambito strettamente operativo e militare, in un’accettazione diffusa delle *defenses* basate sulla coscienza individuale. La giurisprudenza delle corti marziali ha storicamente mantenuto un atteggiamento prudente, se non diffidente, verso l’idea che un soldato possa sottrarsi a un ordine sulla sola base della propria valutazione morale soggettiva. Il timore, evidenziato in sentenze come *Parker v. Levy*, che si è precedentemente analizzata, è che l’ampia libertà di coscienza, se riconosciuta nel contesto militare con la stessa ampiezza del mondo civile, comprometta l’efficienza operativa, la coesione e la prontezza delle forze armate, elementi ritenuti vitali per la sicurezza nazionale.

Anche in casi successivi, come nel già citato *Goldman v. Weinberger*<sup>68</sup>, relativo al porto del copricapo ebraico in uniforme, la Corte ha ribadito che, nel contesto militare, i diritti costituzionali possono subire restrizioni più incisive.

Se la Corte Suprema ha riconosciuto nella sincerità della convinzione personale un criterio valido per invocare la protezione costituzionale (come in *Seeger*), tale standard non si è affermato pienamente all’interno del sistema militare, dove prevale una logica funzionale e collettiva. Il risultato è che la «coscienza soggettiva del soldato» viene riconosciuta entro limiti ristretti, non necessariamente ben definiti, e difficilmente può essere invocata come base autonoma per giustificare la disobbedienza a un ordine, anche se ritenuto moralmente inaccettabile.

L’obiezione di coscienza generalizzata - ossia il rifiuto di partecipare a qualunque attività bellica - è tutelata in modo più ampio rispetto all’obiezione selettiva, vale a dire la disobbedienza a singole operazioni o ordini per motivi etici. Quest’ultima ha trovato riconoscimento solo in rari casi, come nelle procedure di congedo anticipato per motivi morali. La Corte Suprema ha sottolineato nel caso *Gillette v. United States*<sup>69</sup> che l’obiezione selettiva non rientra tra i diritti costituzionalmente protetti, se non nei casi di esplicita previsione legislativa.

Nella prassi giudiziaria militare, quindi, la *conscience defense* non ha efficacia automatica. Il soldato che disobbedisce deve dimostrare che

<sup>68</sup> Cfr. *Goldman v. Weinberger* 475 U.S. 503 (1986), su cui S. J. LEVINE, *Untold stories of Goldman v. Weinberger: religious freedom confronts military uniformity*, in «Air Force Law Review», vol. 66, 2010, p. 205 ss.

<sup>69</sup> Cfr. *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437 (1971) su cui cfr. J. C. WITT JR, *Gillette v. United States: The End of Selective Conscientious Objection*, cit.

l'ordine era non solo contrario alla propria coscienza, ma manifestamente illegale secondo standard oggettivi<sup>70</sup>.

Le riflessioni svolte nel tentativo di tracciare la dimensione costituzionale della questione della disobbedienza all'ordine illegittimo nell'ordinamento militare conducono a tracciare brevi, e non conclusive, considerazioni finali.

La teoria del diritto di resistenza e delle sue manifestazioni aiutano a consolidare sul piano assiologico, e forniscono un robusto fondamento costituzionale, ad una ricostruzione della disobbedienza all'ordine illegittimo non soltanto in termini di dovere di non esecuzione in caso di manifesta illegalità dello stesso, ma anche di diritto alla non esecuzione qualora l'illegittimità si configuri quale violazione di principi, valori, interessi, riconducibili al sistema costituzionale nel suo complesso. Questo significa che un ordine che leda, per esempio, il diritto ad essere sé stessi, l'identità personale, che si ponga in violazione di diritti fondamentali, a prescindere dal suo inquadramento alla luce del diritto vigente nell'ordinamento generale di riferimento, può e dovrebbe essere considerato idoneo a giustificare la disobbedienza.

In realtà, come si è mostrato nelle pagine dello scritto, la storia del diritto di resistenza è una storia travagliata, e nonostante esso possa apparire un implicito o un crittotipo pubblicistico a livello comparato, sia il formante legislativo sia quello giurisprudenziale mostrano una certa timidezza nel riconoscerne una valenza costitutiva. L'obiezione di coscienza, a cui si è fatto menzione riferendo il caso nord-americano, rappresenta una materializzazione della resistenza (sebbene prevalentemente, come si è sottolineato, ad essa sia attribuito un carattere esclusivamente collettivo), ma solo quando *prater legem* o *contra legem* ne condivide il carattere di residualità, e la sua operatività *secundum legem* è, come ovvio, sempre piuttosto limitata.

D'altra parte, se i confini dell'illegittimità, o della natura criminale, dell'ordine, sono inevitabilmente soggetti a valutazioni e, per così dire, misurazioni, e questo incide in modo significativo sull'effettivo margine di autodeterminazione del soggetto subordinato, determinando l'effettiva possibilità di sottrarsi all'esecuzione, non meno problematica è la situazione speculare, quella cioè in cui la manifesta illegalità dell'ordine imporrebbe al militare un rifiuto, pur in presenza di condizioni di *entrapement*, per utilizzare la categoria sopra accennata.

---

<sup>70</sup> Per riferimenti comparatistici sulla questione della responsabilità connessa all'esecuzione dell'ordine del superiore e la disobbedienza all'ordine illegale in ambito militare, cfr. D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine superiore e responsabilità penale*, CEDAM, Padova 2012.

Anche questo aspetto non è privo di implicazioni a livello costituzionale. Infatti, proprio la 'costituzionalizzazione' del sistema militare sembra essere l'unico strumento veramente capace di prevenire quelle forme di condizionamento psicologico e organizzativo che rischiano di impedire la difesa individuale, da parte dei soggetti gerarchicamente subordinati in ambito militare, della *rule of (constitutional) law*.

## *Brevissime considerazioni sull'art. 52 della Costituzione italiana*

CARMINE VIZZA\*

### ABSTRACT

(ITA) L'art. 52 Cost. è la disposizione della Carta che ha un ruolo centrale in tema di Forze armate e personale militare. Essa, però, non ha mai attirato l'attenzione degli studiosi del diritto costituzionale, ma semmai di alcuni amministrativisti e di taluni esperti di diritto penale militare. Durante la sua elaborazione, la scelta è caduta su termini che attenevano più propriamente all'etica. Ciò ha creato difficoltà esegetiche, ancora in parte irrisolte, se non altro con riguardo all'ultimo comma.

(ENG) Article 52 is the provision of the Italian Constitution that plays a central role in matters concerning the armed forces and military personnel. However, it has barely attracted the attention of scholars in constitutional law, but rather that of some experts administrative law and in military criminal law. During its drafting, the choice fell on terms that were more properly related to ethics. This has created exegetical difficulties, which are still partly unresolved, at least with regard to the last paragraph.

### KEYWORDS

(ITA) Costituzione italiana; Forze armate; Doveri; Etica.

(ENG) Italian Constitution; Armed Forces; Duty; Ethics.

Con il presente contributo si vogliono fornire alcune suggestioni sul linguaggio che è stato utilizzato nella redazione della Costituzione italiana e, in particolare, dell'articolo 52 della citata Carta.

L'art. 52 Cost., pur non essendo l'unica disposizione costituzionale che si occupa delle Forze armate e di personale militare, va considerata certamente quella che è stata chiamata a svolgere un ruolo assolutamente cruciale e fondamentale in materia.

Il dibattito tenutosi nella seduta della Prima Sottocommissione del 15 novembre 1946 era partito dal testo proposto dal Relatore, l'avvocato scudocrociato Umberto Merlin, ovvero sia quello di seguito riportato: «Il servizio militare è obbligatorio per tutti. La difesa della Patria è uno dei

---

\* Avvocato generale militare presso la Corte militare d'Appello di Roma.

più alti doveri». Il prefato proponente, per motivare la sua scelta, aveva affermato di essersi ispirato all'articolo 133 della Costituzione russa, in cui è detto che la difesa della patria è «un sacro dovere del cittadino». È, però, del tutto evidente che tra la formulazione da cui il lavoro aveva preso le mosse ed il suo modello dichiarato c'era una notevole differenza (l'affermazione relativa a quale fosse l'importanza del dovere di difesa per gli italiani era indubbiamente meno 'significativa' di quella a cui si ispirava).

Dopo una serie di interventi, tutti abbastanza critici, un giovanissimo Aldo Moro, anche lui democristiano, si era fatto carico di fare sintesi, proponendo un articolo composto da ben tre commi. I primi due erano stati riformulati in questi termini: 1) «La difesa della Patria è uno dei più alti doveri del cittadino»; 2) «Il servizio militare è obbligatorio. Esso non può pregiudicare le posizioni di lavoro del soldato, né l'esercizio dei diritti politici». L'inversione dell'ordine delle proposizioni – che subito si nota, se si mettono a confronto i due testi – era stata giustificata con l'esigenza di sottolineare in modo deciso che l'utilizzo dello strumento bellico (stando a quanto sostenuto, innanzitutto, da Giuseppe Dossetti) dovesse porsi come necessariamente funzionale alla sola difesa.

L'indicazione di cui si è appena dato conto fu sostanzialmente recepita, ma il testo definitivo dei due commi iniziali è ancora differente da quello riprodotto poco più sopra ed è questo: 1) «La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino»; 2) «Il servizio militare è obbligatorio nei limiti e modi stabiliti dalla legge. Il suo adempimento non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino, né l'esercizio di diritti politici».

La difesa della patria, dunque, – per i costituenti italiani (che lo sottolinearono pure in alcuni dei loro interventi) – non era uno dei vari doveri gravanti sul cittadino, ma il più alto dovere giuridico, un obbligo di prestazione personale che poteva arrivare fino al sacrificio della vita, un vero e proprio imperativo etico-morale, come emergeva chiaramente dall'aver optato per l'inserimento tanto del sostantivo «Patria», quanto dell'aggettivo «sacro». Qualche anno dopo, nel 1967, il Professor Aldo Mazzini Sandulli, nel motivare una sentenza della Corte costituzionale (la n. 53), infatti, avrebbe scritto che «la difesa della Patria – che è condizione prima della conservazione della comunità nazionale – rappresenta un dovere collocato al di sopra di tutti gli altri, e che nessuna legge potrebbe fare venir meno. Si tratta di un dovere, il quale, proprio perché «sacro» (e, quindi, di ordine eminentemente morale), si collega intimamente e indissolubilmente alla appartenenza alla comunità nazionale identificata nella Repubblica italiana». Successivamente, però, lo stesso Giudice delle

leggi<sup>1</sup> aveva avallato una tesi un po' più sfumata, secondo cui «il dovere di difesa della patria» doveva essere considerato solamente una sorta di «specificazione del [...] dovere dei cittadini di fedeltà alla Repubblica e di ubbidienza alla Costituzione e alle leggi», con l'implicita conseguenza che – in un'ideale gerarchia tra norme fondamentali – l'art. 52 non sarebbe stato così rilevante come era stato ipotizzato quindici anni prima. In realtà, a ben vedere, il disposto del primo alinea dell'articolo cinquantadue della Carta, utilizzando il termine «Patria», che evoca immediatamente 'la terra dei padri', non può che alludere se non alla necessità di difendere quest'ultima da un pericolo proveniente da un nemico esterno: ne consegue, secondo il sottoscritto, che i doveri di difesa del territorio e della sua popolazione e quello di fedeltà alle istituzioni e al dettato delle fonti normative di maggior rango si pongono – quanto meno – su piani paralleli e sono dotati di pari dignità.

Il successivo capoverso, poi, chiaramente fa riferimento al servizio obbligatorio di leva. Il leader comunista Palmiro Togliatti, difatti, aveva asserito che «con il servizio militare volontario» si sarebbe avuta «una categoria di professionisti che potrebbero rappresentare la rovina di una società o la rovina dello Stato» ed era certamente preferibile imporre un modello nel quale è «il popolo intero che si arma ed è pronto a difendere il suolo della patria». Per i padri costituenti, pertanto, non era pensabile che la maggior parte dei militari o addirittura la totalità di essi potesse essere di carriera, sebbene un passaggio contenuto nel terzo comma dell'art. 98 faccia chiaramente intendere che una componente professionale dovesse in ogni caso coesistere con quella prevalente 'coatta'.

Oggi, in epoca di sospensione della leva e di mutata sensibilità, si può forse dare una lettura ulteriore e diversa di tale secondo comma e sostenere che l'obbligatorietà del servizio militare implica che chi si arruola sia destinatario di obblighi (ovvero di doveri) aggiuntivi rispetto a quelli del cittadino comune. Per contro, invece, al legislatore ordinario sarebbe comunque imposto – attraverso l'esplicita previsione di una riserva relativa di legge – di dover assicurare a tutti gli uomini e a tutte le donne in uniforme, non solo i diritti politici, ma anche le libertà costituzionalmente garantite, che – come ripetuto più volte dalla Consulta – possono essere oggetto di limitazioni (al fine di preservare l'adequata coesione e la necessaria efficienza delle Forze armate) e, nonostante ciò, non possono mai essere negate, concolcate e/o completamente escluse.

Dando credito a quest'ultima esegesi, allora, la disposizione in

---

<sup>1</sup> Cfr. Corte Cost., sent. del 20 gennaio 1982, n.31, relatore Michele Rossano.

questione costituirebbe il fondamento costituzionale alla base, oltre che dell'assetto strutturale che deve connotare le FF.AA., pure delle norme del Codice dell'ordinamento militare (e conseguentemente, per ritornare al tema del Convegno, dell'art. 1347 del d. lgs. n. 66 del 2010 sul dovere dell'obbedienza) e persino dello stesso diritto penale militare (imponendo così una interpretazione costituzionalmente orientata dei due codici del 1941, quello di pace e quello di guerra, che evidentemente hanno ben altra matrice politico-culturale).

Dopo aver trattato brevemente dei primi due commi, a questo punto, occorre concentrarsi in modo altrettanto fugace sulla genesi e sul significato dell'ultimo capoverso, che oggi recita: «L'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica». A tal proposito, invero, si era partiti direttamente dalla formulazione di Aldo Moro (la quale non aveva trovato nessuna anticipazione nella proposta dell'Onorevole Merlin, nonostante quest'ultimo fosse un suo compagno di partito) e cioè: «Gli ordinamenti dell'esercito devono riflettere lo spirito democratico dello Stato italiano».

L'intento nella specie perseguito era stato subito esplicitato dal medesimo proponente, che aveva immediatamente rilevato che: «L'ultima norma fissata nell'articolo da lui presentato» era «indispensabile dopo quanto è avvenuto in Italia e tende ad avvenire in ogni esercito: la norma ha lo scopo di garantire che lo spirito democratico del Paese entri nell'esercito compatibilmente con la struttura gerarchica dell'esercito stesso. Non è pensabile che la gerarchia militare soffochi la dignità della persona umana, come troppe volte è avvenuto attraverso i regolamenti di disciplina militare».

Si voleva voltare pagina rispetto al periodo fascista e all'idea della cieca adesione/obbedienza all'unico credo per cui valeva la pena combattere.

Già nel novembre del 1946, in effetti, qualcuno – e, in particolare, Ottavio Mastrojanni, esponente del Fronte dell'Uomo Qualunque – aveva criticato aspramente il testo del prefato terzo comma, ritenendo che si trattasse di una presa di posizione fin troppo ideologica, e sottolineando come qualsivoglia compagine militare fosse da tenere al di fuori e al di sopra dell'agone politico e, dunque, ne andasse assicurata la fedeltà alla Patria, ma non ad una specifica forma di Stato.

Negli anni successivi, poi, una parte della dottrina – e, tra gli altri, Vittorio Bachelet – si è molto interrogata sul senso del sintagma «spirito democratico», escludendo decisamente che, per strutturare la gerarchia nelle FF.AA., si possano utilizzare istituti tipici della democrazia rappresentativa,

e reputando – in definitiva – che l'affermazione complessiva fosse del tutto pleonastica, visto che con essa si imporrebbe soltanto che l'ordinamento militare non possa prescindere dal rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo, dei principi di solidarietà e di non discriminazione (se non per merito) di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Taluno, il Presidente di Sezione del Consiglio di Stato ed esperto di diritto amministrativo militare Guido Landi, ha sostenuto nei suoi scritti che siffatta «enunciazione [...] impone a chi legifera in materie attinenti alle Forze armate di non porre in oblio che esse non sono un *corpus separatum*» e, perciò, le regole del consorzio militare non potrebbero mai essere completamente eccentriche e, anzi, opposte rispetto a quelle proprie della c.d. società civile.



*Modelli astratti di obbedienza penalmente rilevante e  
interpretazione del diritto vigente*

ALESSANDRO SPENA\*

ABSTRACT

(ITA) L'articolo analizza il problema dell'obbedienza agli ordini dell'autorità nel diritto penale, muovendo dalla contrapposizione tra il modello dell'obbedienza cieca e quello dell'obbedienza responsabile. Attraverso una ricostruzione teorica e dogmatica dell'art. 51 c.p. e della legislazione speciale in materia di rapporti gerarchici, il lavoro mostra come nessuno dei due modelli, se assunto in forma rigida, sia in grado di rendere conto della complessità delle situazioni concrete. Particolare attenzione è dedicata alle conseguenze dei due modelli sul piano della responsabilità penale del subordinato, con specifico riferimento ai nodi interpretativi relativi all'errore sulla legittimità dell'ordine e alla figura dell'ordine criminoso insindacabile. L'articolo propone infine una lettura alternativa, ispirata a un modello di 'obbedienza tragica', che valorizza la dimensione conflittuale dell'obbedire e consente di interpretare le cause di esclusione della responsabilità in termini di limiti di esigibilità, affidamento e autorevolezza dell'autorità.

(ENG) The article examines the problem of obedience to orders issued by authority in criminal law, starting from the opposition between the model of blind obedience and that of responsible obedience. Through a theoretical and doctrinal reconstruction of Article 51 of the Italian Criminal Code and of the special legislation governing hierarchical relationships, the analysis shows that neither model, if adopted in a rigid form, is capable of accounting for the complexity of concrete situations. Particular attention is devoted to the implications of the two models for the criminal liability of the subordinate, with specific reference to the interpretative issues concerning mistake as to the legality of the order and the notion of an unlawful superior order the execution of which is excused due to the subordinate's reasonable reliance on authority. The article ultimately advances an alternative reading, inspired by a model of 'tragic obedience', which highlights the conflictual dimension of obedience and allows exclusions of liability to be interpreted in terms of limits of exigibility, reliance, and the authority's credibility.

KEYWORDS

(ITA) Modelli di obbedienza all'autorità; Ordine gerarchico; Responsabilità penale; Errore sulla legittimità dell'ordine; Ordine criminoso insindacabile.

(ENG) Models of obedience to authority; Hierarchical order; Criminal responsibility; Mistake as to the legality of the order; Binding criminal order.

---

\* Professore ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Palermo.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Due modelli di obbedienza – 3. Le conseguenze inversamente proporzionali dei due modelli – 4. I modelli di obbedienza nel diritto positivo – 5. L'errore del destinatario sulla legittimità dell'ordine – 6. L'ordine criminoso insindacabile – 6.1. Insindacabilità come indiscutibilità? – 6.2. Insindacabilità come vincolatività 'in ultima analisi'? – 6.3. Insindacabilità come pressione psicologica? – 6.4. Insindacabilità come autorevolezza – 7. Conclusioni.

## 1. *Introduzione*

Il rapporto tra autorità e obbedienza solleva questioni penalistiche piuttosto complesse, collocandosi all'intersezione fra esigenze di funzionalità dell'azione pubblica, tutela di beni giuridici fondamentali e personalità della responsabilità penale. In particolare, l'esecuzione degli ordini gerarchici pone interrogativi che non sono soltanto tecnico-giuridici, ma investono più in profondità la concezione stessa del soggetto obbediente, del suo ruolo all'interno dell'organizzazione autoritativa e della misura in cui egli possa – o debba – conservare autonomia di giudizio e capacità critica rispetto alle direttive ricevute. La disciplina dell'art. 51 c.p., e il microsistema normativo che ad essa si affianca, rappresentano il terreno privilegiato su cui tali tensioni emergono con maggiore evidenza.

Tradizionalmente, la riflessione penalistica sull'obbedienza si è sviluppata attorno a due modelli contrapposti: da un lato, una concezione gerarchica e meccanica dell'obbedire, che tende a risolvere il conflitto tra ordine e responsabilità mediante una verticalizzazione dell'imputazione; dall'altro, una concezione più recente e costituzionalmente orientata, che valorizza il ruolo deliberativo del subordinato e ne afferma la corresponsabilità per l'esecuzione di ordini illegittimi o criminali. Tali modelli, pur nella loro schematicità, continuano a esercitare un'influenza decisiva sulle opzioni interpretative della disciplina vigente, fungendo da sfondo teorico implicito di molte soluzioni esegetiche.

Questo contributo si propone di ricostruire criticamente tali modelli di obbedienza, mettendone in luce le premesse filosofico-antropologiche, le implicazioni dogmatiche e le ricadute sul piano della responsabilità penale. Attraverso l'analisi delle figure dell'obbedienza cieca e dell'obbedienza responsabile – e delle loro diverse declinazioni nel diritto positivo – il lavoro mostra come nessuna delle due possa essere assunta in forma pura senza produrre esiti applicativi problematici o irrealistici. L'estremizzazione dell'obbedienza responsabile rischia di trascurare il peso concreto dell'autorità e delle dinamiche psicologiche proprie dei rapporti gerarchici,

mentre il recupero di spazi di irresponsabilità automatica appare difficilmente conciliabile con i principi costituzionali di legalità, personalità della responsabilità penale e democraticità dell'ordinamento.

Muovendo da questa tensione, l'analisi si concentra sui nodi più controversi dell'art. 51 c.p., con specifico riguardo all'errore sulla legittimità dell'ordine e alla problematica figura dell'ordine criminoso insindacabile. L'obiettivo non è soltanto chiarire il significato e la portata delle disposizioni, ma anche proporre una chiave di lettura capace di tenere insieme responsabilizzazione del subordinato e riconoscimento del valore differenziale dell'autorità. In questa prospettiva, l'ipotesi di un modello di 'obbedienza tragica' si offre come tentativo di conciliazione, idoneo a restituire complessità a una materia che non tollera soluzioni semplicistiche, perché strutturalmente segnata dal conflitto tra dovere di obbedire e divieto di delinquere.

## 2. *Due modelli di obbedienza*

Il modello più tradizionale di 'obbedienza' è basato su un tendenziale annullamento della responsabilità nell'obbediente. Possiamo chiamarlo 'modello dell'obbedienza cieca', o anche 'modello puro di obbedienza', poiché, se si guarda la tensione implicita nell'ordine, nel comando, si scopre subito che questa è rivolta a una peculiare cancellazione della volontà del destinatario: mediante l'ordine, chi ordina ricerca in colui al quale si rivolge non un autonomo volere, ma un meccanico prolungamento del proprio volere, vi ricerca un soggetto pronto, persino addestrato, ad eseguire, un ingranaggio sul punto di scattare, non un nodo riflessivo da sciogliere, una ulteriore volontà da formare con l'argomentazione, adducendo ragioni che vadano oltre il solo fatto di aver comunicato il proprio volere.

Stando alla nota definizione di Hobbes: «Si ha comando quando un uomo dice: "fa questo", o "non fare questo", e non ci si aspetta altra ragione che non sia la volontà di colui che dice ciò. Da questo segue manifestamente che chi comanda pretende con ciò il proprio beneficio, perché la ragione del suo comando è solo la sua volontà, e l'oggetto proprio della volontà di ogni uomo è un qualche bene che torni a suo vantaggio»<sup>1</sup>. Chi ordina cerca bensì in colui al quale ordina una volontà, non autonoma però, ma adempiente, riempita del volere dell'ordinante, una volontà nella quale sia

<sup>1</sup> TH. HOBBS, *Leviatano*, trad. it. di G. Micheli, La Nuova Italia, Firenze 1987, cap. XXV.

la volontà di chi ordina a trovare compimento, non l'autonomo giudizio di colui al quale l'ordine è rivolto; costui deve bensì volere l'esecuzione dell'ordine, ma solo in quanto abbia riconosciuto che questa esecuzione è l'oggetto del volere di colui che l'ordine ha emanato.

Nel commentare questo passo di Hobbes, H.L.A. Hart aggiunge:

« [...] The commander characteristically intends his hearer to take the commander's will instead of his own as a guide to action and so to take it in place of any deliberation or reasoning of his own: the expression of a commander's will that an act be done is intended to preclude or to cut off any independent deliberation by the hearer of the merits pro and con of doing the act. The commander's expression of will therefore is not intended to function within the hearer's deliberation as a reason for doing the act, not even as the strongest or dominant reason, for that would presuppose that independent deliberation was to go on, whereas the commander intends to cut off or exclude it. This I think is precisely what is meant by speaking of a command as 'requiring' action and calling a command a 'peremptory' form of address. [...] A second important feature of the reasons intended to be operative when a command is given [... is ...] the 'content-independent' character of such reasons. [...] Content-independence of commands lies in the fact that a commander may issue many different commands to the same or different people and the actions commanded may have nothing in common, yet in the case of all of them the commander intends his expressions of intention to be taken as a reason for doing them. It is therefore intended to function as a reason independently of the nature or character of the actions to be done»<sup>2</sup>.

Il 'modello dell'obbedienza responsabile' si distingue da questo perché introduce nel meccanismo obbedienziale uno spazio deliberativo, uno iato, che si colloca fra emanazione ed esecuzione dell'ordine, nel quale è richiesto al destinatario di compiere una deliberazione, una valutazione dell'ordine in rapporto alle sue condizioni (non certo di opportunità, ma) di legittimità, e dunque in rapporto alla legge; lungi dallo scattare automaticamente, come per un riflesso pavloviano, nell'obbedienza responsabile l'esecuzione dell'ordine presuppone una sorta di critica in senso kantiano dell'ordine ricevuto, poiché al destinatario dell'ordine è richiesto che ne indaghi sistematicamente validità e limiti in rapporto all'insieme delle norme dalle quali discende in chi ordina il potere di ordinare: e ciò non soltanto

---

<sup>2</sup> H.L.A. HART, *Commands and Authoritative Legal Reasons*, in *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford 1982, pp. 253-254.

sul piano formale, non soltanto cioè è richiesto di valutare se l'ordine si mantenga nei limiti esterni oltre i quali non si dà il rapporto autoritativo, ma anche sul piano sostanziale, dovendosi altresì valutare la sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto ai quali la legge condiziona il potere di ordinare. Ne viene fuori una sorta di, forse paradossale, concezione collaborativa dell'ordine, nella quale cioè il destinatario non è un semplice meccanico esecutore di una volontà altrui, ma semmai chi ordina e chi riceve l'ordine concepiscono entrambi la propria opera come strumento del perseguimento – non già del volere e del beneficio di chi ordina, ma – di interessi superiori espressi in massimo grado nella legge, dei quali entrambi, ciascuno nel proprio ruolo, sono chiamati a farsi interpreti. L'autorità di chi emana l'ordine non costituisce, dunque, blocco ermeneutico, preclusione interpretativa a carico del destinatario dell'ordine; l'essere destinatari di un ordine non preclude l'interpretazione delle norme in base alle quali l'ordine è emanato; anzi, la richiede; e, se si ritiene che vi sia distonia, contrasto fra ordine e legge, bisogna, «con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni» (art. 25, comma 2, d.p.r. 545/1986; ora art. 729, d.p.r. 90/2010, c.d. Regolamento dell'ordinamento militare). Quella attivata mediante un ordine è dunque una dinamica di «leale e fattiva partecipazione», di collaborazione, ciascuno secondo le proprie competenze, al perseguimento degli interessi pubblici sottesi alla legge. *Amicus Plato, sed magis amica veritas.*

Possiamo rinominare questi due modelli anche in altro modo. Il primo potremmo chiamarlo 'modello dell'obbedienza meccanica', essendo un modello nel quale al sottoposto è richiesto di obbedire senza il filtro di un pensiero argomentante, meccanicamente; vi domina la fiducia nel principio gerarchico, l'autorità come cosa buona; il sottoposto può inserirsi felicemente nella catena di comando, affidandosi al superiore e all'immanenza benefica dello *Stufenbau* di cui sono entrambi ingranaggi. Al sottoposto è qui richiesto di comportarsi come se fosse affetto da un disturbo dissociativo dell'identità, nel quale la sua identità di sottoposto e quella di persona comune costituiscono compartimenti stagni, ognuno retto da una propria moralità, da un proprio sistema di principi etici ai quali è richiesto di non interagire: il sottoposto, *quando agisce da sottoposto*, è chiamato a ispirarsi al principio di gerarchia e a quanto da questo si irradia, senza lasciarsi traviare dai principi che invece ne governano la condotta da *quisque de populo*, nell'ambito delle comuni interazioni sociali.

Il secondo modello possiamo rinominarlo, invece, 'modello dell'obbedienza giudiziosa', nel quale, eliminato lo schermo tra le due

identità, tra i due sistemi etici, al sottoposto viene richiesto di valutare le implicazioni dell'esecuzione dell'ordine alla luce di quello stesso sistema di principi, valori e regole ai quali si orienta, o è chiamato a orientarsi, come persona comune. Venuto meno lo schermo protettivo del disturbo dissociativo delle due identità, al sottoposto viene chiesto di integrare il proprio ruolo di sottoposto nel più generale contesto della propria vita etica. L'ordine viene fagocitato nella moralità comune: il sottoposto è chiamato a rispondere della sua esecuzione secondo criteri in ultima analisi ricavabili dalla sua moralità di persona comune. Qui ci possiamo immaginare il sottoposto come una persona assennata, equilibrata, che, ricevuto l'ordine, lo pondera nella prospettiva della legalità e del sistema dei massimi principi etici. Quello che gli viene richiesto è dunque di obbedire con giudizio.

### *3. Le conseguenze inversamente proporzionali dei due modelli*

Volendo cominciare a ricondurre questi due modelli a categorie penalistiche, possiamo dire che il modello dell'obbedienza cieca rimanda – in maniera paradigmatica, seppur non esclusiva – alla categoria dell'‘autore mediato’, dell'esecutore quale mero strumento del volere di chi emana l'ordine, sorta di burattino nelle sue mani: il fatto è interamente nel dominio di chi ordina, nel cui volere è assorbito il volere di chi esegue.

Il modello dell'obbedienza responsabile rimanda invece alla categoria del ‘concorso di persone nel reato’, della compartecipazione di chi ordina e di chi esegue nella realizzazione del medesimo fatto illecito, della corresponsabilità dei due rispetto al medesimo fatto: l'esecutore cessa di essere un automa riempito del volere dell'autorità, per divenire soggetto pienamente imputabile dell'illecito; chi ordina cessa di essere autore mediato del fatto materialmente commesso dall'esecutore, per degradare a istigatore, o meglio determinatore, sia pur qualificato dal proprio ruolo.

Sul piano, appunto, della responsabilità penale, i due modelli hanno conseguenze, per così dire, inversamente proporzionali.

Il modello dell'obbedienza cieca verticizza la responsabilità, in un duplice senso: a misura che esso espande l'ambito della responsabilità interna del destinatario dell'ordine (della sua responsabilità nei confronti di chi lo emana, e più in generale dell'istituzione intesa in senso gerarchico), restringe invece quello della sua responsabilità esterna (vale a dire, della sua responsabilità verso i terzi per le conseguenze dell'esecuzione dell'ordine);

quanto più egli risponde della disobbedienza nei confronti della gerarchia (del superiore, dell'istituzione di appartenenza, dell'autorità pubblica) tanto meno risponde dell'obbedienza nei confronti dei terzi; la responsabilità – disciplinare, ma anche penale – per disobbedienza, come a maggior ragione per insubordinazione, raggiunge qui la sua massima espansione, mentre, in misura inversamente proporzionale, si riduce l'ambito della responsabilità penale dell'esecutore per il reato che l'esecuzione dell'ordine integra; e, d'altro lato, specularmente, si espande l'ambito e la forza della pretesa di obbedienza del superiore nei confronti del subordinato, ma correlativamente egli rimane tendenzialmente solo a fronteggiare la responsabilità penale derivante dall'esecuzione del suo ordine.

Il modello dell'obbedienza responsabile si muove in direzione inversa. In esso l'aggettivo 'responsabile' si riferisce non soltanto all'idea che il sottoposto debba eseguire l'ordine 'con senso di responsabilità', ma anche all'idea che chi esegue non è esentato dalla responsabilità di quanto fa: obbedienza responsabile significa, tra l'altro, che si è (fatti) responsabili della propria obbedienza; quanto più si allenta la responsabilità interna, il legame di cieca obbedienza all'autorità, tanto più si stringe per l'esecutore il nodo della responsabilità esterna: le condizioni della responsabilità del sottoposto nei confronti del superiore si fanno più complesse e articolate; fattispecie come disobbedienza o insubordinazione si normativizzano, si riempiono di contenuti normativi impliciti (aventi a che fare con la legittimità dell'ordine ricevuto e con il potere-dovere del subordinato di valutarla, prima di eseguire): 'disobbedire' non è più il mero non fare, o non fare subito, quanto richiesto dal superiore, ma l'omissione in senso pieno, ingiustificata; anche il 'ritardo' è tale non già in senso meramente cronologico, ma solo in quanto ingiustificato; persino l'ordine conta come tale solo se *legittimo*. Si riducono di conseguenza i casi di responsabilità del subordinato *contro il (rispetto al) superiore*, ma specularmente, in maniera inversamente proporzionale, aumentano i margini di responsabilità esterna del subordinato, i casi nei quali esso è chiamato a rispondere *con il superiore* del fatto di averne eseguito l'ordine; collegato a ciò, mentre il superiore perde un esecutore cieco dei propri comandi, acquista però un concorrente, un partecipante nella responsabilità penale derivante dall'esecuzione dell'ordine, un *partner in crime*.

#### 4. *I modelli di obbedienza nel diritto positivo*

Questi due modelli, se intesi rigidamente, sono entrambi lontani dalla realtà effettiva: si tratta, appunto, di idealtipi, nessuno dei due descrive la situazione del diritto penale effettivamente vigente in forza dell'art. 51 c.p. e del microsistema di norme speciali che con questo interagiscono (Statuto degli impiegati civili dello stato [d.p.r. 3/1957], Ordinamento di pubblica sicurezza [l. 121/1981], Codice dell'ordinamento militare [d.lgs. 66/2010], Regolamento di disciplina militare [d.p.r. 90/2010]). Nondimeno, ciascuno di essi ispira diversamente il (e ha dunque una diversa penetrazione all'interno del) diritto positivo a misura che questo risulta maggiormente informato a principi politico-giuridici di tipo autoritario o, viceversa, di tipo democratico. Mentre, infatti, la logica originaria della disciplina penale rilevante era più decisamente in linea col modello dell'obbedienza cieca, del quale ad esempio non è difficile cogliere il riflesso nell'istituto dell'ordine criminoso insindacabile di cui all'art. 51 co. 4, la legislazione speciale – che, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, ha cercato di ricondurre l'ispirazione della materia ai principi costituzionali, quali *in primis* quelli di cui agli artt. 28.1 («I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti») e 52.3 («L'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica») – si muove invece chiaramente nel solco dell'ideale di un'obbedienza responsabile.

Non si tratta, tuttavia, di un movimento evolutivo dallo sviluppo univoco. Anche nel diritto attualmente vigente, pur informato in linea generale a principi di democraticità, e dunque – come detto – maggiormente incline ad accogliere le istanze del modello dell'obbedienza responsabile, rimangono margini, situazioni nelle quali si fanno strada opzioni interpretative più in linea con l'altro modello, o comunque distoniche, non perfettamente intonate con la logica dell'obbedienza responsabile.

D'altronde, se certe soluzioni interpretative si dipartono dal modello dell'obbedienza responsabile, non è detto che ciò accada per mero anacronismo. Bisogna infatti considerare che anche questo modello, se inteso in maniera rigida, integralista, rischia di condurre a risultati applicativi discutibili. Esso rischia, in particolare, di risolversi in un modello irrealistico, basato su una concezione immaginaria dell'autorità e dei meccanismi della decisione nell'ambito di rapporti gerarchici, e più in generale autoritativi. Se il modello dell'obbedienza cieca è basato sull'obbedienza come puro automatismo,

sulla figura dell'obbediente quale meccanismo di un ingranaggio, il modello dell'obbedienza responsabile è a sua volta basato su una figura di soggetto obbediente che, se estremizzata, appare anch'essa problematica: la figura di un obbediente 'tutto Io', 'tutto coscienza, coscienziosità', disincarnato, astratto dalle dinamiche effettive della decisione.

Anzi che il modello irrealizzabile di un'obbedienza sempre a tutti i costi responsabile, è forse più ragionevole orientarsi verso una sua variante, che possiamo chiamare di 'obbedienza tragica', che si proponga di conciliare le esigenze di un'obbedienza responsabile, consapevole, in ultima analisi informata a principi democratici, con quell' 'inconscio', quella peculiare dimensione emotiva che inevitabilmente alberga, influenzandolo, il processo decisionale nel contesto di rapporti di sovra-sottordinazione. Un modello che dia adeguato rilievo al fatto che – una volta eliminato lo schermo tra le due identità, tra i due sistemi etici, che caratterizza il modello dell'obbedienza cieca – il sottoposto, responsabilizzato, diviene punto di scarico dei conflitti, sempre possibili, tra quelle stesse identità, tra quegli stessi sistemi; il che lo pone in una condizione tragica. Venuto meno lo schermo protettivo del disturbo dissociativo delle due identità, fagocitato l'ordine nella moralità comune, non svanisce il fatto che l'ordine rimane un ordine, il sottoposto rimane un sottoposto, la gerarchia avanza le sue pretese: non ci si disfa sbrigativamente dell'autorità, dell'esigenza che talora emerge di un'esecuzione pronta e sicura delle direttive che provengono dal superiore gerarchico (si veda, per non fare che un esempio, l'art. 1347 d.lgs. 66/2010). Soprattutto, non possiamo facilmente disfarci della diversa posizione di forza in cui si trovano i soggetti di un rapporto gerarchico; diversamente ne andrebbe di altri principi costituzionali, tra i quali, per un verso, quello di uguaglianza (poiché non si può parificare la posizione dell'esecutore dell'ordine a quella di un *quisque de populo*, il quale normalmente non versa nella medesima situazione di pressione psicologica del primo) e, per altro verso, quello di personalità della responsabilità penale (poiché il peso dell'autorità e del vincolo gerarchico, in quanto appunto contribuisce a definire i contorni oggettivi e i riflessi psicologici della situazione nella quale l'esecutore compie la sua condotta, non può non riflettersi sulla valutazione della sua responsabilità penale).

### 5. *L'errore del destinatario sulla legittimità dell'ordine*

Di queste considerazioni di ragionevolezza, per vero, si trova traccia già nella prassi interpretativo-applicativa delle norme rilevanti. Ne faccio qui di seguito due esempi, relativi ai ben noti problemi esegetici posti dagli ultimi due commi dell'art. 51 c.p.

Comincio dal terzo comma dell'art. 51, il quale stabilisce che «del reato» consistito nell'esecuzione di un ordine criminoso «risponde» non solo chi ha ordinato di commetterlo (co. 2), ma «altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo». Perché la disposizione precisa che a rilevare è il solo «errore di fatto»? In che modo va intesa questa esplicita menzione? Come vanno dunque tracciati senso e limiti dell'esimente?

Secondo una prima opzione interpretativa, la disposizione in questione si limita, in maniera sostanzialmente tautologica, a richiamare la regola generale di cui all'art. 59 co. 4 sulla *scriminante putativa* (costituente a sua volta applicazione alle scriminanti del più generale principio stabilito nell'art. 47)<sup>3</sup>: l'espressione «errore di fatto» non avrebbe il significato letterale a esso ordinariamente attribuito per distinguerlo dall'«errore di diritto» in ragione della causa (rispettivamente percettiva o interpretativa di elementi fattuali, oppure valutativo-interpretativa di norme o elementi normativi); essa invece si riferirebbe a quello stesso tipo di errore al quale norme come l'art. 47 e 59 co. 4 attribuiscono effetto esimente: vale a dire l'errore *sul fatto*, l'erronea rappresentazione del fatto criminoso che si sta compiendo, in contrapposizione all'erronea rappresentazione della sua qualificazione giuridico-penale (errore *sull'illiceità* o *sul precetto*), della sua illiceità penale. Che sia questa l'accezione in cui l'espressione è usata nel linguaggio del codice emerge, del resto, dalla rubrica dell'art. 47, la quale – pur a fronte di un contenuto normativo riferito, come detto, all'errore *sul fatto* – recita appunto «errore *di fatto*». Evocando questa espressione, il terzo comma dell'art. 51 non farebbe allora che ribadire l'intero contenuto normativo degli articoli in questione: «[s]e l'agente ritiene per errore [*s'intende, sul fatto*] che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa,

<sup>3</sup> Così, ad es., F. ZACCARIA, *I limiti al dovere di obbedienza nel rapporto di pubblico impiego*, Santini, Roma-Sarzana 1962, p. 90; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, PG, 9 ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2020, p. 481; F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, PG, 12 ed., CEDAM, Padova 2023, p. 242; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, PG, 7 ed., Zanichelli, Bologna 2014, p. 292; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, UTET-Wolters Kluwer, Milano 2016, p. 462.

la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo» (art. 59 co. 4). Qualsiasi errore, quale che ne sia la causa, avrebbe l'effetto esimente indicato nella disposizione, a condizione che esso induca il soggetto ad agire nell'erronea convinzione di «obbedire a un ordine legittimo»: anche un «errore su una legge diversa dalla legge penale» (come, ad esempio, una erronea valutazione-interpretazione di norme attinenti alla disciplina o al servizio, o ai poteri del superiore, oppure ancora ai propri doveri nei suoi confronti) «esclude la punibilità» del subordinato, «quando», avendolo indotto a credere che l'ordine ricevuto fosse legittimo (art. 51 co. 3), «ha [in lui] cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato» (secondo il disposto dell'art. 47 co. 3). Nondimeno, nonostante l'art. 51 non stabilisca nulla a riguardo, dall'indiretto richiamo al disposto degli artt. 47 e 59 dovrebbe anche inferirsi che non sia esclusa la responsabilità del subordinato a titolo di colpa, se il suo errore è colposo e il fatto commesso è dalla legge reso punibile come delitto colposo.

Stando invece a una seconda opzione interpretativa, il riferimento all'«errore di fatto» nel co. 3 dell'art. 51 sarebbe da intendersi in senso letterale, con esclusione dunque – oltre che dell'errore sull'illiceità penale del fatto – dell'errore su legge extrapenale, anche quando questo si traduca in un errore sul fatto<sup>4</sup>. Rilevante sarebbe il solo errore percettivo o fondato su una erronea interpretazione di circostanze fattuali, mentre non sarebbe esclusa la responsabilità nel caso in cui il soggetto compia il fatto senza errare su di esso, ma convinto, per erronea interpretazione di norme extrapenali (ad esempio, sulla competenza o sulla forma), che esso sia lecito, e legittimo l'ordine che lo ha ad oggetto. Il fondamento di questa interpretazione, almeno in quanto la si riferisca specificamente al caso degli ordini gerarchici, più che a quello degli ordini di polizia<sup>5</sup>, si può agevolmente individuare in considerazioni perfettamente congruenti col modello dell'obbedienza responsabile, come emerge con chiarezza dalle parole di un suo autorevole propugnatore: nel caso di ordini gerarchici («che rappresentano senza dubbio l'aspetto più consistente e significativo della problematica»<sup>6</sup>), «il subordinato è istituzionalmente

<sup>4</sup> Così, ad esempio, D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Jovene, Napoli 1961, p. 93.

<sup>5</sup> Per la distinzione fra questi due tipi di 'ordine', si veda per tutti T. PADOVANI, *Ordine criminoso e obbedienza gerarchica nel sistema penale italiano*, in «Dei delitti e delle pene», 1987, p. 478: i primi «emanati [...] nel contesto di un rapporto giuridico di dipendenza che unisce due soggetti ugualmente dotati di uno *status* pubblicistico», i secondi «rivolti ad uno o più soggetti privati». V. anche F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 241.

<sup>6</sup> T. PADOVANI, *Ordine criminoso*, cit., p. 479.

tenuto a conoscere le norme che fondano e regolano la sua dipendenza gerarchica ed il conseguente dovere di obbedienza, perché diversamente egli finirebbe col ridursi a zimbello nelle mani di qualsiasi autorità, senza assumere, in definitiva, alcuna responsabilità per un'obbedienza prestata *perinde ac cadaver*<sup>7</sup>.

Vi è, infine, una terza opzione interpretativa: il concetto di «errore di fatto» nel 51 co. 3 sarebbe sì da intendere nel senso che questa espressione ha nella rubrica dell'art. 47 (inclusivo, dunque, di tutti i casi di errore *sul fatto*, tanto quelli di origine fattuale quanto quelli di origine giuridico-interpretativa: errore su legge extrapenale); tale medesimo tipo di errore, però, sarebbe nei due casi assoggettato a una diversa disciplina, poiché, come si è detto, il 51 co. 3, diversamente dagli artt. 47 e 59 c.p., non prevede la possibilità di una responsabilità colposa nel caso in cui l'errore sulla legittimità dell'ordine sia 'colposo' e il reato commesso sia punibile anche nella forma colposa; il che indicherebbe una volontà legislativa di escludere tale evenienza. *Ubi lex non dixit, noluit*: principio, questo, a maggior ragione operante nel caso di specie, se è vero, come viene correttamente fatto notare, che, per principio generale, nel nostro ordinamento «ogni ipotesi di responsabilità colposa punibile deve essere oggetto di espressa previsione legislativa (art. 42, comma 2, c.p.)»<sup>8</sup>: chi esegue l'ordine criminoso credendolo, per errore sul fatto (sia esso di fatto o di diritto), legittimo, non risponderebbe, non solo nel caso in cui il suo errore sia incolpevole, ma anche nel caso in cui tale errore sia colposo e anche se il fatto commesso in esecuzione dell'ordine è punibile come delitto colposo<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Ivi, p. 478. Si è detto nel testo che questa interpretazione è congruente con gli assunti del modello dell'obbedienza responsabile. Non è mancato però chi in dottrina ha sostenuto l'esatto contrario. Mi riferisco, in particolare, a Marcello Gallo, secondo il quale «[i]nspiegabilmente – o troppo spiegabilmente, se si pensa all'ideologia della obbedienza cieca, pronta e assoluta – la responsabilità di chi ha eseguito l'ordine è esclusa soltanto quando per errore di fatto abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo (art. 51, III comma, c.p.)», a fronte del fatto che invece il superiore, «secondo le regole generali, potrà accampare a propria discolta non solo l'errore sul fatto che costituisce reato (art. 47, I comma, c.p.), ma anche quello su legge diversa dalla legge incriminatrice quando abbia cagionato un errore sul fatto costitutivo di reato»: M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Giappichelli, Torino 2014, p. 310 (corsivo aggiunto).

<sup>8</sup> S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, PG, 2 ed., il Mulino, Bologna 2017, p. 602.

<sup>9</sup> Così C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Giuffrè, Milano 1961, pp. 242 ss. In senso adesivo, F. ALBEGGIANI, *Art. 51 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di M. Ronco e B. Romano, 4 ed., UTET, Torino 2012, p. 407; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale*, PG, 10 ed., Giappichelli, Torino 2024, pp. 370 s.; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA,

Quest'ultima lettura appare preferibile rispetto alle precedenti poiché, fondandosi sull'idea che il legislatore abbia voluto «trattare con una maggiore benevolenza il [subordinato] in vista dello stato di soggezione morale in cui egli indubbiamente si trova nei confronti del superiore che emana l'ordine»<sup>10</sup>, si muove chiaramente in direzione di quel che abbiamo sopra chiamato 'modello dell'obbedienza tragica'. Essa in tal modo apporta un ragionevole correttivo alla particolare, forse eccessiva severità delle conseguenze che discendono invece dalle altre letture.

Severità della seconda, troppo orientata verso una rigorosa applicazione dei dettami di un'obbedienza responsabile, al punto che essa – considerando incapace di escludere la responsabilità del subordinato un tipo di errore (quello su legge extrapenale) che invece, in applicazione delle regole generali (art. 47 co. 3), può senz'altro valere ad escludere la responsabilità del superiore, quando lo abbia indotto a un errore sul fatto ordinato – giunge «alla curiosa conseguenza che per il superiore l'ambito della situazione putativa scusante sarebbe più esteso che per il subordinato»<sup>11</sup>.

Severità, però, anche della prima, la quale, pur ammettendo una più ampia scusabilità dell'errore sulla legittimità dell'ordine, nell'ammettere una responsabilità colposa dell'esecutore che abbia colposamente creduto legittimo l'ordine eseguito, opera una riduzione teleologica *in malam partem* del disposto dell'art. 51 co. 3 c.p., che di una tale responsabilità invece non fa alcuna menzione. Più corretto appare, anche per evitare di ridurre la disposizione in questione a una mera ridondanza<sup>12</sup>, interpretarla non quale mero – inutile e anche ingiustificato (perché inserirlo solo a proposito dell'esecuzione dell'ordine e non anche delle altre scriminanti?) – richiamo agli artt. 47 e 59 co. 4, ma quale norma speciale rispetto a esse: speciale non per l'accezione data alla locuzione «errore di fatto», ma per la disciplina alla quale si assoggetta tale errore, in considerazione delle peculiarità della situazione a cui essa norma si riferisce.

---

G. DE SIMONE, *Manuale*, cit., pp. 601-602.

<sup>10</sup> C.F. GROSSO, *L'errore*, cit., p. 243. V. anche F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso*, cit., p. 371: «Il senso di questa disposizione così interpretata risiede probabilmente nella considerazione che il rapporto gerarchico esercita comunque un forte condizionamento *psicologico* sull'inferiore, tale da rendere problematica la formulazione di un rimprovero di negligenza o superficialità a suo carico nel verificare ("sindacare") la legittimità dell'ordine».

<sup>11</sup> Per questa critica C.F. GROSSO, *L'errore*, cit., p. 206, nonché p. 242 nt. 54.

<sup>12</sup> Lo segnala anche F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, 5 ed., Wolters Kluwer, Milano 2021, pp. 875 s.

## 6. *L'ordine criminoso insindacabile*

Questioni esegetiche non meno intricate pone il quarto comma dell'art. 51. Se stiamo alla lettera della disposizione, letta in sequenza rispetto al comma precedente, essa vale ad escludere la punibilità dell'esecutore, a prescindere dal fatto che costui abbia errato sulla natura illegittima dell'ordine, nel caso in cui la legge non gli consenta di sindacare tale sua natura. L'esecuzione di un 'ordine criminoso insindacabile', anche se chi lo esegue è consapevole della sua illegittimità, non potrebbe addebitarsi a responsabilità di costui: essa rimarrebbe responsabilità del solo ordinante.

Ma cos'è, esattamente, un 'ordine criminoso insindacabile'? Cominciamo col dire che possiamo definire *criminoso* l'ordine di compiere un fatto sussumibile nella fattispecie di una norma incriminatrice, che nessun'altra norma giuridica autorizzi a ordinare, né dunque a compiere. Ne consegue che l'ordine criminoso, essendo un ordine che nessuna norma giuridica autorizza a emanare, è un «ordine illegittimo» (secondo la formula che troviamo nel quarto comma dell'art. 51). I due concetti, tuttavia, non sono equiestensivi: ogni ordine criminoso è illegittimo, ma non ogni ordine illegittimo è criminoso. L'illegittimità dell'ordine può dipendere, come noto, da carenza di requisiti di legittimità formale (forma dell'ordine, competenza a emanarlo, competenza a riceverlo) o sostanziale (presupposti di fatto o di diritto per l'esercizio del potere di ordinare). Non è detto però che la carenza di tali requisiti renda l'ordine sussumibile nella fattispecie di una norma incriminatrice: l'ordine illegittimo potrebbe avere ad oggetto il compimento di un atto perfettamente lecito (in tal caso l'illegittimità dell'ordine non dipenderebbe da quanto ordinato, ma semplicemente dal fatto che chi ha ordinato non avesse il potere di farlo) oppure il compimento di un atto bensì illecito, ma non penalmente rilevante.

Volendo dunque sintetizzare, criminoso è l'ordine illegittimo, che cioè non si ha il potere di emanare, avente ad oggetto la commissione di un fatto costituente reato.

Così definito l'ordine criminoso, cosa si deve intendere quando si dice che esso è 'insindacabile'? Su questo punto, come noto, si danno diverse opzioni interpretative; e anche qui, come abbiamo visto in precedenza rispetto al comma 3, si tratta di opzioni che in una certa misura risentono dell'influsso, della vicinanza all'uno o all'altro dei due modelli di obbedienza che abbiamo indicato. Inoltre, al variare del concetto di insindacabilità che si predilige varia anche il modo di intendere la natura (oggettiva o soggettiva, giustificante o scusante) dell'esclusione della responsabilità penale del sottoposto che se ne fa discendere.

### 6.1. *Insindacabilità come indiscutibilità?*

Ciò che correntemente chiamiamo ordine ‘insindacabile’ è nella lettera dell’art. 51 co. 4 indicato come il caso in cui «la legge non [...] consente [all’*esecutore*] alcun sindacato sulla legittimità dell’ordine». Se intesa in senso stretto, letterale, questa descrizione sembra alludere a situazioni nelle quali il subordinato che riceve l’ordine non può opporvi alcun tipo di resistenza, obiezione, controllo o giudizio: non può obiettare nulla, in alcun modo e in alcuna forma («la legge non gli consente alcun sindacato») rispetto all’ordine, dovendo soltanto eseguirlo prontamente. Questa prima versione costituirebbe un’applicazione molto stringente del modello dell’obbedienza cieca, in cui qualsiasi rimostranza o obiezione può già contare, se non come insubordinazione (ad es., mediante ingiuria ex art. 189, comma 2, c.p.m.p.), come rifiuto o ritardo passibile di sanzione disciplinare, o addirittura penale (art. 173 c.p.m.p.).

Non è tuttavia difficile mostrare come una insindacabilità così intesa sia oggi esclusa da una serie di norme che, disciplinando rapporti autoritativi di tipo pubblicistico, si orientano a principi decisamente più in linea col modello dell’obbedienza responsabile: e nel settore degli impiegati civili dello stato (art. 17, d.p.r. 3/1957 e i vari CCNL che ne ricalcano i contenuti) e in ambito militare (art. 729, d.p.r. 90/2010) o nei settori assimilati (art. 66, l. 121/1981), è infatti oggi stabilito come principio generale, sia pur declinato variamente a seconda delle caratteristiche del settore, il *dovere rimostranza e/o segnalazione* del soggetto che ritenga che l’ordine ricevuto sia illegittimo: non esistono, dunque, ordini criminosi, e più in generale illegittimi, che si possano definire insindacabili nel senso specifico di ordini rispetto ai quali il destinatario non possa in alcun modo obiettare, resistere, rimostrare.

### 6.2. *Insindacabilità come vincolatività ‘in ultima analisi’?*

Vi è tuttavia margine per ritenere che l’ordine illegittimo possa essere insindacabile in una seconda accezione, ossia come ordine che il sottoposto, pur avendone segnalata l’illegittimità, non possa *in ultima analisi* rifiutarsi di adempiere. L’ammissibilità di ordini di questo tipo – insindacabili *in quanto* in ultima analisi *vincolanti* – sembra trovare un appiglio normativo nel principio della *conferma*, complementare al principio della rimostranza di cui s’è detto in precedenza: una volta che il sottoposto abbia fatto presente che l’ordine a suo giudizio è «palesamente illegittimo», o comunque «non

conforme alle norme in vigore», se l'ordine è rinnovato, egli è tenuto ad eseguirlo (così, ad esempio, gli artt. 17 co. 2, d.p.r. 3/1957, 66 co. 3, l. 121/1981, 729 co. 2, d.p.r. 90/2010). Questa dinamica, secondo alcuni autori<sup>13</sup>, comporta che in certi casi il subordinato sia in effetti vincolato, obbligato, tenuto ad eseguire anche ordini che egli consideri, e che in ultima analisi potrebbero effettivamente essere, illegittimi in quanto criminosi. Seguendo questa impostazione, il 'principio della conferma' comporterebbe, insomma, un significativo temperamento nell'adesione della disciplina dei rapporti autoritativi di tipo pubblicistico al modello dell'obbedienza responsabile: la responsabilizzazione del subordinato non si spingerebbe oltre il potere-dovere di esplicitare le proprie ragioni di perplessità, i propri dubbi circa la legittimità-criminosità dell'ordine ricevuto, trovando un limite invalicabile al cospetto della fermezza, dell'ostinazione del superiore, al quale dunque il subordinato, in ultima analisi, dovrebbe, se non proprio 'ciecamente' comunque obtorto collo, piegarsi.

Una tale conclusione, peraltro, non potrebbe valere per gli impiegati civili dello stato: l'art. 17, d.p.r. 3/1957, al terzo comma, precisa infatti che «L'impiegato non deve comunque eseguire l'ordine del superiore quando l'atto sia vietato dalla legge penale»; con la conseguenza che in tal caso la reiterazione – anche se per iscritto – dell'ordine criminoso non può renderlo vincolante.

Diverso, almeno *prima facie*, il caso di militari e assimilati, per i quali è bensì disposto un dovere di disapplicazione dell'ordine, anche se reiterato, ma solo quando si tratti di ordine (*manifestamente* eversivo o) che costituisca *manifestamente* reato<sup>14</sup>. Rimane perciò il dubbio che possa invece considerarsi vincolante per il militare l'ordine bensì criminoso, ma non manifestamente tale; nel qual caso la sua sindacabilità indicherebbe soltanto la possibilità per il subordinato di segnalare il proprio dubbio sulla sua legittimità, senza tuttavia togliere che, una volta reiterato, l'ordine (purché non manifestamente criminoso) debba essere eseguito.

Intesa l'insindacabilità in questa accezione (e in questi limiti), la conseguenza dogmatica che se ne trae è che quella di cui al comma 4 dell'art. 51 sia una causa di giustificazione, il cui fondamento risiederebbe nel fatto che, in certi casi (che vedano, appunto, coinvolti militari o

<sup>13</sup> Ad es., M. GALLO, *Diritto penale*, cit., p. 311; F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, cit., p. 877.

<sup>14</sup> Così ad es. gli artt. 1349, co. 2, d.lgs. 66/2010 e 729, co. 2, d.p.r. 90/2010. Ma si tratta di un 'controlimite' che, già prima della emanazione di queste norme, parte della dottrina considerava operante, in forza di una interpretazione sostanzialmente consistente in una riduzione teleologica *in malam partem* dell'ambito operativo dell'art. 51.4. V. ad es. G. BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Vita e pensiero, Milano 1934, p. 69.

assimilati), l'esigenza di pronta e sicura esecuzione dell'ordine (o, per dirla con Bettiol, «l'interesse dello Stato alla disciplina gerarchica»<sup>15</sup>) prevarrebbe sulla tutela dell'oggetto giuridico della norma incriminatrice che mediante tale esecuzione viene violata<sup>16</sup>: non sarebbe «quindi l'ordine in quanto tale ad aver efficacia scriminante in rapporto all'azione del subordinato, bensì la norma che impone all'inferiore il dovere di obbedienza affinché l'attività degli organi pubblici non rimanga paralizzata»<sup>17</sup>.

Una ben peculiare causa di giustificazione, peraltro, eccentrica rispetto ad alcune delle caratteristiche solitamente attribuite alla categoria delle cause di giustificazione. E sul piano del *fondamento*, poiché l'effetto scriminante non discenderebbe in tal caso dal mettere direttamente in bilanciamento l'interesse leso, protetto dalla norma incriminatrice, con l'interesse soddisfatto dalla condotta esecutiva dell'ordine<sup>18</sup>, ma con l'interesse generale a che sia prontamente realizzata la condotta esecutiva, quale che essa sia e quale che sia dunque l'interesse che essa concretamente soddisfa: un tipo di bilanciamento che – senza identificarvisi – somiglia più a quello sotteso alle mere cause di non punibilità, che non a quello propriamente scriminante<sup>19</sup>. Peculiarità, però, anche sul piano degli

<sup>15</sup> Ivi, p. 75.

<sup>16</sup> V. ad es. G. DELITALA, *Adempimento del dovere*, in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Giuffrè, Milano 1976, p. 472; G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, 12 ed., CEDAM, Padova 1986, p. 374; G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, II, 3 ed., Laterza, Roma-Bari 2008, p. 270 («la *ratio legis* dell'esimente – per ciò che attiene all'efficacia attribuita all'ordine non legittimo ma vincolante [...] – è certamente quella di assicurare, mercé la consacrazione della prevalenza del dovere di obbedienza gerarchica, la funzionalità e l'efficienza dell'azione degli organi della pubblica amministrazione»); F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, cit., pp. 876 s.

<sup>17</sup> G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 374.

<sup>18</sup> G. BETTIOL, *L'ordine*, cit., pp. 73 ss.

<sup>19</sup> La giustificazione bilancia fra due interessi che vengono entrambi direttamente in conflitto *nella* realizzazione di un medesimo fatto: la stessa condotta, mentre lede un certo interesse, ne realizza un altro, concretamente confliggente con il primo, di talché la lesione dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice si pone quale mezzo per salvaguardare il controinteresse che la giustificante mira a proteggere. Nel caso della mera non punibilità, invece, la lesione dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice non serve, non è di per sé mezzo direttamente funzionale alla salvaguardia del controinteresse che sta a fondamento della norma che rende il fatto non punibile. Sulla differenza fra questi due tipi di bilanciamento si veda ad esempio F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso*, cit., pp. 202 ss. Anche in caso di ordine criminoso insindacabile avviene qualcosa di analogo a questo secondo tipo di bilanciamento: la condotta esecutiva sarebbe scriminata non tanto in considerazione del valore direttamente realizzato suo tramite (ché, essendo l'ordine criminoso, tale valore non può certo essere superiore a quello protetto dalla norma incriminatrice violata), quanto in considerazione di un più generale valore (l'obbedienza, il principio gerarchico, che l'azione

*effetti*, poiché la condotta esecutiva dell'ordine criminoso insindacabile, sebbene giustificata, rimarrebbe impedibile in legittima difesa<sup>20</sup>, e inoltre l'effetto giustificante non si comunicherebbe a tutti i compartecipi (non in particolare al superiore che abbia ordinato), ma varrebbe soltanto per il subordinato esecutore<sup>21</sup>.

Sennonché, al di là delle difficoltà di ordine dogmatico, l'idea di una insindacabilità come vincolatività dell'ordine criminoso, e dunque come giustificazione della condotta esecutiva, solleva anche perplessità di altro tipo. Non semplice da conciliare con tale idea è, ad esempio, il fatto che, come si è già ricordato, diverse norme dispongano che il subordinato, anche se militare o assimilato, abbia il dovere di disobbedire all'ordine criminoso, quando questo è manifestamente tale. La 'manifesta criminalità' controlimite alla (supposta) insindacabilità dell'ordine non è, infatti, qualcosa di qualitativamente diverso da quella 'palese illegittimità' o 'non conformità alle norme in vigore', che già abilita il sottoposto alla rimostranza; ne è, semmai, una specificazione. Il sottoposto ha la facoltà di rimostrare, se ritiene l'ordine palesemente illegittimo, o comunque non conforme alle norme in vigore: se questo viene reiterato deve eseguirlo, *a meno che* la ragione della sua (ritenuta) illegittimità non consista nel suo essere (ritenuto) manifestamente criminoso. Sennonché, ed è questo uno snodo nevralgico, se al sottoposto era sin da subito evidente («palesemente», «ritiene») che l'ordine era illegittimo *in quanto criminoso*, la reiterazione di questo non può certo valere a far scattare l'obbligo di eseguirlo, essendo tale effetto già precluso da quanto la successiva parte della disposizione dispone per il caso in cui la ragione dell'illegittimità dell'ordine fosse appunto la sua 'manifesta criminalità': in tal caso, infatti, la criminalità dell'ordine era sin dall'inizio 'manifesta', se non altro allo stesso subordinato a cui l'ordine era rivolto<sup>22</sup>.

La natura 'manifesta' della criminalità, inoltre, pone tale controlimite su un piano di operatività di tipo epistemico: nell'incisiva sintesi che ne fa

---

dello stato non abbia a risultare paralizzata o fortemente scossa: G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 371) che sta a monte di quella condotta.

<sup>20</sup> V. ad es. M. GALLO, *Diritto penale*, cit., pp. 311-312.

<sup>21</sup> V. ad es. G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Digesto delle discipline penali*, II, UTET, Torino 1988, p. 137; F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, cit., p. 877.

<sup>22</sup> Unica possibile, ma piuttosto rocambolesca, eccezione a tale ragionamento potrebbe forse essere il caso in cui l'ordine è bensì (non manifestamente) criminoso, ma per ragioni diverse da quelle che avevano originariamente indotto il subordinato a crederlo, sebbene non criminoso, nondimeno «palesemente illegittimo» o comunque «non conforme alle norme in vigore».

Gaetano Contento, «l'illegittimità di un ordine deve considerarsi manifesta tutte le volte in cui essa sia comunque *certa, non opinabile, indiscutibile*, e ciò tanto nel caso in cui essa sia *anche* apparente, tanto nel caso in cui sia stata viceversa artificiosamente celata o mascherata da falsi presupposti, in realtà inesistenti»<sup>23</sup> (ma, possiamo aggiungere, risulti nondimeno evidente al sottoposto a cui l'ordine è rivolto). Così intesa la natura manifesta della criminalità, la sua incidenza, quale controlimite dell'insindacabilità, sembra propriamente riferibile al profilo soggettivo della responsabilità penale, piuttosto che a quello oggettivo. Del resto, secondo quanto si riconosce anche da parte di sostenitori della natura giustificante dell'esimente<sup>24</sup>, il controlimite in questione trova fondamento nel fatto che, quando la criminalità dell'ordine è evidente a tutti, o quando comunque il suo destinatario ne ha la certezza, viene meno la generale presunzione di legittimità degli ordini emanati dai superiori gerarchici, mentre è proprio tale presunzione a giustificare l'insindacabilità degli ordini dell'autorità. Così inteso, però, il controlimite finisce per apparire distonico rispetto a una concezione oggettivistico-giustificante dell'insindacabilità: come giustamente nota Padovani<sup>25</sup>, che la criminalità sia o meno manifesta, se si costruisce la sua rilevanza in termini soggettivistici, come limite alla possibilità di protestare la propria innocenza-ignoranza della natura criminosa dell'ordine, si finisce per attribuirle una valenza del tutto eterogenea rispetto a quella oggettivistico-giustificante, fondata invece, come si è detto, sulla prevalenza dell'interesse alla pronta e sicura esecuzione dell'ordine anche se criminoso. Il controlimite della manifesta criminalità costituisce, in sostanza, una valvola di concretizzazione del giudizio di insindacabilità, e dunque del limite della responsabilità del sottoposto in caso di ordine insindacabile; in quanto tale, esso è uno strumento dogmatico-normativo che permette di usare l'insindacabilità non come parametro rigido e standardizzato, legato a presunzioni legislative, ma di applicarlo in considerazione delle circostanze peculiari al caso concreto. Si tratta, insomma, di un parametro equitativo, che, funzionando in maniera osmotica rispetto a quell'insindacabilità alla quale si contrappone, ne condivide la natura: se l'uno ha natura soggettiva, anche l'altra deve averla.

D'altronde, una volta che si affermi – come si fa da parte di chi costruisce l'insindacabilità come vincolatività e il suo effetto giuridico

<sup>23</sup> G. CONTENTO, *Corso*, cit., p. 273.

<sup>24</sup> Così, ad es., G. DELITALA, *Adempimento*, cit., pp. 473, 474; poi anche F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, cit., p. 878.

<sup>25</sup> T. PADOVANI, *Ordine criminoso*, cit., p. 485.

come giustificazione – che, nei casi di ordine criminoso insindacabile, l'interesse alla disciplina gerarchica prevale sull'oggetto giuridico della norma incriminatrice violata, non si capisce perché mai il solo fatto che la criminalità sia o meno manifesta dovrebbe sovvertire l'esito di tale bilanciamento<sup>26</sup>.

Un'ultima obiezione si può muovere alla costruzione oggettivo-giustificante dell'art. 51 co. 4, ed è quella forse più forte e decisiva: perché l'ordine criminoso-ma-non-manifestamente-tale potesse divenire vincolante una volta reiterato, bisognerebbe che la sua mancata esecuzione costituisse un illecito per il subordinato, che questi fosse cioè sanzionabile per il fatto di averlo lasciato ineseguito; il che, però, non è: lasciare ineseguito un ordine criminoso, seppure non manifestamente tale, non rende il subordinato sanzionabile; egli non commette alcun illecito<sup>27</sup>: né disciplinare, né tantomeno penale, poiché ad es. l'art. 173 c.p.m.p. sanziona bensì la disobbedienza come reato, ma è ormai pacifico che a rilevare ai fini di tale reato non sia l'ordine illegittimo, men che mai quello criminoso<sup>28</sup>, già per il fatto che è difficile che questo possa considerarsi, come richiede l'incriminazione, «attinente al servizio o alla disciplina»<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Per superare questa obiezione occorrerebbe costruire il concetto di 'manifesta criminalità' in una accezione oggettiva, non soggettiva, cosa che però non mi risulta essere mai stata fin qui proposta. Si potrebbe, ad esempio, riferire l'aggettivo 'manifesta' alla 'gravità' del reato ordinato, anzi che al fatto che la sua criminalità sia nota, generalmente o anche solo al destinatario dell'ordine: una criminalità *talmente grave* da risultare evidente, manifesta appunto. Ragionamento in certo qual modo analogo a quello sotteso alla ben nota 'prima formula di Radbruch', secondo la quale anche la legge ingiusta è diritto, dunque norma vincolante, ma cessa d'esserlo quando si tratti di legge intollerabilmente ingiusta (raccolgo questa suggestione da un'interlocuzione con il dott. Gaetano Carlizzi in occasione dell'incontro ABIDE svoltosi a Palermo il 12 giugno 2025). A rilevare, in questa prospettiva, non sarebbe l'elemento della conoscenza, notorietà, più o meno generalizzata, della natura criminosa dell'atto ordinato; rileverebbe piuttosto la gravità di tale atto, a prescindere dal fatto che questa sia o meno nota: 'manifesta' avrebbe qui valore normativo-morale, non epistemico; non si tratterebbe di una criminalità che tutti conoscono (ad es., perché discenda da una legge che sia stata fatta oggetto di una amplissima discussione pubblica), ma di una criminalità evidente per chiunque eserciti in modo adeguato il proprio senso morale e civico: una criminalità rispetto alla quale non si dà relativismo fra persone ragionevoli, criminalità fuori discussione, che chiunque eserciti in modo appropriato il proprio giudizio morale dovrebbe infine convincersi a riconoscere.

<sup>27</sup> Per tutti, T. PADOVANI, *Diritto penale*, 14 ed., Giuffrè, Milano 2025, p. 300; D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale*, CEDAM, Padova 2011, p. 99.

<sup>28</sup> V. ad es. D. NOTARO, *Lineamenti di diritto penale militare italiano*, 2 ed., Giappichelli, Torino 2025, pp. 276 ss.

<sup>29</sup> V. ad es. B. PELLEGRINO, *Sindacato di legittimità sostanziale dell'ordine e disobbedienza nel sistema penale militare*, in «Giustizia penale», II, 1974, pp. 185, 198; D. PROVOLO,

### 6.3. *Insindacabilità come pressione psicologica?*

Sembra dunque si debba concludere nel senso che non esistano nel nostro ordinamento ordini criminosi che possano dirsi insindacabili nel senso di essere – anche solo *in ultima analisi*, dopo *conferma, reiterazione* – vincolanti giuridicamente<sup>30</sup>. Conclusione questa che, però, oltre a svuotare di contenuto normativo il quarto comma dell'art. 51, rischia di lasciare il subordinato in una posizione di responsabilizzazione così piena e pervasiva da trascurare i meccanismi effettivi della decisione in casi nei quali fra ordinante e destinatario corre un rapporto gerarchico connotato, come quello militare, da una particolare rigidità: il subordinato si trova in tal modo preso in una situazione nella quale su di lui gravano due direttrici normative, una costituita dall'autorità del superiore, e dalla sua capacità di rivalersi contro l'eventuale disobbedienza esercitando un potere che, per quanto abusivo o comunque discutibile nella sua legittimazione giuridica, rimane nell'immediato tutt'affatto reale, concreto, fattuale, pendente; l'altra costituita invece dalla legge penale, la quale vieta la commissione dell'atto ordinato, quando questo è criminoso. È chiaro che la forza normativa delle due spinte è diversa e, se si vuole, inversamente proporzionale: se la forza della legge penale è imperativa sul piano astratto, quella del superiore lo è sul piano concreto; se l'ordine criminoso è sindacabile in astratto, e non giuridicamente vincolante, non è detto che esso non eserciti alcun tipo di pressione, di forza coattiva sul suo destinatario.

Per questo, pur senza riconoscerle un'accezione di vincolo giuridico e una efficacia giustificante che essa non può avere, è comunque opportuno non privare di ogni rilievo esimente il caso dell'ordine detto insindacabile, né dunque dismettere del tutto il disposto dell'art. 51 co. 4, semmai interpretandolo diversamente, in modo da concepirlo in termini strettamente soggettivi, ossia come scusante<sup>31</sup>.

Anche una lettura soggettivistica dell'insindacabilità, però, si può articolare in (almeno due) modi diversi.

---

*Esecuzione*, cit., pp. 72-73; nonché il contributo di D. NOTARO, in questo volume.

<sup>30</sup> Ad es. F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso*, cit., p. 371: «Oggi, nel nuovo assetto costituzionale, si ritiene che non esistano più ordini insindacabili, con la conseguenza che il subordinato gerarchico è sempre tenuto a non dare esecuzione all'ordine illegittimo criminoso».

<sup>31</sup> Così la gran parte della dottrina più recente: ad es., F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 243; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 299-301; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, I, *Art. 1-84*, 2 ed., Giuffrè, Milano 1995, p. 517; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 463-466; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 293; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale*, cit., p. 602.

In una prima accezione, essa può intendersi come pressione psicologica<sup>32</sup>. Il fondamento dell'art. 51 co. 4 risiederebbe, dunque, nel fatto che «l'esecutore vincolato a un'obbedienza pronta non ha [...] quella normale libertà di autodeterminazione necessaria per esigere un comportamento diverso conforme al diritto»<sup>33</sup>. Questa accezione, tuttavia, oltre a lasciare fuori dei casi che, come vedremo tra breve, paiono meritevoli di considerazione, richiederebbe che si costruisse, a sua volta, la 'manifesta criminalità' in termini non soggettivi, ma oggettivi, grosso modo in linea con quella lettura della 'manifesta criminalità' come 'intollerabile gravità', che si è ipotizzata *supra*, in nota 26: infatti, perché la pressione psicologica dell'ordine insindacabile si produca, è sempre necessario che il sottoposto riconosca tale criminalità, che questa sia almeno a lui manifesta; in caso contrario, egli mancherebbe di una ragione giuridicamente sufficiente per sentirsi psicologicamente oppresso a eseguire l'ordine ricevuto. Il che ci pone di fronte a un bivio: o, intesa la criminalità 'manifesta' in accezione epistemico-soggettiva, ci si rassegna a considerarla appunto presente in ogni caso di pressione psicologica (e dunque, secondo l'interpretazione qui considerata, in ogni caso di 'insindacabilità' rilevante), ma ciò determinerebbe un paradossale effetto di strutturale autosabotaggio della scusante (impedita a funzionare da una delle sue stesse condizioni di funzionamento), oppure, se si vuole lasciare residuare un margine di operatività all'insindacabilità scusante come pressione psicologica, bisogna rassegnarsi a costruire il controlimite della manifesta criminalità in accezione non soggettivo-epistemica, ma oggettiva, come superamento di quella soglia di gravità del reato ordinato, oltre la quale il bilanciamento tra lesione dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice violata ed esigenze del principio gerarchico non potrebbe più pendere, ragionevolmente, a favore di quest'ultimo. Il che però, in maniera inaspettata e ancora una volta piuttosto paradossale, ci riporterebbe verso una concezione oggettivo-giustificante, di cui l'insindacabilità come pressione psicologica rischia dunque di apparire un mero travestimento.

Questa interpretazione inoltre è difficile da conciliare con il disposto dell'art. 51 co. 4 c.p.: non dandosi infatti, come abbiamo visto, casi nei quali l'ordine criminoso è vincolante, non è chiaro come, in un'ottica di pressione psicologica, debba propriamente interpretarsi l'inciso «quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine». Se la disposizione si deve leggere in termini di pressione psicologica, insomma,

<sup>32</sup> Ad es., S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale*, cit., pp. 602-603.

<sup>33</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 293.

occorre che questa sia una pressione che discende dal conflitto tra una legge, quella penale, che vieta l'atto e un'altra legge che invece vieta di sindacare l'ordine sebbene criminoso: anche sotto questo aspetto, dunque, la tesi della pressione psicologica si rivela una sorta di travestimento di quella che fonda l'esimente su una (pretesa) vincolatività dell'ordine criminoso. Se infatti vuol essere compatibile con la lettera dell'art. 51 co. 4, la pressione psicologica non può che intendersi come il risvolto, nella psiche del subordinato, di un vero e proprio conflitto normativo fra l'imperatività della legge penale, che vieta di compiere l'atto, e la vincolatività dell'ordine, nonostante la sua criminalità<sup>34</sup>.

#### 6.4. *Insindacabilità come autorevolezza*

Più conducente sembra interpretare l'insindacabilità come espressione dell'autorevolezza, o ordinaria affidabilità, epistemica e morale dell'autorità. Una impostazione, questa, consonante con il senso generale della concezione dell'autorità come servizio notoriamente difesa da Joseph Raz, secondo la quale l'autorità svolge un servizio a beneficio di coloro che vi sono sottoposti, aiutandoli a conformarsi meglio alle ragioni per agire che già hanno; essa, perciò, anziché sostituire il giudizio individuale, lo media, fornendo direttive che rendono più efficace e coordinata l'azione razionale<sup>35</sup>. Similmente, il superiore per il subordinato riveste autorevolezza, non soltanto morale (rispetto alla individuazione di quanto è necessario o comunque adeguato fare in un caso di specie), ma anche epistemica (rispetto alla competenza a giudicare della legittimità, e più specificamente della liceità penale, di quanto ordina di fare): il sottoposto all'autorità deve poter fare affidamento sul fatto che il superiore sia adeguatamente a conoscenza delle norme vigenti, e faccia adeguata applicazione di tale conoscenza all'atto di emanare ordini, perciò rendendo ragionevole che

<sup>34</sup> Questa difficoltà viene lucidamente segnalata da C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 465-466, i quali ritengono di superarla distinguendo fra un conflitto oggettivamente insuperabile, che nel caso di specie non si darebbe data la natura non vincolante dell'ordine criminoso, e un conflitto nondimeno residuante su un piano soggettivo, che invece sarebbe quello in cui incorre il subordinato, il quale, per tale ragione, verrebbe appunto scusato. La lucidità dell'argomento non cambia il dato letterale per cui l'art. 51 co. 4 richiede che sia «la legge» a non consentire al subordinato alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine: se l'argomento della pressione psicologica è da rendere compatibile con questa disposizione, il conflitto non può essere meramente interno, soggettivo, ma deve potersi rinvenire già sul piano delle norme.

<sup>35</sup> V., ad es., J. RAZ, *The morality of freedom*, Clarendon Press, Oxford 1986.

il sottoposto, nell'eseguire quanto ordinato, muova da una generale, ordinaria presunzione di legittimità dell'ordine stesso<sup>36</sup>; l'insindacabilità è perciò da intendere nel senso che il subordinato sia ordinariamente tenuto a fidarsi dell'autorità che emana l'ordine, della sua competenza non solo di fatto ma anche giuridica, oltre che della sua ordinaria buona fede, ossia del fatto che normalmente il superiore non sfrutterà la propria autorità di comando per istigare alla commissione di atti criminosi. L'insindacabilità dell'ordine pur criminoso segna, insomma, come è stato efficacemente detto, «il limite di esigibilità del dovere di disattendere l'esecuzione dell'ordine. È per l'appunto intorno a tale limite che ruota in sostanza la non punibilità dell'esecutore: quando egli sia sprovvisto di poteri di verifica e di controllo idonei a consentirgli la percezione della sua criminalità, non si può esigere ch'egli rifiuti di eseguirlo, come in linea di principio è tenuto a fare»<sup>37</sup>.

In quest'ottica, l'esclusione di responsabilità trova qui fondamento in una situazione sostanzialmente assimilabile a un errore sull'illiceità penale, sulla falsariga dell'art. 5 c.p. emendato da C. cost. 364/1988. L'insindacabilità dell'ordine criminoso come caso speciale di scusabilità dell'errore sull'illiceità penale del fatto<sup>38</sup>. Privata di ogni pretesa di vincolatività giuridica in senso oggettivo, essa può essere ricondotta a una dimensione soggettiva di scusabilità, fondata sull'ordinaria presunzione di legittimità e sull'autorevolezza epistemica dell'autorità.

Una lettura, questa, che, oltre a consentire soluzioni applicative che non estremizzino i dettami del modello dell'obbedienza responsabile, tenendo adeguatamente conto del valore differenziale che l'autorità introduce nel processo decisionale del subordinato, consente di spiegare bene anche il controlimite della manifesta criminalità, inteso, a sua volta, non come correttivo esterno e incongruente, ma come soglia epistemica oltre la quale l'affidamento non è più ragionevole né giuridicamente tollerabile, come limite coerentemente operante, dunque, su un piano soggettivo-epistemico, che si attiva allorquando il subordinato è certo della criminalità dell'ordine (criminalità individualmente manifesta) o la criminalità dell'atto ordinato è talmente eclatante, da non potersi ragionevolmente credere che egli non ne fosse a conoscenza (criminalità generalmente manifesta).

<sup>36</sup> V. *supra*, nota 24 e testo corrispondente.

<sup>37</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 300. Analogamente, D. NOTARO, *Lineamenti*, cit., p. 64; D. BIANCHI, *Art. 51 c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, I, 7 ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2019, p. 432.

<sup>38</sup> Per una interpretazione analoga, si veda già G. ROSIN, *Il militare tra dovere di obbedienza e dovere di disobbedienza. L'esecuzione dell'ordine criminoso*, in «Rassegna di giustizia militare», 1982, pp. 203 ss.; D. PROVOLO, *Esecuzione*, cit., pp. 111 ss.

## 6. Conclusioni

La conclusione generale che possiamo trarre da quanto precede è che i modelli dell'obbedienza cieca e dell'obbedienza responsabile, pur nella loro funzione euristica, si rivelano entrambi inadeguati se assunti come paradigmi rigidi: il primo tende a dissolvere il soggetto obbediente in un mero strumento della volontà altrui, il secondo rischia di proiettare sul subordinato un'immagine eccessivamente razionalizzata e astratta, incapace di cogliere il peso effettivo della gerarchia e della pressione autoritativa.

Il diritto positivo, come si è visto, per come viene interpretato, non aderisce integralmente a nessuno dei due modelli. Esso si muove piuttosto in una zona intermedia, nella quale l'obbedienza è sì sottoposta a un processo di responsabilizzazione, ma senza che venga completamente negata la rilevanza giuridica del vincolo gerarchico. Le difficoltà interpretative emerse in relazione ai co. 3 e 4 dell'art. 51 c.p. mostrano con chiarezza questa ambivalenza: da un lato, l'ordinamento pretende dal subordinato una valutazione critica della legittimità dell'ordine; dall'altro, riconosce che tale valutazione incontra limiti di esigibilità, legati tanto alla posizione istituzionale del soggetto quanto all'autorevolezza del superiore che l'ordine emana.

In questa prospettiva, l'idea di un'obbedienza tragica appare come una chiave interpretativa particolarmente feconda. Essa consente di prendere sul serio il dato, spesso rimosso, del conflitto che grava sul subordinato una volta venuto meno lo schermo protettivo dell'obbedienza meccanica: un conflitto tra legge penale e comando gerarchico, tra responsabilità personale e affidamento nell'autorità. Lungi dal giustificare l'automatismo dell'obbedire, tale modello invita a considerare come l'autorità continui a esercitare una forza normativa e psicologica che non può essere ignorata nella valutazione della responsabilità dell'esecutore.

In definitiva, l'obbedienza penalmente rilevante non può essere compresa né come cieca sottomissione né come esercizio isolato di coscienza individuale, ma come *pratica situata*, intrinsecamente conflittuale, che chiama il diritto penale a un difficile equilibrio tra esigenze di disciplina, tutela dei beni fondamentali e rispetto della persona quale centro di imputazione della responsabilità. È in questo spazio tragico, e non nella purezza di modelli astratti, che si gioca la tenuta democratica dell'obbedienza all'autorità.



*Adempimento 'responsabile' dell'ordine del superiore.  
Profili di diritto penale militare*

DOMENICO NOTARO\*

ABSTRACT

(ITA) Il valore dell'obbedienza all'ordine del superiore in ambito militare è attestato, oltre che dalle disposizioni statutarie che ne sottolineano lo strumento di coesione nell'espletamento del servizio, anche dalla scriminante che esonera da responsabilità il sottoposto che esegua un ordine impartito dall'autorità e dalle norme che incriminano la disobbedienza del militare che manchi di ottemperare all'ordine intimatogli dal superiore. Muovendo da tali previsioni, lo scritto esamina la posizione del militare stretto fra il rischio di dover rispondere per l'esecuzione di ordini illegittimi e quello di essere rimproverato per avere disobbedito a ordini vincolanti. Particolare rilievo assume l'indagine sulla capacità del militare di discernere la legittimità dell'ordine, per la cui misurabilità appaiono rilevanti la formazione e l'addestramento dei militari a svolgere i compiti di servizio.

(ENG) The value of obedience to a superior's orders in the military is attested not only by the statutory provisions emphasizing its importance as a tool for cohesion in the fulfillment of service, but also by the defense that exonerates from liability a subordinate who carries out an order given by the relevant authority, and by the crimes that punish disobedience by a soldier who fails to fulfill an order given by a superior. Starting by these provisions, the chapter examines the position of the soldier caught between the risk of concurrent liability for carrying out illegitimate orders and that of being reprimanded for disobeying binding orders. Of particular importance is the investigation of the soldier's ability to discern the legitimacy of an order, the measurability of which may depend on the role of training and instruction of soldiers to perform their duties.

KEYWORDS

(ITA) Obbedienza; Disciplina militare; Reati militari; Ordine del superiore; Legittimità; Esigibilità dell'esecuzione.

(ENG) Obedience; Military discipline; Military crimes; Order of the superior; Legitimacy; Forceable fulfillment.

---

\* Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Pisa.

SOMMARIO: 1. L'obbedienza come componente dell'organizzazione e parte della disciplina militare – 2. Legittimità dell'ordine e rilevanza penale della disobbedienza – 3. Obbedienza 'responsabile' e importanza della formazione professionale del militare – 4. Esigibilità dell'obbedienza e imputazione della disobbedienza all'ordine del superiore – 5. Indici normativi propedeutici a una considerazione dell'atteggiamento del militare dinanzi all'ordine del superiore.

### *1. L'obbedienza come componente dell'organizzazione e parte della disciplina militare*

Non è dubbio che l'obbedienza costituisca una componente fondamentale per l'assolvimento dei compiti di servizio cui si è chiamati in ambito militare. L'organizzazione gerarchica che connota l'assetto delle Forze Armate esige naturalmente che il subordinato asseconi le indicazioni del superiore, affinché la funzione militare sia espletata in termini confacenti alle aspettative sociali di efficienza e puntualità. L'obbedienza rappresenta, perciò, un valore in sé, attinente alla disciplina di status cui sono tenuti i militari per il buon espletamento del servizio, come del resto confermano plurimi indici normativi.

L'art. 1347 del codice dell'ordinamento militare (decreto legislativo 15 marzo 2010 n. 66, d'ora in poi cod. ord. mil.) definisce l'obbedienza come l'«esecuzione pronta, rispettosa e leale degli ordini attinenti al servizio e alla disciplina, in conformità al giuramento prestato», e impone come assoluto il dovere di darvi attuazione, purché non si tratti di ordini manifestamente criminosi o rivolti contro le Istituzioni dello Stato, nel qual caso ricorre un opposto dovere di astensione (art. 1349 cod. ord. mil.). L'art. 1346 cod. ord. mil. impone poi al militare di osservare «con senso di responsabilità e consapevole partecipazione tutte le norme attinenti alla disciplina e ai rapporti gerarchici» e riporta alla disciplina militare «l'osservanza consapevole delle norme attinenti allo stato di militare in relazione ai compiti istituzionali delle Forze armate e alle esigenze che ne derivano». La disciplina del militare, a sua volta, «costituisce il principale fattore di coesione e di efficienza» delle FF.AA. ed è «regola fondamentale» per i cittadini alle armi. Alla centralità del valore della disciplina militare<sup>1</sup> si ricollegano l'affermazione del principio gerarchico, con la definizione delle reciproche posizioni (in termini di prerogative e doveri) del superiore e dell'inferiore, e, appun-

<sup>1</sup> Sulla centralità del valore, all'indomani della riforma disposta con legge 11 luglio 1978 n. 382, v. P. NUVOLONE, *Valori costituzionali della disciplina militare e sua tutela nel codice penale militare di pace e nelle nuove norme di principio*, in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 1-2, 1979, pp. 21-36.

to, l'imposizione del dovere di obbedienza che grava sul subordinato.

L'obbedienza agli ordini si erge, al contempo, a strumento essenziale di espletamento del servizio da parte dei militari. Grazie agli ordini impartiti, infatti, il superiore (assi)cura l'esecuzione degli obiettivi assegnati e consegue gli scopi cui tende il servizio svolto. Perché gli ordini si appalesino funzionali al servizio, occorre, però, che gli stessi denotino quell'attinenza alla disciplina e allo svolgimento dei compiti statuari che le norme appunto richiedono. Ricorrendo tali condizioni di legittimità, si pretende che il sottoposto non opponga obiezioni. La funzionalità dell'obbedienza al servizio è tale che la stessa impone di dare corso anche alle intimazioni che promanano dal superiore non diretto (purché dell'ordine impartito sia informato il superiore diretto e se ne segnali l'eventuale contrasto con altro ordine emanato: art. 729, comma 1, decreto del Presidente della Repubblica 15 marzo 2010 n. 90). In linea con la direttiva di un'esecuzione pronta, rispettosa – ma anche responsabile – dell'ordine, si prescrive, però, che il sottoposto che nutra dubbi sulla legittimità dell'intimazione, sia 'tenuto' a farlo presente al superiore, onde ottenerne eventuale conferma da parte di costui (art. 729, comma 2, d.P.R. n. 90/2010).

Al di là dell'apparenza di un regime votato ad assicurare unilaterale e automatica esecuzione agli ordini da parte del sottoposto, emerge la realtà di situazioni più variegate: quelle di un soggetto stretto fra il dovere di prestare leale collaborazione al superiore, da un lato, e l'onere di rimanere attento e vigile affinché non si dia attuazione a intimazioni che non rispettino le condizioni di rispondenza al servizio e attinenza alla disciplina, dall'altro. Finché non si dia il caso dell'emanazione di ordini dal contenuto manifestamente criminoso, possono riscontrarsi situazioni 'grigie' che chiedono al militare di distinguere l'intimazione meritevole di essere obbedita, da quella che manchi di reali caratteri di vincolatività. Di tali situazioni marginali si deve tenere conto al fine di applicare le disposizioni che presidiano l'obbedienza agli ordini e che mettono in conto la responsabilità del militare chiamato a dare attuazione alle intimazioni.

A tutelare la corretta esecuzione, 'pronta e leale' degli ordini – accanto a rimedi disciplinari<sup>2</sup> – è deputato anzitutto l'art. 173 cod. pen. mil. p., che punisce il militare che rifiuti, ritardi od ometta di obbedire all'ordine impartitogli dal superiore, purché l'intimazione attenga al servizio o alla disciplina<sup>3</sup>. La disobbedienza è ritenuta più grave, se compiuta in servizio

<sup>2</sup> Si veda l'art. 751, comma 1 nn. 14, 15 e 22, d.P.R. n. 90/2010.

<sup>3</sup> Ben altre disposizioni penali presidiano il dovere di obbedienza dell'inferiore agli ordini del superiore: in tempo di pace gli artt. 174 e 175 cod. pen. mil. p. che abbracciano le più gravi ipotesi di 'ribellione' – rivolta e ammutinamento – accomunate dalla circostanza di

o a bordo di una nave o di un aereo; è ancora più grave, se la si commetta in occasione di un incendio, di un'epidemia o di altra circostanza di grave pericolo: tutte situazioni o luoghi che enfatizzano l'esigenza che sia assicurata coesione nei reparti militari e rafforzano il dovere di ognuno di collaborare secondo quanto richiesto.

Come mostra la circostanza che il fatto è aggravato quando commesso nello svolgimento del servizio, la fattispecie non mira a punire le offese arrecate (direttamente) al servizio tramite la condotta disobbediente<sup>4</sup>. Del resto, guardando alla collocazione sistematica della norma, la disposizione penale è indirizzata a tutelare piuttosto la 'disciplina militare'<sup>5</sup>. La Corte costituzionale<sup>6</sup> ha nondimeno precisato che «il reato non si sostanzia nella disobbedienza a un "ordine" qualsiasi proveniente da un superiore

---

coinvolgere quattro o più militari riuniti nella disobbedienza al medesimo ordine. In tempo di guerra vantano autonoma considerazione l'inottemperanza all'ordine di non attaccare il nemico (art. 95 cod. pen. mil. g.), l'omessa esecuzione di un incarico (art. 100 cod. pen. mil. g.), il rifiuto di marciare contro il nemico o di compiere un servizio o altra operazione di guerra (art. 112 n. 4 cod. pen. mil. g.), nonché la disobbedienza del prigioniero (nemico) agli ordini impartiti da un militare italiano incaricato di scortarlo o di sorvegliarlo (art. 199 cod. pen. mil. g.) e la disobbedienza del prigioniero italiano agli ordini del superiore anch'esso prigioniero presso il nemico (art. 215 cod. pen. mil. g.). Consimili previsioni compaiono al di fuori dell'ambito militare. Senza considerare la contravvenzione contenuta nell'art. 650 cod. pen., che punisce chiunque manchi di ottemperare ai provvedimenti legalmente dati dall'autorità per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene, vale ricordare i reati concernenti ambiti nei quali si afferma un principio di gerarchia all'interno di organizzazioni pubbliche strutturate verticalmente: è il caso dell'art. 72, legge 1° aprile 1981 n. 121, che, con riferimento al personale incaricato di salvaguardare la pubblica sicurezza, sanziona (fra l'altro) la violazione dell'ordine impartito dal superiore (stabilendo l'art. 66 di quel testo doveri di obbedienza corrispondenti a quelli ricorrenti per i militari), mentre l'art. 73, legge n. 121 cit., punisce un'ipotesi particolare di 'rivolta' (ossia di disobbedienza collettiva). V'è poi da segnalare la recente introduzione dell'art. 415-bis c.p., ad opera dell'art. 26 del decreto-legge 11 aprile 2025 n. 48, convertito in legge 9 giugno 2025 n. 80, con cui si punisce una singolare manifestazione di 'rivolta' (compiuta da cinque o più persone) maturata all'interno di istituti penitenziari e caratterizzata da violenza, minaccia o resistenza – anche passiva – agli ordini impartiti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza. Analoga previsione è stata introdotta (dall'art. 27, d.l. n. 48/2025 cit.) all'interno dell'art. 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, per sanzionare le rivolte che si producano all'interno delle strutture di trattenimento per i migranti.

<sup>4</sup> Sui contenuti offensivi minimi del delitto v. P. RIVELLO, *Sulla natura del reato di disobbedienza militare. Questioni controverse*, in «Cassazione penale», LXII, n. 4, 2022, pp. 1564-1569.

<sup>5</sup> Sull'oggetto di tutela della fattispecie v. anche L. GATTO, *Disobbedienza: il rifiuto, ragionevolmente motivato, di eseguire l'ordine è coerente con l'oggettività delle tutele?*, in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 5-6, 1994, pp. 247-262.

<sup>6</sup> Corte costituzionale, 14 febbraio 2001, n. 39, in «Cassazione penale», XLI, n. 6, 2001, p. 1744.

gerarchico», ma nella disobbedienza «a un ordine funzionale e strumentale alle esigenze del servizio o della disciplina». Effettivamente, il delitto in esame «tutela l'esigenza di assicurare il corretto funzionamento dell'apparato militare a mezzo dell'osservanza dell'ordine impartito dal superiore gerarchico»<sup>7</sup>. Tale assunto accoglie l'idea che «le attività di servizio sono il fine da raggiungere da parte delle FF.AA. e l'ordine è il mezzo attraverso il quale il superiore – quando non opera direttamente ma attraverso un comportamento ordinato al subordinato – persegue tale fine»; pertanto, anche ordini apparentemente riguardanti la sola disciplina hanno, in realtà, una certa attinenza al servizio<sup>8</sup>. Ecco perché si afferma che il reato non protegge un valore di carattere puramente etico<sup>9</sup>, né difende il prestigio vantato dal superiore per il rispetto che gli è dovuto dal subordinato<sup>10</sup>.

Presupposto di operatività della norma è l'esistenza di un rapporto di subordinazione gerarchica di chi disobbedisce all'ordine nei confronti di chi lo intima. L'ordine deve essere emanato da un soggetto avente poteri di supremazia (in grado o in comando) e deve essere indirizzato a un individuo gravato da un vincolo di subordinazione operante nei riguardi di chi rivolge l'ordine. Come detto, tale vincolo può manifestarsi anche nei confronti di un superiore dal quale il militare non dipenda direttamente e che gli intimi un comando; occorre tuttavia che il superiore diretto sia reso immediatamente edotto dell'ordine ricevuto (art. 729, comma 1, lett. c) d.P.R. n. 90/2010), affinché non si creino le premesse di inefficienza del servizio, cui potrebbe giungersi per il mancato coordinamento fra i comandi.

L'ordine è il provvedimento che impone a uno o più individui determinati di tenere un comportamento comandato. Può essere dato in qualunque forma, purché consista in una manifestazione di volontà inequivoca che – salvi eventuali margini di flessibilità quanto ai modi – non lasci resi-

<sup>7</sup> Corte di cassazione, Sez. I, 13 dicembre 2011, n. 3339, in «Centro Elaborazione Dati della Corte di cassazione», m. 251838.

<sup>8</sup> Tribunale militare, Sez. Napoli, 14 settembre 2021, n. 19, in «Cassazione penale», LXII, n. 4, 2022, p. 1556.

<sup>9</sup> Sull'obbedienza come paradigma politico-criminale per il concepimento di fattispecie di reato a sfondo eminentemente etico v. F. FORZATI, *Il diritto penale dell'obbedienza fra fondamento etico-religioso dell'offesa e funzione potestativa della pena*, in «Archivio penale», n. 3, 2017, pp. 1-59.

<sup>10</sup> Corte costituzionale, 14 febbraio 2001, n. 39 cit.; tant'è che il superiore non può lamentare di aver sofferto un danno risarcibile ai sensi degli artt. 185 cod. pen. e 2043 e 2059 cod. civ.: v. Corte di cassazione, Sez. I, 18 marzo 2003, n. 14760, in «Cassazione penale», XLIV, n. 6, 2004, p. 2017. Sul superamento di tale concezione della disciplina e dell'obbedienza v. D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale*, CEDAM, Padova 2011, pp. 52-54.

duare dubbi o incertezze di sorta circa l'*an* e l'obiettivo dell'esecuzione<sup>11</sup>. L'ordine deve però essere legittimo in quanto deve attenere al servizio o alla disciplina per entrambi i soggetti (superiore e inferiore) del rapporto gerarchico. Per la misurazione di questi tratti di legittimità – sostanziale – dell'ordine assumono primaria importanza le norme che regolamentano lo svolgimento del servizio militare e quelle che pongono prescrizioni e doveri di status per l'appartenente alle Forze Armate.

Legittimo è stato ritenuto l'ordine di sottoporsi a visita medica di controllo, rivolto al militare momentaneamente esonerato dal servizio attivo in forza del certificato medico da questi prodotto a seguito del rigetto della sua domanda di licenza, essendo imposto dalle norme di servizio (v. l'art. 718, d.P.R. n. 90/2010) che sia verificata l'idoneità del militare a rimanere a disposizione dell'autorità militare<sup>12</sup>; così pure l'intimazione rivolta all'inferiore di tagliarsi i capelli, stante il dovere imposto ai militari di rendere decoroso il proprio aspetto esteriore in termini consoni alla dignità della loro condizione (art. 721, d.P.R. n. 90/2010)<sup>13</sup>. Viceversa, per mancanza di attinenza al servizio o alla disciplina dell'ordine, si è escluso che diano luogo al reato la disobbedienza all'esortazione del comandante a partecipare a una funzione religiosa o il rifiuto opposto alla richiesta del maresciallo superiore di cedere il posto nell'auto di servizio in quanto spettante al 'capo macchina'<sup>14</sup>.

Alla legittimità dell'ordine ci si richiama, d'altronde, per supportare e giustificare ai sensi dell'art. 51 cod. pen. l'attività del sottoposto<sup>15</sup> il

<sup>11</sup> Corte di cassazione, Sez. I, 13 giugno 2014, n. 28232, in «Centro Elaborazione Dati della Corte di cassazione», m. 261412; Ead., 23 dicembre 1987, n. 3007, in «Cassazione penale», XXIX, n. 6, 1989, p. 1001. Per l'esclusione degli atti aventi portata organizzativa v. A. BARBIERI, *Ordine di servizio e foglio di viaggio: differente natura giuridica e funzione con interessanti risvolti in tema di configurabilità del reato di disobbedienza*, in «Rassegna di Giustizia Militare», n. 1-2, 2006, pp. 68-70.

<sup>12</sup> Corte di cassazione, Sez. I, 3 marzo 2015, n. 30724, in «Centro Elaborazione Dati della Corte di cassazione», m. 264487. V. anche Corte di cassazione, Sez. I, 23 settembre 1999, n. 11728, in «Centro Elaborazione Dati della Corte di cassazione», m. 214289, che ha ritenuto legittimo l'ordine intimato dal superiore gerarchico a un militare dell'arma dei carabinieri, cui era stato prescritto il riposo per infermità, di non allontanarsi dalla caserma dove prestava servizio salvo che per il tempo necessario a sottoporsi alle cure, trattandosi di ordine impartito per ragioni attinenti al servizio e alla disciplina, con conseguente integrazione del reato di disobbedienza a seguito dell'allontanamento ingiustificato del militare dalla caserma.

<sup>13</sup> Tribunale militare, Sez. Napoli, 14 settembre 2021, n. 19 cit.

<sup>14</sup> Corte costituzionale, ord. 5 febbraio 2001, n. 39 cit.

<sup>15</sup> Alla tradizionale impostazione – seguita di recente da T. TRAVAGLIA CICIRIELLO, *Dovere e ordine scriminante. Contenuto e limiti dell'art. 51 c.p.*, Giappichelli, Torino 2020, p. 16 – che

quale, nel dare esecuzione all'intimazione, sia indotto a compiere eventuali fatti di reato<sup>16</sup>. Il medesimo presupposto sovrintende, dunque, alle due complementari e simmetriche circostanze di estrinsecazione del dovere di obbedienza all'ordine: quella dell'imposizione del comando da parte del superiore e quella della sua attuazione da parte del sottoposto.

## 2. Legittimità dell'ordine e rilevanza penale della disobbedienza

Col richiedere che l'ordine attenga al servizio o alla disciplina (conformandosi alle relative prescrizioni), l'art. 173 cod. pen. mil. p. pone un vincolo tanto per i protagonisti del rapporto di subordinazione gerarchica, quanto nei confronti del giudice penale: sui primi in quanto tenuti a osservare i presupposti di legittimità in sede di emanazione e di esecuzione dell'ordine<sup>17</sup>; verso il secondo, perché chiamato a verificare che il carattere di legittimità del provvedimento sussista in concreto, affinché si dia il reato per l'inosservanza dell'ordine.

Anche il sottoposto, in effetti, è chiamato a preoccuparsi dei crismi di legalità dell'ordine, secondo quanto consentito (e imposto) dal meccanismo elaborato dall'art. 729, comma 2, d.P.R. n. 90/2010, per il quale, qualora al militare sia impartito un ordine che egli ritenga non conforme alle norme in vigore, egli stesso «deve, con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni, ed è tenuto

---

per la legittimità dell'ordine guarda alla dicotomia fra requisiti formali e sostanziali, si contrappone l'opinione di E. INFANTE, *L'adempimento del dovere*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Parte generale*, II, *Il reato*, UTET, Torino 2013, p. 330, che, ritenendo impropria una visione 'endopenalistica' dell'ordine, si richiama alle figure di incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge.

<sup>16</sup> Deve ricordarsi l'art. 19, comma 3 della legge 21 luglio 2016 n. 145 (successivo all'art. 4, comma 1-*sexies*, legge 29 dicembre 2009, n. 197), il quale consente al personale al seguito o a supporto delle FFAA, impegnate in missioni militari internazionali svolte sotto l'egida dell'ONU o di altre organizzazioni internazionali o comunque in conformità al diritto internazionale di fare legittimo ricorso all'uso della forza, di armi o di altri mezzi di coazione fisica, quando tale uso (fra l'altro) risponda a «ordini legittimamente impartiti» per fare fronte alle «necessità delle operazioni militari». Su tale esimente v. S. RIONDATO, *Missioni militari internazionali italiane c.d. di pace all'estero. Novità giuspenalistiche nella legge di riforma 21 luglio 2016, n. 145*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 5, 2017, pp. 298-309.

<sup>17</sup> Alla necessità che anche l'esecutore effettui un vaglio di legittimità (sostanziale) dell'ordine si richiama V. GARINO, voce *Disobbedienza nel diritto penale militare*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. IV, UTET, Torino, 1990, pp. 143-144.

a eseguirlo se l'ordine è confermato»<sup>18</sup>. Si afferma talora che la conferma del superiore valga a sancire la legittimità (e la vincolatività) dell'ordine<sup>19</sup>.

Tale esito esalta l'effetto di stabilizzazione che quel meccanismo indubbiamente produce sull'andamento dell'attività di servizio militare, favorendone l'efficienza mercé la pronta traduzione dei comandi. Come si è osservato<sup>20</sup>, la conferma dell'ordine da parte del superiore riduce le possibilità che il subordinato risponda (sul piano disciplinare come su quello ordinamentale) per aver dato esecuzione all'ordine che pure comporti esiti disfunzionali. Non pare, tuttavia, che il perfezionarsi del meccanismo di conferma possa essere scambiato con l'affermazione presuntiva delle oggettive condizioni di legittimità dell'ordine: non tanto perché il meccanismo è delineato da una disposizione di rango regolamentare, cui si chiederebbe di limitare la capacità di azione della norma (legislativa) incriminatrice; maggior peso assume il fatto che, secondo la richiamata previsione, «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»: ciò che dimostra che la condizione di legittimità dell'ordine è destinata a essere stabilita in forza di parametri autonomi, pur dinanzi alla conferma dell'intimazione da parte del superiore<sup>21</sup>.

In realtà, tenendo conto degli orientamenti maturati sulle fattispecie di reato che sanzionano l'inosservanza dei provvedimenti amministrativi subordinati a certi crismi di legittimità<sup>22</sup>, il giudice è autorizzato a

<sup>18</sup> Identica previsione correva secondo l'art. 25, d.P.R. 18 luglio 1986, n. 545, attuativa dell'art. 4 della legge n. 382/1978. Su di essa v. G. MONTANARA, *Aspetti problematici delle cause di giustificazione nel sistema penale militare*, in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 4-5, 1988, pp. 357-370.

<sup>19</sup> Per tutti v. E. INFANTE, *L'adempimento del dovere*, cit., pp. 335-341; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Lefebvre Giuffrè, Milano 2025<sup>14</sup>, p. 350.

<sup>20</sup> D. BRUNELLI, G. MAZZI, *Diritto penale militare*, 4 ed., Giuffrè, Milano 2007, 82 ss.; P. RIVELLO, *Manuale del diritto e della procedura penale militare. Ordinamento giudiziario militare*, 2 ed., Giappichelli, Torino 2023, pp. 69-70; ma v. già V. GARINO, *Disobbedienza nel diritto penale militare*, cit., p. 144, con riferimento alla previgente disciplina statutaria.

<sup>21</sup> Conf. D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine del superiore*, cit., pp. 72-76.

<sup>22</sup> Cfr. G. COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, CUEC Editrice, Cagliari 1996, pp. 83-84, 95 e 281-289; M. GAMBARELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 113-114; ID., *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LVII, n. 2, 2013, pp. 784-786. Sulla riconduzione del delitto dell'art. 173 c.p.m.p. a tale modello e sulla conformità costituzionale della fattispecie v. G. CAPPITELLI, *Una nuova questione in*

sindacare la rispondenza dell'ordine ai suoi presupposti di emanazione – e a disapplicarne l'efficacia in caso di riscontrato scostamento – a prescindere dalla conferma che il superiore dia all'intimazione a fronte della richiesta avanzata dall'inferiore. I profili di attinenza dell'ordine al servizio o alla disciplina devono rimettersi a un dato di oggettiva conformità dell'atto ai presupposti formali e sostanziali richiesti dalla normativa che descrive le condizioni di esercizio della prerogativa; esigenza di conformità cui soggiace, evidentemente, lo stesso superiore che emana l'ordine. Il problema che realmente può porsi, semmai, è quello del livello di approfondimento del sindacato che il giudice è in grado di esperire sulla corrispondenza dell'ordine ai presupposti sostanziali che sostengono l'intimazione.

Questo aspetto di potenziale limitazione del sindacato giurisdizionale è emerso, ad esempio, allorché è stata riconosciuta l'esistenza del reato in seguito all'avvenuta elusione dell'ordine, da parte del militare, di sottoporsi a visita e a trattamento medico obbligatorio in relazione a comportamenti che evidenziavano disturbi psichici distonici rispetto alla soggezione alla disciplina di servizio<sup>23</sup>. In qual caso il giudice si è limitato a verificare che l'ordine inerisse «alle modalità di gestione del personale inquadrato in una organizzazione gerarchica» e non ha prestato rilievo (negando l'acquisizione della pertinente documentazione medica all'interno del procedimento penale) alla circostanza che il Tribunale civile aveva dichiarato la carenza dei presupposti sostanziali per l'imposizione del trattamento sanitario obbligatorio.

Non si può ignorare, del resto, che il richiamo alle esigenze di servizio e all'attinenza alla disciplina, sollecitato dal legislatore per legittimare l'emanazione dell'ordine, implichi l'effettuazione di valutazioni che, per la 'fluidità' dei parametri evocati, lasciano in capo all'autorità militare emanante margini di discrezionalità difficili da mettere in discussione in sede di controllo giurisdizionale persino quando gli ordini derogano alle disposizioni di servizio<sup>24</sup>. Stante tale margine di ridotta valutabilità dei presupposti di legittimità degli ordini, la Corte costituzionale e la Corte di cassazione si sono premurate di sottolineare il fatto che la disciplina

---

*tema di disobbedienza*, in «Cassazione penale», XLII, n. 2, 2002, pp. 563-573; G. MAZZI, *Il controllo del giudice penale sulla legittimità degli atti dell'Autorità militare*, in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 1-3, 2003, pp. 34-42.

<sup>23</sup> Corte di cassazione, Sez. I, 13 dicembre 2011, n. 3339 cit.

<sup>24</sup> Merita sottolineare che, secondo l'art. 727, comma 2, d.P.R. n. 90/2010, «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». La valutazione delle condizioni di servizio rimesse al superiore, consente, dunque, una deroga alle norme che regolamentano lo svolgimento della funzione.

cui si riferisce (e inerisce) l'ordine non si può intendere come salvaguardia della mera autorevolezza del superiore che ha intimato il comando<sup>25</sup>, ma concerne l'osservanza delle regole di corretto comportamento nei rapporti con il superiore, che siano funzionali a consentire il migliore assolvimento del servizio da parte del sottoposto. Sarebbero, dunque, certamente 'illegittimi' gli ordini che (pur palesando tratti di autoritarità) impongano comportamenti che non hanno incidenza e riflessi anche solo potenziali sullo svolgimento del servizio.

Anche alla stregua di questa prospettiva (che possiamo definire sostanziale o funzionale), peraltro, il sindacato della magistratura militare sulla condizione di legittimità dell'ordine non si presenta tanto stringente, da rendere plausibile aspettarsi la disapplicazione dell'atto, se non quando l'ordine stesso appaia radicalmente o manifestamente estraneo alle ragioni di servizio o di disciplina che possono spiegarne l'emanazione.

Accanto, e in alternativa, al ricorso alla disapplicazione di atti illegittimi si è registrato un indirizzo giurisprudenziale teso a misurare, piuttosto, la ridotta offensività – e l'irrilevanza penale – del fatto di disobbedienza in ragione dell'inesistenza o della scarsa incidenza dell'inottemperanza all'ordine sul concreto svolgimento del servizio. Si è in tal senso ritenuto<sup>26</sup>, già in passato, che il rifiuto di ottemperare all'ordine impartito non configuri senza meno il reato, qualora la contraddizione della parola del superiore sia seguita da un'esecuzione pronta ed esatta dell'ordine, tal che lo svolgimento del servizio militare non abbia rischiato di risentirne concretamente per il fatto che l'autorità militare non abbia dovuto minimamente riorganizzarsi<sup>27</sup>. E sempre guardando alle conseguenze che l'inosservanza dell'ordine può riversare sullo svolgimento del servizio, si ritiene plausibile escludere la punibilità del disobbediente, secondo quanto consentito dall'art. 131-*bis* c.p., qualora gli effetti della condotta del reato, pur percepibili, siano stimati come di modestissima portata<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Per tale prospettiva v. V. GARINO, *Disobbedienza nel diritto penale militare*, cit., pp. 140-142.

<sup>26</sup> A. CADOPPI, *La rilevanza penale del «rifiuto» ed il reato di disobbedienza (art. 173 c.p.m.p.)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXVI, n. 2, 1986, pp. 613-633.

<sup>27</sup> *Contra* Corte di appello di Verona, 20 settembre 1985, Mastrullo, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXVI, n. 2, 1986, p. 613, su cui si esprime criticamente A. CADOPPI, *Brevi note in tema di disobbedienza*, in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 3, 1986, pp. 288-292.

<sup>28</sup> Cfr. Corte di cassazione, Sez. I, 12 aprile 2024, n. 33369, in «Cassazione penale», LXIV, n. 12, 2024, p. 4029: la punibilità del reato presuppone che si possa misurare – in relazione alle circostanze di fatto – l'incidenza della disobbedienza sulla regolarità e sull'efficienza del servizio cui l'ordine è correlato. Il caso riguardava la mancata ottemperanza all'ordine

Stanti i ridotti margini di sindacato esperibili dal giudice sui presupposti dell'ordine, il meccanismo di rafforzamento dell'intimazione, delineato dall'art. 729, d.P.R. n. 90/2010, potrebbe finire con lo svolgere effettivamente un ruolo determinante nel perimetrare il presupposto del dovere di adempimento imposto al militare chiamato a eseguire l'ordine<sup>29</sup>; tanto più nella misura in cui al militare (prima ancora che al giudice) non siano dati riferimenti ulteriori per valutare l'eventuale contrarietà dell'ordine alle norme di servizio e alle regole della disciplina<sup>30</sup>. Ma tale ultimo aspetto, riguardando la condizione del singolo destinatario dell'ordine nei confronti dell'intimazione che gli è rivolta, conduce la questione verso la disamina di aspetti non più coincidenti con il dato di legittimità in sé della manifestazione autoritativa, ma interessanti, piuttosto, l'atteggiamento personale mantenuto dall'esecutore e con esso i profili soggettivi di imputazione dei fatti di reato<sup>31</sup>.

### 3. *Obbedienza 'responsabile' e importanza della formazione professionale del militare*

Dinanzi ai limiti di sindacato nei quali verosimilmente s'imbatte il giudice, la questione dei termini di rilievo penale del comportamento dell'inferiore che manchi di osservare l'ordine impartito dal suo superiore si sposta su di un piano diverso da quello della legittimità o illegittimità dell'intimazione, investendo il tema dell'opponibilità dell'ordine al subordinato e della misurazione dell'atteggiamento soggettivo di costui nei confronti dell'intimazione. Si tratta di sondare quali possibilità abbia

---

del superiore di interrompere la registrazione di un colloquio alla quale il sottoposto stava procedendo nel rispondere a una convocazione in merito a una relazione di servizio redatta dall'inferiore; inottemperanza cui è seguita l'interruzione del colloquio. Sull'applicazione dell'istituto richiamato v. F.P. FASOLI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis c.p. e di altre norme simili (artt. 49, cpv., c.p., 27 d.p.r. n. 448/1988 e 34 del d.lgs. n. 274/2000) ai reati militari con particolare riguardo ai delitti di disobbedienza, truffa militare, abbandono di posto/violata consegna ed insubordinazione*, in «Cassazione penale», LXIV, n. 10, 2024, p. 3256.

<sup>29</sup> In tal senso Corte di cassazione, Sez. I, 2 dicembre 1997, n. 735, in «Cassazione penale», XXXIX, n. 7-8, 1999, p. 2193.

<sup>30</sup> Cfr. sul punto F. BELLAGAMBA, *Sui limiti della responsabilità penale dell'esecutore di un ordine illegittimo insindacabile*, in «Diritto penale e processo», n. 2, 2009, pp. 193-199.

<sup>31</sup> D. BRUNELLI, G. MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., pp. 84-86. La diversità di piani fra legittimità dell'ordine e sindacabilità dello stesso da parte del destinatario è sottolineata da E. INFANTE, *L'adempimento del dovere*, cit., p. 330.

in concreto il militare di scegliere se dare attuazione all'ordine. Con ciò, sono evocati i canoni di esigibilità dell'osservanza della norma penale e di rimproverabilità della sua violazione, sui quali s'impenna il giudizio di colpevolezza per l'imputazione del reato. Da questo punto di vista, in effetti, ha più senso porsi il problema di un'obbedienza e di una disobbedienza 'responsabili' del militare rispetto agli ordini che a lui sono rivolti<sup>32</sup>.

Anche a tale riguardo si ricavano indicazioni interessanti dai citati artt. 1346 e 1347 cod. ord. mil. e art. 729 d.P.R. n. 90/2010. In quelle disposizioni, infatti, oltre a esigersi un'esecuzione «pronta, rispettosa e leale» degli ordini attinenti al servizio e alla disciplina, da condursi «nei limiti stabiliti dal codice e dal regolamento, nonché osservando scrupolosamente le specifiche consegne e le disposizioni di servizio», si richiama il militare a dare esecuzione all'intimazione con «senso di responsabilità». Lo stesso militare è tenuto a osservare «con senso di responsabilità e consapevole partecipazione» tutte le norme attinenti alla disciplina e ai rapporti gerarchici.

Senonché, quelle locuzioni sembrano limitarsi a porre la questione, senza esplicitare realmente i termini di comportamento del sottoposto. Il 'senso di responsabilità' con cui il militare è chiamato a dare attuazione all'ordine rimanda a (ulteriori) parametri valoriali che rimangono inespressi e sullo sfondo della formulazione normativa<sup>33</sup>. Secondo una prima accezione, 'responsabile' potrebbe apparire l'esecuzione che assicuri ciecamente l'efficienza dell'azione militare in vista degli scopi prefissi con l'intimazione. Ma il richiamo alla 'responsabilità' potrebbe anche spingere l'esecutore a prendere in considerazione gli ulteriori interessi attinti dalla traduzione dell'ordine, suggerendo al sottoposto di effettuare un loro bilanciamento ragionevole, pur nella prospettiva di valore coltivata in ambito militare. Quest'ultima parrebbe a tutta prima l'interpretazione da preferire, se si presta rilievo al significato (di pieno coinvolgimento del 'responsabile') che la locuzione tende ad assumere nel comune ambiente sociale; a un'attenta considerazione della situazione di fatto sembra del resto alludere anche la 'consapevole partecipazione' con la quale le regole di disciplina e di andamento dei rapporti gerarchici debbono essere osservate dal militare<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Conf. D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine del superiore*, cit., pp. 76, 99 s. e 289. Alla prevalenza del dovere di obbedienza del sottoposto si richiamano G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 350.

<sup>33</sup> A identificare quei parametri non giova l'art. 717, d.P.R. n. 90/2010 allorché afferma che «il senso di responsabilità consiste nella convinzione della necessità di adempiere integralmente ai doveri che derivano dalla condizione di militare per la realizzazione dei fini istituzionali delle Forze Armate».

<sup>34</sup> A quel significato spinge, altresì, il valore (dello spirito) di 'democraticità' cui deve

Non si può tuttavia ignorare che nelle norme sopra citate 'senso di responsabilità' e 'consapevole partecipazione' si ergono accanto a reiterate sollecitazioni del legislatore alla 'prontezza' e alla 'esattezza' dell'esecuzione e allo 'scrupoloso' rispetto delle consegne e delle disposizioni di servizio da parte di colui che vi è tenuto.

Per apprezzare il contegno del militare chiamato a rapportarsi con l'intimazione del superiore, è allora importante tenere in considerazione l'*humus* culturale di cui si nutre il militare quando chiamato a dare pronta ed esatta attuazione all'ordine; nella consapevolezza che l'organizzazione gerarchica militare non costituisce di per sé fattore tale da indurre il sottoposto a ritenere sempre legittimo l'ordine impartito dal superiore<sup>35</sup>. Un rilievo centrale, a questo riguardo, non può non assumere l'esperienza formativa seguita dai militari a partire dal loro ingresso nelle Forze Armate. La formazione che i militari ricevono (già nelle Accademie e nelle Scuole militari) non si limita a rendere costoro depositari della conoscenza estrinseca delle norme di servizio e di disciplina, ma conferisce ai medesimi indicazioni sul significato delle disposizioni nel quadro dell'ordinamento generale e, soprattutto, orienta i militari in ordine ai meccanismi attuativi che circondano le dinamiche di emanazione e di traduzione degli ordini. Si comprende, dunque, quale importanza tenda a rivestire (anche) ai nostri fini il percorso di formazione cui soggiace il militare lungo tutta la sua carriera; anche perché non si può dimenticare che il militare formato attraverso una certa abitudine all'obbedienza sarà chiamato, un domani, a impartire direttive e a emanare ordini con analoghe cadenze nei confronti dei più giovani sottoposti.

Dal modo in cui sono formati i militari si ricavano gli ulteriori elementi che servono al giudice per misurare la condotta del sottoposto chiamato a dare esecuzione all'ordine. Ciò che non è scritto sulla carta del dispaccio e che non si evince dalle parole spese per formulare l'intimazione, si ricava da indicazioni di contesto che è opportuno tenere presenti per accertare di quali margini disponga il militare affinché possa rendersi conto dell'illegittimità e dell'eventuale criminosità dell'ordine e, quindi, decidersi di sottrarsi al suo adempimento.

Un ruolo non secondario è da attribuire a elementi o indici di tenore antropologico legati alla differenza di età e di esperienza corrente fra quella (facilmente più elevata) del superiore che emana l'ordine e quella del

---

informarsi l'ordinamento delle Forze Armate secondo l'art. 52, comma 3 Cost., al quale si richiama l'art. 87 cod. ord. mil.

<sup>35</sup> Cfr. Corte di appello militare di Roma, 7 marzo 1998, in «Indice penale», n. 3, 1999, p. 959.

militare cui lo stesso sia intimato; ma anche il tono perentorio e deciso con cui il comando sia espresso riveste un peso per rafforzare la vincolatività dell'ordine: si ricordi che, secondo l'art. 727 d.P.R. n. 90/2010, «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»; una precisa direttiva di disciplina, quindi, impone al superiore di usare modi e linguaggi (anche del corpo) funzionali a superare le ordinarie resistenze del sottoposto per indurlo all'esecuzione.

Non meno significativi sono certi indici di carattere situazionale, riconducibili, ad esempio, alle prassi seguite nel singolo reparto militare circa l'attendibilità degli ordini provenienti dai comandi superiori: anche a seconda del tipo di reparto e (dell'importanza) delle mansioni svolte dal militare, pesa la connotazione vincolante abitualmente attribuita agli ordini emanati dal superiore. Né si può trascurare di considerare quale preparazione vantino i subordinati per sottoporre a verifica le intimazioni loro rivolte dai superiori e se i superiori siano predisposti a loro volta a tollerare che siano soggette a ulteriore ponderazione le proprie determinazioni. Soprattutto tale ultimo aspetto, ma anche quello relativo alle prassi che si formino all'interno degli ambienti militari e, in misura minore, il peso attribuito ai profili di contesto richiamati per primi, dipendono dai contenuti trasmessi agli allievi con gli strumenti di educazione professionale e disciplinare utilizzati per formare i militari: lo stesso meccanismo dell'art. 729 d.P.R. n. 90/2010 potrà funzionare diversamente a seconda del perimetro 'culturale' che ne accompagna l'operatività.

Al rilievo ordinariamente assunto dal contesto e dall'ambiente militare ai fini dell'affermazione di responsabilità penali, si deve, del resto, la precauzione tipica dell'ordinamento della magistratura militare che affida la cognizione dei reati militari a Tribunali formati in collegi composti anche da membri non togati estratti a sorte fra militari in servizio aventi un grado di ufficiale non inferiore a quello del soggetto imputato nel procedimento (art. 54 cod. ord. mil.)<sup>36</sup>. Al giudizio penale sono chiamati individui qualificati (non già per la loro preparazione giuridica, ma) per la loro posizione ed esperienza nell'organizzazione militare<sup>37</sup> e che sono ritenuti, perciò, in condizione di rappresentare efficacemente il contesto situazionale<sup>38</sup> in

<sup>36</sup> Per le ragioni e le modalità di composizione dei collegi degli organi giudicanti militari sia consentito rinviare a D. NOTARO, *Lineamenti di diritto penale militare italiano*, 2 ed., Giappichelli, Torino 2024, pp. 11-12.

<sup>37</sup> Cfr. Corte costituzionale, 16 febbraio 1989, n. 49, in «La Giustizia penale», n. 1, 1990, I, c. 25.

<sup>38</sup> Quanto al conseguimento di un tale risultato manifestano perplessità M. DE PAOLIS, *Qualche osservazione sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49/1989 in tema di giustizia*

cui è maturato il fatto di reato<sup>39</sup>. Tale precauzione sorregge l'imputazione dei reati militari (qual è quello di disobbedienza), mentre la stessa non interviene se il militare si renda autore suo malgrado di un reato comune, quantunque commesso in esecuzione di un ordine cui sia stato costretto a dare corso in attuazione di un ordine (illegittimo) a contenuto criminoso. In tale seconda eventualità competente a conoscere del fatto è il giudice ordinario, che non è affiancato da colleghi militari; pertanto, le *chances* che siano presi in considerazione gli aspetti dell'ambiente in cui è maturato il fatto potranno essere affidate, al più, alle capacità di rappresentazione offerte dai testi militari chiamati a deporre in dibattimento.

La valutazione del contesto sembrerebbe dunque favorita quando sia da giudicare il militare che manchi di obbedire a un ordine, allorché il giudice può ricevere indicazioni direttamente e senza formalità dal suo collega non togato; la stessa appare più aleatoria (ma non necessariamente meno efficace) quando al militare si contesti di avere commesso un reato in esecuzione di un ordine illegittimo. In quest'ultimo caso le informazioni saranno mediate (e condizionate) dall'impegno e dalla capacità delle parti nel procedere all'escussione del teste; da esse, dipenderà, in ultima analisi, la possibilità per il militare di far valere le ragioni esimenti spendibili ai sensi dell'art. 51, commi 3 e 4 cod. pen.

#### 4. *Esigibilità dell'obbedienza e imputazione della disobbedienza all'ordine del superiore*

Segnalata l'importanza dei processi di formazione culturale dei militari per il più efficace e responsabile espletamento dei compiti di servizio gravanti sugli appartenenti alle FF.AA., debbono essere evidenziati, e chiariti nella loro portata, gli scenari che si profilano per il destinatario del

---

*penale militare*, in «Cassazione penale», XXIX, n. 8, 1989, pp. 1380-1381; P. RIVELLO, *Spunti per un'analisi: i componenti 'non togati' dei Tribunali militari*, in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 1-2, 1991, pp. 9-25; ID., *Il 'passato' ed il 'presente' del diritto penale militare*, in *Il diritto penale militare tra passato e futuro. Tradizione, profili politico-criminali e prospettive di riforma dei codici penali militari*, a cura di A. GARGANI, Giappichelli, Torino 2009, pp. 51-52.

<sup>39</sup> Per presunti vizi 'congeniti' ravvisati nel coinvolgimento dei soli militari qualificati dal grado di ufficiale, ritenuti naturalmente inclini a rappresentare il punto di vista delle autorità superiori, piuttosto che le difficoltà in cui si imbattono i sottoposti, v. G. PAGLIARULO, *I tribunali militari nella legge 7 maggio 1981 n. 180: osservazioni critiche*, in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 6, 1981, p. 470; R. MESSINA, *Elementi di diritto e procedura penale militare*, in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 6, 1985, p. 165.

comando.

Da un lato, si deve considerare l'eventualità che il militare dia corso all'esecuzione di un ordine che induca alla commissione di un illecito e, in particolare, di un illecito penale. Se l'ordine è legittimo, nessuna responsabilità giuridica sarà attribuibile all'esecutore, configurandosi le condizioni per l'operatività della scriminante dell'adempimento del dovere, prevista dall'art. 51 cod. pen., anche a beneficio del militare che pur commetta reati (comuni o militari)<sup>40</sup>. Se invece l'ordine è illegittimo, ferma la responsabilità di chi ha impartito l'ordine (art. 51, comma 2 cod. pen.), la possibilità di imputare all'esecutore l'illecito eventualmente commesso dipende anche dal contenuto dell'ordine stesso e dal contesto che circonda l'attivazione del meccanismo gerarchico.

Per l'eventualità che l'ordine induca alla commissione di un illecito amministrativo (o comunque extrapenale), va ricordato che l'art. 4 della legge 24 novembre 1981 n. 689 dispone che del fatto commesso risponde colui che ha impartito l'ordine, senza specificare le condizioni (residuali) per le quali possa essere chiamato in causa anche l'esecutore. L'attivazione del meccanismo previsto dall'art. 729 d.P.R. n. 90/2010, d'altronde, riduce le possibilità che all'esecutore possa essere contestato di avere concorso a commettere l'illecito, posto che si potrà assumere che questi, con la conferma dell'ordine, sia stato indotto dal superiore ad agire nella convinzione di operare legittimamente; sicuramente non potrà configurarsi una responsabilità disciplinare dell'esecutore, atteso il dovere di obbedienza all'ordine confermato dal superiore, imposto dallo stesso art. 729 d.P.R. n. 90/2010<sup>41</sup>. L'ottemperanza all'ordine sarà infine favorita (sempre sul piano personale) dalla più difficile percepibilità delle (modeste) conseguenze implicate dalla commissione di eventuali illeciti amministrativi, a fronte del più grave ed evidente rischio penale cui il militare si espone ai sensi dell'art. 173 cod. pen. mil. p. per l'alternativa disobbedienza<sup>42</sup>.

Se invece l'ordine illegittimo induce alla commissione di un fatto di

<sup>40</sup> Sulle condizioni di operatività della causa di giustificazione in ambito militare, dopo l'abrogazione dell'art. 40 c.p.m.p., v. D. NOTARO, *Lineamenti di diritto penale militare italiano*, cit., pp. 63-64.

<sup>41</sup> V. GARINO, *Disobbedienza nel diritto penale militare*, cit., p. 145. Per contro, una responsabilità disciplinare è sancita per gli agenti di pubblica sicurezza che 'manchino' di eseguire l'ordine confermato a seguito di 'rimostranza' del sottoposto (cfr. l'art. 66, comma 4 della legge 1° aprile 1981, n. 121): v. E. INFANTE, *L'adempimento del dovere*, cit., pp. 334 s.

<sup>42</sup> F.P. FASOLI, *L'ordine militare, dovere di obbedienza, discrezionalità e sindacabilità. Intervento al convegno*, in «Rassegna della Giustizia Militare», [www.portalegiustiziamilitare.difesa.it](http://www.portalegiustiziamilitare.difesa.it), n. 1, 2018, pp. 9-10.

reato, ferma la responsabilità del superiore che ha impartito il comando, anche l'inferiore risponde dell'esecuzione criminosa, salvi i casi di falsa supposizione della ricorrenza delle condizioni di legittimità dell'ordine e di insindacabilità dell'ordine stesso da parte del destinatario. Per verificare se ricorra l'uno o l'altro di questi ultimi due casi, si dovranno vagliare la posizione e l'atteggiamento del sottoposto in relazione alle condizioni di contesto nelle quali costui ha operato. E, sempre che non si abbia a che fare con un ordine manifestamente criminoso nei contenuti o manifestamente rivolto contro le Istituzioni della Repubblica, per cui non si profila margine per considerare la posizione personale del reo<sup>43</sup>, per valutare l'atteggiamento dell'agente, assumono rilevanza le caratteristiche di preparazione, di competenza, di esperienza, le prassi operative seguite nel reparto, il contesto emotivo del momento e il tempo lasciato a disposizione dell'esecutore per ottemperare all'intimazione, in rapporto all'importanza del comando impartito, al fine di valutare se, anche a seconda di come si sia comportato il sottoposto, questi si sia effettivamente reso conto delle condizioni di illegittimità dell'ordine o se, pur avendone avuto quella possibilità, sia invece incorso in errore circa la fondatezza del comando rivoltagli. Tutti i profili evocati risentono della formazione e della preparazione trasmessa al militare quanto al modo di relazionarsi agli ordini cui soggiacere.

Non può d'altronde trascurarsi la circostanza che la misurazione dell'atteggiamento soggettivo (rimproverabile) del militare che esegue un ordine a contenuto criminoso, possa essere influenzata dalla scarsa consapevolezza che questi abbia, non già del carattere di illegittimità dell'ordine, bensì del tipo di fatto concreto alla cui realizzazione egli è chiamato. Potrebbe darsi il caso che il militare non si renda conto di realizzare un fatto corrispondente al tipo di reato integrato, errando sulla sua reale fisionomia, e che, perciò, non sia trattenuto dall'eseguire l'ordine, pur da lui eventualmente sindacabile. Anche tale aspetto, peraltro, trova un limite nella circostanza che l'ordine appaia manifestamente

<sup>43</sup> G. ROSIN, *Il militare fra dovere di obbedienza e dovere di disobbedienza. L'esecuzione dell'ordine criminoso*, in «Rassegna della Giustizia Militare» n. 3, 1982, pp. 203-236; C. COLOMBO, *La scriminante dell'adempimento di un dovere: l'ordine imposto dall'autorità e il conflitto tra obbedienza e coscienza*, in «Rivista penale», n. 6, 2008, pp. 603-613. In realtà, a fronte dell'orientamento prevalente – per cui v. Corte di cassazione, Sez. III, 10 marzo 2011, n. 18896, in «Cassazione penale», LII, 2012, p. 216 – che rinviene il limite quante volte un uomo medio impersonato da un 'agente modello' sia in grado di riconoscere il contenuto criminoso dell'ordine, si sottolinea talora che il limite deve tenere conto delle qualità e delle capacità della categoria cui appartiene il destinatario dell'ordine: v. Corte di cassazione, Sez. I, 16 novembre 1998, n. 12595, in «Diritto penale e processo», n. 5, 1999, p. 603.

criminoso. Che poi si abbia a che fare con la realizzazione colposa di un reato, quale esito della maldestra esecuzione dell'ordine o della trascurata rappresentazione delle circostanze di fatto, è eventualità che si pone ai limiti del funzionamento della causa di giustificazione<sup>44</sup>. La realizzazione colposa del reato è invero ritenuta esulare dalla copertura dell'art. 51 cod. pen. quando il risultato presuppone modalità di realizzazione discrezionali confacenti alla violazione di regole cautelari elastiche, la cui insistenza implica la rottura della linea di comando vincolante che pretenderebbe una traduzione pronta ed 'esatta' dell'ordine da parte del sottoposto<sup>45</sup>.

Dall'altro lato, deve essere considerata l'ipotesi che il militare cui sia intimato di eseguire un ordine, si opponga alla sua traduzione, rifiutandone od omettendone l'esecuzione (o anche ritardandola in ragione di un'iniziale titubanza). Nessuna responsabilità si profila in tale eventualità, se si riconosce che, effettivamente, l'ordine del superiore sia privo di legittimazione, perché non attenga al servizio o alla disciplina: manca in tal caso un elemento essenziale del fatto tipico<sup>46</sup>. Ma la responsabilità dell'inferiore può mancare anche quando la disobbedienza segua un ordine legittimo, allorché il militare abbia personale motivo di ritenere che l'intimazione non concerna questioni di servizio o di disciplina e si accerti, quindi, che il soggetto agente non si sia prefigurato la condizione di vincolatività del comando<sup>47</sup>. L'eventualità che il militare dia corso a una disobbedienza 'responsabile', in quanto assistita dal dato di oggettiva illegittimità dell'ordine oppure perché la condotta sia basata sulla ragionevole supposizione del carattere indebito dell'intimazione, presuppone, tuttavia, la capacità del militare di sindacare in concreto i crismi di legittimità dell'ordine stesso e di confidare che la sua valutazione sia soppesata dal magistrato militare cui sia rimesso di giudicare la disobbedienza all'intimazione del superiore. Diversamente, sarà ben difficile assistere a gesti d'inottemperanza che trovino conforto giuridico.

Ecco che soprattutto in tali frangenti si misura la valenza delle

<sup>44</sup> Cfr. Corte di cassazione, Sez. I, 20 maggio 2011, n. 20123, in «Cassazione penale», LI, n. 11, 2011, p. 3742, con nota di E. MENGONI, *Colpa generica e colpa specifica: la Corte di cassazione fissa le condizioni per l'applicabilità dell'esimente dell'adempimento del dovere*.

<sup>45</sup> T. TRAVAGLIA CICIRIELLO, *Dovere e ordine scriminante*, cit., pp. 92-93, secondo cui l'operatività della scriminante è inibita, in particolare, quando al sottoposto sia lasciato un significativo margine di discrezionalità operativa, implicante la possibilità di adeguarsi al rispetto di cautele che avrebbero impedito la verifica del fatto.

<sup>46</sup> D. NOTARO, *Lineamenti di diritto penale militare italiano*, cit., p. 277.

<sup>47</sup> V. GARINO, *Disobbedienza nel diritto penale militare*, cit., p. 149; L. GATTO, *Disobbedienza: il rifiuto, ragionevolmente motivato, di eseguire l'ordine è coerente con l'oggettività della tutela?*, cit., pp. 247-248.

competenze acquisite dal militare sotto gli aspetti della conoscenza della disciplina e dell'esperienza maturate nella traduzione delle regole. Tanto più difficile appare aspettarsi la capacità del militare di reagire all'intimazione tendenziosa – specialmente dopo che l'ordine sia stato confermato dal superiore ai sensi dell'art. 729 d.P.R. n. 90/2010 – quanto meno sia coltivata la sua formazione a ponderare, pur in termini compatibili con le esigenze di prontezza di risposta dell'azione militare, le condizioni di emanazione dell'ordine. A quel metro si rimette anche il tratto di 'insindacabilità' dell'ordine, cui si riferisce l'art. 51 cod. pen. nel prospettare un limite alla responsabilità dell'esecutore; tratto che non dipende soltanto dalla posizione gerarchica rivestita dal sottoposto e dai contenuti più o meno apicali e discrezionali dell'ordine, ma anche dall'attitudine del militare a soppesare l'intimazione, dalle ragioni straordinarie a base della sua emanazione, dal ridotto *spatium deliberandi* concesso al sottoposto e dal complesso delle circostanze espressive della effettiva (in)capacità del singolo di orientarsi nella vicenda concreta. Nel significato euristico di tali elementi risiedono anche le (limitate) *chances* di ravvisare gesti di disobbedienza per cui escludere l'integrazione del delitto dell'art. 173 cod. pen. mil. p. per la mancanza dell'elemento soggettivo, se non del fatto tipico.

In definitiva, rispetto all'eventualità di assistere all'inazione lecita o scusabile di un ordine, pesa la difficoltà del militare stesso di ponderare la legittimità dell'ordine e di 'scommettere' che la sua illegittimità sia riconosciuta dalle autorità militari preposte a decidere se sporgere denuncia, e sia poi confermata dal giudice militare chiamato a stabilire se sussista il reato. A tal ultimo riguardo rileva quanto evidenziato (*retro* § 2) a proposito della riscontrata difficoltà (o della ritrosia) del magistrato nel constatare l'estraneità dell'ordine al piano del servizio o della disciplina militare. Ancor meno è pensabile che il militare sottoposto, in mancanza di adeguata preparazione, sia nella condizione di conoscere e interpretare le norme in tema di obbedienza e disobbedienza all'ordine, al punto da fidarsi della sua valutazione al cospetto di quella spettante ai superiori e a fronte degli indirizzi cauti dei magistrati militari nel disapplicare l'atto affetto da potenziali vizi di illegittimità. Non più plausibile è ipotizzare che la diversa valutazione compiuta dal sottoposto in merito alla (il)legittimità dell'ordine emanato, trovi riscontro in sede giudiziaria, se non si sia disposti a prendere in esame le prospettive personali e le risorse di colui al quale sia rivolta l'intimazione da eseguire.

### 5. *Indici normativi propedeutici a una considerazione dell'atteggiamento del militare dinanzi all'ordine del superiore*

Delle difficoltà di valutazione cui è soggetto il militare in ragione del contesto nel quale questi è impegnato ad espletare il servizio, sembra tenere conto l'ordinamento, seppure in termini astratti e solo in alcuni ambiti.

L'art. 48 n. 2 cod. pen. mil. p. prevede una circostanza attenuante comune dei reati militari commessi dalla c.d. recluta. Con quella disposizione è diminuita fino a un terzo la pena dei reati 'esclusivamente militari' (art. 37, comma 2 cod. pen. mil. p.) commessi da colui «che non abbia ancora compiuto trenta giorni di servizio alle armi». Intento di questa previsione è riconoscere in via presuntiva la minore propensione del giovane arruolato a osservare doveri di servizio, la cui violazione è spesso causa o motivo della commissione dei reati militari. La norma non si sovrappone (derogandovi) alla regola generale sancita dall'art. 5 cod. pen. dopo l'intervento correttivo della Corte costituzionale<sup>48</sup> in tema di inescusabilità 'relativa' dell'ignoranza della legge penale, né a quella – speciale – posta dall'art. 39 cod. pen. mil. p. che stabilisce il medesimo principio con riferimento all'ignoranza dei doveri dello stato militare<sup>49</sup>:

<sup>48</sup> Corte costituzionale, 23 marzo 1988, n. 364, in «Giurisprudenza costituzionale», XXXIII, n. 3, 1988, I, p. 1504; in «Foro italiano», n. 5, 1988, I, c. 1385, con nota di G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: 'prima lettura' della sentenza n. 364/88*; in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXVIII, n. 2, 1988, p. 686, con nota di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*. Sul principio affermato dalla sentenza v. altresì T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in «La legislazione penale», n. 3, 1988, pp. 449-456; G. VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione di colpevolezza*, in «Giurisprudenza costituzionale», XXXIII, n. 1, 1988, II, pp. 3-15.

<sup>49</sup> L'art. 39 cod. pen. mil. p. è stato dichiarato incostituzionale nella parte in cui non prevede la scusabilità dell'ignoranza inevitabile del dovere inerente allo stato militare: v. Corte costituzionale, 20 febbraio 1995, n. 61, in «Cassazione penale», XXXV, n. 7-8, 1995, p. 1754, con note di M. D'ORAZI, *La parziale incostituzionalità dell'articolo 39 c.p.m.p.: problemi risolti e problemi residui*, e di P. RIVELLO, *Ignoranza inevitabile dei doveri inerenti allo stato militare*; in «Diritto penale e processo», n. 11, 1995, p. 1305, con nota di P. PITTARO, *L'ignoranza dei doveri militari: scusabile se inevitabile*; in «Foro italiano», n. 7-8, 1995, I, c. 2054, con nota di D. BRUNELLI, *L'ignoranza inevitabile dei doveri militari dopo la manipolazione dell'art. 39 c.p.mil. pace: nuovi spazi per l'imputazione dolosa della 'culpa iuris'?*; in «Giurisprudenza costituzionale», XL, n. 1, 1995, p. 513, con nota di M. PETRONE, *L'efficacia scusante dell'ignoranza dei doveri militari*; e in «Rivista penale», n. 5, 1995, p. 565, con nota di A. TENCATI, *L'errore nel diritto penale militare*. V. anche M. NUNZIATA, *Caducato perché costituzionalmente illegittimo l'art. 39 c.p.mil.p. sulla inescusabilità dell'igno-*

tanto l'una quanto l'altra previsione possono operare – con più ampi effetti esimenti – a beneficio della recluta che adduca di avere ignorato, senza avere potuto conoscere, esistenza, formulazione e significato della norma incriminatrice o dei doveri di servizio o di disciplina alla cui osservanza sia chiamato<sup>50</sup>. La disposizione attenuante riguarda, piuttosto, i casi nei quali, pur essendo il militare edotto o in condizione di conoscere le previsioni normative, stia ancora attraversando un fisiologico processo di formazione e di addestramento allo scorrere concreto della vita militare che, con i suoi ritmi e le sue prassi, scandisce l'operatività delle disposizioni di servizio o di disciplina. Tant'è che la diminuzione di pena è subordinata al solo riscontro della circostanza che non siano trascorsi più di trenta giorni di servizio effettivo dal momento della sua assunzione, senza che assuma rilievo la condizione personale di scarsa propensione alla conoscenza dei doveri da parte del militare nel frangente della commissione del reato; la diminuzione di pena segue in ragione della valutazione presuntiva compiuta dal legislatore.

L'indicata *ratio* dell'attenuante, del resto, si acconcia alla commissione dei reati 'esclusivamente' militari cui si riferisce: ossia di quelli che – qualificando fatti che assumono rilievo penale solo in ambito militare, perché non prevedono un corrispondente tipo di reato in ambito comune<sup>51</sup> – denotano un disvalore evincibile unicamente nel contesto militare e solo in esso percepibile. Per tutti i militari tale percezione dipende, appunto, dalla possibilità di essere efficacemente addestrati all'osservanza delle regole di comportamento correnti in quel contesto. E – per inciso – fra i reati

---

*ranza dei doveri militari, nella parte in cui non esclude l'ignoranza 'inevitabile',* in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 5-6, 1994, pp. 279-289; S. MACCIONI, *L'art. 39 c.p.mil.p. alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 61/1995*, ivi, pp. 289-291. Sui problemi sistematici posti da tale disposizione in precedenza v. R. MESSINA, *Sull'ignoranza dei doveri militari: spunti per una lettura razionale dell'art. 39 c.p.m.p.*, in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 1-2, 1982, pp. 33-44; G. ROSIN, *Contributo all'abrogazione dell'art. 39 c.p.m.p. sull'inescusabilità dell'ignoranza dei doveri inerenti allo stato militare*, in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 3, 1985, pp. 245-264; M. D'ORAZI, *Articolo 39 c.p.mil.p. e principi costituzionali*, in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 6, 1988, pp. 487-518.

<sup>50</sup> Sul punto sia consentito rinviare a D. NOTARO, *Lineamenti di diritto penale militare italiano*, cit., p. 95.

<sup>51</sup> R. MESSINA, *Il reato esclusivamente militare*, in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 4-6, 1979, pp. 198-270; S. MALIZIA, voce *Reato militare*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Giuffrè, Milano 1987, p. 891; S. MAROTTA, *Funzione e limiti dell'art. 37 c.p.m.p.*, in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 6, 1988, pp. 519-555; M. NICOLOSI, voce *Reato militare*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, XI, UTET, Torino 1996, p. 297.

esclusivamente militari è stato talora ricondotto quello di disobbedienza<sup>52</sup>, per il quale potrebbe dunque operare l'attenuante in questione.

Se la suddetta qualificazione del delitto di disobbedienza (peraltro condizionata dalle opinioni seguite in ordine all'estensione della categoria dei reati esclusivamente militari<sup>53</sup>, a sua volta legata ai criteri adottati per risolvere il concorso di norme<sup>54</sup>), appare dubbia<sup>55</sup>, impregiudicata rimane l'esigenza di considerare in ogni caso il peso e l'importanza della formazione ricevuta dal militare chiamato ad assolvere incarichi assegnati dai superiori: si tratti (della disobbedienza) dei militari che vantino una *considerevole* anzianità di servizio o si tratti dell'*adempimento* di ordini la cui esecuzione conduca alla commissione di reati militari o comuni imputabili al sottoposto.

Nel secondo frangente, peraltro, potranno trovare applicazione tanto le circostanze aggravanti che in tema di realizzazione concorsuale del fatto di reato (comune o militare) prevedono un inasprimento della pena per il superiore che sia concorso con un inferiore (art. 58 cod. pen. mil. p.) e per il militare che, rivestendo una posizione di autorità o direzione, abbia determinato a commettere il reato le persone a lui soggette (art. 112, comma 1 n. 3 cod. pen.), come pure le attenuanti che stabiliscono una diminuzione di pena (facoltativa) per l'inferiore che sia stato determinato al reato dal superiore o che nella preparazione o nell'esecuzione del reato abbia prestato un'opera di minima importanza (art. 59 cod. pen. mil. p. e art. 114, comma 1 cod. pen.): tanto le une quanto le altre consentono di prestare rilievo al condizionamento generato dai rapporti gerarchici quantomeno per la quantificazione della pena.

Tanto in relazione al militare disobbediente, come nei confronti del sottoposto che dia corso a un ordine illegittimo, il giudice dovrebbe considerare quale livello (e che tipo) di addestramento abbia ricevuto l'inferiore, così da riscontrare di volta in volta se il militare abbia gli

<sup>52</sup> Cfr. Tribunale Supremo militare, 8 marzo 1966, Della Salvia, in «La Giustizia penale», n. 9, 1967, II, c. 710, cit. da V. VEUTRO, in G. LANDI, V. VEUTRO, P. STELLACCI, P. VERRI, *Manuale di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano 1976, p. 414.

<sup>53</sup> Per la problematicità della nozione v. P. RIVELLO, *Un tentativo di approfondimento in ordine alla nozione di reato esclusivamente militare*, in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 1-2, 1994, pp. 1-11.

<sup>54</sup> Su tale complessa tematica v. G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità e interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, Milano 1980; Id., voce *Concorso apparente di norme*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II, UTET, Torino 1988, pp. 416-427; V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, CEDAM, Padova 2002; I. GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino 2022; L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Giappichelli, Torino 2022; M. SCOLETTA, *Idem Crimen. Dal 'fatto' al 'tipo' nel concorso apparente di norme penali*, Giappichelli, Torino 2023.

<sup>55</sup> Vi si oppone, in effetti, V. GARINO, *Disobbedienza nel diritto penale militare*, cit., p. 149.

strumenti per apprezzare e mettere in discussione il presupposto di vincolatività dell'ordine o se si debba invece ripiegare sulla configurabilità delle esimenti dell'art. 51, commi 3-4 cod. pen. Ammettendo la ricorrenza di processi formativi che restituiscano ai militari una certa capacità critica nell'assolvimento dei doveri di servizio, ci si potrà invero attendere più facilmente la 'inesecuzione' di ordini che si prospettino effettivamente illegittimi e più difficilmente potrà essere esclusa una compartecipazione del sottoposto alla commissione di reati per effetto dell'esecuzione di essi; correlativamente, dovrebbe darsi più facilmente l'alternativa di una disobbedienza 'avveduta' del sottoposto, in quanto motivata da ragioni apprezzabili da parte sua, per cui l'inosservanza dell'ordine 'legittimo' dovrebbe considerarsi imputabile, a meno che non sia da riconoscere rilievo a circostanze di fatto che condizionino la prospettiva dell'agente circa il carattere indebito dell'ordine eluso.

Tale passaggio presuppone, però, un'evoluzione culturale circa il modo d'intendere senso e scopi della formazione dei militari, anche in vista di una rinnovata percezione della funzione di servizio da espletarsi nel contesto di un'organizzazione delle Forze Armate improntata a un principio di gerarchia. Certamente, bisognerebbe mettere in conto un minor tasso di immediatezza e di speditezza nell'esecuzione dei comandi, ciò che indubbiamente può comportare indesiderati 'costi' in termini di efficienza complessiva nello svolgimento del servizio. E se un tal esito potrebbe magari accettarsi quando meno rilevanti, da un punto di vista apicale, appaiano gli interessi implicati dagli incarichi da svolgere, è più difficile che altrettanta soluzione corra per le situazioni più problematiche (di missioni operative richiedenti l'uso della forza nei confronti di terzi) per le quali, però, si avverte insistentemente il problema di un'esecuzione 'responsabile' degli ordini superiori<sup>56</sup>.

Per quanto la prospettiva di una generalizzata attuazione di questa direttrice (che comunque appare più facilmente traducibile quando siano coinvolti livelli sottoposti vicini a quelli apicali da cui promanano gli ordini) sembri al momento lontana<sup>57</sup>, è da ricordare che al conseguimento di

<sup>56</sup> Per un esame della questione in prospettiva più ampia v. A. ANDRIES, *L'obbedienza militare ed i divieti del diritto internazionale pubblico*, in «Rassegna della Giustizia Militare», n. 6, 1986, pp. 505-553.

<sup>57</sup> Vale però ricordare che la possibilità di chiamare il sottoposto a rispondere della consapevole esecuzione di ordini illegittimi (e criminosi) era messa in conto già quando – prima del 1978 – correva l'art. 40 c.p.m.p., il quale sembrava concedere facilmente il beneficio della giustificazione al militare subordinato: v. G. ROSIN, *Il militare fra dovere di obbedienza e dovere di disobbedienza*, cit., p. 225; V. GARINO, *Disobbedienza nel diritto penale militare*, cit., p. 142.

un'aspettativa di maggiore 'responsabilizzazione' del militare nell'esercizio delle sue funzioni si è pervenuti negli ultimi decenni con riferimento ad altra causa di giustificazione suscettibile di operare a beneficio dei militari. Mi riferisco alle condizioni di riconoscimento della prerogativa difensiva esercitabile da parte del militare aggredito ai sensi dell'art. 52 cod. pen. (per reati comuni) o dell'art. 42 cod. pen. mil. p. (per reati militari)

È noto che, per beneficiare della giustificazione, la reazione deve risultare 'costretta'<sup>58</sup> e che tale requisito incrocia la propria esistenza con l'alternativa possibilità di fuga che si dia eventualmente al soggetto aggredito e che rappresenta una soluzione preferibile finché la stessa non esponga costui a esiti più gravi di quelli che egli procurerebbe all'aggressore difendendosi<sup>59</sup>. Per lungo tempo si è opinato che il militare non potrebbe considerare la fuga come un'alternativa percorribile, poiché la stessa era ritenuta contrastare con il senso di onore cui è tenuto il militare stesso, tanto da arrecare un pregiudizio significativo alla disciplina da osservarsi all'interno delle Forze Armate<sup>60</sup>. Più di recente, si è invece riconosciuto<sup>61</sup> che la fuga dinanzi all'aggressore non comporterebbe in ogni caso la menomazione dei valori cui sono tenuti i militari (finché essa non implichi il sacrificio di interessi del servizio o dell'organizzazione delle Forze Armate). Al militare moderno si richiede di esercitare la forza – anche per rispondere ad aggressioni ingiuste – con senso di responsabilità e con equilibrio occorrenti per gestire le situazioni nelle quali si trovino a coesistere interessi contrastanti: a un 'senso di responsabilità', dunque, ci si appella anche in quei frangenti per definire il contegno del militare e per misurare l'impegno cui egli è chiamato nell'assolvere i propri doveri di servizio. Non è perciò da escludere che analoghe evoluzioni 'culturali' in ordine al modo d'intendere la funzione di servizio del militare si possano registrare (pur senza che siano modificate le norme di servizio e le regole di disciplina) per temperare alcuni limitati aspetti del vincolo che impone ai sottoposti di dare esecuzione pronta ed esatta agli ordini loro impartiti dai superiori.

<sup>58</sup> T. PADOVANI, voce *Difesa legittima*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. III, UTET, Torino 1989, p. 510.

<sup>59</sup> C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Giuffrè, Milano 1977, p. 32. Per orientamenti più restrittivi seguiti in passato anche per la scriminante comune, v. F. BAGNATI, *Spunti di ricerca su fuga e legittima difesa*, in «Archivio penale», n. 3, 1992, p. 390.

<sup>60</sup> I. DE SANCTIS, *La fuga e il 'commodus discessus': sulla legittima difesa nel diritto penale militare*, in «Rivista penale», n. 9, 1973, II, pp. 621-624.

<sup>61</sup> Cfr. P. RIVELLO, *Manuale del diritto e della procedura penale militare*, cit., p. 78.

## *Adempimento del dovere e ordine illegittimo*

LUCA SERGIO\*

### ABSTRACT

(ITA) Il contributo ricostruisce l'evoluzione del rapporto tra dovere di obbedienza e ordine illegittimo nel diritto penale militare italiano, dall'abrogato art. 40 c.p.m.p. all'attuale combinato disposto degli artt. 51 c.p. e 1349 c.o.m. Vengono analizzati il dovere di sindacato sugli ordini, la nozione di ordine manifestamente criminoso e i relativi riflessi sulla responsabilità di superiori e subordinati, alla luce della giurisprudenza sui crimini di guerra, delle fonti sovranazionali e delle regole d'ingaggio nelle missioni internazionali.

(ENG) The chapter examines the evolution of the relationship between the duty to obey and unlawful orders in Italian military criminal law, from the repealed art. 40 Military Criminal Code in Time of Peace to the current combined provisions of Articles 51 of the Italian Criminal Code and 1349 of the Italian Code of Military Organization. It examines the duty to review orders, the notion of an order that is manifestly criminal, and the related implications for the liability of superiors and subordinates, in light of case law on war crimes, supranational sources, and the rules of engagement applicable to international missions.

### KEYWORDS

(ITA) Obbedienza; Disciplina militare; Reati militari; Ordine del superiore; Legittimità; Esigibilità dell'esecuzione.

(ENG) Obedience; Military discipline; Military crimes; Order of the superior; Legitimacy; Forceable fulfillment.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Art. 40 Codice penale militare di pace (abrogato) – 3. Legislazione vigente – 4. Ordine manifestamente criminoso – 5. Norme sovranazionali – 6. Legislazione straniera – 7. Regole di ingaggio – 8. Conclusioni.

### 1. *Premessa*

Le Forze Armate (d'ora in poi FF.AA.) si caratterizzano per la loro particolare efficienza, che è assicurata dall'esistenza di alcune regole fondamentali ed istituti giuridici peculiari. Tra questi assumono speciale importanza il potere dei superiori di impartire ordini e, all'opposto, il

\* Sostituto Procuratore presso la Procura Militare di Verona.

dovere dei subordinati di eseguirli.

L'ordine militare vincolante e la pronta obbedienza costituiscono i tratti tipici della vita militare, che garantiscono il corretto e veloce funzionamento dell'organizzazione militare.

La fisiologia è rappresentata dall'adempimento ad ordini legittimi, che non crea particolari problemi in quanto tali ordini fanno ovviamente nascere il dovere di obbedienza dell'esecutore. Secondo l'art. 1347 del Codice dell'ordinamento militare (d'ora in poi c.o.m.), «l'obbedienza consiste nella esecuzione pronta, rispettosa e leale degli ordini attinenti al servizio ed alla disciplina, in conformità al giuramento prestato».

Ma può accadere – e talvolta accade – che siano impartiti ordini illegittimi, e ciò pone un duplice interrogativo:

a) sussiste il dovere dell'inferiore di eseguire un ordine illegittimo?

b) Nel caso in cui l'inferiore commetta un illecito nell'adempimento di un ordine illegittimo, sussiste una responsabilità in capo all'esecutore, oppure a chi ha impartito l'ordine, oppure ad entrambi?

La risposta al secondo interrogativo consente di fornire una soluzione anche al primo, perché illumina su quale debba essere il comportamento del subordinato di fronte ad un ordine illegittimo.

Sul punto occorre effettuare una breve premessa e, prima di analizzare il codice penale militare, bisogna sottolineare che il codice penale comune contiene una norma che disciplina il fenomeno dell'adempimento del dovere imposto da un ordine della Pubblica Autorità. Si tratta, in particolare, della causa di giustificazione prevista dall'art. 51 del Codice penale.

«Art. 51 c.p. (Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere)

1. 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.

2. Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.

3. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo

4. Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine».

È importante partire dal Codice penale comune, perché tale codice contiene, nell'articolo 16, una norma fondamentale che recita: «Art. 16 c.p. (Leggi penali speciali) 1. Le disposizioni di questo codice si applicano

anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti». Questa norma crea una gerarchia tra codici e fissa il cosiddetto principio di complementarità: in sostanza stabilisce che tutte le regole previste dalla parte generale del codice penale comune si applicano non solo a tutti reati comuni, ma anche ai reati militari, in quanto non sia da questo altrimenti stabilito. Quindi, per stabilire se l'articolo 51 c.p. si applichi anche reati militari occorre verificare se nel codice militare vi sia una norma che stabilisca diversamente, sostituendo la norma comune o integrandola.

La ricerca di una norma corrispondente alla scriminante dell'articolo 51 c.p. fornisce un esito negativo, nel senso che nel codice militare non esiste una norma derogatoria all'art. 51 c.p.

Quindi, sembrerebbe semplice affermare che l'adempimento del dovere sia disciplinato dalla norma penale comune, per il principio di complementarità. Ma quando si applica una norma comune al codice militare bisogna anche analizzare il contesto entro il quale si inserisce.

## 2. *Art. 40 Codice penale militare di pace (abrogato)*

Sul punto occorre sottolineare che nel Codice penale militare di pace (d'ora in poi c.p.m.p.) esisteva una norma omologa, che è stata abrogata dalla Legge 11.07.1978 n. 382. Ed è importante leggere la norma previgente per comprendere la portata dell'innovazione e l'attuale regime.

«Art. 40 c.p.m.p. (Adempimento di un dovere)

1. Per i reati militari, in luogo dell'articolo 51 del codice penale, si applicano le disposizioni dei commi seguenti.

2. L'adempimento di un dovere, imposto da una norma giuridica o da un ordine del superiore o di altra autorità competente, esclude la punibilità.

3. Se un fatto costituente reato è commesso per ordine del superiore o di altra autorità del reato risponde sempre chi ha dato l'ordine.

4. 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».

(Articolo abrogato dall'art. 22, L. 11 luglio 1978, n. 382, sulla disciplina militare)

Prima del 1978, dunque, esisteva una norma simile all'art. 51 c.p., che aveva una portata derogatoria rispetto alla norma penale comune. Si adottava la tecnica della sostituzione e si diceva espressamente che in luogo dell'articolo 51 c.p. si applica l'articolo 40 c.p.m.p.

L'intervento del legislatore militare era giustificato dal fatto che il tema dell'obbedienza è sempre stato un problema essenziale nel mondo militare. Da un lato occorre garantire la pronta obbedienza agli ordini dei superiori (unico strumento che garantisce un efficiente funzionamento delle FF.AA.), dall'altro occorre prevedere i casi di uso arbitrario del potere gerarchico e stabilire con la massima chiarezza i possibili limiti del dovere di obbedienza e di responsabilità di chi esegua ordini illegittimi, illeciti o, addirittura, manifestamente criminosi.

La tematica dell'obbedienza agli ordini e della irresponsabilità dell'esecutore dell'ordine rappresentava uno dei punti più delicati del diritto penale militare: bisognava operare un temperamento tra la necessità di garantire l'obbedienza nei confronti dei superiori e quella di evitare che l'inferiore, confidando su una assoluta garanzia di esenzione da responsabilità penale, potesse divenire strumento di efferati crimini.

Come detto, il problema si era già posto nel diritto penale comune per la necessità di disciplinare la scriminante dell'adempimento di un dovere derivante da un ordine dell'autorità e di delineare l'area di responsabilità dell'esecutore (il tema era stato risolto con l'art. 51 c.p.). Ma nel codice penale militare la tematica risultava ancora più pressante e pertanto era stato introdotto l'articolo 40 in sostituzione dell'articolo 51, apportando differenze e limitazioni.

Analizzando il regime previgente si comprende meglio l'attuale disciplina: in particolare, il confronto tra l'art. 51 c.p. e l'abrogato art. 40 c.p.m.p. consente di cogliere alcune differenze:

- 1) Alla pubblica autorità si sostituiva il superiore o altra autorità competente.
- 2) L'art. 51 c.p. richiede la legittimità dell'ordine, mentre l'art. 40 c.p.m.p. non faceva riferimento alla legittimità dell'ordine e bastava che si trattasse di un ordine del superiore.
- 3) L'art. 51 c.p. prevede la normale corresponsabilità del datore dell'ordine e dell'esecutore («risponde altresì chi ha eseguito l'ordine»), salvo che questi ritenuto, per errore di fatto, di obbedire ad un ordine legittimo.
- 4) Invece, l'art. 40 c.p.m.p. sanciva l'esclusiva responsabilità del superiore che ha dato l'ordine, salva la corresponsabilità dell'esecutore in caso di ordine manifestamente criminoso.

Sostanzialmente, mentre il civile che sia abilitato a sindacare l'ordine è ritenuto corresponsabile del reato commesso in esecuzione dell'ordine, il militare esecutore, a cui tale abilitazione viene negata, doveva giudicarsi normalmente irresponsabile: regola che si affiancava alla esclusiva responsabilità di chi ha dato l'ordine.

Quindi la regola era questa: si partiva dal presupposto che l'ordine gerarchico fosse insindacabile, in linea con le norme disciplinari che prevedono una obbedienza pronta e assoluta e con la norma che incrimina la disobbedienza (173 c.p.m.p.); poi, si operava un correttivo in ambito militare richiedendo non più che l'ordine fosse «legittimo», ma solo che fosse emanato dal «superiore o da un'autorità competente».

L'obbligo di esecuzione anche dell'ordine illegittimo trovava il pieno consenso sia della dottrina che della giurisprudenza. Si riteneva che il preminente interesse dello Stato alla disciplina gerarchica dovesse prevalere sulla illegittimità dell'ordine del superiore, che andava comunque eseguito.

### 3. *Legislazione vigente*

A partire dagli anni '70 cominciò a farsi strada l'opinione che andasse rivista l'intera costruzione (secondo cui al militare fosse in ogni caso inibito ogni forma di sindacato sostanziale sull'ordine ricevuto) e si affacciò, in particolare, la tesi che al militare fosse comunque consentito un sindacato, sostenendo che l'ordine contrario alla legge, seppure in modo non manifesto, non avrebbe potuto costituire presupposto del reato di disobbedienza, in quanto non attinente al servizio ed alla disciplina.

Le dispute dottrinarie trovarono un punto di svolta nel 1978, quando fu abrogato l'art. 40 c.p.m.p., con conseguente espansione dell'art. 51 c.p. ai reati militari, in forza del principio di complementarità.

In realtà, quando si applica una norma comune ai reati militari, bisogna sempre verificare se debba essere in qualche modo adattata, in base alle peculiarità dell'ordinamento militare ed allo *status* del militare, che è diverso da quello del civile.

Il primo aspetto da segnalare è che la legge del 1978, abrogativa dell'art. 40 c.p.m.p., conteneva una norma importante (art. 4), che oggi è stata trasfusa nell'art. 1349 c.o.m.

«Art. 1349 (Ordini militari)

1. Gli ordini devono, conformemente alle norme in vigore, attenersi

alla disciplina, riguardare le modalità di svolgimento del servizio e non eccedere i compiti di istituto.

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.

3. Agli ordini militari non si applicano i capi I, III e IV della legge 7 agosto 1990, n. 241.»

Alla norma fa seguito l'art. 729 del Regolamento di Esecuzione D.P.R. 15.03.2010 n. 90:

«Art. 729 (Esecuzione di ordini)

1. 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.

2. 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.»

Nell'applicare l'art. 51 c.p. in ossequio al principio di complementarità, si devono necessariamente osservare le disposizioni di tali norme.

Il regime di normale corresponsabilità previsto dall'art. 51 c.p. (di chi ha dato l'ordine e dell'esecutore materiale) deve confrontarsi con queste norme, che prevedono l'obbligo di obbedire all'ordine illegittimo (se ribadito dal superiore) con conseguente irresponsabilità per il reato commesso; e il dovere di disobbedire in caso di ordine manifestamente

criminoso, con conseguente responsabilità penale in caso di esecuzione e impossibilità di invocare la scriminante.

Si deve evidenziare, infatti, che nelle norme di cui agli artt. 1349 c.o.m. e 729 del Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare viene espressamente previsto il dovere di non eseguire l'ordine. Il concetto è il medesimo espresso nell'ultimo comma dell'art. 40 abrogato, con la differenza che si sancisce espressamente il dovere di disobbedire (formulazione letterale che la vecchia normativa, di stampo militarista ed autoritario, evitava di nominare). Inoltre, il dovere di disobbedire viene ancorato non soltanto all'ordine manifestamente criminoso, ma anche all'ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato.

Quindi le ipotesi che possono presentarsi all'inferiore sono varie:

- 1) In caso di ordine legittimo, sussiste ovviamente l'ordine di eseguire, pena la commissione del reato di disobbedienza: «Art. 173 c.p.m.p. (Disobbedienza). 1. 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. 2. Se il fatto è commesso in servizio, ovvero a bordo di una nave o di un aeromobile, la reclusione militare è da sei mesi a 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».
- 2) Poi, vi è il caso dell'ordine illegittimo che non costituisce manifestamente reato. In tale ipotesi, l'inferiore deve rappresentare l'illegittimità al superiore e, laddove l'ordine sia confermato, obbedire all'ordine, andando esente da responsabilità nel caso in cui l'ordine risultasse effettivamente illegittimo.
- 3) Ancora, vi è l'ipotesi dell'ordine manifestamente criminoso, per il quale scatta il dovere di disobbedire, pena la responsabilità per il reato commesso, unitamente al superiore che ha impartito l'ordine.
- 4) In via intermedia, vi è il caso di ordine criminoso, ma non manifestamente. Secondo alcuni anche in questo caso sussiste il dovere di disobbedire. Tuttavia, occorre valutare se l'esecutore fosse consapevole della illiceità (non manifesta) dell'ordine, perché: a) in caso positivo, risponderebbe senza dubbio del reato commesso; b) in caso negativo, la mancata consapevolezza indurrebbe ad escludere l'elemento soggettivo del dolo, ai sensi dell'art. 51 comma 3 c.p., secondo cui «risponde del reato anche chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo», accertando non solo

che l'esecutore si rappresentasse il fatto che l'ordine fosse illegittimo, ma anche che la sua esecuzione costituisse reato. In caso di mancanza di rappresentazione dovuta a colpa, troverebbe applicazione l'art. 59 comma 4, in merito all'erronea supposizione, determinata da colpa, circa la sussistenza della causa di giustificazione.

Quindi, sicuramente sussiste un potere di sindacato sugli ordini manifestamente criminosi, che comporta il dovere di disobbedienza. Ma ciò non significa che per gli ordini criminosi, in maniera non manifesta, sussista un dovere di obbedienza cieca. Per alcuni autori, il richiamo che il primo comma dell'art. 1349 c.p.m.p. fa alla conformità alla legge dell'ordine indurrebbe ad equiparare l'ordine manifestamente criminoso all'ordine non manifestamente criminoso.

#### 4. *Ordine manifestamente criminoso*

L'espresso dovere di disobbedire scatta, dunque, soltanto quando l'ordine è manifestamente criminoso: ma quand'è che un ordine è da considerarsi tale?

La risposta è che l'ordine è tale quando si presenta immediatamente percepibile come criminoso, senza necessità di particolari accertamenti: possiede, quindi, un requisito di evidenza criminosa. Anche nella lingua italiana, la parola manifesto (vocabolario Treccani) significa «palese, chiaro, evidente, offerto apertamente alla vista o all'intelletto» (ad es. ordine di sparare ad un tranquillo passante, di commettere una violenza sessuale).

La prima previsione del progetto preliminare al codice militare era che la scriminante non fosse invocabile quando l'esecutore si fosse reso conto che concorrevano con un reato. Poi si è preferito usare un'espressione maggiormente oggettiva. Quindi, la manifesta criminalità deve essere quella oggettiva, tale da essere percepibile dall'uomo medio, e non soggettiva, cioè quella percepita dal subordinato, che avrebbe vanificato in gran parte la portata della norma.

Nella pratica giudiziaria, sono rari i processi nei quali si discute di un ordine manifestamente criminoso. Si registrano, negli ultimi anni, solo alcune sentenze riguardanti militari che hanno redatto verbali o atti contenenti dichiarazioni false, spesso riguardanti la ricostruzione di eventi accaduti durante il servizio, i quali si sono giustificati sostenendo di averlo fatto per ordine dei superiori. In tutti questi casi è sempre stata

esclusa l'applicabilità dell'art. 51 c.p., anche a livello putativo, a causa della manifesta criminalità dell'ordine.

La tematica, tuttavia, è stata sempre oggetto dei reati celebrati davanti ai Tribunali Militari per crimini di guerra (Processo Marzabotto, Tribunale Militare La Spezia, 2007; Strage delle Fosse Ardeatine, Tribunale Militare Roma 1997; Stragi di Bolzano, Tribunale Militare Verona, 2000; Sant'Anna di Stazzema, Tribunale Militare La Spezia 2005, Processo cd. Vallucchiole, Tribunale Militare Verona, 2011).

Un primo esempio fu offerto nel processo trattato dal Tribunale Militare di Roma e, successivamente, dalla Corte Militare di Appello e dalla Corte di Cassazione, a carico di Hass e Priebe (1998), per la strage delle Fosse Ardeatine.

Nelle sentenze di merito fu scritto:

«È manifestamente criminoso l'ordine che impone un atto o un'azione che l'uomo medio immediatamente avverte come delittuoso, riferendosi a parametri semplici come l'ordinaria esperienza, la morale corrente ed il senso comune, la coscienza civile ed il normale sentimento di umanità. Si tratta di un parametro oggettivo. 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 di 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».

Poi, la Corte di Cassazione (Sez. 1, Sentenza n. 12595 del 16/11/1998) ha ribadito il concetto scrivendo: «deve ritenersi, con riferimento all'allora vigente art. 40 c.p.m.p., che fosse da riguardare come manifestamente criminoso, con conseguente obbligo di non darvi esecuzione, l'ordine di effettuazione dell'eccidio delle Fosse ardeatine, di cui era *ictu oculi* riconoscibile la contrarietà ai più elementari principi di umanità».

Medesimo principio fu affermato nel processo per la strage Sant'Anna di Stazzema (Cassazione Sez. 1, n. 4060 del 2007), in cui fu scritto:

«Pur non essendo all'epoca vigenti – e non potendosi fare applicazione retroattiva – le regole essenziali e inderogabili del diritto umanitario bellico recepite dalle convenzioni di Ginevra e neppure le norme in materia di prevenzione e repressione del genocidio, deve ritenersi, con riferimento all'allora vigente art. 40 c.p.m.p., che fosse da riguardare come manifestamente criminoso, con conseguente

obbligo di non darvi esecuzione, l'ordine di effettuazione della strage di Sant'Anna di Stazzema, di cui era *ictu oculi* riconoscibile la contrarietà ai più elementari principi di umanità».

Analogamente, nel processo per le stragi di Marzabotto (Tribunale Militare La Spezia, 2007), si legge:

«Cardine della normale irresponsabilità [...] in esecuzione di un ordine, era la necessità di assicurare che una categoria di persone tanto particolare come i militari, i cui compiti istituzionali devono essere assolti con la prontezza [...] non si trovasse esposta a penose valutazioni, e conseguenti perdite di tempo, a fronte di quanto comandato.»

Tuttavia, già nel 1941 (data di emissione del Codice penale militare) era avvertita l'esigenza che tale obbedienza dovesse comunque incontrare un limite: si riteneva, cioè, che laddove i comportamenti richiesti configgessero in maniera intollerabile con i precetti che avrebbero dovuto governare la coscienza di ogni essere umano, qualunque militare si sarebbe dovuto opporre all'esecuzione dell'ordine (oggi si veda l'art. 4 L.382/1978 sulla disciplina militare).

Il problema si sposta, allora, sull'individuazione del limite oltre il quale l'ordine del superiore non svolge più la sua efficacia esimente, e si determina l'opposto dovere di disobbedienza. Si è visto che il comma 4 della norma richiamata fa riferimento alla manifesta criminalità dell'ordine, criterio che viene costantemente inteso in senso oggettivo, a significare che, raggiunto quel limite, è lo stesso ordine che perde il suo carattere vincolante. Nel caso di specie, gli ordini impartiti per l'operazione di Marzabotto erano una manifesta violazione del diritto interno e internazionale sull'uso della violenza bellica.

A rigore, poiché si tratta di fatti caratterizzati da un'imperiosa evidenza, oltre che da un altissimo contenuto di disvalore, non sarebbe neanche necessario dimostrare la consapevolezza di quella criminalità, tant'è vero che l'art. 8 dello Statuto del Tribunale di Norimberga sanciva direttamente l'inescusabilità dell'ordine avente ad oggetto crimini di guerra, attraverso una presunzione assoluta di manifesta criminalità che esentava il giudice da qualunque ulteriore riscontro. Ciò in ragione del fatto che il carattere delittuoso esclude l'efficacia esimente dell'ordine già sotto il profilo oggettivo, rendendo, quindi, del tutto irrilevante anche l'insindacabilità putativa (Cass., sez. I, 16.11.1998, n. 12595, Priebke; ma, già prima, Cass., sez. V, 28.5.1984, n. 7866, Guerrieri, ivi richiamata). Da segnalare anche quanto scritto nella sentenza del 2011 del Tribunale Militare di Verona, a

carico di 12 militari appartenenti alla Forze Armate Tedesche, inquadrati nella Divisione Corazzata Hermann Göring, Reparto Esplorante, i quali, senza necessità e senza giustificato motivo, contribuivano a cagionare la morte di circa 360 privati cittadini italiani, che non prendevano parte alle operazioni militari, fra cui donne, anziani e bambini inermi, agendo con crudeltà e premeditazione (stragi dell'Appennino tosco-emiliano, processo cd. Vallucchiole). Anche in tale processo fu trattato ampiamente il tema dell'adempimento del dovere davanti ad un ordine manifestamente criminoso. Si legge, infatti:

«L'insussistenza di cause di giustificazione. L'adempimento di un dovere.

Una volta accertata la responsabilità degli uomini del Reparto esplorante e del Reggimento contraereo della Divisione Hermann Göring, nei limiti tracciati dalle risultanze probatorie circa le singole unità che hanno preso parte agli eccidi, e constatato che la loro pianificazione ed esecuzione si è attuata attraverso la trasmissione degli ordini lungo la scala gerarchica fino ai soldati, occorre verificare, in primo luogo, se possa configurarsi la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere per avere gli imputati obbedito ad ordini dei superiori.

Norma di riferimento per il giudice è l'art. 40 c.p.m.p. che, pur essendo stato abrogato dalla L. 382/1978, deve ritenersi applicabile ai fatti di causa in quanto più favorevole rispetto all'art. 51 c.p., oggi attualmente applicabile anche per i reati militari. (...) Lo scrutinio deve quindi avvenire sulla base di tali regole e di quelle del § 47 del codice penale militare tedesco, applicabile durante il conflitto mondiale, secondo il quale vigeva la regola della sostanziale irresponsabilità del militare esecutore dell'ordine, a meno che questo non avesse ad oggetto un fatto manifestamente criminoso.

[...]

Già nel 1941 (data di promulgazione del codice penale militare) era avvertita l'esigenza che l'obbedienza dovesse comunque incontrare un limite, prescrivendosi che, laddove i comportamenti richiesti confliggevano in maniera intollerabile con i precetti che avrebbero dovuto governare la coscienza di ogni essere umano, qualunque militare si sarebbe dovuto opporre all'esecuzione dell'ordine (oggi si veda l'art. 4 L.382/1978 sulla disciplina militare).

Il problema si sposta, allora, sull'individuazione del limite oltre il quale l'ordine del superiore non svolge più la sua efficacia esimente e si determina l'opposto dovere di disobbedienza.

Si è visto che il comma 4 della norma richiamata fa riferimento alla manifesta criminalità dell'ordine, criterio che viene costantemente inteso in senso oggettivo, a significare che, raggiunto quel limite, è

lo stesso ordine che perde il suo carattere vincolante. Deve trattarsi, quindi, di 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.

Nel caso di specie, anche ponendosi nell'ottica del militare tedesco impegnato nelle operazioni di rastrellamento ed eccidio, è di palmare evidenza che l'ordine ricevuto presentava sicuri indici di manifesta criminalità.

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.

[...]

Sin dal primo momento, infatti, era ben noto il luogo in cui doveva dispiegarsi la violenza dei militari e l'uso dei micidiali congegni di morte. Il luogo delle operazioni era costituito da paesi e centri abitati e non aveva nulla a che fare con i noti posti in cui operavano le formazioni partigiane, ben occultate negli anfratti delle tante montagne e boscaglie circostanti. Il programmato ed unico bersaglio della violenza militare era la popolazione civile e di ciò erano sicuramente consapevoli tutti coloro che, a diverso titolo, hanno messo a disposizione gli uomini dei reparti affidati al loro comando e dato le necessarie disposizioni circa l'armamento da impiegare.

Di conseguenza qualunque soldato era in grado di comprendere che, prendendo parte all'esecuzione di quell'assurdo piano criminoso, si commetteva una barbarie ed un crimine contro l'umanità.

Conseguentemente gli odierni imputati, quasi tutti ufficiali o sottufficiali dei reparti chiamati ad attuare quei feroci massacri, non potevano avere e non hanno avuto alcuna incertezza circa la manifesta criminalità degli ordini ricevuti e trasmessi.

[...]

A rigore, poiché i fatti commessi sono caratterizzati da un'imperiosa evidenza, oltre che da un altissimo contenuto di disvalore, non sarebbe neanche necessario dimostrare la consapevolezza di quella criminalità, tant'è vero che l'art. 8 dello Statuto del Tribunale di Norimberga sanciva direttamente l'inescusabilità dell'ordine avente ad oggetto crimini di guerra, attraverso una presunzione assoluta di manifesta criminalità che esentava il giudice da qualunque ulteriore riscontro. Ciò in ragione del fatto che il carattere delittuoso esclude l'efficacia esimente dell'ordine già sotto il profilo oggettivo, rendendo, quindi, del tutto irrilevante anche l'insindacabilità putativa (Cass., sez. 1, 16.11.1998, Priebke; ma, già prima, Cass., sez. V, 28.5.1984, Guerrieri, ivi richiamata).»

## 5. *Norme sovranazionali*

La tematica dell'ordine illegittimo manifestamente criminoso è un principio non soltanto ricavabile dalla legislazione nazionale, ma è di natura universale. E riguarda non solo il diritto interno ma anche quello sovranazionale.

Un primo esempio è offerto dall'art. 33 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale. Si tratta della legge 12 luglio 1999 n. 232, entrata in vigore l'1 luglio 2002.

L'articolo 33, rubricato «Ordini del superiore gerarchico», prevede espressamente un principio di responsabilità individuale e stabilisce espressamente:

«1. Il fatto che un reato passibile di giurisdizione della Corte sia stato commesso da una persona in esecuzione di un ordine di un governo o di un superiore militare o civile non esonera tale persona dalla sua responsabilità penale, salvo se:

- a) la persona aveva l'obbligo legale di ubbidire agli ordini del governo o del superiore in questione;
- b) la persona non sapeva che l'ordine era illegale;
- c) l'ordine non era manifestamente illegale.

2. Ai fini del presente articolo, gli ordini di commettere un genocidio o crimini contro l'umanità sono manifestamente illegali».

Poi meritano di essere citate le Convenzioni di Ginevra, che prevedono un obbligo di disobbedienza a ordini contrari al diritto umanitario internazionale, secondo i seguenti principi:

- a) Obbligo generale di obbedienza: i militari sono tenuti a obbedire agli ordini superiori, ma solo quando questi ordini siano conformi al diritto internazionale;
- b) Limite all'obbedienza: l'obbedienza non è assoluta e non può essere richiesta per ordini che implicino la violazione delle Convenzioni di Ginevra o del diritto internazionale umanitario;
- c) Responsabilità individuale: i militari possono essere ritenuti personalmente responsabili per le violazioni del diritto internazionale umanitario, anche se eseguivano un ordine;
- d) Divieto di commettere crimini di guerra: le Convenzioni di Ginevra vietano espressamente la commissione di crimini di guerra, e ogni militare ha il dovere di rifiutare di eseguire ordini che ne prevedano la

- commissione: attacchi indiscriminati su civili, trattamenti inumani o degradanti verso prigionieri di guerra;
- e) Obbligo di segnalare violazioni: i militari hanno il dovere di segnalare alle autorità competenti ogni violazione del diritto internazionale umanitario di cui siano a conoscenza.
  - f) Responsabilità dei superiori: i superiori sono responsabili per le violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dai loro subordinati, se erano a conoscenza delle violazioni o avrebbero dovuto essere a conoscenza.

Sono da aggiungere i principi di Norimberga: in seguito al processo di Norimberga del 1945, le neocostituite Nazioni Unite si interrogarono sulla necessità di confermare i principi di diritto penale internazionale emersi nel corso dei dibattimenti e dalle sentenze, conferendo al processo un significato diverso da un mero provvedimento giudiziario imposto dai vincitori sui vinti. L'Assemblea generale delle Nazioni Unite incaricò la Commissione di diritto internazionale (organo sussidiario dell'Assemblea generale) di produrre un documento in cui raccogliere i principi emersi dalla consuetudine e dal processo di Norimberga, per giungere infine ad un atto vincolato di natura pattizia per la comunità internazionale. La Commissione il 29 luglio 1950 emanò un rapporto intitolato «Principi di diritto internazionale riconosciuti dallo Statuto e dalla sentenza del Tribunale di Norimberga», in cui espone sette principi fondamentali. Oltre ad aver sancito che la responsabilità penale internazionale è individuale, il quarto principio stabilisce che «il fatto che un soggetto abbia agito in esecuzione di un ordine non lo esime dalla propria personale responsabilità penale internazionale. Il subordinato ha altresì il dovere di sottrarsi dall'eseguire ordini riguardanti atti criminali».

## 6. *Legislazione straniera*

Questi principi, di natura universale, si riscontrano nelle principali costituzioni o leggi penali militari straniere. Tanto più che tra le fonti del diritto utilizzate, l'art. 21 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale riporta i «Principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei principali sistemi giuridici del mondo». A titolo di esempio e senza pretese di completezza, si possono sottolineare:

- 1) *Germania*. La Costituzione tedesca riconosce il diritto di resistenza

contro ordini contrari all'ordine costituzionale. Il diritto tedesco non contempla la nozione di ordine legittimo, ma quella di ordine esistente, che vincola per il fatto stesso di esistere. Tuttavia, sono individuate alcune «cause di non vincolatività dell'ordine», ovvero dei limiti al dovere di obbedienza cieca. Non sussiste un dovere d'obbedienza, e quindi la disobbedienza non comporta un reato, in due casi: a) quando l'ordine è lesivo della dignità umana; b) quando non è rivolto a scopi di servizio. Un vero e proprio dovere di disobbedienza nasce, invece, di fronte a un ordine che violi il diritto penale. In ogni caso, si deve ricordare che nel 2002 anche la Germania ha recepito i principi generali codificati nello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale. In materia di ordine si prevede, in conformità con l'art 33 dello Statuto, l'esenzione da responsabilità per il subordinato nel solo caso in cui questi non sia stato in grado di riconoscere la criminosità dell'ordine, sempre che la criminosità non fosse manifesta.

Un esempio pratico di applicazione di questi principi è stato fornito nei processi nati dopo la riunificazione delle due Germanie: nel periodo successivo, la Repubblica Federale Tedesca ha sentito l'esigenza di punire i crimini perpetrati dagli esponenti del governo della ex Germania orientale (DDR) e dagli esecutori materiali: punire dei soggetti per atti che, al tempo della loro commissione, erano considerati dall'ordinamento vigente perfettamente leciti, con riferimento alle c.d. guardie di frontiera.

Si tratta degli esecutori materiali dei delitti del Muro, i soldati della Germania dell'Est che aprivano il fuoco contro chiunque tentasse di attraversare il Muro per cercare fortuna nella parte Ovest. La difesa principale che gli imputati misero sul banco consistette nell'affermare che le loro azioni erano perfettamente legittime agli occhi della legge e che comunque erano compiute in esecuzione dell'ordine dei loro superiori. L'uso delle armi per impedire l'attraversamento del Muro era disciplinato e consentito, ma si ammise la scriminante dell'ordine superiore alla sola condizione che l'ordine non fosse «manifestamente in contrasto con le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute o con la legge penale». Ancora una volta ritorna il principio della manifesta criminosità, alla luce del quale i giudici ritennero le condotte ordinate alle guardie di frontiera evidentemente in contrasto con «l'elementare divieto di uccidere».

- 2) *Francia*. Il Codice penale francese vieta l'esecuzione di ordini *manifestement illégaux*, e la giurisprudenza ammette la responsabilità

personale in caso di esecuzione di ordini criminali.

L'ordinamento francese, in particolare, solleva dalla responsabilità penale il subordinato che abbia adempiuto ad un ordine dell'autorità legittima, salvo che l'ordine fosse manifestamente illegale. Degno di nota il fatto il codice penale francese individui un'eccezione alla regola generale in materia di ordini: l'ordine del superiore non costituisce mai una causa di giustificazione qualora la sua esecuzione comporti la commissione di un crimine contro l'umanità, potendo l'ordine rilevare solo come circostanza attenuante. In altre parole, l'ordine di commettere un crimine contro l'umanità è ritenuto sempre manifestamente criminoso, secondo un meccanismo presuntivo che è identico a quello utilizzato nello Statuto di Roma.

- 3) *Spagna*. Esiste anche nell'ordinamento spagnolo un potere/dovere di rimostranza, laddove il funzionario sospetti che non sussistano i requisiti formali per l'emanazione dell'ordine o sospetti della sua manifesta criminalità. Sul concetto di manifesta criminalità si registra la solita spaccatura in dottrina tra chi sostiene un'interpretazione in senso più oggettivo e chi chiede di guardare in concreto a chi riceve l'ordine. In ambito penale militare il codice esclude l'attitudine scriminante dell'ordine nel solo caso di manifesta contrarietà alla legge, agli usi di guerra o di un ordine che integri un delitto, in particolare contro la Costituzione. Un'analoga previsione si ritrova nella legge organica sulla polizia e nella giurisprudenza. Il *Tribunal Supremo* propende per la visione secondo cui agli ordini penalmente illeciti non si deve obbedire.
- 4) *Regno Unito*. L'*Armed Forces Act* (legge sulle FFAA.) prevede il reato di disobbedienza, ma anche forme di tutela per il militare che rifiuti di eseguire ordini illegali. Anche in Inghilterra è valido il principio per cui un subordinato è vincolato ad adempiere soltanto gli ordini legittimi e deve essere ritenuto individualmente responsabile per qualsiasi crimine commesso (secondo un principio costituzionale non scritto, gli ufficiali non hanno il potere di trasformare in lecito ciò che la legge considera illecito). Questo è il motivo principale per cui un subordinato, conscio dell'illegittimità della condotta, non può nascondersi dietro l'ordine del proprio superiore.
- 5) *USA*. Le leggi statunitensi sono di vari tipi, federali o dei singoli stati, a cui si aggiungono i *military orders*, che possono provenire anche dal Presidente degli Stati Uniti. Le norme di diritto militare sono raccolte in testi unici (Codice uniforme della giustizia militare e Manuale

delle corti marziali). Questi prevedono l'integrazione del reato di disobbedienza per i militari che non adempiano i soli ordini legittimi. L'ordine illegittimo, invece, non è vincolante, ma chi adempie ad un tale ordine non viene considerato autonomamente responsabile. Anzi, vale una sorta di presunzione di legittimità dell'ordine ricevuto, che cade solo di fronte ad un ordine manifestamente illegittimo.

«Costituisce una causa di giustificazione a qualsiasi offesa il fatto che l'accusato abbia agito su ordine del superiore, a meno che l'accusato sapesse che l'ordine era illegittimo, oppure una persona dotata di ordinaria sensibilità e comprensione si fosse accorta dell'illegittimità dell'ordine».

Il criterio adottato, in sostanza, è quello della *manifest illegality*, racchiuso nel modello della «persona dotata di una normale comprensione» o da cui ci si potrebbe aspettare «ragionevolmente» la comprensione dell'illegittimità dell'atto.

### 7. Regole di ingaggio

Non si può sottacere il fatto che in alcuni casi l'uso della violenza costituisce fatto necessario per le operazioni militari e l'emanazione di ordini criminosi si rende a volte necessario per evitare violenze di natura più grave. Questo tema si presenta come particolarmente attuale nel caso di partecipazione dell'Italia a missioni internazionali. In tali casi, assumono particolare importanza le c.d. regole d'ingaggio.

«Legge 21 luglio 2016 n. 145 (Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali). Art. 19 comma 3 (Disposizioni in materia penale)

1. Al personale che partecipa alle missioni internazionali, nonché al personale inviato in supporto alle medesime missioni si applica il codice penale militare di pace. La competenza è del tribunale militare di Roma.

2. È fatta salva la facoltà del Governo di deliberare l'applicazione delle norme del codice penale militare di guerra.

3. Non è punibile il personale di cui al comma 1 che, nel corso delle missioni internazionali, in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione

fisica, ovvero di apparecchiature, dispositivi, programmi, apparati, strumenti informatici o altri mezzi idonei a commettere taluno dei delitti di cui alle sezioni IV e V del capo III del titolo XII del libro secondo del codice penale, per le necessità delle operazioni militari. Quando, nel commettere uno dei fatti previsti dal primo periodo, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge, dalle direttive, dalle regole di ingaggio o dagli ordini legittimamente impartiti, ovvero imposti dalla necessità delle operazioni militari, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.

4. Il comma 3 non si applica in nessun caso ai crimini previsti dagli articoli 5 e seguenti dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232 [NDR: crimini di genocidio, contro l'umanità, di guerra e di aggressione]

5 (omissis)»

Sia la scriminante che la correlata ipotesi di eccesso colposo vanno intese nel quadro della limitazione generale disposta nel successivo comma 4 dell'articolo 19, secondo cui esse non si applicano «in nessun caso ai crimini previsti dagli articoli 5 e seguenti dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232». Questa limitazione è la novità introdotta dalla novella, mentre la scriminante e l'eccesso colposo già comparivano nelle leggi precedenti concernenti determinate missioni.

Si tratta di un uso legittimo delle armi, specificamente previsto per coloro che sono impegnati nelle missioni di cui alla legge, giustificato dalla necessità delle operazioni militari.

Al di fuori dei casi di legittima difesa, i militari in operazione usano la forza secondo quanto prescritto dalle cd. regole di ingaggio che sono appunto autorizzazioni ad usare la forza in situazioni diverse dall'autodifesa, ovvero formulano proibizioni all'uso della forza.

V'è l'obbligo di valutare la possibilità di applicare mezzi non-violenti prima di usare la forza e le armi, e di usare le armi solo quando altri mezzi si sono dimostrati inefficaci. Se è inevitabile, l'uso dell'arma deve essere proporzionato alla pericolosità dell'aggressione, e l'arma deve essere impiegata in modo tale da minimizzare il cd. danno collaterale. In osservanza dei requisiti della necessità e della proporzionalità, dunque, l'uso della forza letale è ammesso solo se strettamente necessario a proteggere la vita umana dalla violenza illegale, ossia per autodifesa, per difendere altre persone, per prevenire atti che mettano in serio pericolo vite umane, e solo

se misure meno estreme risultano inefficaci, e non prima di avere avvertito l'aggressore dell'intenzione di usare l'arma.

Le autorizzazioni ad usare la forza stabilite dalle regole di ingaggio per ciascuna esigenza operativa (assolvere la missione, garantire la libertà di movimento, impedire intrusioni nelle basi, proteggere installazioni e beni di particolare natura, etc.), non autorizzano mai l'uso della forza letale in assenza di un pericolo attuale per l'incolumità delle persone. Resta difficile disciplinare situazioni molto particolari che si presentano negli scenari di guerra, come ad esempio l'attacco a civili utilizzati come scudi umani di obbiettivi militari, oppure l'utilizzo dei cd. bambini soldato, i quali spesso partecipano attivamente alle operazioni belliche alla pari degli adulti.

## 8. Conclusioni

Tutti questi principi, nazionali e sovranazionali, sul concetto di manifesta criminalità dell'ordine, sono ben rappresentati nelle parole del giudice americano che diresse il dibattito nel celebre caso cd. *My Lai* (1968).

Si tratta del processo per i fatti avvenuti il 16 marzo del 1968 nel villaggio vietnamita di *My Lai*: un plotone di soldati americani guidati dal luogotenente Calley entrò nel villaggio e massacrò i civili, comprese le donne ed i bambini. L'imputato si difese sostenendo che la condotta gli era stata ordinata dal Capitano Medina.

Sono interessanti le parole che il giudice pronunciò per istruire la giuria:

«A meno che non riscontriate oltre ogni ragionevole dubbio che l'accusato ha agito sapendo che l'ordine era illegittimo, dovete procedere a determinare se, secondo le circostanze, un uomo dotato di ordinaria sensibilità e comprensione poteva accorgersi che l'ordine era illegittimo. Le vostre decisioni su quest'ultimo punto non devono concentrarsi sul luogotenente Calley e sul suo modo personale di percepire la legalità dell'ordine che gli fu impartito. Il modello è quello dell'uomo dotato di ordinaria sensibilità e comprensione».



*I doveri di disciplina, tra obbedienza cieca ed obbedienza responsabile:  
limiti alla discrezionalità del militare e a quella del giudice  
nei reati di disobbedienza e di inosservanza di istruzioni ricevute*

ROBERTO GALASSO\*

ABSTRACT

(ITA) La questione relativa alla rilevanza penale (ai sensi dell'art. 173 c.p.m.p.) della condotta disobbediente serbata dal militare, destinatario di un ordine illegittimo, non può essere affrontata senza indagare i complessi rapporti tra sindacato del giudice penale e merito amministrativo, né trascurando la portata costituzionale del principio di continuità dell'azione della Pubblica Amministrazione. Considerate, inoltre, le differenze strutturali tra la fattispecie di disobbedienza e quella di inosservanza di istruzioni ricevute (art. 125 c.p.m.p.) ai fini di cui all'art. 173 c.p.m.p. rileverebbe la violazione dei doveri di disciplina, restando sullo sfondo la compromissione del servizio.

(ENG) The issue concerning the criminal relevance (pursuant to article 173 of the Italian military penal code in time of peace) of a soldier's disobedient conduct when faced with an unlawful order cannot be addressed without examining the complex relationship between the criminal court's power of review and administrative discretion, nor without considering the constitutional scope of the principle of continuity in the Public Administration's activity. Furthermore, given the structural differences between the offence of disobedience and that of failure to comply with received instructions (article 125 of the Italian military penal code in time of peace), for the purposes of Article 173, what becomes relevant is the breach of disciplinary duties, while the impairment of the service remains in the background.

KEYWORDS

(ITA) Disobbedienza; Sindacato del giudice penale; Merito amministrativo; Ordine militare illegittimo; Vincolatività; Compromissione del servizio; Inosservanza di istruzioni.

(ENG) Disobedience; Criminal courts' power of review; Administrative discretion; Unlawful military order; Legal bindingness; Impairment of military service; Non-compliance with directives.

---

\* Sostituto procuratore militare presso il Tribunale militare di Napoli. Il presente contributo riprende e integra l'articolo già pubblicato da questo stesso Autore, *La risoluzione delle antinomie giuridiche, tra ingerenza giudiziale nel merito amministrativo e solidità argomentativa della decisione, nell'orientamento dei comportamenti sociali*, in «La Legislazione Penale», n. 1, 2025, pp. 286 ss.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il reato di disobbedienza tra tutela della disciplina e garanzia di efficienza del servizio – 3. Dall'obbedienza cieca all'obbedienza responsabile: il delitto di inosservanza di istruzioni quale argomento *a contrario* per sostenere la natura preponderante della disciplina nel reato di disobbedienza – 4. Disobbedienza ed ordini ad alto tasso di discrezionalità: il movente del reato, tra finalità conservativa, obiezione ideologica e aspirazione orientativa – 5. I rapporti tra l'accertamento incidentale relativo alla legittimità dell'ordine militare e l'esercizio del potere disapplicativo da parte del giudice penale – 6. Le controindicazioni all'ingerenza giudiziale nel merito amministrativo: *decisum* e orientamento dei comportamenti sociali.

## 1. *Introduzione*

In uno scenario dominato dal magmatico scivolamento delle regole di diritto interno e transnazionale, lungo la faglia di neocostituiti equilibri geo-politici, si assiste ad una brusca virata dei consolidati principi di organizzazione dello Stato democratico e della Comunità internazionale, nella direzione di un'irreggimentazione del controllo giurisdizionale sull'attività della Pubblica Amministrazione.

Se, come già è stato osservato, nel «delicato equilibrio strutturale, quali fibre complementari dello stesso tessuto organico, autorità e libertà si intersecano, scivolando l'una lungo le striature dell'altra, ed assicurando, attraverso una contrazione bilanciata, quel costante moto muscolare che consente al diritto di inseguire l'evoluzione sociale»<sup>1</sup>, è pur vero che i muscoli poderosi delle Istituzioni democratiche arrancano dietro al rapido ribaltamento degli assetti socio-economici, dell'organizzazione del lavoro e della produzione – anche alla luce del progresso tecnologico, dell'informatizzazione dei contatti commerciali, del trionfo della robotica e della connessa crisi dei tradizionali modelli imprenditoriali – sino a rischiare uno strappo dentro al quale può pericolosamente cicatrizzare una deriva autoritaria.

Il crescente sviluppo delle economie asiatiche e sudamericane e la diffusione di un mercato virtuale e globale, caratterizzato dalla dematerializzazione delle strutture imprenditoriali e dalla riduzione della filiera distributiva, unitamente alla delocalizzazione dei centri di produzione nelle aree geografiche ove è possibile abbattere i costi della

---

<sup>1</sup> V. R. GALASSO, *Profilassi vaccinale illegittima e limiti al sindacato sull'ordine militare relativo alla somministrazione: reato di disobbedienza e principio di continuità amministrativa*, in «L'Indice Penale», n. 3, 2023, p. 48.

manodopera (anche lucrando i vantaggi di una regolamentazione meno giuridicamente sofisticata e garantista del lavoro) da un lato conducono ad una rapida saturazione della domanda occupazionale; dall'altro impongono una maggiore competitività, anche sul piano normativo, nella direzione di un progressivo snellimento delle procedure decisionali politiche, amministrative ed imprenditoriali.

L'eventualità è che, in una frenetica corsa verso l'ammodernamento e l'effettiva concorrenzialità, qualche diritto resti travolto o taluna libertà sacrificata.

Nella cornice dei rapidi cambiamenti, si assiste, così, ad una peculiare caratterizzazione del controllo giurisdizionale che assume una logica bifronte: più penetrante nella regolamentazione dei rapporti economici (laddove il principio sarebbe, invece, quello della più ampia valorizzazione dell'autonomia privata, ai sensi dell'art. 41 Cost.)<sup>2</sup> e maggiormente recessivo rispetto all'esercizio del pubblico potere<sup>3</sup>.

In tale ultima prospettiva, ad esempio, sembrerebbero orientarsi le novi-

---

<sup>2</sup> In una simile direzione sembra orientarsi la disciplina della rinegoziazione dei contratti tra imprese, nell'ambito delle procedure di composizione, regolate dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII) di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (come modificato, da ultimo, dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83) laddove risultano sanciti, in capo alle parti, specifici obblighi (presidiati dal controllo giurisdizionale) di rinegoziare le condizioni contrattuali, laddove il sinallagma sia stato alterato da specifiche congiunture economiche, apparendo evidente come «il faro della tutela sembrerebbe finire per illuminare, evidentemente, le esigenze di conservazione dell'impresa, nella prospettiva della sua continuazione, più che le ragioni del ceto creditorio, in un'ottica puramente liquidatoria» in tal senso associandosi «alla strumentale quiescenza delle regole di diritto comune (...) inevitabilmente, il prevedibile rischio di un'alterazione della concorrenza sul mercato, l'impresa continuando ad operarvi, in competizione con altri soggetti, ma col vantaggio di risultare immunizzata dall'esercizio delle prerogative di autotutela da parte del creditore fedele, dai meccanismi risolutivi e, in generale, dalle iniziative espropriative». In questo senso, R. GALASSO, *La gestione della sopravvenienza nell'ambito della procedura negoziata della crisi di impresa, tra intervento del giudice e obbligo di rinegoziazione*, in «Giustizia Civile», n. 2, 2024, p. 289.

<sup>3</sup> Osserva G. VICICONTE, *Il controllo del giudice penale e del giudice contabile sulla discrezionalità amministrativa: la legalità dell'esperienza giuridica concreta*, in «Rivista della Corte dei Conti», n. 3, 2021, p.51, come nella prospettiva di fornire strumenti di impulso al ciclo economico, si è determinata una dinamica di ridimensionamento, da parte del legislatore, delle forme di controllo giudiziale sull'operato dell'amministrazione, con la specifica finalità di arginare il progressivo affermarsi di una amministrazione c.d. difensiva, sino alla introduzione della recente disciplina normativa riservata proprio alle semplificazioni, rispetto al soddisfacimento delle cui esigenze il controllo sulla discrezionalità amministrativa risulta essere recessivo, in un delicato equilibrio tra legalità ed efficienza.

tà introdotte dalla l. n. 114 del 2024 (c.d. riforma Nordio) laddove, innanzitutto, con l'abolizione del reato di abuso d'ufficio, il legislatore parrebbe aver espresso la precipua volontà di conservare, più nettamente, i confini tra la giurisdizione e l'attività politico-amministrativa, riducendo i margini di operatività del controllo del giudice rispetto alle determinazioni della Pubblica Amministrazione e l'eventualità di una sua indebita ingerenza<sup>4</sup>.

Sul versante internazionale, poi, i recenti conflitti armati e la spirale della rapida estensione geo-politica della tensione, pongono in crisi consolidati principi in tema di sovranità territoriale, rappresaglia, neutralità, regole di ingaggio, così come torna di attualità il dibattito sul riarmo, ideologicamente allontanato, come il concetto stesso di guerra che, effettivamente, per lungo tempo aveva ceduto il passo, almeno nel Vecchio Continente, alla dialettica sovranazionale, euro unitaria o comunque diplomatica.

Gli stessi principi in materia di soccorso dei naufraghi, di asilo e accoglienza, si contendono il campo con speculari allarmanti esigenze di controllo di polizia, di prevenzione del terrorismo, di contenimento del conflitto sociale, mentre, per altri versi, diventano urgenti le istanze di tutela, riconoscimento ed integrazione di quanti, di origine extracomunitaria, siano comunque nati sul territorio nazionale (c.d. *ius soli*).

Torna, così, a riproporsi la questione relativa al ruolo del giurista nella tenuta dell'assetto democratico, quale testimone dei principi e delle regole

<sup>4</sup> D'altra parte, un simile approccio – sia pur con minore evidenza – pare emergere, in trasparenza, dalle modifiche al codice di rito, laddove «il legislatore sembrerebbe avere espresso l'esigenza di contenere gli effetti pregiudizievoli comunque riconducibili all'azione del pubblico ministero, introducendo presupposti maggiormente stringenti per l'iscrizione nel registro degli indagati (essendo oggi richiesti seri indizi di reità, arg. ex art. 335 c.p.p.); promuovendo l'intensificazione del controllo giudiziale sulla sua attività (ai sensi dell'art. 335-ter c.p.p., il giudice per le indagini preliminari, quando deve compiere un atto del procedimento, se ritiene che il reato per cui si procede debba essere attribuito ad una persona che non è stata ancora iscritta nel registro delle notizie di reato, sentito il pubblico ministero, gli ordina con decreto motivato di provvedere all'iscrizione)» assistendosi, così, ad una «progressiva divaricazione funzionale tra la magistratura giudicante e quella requirente, nella cornice di nuovi limiti e controlli, espressivi di un superamento della concezione del pubblico ministero quale organo di garanzia (come tratteggiata dall'art. 358 c.p.p., alla luce del quale il suo ufficio è chiamato alla ricerca della verità e al compimento, perciò, di ogni attività all'uopo necessaria, estesa agli accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini) e nel segno, forse, della connessa avvertita esigenza di prevenire gli effetti pregiudizievoli connessi ad iniziative ritenute non adeguatamente ponderate». Così, R. GALASSO, *Rapporti tra procedimento penale e valutazione amministrativa per l'avanzamento in carriera del militare che vi sia sottoposto. Le modifiche all'art. 1051, co. 2, lett. a), d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare)*, in *Riforma Nordio. Commento alla legge n. 114 del 9 agosto 2024*, a cura di V. Giordano, Merita Edizioni, Torino 2024, pp. 121 ss.

che governano le relazioni sociali, pur chiamato, d'altra parte – nella sua attività di armonizzazione tra novità e tradizione, di cui è custode – a valutare, con senso della realtà e della possibilità, il cambiamento.

È in una simile dialettica soltanto che, invero, sembra potersi scongiurare il rischio dell'*impasse* che alimenta, altrimenti, il consenso rispetto a qualsiasi deriva autoritaria. Pare necessario, in altri termini, che il giurista, da un lato, nella salvaguardia dei valori costituzionali fondanti, interpreti le norme nella prospettiva della più ampia manipolazione, espressiva della capacità del sistema di reggere alle spinte del cambiamento socio-economico, contenendole, senza costringerle, e riassorbendole nella propria originaria posizione di inerzia (c.d. reazione elastica); dall'altro, che coltivi un atteggiamento progressista, in grado di indicare le superfici sulle quali l'innovazione possa esercitare una pressione financo deformante, sia pur entro i limiti di un irreversibile cedimento (c.d. reazione plastica).

D'altra parte, sebbene non sia propria della giurisprudenza la proiezione dinamica – trattandosi di scienza dell'osservazione e dell'armonizzazione, della riconduzione a sistema di ogni nuovo corpo generato dalla legislazione che volge, pertanto, uno sguardo più al passato che al futuro – sembra mantenersi attuale l'insegnamento dello Jemolo laddove, descrivendo il modello ideale di giurista, ammoniva che egli «deve essere persona viva, con interessamenti molteplici, in ogni ambito, con comprensioni e cognizioni in un gran numero di campi [...] più vivo dei cultori di altre professioni o di altri rami del sapere, più propensi a chiudersi in cerchie di interessamenti proprie ad un ristretto gruppo, ed a tagliare le comunicazioni con chi al gruppo non appartenga»<sup>5</sup>.

In tal senso, non sembra davvero soddisfacente un approccio orientato, ad esempio, alla chiusura dogmatica in un panorama frammentato di microsistemi giuridici tra loro non comunicanti (si pensi alla teoria panpenalistica e/o pancivilistica, in ordine ai reati, quali la truffa o la circonvenzione di incapaci, che richiamino, come elementi costitutivi, fattispecie proprie del diritto dei contratti, come l'annullabilità per dolo o la nullità per contrarietà del contratto a norme imperative).

Sembra, in proposito, inattuale prescindere da un metodo olistico nell'analisi delle norme, per ripiegare, invece, verso la creazione di monadi scollegate dal dato della realtà.

Ed è proprio in una simile prospettiva che sembra doversi affrontare la questione relativa ai rapporti tra illegittimità dell'ordine militare e reato di disobbedienza, laddove – anche alla luce dei principi del diritto

---

<sup>5</sup> V. A.C. JEMOLO, *Confessioni di un giurista*, Giuffrè, Milano 1947, pp. 32-33.

amministrativo – occorre assicurare la continuità dell'azione amministrativa, discutendosi, pertanto, della sanzionabilità o meno delle condotte di inottemperanza al comando ricevuto, anche qualora quest'ultimo risulti affetto dai vizi tipici dell'atto amministrativo.

Nella cornice del tratteggiato quadro di insieme pare, dunque, suggeribile risolvere il dubbio in ordine alla portata vincolante dell'ordine illegittimo (salva la sua manifesta criminalità) e della connessa rilevanza penale (art. 173 Codice Penale Militare di Pace, d'ora in poi c.p.m.p.) del comportamento disobbediente del militare cui sia impartito, senza trascurare la disciplina di cui alle «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi» (l. 7 agosto 1990, n. 241), applicabile – sia pur con le dovute eccezioni – alla disposizione di comando, non discutendosi della sua natura attizia.

## *2. Il reato di disobbedienza tra tutela della disciplina e garanzia di efficienza del servizio*

Deve osservarsi come controversa risulti la risoluzione delle antinomie giuridiche (nel rapporto tra autorità e legalità) con riferimento al fatto di disobbedienza, previsto dall'art. 173 c.p.m.p., ai sensi del quale «il militare, che rifiuta, omette o ritarda di obbedire a un ordine attinente al servizio o alla disciplina, intimatogli da un superiore, è punito con la reclusione militare fino a un anno».

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

le esigenze del servizio»<sup>6</sup>.

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

Va, per altro verso, sottolineato come, nell'alveo del principio di legalità dell'azione amministrativa, dovrebbe concludersi per la tendenziale inidoneità vincolante dell'atto amministrativo non conforme alla norma primaria.

Eppure, l'insindacabilità dell'ordine militare (sia pur distonica rispetto al richiamato principio di legalità) sembrerebbe confermata dalla disciplina di diritto positivo, laddove risulta sancita la rilevanza penale della disobbedienza (art. 173 c.p.m.p.) anche se l'ordine risulti affetto da illegittimità (sempre che essa non si risolva in un manifesto invito a delinquere).

In tal senso sembrerebbero deporre anche le disposizioni di settore. Sebbene, infatti, l'art. 1349 del d.lgs 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'Ordinamento Militare) ribadisca che «gli ordini devono, conformemente alle norme in vigore, attenere alla disciplina, riguardare le modalità di svolgimento del servizio e non eccedere i compiti di istituto», l'art. 729, d.P.R. 15 marzo 2010, n. 90 (Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, a norma dell'art. 14 della L. 28

<sup>6</sup> In questo senso, V. SANTORO, *Della disobbedienza*, in *Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di D. Brunelli e G. Mazzi, Giuffrè, Milano 2001, p. 371 ed ivi riferimenti, il quale passa in rassegna i vari orientamenti. E, così, nella prospettiva della natura assorbente della disciplina, v., in particolare, P. NUVOLONE, *Valori costituzionali della disciplina militare e sua tutela nel codice penale militare e nelle nuove norme di principio*, in «Rassegna della Giustizia Militare», 1979, pp. 21 ss. Secondo L. GATTO, *Disobbedienza: il rifiuto, ragionevolmente motivato, di eseguire l'ordine è coerente con l'oggettività della tutela*, in «Rassegna della Giustizia Militare», 1994, pp. 248 ss., invece, la disciplina presenterebbe valenza ancillare rispetto al servizio, anche nell'ottica della rilevanza del buon andamento dell'azione amministrativa. Cfr. anche D. BRUNELLI e G. MAZZI, *Diritto penale militare*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 437-438. In continuità con una simile impostazione, nella direzione di una valorizzazione dell'ordine pubblico militare, quale condizione minima di esistenza di quella parte dell'ordinamento militare che coincide con l'organizzazione militare, cfr. D. BRUNELLI, *Reati contro la disciplina militare*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano 1987, pp. 1224 ss.; B. PELLEGRINO e G. ROSIN, *Brevi note in tema di riforma della legislazione penale militare e sostanziale*, in «Rassegna della Giustizia Militare», 1978, p. 64; B. PELLEGRINO, *Ordine pubblico e dovere di fedeltà nel sistema penale comune e militare con particolare riferimento ai reati di sedizione*, in «Rassegna della Giustizia Militare», 1979, pp. 97 ss.; A. ROMEO, *Considerazioni in tema di ordine pubblico militare e comune*, in «Rassegna della Giustizia Militare», 1979, pp. 401 ss.

novembre 2005, n. 246) che lo integra – nell’adombrata prospettiva di una crescente attenzione per l’efficienza dell’azione amministrativa – prevede non solo che «il militare deve eseguire gli ordini ricevuti con prontezza, senso di responsabilità ed esattezza, nei limiti stabiliti dal codice e dal regolamento» ma anche che «il militare al quale è impartito un ordine che non ritiene conforme alle norme in vigore deve, con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni, ed è tenuto a eseguirlo se l’ordine è confermato» risultando ammissibile ed anzi doverosa la disobbedienza, soltanto qualora l’ordine risulti «manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o se la relativa esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, gravando, in tal caso, su di esso il dovere di non eseguire l’ordine e informare al più presto i superiori»<sup>7</sup>.

Anche in giurisprudenza, è stato ribadito come l’art. 173 c.p.m.p. tuteli l’esigenza di assicurare il corretto funzionamento dell’apparato militare a mezzo dell’osservanza dell’ordine impartito dal superiore gerarchico. Pertanto, il diritto-dovere del militare di non ottemperarvi è limitato al caso (esplicitamente indicato dall’art. 4, comma 4, della l. 11 luglio 1978, n. 382) in cui tale comando «sia manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisca comunque manifestamente reato»<sup>8</sup>.

Va, in proposito, osservato come in questa direzione sembrerebbe

---

<sup>7</sup> V. R. GALASSO, *Profilassi vaccinale illegittima e limiti al sindacato sull’ordine militare relativo alla somministrazione: reato di disobbedienza e principio di continuità amministrativa*, cit., p. 53.

<sup>8</sup> In tal senso, Cass. Pen., Sez. I, 27 gennaio 2012, n. 3339, la quale si è espressa in un caso in cui il militare, più volte ‘comandato’ (e da più superiori gerarchici) di recarsi all’Ospedale militare di Torino, per la visita di idoneità obbligatoria, rifiutava pervicacemente di sottoporsi a visite mediche. La Corte ha osservato, a fronte dell’allegazione, da parte dell’imputato, di un intento persecutorio dei superiori, come «la pretesa del subordinato di sindacare l’ordine impartito, nella specie quello di sottoporsi a visita medica in ragione di comportamenti devianti del militare onde formulare la valutazione di idoneità o inidoneità al servizio militare, che non è parificabile certo, quest’ultima, alle condizioni di salute che giustificano il trattamento sanitario obbligatorio, non è di sicuro prospettabile nel contesto particolare della disciplina militare». Ne consegue quindi che «per la realizzazione del reato in questione, è sufficiente il dolo generico – consistente nella consapevole volontà di rifiutare di obbedire ad un ordine, attinente al servizio, intimato dal superiore al di fuori dell’ipotesi, sopra indicata, in cui la legge eccezionalmente impone di disobbedire – esulando, per la giuridica esistenza dell’elemento psicologico del reato, qualsivoglia motivazione addotta dall’inferiore per giustificare tale suo comportamento; né detta situazione può ritenersi sintomatica – attesa la richiesta genericità del dolo – di mancanza del citato elemento soggettivo per l’irrelevanza, in tale ipotesi, dei motivi che hanno determinato la condotta del reo».

forse condurre lo stesso art. 173 c.p.m.p., laddove, al suo secondo comma – attribuendo alla manifestazione della disobbedienza, nell’ambito di un servizio, rilevanza ai fini della previsione di un minimo edittale, non previsto per la fattispecie base di cui al primo comma (in particolare stabilendo che, se il fatto è commesso in servizio, la reclusione militare è da sei mesi a un anno) – parrebbe finire per valorizzare, al suo primo comma, maggiormente il vincolo della disciplina, sia pur nella prospettiva di assicurare in potenza (e non già in atto) attraverso la relativa tutela, il buon andamento dell’Amministrazione militare e la corretta predisposizioni del servizio, evidentemente esposto al rischio di una compromissione, ogniqualevolta il rapporto gerarchico venga messo in discussione (sempre che lo stesso non si risolva in un abuso di autorità, del tutto scollegato dall’esigenza di gestione del servizio stesso). In tal senso, verrebbe in rilievo, a ben vedere, un reato di pericolo presunto<sup>9</sup>.

La rilevanza (ai fini della disobbedienza punibile) dell’ordine illegittimo, d’altra parte, parrebbe confermata anche nella diversa prospettiva della centralità del servizio – quale bene-fine tutelato dall’art. 173 c.p.m.p. – dal momento che «la necessità di un intervento duttile e sollecito, che consenta alla Pubblica Amministrazione di provvedere all’utile gestione delle sopravvenienze, a tutela di interessi di rango costituzionale (nella prospettiva, peraltro, della valorizzazione del principio di continuità dell’azione amministrativa e di stabilità dei rapporti giuridici), sembra assurgere a valore prevalente nell’organizzazione dello Stato sociale, quale

<sup>9</sup> Al riguardo, sia pur con specifico riferimento ai criteri di valutazione della condotta ai fini del riconoscimento della sussistenza della speciale causa di non punibilità di cui all’art. 131-bis c.p., è stato osservato come «anche aderendo all’orientamento che maggiormente valorizza il servizio quale bene giuridico tutelato dalla norma [...] il giudizio sulla tenuità del fatto di disobbedienza non può che assumere connotati di maggior rigore, considerato che, pur senza voler attribuire rilievo preminente al vincolo della disciplina in quanto tale, l’organizzazione dell’Amministrazione militare, la tempestività e l’efficienza della sua azione, risultano obiettivamente compromessi da stalli interlocutori tra ordine ed esecuzione, fondati su eventuali valutazioni, da parte del destinatario del comando, in merito all’evidenza della sua riconducibilità al servizio (rectius al buon servizio) sino a renderlo, di fatto (e contra legem) sindacabile». In questo senso, v. R. GALASSO, *I criteri di valutazione della tenuità del fatto di reato militare: disciplina, continuità dell’azione amministrativa, disobbedienza e limiti al sindacato della Corte di cassazione*, in «Rivista della Giustizia Militare», n. 4, 2024, p. 4. Più in generale, sull’applicabilità della causa di non punibilità di cui all’art. 131-bis c.p., ai reati militari, cfr. F.P. FASOLI, *L’applicabilità dell’art. 131-bis c.p. e di altre norme simili (artt. 49, cpv., c.p., 27 d.p.r. n. 448/1988 e 34 del d.lgs. n. 274/2000) ai reati militari con particolare riguardo ai delitti di disobbedienza, truffa militare, abbandono di postoviolata consegna ed insubordinazione*, in «Cassazione Penale», 64, n. 10, 2024, pp. 3243 ss.

criterio di risoluzione delle antinomie, normalmente determinate dal consolidamento degli effetti prodotti dall'atto amministrativo illegittimo eppure non caducabile, ove non impugnato entro lo stretto termine decadenziale di sessanta giorni, né tantomeno annullabile (se viziato) o revocabile (se inopportuno) in autotutela, se non in un tempo ragionevole, tenuto conto dell'affidamento ingenerato nei terzi e/o comunque sussistendo determinate condizioni individuate dalla legge»<sup>10</sup>.

*3. Dall'obbedienza cieca all'obbedienza responsabile: il delitto di inosservanza di istruzioni quale argomento a contrario per sostenere la natura preponderante della disciplina nel reato di disobbedienza*

Il codice penale militare di pace conosce altre figure delittuose che sembrano condividere, con il reato di disobbedienza, il profilo attinente all'inosservanza delle indicazioni ricevute dal superiore gerarchico.

Il libro secondo, in particolare, dedica, all'interno del titolo secondo, capo I, un'intera sezione (III) ai reati contro la violazione dei doveri inerenti a speciali servizi.

Tra tutti, l'art. 125 c.p.m.p., sanziona la condotta dell'ufficiale, incaricato di una missione o di una spedizione od operazione militare, che non ottempera, senza giustificato motivo, alle istruzioni ricevute, sempreché la condotta ne abbia pregiudicato, in concreto, l'esito.

Deve, tuttavia, preliminarmente osservarsi come proprio l'esistenza di una simile fattispecie sembrerebbe confermare che il (diverso) reato di disobbedienza, previsto dall'art. 173 c.p.m.p., tuteli il solo bene giuridico della disciplina, considerata valore irrinunciabile per un'efficace organizzazione del servizio militare, non potendosi in alcun modo ancorare, alla legittimità dell'ordine, l'attivazione dell'obbligo giuridico di eseguirlo (ferma ogni considerazione in relazione al dovere di astensione dall'esecuzione del comando manifestamente criminoso).

In proposito, va evidenziato come non si possa certamente negare che le istruzioni (richiamate dall'art. 125 c.p.m.p.) sembrerebbero comunque riconducibili alla categoria degli ordini, sebbene prive del carattere della perentorietà.

---

<sup>10</sup> V. R. GALASSO, *Profilassi vaccinale illegittima e limiti al sindacato sull'ordine militare relativo alla somministrazione: reato di disobbedienza e principio di continuità amministrativa*, cit., p. 49.

Va, però, considerato, appunto, come esse, operando in settori caratterizzati da un alto tasso di specializzazione, presentino, piuttosto, natura ordinatoria, in quanto il discostamento dalle stesse, alla luce delle circostanze del caso concreto, non solo potrebbe risultare giustificabile ma, persino, dovuto.

L'impossibilità di dettagliare l'ordine, invero, risulterebbe connessa alla complessità tecnica dell'attività comandata; alla imponderabilità delle variabili che possono, in concreto, caratterizzarla; alla opportunità, perciò, di tratteggiare soltanto delle linee guida indicative, nella consapevolezza che il discostamento dalle stesse possa costituire un'eventualità niente affatto remota (non a caso la norma non sanziona l'inosservanza quando la stessa si fonda su un «giustificato motivo»).

Le istruzioni possono essere contenute in direttive, circolari e pubblicazioni di natura tecnica, approvate dagli organi apicali delle Forze Armate e dei Corpi militari, oggetto di diramazione a cascata, e destinate alla regolamentazione dell'attività operativa.

Con le stesse possono, ad esempio, essere previste regole di volo o di navigazione, ivi comprese quelle relative alla programmazione e all'approntamento dei cc.dd. piani, sulla base di calcoli complessi che tengano conto dei particolari comportamenti dei velivoli o dei natanti, nonché dei fluidi entro i quali essi si muovono, in determinate condizioni meteorologiche e/o aero e idrodinamiche o, ancora, tenuto conto dell'incidenza che tali variabili possono spiegare in termini di compromissione o comunque di riduzione delle capacità sensoriali e/o di governo, riferibili ai piloti.

Così, ad esempio, in materia di navigazione in acque ristrette, tenuto conto della vicinanza della linea di costa e dei fenomeni idrodinamici ed idrostatici ad essa connessi, le pubblicazioni di settore<sup>11</sup> prevedono uno specifico margine di sicurezza, per il calcolo delle linee limite di pericolo (da non oltrepassare) considerata la batimetrica (e cioè la profondità del fondale) e il pescaggio del natante, in considerazione del c.d. effetto rimbalzo (*squat effect*) che ne determina il maggiore affondamento nel suo stesso solco.

Del pari, nell'ambito della navigazione aerea, i manuali di gestione della sicurezza del volo e le regole per il traffico aereo operativo<sup>12</sup> impongono un'attenta pianificazione che tenga conto della capacità dei piloti (se del

---

<sup>11</sup> Cfr., in proposito, le linee guida della Marina Militare "CINCNAV/CN-ME 002 NC", in materia di navigazione in acque ristrette, approvate dal Comandante in Capo della Squadra Navale della Marina Militare.

<sup>12</sup> Cfr. Direttiva S.M.A.-USA-101, in materia di regole del volo per il traffico aereo operativo, approvata dal Capo di Stato Maggiore dell'Aeronautica Militare.

caso certificata all'esito di periodiche esercitazioni) dell'eventuale parziale inefficienza di sistemi strumentali, indispensabili per operare manovre in condizioni metereologiche ostili, nonché dell'orografia del territorio e della presenza di ostacoli fissi insistenti sull'area di sorvolo<sup>13</sup>.

Tali pubblicazioni, impongono, altresì, un'accurata riprogrammazione laddove, anche in fase esecutiva, sopravvengano circostanze idonee a compromettere i richiesti livelli di sicurezza<sup>14</sup>.

Ciononostante, le istruzioni, nei termini appena descritti, non possono che presentare valore indicativo.

Se nel corso della navigazione marittima, una delle unità del dispositivo sia divenuta, ad esempio, parzialmente ingovernabile, a causa di un blocco del motore, che ne abbia determinato il ritardo nell'accostata, il comandante della nave che segue potrà, entro certi termini, trovarsi costretto a ritardare a suo modo l'accostata (discostandosi dalla rotta pianificata tenendo conto dell'azione di fattori climatici avversi e della connessa opportunità di mantenersi, prudentemente, più lontani dalla linea di costa) per sventare il rischio di un impatto con il natante a ridotta governabilità, che lo precede, i cui effetti si profilerebbero ancor più devastanti dell'incaglio che, in concreto, si dovesse verificare.

Così, neppure potrebbe dubitarsi del fatto che la sopravvenuta necessità di assicurare, anche in condizioni metereologiche ostili, l'atterraggio del velivolo, attinto da un'improvvisa ed imprevedibile avaria ai sistemi di bordo strumentali, costituirebbe giustificato motivo per discostarsi dalla direttiva in materia di visibilità minima per l'avvicinamento a vista (come nell'ipotesi in cui l'aeromobile non disponga di carburante sufficiente a garantirne la navigazione verso altra pista, con area di sorvolo nitida).

È, forse, proprio nella prospettiva della complessità delle determinazioni da assumere, che la norma individua nel solo ufficiale (dotato di un più sofisticato grado addestrativo) il soggetto attivo del reato.

Le istruzioni, a ben vedere, costituiscono un paradigma entro il quale il militare ha consapevolezza di potersi muovere e, specularmente, sindacare

---

<sup>13</sup> In particolare, ai sensi della richiamata direttiva, è richiesta un'accurata pianificazione ed imposto il mantenimento di una certa distanza minima di affrancamento notturna (c.d. DMAN) dalla sommità dell'ostacolo più alto insistente sul piano di terra, da osservare entro le 3 NM (miglia nautiche) da esso.

<sup>14</sup> Sono indicate, peraltro, procedure di comunicazione con i cc.dd. enti di controllo (ente di controllo su pista, c.d. ATS, *Air Traffic Service*, e Unità di approccio, c.d. APP, *Approach Control Unit*) che devono essere informati dai piloti, in merito alle intenzioni per l'atterraggio, al fine di ottenere la relativa autorizzazione, sulla base dei parametri richiesti, con particolare riferimento alle condizioni metereologiche. Al riguardo, cfr. direttiva S.M.A.-USA-101, cit.

l'eventuale ordine con esse contrastante, promanato, in concomitanza del servizio, da un superiore che, ad esempio, intenda, sprezzante del pericolo, condurre all'estremo un'esercitazione, nella convinzione intima del valore addestrativo delle sole situazioni a limite (senza potersi, d'altra parte, escludere che il comando sopravvenuto risulti motivato, piuttosto, dalla necessità di stimolare il discostamento dalle direttive, ricorrendone il giustificato motivo, proprio al fine di prevenire il rischio di un disastro).

Per altro verso, esse integrerebbero un ordine, sia pur non perentorio, in considerazione dell'ammissibilità di ragionevoli discostamenti, dovendosi qui discutere di obbedienza responsabile in luogo della cieca ottemperanza.

Tale circostanza conduce, a ben vedere, a due possibili (ed opposte) chiavi interpretative della fattispecie di disobbedienza, *ex art.* 173 c.p.m.p., in termini di reato contro la disciplina (obbedienza cieca) o di delitto contro il servizio (obbedienza responsabile).

Da un lato, la scelta del legislatore di subordinare – per il delitto di cui all'art. 125 c.p.m.p. – la punibilità della condotta alla compromissione dell'operazione (in termini di condizione obbiettiva di punibilità o di evento del reato) costituirebbe un argomento per sostenere l'irrilevanza del pregiudizio del servizio (e la rilevanza della sola disciplina) per tutte le fattispecie che non lo contemplino (quali il delitto di cui all'art. 173 c.p.m.p.) dovendosi discutere, piuttosto, di disobbedienza mera e ciò in base al principio *lex, ubi noluit, taquit*. In una simile prospettiva (che apparirebbe la più corretta) la disciplina costituirebbe il bene giuridico per eccellenza della disobbedienza, di cui all'art. 173 c.p.m.p. Ragionamento analogo andrebbe condotto in punto di insindacabilità degli ordini illegittimi non criminosi, giacché il discostamento dall'istruzione, ammesso, *a contrario*, dall'art. 125 c.p.m.p., ove sussista un giustificato motivo, non dovrebbe ritenersi mai compatibile con gli ordini perentori di cui all'art. 173 c.p.m.p., per i quali la fattispecie non contempla alcun margine di valutazione (mancando riferimenti espressi al c.d. giustificato motivo) operando, al più, le comuni cause di giustificazione, di cui agli artt. 51, 52, 54 c.p.

Dall'altro, in senso opposto, valorizzando il profilo attinente alla sussistenza di un ordine, quale presupposto anche dell'inosservanza, di cui all'art. 125 c.p.m.p. (così come per la disobbedienza, *ex art.* 173 c.p.m.p.) la rilevanza assunta, in tale fattispecie – sotto il profilo dell'offensività della condotta – dal pregiudizio arrecato in concreto al servizio, rappresenterebbe la spia della portata assorbente (anche nel reato di disobbedienza, di cui all'art. 173 c.p.m.p.) del servizio e della generalizzata ammissibilità della sola obbedienza responsabile, con l'evidente conseguenza dell'allargamento (in contrasto, però, con il dato normativo espresso dall'art. 729, d.P.R.

15 marzo 2010, n. 90) delle maglie del sindacato esercitato, dal militare, sull'ordine ricevuto dal superiore.

A questo punto, appare allora forse opportuno sviluppare più approfonditamente l'analisi, tenuto conto di ulteriori dati significativi espressi dalla norma di cui all'art. 125 c.p.m.p., dai quali si evince, chiaramente, l'irriducibilità del reato di inosservanza a fatto di mera disobbedienza e la connessa impossibilità di traslare, su tale ultima fattispecie (art. 173 c.p.m.p.) gli elementi strutturali della prima (art. 125 c.p.m.p.) con particolare riferimento alla compromissione del servizio e alla legittimità dell'ordine, quali elementi indefettibili per la sanzionabilità della condotta inottemperante.

Innanzitutto, va considerato che l'art. 125 c.p.m.p., al suo terzo comma, contempla anche la fattispecie colposa (meno severamente punita).

Non può, pertanto, dubitarsi del fatto che, alla luce di una simile possibile declinazione della condotta, il bene giuridico tutelato dalla norma vada individuato nel servizio (e cioè nella missione, nella spedizione o nella operazione che l'inosservanza finirebbe per compromettere) e non già nella disciplina.

Se, infatti, il bene giuridico tutelato dalla norma di cui all'art. 125 c.p.m.p. fosse rappresentato dalla disciplina, risulterebbe del tutto irragionevole sanzionare il comportamento colposo, in quanto tale « involontario » e – pertanto – estraneo ad ogni logica oppositiva, nell'ambito della relazione gerarchica (centro gravitazionale del reato di disobbedienza)<sup>15</sup>.

Nella prospettiva della centralità del servizio (e dell'estraneità della « disciplina » al bene giuridico tutelato dall'art. 125 c.p.m.p.) complesso appare, poi, l'inquadramento della compromissione dell'esito della missione, spedizione od operazione, come richiamata dalla norma.

Indubbiamente, infatti, se il bene giuridico tutelato, in via immediata, dalla norma è rappresentato dall'efficienza dell'azione amministrativa, dovrebbe ritenersi che l'inottemperanza mera – alla quale non abbia fatto seguito il definitivo pregiudizio per l'operazione – non sia, da sola, sufficiente a consumare integralmente il contenuto offensivo della condotta.

---

<sup>15</sup> Peraltro, sembrerebbe compatibile con la fattispecie unicamente l'imperizia, quale possibile declinazione della colpa, in termini di ignoranza delle direttive in materia. Laddove, infatti, il militare incaricato abbia perfetta conoscenza delle linee guida, sarà difficilmente sostenibile che il discostamento consapevole dalle stesse, per mera imprudenza, non ricada nel fuoco del dolo. Risulterebbe, invece, immaginabile l'inosservanza colposa, determinata da errori di valutazione, in ordine alla ricorrenza di circostanze a fronte delle quali, normalmente, occorrerebbe porre in essere eventuali procedure, richiamate dalle superiori istruzioni.

D'altra parte, in senso contrario, alla luce del dato letterale della norma – laddove la verifica di una simile circostanza sembrerebbe richiamata ai fini della punibilità, e non già del perfezionamento del reato – parrebbe doversi escludere che il pregiudizio costituisca l'evento del reato (in senso tecnico) la formulazione dell'art. 125 c.p.m.p. rinviando, piuttosto, al concetto della condizione obiettiva di punibilità, di cui all'art. 44 c.p., ai sensi del quale, quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto.

In proposito, tuttavia, neppure può trascurarsi il dibattito<sup>16</sup> intorno all'inquadramento dogmatico di tale categoria e alla riconducibilità o meno, alla stessa, di alcune tra le ipotesi contemplate dal codice in termini (apparentemente) condizionali, tenuto conto dell'esistenza di figure eterogenee<sup>17</sup> (non sempre rispondenti alla formula ricavata dalla tradizione

<sup>16</sup> In argomento, *ex multis*, v.: E. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1989, p. 1440; E. ANTONINI, *Condizioni oggettive di punibilità*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, II, Giuffrè, Milano 2006, p. 1203; S. ARDIZZONE, *Condizione obiettiva di punibilità*, in *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di M. Ronco, vol. II, tomo I, Zanichelli, Bologna 2007, p. 599; V. N. D'ASCOLA, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2004; C. F. GROSSO, *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1988, p. 409; ID., *Struttura e sistematica dei c.d. delitti aggravati dall'evento*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1963, p. 492; F. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1981, p. 465; V. MORMANDO, *L'evoluzione storico-dogmatica delle condizioni obiettive di punibilità*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1996, p. 610; G. NEPPI MODONA, *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. VII, TRECCANI, Roma 1988, pp. 1 ss.; ID., *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1971, p. 184; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, CEDAM, Padova 1972; ID., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano 1955; A. PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita e responsabilità oggettiva nella teoria del reato*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1985, p. 624; A. PAGLIARO, S. ARDIZZONE, *Sommario del diritto penale italiano. Parte generale*, 2 ed., Giuffrè, Milano 2006, p. 203; F. RAMACCI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Jovene, Napoli 1971; P. VENEZIANI, *Spunti per una teoria del reato condizionato*, CEDAM, Padova, 1992; P. ZANOTTI, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. X, UTET, Torino 1995, p. 534.

<sup>17</sup> Alcuni dei quali concomitanti alla condotta (quale, ad esempio, la sorpresa in flagranza per la contravvenzione di partecipazione al gioco d'azzardo o per quella di ubriachezza); altri non del tutto estranei al disvalore espresso dal fatto tipico offensivo, distinguendosi, al riguardo, tra condizioni estrinseche e condizioni intrinseche, o, ancora, tra condizioni proprie e improprie. Sulla distinzione tra condizione estrinseche e condizioni intrinseche, v. P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè,

pandettistica, secondo la quale le condizioni obiettive di punibilità rappresenterebbero eventi futuri e incerti, al cui verificarsi la legge subordina la punizione) e delle innegabili contraddizioni tra il meccanismo di imputazione oggettiva (*ex art. 44 c.p.*) ed il principio di colpevolezza (*art. 27 Cost.*).

Ad ogni buon conto – tentando di offrire una chiave interpretativa fedele al dato letterale della norma, alla luce della quale sembrerebbe doversi comunque escludere che la compromissione della missione, operazione o spedizione, contemplata dall'*art. 125 c.p.m.p.*, integri l'evento, in senso tecnico, del reato – risulterebbe opportuno un temperamento, in via esegetica, che renda la fattispecie compatibile con il principio di colpevolezza, considerato il disvalore espresso dall'esito infausto dell'inosservanza, nella prospettiva del servizio.

Se, dunque – in altri termini – si intenda tenere ferma, da un lato, la centralità del servizio (e la connessa estraneità della «disciplina» al bene giuridico tutelato dalla norma, di cui all'*art. 125 c.p.m.p.*) e, dall'altro, coerentemente, non trascurare che la compromissione della missione, spedizione od operazione, pur non assurgendo ad evento del reato, neppure risulti riconducibile alla categoria delle condizioni di punibilità estrinseche, occorrerà procedere ad una verifica in ordine alla prevedibilità e/o evitabilità della relativa verifica<sup>18</sup>.

Orbene – tornando al reato di disobbedienza, di cui all'*art. 173 c.p.m.p.* – non può trascurarsi che, ai fini della punibilità, il legislatore non richiama espressamente (come per il delitto di inosservanza, *ex art. 125 c.p.m.p.*) alcuna circostanza che si aggiunga all'inottemperanza dell'ordine impartito dal superiore gerarchico. Né la fattispecie contempla, esplicitamente, l'eventualità di un discostamento dalle indicazioni ricevute, per giustificato motivo (salvo, chiaramente, l'obbligo di astensione, dalla

---

Milano 1955, p. 14. Cfr., altresì, M. ROMANO, *Commentario sistematico di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, Milano 2004, p. 478, il quale, distingue tra condizione proprie e improprie, a seconda che esse rispondano ad un ordine di valutazioni diverse rispetto a quelle che hanno condotto alla previsione legale del reato, ovvero ad un fenomeno di progressione criminosa, in forza del quale il verificarsi della condizione attualizza un'offesa potenziale.

<sup>18</sup> In proposito, è stato osservato come si sia in presenza, talvolta, di 'eventi mascherati', cioè eventi offensivi a tutti gli effetti e, come tali, imputabili all'autore solo se prevedibili ed evitabili (A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, vol. II, Giuffrè, Milano 2007, p. 227) o comunque impedibili (G. LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Jovene, Napoli 1996, p. 358): il pericolo per la pubblica incolumità nell'incendio di cosa propria (*art. 423, 2° comma*); il verificarsi del suicidio nel delitto di istigazione (*art. 580 c.p.*); il nocumento derivante dalla illecita rivelazione della corrispondenza (*art. 618 c.p.*); il mancato adempimento dell'obbligazione nel delitto di insolvenza fraudolenta (*art. 641 c.p.*).

relativa esecuzione, laddove l'ordine appaia manifestamente criminoso).

Risulterebbe evidente che, quando il legislatore intenda tutelare il buon esito del servizio (e non già la disciplina, quale valore irrinunciabile, che ne costituisce comunque il presupposto) considera espressamente una simile circostanza nella costruzione della fattispecie (come accade ai sensi dell'art. 125 c.p.m.p.) quantomeno in termini di condizione obbiettiva di punibilità (intrinseca).

Laddove, invece, si intendesse ridurre il reato di inosservanza, *ex art. 125 c.p.m.p.*, a particolare declinazione della «disobbedienza», *ex art. 173 c.p.m.p.* – quasi che le citate norme fossero, tra di loro, in un rapporto di *species ad genus* – e dedurre, dal richiamo al buon esito della spedizione, missione od operazione, effettuato, ai fini della punibilità, dalla prima (art. 125 c.p.m.p.) un argomento per sostenere che l'inottemperanza agli ordini (in generale e, dunque, anche ai sensi dell'art. 173 c.p.m.p.) integrerebbe sempre un reato contro il servizio (purché in concreto lo abbia pregiudicato) si arriverebbe all'assurdo di affermare che un fatto di disobbedienza evidentemente grave, in quanto potenzialmente idoneo a compromettere una spedizione, una missione o comunque un'operazione (quale l'inosservanza, *ex art. 125 c.p.m.p.*) non dovrebbe essere punito, ogniqualvolta non si verifichi quella compromissione (stando al tenore letterale della norma) mentre il fatto di disobbedienza, di cui all'art. 173 c.p.m.p., eventualmente più tenue (perché attinente, ad esempio, all'ordine di movimentare, in altro locale, il mobilio contenente un archivio, al fine di ricavare spazio utile nel vano precedentemente occupato) andrebbe sempre punito (salvi i casi in cui si dia prova che quella inottemperanza sia risultata priva di conseguenze significative per l'organizzazione del servizio).

Sembra, quindi, potersi forse osservarsi che, aderendo all'impostazione (qui avversata) secondo la quale il bene giuridico tutelato dal reato di disobbedienza, *ex art. 173 c.p.m.p.*, andrebbe individuato nel servizio, ed ancorando, quindi, la sanzionabilità dell'inottemperanza alla relativa compromissione, si introdurrebbe, in via interpretativa (ed in spregio del principio secondo il quale *lex ubi voluit, dixit, ubi noluit, taquit*) una sorta di occulta condizione obbiettiva di punibilità (espressamente prevista, invece, per altre fattispecie, come per il reato di inosservanza, di cui all'art. 125 c.p.m.p.).

4. *Disobbedienza ed ordini ad alto tasso di discrezionalità: il movente del reato, tra finalità conservativa, obiezione ideologica e aspirazione orientativa*

Dal punto di vista criminologico – a parte i casi in cui la disobbedienza si risolve nella mera indolenza del militare – il movente della condotta inottemperante può variare, potendo venire in rilievo ipotesi in cui:

- 1) l'esecuzione dell'ordine esporrebbe il militare al rischio di compromissione della propria posizione lavorativa (qualora, ad esempio, l'ordine abbia ad oggetto la sottoposizione a *drug test* e il militare opponga il proprio rifiuto, certo del relativo esito positivo, allo scopo di evitare l'applicazione di una sanzione disciplinare) o, addirittura, all'eventuale incardinamento di un procedimento penale (laddove il richiamato *drug test* sia stato disposto a conferma di una condizione di menomazione della sua capacità, riscontrata nel corso del servizio, ex art. 139 c.p.m.p.);
- 2) il rifiuto risponda ad aspirazioni conservative del proprio *status* (qualora, ad esempio, il militare abbia motivo di temere che la comandata comparizione, innanzi alla commissione medica ospedaliera, per valutarne l'idoneità al servizio, lo esponga al rischio concreto di un giudizio negativo);
- 3) attraverso il rifiuto, il militare manifesti un atteggiamento interiore di contrapposizione, prima ancora che ad una regola giuridica (qual è il dovere di ottemperare all'ordine) al giudizio di valore sotteso all'ordine (quando quest'ultimo, ad esempio, abbia ad oggetto la sottoscrizione del documento valutativo del militare – cc.dd. note caratteristiche – ed egli consideri ingiusta la valutazione espressa dal superiore che, poi, gli sottoponga, per presa visione, quel documento);
- 4) il rifiuto costituisca lo strumento di ritenuta salvaguardia della propria salute (laddove, ad esempio, il militare si sia sottratto alla comandata somministrazione di una determinata prestazione sanitaria – come, ad esempio, il vaccino – indispensabile per il suo impiego su un certo teatro operativo, ai sensi dell'art. 206-bis del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, Codice dell'ordinamento militare, poi dichiarato incostituzionale, su cui v. *infra*, alla nota 35);
- 5) il rifiuto abbia costituito lo strumento per boicottare l'azione di comando.

Nei primi tre casi, la disobbedienza sembrerebbe rispondere a dinamiche meramente istintive, al di fuori di ogni calcolo razionale, giacché, nel primo, il pregiudizio che si intenderebbe evitare risulta, sostanzialmente, equivalente a quello che il rifiuto stesso va a determinare (si vuole, cioè, evitare l'incardinamento di un procedimento disciplinare o penale e si

incorre, disobbedendo, nel pericolo di un'incriminazione, *ex art. 173 c.p.m.p.*); nel secondo, la prolungata assenza dal servizio (che può essere nuovamente reso, soltanto all'esito della valutazione della commissione medica) conduce, in ogni caso, ad un giudizio di inidoneità; nel terzo, il procedimento amministrativo valutativo segue, comunque, il suo corso (essendo peraltro ammessi rimedi giustiziali e giurisdizionali avverso il giudizio espresso).

In realtà, a ben vedere, la scelta di disobbedire – esponendosi, così, al rischio di incardinamento di un procedimento penale – potrebbe comunque costituire l'epilogo di un'attenta ponderazione degli interessi in gioco, considerata, ad esempio, l'eventualità, niente affatto remota, che, risultato positivo al *drug test*, il militare, assuntore abituale, venga definitivamente estromesso dalla Forza Armata o dal Corpo (ipotesi n.1). Così come – consapevole del proprio precario stato psichico – il militare, confidando nella natura transitoria di un disturbo, potrebbe orientarsi a disobbedire all'ordine di sottoporsi al giudizio della commissione medica, sperando di trovarsi in condizioni di idoneità al servizio, alla convocazione successiva (ipotesi n. 2).

Il rifiuto – opposto dal militare che non ne condivida il contenuto – di sottoscrivere il documento valutativo (ipotesi n. 3) invece, sembrerebbe ispirato a fattori esclusivamente ideologici, considerato, peraltro, il riconoscimento di rimedi giudiziari e giustiziali (quale, ad esempio, il ricorso gerarchico) validi ad eventualmente sovvertire l'esito del giudizio espresso dal superiore.

Negli altri due casi, infine, il militare, disobbedendo, può ambire, in astratto, a conseguire il suo scopo. Ed invero (ipotesi n.4) fatta eccezione per i trattamenti sanitari coercibili (tra i quali, ad esempio, il trattamento sanitario obbligatorio, c.d. T.S.O.) il rifiuto inibisce sempre, di fatto, la somministrazione (ferma restando, per i trattamenti obbligatori – ancorché non coercibili – la connessa irrogazione di misure, anche di carattere interdittivo, in caso di rifiuto, come avvenuto, ad esempio, in tema di vaccini contro l'epidemia da COVID-19, laddove la mancata somministrazione precludeva agli operatori sanitari di svolgere la propria attività lavorativa).

Il boicottaggio (ipotesi n. 5) infine, intaccando l'azione di comando del superiore, può finire concretamente per esporlo al rischio di una sostituzione, ad opera della superiore gerarchia, in ragione dell'*impasse* che genera l'atteggiamento oppositivo dei militari disobbedienti.

È possibile, inoltre, distinguere – ponendo mente alle ipotesi elencate

– tra disobbedienza a logica conservativa (nn. 1, 2 e 4) e inottemperanza orientativa (nn. 3 e 5): il primo tipo di condotta mira ad impedire sviluppi pregiudizievoli della propria posizione militare; il secondo, a sollecitare determinazioni organizzativo/valutative maggiormente rispondenti alle proprie aspettative.

Tendenzialmente, comunque, la disobbedienza sembrerebbe rispondere a moventi utilitaristici, il pregiudizio connesso all'eventuale sottoposizione ad un procedimento penale rappresentando il 'prezzo' che il militare è disposto a pagare, per tentare di sovvertire l'ordine in contrasto con i propri interessi e/o aspettative.

Vale, in ogni caso, sottolineare come si manifestino, con una certa preponderanza, fatti di disobbedienza in chiave conservativa, risultando, in particolare, evidente la prevalenza delle ipotesi di inosservanza degli ordini connessi all'organizzazione dell'attività di controllo medico-sanitario o comunque di erogazione dei relativi servizi. Tanto dimostrerebbe una tendenziale maggiore resistenza del militare al recepimento di ordini non immediatamente ricollegati all'organizzazione del servizio militare in senso stretto, bensì funzionali all'espletamento di attività, all'esito delle quali soltanto il destinatario potrà essere impiegato per il servizio.

In una simile prospettiva, dunque, sembrerebbe che l'interiorizzazione degli ordini a valenza 'strumentale' (soprattutto in quanto attinenti ad interessi sensibili) risulti più attenuata rispetto a quella riferibile agli ordini 'finali', la disobbedienza venendo percepita, in tali casi, eticamente meno riprovevole dell'inosservanza di disposizioni perentorie, destinate a regolamentare le attività di natura operativa.

La maggiore resistenza a tali categorie di ordini, potrebbe spiegarsi, inoltre, con la ridotta accessibilità al (e la ridimensionata dominabilità del) sapere tecnico, di cui risultano intrise le valutazioni discrezionali, da assumere all'esito dei procedimenti che quegli ordini sono funzionali ad avviare (si pensi, ad esempio, ai giudizi medico-sanitari che abbiano ad oggetto l'idoneità al servizio); il che dimostrerebbe, a ben vedere, che quanto più basso appare l'indice di sindacabilità della decisione, più alta è la resistenza del destinatario ad adeguarvisi.

D'altra parte, laddove l'ordine si riveli agevolmente sindacabile (di fatto e non in chiave giuridica, l'insindacabilità essendo connaturata all'ordine militare) il destinatario sarà sollecitato ad assumere determinazioni più responsabili, consapevole dell'ineluttabilità della contestazione, ai sensi dell'art. 173 c.p.m.p., in caso di inosservanza.

Quando, invece, l'attività comandata costituisca il presupposto

per l'avvio di un procedimento ad esito altamente discrezionale, il destinatario – eventualmente nel timore (più o meno fondato) di subire strumentalizzazioni e/o ingiustizie, vista anche l'evidente opinabilità del giudizio – appare maggiormente sensibile a logiche conservative.

La tendenza al sindacato, in altri termini, sembrerebbe connotata all'interiorizzazione di qualsiasi tipo di ordine e, laddove il controllo risulti di fatto impedito o non pienamente attuabile, in ragione della complessità delle valutazioni a compiersi, più elevata risulta la probabilità della disobbedienza.

##### *5. I rapporti tra l'accertamento incidentale relativo alla legittimità dell'ordine militare e l'esercizio del potere disapplicativo da parte del giudice penale*

Come più sopra osservato, la questione relativa alla doverosità di un controllo, da parte del giudice penale, in merito alla legittimità dell'ordine militare, ai fini della configurabilità del reato di disobbedienza, di cui all'art. 173 c.p.m.p., sembrerebbe speculare rispetto a quella dell'ammissibilità dell'esercizio del potere disapplicativo, da parte di quello stesso giudice.

La dottrina che si è diffusa, in ordine alle tecniche di sindacato esercitato dal giudice penale, sull'azione amministrativa, ha osservato come, tra le più rilevanti, vi siano quelle riferibili alla disapplicazione del provvedimento amministrativo (sebbene la legge attribuisca tale potere esclusivamente al giudice civile) e quelle riconducibili alla c.d. concezione sostanziale della tutela penale (del territorio, in particolare) che, però, finirebbe per realizzare una disapplicazione mascherata o occulta<sup>19</sup>.

Il giudice penale, in particolare, finirebbe per svolgere «un sindacato sul provvedimento amministrativo e, quindi, sull'azione amministrativa, investendo anche la valutazione discrezionale»<sup>20</sup>. Al riguardo, è con riferimento ai cc.dd. reati edilizi che si sono manifestate le maggiori aperture della giurisprudenza al riguardo.

In via del tutto preliminare, deve osservarsi come, dopo aver abolito i tribunali speciali investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile quanto in materia penale, ed aver devoluto, con il

---

<sup>19</sup> Cfr. S. PERONGINI, *Il sindacato del giudice penale sulle valutazioni discrezionali dell'amministrazione*, in «Diritto Amministrativo», n. 2, 2023, pp. 229 ss.

<sup>20</sup> Laddove «il provvedimento amministrativo assolve a una funzione negatrice del fatto; in particolare, esso compare come elemento normativo negativo del fatto di reato». Si pensi, in proposito, ai cc.dd. reati edilizi o all'abuso d'ufficio, oggi abolito.

proprio art. 1, le relative controversie alla giurisdizione ordinaria, la legge sul contenzioso amministrativo (allegato E della legge 20 marzo 1865, n. 2248) ha specificato, all'art. 2, che l'attribuzione ha ad oggetto «tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa».

Ogni materia non ricompresa in quelle richiamate dall'art. 2, invece, resta attribuita «alle Autorità amministrative» e alla relativa potestà provvedimentale, salvo «il ricorso in via gerarchica» (art. 3) e – dopo l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato con funzioni giurisdizionali (con la legge 31 marzo 1889, n. 5992) ed i successivi interventi normativi nella medesima direzione (fino alla legge 6 dicembre 1971 n. 1034, istitutiva dei tribunali amministrativi) – la devoluzione, al giudice amministrativo, delle «controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni» (art. 7 decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, c.d. Codice del processo amministrativo).

In continuità con i limiti stabiliti dall'art. 2 cit., la disposizione di cui all'art. 4 stabilisce che «quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'Autorità amministrativa, i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio». Sebbene «l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative» (che in ogni caso «si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso») è chiaro che la prerogativa 'cognitiva' richiamata dalla norma, sarà esercitata, dal giudice ordinario, nei termini di un sindacato di legittimità dell'atto amministrativo, dal momento che «in questo come in ogni altro caso, le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi» (art. 5). Ed è proprio da tale ultima prescrizione relativa all'applicazione (soltanto) degli atti conformi a legge, che si deduce lo speculare dovere di disapplicare quelli illegittimi.

Nonostante il riferimento alla tutela dei diritti civili e politici, operato dall'art. 2 cit., in dottrina e giurisprudenza è stata a lungo sostenuta l'ammissibilità dell'esercizio di un potere disapplicativo (non soltanto da

parte del giudice civile, a tutela dei diritti soggettivi, ma) anche da parte del giudice penale, laddove l'atto richiamato – quale elemento negativo del fatto – dalla norma incriminatrice risulti, appunto, illegittimo.

In particolare, è stato sostenuto, in dottrina<sup>21</sup>, che mentre l'art. 4 della l. n. 2248/1865, all. E, farebbe riferimento al potere del giudice di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi lesivi di un diritto soggettivo (quando, appunto, «la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa»), sarebbe l'art. 5 della stessa legge a generalizzare il rimedio, laddove ne sancirebbe la possibilità di esercizio «in questo, come in ogni altro caso».

In senso contrario, è stato osservato, però, come una simile interpretazione dell'art. 5 finirebbe per negare all'art. 4, primo comma, valore normativo. In particolare, «secondo la tesi in esame, “in questo caso”, vale a dire “quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa”, e “in ogni altro caso”, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti, generali e locali, in quanto conformi alle leggi», ma «se in tutti i casi le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti, in quanto conformi alle leggi, l'art. 4, primo comma, non possiede alcun valore normativo, perché l'art. 5 già assorbe quanto previsto dall'art. 4, primo comma» e, in tal senso, «la previsione dell'art. 4, primo comma, diventa del tutto superflua»<sup>22</sup>.

Diversamente, è stato sottolineato come verrebbe in rilievo la norma di cui all'art. 4 ogniquale volta l'oggetto del giudizio sia rappresentato dalla lesione, da parte del provvedimento amministrativo, di un diritto soggettivo. In tal caso, si sarebbe «in presenza di una ipotesi di cognizione diretta», mentre verrebbe in considerazione la disposizione di cui all'art. 5 «quando il giudice per pronunciarsi sull'oggetto del giudizio deve conoscere, in via incidentale, un provvedimento amministrativo», assistendosi, in questo caso, ad «un'ipotesi di cognizione incidentale»<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> V. S. PERONGINI, *Il sindacato del giudice penale sulle valutazioni discrezionali dell'amministrazione*, cit., pp. 229 ss.

<sup>22</sup> Osserva l'A., come piuttosto, «la locuzione “in ogni altro caso” indica l'ipotesi in cui l'oggetto del giudizio non è dato dalla lesione del diritto da parte del provvedimento amministrativo, ma possiede altra natura e l'atto amministrativo ha un ruolo diverso» come accade nel «giudizio avente ad oggetto la titolarità di un bene, nel corso del quale uno dei contendenti fonda il proprio titolo su un provvedimento amministrativo»: in tal caso, «l'eventuale illegittimità di quest'ultimo consente la sua disapplicazione», l'art. 5 conservando «una sua autonoma valenza normativa».

<sup>23</sup> D'altra parte, laddove il legislatore – al di fuori delle previsioni di cui ai richiamati articoli 4 e 5 – ha inteso attribuire al giudice il potere disapplicativo, lo ha fatto espressamente,

Alla luce di tali argomenti, la Suprema Corte<sup>24</sup> ha stabilito che le norme di cui ai richiamati articoli non introdurrebbero un principio generalizzato di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice ordinario (sia esso civile o penale) per esigenze di diritto obiettivo. Il controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo, infatti, risulterebbe rigorosamente limitato, dal legislatore, ai soli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi ed alla specifica condizione che si tratti di accertamento incidentale, che lasci persistere gli effetti che l'atto medesimo è capace di produrre all'esterno del giudizio, salvo poi a tornare in argomento<sup>25</sup>, stabilendo, in particolare, che il reato previsto dall'art. 20, lett. a) della legge 28 febbraio 1985, n. 47 (per l'inosservanza delle disposizioni previste dalla stessa legge nonché dalla legge 17 agosto 1942, n. 1150, dai regolamenti edilizi e dagli strumenti urbanistici, ovvero delle prescrizioni e modalità esecutive previste dalla concessione in materia di intervento edilizio non assentito) sussisterebbe anche quando l'opera sia stata eseguita sulla base di una concessione edilizia illegittima.

Al riguardo, pur sottolineando che «al giudice penale non è affidato [...] alcun c.d. sindacato sull'atto amministrativo (concessione edilizia)», la Corte non esclude comunque, nella sostanza, che lo stesso possa sovrapporre, alla valutazione della Pubblica Amministrazione, il proprio convincimento sulla conformità o meno dell'opera assentita agli strumenti urbanistici, il giudice risultando in ogni caso «tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto (opera eseguenda o eseguita) e fattispecie legale, in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela, nella quale gli elementi di natura extrapenale suddetti convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo».

Una simile prerogativa non sarebbe volta «ad incidere sulla sfera dei poteri riservati alla pubblica amministrazione, e quindi ad esercitare un'indebita ingerenza, ma trova fondamento e giustificazione in una

---

introducendo specifiche ipotesi, quali «l'art. 7, comma 5, d.lgs. n. 546/1992, che conferisce un siffatto potere al giudice tributario» e «l'art. 63, comma 1, d.lgs. n. 165/2001» che «devolve al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ad eccezione di quelle di cui all'art. 1, comma 4 [...] ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti», stabilendo che «quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi». Se, dunque, è stata avvertita l'esigenza di intervenire per singole fattispecie, sarebbe perché gli articoli 4 e 5 non si applicherebbero a tutti i plessi giurisdizionali.

<sup>24</sup> V. Cass., Sez. Un., 31 gennaio 1987, n. 3, in «Cassazione Penale», n. 5, 1987, p. 878.

<sup>25</sup> V. Cass., Sez. Un., 12 novembre 1993, n. 11635, in «Rivista Giuridica dell'Edilizia», I, 1995, p. 269.

esplicita previsione normativa, la quale postula la potestà del giudice di procedere ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata»<sup>26</sup>.

Orbene, a parte ogni considerazione in ordine all'ammissibilità di poteri impliciti in capo all'autorità pubblica e, segnatamente, a quella giurisdizionale, e comunque alle connesse interferenze con i principi di tipicità e tassatività del diritto penale, il sindacato generalizzato (diretto o occulto) del giudice, sulla legittimità dell'atto amministrativo, fuori dai casi in cui sia richiesto, alla luce della stessa norma incriminatrice, sembrerebbe doversi escludere, anche in ragione della complessità (e non replicabilità) delle valutazioni rimesse, normalmente, alla Pubblica Amministrazione.

Il riconoscimento di una prerogativa disapplicativa, in capo al giudice penale «si tradurrebbe nella violazione del principio di divisione dei poteri e determinerebbe una inammissibile ingerenza del potere giurisdizionale negli ambiti riservati alle scelte politiche e discrezionali della pubblica amministrazione», considerato, altresì, che «il giudice penale accoglie una idea generica e indefinita di discrezionalità» ben lontana dalla «sua configurazione come valutazione comparativa dei vari interessi implicati nella vicenda»<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> In una simile prospettiva, «non può ritenersi che, sussistendo l'accertata aporia dell'opera edilizia rispetto agli strumenti normativi urbanistici ovvero alle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale, il giudice penale debba ugualmente concludere per la mancanza di illiceità penale solo perché sia stata rilasciata la concessione edilizia, la quale nel suo contenuto, nonché per le caratteristiche strutturali e formali dell'atto, non è idonea a definire esaurientemente lo statuto urbanistico ed edilizio dell'opera realizzanda senza rinviare al quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle stesse rappresentazioni grafiche del progetto, a seguito della cui approvazione, tale atto amministrativo viene emesso».

<sup>27</sup> In questo senso, v. S. PERONGINI, *Il sindacato del giudice penale sulle valutazioni discrezionali dell'amministrazione*, cit., pp. 229 ss. il quale sottolinea che relativamente ad «alcune figure sintomatiche di eccesso di potere, come nel caso di violazione del principio di proporzionalità [...] nel giudizio valutativo, come noto, confluiscono le opzioni culturali, politiche e giuridiche proprie dell'interprete». In argomento, osserva G. CONTENTO in *Giudice penale e pubblica amministrazione. Il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Laterza, Bari 1979, p. 79, come, attraverso il suo sindacato sull'azione amministrativa, il giudice penale finirebbe per dettare criteri e direttive alla Pubblica Amministrazione, per la cura dell'interesse pubblico. Con particolare riferimento al reato di abuso d'ufficio (prima delle recenti modifiche e della successiva abolizione) è stato, invece, osservato come, ai fini della sussistenza della fattispecie non possa prescindersi dall'attributo dell'ingiustizia del danno o del vantaggio procurato (focalizzando l'attenzione, esclusivamente, sulla violazione di legge o di regolamento) sicché, laddove il risultato dell'azione amministrativa risulti riconducibile nel novero di quelli astrattamente possibili, non vi sarebbero margini per sondarne l'ingiustizia intrinseca (potendo essa discendere soltanto da un cattivo uso della discrezionalità) aldilà di ogni valutazione relativa

all'inosservanza delle norme che avrebbero dovuto guidare l'azione amministrativa. In tal senso, v. A. VALLINI, *Abuso d'ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011 (*Trattato di diritto penale*, diretto da S. Moccia, vol. II), p. 315. Sviluppando le conseguenze di una simile affermazione, è chiaro che un sindacato giudiziale sul provvedimento, a valle, alla luce della rilevata illegittimità che abbia caratterizzato una o più fasi del procedimento, a monte, finirebbe per determinare una riedizione del potere amministrativo da parte del giudice, con inammissibile sua ingerenza nel merito. Neppure sembrerebbe mettere in discussione il richiamato principio di non ingerenza del giudice (in generale) nelle valutazioni della Pubblica Amministrazione, il disposto di cui all'art. 21 *octies* della l. 7 agosto 1990, n. 241, in materia di c.c.d.d. vizi non invalidanti. Non può parlarsi, infatti, di sindacato di merito del giudice (amministrativo) sull'atto, considerato che la valutazione relativa alla sua non annullabilità risulta consentita nei soli casi in cui «per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Al di fuori di tali ipotesi, non sarebbe comunque il giudice, quanto piuttosto l'Amministrazione resistente – al fine di ottenere il rigetto della domanda di annullamento, nel giudizio introdotto per censurare la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento (comma 2, seconda parte) – a poter dimostrare che «il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Più in generale, nella prospettiva di una non scontata interferenza tra vizi del provvedimento amministrativo e sussistenza della fattispecie penale e di una necessaria separazione della cognizione del giudice penale dal merito amministrativo, cfr., anche, E. MATTEVI, *Abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2022, p. 259, la quale, dopo aver rilevato che «la patologia del provvedimento ricorrerebbe sia quando è violata una disposizione sostanziale sia quando è violata una disposizione procedimentale, perché spesso gli effetti invalidanti di una violazione formale si riverberano sul profilo sostanziale» sottolinea come, chiedere al giudice penale di verificare se effettivamente la violazione della regola procedimentale si sia riverberata sull'adozione della decisione finale (per valutare, ad esempio, se in ipotesi di omessa comunicazione di avvio del procedimento, sia alterato il provvedimento a causa dell'omessa acquisizione degli interessi di cui sia titolare il soggetto pretermesso o se, in ipotesi di difetto di istruttoria, la scelta operata sia stata sbagliata) «significherebbe spesso chiedergli di sostituirsi all'amministrazione nella ponderazione degli interessi». Maggiori aperture, nella direzione dell'ammissibilità di un sindacato giudiziale sulla determinazione amministrativa, esprime, invece – anche in ordine alla (ormai abolita) fattispecie dell'abuso d'ufficio – T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in «Giurisprudenza Penale Web», 7-8, n. 6, 2020, p. 14, il quale osserva come «in linea di principio, il giudice penale non sindacava affatto un'attività amministrativa; valuta se sussista una condotta criminosa secondo i requisiti tipici stabiliti da una norma incriminatrice; e, se essa sussiste, di "merito" amministrativo non è neppure il caso di parlare. Merito amministrativo e 'merito' criminoso sono presenze alternativamente incompatibili nello stesso spazio giuridico: dove c'è l'uno, non può esserci l'altro, e viceversa». L'Autore sottolinea, in particolare, come «il merito amministrativo, rispetto ai delitti dei pubblici ufficiali tra la P.A., non è, e non può mai essere una zona franca sottratta al vaglio giurisdizionale, il giudice penale non potendo e non dovendo, quindi, arrestare l'indagine di fronte a nessuna barriera più o meno artificiosamente frapposta, né circoscriverla entro i limiti della mera legittimità

Tanto premesso in ordine ai problemi sottesi allo sconfinamento delle prerogative del giudice penale nelle valutazioni proprie della Pubblica Amministrazione – sia alla luce dei principi di tipicità e tassatività del diritto penale che a quelli di divisione dei poteri – nel delitto di disobbedienza la questione si pone in termini esattamente speculari. Il provvedimento amministrativo, infatti, si attegga ad elemento positivo della fattispecie. Ed invero, l'inottemperanza postula l'esistenza di un ordine, sicché non si tratta di valutare se la sua invalidità comporti l'illiceità della condotta, quanto, piuttosto, di verificare quali conseguenze discendano dalla sua illegittimità, in termini, eventualmente, di insussistenza del fatto.

Sembra, tuttavia, che la questione dei limiti al sindacato del giudice penale sulla legittimità dell'ordine militare si riproponga in termini analoghi, salvo a considerare che le richiamate tecniche opererebbero – relativamente al reato di disobbedienza – *in bonam partem*, giacché, come anticipato, dall'accertamento dell'invalidità dell'atto (ove ritenuto ammissibile) discenderebbe non già l'incriminazione della condotta, quanto, piuttosto, l'impossibilità di muovere un addebito nei confronti del militare che non abbia ottemperato al comando illegittimo.

D'altra parte, il problema della portata espansiva dell'incriminazione, attribuita alla tecnica disapplicativa (c.d. *in malam partem*) rappresenta – come sopra accennato – solo uno degli argomenti contrari all'esercizio di un simile potere da parte del giudice penale.

Inoltre, neppure sembra possibile ignorare che l'ordinamento concepisce il consolidamento degli effetti di un atto amministrativo inopportuno o illegittimo, tenuto conto della valorizzazione dell'effetto utile dell'azione amministrativa.

Va, in proposito, osservato, come ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della legge 7.8.1990 n. 241, la revoca del provvedimento amministrativo ad efficacia durevole – normalmente ammessa (oltre che per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento,

---

secondo i canoni del diritto amministrativo. Il giudice «è tenuto anzi esattamente al contrario, ad investire cioè con estrema pregnanza ogni singolo aspetto, ogni momento contenutistico, ogni profilo di scelta dell'attività svolta» considerato che «quando si riscontri la strumentalizzazione del potere d'ufficio a fini di utilità personale, si finisce con l'accertare come un "merito amministrativo", propriamente, non ricorra affatto, e ricorra invece un "merito privato" di consistenza criminosa». In argomento, cfr., altresì, ID., *Labuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1989, p. 88 e *Labuso d'ufficio*, in *Studi in onore di G. Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, a cura di M.C Bassouni, A.R. Latagliata e A.M. Stile, I, Giuffrè, Milano 1991, pp. 595 ss.

anche) nel caso di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario – non è consentita (per tale specifica motivazione) per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, proprio in ragione dell'affidamento nella conservazione del vantaggio acquisito, generato nei soggetti beneficiati.

Quanto, poi, all'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo (ai sensi dell'art. 21-*octies* della stessa legge) disposto, in autotutela, dalla stessa Amministrazione che lo abbia emanato, l'art. 21-*nonies* legge cit. lo subordina non solo alla sussistenza delle ragioni di interesse pubblico, ma anche al rispetto entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati (ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo).

Una simile esigenza di certezza dei rapporti giuridici e di continuità dell'azione amministrativa sembra sussistere *a fortiori* nell'organizzazione gerarchica dell'Amministrazione militare, da cui discende il diretto corollario dell'insindacabilità dei relativi ordini, funzionale a garantire l'efficienza di un servizio preposto alla difesa della Patria (art. 52 Cost) e volto al contenimento dei fenomeni criminosi, al mantenimento dell'ordine pubblico e alla salvaguardia delle stesse istituzioni democratiche.

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

#### 6. *Le controindicazioni all'ingerenza giudiziale nel merito amministrativo: decusum e orientamento dei comportamenti sociali*

La prospettiva olistica più sopra adombrata sembra consigliare una certa prudenza nell'esercizio dell'*actio finium regundorum*, tra prerogative del giudice e discrezionalità amministrativa.

In una costante tensione tra il principio di legalità e quello di efficacia dell'azione della Pubblica Amministrazione, si assiste, invero – laddove vengano in rilievo interessi di rango costituzionale, eventualmente di natura superindividuale – non solo ad un momento recessivo della regolamentazione legale a favore dell'agire provvedimentoale<sup>28</sup>, ma persino ad una dequotazione del principio di legalità, risultando tollerabile la persistenza dell'atto illegittimo, nella prospettiva della continuità e della certezza dei rapporti giuridici.

Nella tratteggiata cornice, l'organizzazione dell'Amministrazione militare e del servizio che la stessa eroga, risultano evidentemente caratterizzate da esigenze di speditezza delle procedure e di perentorietà degli ordini attinenti al servizio e/o alla disciplina.

Ferma l'irrinunciabilità di un controllo di legalità sull'esercizio dei pubblici poteri, allora, il sindacato giurisdizionale sembra doversi orientare, per un verso, nella direzione della non ingerenza del giudice nei profili di merito dell'Amministrazione; per l'altro, nella logica del massimo sforzo argomentativo, laddove la motivazione – quando la decisione è comunque chiamata ad intervenire – assume un ruolo fondamentale, anche in una prospettiva di contenimento degli effetti che (risolto il caso concreto) a catena, la statuizione giudiziale può innescare (più in generale) nei rapporti tra i militari e l'Amministrazione di appartenenza, generando un pericoloso stallo dell'azione amministrativa (collegato, ad esempio, al convincimento, in capo ai primi, dell'ammissibilità di un sindacato, da parte loro, sugli ordini ricevuti dal superiore gerarchico).

Laddove, ad esempio – con particolare riferimento ai margini di operatività della causa di non punibilità per tenuità del fatto di disobbedienza, di cui all'art. 173 c.p.m.p. – si affermi che «il tema della decisione è [...] quello di una valutazione in concreto del possibile pregiudizio arrecato all'andamento del servizio dalla condotta di inottemperanza all'ordine» e che la «rilevanza e offensività della condotta, ai fini di cui all'art. 131-bis cod. pen. [...] va parametrata alle circostanze di fatto in cui si è verificata la violazione» dovendosi indagare la «“incidenza” dell'ordine violato, quantomeno in prospettiva, sulla regolarità ed efficienza del servizio (secondo il giudizio prognostico prima richiamato)»<sup>29</sup>, occorrerà non

---

<sup>28</sup> Sembra ormai tramontata, d'altra parte, la teoria dei diritti inaffievolibili, dovendosi ragionevolmente escludere, nella moderna concezione dello Stato sociale e nel connesso intreccio tra interessi pubblici e privati, l'esistenza di posizioni non attingibili dall'azione amministrativa. Cfr. in proposito, F. URBANI, *La cassazione torna a occuparsi del rapporto tra riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, in «Corriere Giuridico», n. 5, 2017, p. 649.

<sup>29</sup> Così, Cass. Pen., Sez. I, 3 settembre 2024, n. 33369.

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

Al riguardo, laddove, ad esempio, il militare, convocato a rapporto, rifiuti di conformarsi all'ordine di interrompere la registrazione della conversazione (vietata, in luoghi militari, per ragioni di sicurezza) nel frattempo dallo stesso dichiaratamente avviata – a parte ogni considerazione in relazione all'eventuale natura ridondante del comando, se confermativo di un divieto normativamente già posto, e alla connessa insussistenza del reato di disobbedienza – il sospetto, più o meno fondato, che nel corso di quel confronto i superiori proveranno ad esercitare, su di lui, indebite pressioni per ottenere la ritrattazione dei termini di una denuncia sporta nei loro confronti, ventilando ipotesi ritorsive, potrà rilevare, semmai, in termini scriminanti, operando la legittima difesa, anche putativa (sempre che, per l'insussistenza di precedenti condotte analoghe, non debba escludersi l'attualità dell'offesa, a tutto vantaggio di un'inammissibile difesa preventiva) o, ancora, sotto il profilo dell'intensità del dolo, l'inosservanza fondandosi su ragioni di cautela piuttosto che sul mancato riconoscimento dell'autorità<sup>30</sup>.

Né risulterebbe, d'altra parte, corretto invocare – ai fini del riconoscimento della speciale tenuità dell'offesa – gli eventuali effetti compensativi della condotta disobbediente (*compensatio lucri cum damno*). Ed invero, a parte ogni considerazione connessa al principio di separazione dei poteri, un simile sindacato giudiziale finirebbe per invadere il merito amministrativo, non senza il rischio di un pericoloso scivolamento verso valutazioni ispirate alla c.d. ragion di Stato (non ritenendosi, ad esempio, di poter ancorare il riconoscimento della tenuità al buon servizio reso, *ex post*, dalla disobbedienza, in termini, ad esempio, di prevenzione e/o contenimento dell'iniziativa criminosa del soggetto dal quale promani l'ordine violato, qualora, quest'ultimo non costituisca esso stesso il mezzo della condotta)<sup>31</sup>.

Tornando all'ipotesi richiamata, in una simile prospettiva il giudice non potrà (senza neppure verificare la natura meramente pretestuosa della convocazione) porre a fondamento del giudizio sulla tenuità della compromissione del servizio – ai fini della cui corretta esecuzione l'ordine risultava impartito (e cioè la spedita interlocuzione con il militare convocato

<sup>30</sup> V. R. GALASSO, *I criteri di valutazione della tenuità del fatto di reato militare: disciplina, continuità dell'azione amministrativa, disobbedienza e limiti al sindacato della Corte di cassazione*, cit., pp. 33-34.

<sup>31</sup> *Ibid.*

a rapporto, per motivi attinenti al servizio, compromessa dal rifiuto di interrompere una registrazione vietata) – gli effetti riflessi (eventualmente positivi) spiegati dalla condotta disobbediente sul buon andamento di un altro servizio (in termini, ad esempio, di esito fruttuoso dell’attività di indagine avviata dalla polizia giudiziaria, a seguito della segnalazione effettuata dal militare a carico dei suoi superiori, i cui contenuti siano rimasti ignoti ai denunciati proprio in ragione dell’interruzione della riunione con il segnalante, determinata dal suo rifiuto di interrompere la registrazione vietata)<sup>32</sup>.

In effetti, a ragionare altrimenti, sarebbe il giudice (e non già la Pubblica Amministrazione) a comporre i diversi interessi coinvolti nel procedimento, attribuendosi (inammissibilmente) al suo insindacabile giudizio, l’individuazione di quello prevalente da realizzare, con grave pregiudizio, non soltanto per il principio di equilibrata ripartizione dei poteri tra i diversi organi costituzionali, ma anche per la continuità dell’azione amministrativa, compromessa dall’attribuzione, al militare, prima, e al giudice, poi, di un sindacato sull’ordine militare (tradizionalmente insindacabile)<sup>33</sup>.

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

In tal senso non sembrerebbe possibile sostenere la tenuità della condotta disobbediente sulla base dell’esito positivo del procedimento amministrativo avviato a seguito della segnalazione del militare che abbia denunciato i propri superiori, in quanto – a ragionare in una simile prospettiva – si finirebbe per trascurare gli stessi motivi per i quali fu convocato dai propri superiori (risultando apodittica l’affermazione di un mero sospetto in ordine alla loro volontà ritorsiva) e, con essi, il pregiudizio che il comportamento disobbediente abbia arrecato al servizio (ai fini della cui corretta esecuzione era stata valutata la necessità di interloquire con il militare, vanificata dal rifiuto di astenersi da registrazioni non consentite in ambienti militari)<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*, ove si sottolinea che «in quest’ultimo senso sembra, invece, orientarsi, Cass. 3.9.2024, n. 33369 [...] la quale, annullando senza rinvio la sentenza di App. mil. Roma, 9.11.2023, n. 54 [...] ha osservato come “nella analisi dei profili di tenuità dell’offesa la

Il rischio di effetti simili a quelli appena rappresentati, sembra annidarsi in altre decisioni, sempre in tema di disobbedienza, con particolare riferimento alle conseguenze della pronuncia di incostituzionalità della legge attributiva e/o regolativa del potere amministrativo, sull'ordine impartito a valle, in conformità della stessa, e sulla stessa punibilità del militare che si sia sottratto al relativo inadempimento.

In particolare, quanto al rapporto tra l'ordine attinente alla somministrazione dei vaccini dichiarati indispensabili per l'impiego del militare in specifiche operazioni che richiedano una cautelativa profilassi, la sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale<sup>35</sup> dell'art. 206-*bis* del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare) in forza del quale l'Amministrazione militare è autorizzata ad individuare i richiamati trattamenti sanitari obbligatori, e il reato di disobbedienza, di cui all'art. 173 c.p.m.p., contestato al militare che, rifiutando l'inoculazione del vaccino, si sottraeva all'ordine impartito dal superiore, è stato osservato come «il venir meno dell'art. 206-*bis*» – del codice dell'ordinamento militare, per via della relativa declaratoria di illegittimità costituzionale – «ha conseguentemente comportato anche il difetto del presupposto normativo che era stato posto a base dell'emanazione dell'ordine e che determinava l'attribuzione di una competenza in capo all'organo amministrativo emanante l'ordine», venendo «corrispondentemente meno anche l'attinenza al servizio ed alla disciplina, atteso che l'ordine di presentarsi in infermeria per essere sottoposto alla vaccinazione finisce per ricadere in un campo di azione divenuto

---

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

<sup>35</sup> Cfr. Corte cost., 9 febbraio 2023, n. 14.

ormai estraneo alla sfera di competenza del superiore»<sup>36</sup>. Si sottolinea, in particolare, come l'ordine del superiore non vada inquadrato «nei termini della nullità-annullabilità per illegittimità, perché affetto da vizio di incompetenza (relativa) eccesso di potere o violazione di legge, dovendo, piuttosto, essere considerato giuridicamente inesistente, trattandosi di un'ipotesi di incompetenza assoluta, poiché l'organo amministrativo ha emanato un atto in una materia del tutto sottratta alla propria competenza amministrativa, incidendo su una sfera di diritti soggettivi che esula dalla sfera di competenza del superiore»<sup>37</sup>.

Eppure, va evidenziato – in ordine alle conseguenze della pronuncia di incostituzionalità della legge attributiva e/o regolativa del potere amministrativo, sui provvedimenti adottati a valle, in conformità della stessa – come non si dubiti, oramai, della stabilità dell'atto che non sia stato tempestivamente impugnato innanzi al giudice amministrativo, soltanto in quella sede potendosi far valere il relativo vizio di annullabilità, previa proposizione (e positiva definizione) del giudizio di legittimità costituzionale della norma interposta.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito, in particolare, come, sul piano sostanziale, l'atto amministrativo, adottato sulla base di una legge dichiarata incostituzionale, risulti annullabile, dal momento che la legge in contrasto con la Costituzione sarebbe una legge invalida, ancorché efficace sino alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale che la dichiara illegittima. In una simile prospettiva, tale sentenza, producendo effetti retroattivi incidenti sui rapporti pendenti, priverebbe il provvedimento amministrativo, con effetti retroattivi, della sua base legale e, pertanto, «la conseguenza sarà sempre l'annullabilità e non la nullità dell'atto anche nel caso in cui la norma dichiarata costituzionalmente illegittima sia l'unica attributiva del potere»<sup>38</sup>.

Ed invero, «tra la legge e l'atto amministrativo non sussiste un rapporto di consequenzialità analogo a quello ravvisabile fra l'atto preparatorio e l'atto finale del procedimento amministrativo, in quanto l'atto amministrativo, come manifestazione autonoma del potere esecutivo, ha una vita e un'individualità propria e non resta direttamente travolto dalla cessazione di efficacia della norma», venendo in rilievo «l'autonomia

<sup>36</sup> In questo senso, v. G.U.P. presso il Tribunale militare di Napoli, sentenza del 28 aprile 2023, n. 36 (il quale aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale).

<sup>37</sup> In argomento, cfr. R. GALASSO, *Profilassi vaccinale illegittima e limiti al sindacato sull'ordine militare relativo alla somministrazione: reato di disobbedienza e principio di continuità amministrativa*, cit., pp. 48 ss.

<sup>38</sup> Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2014, n. 4624.

del momento amministrativo», e «l'esigenza di tutelare l'affidamento ingenerato nei cittadini»<sup>39</sup>.

Al contrario, la richiamata prospettiva di un rapporto di stretta presupposizione tra norma attributiva del potere e legittimità del provvedimento emanato a valle – nella direzione, in particolare, dell'efficacia caducante (e non solo meramente viziante) di una pronuncia di illegittimità costituzionale (in modo da escludere, censurata la norma, un onere di autonoma e consequenziale impugnativa del provvedimento amministrativo, che risulta, invece, automaticamente travolto) – sembrerebbe, forse, non considerare del tutto le peculiari ricadute di un simile esito (attraverso il recupero di un sindacato sull'ordine ricevuto, evidentemente ben più esteso di quello consentito, nei termini, appunto dalla manifesta illegittimità) sul rapporto di interdipendenza (nel particolare ambito militare) tra principio di autorità e buon andamento dell'azione amministrativa, tenuto, peraltro, conto del richiamato orientamento in ordine alla mera annullabilità dell'atto amministrativo adottato sulla base di una legge dichiarata incostituzionale<sup>40</sup>.

Ed è per tali motivi, in particolare, che l'assetto argomentativo della decisione (indipendentemente dal relativo esito) assume rilievo preminente, considerato, soprattutto, che laddove sia comunque possibile diversamente motivare la sentenza assolutoria (o di non luogo a procedere) – ad esempio, sul diverso terreno delle scriminanti e, in particolare, di quella relativa all'esercizio del diritto (art. 51 c.p.) di rifiutare il trattamento sanitario (art. 32 Cost.) da ritenersi non più obbligatorio in quanto, per le proposte modalità di somministrazione (di una pluralità di vaccini che avrebbero dovuto essere, invece, in tempi più lunghi, separatamente inoculati) non riconducibile al tipo individuato dalle norme tecniche di riferimento (ferma, quantomeno in via sperimentale, la sua idoneità terapeutica) – risulterebbe forse controindicato invocare categorie (quali quelle dell'inesistenza dell'ordine, in ragione dell'illegittimità della norma primaria interposta) suscettibili di generare, tra i militari che ricevano un ordine funzionale a garantirne la prontezza di impiego, il convincimento di poter sindacare la legittimità costituzionale della legge attributiva del potere esercitato dal superiore gerarchico. D'altra parte, la necessità di una rimessione, alla Corte costituzionale, della questione di legittimità (dell'art. 206-*bis* c.o.m.,

<sup>39</sup> Cfr. sul punto, F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Roma 2022, p. 956, il quale sottolinea come restino comunque fermi il potere della Pubblica Amministrazione, sussistendone le condizioni, di ritirare in autotutela l'atto illegittimo e l'invocabilità della sentenza di illegittimità costituzionale nei giudizi ancora pendenti.

<sup>40</sup> R. GALASSO, *Proflissi vaccinale illegittima e limiti al sindacato sull'ordine militare relativo alla somministrazione: reato di disobbedienza e principio di continuità amministrativa*, cit., p. 60.

nel caso di specie) sembra motivata proprio dall'impossibilità, per il giudice *a quo*, di procedere ad un'interpretazione della norma costituzionalmente orientata, l'inefficacia della stessa non potendo che restare subordinata al giudizio della Consulta. Non sembrerebbe, in tal senso, predicabile la sussistenza di quella illegittimità manifesta che sola risulterebbe in grado di scriminare la condotta disobbediente.

Nello scenario appena descritto, dunque, sembra che il ruolo del giudice penale – proprio a fronte di una crescente complicazione dei rapporti tra fonti e/o atti e di una progressiva flessione ordinamentale, nella risoluzione delle antinomie giuridiche, verso schemi non tradizionali (anche in ragione delle nuove tensioni geo-politiche e comunque di un'organizzazione più complessa delle relazioni economiche ed istituzionali) – assuma una posizione di particolare delicatezza, in una prospettiva di contenimento del rischio di violenti strappi di sistema, continuando naturalmente a risultare investito del compito di garantire l'*habeas corpus*, e, allo stesso tempo, essendo chiamato a misurarsi con la complessità delle relazioni e dell'organizzazione della società e ad esprimere, con una solida tecnica argomentativa, la conoscenza della richiamata poliedricità degli interessi in gioco, rifuggendo, prudentemente, da valutazioni unidimensionali e non comunicanti ed assicurando, in tal modo, la credibilità del *decisum*, che ne valorizza la portata orientativa.

Pare, d'altra parte, che il giurista debba continuare ad operare, sapientemente, con il rasoio di Occam, scegliendo la soluzione più semplice tra quelle egualmente valide ed evitando brusche spinte in avanti che rischiano di innescare – negando il principio di autorità – tendenze autoritarie.

È, invece, nella più equilibrata logica della non interferenza tra poteri dello Stato e nel reciproco riconoscimento delle rispettive prerogative che soltanto sembra potersi sviluppare il dibattito costruttivo intorno alla tenuta del sistema democratico.



*Disobbedienza sotto forma di inosservanza di istruzioni ricevute:  
quale spazio per la particolare tenuità del fatto?*

MAURIZIO LUBRANO\*

ABSTRACT

(ITA) Il tema della disobbedienza nei reati militari vede oggi notevoli difficoltà applicative in relazione alla esimente di cui all'art. 131 bis c.p. In particolare, con riferimento a forme speciali di disobbedienza, come quella prevista dall'art. 125 c.p.m.p. (inosservanza di istruzioni ricevute), risulta ancor più difficoltosa l'applicabilità della particolare tenuità a causa degli ulteriori suoi elementi specializzanti, esaminati nel presente articolo.

(ENG) The issue of disobedience in military crimes currently faces considerable difficulties in applying the exemption provided for in Article 131 bis of the Criminal Code.

In particular, with regard to special forms of disobedience, such as that provided for in Article 125 of the Italian Military Criminal Code in Time of Peace (failure to comply with received instructions), the application of the *de minimis* provision is even more difficult due to its additional specializing elements, examined in this article.

KEYWORDS

(ITA) Ordinamento militare; Crimini di obbedienza; Disobbedienza; Tenuità del fatto.

(ENG) Military legal system; Crimes of obedience; Disobedience; *De minimis* defense.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il soggetto attivo e la condotta – 3. Missione-spedizione e operazione militare – 4. Il pregiudizio all'esito della missione-spedizione o operazione e il pregiudizio arrecato – 5. L'assenza del giustificato motivo – 6. L'elemento soggettivo – 7. Il bene giuridico tutelato e compatibilità con la causa di non punibilità prevista dall'art. 131 bis c.p.

1. *Introduzione*

A seguito dell'introduzione, ormai decennale, della causa di esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 c.p., si

\* Giudice presso il Tribunale militare di Verona.

assiste a una vastissima applicazione di tale esimente nelle aule giudiziarie.

Tuttavia, l'ambito di applicazione di tale causa di non punibilità, con riferimento al tema della disobbedienza, in ambito militare, appare, ancora oggi, quanto mai incerto, sia sotto il profilo pratico che concettuale, in relazione alle peculiari caratteristiche dei reati militari, incentrati su condotte inottemperanti ad ordini o direttive emesse da soggetti gerarchicamente sovraordinati.

Ciò emerge nitidamente in relazione al reato di inosservanza di istruzioni ricevute di cui all'art. 125 del Codice penale militare di pace (d'ora in poi c.p.m.p.).

Tale reato risulta fattispecie criminosa strettamente connessa al tema della disobbedienza ed appare essere una consequenziale specificazione, seppur delineata in un ambito di applicabilità maggiormente ristretto, rispetto al reato di disobbedienza *ex* art. 173 c.p.m.p.

La fattispecie criminosa di cui all'art. 125, infatti, punisce, non qualsiasi militare, ma soltanto l'ufficiale incaricato di una missione o di una spedizione o di un'operazione militare.

Inoltre, tale norma incriminatrice si differenzia da quella più generale di cui all'art. 173 poiché la condotta inottemperante attiene, non ad un qualsiasi ordine, bensì alle istruzioni ricevute.

Tale fattispecie criminosa, inoltre, si differenzia da quella generale poiché necessita dell'assenza di un giustificato motivo e, inoltre, ai fini della punibilità, di un ulteriore elemento, ossia quello del pregiudizio rispetto all'esito della missione spedizione od operazione militare.

Anche la componente soggettiva risulta diversificata rispetto alla norma generale, perché il reato in parola, come previsto dal terzo comma dell'art. 125, è punibile anche a titolo di colpa.

Plurimi risultano, pertanto, gli elementi differenziali rispetto al reato di cui all'articolo 173 c.p.m.p. e ciò connota, in modo del tutto peculiare, la fattispecie in parola, seppur non può, sin d'ora, sottacersi il fatto che, anche in merito ad essa, il tema più generale della disobbedienza risulta essere il fulcro della condotta codificata dal legislatore.

Il presente scritto, pertanto, intende passare in rassegna, in modo analitico, i suddetti aspetti differenziali, per poter evidentemente meglio comprendere, dal punto di vista operativo, quali siano i margini di applicabilità concreta del reato in analisi e quali siano quelli relativi all'applicazione, in relazione a tale fattispecie, della causa di non punibilità di cui all'art 131-*bis* del codice penale.

## 2. *Il soggetto attivo e la condotta*

Soggetto attivo del reato in parola è l'ufficiale incaricato della missione, spedizione o operazione militare.

Trattasi, quindi, di militare particolarmente qualificato, necessariamente a conoscenza dei particolari compiti affidatigli.

Quanto alla condotta, deve evidenziarsi che, nel reato di cui all'art. 125 c.p.m.p., il legislatore utilizza una terminologia diversa, rispetto a quella prevista per il reato di disobbedienza.

È stato, infatti, evidenziato che le istruzioni, a differenza della consegna, consistono nell'individuazione di termini e modalità generali dell'attività da compiere e non si estrinsecano in compiti meramente esecutivi. Secondo questa impostazione, infatti, le istruzioni presupporrebbero un «notevole grado di discrezionalità nell'adozione delle decisioni utili per il conseguimento dello scopo»<sup>1</sup>.

A sostegno di ciò deporrebbe, secondo questa opzione ermeneutica, l'inserimento, da parte del legislatore, anche del requisito dell'assenza di un giustificato motivo, che connoterebbe proprio le istruzioni, in termini di atto presupponente, ai fini della relativa attuazione, di una pluralità di scelte che l'agente potrebbe compiere.

Questo assunto può certamente, in linea generale, avere un proprio fondamento anche perché il soggetto attivo, come sopra rilevato, resta, pur sempre, un ufficiale, ossia soggetto, di regola, non relegato a mansioni meramente esecutive.

Di contro, giova rilevare che la speculare fattispecie criminosa, prevista dal codice militare di guerra, delinea identica condotta ma a carico, non dell'ufficiale incaricato, bensì del militare incaricato.

Invero, deve, al contempo, essere osservato che il concetto di istruzioni finisce con l'essere inglobato in quello più generale di ordine, che sottende ovviamente un comando posto da un soggetto legittimato, anche in ragione della diversa posizione gerarchica, a impartirlo.

Se si analizza il concetto di istruzioni sotto tale visuale, si riesce meglio a comprendere che, in realtà, queste ultime, non si caratterizzano necessariamente per una maggiore astrattezza e discrezionalità esecutiva, bensì per l'essere, rispetto al semplice ordine, connotate da una maggiore analiticità e complessità, in quanto inerenti ad attività, certamente anche sotto l'aspetto tecnico, estremamente articolate, quali possono essere

---

<sup>1</sup> Così F. UFILUGELLI in *Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di D. Brunelli e G. Mazzi, Giuffrè, Milano 2011, p. 336.

proprio le missioni, spedizioni o operazioni militari.

Sicché, tale orientamento dottrinale, se può avere una portata descrittiva generale del concetto di istruzioni, non si ritiene possa assurgere a decalogo vincolante, relativo a tale tipologia di provvedimenti; non può, infatti, escludersi la sussistenza anche di istruzioni dettagliate, sotto il profilo delle modalità tecniche di esecuzione, ed , al contempo, complesse poiché implicanti la tenuta di plurime condotte ivi descritte, tutte connesse e finalizzate al perseguimento di un unico risultato.

D'altronde, lo stesso legislatore militare, allorquando ha usato il termine «istruzioni», lo ha fatto anche per indicare un comando impartito ad un soggetto tenuto alla relativa esecuzione delle stesse<sup>2</sup>.

Non va, poi, dimenticato che, nell'ambito della normativa di interesse militare, se, il più delle volte, con il termine «istruzioni» si allude a provvedimenti tipizzanti condotte dovute da più soggetti, al contempo, con tale tipologia di provvedimento, può essere cristallizzata una determinata e dettagliata tipologia di condotte che il militare è tenuto ad osservare, pena la sottoposizione alle sanzioni disciplinari previste dalla legge<sup>3</sup>.

Da ciò si desume che è possibile ipotizzare anche istruzioni dettagliate per obiettivi ben definiti, magari implicanti segmenti di plurime, seppur distinte, condotte. Non può, poi, escludersi che tali plurime condotte debbano essere tenute da parte di più ufficiali incaricati, in via tra loro coordinata in un rapporto di diretta causalità e consequenzialità, per il conseguimento di un medesimo obiettivo, sì da far ritenere che, senza la condotta di un determinato ufficiale incaricato, la susseguente condotta di ulteriore ufficiale incaricato non possa essere tenuta o che la stessa debba essere tenuta, con modalità ed in ambiti difformi, rispetto a quelli

---

<sup>2</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, il terzo comma dell'art. 491 del d.lgs. 15 marzo 2010 n. 66 che, nel delineare i poteri del Commissario statale nell'ambito della disciplina speciale della requisizione del naviglio mercantile in caso di guerra o di grave crisi internazionale, espressamente prevede che: «Il capitano della nave o del galleggiante requisito esegue fedelmente le istruzioni impartitegli».

<sup>3</sup> Al riguardo, va citato l'art 724 del D.P.R. 15 marzo 2010 n. 90, in tema di doveri ulteriori dei militari, che espressamente dispone quanto segue: «1. Il militare è tenuto all'osservanza dei doveri individuati con istruzioni vincolanti del Capo di stato maggiore della difesa, dei Capi di stato maggiore di ciascuna Forza armata e del Comandante generale dell'Arma dei carabinieri, inerenti: a) i servizi territoriali e di presidio; b) la disciplina delle uniformi; c) le norme per la vita e il servizio interno delle installazioni militari. 2. Le istruzioni sono pubblicate nel Bollettino ufficiale del Ministero della difesa e adeguatamente diffuse negli enti o reparti militari secondo modalità dettate dalle medesime. 3. La violazione dei doveri di servizio e degli obblighi di comportamento individuati dalle istruzioni costituisce illecito disciplinare ai sensi dell'articolo 1352 del codice».

inizialmente delineati.

D'altronde, tale conclusione risulta in linea anche con la collocazione sistematica e con l'oggettività giuridica, sottesa al reato in parola, rispetto a quello della generale disobbedienza.

E, infatti, il reato *ex art. 125 c.p.m.p.*, a differenza di quello di disobbedienza *ex art. 173 c.p.m.p.* (posto a tutela della disciplina militare), risulta inserito nel titolo II, denominato «Dei reati contro il servizio militare», e, in particolare, nella sezione terza, relativa «alla violazione dei doveri inerenti a speciali servizi».

Ciò, evidentemente, implica che l'adempimento all'istruzione ricevuta non possa necessariamente essere istantanea, come nel caso del normale ordine, la cui disobbedienza incide, per espressa indicazione sistematica, immediatamente sulla disciplina militare, in termini di manifesta lesione del rapporto gerarchico. Si ritiene, infatti, che l'adempimento alle istruzioni ricevute, al contrario dell'ordine, necessiti anche di più condotte e di un fisiologico lasso di tempo congruo (che le istruzioni stesse potrebbero financo predeterminare). Sicché, per tale ragione, pare potersi rilevare che l'inosservanza a dette istruzioni finisca con l'incidere sul continuativo ed articolato rapporto di servizio in ambito militare e non semplicemente sulla sola disciplina militare, come accade, invece, per la semplice fattispecie criminosa della disobbedienza.

Tali aspetti, tuttavia, non lasciano necessariamente presagire che, nel reato *ex art. 125 c.p.m.p.*, vi sia, in capo all'agente, un ampio margine di discrezionalità, sotto il profilo esecutivo dell'istruzione ricevuta.

Sul punto, va considerato che il legislatore, nella descrizione della condotta, fa uso del verbo «ottemperare» (equiparato, peraltro, in relazione al relativo significato al sostantivo «inosservanza» della rubrica), che, nella sua accezione letterale, non si discosta dai parametri dell'obbedienza analitica a quanto impartito.

Del resto, il verbo citato («ottemperare») è stato utilizzato dal legislatore anche nella descrizione di altre fattispecie criminose di rilievo militare come nel caso dei reati *ex artt. 139 c.p.m.g.* (Codice penale militare di guerra) e *141 c.p.m.p.*, allorquando è stata prevista la sanzione penale per la mancata ottemperanza «all'ingiunzione fatta da una sentinella, vedetta o scolta, nella esecuzione di una consegna ricevuta», laddove si consideri che l'ingiunzione, di cui agli artt. 139 e 141 citati, seppur destinata ad un terzo, non può non avere, in termini di vincolatività e di ubbidienza, i medesimi connotati oggettivi dell'ordine *ex art. 173 c.p.m.p.*

Ne deriva, in termini analoghi, che, anche sotto tale aspetto, nel caso

dell'art. 125 citato, come nelle altre suddette ipotesi di disobbedienza appena descritte, alle istruzioni ricevute l'ufficiale incaricato sia comunque tenuto ad obbedire, eseguendo, in tale evenienza, scrupolosamente le prescrizioni impartitegli.

### *3. Missione-spedizione e operazione militare*

Delineato, quindi, cosa debba intendersi per mancata ottemperanza alle istruzioni ricevute, va, poi, osservato che la disposizione in parola menziona, per ben due volte, la «missione, spedizione o operazione militare»; in un primo momento, l'utilizzo di tali espressioni viene effettuato per citare l'oggetto dell'incarico, attribuito all'ufficiale agente; successivamente, tale allusione emerge, per definire l'oggetto del pregiudizio arrecato dalla condotta di quest'ultimo.

Occorre, tuttavia, delineare i tratti caratteristici di tali attività militari, per poter dare un senso compiuto a tali elementi e per poter ritenere la fattispecie criminosa in linea con il principio costituzionale di tassatività.

In tale ottica, può, quindi, ritenersi come la missione sia caratterizzata dalla fissazione di uno o più obbiettivi da conseguire, mediante una o più condotte, tra loro interagenti, e che la spedizione costituisca una particolare tipologia di missione, caratterizzata dalla predeterminazione di un determinato luogo ove far pervenire un convoglio, o beni di varia natura, per finalità militari.

Quanto all'operazione militare, va ritenuto come la stessa presupponga il raggiungimento di plurimi obbiettivi, tra loro connessi, da una finalità unitaria più generale<sup>4</sup>. Trattasi, quindi, di definizione avente portata più estesa, rispetto a quella della missione o della spedizione; inoltre, l'operazione militare può essere caratterizzata anche da una durata temporale più ampia rispetto alle altre attività.

---

<sup>4</sup> Si pensi, solo a titolo esemplificativo, alle «operazioni di mantenimento e ristabilimento della pace e della sicurezza internazionale», citate dal quarto comma dell'art. 89 del d.lgs. 15 marzo 2010 n. 66, in tema di compiti di vigilanza dei comandanti delle Forze armate, o alle «operazioni a contrasto dell'inquinamento marino da idrocarburi e da altri agenti», citate dall'art. 92, lett. l), del medesimo decreto tra le ulteriori funzioni delle forze armate, o ancora alle «operazioni di interdizione di carattere internazionale e di peace building nel settore della riorganizzazione dei servizi portuali e dei trasporti marittimi», citate dall'art 132, comma 2, lett. b), n.3, del medesimo decreto tra i compiti assegnati alle capitanerie di porto.

#### 4. *Il pregiudizio all'esito della missione-spedizione o operazione*

Desti, poi, interesse il rapporto tra la condotta e il pregiudizio all'esito della missione spedizione o operazione militare, richiesto, ai fini della punibilità, dalla fattispecie criminosa in esame.

In particolare occorre chiedersi se trattasi di elemento costitutivo del reato, necessitante, quindi, di previsione e volizione, nel caso del reato doloso, di cui al primo comma dell'art. 125 c.p.m.p. (o della prevedibilità ed evitabilità, sulla scorta dei parametri della colpa generica, quali la negligenza, imprudenza o imperizia, in relazione all'ipotesi colposa, di cui al terzo comma dell'art. 125 c.p.m.p.), o se, al contrario, tale inciso alluda ad una condizione obiettiva di punibilità, ossia ad evento, estraneo all'offesa tipica (seppur ad essa connessa) ed alla sfera di volizione dell'agente<sup>5</sup>.

Depone per tale ultima opzione il tenore letterale della disposizione, in termini ipotetici rispetto alla condotta inottemperante; ci si riferisce all'utilizzo della congiunzione «se», oltre all'immediato successivo riferimento al «fatto», così da demarcare nettamente il confine tra gli elementi costitutivi, oggetto del «fatto», e l'evento condizionante, seppur, stante il tenore letterale della disposizione, in un rapporto che pare essere di causalità («se il fatto ha pregiudicato l'esito»)<sup>6</sup>.

Conforta tale impostazione anche il fatto che, a ben vedere, la predetta

<sup>5</sup> Per tale ultima ricostruzione, cfr. D. BRUNELLI e G. MAZZI, *Diritto penale militare*, 2 ed., Giuffrè, Milano 1998, p. 412; S. MALIZIA, *Violazione di doveri inerenti speciali servizi*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano 1987, p. 813; A.M. NICOLOSI, *Violazione di doveri inerenti speciali servizi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XX, UTET, Torino 1975, p. 853.

<sup>6</sup> Si badi che in dottrina molteplici sono, oramai, le posizioni di chi ritiene indifferente la presenza o meno del nesso di causalità, rispetto alle condizioni obiettive di punibilità; si veda, al riguardo, M. ZANOTTI, *Le Condizioni obiettive di punibilità*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. X, 1996, pp. 540 ss.; G. MUSOTTO, *Le condizioni obiettive di punibilità nella teoria generale del reato*, Tumminelli, Palermo 1936, pp. 89 ss.; F. RAMACCI in *Corso di diritto penale*, a cura di R. Guerrini, UTET, Torino 2013, p. 365, e M. GALLO, *Diritto penale italiano: Appunti di parte generale*, UTET, Torino 2015, p. 279. Sul tema generale della causalità, di rilievo appare F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, 1 ed., Giuffrè, Milano 1975, p. 311; R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, UTET, Torino 2010; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, UTET, Torino 2010, p. 342; G. FIANDACA, *Causalità*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II, 1988, pp. 126 ss.; ID., *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in «L'Indice Penale», 2006, pp. 945 ss.; A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in «Cassazione penale», n. 3, 2005, pp. 1037 ss., e G. AZZALI, *Il problema della causalità nel diritto penale*, in «L'Indice Penale», 1993, p. 249.

collocazione sistematica del reato in parola, ossia nell'ambito «dei reati contro il servizio militare» e tra i reati afferenti alla «violazione dei doveri inerenti a speciali servizi», di cui alla sezione III del titolo II del libro II del c.p.m.p., porta a ritenere che tale reato sia reato di mera condotta e che, come osservato per la disobbedienza, sia necessario conseguire l'espletamento del servizio, senza, in prima battuta, avere riguardo alle conseguenze prodotte dalla condotta inottemperante<sup>7</sup>.

Tuttavia, tale condizione obiettiva di punibilità, in adesione a quanto anche osservato dalla migliore dottrina<sup>8</sup>, deve poter essere prevista ed evitata dall'agente, al fine di essere resa conforme al principio costituzionale di colpevolezza *ex art. 27, comma 1, Cost.*, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata, ribadita anche in giurisprudenza<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cfr., in tema di disobbedienza, Cass. pen., sez. I, 17 febbraio 2004, (ud. 17/02/2004, dep. 31/03/2004), n.15435, in «Cassazione penale», n. 6, 2005, p.1956, così massimata: «Il semplice rifiuto del militare di tenere una condotta differita nel tempo, a lui sollecitata dal superiore, integra gli estremi del reato di disobbedienza, previsto dall'art. 173 c.p.m.p., non potendosi ritenere una revoca dell'ordine, in precedenza ritualmente impartito in modo inequivoco, la sostituzione con altro militare nel servizio». Inoltre, la Corte, in un caso in cui al militare che si sia rifiutato di obbedire abbia fatto seguito la sostituzione nell'attività comandata con altro militare, ha ritenuto in ogni caso sussistente il reato di disobbedienza, non potendo trarre da tale *modus operandi* una revoca tacita dell'ordine inizialmente impartito, ed atteso che «la ratio dell'incriminazione della disobbedienza che è chiaramente diretta, stante le connotazioni proprie dell'istituzione militare, ad assicurare non solo il risultato pratico immediato di ciascun ordine ma anche la complessiva efficienza strutturale dell'organizzazione delle forze armate, la quale esige la piena disponibilità dei subordinati ed è quindi già vulnerata da manifestazioni di rifiuto di tenere una condotta attinente al servizio anche se differita nel tempo».

<sup>8</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, II, Giuffrè, Milano, 2007, p. 227; G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, Jovene, Napoli 2011.

<sup>9</sup> Cfr. in giurisprudenza, in relazione alla diversa contravvenzione *ex art. 24 del d. lgs. 19 dicembre 1994*, n. 758 (punibile, quindi, analogamente al reato di cui all'art 125, terzo comma, c.p.m.p., anche a titolo di colpa) e al diverso meccanismo, integrante la condizione obbiettiva di punibilità, contemplato da detta disciplina, Cass. Pen., Sez. III, 22 gennaio 2004, n. 14777 (rv. 228467), in «Massimario di Giurisprudenza del Lavoro», n. 3, 2005, pp. 223 ss., e in «Rivista Penale» 2005, pp. 505 ss., con cui è stato precisato in motivazione, per quanto qui di interesse, che «ne deriva che questa condizione di punibilità, appunto perché intrinseca al bene tutelato, deve essere "coperta" dalla colpevolezza dell'agente almeno nella forma minima della colpa. Vero è che a norma dell'art. 44 c.p. il colpevole risponde del reato sottoposto a condizione di punibilità "anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto". Ma è altrettanto vero che nella fattispecie di cui trattasi la condizione di punibilità non costituisce un mero "evento", ma piuttosto una "condotta" dell'agente; e soprattutto è vero che la norma codicistica, punendo anche la condizione non voluta, sanziona a titolo oggettivo il dolo, ma non la colpa, perché non punisce la condizione (non voluta ma) cagionata senza negligenza, imperizia o imprudenza

In tale contesto si inserisce, poi, l'ulteriore problematica definitoria dell'evento oggetto di condizione, delineato come «pregiudizio all'esito», da intendersi, per esigenze di certezza, in termini di danno effettivo al compimento delle attività militari suddette<sup>10</sup>. Proprio la terminologia, di ampia portata, utilizzata dal legislatore lascia, tuttavia, intendere che il pregiudizio in esame ricomprenda anche condotte che abbiano comportato un ritardo nell'ottenimento dell'obiettivo prefissato o della complessiva operazione militare assegnata, o, ancora, a causa di una difformità esecutiva, la necessità di ulteriori azioni o condotte, anche poste in essere da soggetti diversi dall'agente, ai fini del conseguimento dell'originaria utilità, sottesa alle attività in parola.

### 5. *L'assenza del giustificato motivo*

Affinché la condotta sia penalmente rilevante, occorre, tuttavia, l'assenza di un «giustificato motivo».

Tale elemento risulta speciale ed ulteriore rispetto alla fattispecie penale di disobbedienza, laddove si consideri, da un alto, che non risulta esservi analogia previsione nel corpo dell'art. 173 c.p.m.p. e, dall'altro, che, anche in giurisprudenza, a più riprese, si è rimarcato come in tale ultima fattispecie criminosa non assumono rilievo, sotto il profilo soggettivo, i

---

o inosservanza di norme. In altri termini, in tema di reati contravvenzionali, la ulteriore fattispecie richiesta (la inottemperanza all'obbligo di regolarizzazione) funge da condizione di punibilità solo se sia colposamente cagionata dall'agente. È questa una interpretazione costituzionalmente orientata secondo il principio di colpevolezza che la giurisprudenza della Consulta ritiene scolpito nell'art. 27, comma 1, della Carta fondamentale».

<sup>10</sup> La compatibilità delle condizioni obiettive di punibilità in termini di evento di danno è stata, anche di recente, ribadita in relazione a diverso reato – rivelazione del contenuto di documenti segreti, ex art. 621 c.p. – da Cass. Pen., sez. V, 16 gennaio 2009, n.17744, così massimata: «Il documento costituisce condizione oggettiva di punibilità del reato (art. 621 c.p.) rivelazione del contenuto di documenti segreti, pertanto, qualora dalla rivelazione del segreto documentale non derivi un documento – inteso come pregiudizio giuridicamente rilevante di qualsiasi natura – al titolare del diritto alla segretezza, va esclusa la sussistenza del reato anche solo tentato». Si badi che in motivazione, nell'ambito della diversa fattispecie criminosa esaminata, ha, tuttavia, alluso al documento, in termini di pregiudizio (termine quest'ultimo utilizzato dal legislatore in relazione all'art. 125 c.p.m.p.), osservando quanto segue: «la sentenza impugnata ha accertato che non vi fu documento, dal momento che dei documenti segreti non fu fatto uso e che non è stata accertata o individuata la presenza di un qualsiasi pregiudizio di natura, anche non patrimoniale».

motivi addotti per giustificare la condotta disobbediente<sup>11</sup>.

È stato, poi, rilevato che proprio tale elemento denoterebbe una maggiore discrezionalità attribuita all'agente nell'esecuzione delle istruzioni ricevute<sup>12</sup>.

In realtà, tale elemento normativo, osservando la tecnica redazionale, utilizzata dal legislatore militare, pare, più che altro, legata, non tanto all'attribuzione di un potere discrezionale, sotto il profilo decisionale o tecnico, come nelle ipotesi della previsione di una peculiare posizione gerarchica di vertice dell'agente<sup>13</sup>, quanto ad una precisa scelta legislativa, verosimilmente, inerente a condotte dall'esecuzione complessa o esplicitate in forma anche omissiva, non necessariamente necessitanti di discrezionalità esecutiva. Infatti, in tali casi si è preferito, vista la peculiarità dell'attività imposta, consentire all'autore del fatto di poter giustificare in qualche modo la propria condotta<sup>14</sup>.

Sotto il profilo contenutistico deve, poi, ritenersi che il giustificato motivo consista in circostanze di obiettivo rilievo dimostrativo, addotte dall'interessato, delle quali il giudice del merito è tenuto a compiere una esaustiva verifica, al fine di escluderne la ricorrenza, posto che l'assenza di un giustificato motivo risulta essere prevista come elemento normativo, anch'esso costitutivo della fattispecie e relativo alla tipicità del fatto di reato,

<sup>11</sup> Cfr. Cass. Pen., sez. I, 13 febbraio 2011, n. 3339, così massimata: «È sufficiente per integrare il reato di disobbedienza militare (art. 173 c.p.m.p.) il dolo generico – consistente nella consapevole volontà di rifiutare di obbedire ad un ordine attinente al servizio, intimato dal superiore al di fuori dell'ipotesi prevista dall'art. 4 comma 4 l. n. 382 del 1978, in cui è eccezionalmente imposto di disobbedire – risultando assolutamente irrilevanti i motivi addotti dall'inferiore per giustificare la sua condotta».

<sup>12</sup> F. UFIGELLI in *Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di D. Brunelli e G. Mazzi, Giuffrè, Milano 2011, p. 336.

<sup>13</sup> Come potrebbe ritenersi in relazione anche al reato di abbandono o cessione del comando in circostanze di pericolo, ex art. 111 c.p.m.p.; di omissione di soccorso o di protezione in caso di pericolo, ex art. 113 c.p.m.p.; di omessa esecuzione di un incarico, ex art. 117 c.p.m.p.; di omessa esecuzione di un incarico, ex art. 100 c.p.m.g., e del reato di separazione di una parte delle forze militari dal capo od omissione di riunirsi a esso, ex art. 124 c.p.m.p. Tutte ipotesi in cui soggetto attivo non è qualsiasi militare bensì il comandante.

<sup>14</sup> Basti pensare che tale elemento è previsto anche in relazione al reato di omessa presentazione in servizio ex art. 123 c.p.m.p. e al reato di omesso raggiungimento del posto, ex art. 126 c.p.m.g.; ipotesi in cui il soggetto attivo assume la qualifica di semplice militare, anche sprovvisto di peculiari poteri discrezionali. Senza contare che tale elemento è contemplato anche da molteplici reati non militari, strutturalmente analoghi a quelli in parola, e anch'essi non presupponenti siffatte attribuzioni, come, ad esempio, il reato dello straniero in caso di inosservanza all'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato, ex art. 14, comma 5 *ter*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

punibile solo nel caso in cui risulti ingiustificato.

Si ritiene debba, quindi, trattarsi di situazioni ostative, della cui allegazione è onerato l'interessato, incidenti sulla possibilità, oggettiva o soggettiva, di ottemperare<sup>15</sup>.

Va, infine, segnalato che, proprio in virtù di siffatta qualificazione, in giurisprudenza è stato ritenuto che anche il giustificato motivo sotto il profilo soggettivo, deve rientrare nell'oggetto della previsione e volizione del dolo<sup>16</sup>.

### 6. *L'elemento soggettivo*

Tale ultima considerazione anticipa le necessarie valutazioni che debbono effettuarsi in ordine all'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie.

La condotta è, infatti, punita sia a titolo di dolo, come previsto dal primo comma dell'art. 125 c.p.m.p, sia a titolo di colpa, come previsto dal terzo comma della medesima disposizione.

Il dolo richiesto è da intendersi come dolo generico, consistente nella

<sup>15</sup> In dottrina è stato evidenziato che, a titolo esemplificativo, possa configurarsi un giustificato motivo allorquando determinate situazioni di fatto si vengano a modificare nel corso dell'espletamento dell'incarico. Cfr. sul punto F. UFIGELLI in *Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di D. Brunelli e G. Mazzi, Giuffrè, Milano 2011, p. 337.

<sup>16</sup> Cfr. Cass. Pen., sez. I, 3 luglio 1995, n.11848, in «Giustizia penale», II, 1997, pp. 408 ss., esprimente, in relazione ad altra fattispecie criminosa, il seguente principio, che si ritiene tuttavia applicabile anche nel caso in esame: «Il principio secondo il quale il momento intellettuale del dolo (previsione, consapevolezza) non può riguardare l'antigiuridicità del fatto, che è conseguenza dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, non ha validità assoluta. Infatti la previsione, nel dolo, deve riguardare tutti gli elementi del "fatto tipico", inteso quale descrizione che fa la singola fattispecie incriminatrice della condotta vietata oppure imposta e costituente, quindi, la necessaria linea di confine tra ciò che è penalmente lecito e ciò che non lo è. Ne consegue che, laddove l'antigiuridicità si pone come elemento normativo della fattispecie criminosa, ciò che avviene allorché si prevede in modo espresso che il fatto sia commesso illegittimamente, arbitrariamente (senza autorizzazione), senza giustificato motivo, la consapevolezza non può non concernere anche il valore di tale elemento. (Fattispecie in tema di diserzione, in ordine alla quale i giudici di merito avevano mandato assolto l'imputato, sul rilievo che trattavasi di soggetto di livello culturale estremamente basso, con mentalità di un bambino di 6-7 anni, non in grado di percepire soggettivamente gli obblighi di una realtà, come quella militare, che era assolutamente al di fuori della sua coscienza)».

coscienza della propria qualità, dell'incarico e delle istruzioni ricevute nonché nella volontà di disattendere tali istruzioni, cui si aggiunge l'ulteriore prevedibilità (ai fini di rendere compatibili, per le considerazioni già esposte, la suddetta condizione obiettiva di punibilità con il principio di colpevolezza) della causazione di un pregiudizio (all'esito della missione spedizione o operazione militare, oggetto di incarico), altrettanto, evitabile.

Quanto all'ipotesi colposa, presupponente, ai fini della procedibilità, della richiesta del comandante di corpo *ex art.* 260 c.p.m.p., trattasi, nonostante la peculiarità dell'attività e la preparazione professionale, in possesso del soggetto agente, di una colpa generica, imputabile, oltre che alla negligenza, anche per imprudenza o per imperizia dell'autore.

### *7. Il bene giuridico tutelato e compatibilità con la casa di non punibilità prevista dall'art. 131 bis c.p.*

Come sopra accennato, il bene giuridico, presidiato dalla speciale forma di disobbedienza in parola, resta costituito dalla tutela del servizio militare, da intendersi come suo concreto e puntuale espletamento, ad opera, non di un qualsiasi militare, ma di un soggetto predeterminato, avente una determinata posizione gerarchica ed incaricato di compiti peculiari.

L'offesa da prendere, quindi, in considerazione attiene proprio alle eventuali difformità, tenute, in relazione all'omesso espletamento di un servizio, così determinato, dal quale occorre che derivi, altresì, il pregiudizio al buon esito delle attività militari previste dalla fattispecie.

Ciò posto, occorre tenere presente l'ulteriore manifestazione normativa di cui al principio di rilievo costituzionale di offensività<sup>17</sup>, nella sua accezione concreta, da intendersi, quale regola per l'interprete di verificare che la condotta, oltre a rientrare in astratto nella fattispecie tipica, sia in concreto lesiva di quel bene o interesse che la norma tende a tutelare.

Ci si riferisce all'introduzione della causa di non punibilità *ex art.* 131 bis c.p., relativa alla particolare tenuità del fatto, introdotta dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. d), n. 1, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150<sup>18</sup>, disposizione con cui si

<sup>17</sup> Oltre a quelle tradizionalmente ravvisate in tema di reato impossibile di cui all'art. 49 c.p. e di tentativo *ex art.* 56 c.p.

<sup>18</sup> Nella sua ultima formulazione, tale disposizione – com'è noto – prevede al primo comma che: «Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa

esclude la punibilità del fatto di particolare tenuità.

Sicché, si impone, nel caso in esame, una attenta valutazione delle caratteristiche del caso concreto, in relazione ad una fattispecie criminosa, come quella di cui all'art. 125 c.p.m.p., che, pur astrattamente compatibile, in relazione ai limiti edittali previsti dall'art. 131-*bis* citato, presenta, già nella descrizione del fatto tipico, alcuni elementi che, se venuti ad esistenza, appaiono essere distonici, rispetto ad un'offesa di particolare tenuità al bene giuridico tutelato.

Un primo elemento da considerare, sotto tale aspetto, è la necessaria qualifica del soggetto attivo, da intendersi come di militare particolarmente qualificato (ufficiale), necessariamente a conoscenza delle caratteristiche della missione, spedizione o operazione militare di cui è stato incaricato.

Tale qualifica, di per sé sola, ovviamente non può essere ritenuta astrattamente ostativa all'applicabilità del disposto di cui all'art. 131-*bis*<sup>19</sup>. Tuttavia, le peculiari conoscenze professionali e quelle afferenti all'incarico che, per definizione, deve avere il soggetto agente, se correlate a peculiari condotte inottemperanti delle istruzioni ricevute, certamente rendono, quanto meno, critica l'applicabilità del disposto di cui all'art. 131-*bis* c.p. Ciò, infatti, non può che assumere un disvalore maggiore sul servizio, in ragione anche dell'inottemperanza, posta in essere da un soggetto avente peculiari qualità professionali e conoscitive delle circostanze concrete, come è quello in parola.

Tutto questo va, poi, necessariamente coordinato con l'entità dell'inottemperanza suddetta ma anche con l'entità del pregiudizio che ne è derivato, relativamente all'esito della missione, spedizione o operazione militare.

Se, infatti, la qualificazione di detto inciso, nell'ambito dell'art. 44 c.p., da un lato, assoggetta la punibilità dell'agente esclusivamente al verificarsi di tale evento, in un'ottica soggettiva costituzionalmente orientata, di prevedibilità ed evitabilità del danno, dall'altro, non può sottacersi come

---

quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, anche in considerazione della condotta susseguente al reato, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale».

<sup>19</sup> Utile è lo spunto argomentativo evidenziato da Cass Pen., sez. I, 12 aprile 2024, n. 33369, in «Cassazione Penale», n. 12, 2024, pp. 4019 ss., allorquando, in motivazione, in tema di rapporti tra il reato di disobbedienza ex art. 173 c.p.m.p. e la causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p., ha avuto modo di sottolineare che: «Erra, pertanto, la Corte di secondo grado lì dove incentra – essenzialmente – la valutazione circa la applicabilità o meno dell'art.131 bis cod.pen. sulle caratteristiche soggettive dell'autore del fatto (il grado rivestito) posto che simile aspetto finisce con il valorizzare una condizione soggettiva che, nel caso concreto, non ha rilievo alcuno».

tali caratteristiche, una volta venute ad esistenza, rischino di compromettere la non punibilità del soggetto *ex art. 131 bis c.p.*

Ciò in quanto non va tralasciato di considerare che, tra i parametri da utilizzare, detta ultima disposizione prescrive una valutazione anche sulla entità del danno arrecato e sul grado della colpa che, in detta veste soggettiva, connota la citata condizione obbiettiva di punibilità<sup>20</sup>.

Elemento di ulteriore ponderazione è, poi, costituito dalla incidenza negativa dell'inottemperanza sulla causazione del pregiudizio, relativo all'esito della missione spedizione o operazione militare.

Ciò, tuttavia, implica, ai fini di una compiuta comprensione dell'intero fenomeno delittuoso, un'ulteriore valutazione, che può rivelarsi di elevatissima complessità per l'interprete.

Ci si riferisce alla necessaria analisi, relativa alle caratteristiche di tali attività militari e, financo, con riferimento alla rilevanza degli obbiettivi ad esse sottese, da valutarsi unitamente al tenore delle istruzioni ricevute dall'agente ed alle esigenze nonché al grado di soddisfazione di siffatte esigenze, ottenuto dell'Amministrazione Militare, in ordine al compiuto conseguimento di determinati obbiettivi militari, elementi questi tuttavia, difficilmente sindacabili dall'interprete e soprattutto da parte del giudice.

Peraltro, come sopra già rilevato, il quadro si complica ulteriormente, allorquando le attività militari suddette presuppongono l'interazione di più militari, tra i quali figura anche l'autore del reato.

Sicché tali valutazioni, unitamente soppesate con le eventuali ulteriori condotte antecedenti contestuali o successive rispetto all'inottemperanza penalmente rilevante, rischiano di far diventare, quanto meno, ardua la compatibilità di tale reato col disposto di cui all'art. 131-*bis* c.p., senza considerare che tale causa di non punibilità risulterebbe, in ogni caso, certamente preclusa nell'ipotesi in cui, al di là del pregiudizio arrecato

---

<sup>20</sup> Sulla necessaria valutazione anche del grado della colpa come degli altri parametri dettati dalla citata disposizione, Cfr. Cass. Pen., sez. IV, 05 giugno 2024, (ud. 05/06/2024, dep. 05/07/2024), n.26546, che in motivazione espressamente statuisce che «la particolare tenuità dell'offesa costituisca la risultante della positiva valutazione tanto delle modalità della condotta nella sua componente oggettiva (avuto riguardo alla natura, alla specie, ai mezzi, all'oggetto, al tempo, al luogo e ad ogni altra modalità dell'azione secondo quanto prevede l'art. 133, comma 1, n. 1 cod. pen.) e nella sua componente soggettiva (avuto riguardo all'intensità del dolo o al grado della colpa secondo quanto prevede l'art. 133, comma 1, n. 3 cod. pen.), quanto del danno o del pericolo (avuto riguardo all'entità del danno o del pericolo cagionato secondo quanto prevede l'art. 133, comma 1, n. 2 cod. pen.); tenendo altresì conto – sulla base della modifica operata dall'art.1, comma 1, lett. c), n. 1), del D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 – del parametro costituito dal comportamento susseguente al reato».

alla missione, spedizione o operazione, l'inottemperanza provochi, quali conseguenze non volute, eventi letali o lesioni gravissime, come previsto espressamente dal secondo comma dell'art. 131-*bis* c.p.<sup>21</sup>.

Lo stesso deve ritenersi, pur in assenza di esplicita codificazione, anche con riferimento al caso in cui l'inottemperanza provochi un pericolo per la pubblica incolumità o per i membri dell'equipaggio presente su un determinato veicolo militare, come può accadere nell'ipotesi aggravata, già presa in considerazione dalla giurisprudenza, dell'aver commesso il fatto a bordo navi o aeromobili *ex art* 47, n. 3, c.p.m.p., casistica questa non infrequente, stante proprio i connotati intrinseci che possono avere i concetti di missione e di spedizione <sup>22</sup>.

In conclusione, deve ritenersi che, in relazione al reato in parola, seppur non possa prescindersi da una valutazione caso per caso dei parametri indicati dall'art. 131-*bis* c.p., caratterizzanti la fattispecie concreta, sotto il profilo applicativo, sussistono forti perplessità in ordine alla sussistenza di ampi spazi di operatività della citata causa di non punibilità, con riferimento allo speciale ambito militare appena descritto.

<sup>21</sup> Infatti, il secondo comma dell'art. 131 bis c.p. prevede, tra l'altro, che «l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma [...] quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona».

<sup>22</sup> Sul tema, cfr. Cass. Pen., sez. IV, del 28 settembre 2006, n. 40275 (dep. 07/12/2006), rv. 235395 – 01, così massimata: «La disobbedienza ad un ordine militare legittimamente impartito – quando non è giustificata da ragioni di sicurezza che ne consentano la deroga – è particolarmente grave nel caso di conduzione di un velivolo, atteso il pericolo per l'incolumità pubblica che ne può conseguire». In motivazione, in particolare, è stato evidenziato che «l'art. 125 punisce l'incaricato di una missione o di una spedizione od operazione militare, che non ottempera, senza giustificato motivo, alle istruzioni ricevute, e l'art. 47 specifica che la sanzione è applicabile a chi mette in pericolo l'incolumità pubblica [...] il reato ha una sua struttura che non ammette deroghe in forza di consuetudini, ma, in particolare, la legittimazione data dal giudice di primo grado a disobbedienze foriere (come si è verificato nella specie) di gravi conseguenze costituisce una valutazione senza dubbio censurabile e non ammissibile sia per le mansioni esercitate dal [...] responsabile dell'aereo, dell'equipaggio, e anche della pubblica incolumità, tutti messi concretamente in pericolo. Gli ordini militari costituiscono già di per sé una categoria di imposizioni alle quali il destinatario dell'ordine deve obbedire, se non in particolari circostanze (ad esempio di sicurezza) che ne consentano la deroga, ma soprattutto la conduzione di un velivolo non può essere disancorata da un ordine ricevuto, dando luogo il comandante ad iniziative improvvise e non rispettose delle disposizioni ricevute».



*In merito agli elementi distintivi tra i reati di disobbedienza (art. 173 c.p.m.p.), omessa esecuzione di un incarico (art. 117 c.p.m.p.), omesso adempimento di istruzioni (art. 125 c.p.m.p.) e omessa presentazione in servizio (art. 132 c.p.m.p.)*

VINCENZO SANTORO\*

ABSTRACT

(ITA) Il presente contributo si propone di esaminare i rapporti che sussistono tra le diverse fattispecie penali militari che incriminano la condotta di inottemperanza a ordini di cui è richiesta la esecuzione. Il punto di vista espresso dall'autore consiste nell'ascrivere al reato di disobbedienza (art. 173 C.p.m.p.) uno spazio residuale e sussidiario, per effetto del quale tale reato non trova applicazione quando la condotta di non esecuzione del comando realizza gli estremi costitutivi dei reati di omessa esecuzione di un incarico (art. 117 C.p.m.p.), omesso adempimento di istruzioni (art. 125 C.p.m.p.) ed omessa presentazione in servizio (art. 132 C.p.m.p.).

(ENG) This chapter addresses the relationships between the various military criminal offenses related to the conduct of failure to comply with orders. The author's perspective is to underline the residual and subsidiary scope of the crime of disobedience (Article 173 of the Code of Criminal Procedure) and to make clear why this crime does not apply when the conduct of failing to comply with a command meets the constitutive criteria of the crimes of failure to execute a task (Article 117 of the Code of Criminal Procedure), failure to follow instructions (Article 125 of the Code of Criminal Procedure), and failure to report for duty (Article 132 of the Code of Criminal Procedure).

KEYWORDS

(ITA) Ordini; Inottemperanza; Reati; Pluralità; Disobbedienza; Sussidiarietà.

(ENG) Orders; Non-compliance; Crimes; Plurality; Disobedience; Subsidiarity.

SOMMARIO: 1. Premesse sul reato di disobbedienza (art. 173 c.p.m.p.) – 2. L'attinenza al servizio e alla disciplina nel reato di disobbedienza – 3. Il reato di omessa esecuzione di incarico (art. 117 c.p.m.p.) – 4. Il reato di omessa presentazione in servizio (123 c.p.m.p.) – 5. Il reato di inosservanza di istruzioni ricevute (art. 125 c.p.m.p.) – 6. I rapporti tra i predetti reati – 7. La natura sussidiaria del reato di disobbedienza – 8. In particolare sui rapporti tra il reato di disobbedienza e il reato di omessa presentazione in servizio (artt. 173 e 123 c.p.m.p.).

\* Presidente del Tribunale militare di Verona.

### 1. *Premesse sul reato di disobbedienza (art. 173 c.p.m.p.)*

Il mio contributo presenta un respiro più ridotto rispetto ai contributi precedenti, con un taglio esclusivamente 'domestico' e un ambito di riferimento molto circoscritto, perché si propone di esaminare se ed in che misura l'attinenza al servizio, che costituisce uno dei requisiti costitutivi dell'ordine legittimo e vincolante, trovi elementi di puntuale specificazione in quelle ulteriori norme incriminatrici che contemplino fatti di specifica inottemperanza a prescrizioni pur esse vincolanti, ancorché variamente definite, e concernenti lo svolgimento di determinate attività. Il tutto nella prospettiva di comprendere se le previsioni di queste ulteriori norme incriminatrici configurino, con riguardo ai fatti in esse contemplati, dei limiti taciti alla tipicità del reato di disobbedienza: e quindi una riduzione della sua sfera di applicazione.

Il reato di disobbedienza è previsto dall'articolo 173 del Codice penale militare di pace (c.p.m.p.) nei secchi termini del fatto del militare che rifiuta, omette o ritarda di obbedire ad un ordine attinente al servizio o alla disciplina intimatogli da un superiore. Si è quindi in presenza di una vicenda in cui il ruolo dominante è svolto dall'ordine provvisto di particolari requisiti di contenuto (attinenza al servizio o alla disciplina), che risponde ad un modulo relazionale che comporta una potestà ed una soggezione, consistenti nel subire il comando ed ottemperarvi.

Viene quindi in rilievo una fattispecie incriminatrice dall'ampia virtualità applicativa, coesistente ad ogni ordinamento militare e diretta espressione di uno dei suoi pilastri essenziali: cioè il rapporto di gerarchia militare.

Le vicende storiche che hanno contrassegnato il predetto reato testimoniano la sua stretta correlazione con la misura e la intensità della tutela apprestata al suddetto rapporto. E non occorre eccessivo sforzo per comprendere come la norma attuale, proprio per la necessaria attinenza dell'ordine a servizio e disciplina, registri un distacco abissale da epoche in cui la disobbedienza si configurava per il sol fatto di non ottemperare con assoluta prontezza e tempestività ad un qualsiasi ordine del superiore, senza alcun ulteriore requisito di specificazione contenutistica ed in una prospettiva in cui la tutela della relazione gerarchica assumeva contorni assoluti. Assetto di cui l'abrogata, ma solo nel 1985, norma dell'articolo 193 c.p.m.p.<sup>1</sup> forniva adeguata riprova e di cui una vestigia ancora in vigore

---

<sup>1</sup> Norma che tutelava in modo capillare e onnicomprensivo il rapporto gerarchico ascendente, qualunque fosse la condizione del superiore ed anche quando il fatto fosse

si riscontra nella fattispecie della disobbedienza prevista dall'articolo 199 del Codice penale militare di guerra, che contempla come reato il fatto del prigioniero di guerra, di qualsiasi grado, che non obbedisca agli ordini, senza altra specificazione di contenuto, del militare dello Stato italiano, ancorché non graduato, incaricato di scortarlo, sorvegliarlo o custodirlo.

Non è così nel reato di disobbedienza previsto dal Codice militare di pace, dove vi è una puntuale, ed essenziale, prefigurazione normativa dei requisiti contenutistici dell'ordine vincolante: l'ordine deve in primo luogo, e per immediata specificazione della norma incriminatrice, attenersi al servizio o alla disciplina.

La descrizione dei requisiti costitutivi dell'ordine vincolante non si esaurisce, però, nella norma che prevede il reato di disobbedienza e si completa con la previsione dell'articolo 1349 del codice dell'ordinamento militare (d.lgs. n. 66 del 2010), la quale delinea le due ulteriori situazioni che debbono sussistere per potersi riscontrare un ordine che sia vincolante e la cui violazione sia sanzionata con il reato di disobbedienza: in primo luogo si specifica che «gli ordini, conformemente alle norme in vigore, devono attenersi alla disciplina, riguardare le modalità di svolgimento del servizio e non eccedere i compiti di istituto». Indi si prosegue, con un radicale cambio di prospettiva e con previsione rivolta al militare destinatario dell'ordine, statuendosi che questi ha il dovere di non eseguire l'ordine «manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisca manifestamente reato». Non solo ha il dovere di non eseguire l'ordine, ma deve altresì informare al più presto i superiori.

Altresì, viene in rilievo la previsione dell'articolo 727 del regolamento attuativo del predetto decreto legislativo (D.P.R. 15 marzo 2010 n. 90),

---

commesso a causa di funzioni politiche, amministrative o giudiziarie da questi esercitate; e norma che trovava ulteriore specificazione nella previsione del precedente, e del pari abrogato, articolo 192, ai sensi della quale la lesione del vincolo gerarchico era da ritenersi sussistente anche se il fatto offensivo fosse stato commesso per cause estranee al servizio. Tale assetto normativo è stato profondamente inciso dalla legge 26 novembre 1985, n. 689, per effetto della quale (in particolare, del conseguente nuovo articolo 199 c.p.m.p.) le fattispecie di insubordinazione e di abuso di autorità – cioè, i tipici presidi di tutela penale del rapporto di gerarchia militare – non si applicano allorché i fatti da esse preveduti vengano commessi per cause estranee al servizio e alla disciplina militare. In tale contesto normativo, sono altresì previste alcune situazioni in grado di paralizzare l'efficacia della ipotetica esistenza della causa estranea al servizio e alla disciplina, e in grado, quindi, di imprimere al concreto fatto posto in essere, in ogni caso e qualunque ne sia stata la causa, la particolare qualificazione giuridica di reato di insubordinazione o di abuso di autorità. In merito, volendo, V. SANTORO, *La causa estranea al servizio e alla disciplina militare nella struttura dei reati di insubordinazione ed abuso di autorità*, in «Rassegna della Giustizia Militare», supplemento al n. 2, 2023.

la quale esordisce, in diretta connessione con la fattispecie incriminatrice, prescrivendo che gli ordini, di cui si ribadisce la necessità che siano emanati in conformità e nei casi previsti dal codice, debbano essere formulati con chiarezza in modo da evitare dubbi o esitazioni in chi li riceve.

Indi, con attenzione al contenuto dell'ordine, si disciplina l'ipotesi di un ordine che deroghi alle disposizioni di servizio e la si ammette solo nei casi in cui sussistano imprescindibili esigenze connesse con il servizio, peraltro prevedendosi l'obbligo, a carico di chi impartisce l'ordine in deroga, di darne tempestiva comunicazione all'autorità che ha emanato le disposizioni derogate.

La norma si chiude con una previsione che concerne i soggetti della relazione gerarchica e la eventualità che l'ordine venga impartito da un soggetto che non sia un diretto superiore del militare richiesto di eseguirlo. Tale eventualità è ammessa solo allorquando, per l'urgenza del provvedere, non sia possibile richiedere l'intervento del superiore diretto e con la previsione dell'obbligo per colui che ha impartito l'ordine di farsi riconoscere e specificare, se necessario, l'incarico ricoperto e riferire immediatamente al superiore diretto del destinatario dell'ordine quanto da lui fatto.

Quest'ultima previsione non deve indurre nell'equivoco di ritenere che tutti i requisiti in essa indicati siano essenziali ai fini del configurarsi dell'ordine vincolante. Vedremo in seguito come essa assuma globale rilevanza solo nella prospettiva di una eventuale censura dell'operato del soggetto autore dell'ordine nella ipotesi in cui dovessero risultare mancanti le condizioni che giustificano l'accollo della potestà di impartire ordini da parte di un soggetto diverso dal superiore diretto.

Infine, viene in rilievo la previsione di cui al successivo articolo 729, che riprende l'art. 25, comma 2 del regolamento di disciplina militare (d.P.R. n. 545/1986) e dispone che «il militare al quale venga impartito un ordine che non ritenga conforme alle norme in vigore deve, con spirito di leale e fattiva collaborazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni, ed è tenuto ad eseguirlo se l'ordine è confermato, salvo che l'ordine non sia manifestamente criminoso, nel qual caso ha il dovere di non eseguire l'ordine».

Sempre in tale previsione si riscontra la disciplina dell'ipotesi che il militare si trovi di fronte ad un ordine che contrasti con uno ricevuto in precedenza; e si statuisce che in tal caso egli ha l'obbligo di eseguire il nuovo ordine ed informare il superiore che gli aveva intimato il precedente ordine.

## 2. *L'attinenza al servizio e alla disciplina nel reato di disobbedienza*

Dal reticolo normativo sopra delineato, ed in particolare in esito alla globale considerazione di tutti gli elementi di cui si compone la struttura della fattispecie di disobbedienza, appare evidente come il requisito dell'attinenza a servizio o disciplina integri un elemento normativo della fattispecie, che postula il riferimento al complesso delle norme a presidio di tali fondamentali interessi e rispetto ai quali non pare esservi significativo margine di contestazione da parte del subordinato, il quale, ove ritenga, in buona fede ma erroneamente, che non sussista tale attinenza, incontra un duplice ostacolo: o incappa nella barriera dell'articolo 39 del Codice penale militare di pace<sup>2</sup>, nella parte in cui statuisce la inescusabilità di errori che attengano i doveri inerenti al suo status militare, salvo, a seguito della sentenza della Corte cost. n. 61 del 1995, che si tratti di errore inevitabile; oppure incappa nel generale ostacolo dell'articolo 5, con l'argomento che il complesso delle norme sulla attinenza facciano parte del precetto penale e ne stabiliscano la precisa ampiezza e ambito di tutela<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Art. 39 c.p.m.p.: «Il militare non può invocare a propria scusa l'ignoranza dei doveri inerenti al suo stato militare».

<sup>3</sup> Al riguardo, occorre rilevare che nella configurazione e disciplina della generale scriminante dell'esecuzione dell'ordine, si prevede, per effetto del terzo comma dell'articolo 51, solo la ipotesi che il soggetto abbia, per errore di fatto, ritenuto di dare esecuzione ad un ordine legittimo. In tal caso, per l'indubbia efficacia della previsione dell'articolo 47 c.p., viene meno la rappresentazione dolosa. Per vero la questione è molto controversa. Al riguardo si rileva (v. D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano 1976, p. 262; G. MARINUCCI, E. DOLCINI e G. L. GATTA, *Manuale di Diritto penale*, 8 ed., Giuffrè Milano, 2019, p. 308), come l'espressa previsione della sola esimente dell'errore di fatto sulla legittimità dell'ordine sollevi due ordini di questioni, relative all'eventuale efficacia esimente di un errore su norme integratrici della norma scriminante e di un errore colposo sulla legittimità dell'ordine, ovviamente in relazioni alla eventualità che il fatto di reato realizzato dal corrispondente contegno di esecuzione dell'ordine sia previsto anche in forma colposa. La dottrina maggioritaria si è quindi mostrata incline a riconoscere la piena operatività dell'esimente anche quando la convinzione erronea dipenda da un errore su norma extra-penale, sovrapponendo così l'area operativa dell'art. 51, comma 3, esattamente a quella dell'art. 47 c.p. A sostegno di tali tesi, si è rilevato che se si conferisse rilievo esimente solo alla difettosa percezione di un dato empirico-naturalistico (dalla quale deriva la convinzione di legittimità dell'ordine), si giungerebbe ad applicare un trattamento inspiegabilmente diverso ai due protagonisti della relazione gerarchica, poiché per il superiore operano le ordinarie regole in tema di errore stabilite dall'intero art. 47 c.p. (errore di fatto sul fatto ed errore di diritto sul fatto), mentre per colui che ha obbedito il campo scusante si restringerebbe lasciando fuori l'errore su norma extra-penale. Una diversa impostazione dottrinale (D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli 1961, p. 93) cui aderisce la consolidata giurisprudenza, sottolinea come la disciplina dettata

In merito va altresì considerato, sempre in conformità al citato articolo 729, che:

«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:

Astenersi da ogni osservazione tranne quelle eventualmente necessarie per la corretta esecuzione di quanto ordinato;

Obbedire all'ordine ricevuto da un superiore dal quale non dipende direttamente, informandone quanto prima il superiore diretto».

---

dal terzo comma in oggetto può ragionevolmente assumere rilevanza scusante solamente laddove l'errore dell'esecutore si risolva in una distorta percezione della realtà materiale (ad esempio: adempimento dell'ordine di cattura sulla base del riscontro di una sottoscrizione del superiore competente a emanarlo abilmente falsificata), senza dunque che esso possa lambire i presupposti normativi che disciplinano il rapporto gerarchico con il superiore: cioè l'insieme degli elementi normativi che, scandendo la regolamentazione giuridica del rapporto gerarchico tra superiore e subordinato, coincidano con i requisiti di legittimità formale dell'ordine. Pertanto, un errore su uno dei prescritti requisiti formali – ad esempio: ritenere che un cancelliere possa emettere un'ordinanza di custodia cautelare – finisce per integrare gli estremi di un errore sull'illiceità del fatto (e non sugli estremi della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere), come tale, ex art. 5 c.p., non scusabile, salvo che risulti inevitabile. In tale prospettiva, lo scopo sotteso alla previsione del terzo comma dell'art. 51 c.p. si risolve nell'impedire la surrettizia introduzione di una deroga alla generale operatività dell'art. 5 c.p. Quanto alla questione dell'errore colposo, si controverte – stante il silenzio della disposizione sul punto – sulla possibile applicazione della disciplina scandita dall'art. 59, comma 4, c.p.; e quindi se si possa attribuire rilevanza penale all'errore colposo sulla legittimità dell'ordine. Tende comunque a prevalere la tesi negativa, ritenuta preferibile in quanto consente di conferire una dimensione autonoma alla disposizione dell'articolo 51 c.p., che viene pertanto a configurarsi come una disposizione più favorevole all'agente, derogatoria rispetto alla regola generale di cui all'articolo 59 C.p., con conseguenze non punibilità del subordinato nel caso di errore colposo (C. F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Giuffrè, Milano 1961, p. 243; A. SANTORO, *L'ordine del superiore nel diritto penale*, UTET, Torino 1957, p. 255). La tesi viene altresì supportata dal rilievo che con tale norma il legislatore ha inteso tenere nel debito conto la condizione di soggezione nella quale si trova il destinatario dell'ordine a causa del rapporto di subordinazione gerarchica rispetto a colui che lo ha emanato. Il condizionamento morale generato dalla relazione di subordinazione consentirebbe, quindi, di scusare anche la mancanza di diligenza nella verifica della legittimità del comando ricevuto e permetterebbe, al contempo, di distinguere le posizioni dei due soggetti del rapporto gerarchico, rendendo (ragionevolmente) più ampia per il subordinato l'area di rilevanza dell'errore rispetto a quella di cui beneficia il superiore che impartisce l'ordine (il quale, invece, sottostà al normale regime previsto all'art. 59, comma 4, c.p., che fa salva la responsabilità per colpa nell'ipotesi di errore sulla legittimità dell'ordine imposto).

La previsione della lettera b) conferma, come già accennato, che la minuziosa disciplina del contesto in cui è possibile impartire un ordine ad un soggetto non direttamente dipendente è preordinata solo ai fini di una eventuale responsabilità disciplinare di colui che dia l'ordine senza che sussistano i presupposti giustificativi. Ma è certo che il militare che lo riceve deve eseguirlo e non può opporre l'incompetenza del superiore a impartire l'ordine.

Infine, è doveroso menzionare la previsione contenuta nel primo comma dell'articolo 716 del D.P.R. n. 90 del 15 marzo 2010 (Codice dell'ordinamento militare), ai sensi del quale «il militare ha il dovere di agire di iniziativa, nell'ambito delle facoltà discrezionali a lui conferite con l'assegnazione di un compito o la emanazione di un ordine, al fine di conseguire il risultato migliore». Tale previsione, di cui è del tutto evidente la finalità, trova la sua ulteriore specificazione nella previsione di cui alla lettera b) del successivo comma, ai sensi della «il militare assumere l'iniziativa [...] se non può eseguire per contingente situazione gli ordini ricevuti».

Le due previsioni sopra indicate stanno a testimoniare di come sia parte del sistema di tutela dell'ordine gerarchico anche la eventualità che l'ordine, specie nelle circostanze in cui miri ad ottenere la realizzazione di un obiettivo, contempra in determinate situazioni l'immanente obbligo del destinatario di agire di iniziativa. Il che accadrà nelle situazioni in cui, per fattori imprevisi, divenga impossibile eseguire l'ordine in conformità alla programmata procedura di esecuzione e sia per contro possibile attuarlo optando per un diverso, ipotizzabile e disponibile, percorso di realizzazione<sup>4</sup>.

### 3. *Il reato di omessa esecuzione di incarico (art. 117 c.p.m.p.)*

A questo punto possiamo passare in rassegna quelle fattispecie che, al di là di varianti lessicali di non risolutiva rilevanza, sembrano contemplare fatti di omesso adempimento di attività di cui era stata puntualmente richiesta la esecuzione: cioè fatti che si sovrappongono al reato di disobbedienza nella sola parte in cui contempla la condotta di omessa esecuzione di ordine attinente al servizio.

In tale contesto viene in primo luogo in rilievo la fattispecie di omessa

<sup>4</sup> Si immagini l'ipotesi di un militare che, richiesto di eseguire un tampone nasale per la ricerca del virus Covid in una determinata struttura, si trovi a constatare che per varie e sopravvenute ragioni non possa eseguirlo nella indicata struttura. In tali situazioni, a mio avviso, la norma del sopracitato articolo 716 gli impone, ove sussistente ed attuabile, di recarsi in diversa struttura e provvedere a quanto gli è stato richiesto.

esecuzione di un incarico, prevista dall'articolo 117 e consistente nel fatto del «comandante di una forza militare, che, senza giustificato motivo, non esegue l'incarico affidatogli».

Si tratta di una fattispecie prevista sia in forma dolosa che colposa e punita, rispettivamente con la reclusione fino a tre anni e fino ad un anno<sup>5</sup>.

Nell'esegesi di questa fattispecie la dottrina<sup>6</sup> ha ritenuto che in essa si colgano elementi che si risolvono in criteri interpretativi del concetto di ordine. In particolare – si è rilevato – a differenza dei connotati dell'ordine, ha un oggetto più complesso e consente al destinatario un certo margine di apprezzamento discrezionale.

Pur in tale prospettiva si è però aggiunto, a supporto delle notevoli affinità con il presupposto del reato di disobbedienza, come l'incarico di cui parla la norma abbia un puntuale contenuto e riguardi l'impiego della forza militare, intesa come contingente di uomini e mezzi militari; inoltre deve trattarsi di un incarico individualmente e formalmente dato al comandante dalla competente autorità militare e che non può, pertanto, derivare da disposizioni generali e astratte<sup>7</sup>. E qui emerge un indubbio elemento di affinità con uno dei connotati fondamentale dell'ordine, e cioè la sua provenienza da un organo individuale.

E del pari non può sfuggire che l'incarico di per sé può ben connotarsi per componenti di indubbia natura prescrittiva. Sicché l'elemento specializzante, più che risiedere nel connotato di discrezionalità dell'incarico, si ravvisa nella esimente del giustificato motivo, per effetto del quale, essendo il soggetto attivo «comandante», giocano un ruolo fondamentale, a prescindere dal grado di vincolatività compreso nell'incarico, le circostanze sopravvenute che rendano necessario uno scostamento dalle prescritte linee di svolgimento del predetto incarico. E ciò spiega anche la previsione colposa della fattispecie, da correlare alla eventualità che quelle ragioni che hanno determinato lo scostamento dal programmato incarico le abbiano tratto origine da una negligente valutazione delle circostanze di fatto.

<sup>5</sup> Se l'incarico non è eseguito per negligenza, la pena è della reclusione militare fino a un anno. La fattispecie della omessa esecuzione di incarico è contemplata anche dal codice penale militare di guerra (art. 100 C.p.m.p.), dove peraltro la condotta tipica è descritta nei termini del comandante che, senza giustificato motivo, non esegue un ordine di operazione militare o comunque un incarico affidatogli (la sanzione di origine era la pena di morte).

<sup>6</sup> Sul punto, v. R. VENDITTI, *I reati contro il servizio e la disciplina militare*, Giuffrè, Milano 1974, p. 42.

<sup>7</sup> Corte mil. app. Roma, sent. 9 febbraio 1984, in «Rassegna di giustizia militare», 1984, pp. 573 ss.; Trib. Mil. Padova, sent. 23 gennaio 1993, in «Rassegna di giustizia militare», 1993, pp. 373 ss.

#### 4. *Il reato di omessa presentazione in servizio (123 c.p.m.p.)*

In secondo luogo, viene in rilievo il reato di omessa presentazione in servizio, previsto dall'articolo 123 e consistente nel fatto del «militare che, senza giustificato motivo, omette di intraprendere il servizio cui è stato comandato».

Il reato, in ragione della pena edittale non superiore a sei mesi, è procedibile a richiesta del comandante di corpo; cioè in dipendenza di quella peculiare condizione di procedibilità prevista per alcuni reati militari dalla previsione di cui all'articolo 260 del Codice penale militare di pace.

Presupposto della condotta, per quanto riguarda l'ipotesi della mancata intrapresa del servizio, è l'avvenuto comando del militare ad un servizio, da intendersi nel circoscritto significato di servizio determinato (servizio nel servizio), e quindi non coincidente con il servizio che è genericamente dedotto nella obbligazione lavorativa.

Dato che la condotta si incentra sulla mancata ottemperanza all'atto di comando in servizio, è stato sottolineato che qui, rispetto ai reati di abbandono di posto e di violata consegna, si fa più stretta la vicinanza alla fattispecie di disobbedienza di cui all'art. 173, al punto che si considera penalmente rilevante anche il ritardo nella presentazione, poiché comunque l'omissione si verifica nel momento fissato per l'inizio del servizio<sup>8</sup>.

Effettivamente, in questa fattispecie si coglie un indubbio profilo di interferenza con l'ordine fonte del reato di disobbedienza, posto che si usa la eloquente espressione: comando in servizio.

In proposito si è osservato in dottrina che con la norma in esame il legislatore ha avuto presenti non i riflessi afferenti alla disciplina militare, ma esclusivamente l'aspetto degli inconvenienti derivanti al servizio, sicché la fattispecie, nel suo esclusivo riferimento al servizio, deve essere ritenuta speciale rispetto al reato di disobbedienza, perché altrimenti sarebbe inapplicabile. Da ciò il corollario che qualora il comando per lo svolgimento del servizio promani non da un ordine di servizio, ma da un ordine direttamente impartito dal superiore, questa fattispecie risulta cedevole ed in suo luogo subentra il reato di disobbedienza<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> V. Trib. Sup. Mil., sent. 21 novembre 1978, in «Rassegna di giustizia militare», 1979, pp. 139 ss.; Cass., sent. 28 febbraio 1990, in *Il diritto penale militare nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Suprema Corte di cassazione (1980-1992)*, vol. I, a cura di G. Scandurra, Giuffrè, Milano 1993, p. 367.

<sup>9</sup> M. STECCANELLA, *Abbandono di posto e violazione di consegna nel sistema penale militare*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 88, nota 36, e p. 128, per il quale, appunto, il reato *de quo* avrebbe dovuto trovare collocazione tra quelli contro la disciplina e che, qualora il comando

Ma non è mancato, però, chi ha osservato<sup>10</sup> – e il rilievo è del tutto condivisibile – come il reato di disobbedienza non sia posto a presidio dell'esclusivo ed indifferenziato interesse al rispetto della volontà manifestata dal superiore gerarchico; e che l'alternativo requisito della necessaria attinenza al servizio ne metta in rilievo la parimenti e coesistente efficacia offensiva rispetto al servizio militare.

In questa prospettiva svolge un ruolo fondamentale la previsione dell'articolo 1346 del citato decreto legislativo n. 66 del 2010, a tenore della quale il concetto di disciplina, lungi dal profilarsi nei termini di un generalizzato vincolo a conformarsi ad ogni volontà del superiore, è profondamento innervato dal complesso dei doveri militari e si risolve nell'obbligo di osservare le norme attinenti allo stato militare «in relazione ai compiti istituzionali».

##### 5. *Il reato di inosservanza di istruzioni ricevute (art. 125 c.p.m.p.)*

Infine, viene in rilievo il reato di inosservanza di istruzioni ricevute, contemplato dall'articolo 125 e consistente nel fatto dell'ufficiale incaricato di una missione o di una spedizione od operazione militare, «che non ottempera, senza giustificato motivo, alle istruzioni ricevute».

Presupposto della condotta è l'affidamento di un incarico per una missione o spedizione od operazione militare, con correlative istruzioni ricevute dai superiori comandi per il suo espletamento.

Anche in relazione a questa fattispecie si è rilevato<sup>11</sup> che le istruzioni hanno un contenuto di massima, in quanto individuano soprattutto i termini e le modalità generali dell'operazione da compiere; e che, pertanto, non sono equiparabili alla consegna poiché non designano un'attività puramente esecutiva e consentono un notevole grado di discrezionalità nell'adozione delle decisioni utili per il conseguimento dello scopo, come comprovato dall'inciso «senza giustificato motivo» contenuto nella disposizione.

---

per lo svolgimento del servizio promani non da un ordine di servizio, ma da un ordine direttamente impartito dal superiore, debba essere il reato di disobbedienza a prevalere.

<sup>10</sup> Sul punto, v. D. BRUNELLI, *Reati contro la disciplina militare* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 1226 ss. Sull'argomento, anche per ulteriori citazioni di dottrina, si veda V. SANTORO, *Commento all'articolo 173 C.p.m.p.*, in *Codici penali militari. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, a cura di D. Brunelli e G. Mazzi, Giuffrè, Milano 2001, pp. 777 ss.

<sup>11</sup> D. BRUNELLI e G. MAZZI, *Diritto penale militare*, 4 ed., Giuffrè, Milano 2007, p. 311.

In tale prospettiva, e in ragione del supposto margine di discrezionalità consentito all'ufficiale incaricato, è stata richiamata la già citata previsione dell'articolo 716 del D.P.R. n. 90 (in precedenza contenuta nell'art. 13 commi 1, 2 e 3 del Regolamento di disciplina militare, approvato con d.P.R. 18 luglio 1986 n. 545), ove si stabilisce il dovere del militare, quando abbia facoltà discrezionali e decisionali, di agire di iniziativa al fine di conseguire il risultato migliore, e nonché, in mancanza di ordini, il dovere di operare razionalmente e con senso di responsabilità per assolvere il compito ricevuto e per conseguirne lo scopo, anche di fronte a circostanze impreviste.

Il fatto<sup>12</sup> è previsto sia in forma dolosa che colposa, con pena fino a tre anni nel primo caso e fino a sei mesi nel secondo, ed è espressamente assoggettato a pena solo se «ha pregiudicato l'esito della missione, spedizione od operazione».

Il reato, pertanto, non si realizza soltanto con l'inottemperanza delle istruzioni ricevute. Occorre, infatti, che ciò avvenga senza giustificato motivo e occorre altresì che tale condotta abbia pregiudicato l'esito della missione, spedizione od operazione. Quest'ultima previsione integra, per consolidata opinione, una condizione obiettiva di punibilità.

Anche in relazione a questa fattispecie si è rilevato come le prescrizioni costituiscano comunque degli ordini – espressione, peraltro usata negli abrogati codici penali militari per l'esercito e la marina – con la conseguenza che si è in presenza di una fattispecie speciale di disobbedienza, ancora una volta confinata nella sola variante della omissione<sup>13</sup>.

Riguardo alla ricorrenza di un giustificato motivo, si concorda nel correlarlo alla circostanza che l'ufficiale incaricato del servizio dispone di adeguato margine di discrezionalità connaturato all'incarico medesimo. Ed al riguardo si può ribadire quanto detto a proposito dei termini di rilevanza del giustificato motivo e del suo porsi, ove fondato, come fattore di giustificazione della parziale o totale inosservanza delle ricevute istruzioni.

## 6. I rapporti tra i predetti reati

Tirando le fila di quanto si è sopra evidenziato possiamo rilevare come, a fronte della ampia latitudine applicativa del reato di disobbedienza e del

---

<sup>12</sup> Contemplato, con soggetto attivo qualsiasi militare, anche dal Codice penale militare di guerra, all'articolo 101.

<sup>13</sup> V. S. MALIZIA, *Violazione di doveri inerenti a speciali servizi* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano 1987, pp. 813 ss.

suo generico riferimento ad ordini attinenti al servizio, abbiamo due reati (articoli 117 e 125 c.p.m.p.) in cui: a) vi è il requisito aggiuntivo della particolare qualifica soggettiva del destinatario dell'ordine (il comandante di una forza militare; l'ufficiale incaricato di un particolare attività), sicché si è in presenza di reati proprio 'al quadrato'<sup>14</sup>; b) il contegno di inottemperanza è correlato a prescrizioni concernenti l'impiego della forza militare ed a prescrizioni che concernono lo svolgimento di una missione o di una spedizione od operazione militare; c) il reato sussiste solo se, con riguardo alle due ipotesi di reato, l'inottemperanza non sia sorretta da giustificato motivo e, con riguardo alla fattispecie di cui all'articolo 125, se si sia altresì avverata la condizione obiettiva di punibilità del pregiudizio all'esito della contemplata operazione militare.

Diversamente dai due reati sopra indicati, l'ulteriore reato previsto dall'articolo 123 c.p.m.p, in cui la inottemperanza penalmente rilevante è sempre definita dall'assenza di un giustificato motivo, si contrassegna per un indistinto riferimento ad ogni tipo di servizio, purché provvisto dai connotati di determinatezza e puntualità e quindi da non confondere, come già rilevato, con la generica prestazione di servizio che costituisce il contenuto della ordinaria prestazione lavorativa.

Mettiamo subito in evidenza una peculiarità di questa ultima fattispecie, che attiene al trattamento sanzionatorio e che costringe a prendere atto che per il legislatore la fattispecie della omessa presentazione in servizio, esclusivamente radicata sulla condotta di omissione, è considerata meno offensiva della disobbedienza ad un ordine attinente al servizio, posto che è prevista la minore pena della reclusione militare fino a sei mesi e posto ancora che ai fini della procedibilità per tale reato è necessaria la richiesta del Comandante di Corpo.

In ragione di siffatta peculiarità potrebbe sostenersi che verrebbe in rilievo il reato di disobbedienza nella ipotesi in cui, avuta consapevolezza di essere stato comandato in servizio, il militare preannunci il rifiuto di svolgerlo; e opponga tale rifiuto in un momento precedente quello fissato per l'inizio del servizio.

La prima giustificazione che viene in mente a fronte di tale tesi è che, nel caso del radicale e immediato rifiuto di svolgere il servizio, il fatto del subordinato esprima un atto di radicale ribellione al superiore, con un contegno di plateale contrapposizione della sua volontà a quella manifestata da quest'ultimo con il comando in servizio. Quindi un fatto

---

<sup>14</sup> Cioè, reati in cui si esige una qualifica soggettiva ulteriore rispetto a quella richiesta dalla generalità dei reati militari, che pertanto costituiscono di per sé dei reati propri.

che sembra agli antipodi del contegno richiesto all'inferiore, come attestato nella norma – l'articolo 1347 del Codice dell'ordinamento militare – che prescrive l'assolutezza del dovere di obbedienza e vi pone come unico limite la ipotesi dell'ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisca manifestamente reato, cui è peraltro correlato l'ulteriore dovere «di informare al più presto i superiori».

Verrebbe quindi in rilievo, nel caso di plateale rifiuto di eseguire l'ordine, un profilo di offensività che pregiudica soprattutto il vincolo disciplinare.

In realtà il punto non è così pacifico, perché chiama in causa la questione se si realizzi il reato di disobbedienza nella ipotesi in cui il militare, opposto al rifiuto di eseguire l'ordine, in realtà poi lo esegua nei tempi e secondo le modalità della intimazione: questione oggetto di un radicale contrasto tra il consolidato orientamento della giurisprudenza<sup>15</sup> e l'opinione manifestata dalla dottrina, la quale rileva che «se si va ad anticipare la soglia della punibilità alla mera manifestazione della volontà di omettere – nel che si concretizza il rifiuto – appare evidente la completa divaricazione fra una consimile ottica interpretativa ed il principio di offensività»<sup>16</sup>. Altresì, occorre rilevare come appaia difficile sottrarsi alla sensazione, pur nell'indubbia sussistenza di inconvenienti in entrambi i casi, che sia più grave il contegno di chi, senza alcun preavviso ed alcuna giustificazione, ometta di svolgere il servizio per cui è stato comandato, sovente generando conseguenza pregiudizievoli di più ampio spettro, per esempio nei servizi che richiedano la pluralità di persone, e costringendo l'autorità militare a correre affannosamente ai ripari, nello scenario dell'improvvisa disfunzione di servizio e per trovare un sostituto.

Ciò premesso, scendiamo nel dettaglio e proviamo a verificare quali siano i punti in comune tra le predette fattispecie e quella della disobbedienza, e se e in che misura la condotta di rifiuto seguita dall'adempimento di

<sup>15</sup> In giurisprudenza prevale la risposta affermativa, affermandosi che «il rifiuto di ottemperare all'ordine da parte dell'inferiore che, poi e a tempo debito, si adegua al comando senza integrare una condotta omissiva, è penalmente rilevante ex art. 173 C.p.m.p.» In tali termini, Corte mil. app., Sez. dis. Verona, sent. 20 settembre 1985, citata in G. SCANDURRA, *Il diritto penale militare nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Suprema Corte di cassazione*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 202 ss.

<sup>16</sup> In tali termini, v. A. CADOPPI, *Brevi note in tema di disobbedienza*, in «Rassegna della giustizia militare», 1986, pp. 288 ss., il quale aggiunge che nel criticato orientamento si coglie altresì un sensibile avvicinamento alla repressione penale della mera *cogitatio*, con ciò ponendo in crisi lo stesso principio di materialità (*nullum crimen sine actione*). In merito, v. V. SANTORO, *Commento all'articolo 173 del codice penale militare*, in *Codici penali militari. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, cit., pp. 590 ss.

quanto richiesto assuma rilevanza nel quadro delle predette fattispecie, in ragione della formula strutturale che le connota.

In primo luogo, pare scontato che ciò che figura come espresso limite al dovere di obbedienza e come antecedente di un vero e proprio atto di disobbedienza (manifesta criminalità dell'ordine e ordine rivolto contro le istituzioni dello Stato) valga anche come limite al corrispondente dovere delineato nelle tre fattispecie sopra indicate<sup>17</sup>. Non ci sembra, infatti, contestabile che i fondamentali interessi tutelati dalle norme che pongono un limite al dovere di obbedienza mantengano intatta la loro rilevanza in tutte le fattispecie incriminatrici che contemplano il presupposto della intimidazione vincolante all'espletamento di un servizio.

In secondo luogo, rilevato che tutte le tre fattispecie in esame contemplano la sola condotta di omissione della, variamente denominata, attività doverosa, è da chiedersi se anche in relazione a tali fattispecie possa predicarsi la immediata integrazione del distinto reato di disobbedienza nella evenienze in cui il soggetto richiesto di eseguire le attività in ciascuna di esse contemplate opponga un immediato e radicale rifiuto di esecuzione e successivamente, nei tempi indicati dall'atto di comando, provveda alla puntuale esecuzione di ciò che gli è stato richiesto di fare.

Infine, e con riguardo al reato di cui all'art. 125, assodato che la fattispecie criminosa viene integrata per effetto di una omissione priva di giustificato motivo e che abbia altresì pregiudicato l'esito della missione, spedizione od operazione; ed assodato che il pregiudizio per l'esito della missione, spedizione od operazione è concordemente ritenuto dalla dottrina una condizione obiettiva di punibilità, occorre chiedersi se residui una responsabilità penale sotto altro titolo di reato per l'ipotesi di conclamata ed ingiustificata condotta di omessa ottemperanza ad una istruzione-prescrittiva che non abbia comportato alcuna conseguenza negativa per la missione.

### *7. La natura sussidiaria del reato di disobbedienza*

Proviamo a rispondere ai quesiti sopra indicati, che intuitivamente hanno a che fare con il puntuale ambito di efficacia della fondamentale,

---

<sup>17</sup> Per esempio, con riguardo alla fattispecie del 125, lo svolgimento di una operazione militare che richieda, con intento chiaramente eversivo, di portarsi con carri armati e irrompere armati nel Parlamento.

ma indubbiamente sussidiaria, fattispecie delle disobbedienza *ex art.* 173, dando conto, con iniziale escursione nel reato di omessa presentazione in servizio, che è stata negata la possibilità di ravvisare il concorso tra i due reati di disobbedienza e omessa presentazione in servizio nel caso del militare che non ottemperi all'ordine di intraprendere un servizio cui sia stato già in precedenza comandato. Ciò per la ragione che in siffatta ipotesi l'ordine è diretto semplicemente a rafforzare un precedente ordine già rivolto al destinatario attraverso la tabella di servizio e sfociato nell'addebito del reato di omessa presentazione in servizio, non potendosi porre a carico del militare doveri nuovi o diversi da quelli di cui era già investito<sup>18</sup>.

Siffatta impostazione ben si coordina con la natura residuale della fattispecie della disobbedienza, preordinata a tutelare la organizzazione militare nel suo aspetto statico-istituzionale e coesistente con le ulteriori norme incriminatrici che specificamente tutelano, anche nella fase prodromica, servizi determinati, le quali ultime si collocano nell'ambito dei reati contro il servizio.

In tale prospettiva si mette in rilievo che con il reato di disobbedienza si arreca immediato e particolare nocimento alla complessiva essenza dell'organizzazione militare<sup>19</sup>; cioè, un bene giuridico in cui si incarna la globale ed indifferenziata necessità dell'ordinato e puntuale funzionamento dell'organizzazione e in cui trova puntuale espressione la necessaria compenetrazione tra servizio e disciplina.

In altri termini, non vi è alcuna rigorosa dicotomia tra i due beni del servizio e della disciplina militare, come comprovato dalla legge che contiene le norme di principio sulla disciplina militare (legge 11 luglio 1978, n. 382)<sup>20</sup>, nella quale si afferma la necessità che i doveri costitutivi dello status di militare siano in stretta dipendenza dalle esigenze del servizio e si provvede a dimensionare in modo significativo l'ambito entro cui può aversi una legittima tutela della c.d. disciplina, statuendo, con inversione rispetto all'assetto ereditato dalla tradizione, che ciò che dà ragione e contezza dell'intervento della norma incriminatrice sia la lesione del servizio, sebbene attuata in forma mediata.

Il reato di disobbedienza, quindi, presidia il rapporto gerarchico attraverso la diretta tutela dello strumento operativo con cui si attua

<sup>18</sup> Corte Mil. app., Sez. dist. Napoli, sent. 5 novembre 1985, in «Rassegna di giustizia militare» 1986, p. 108.

<sup>19</sup> Così D. BRUNELLI, *Reati contro la disciplina militare* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano 1987, p.1227.

<sup>20</sup> Legge poi riversata nel citato decreto legislativo 15 marzo 2010, n.66 (Codice dell'ordinamento militare).

funzionalmente la catena delle dipendenze, che va dal soldato all'ufficiale più elevato in grado delle forze armate.

Il rilevato collegamento tra servizio e disciplina militari ha indotto la dottrina<sup>21</sup> a rinvenire nei reati contro la disciplina militare altrettanti fatti offensivi dell'ordine pubblico militare, inteso come l'insieme delle condizioni minime di esistenza di quella parte dell'ordinamento militare che coincide con l'organizzazione delle forze armate, delle sue formule e dei rapporti tra le sue componenti.

Su tali premesse, ci pare del tutto plausibile la conclusione che il reato di disobbedienza sia attualmente chiamato a recitare un ruolo di tutela ausiliaria del servizio militare, incriminando comportamenti che violino interessi strumentali al buon andamento del servizio diversi ed ulteriori rispetto a quelli contemplati e tutelati attraverso ordini concernenti un particolare servizio; e pertanto rilevanti come il presupposto di configurabilità di specifiche fattispecie di reato.

In altri termini, rilevata la sussistenza di fattispecie incriminatrici che contemplino comandi in servizi determinati e ne sanzionino la omessa esecuzione, a fronte del generico ed indifferenziato servizio che viene in rilievo nel reato di disobbedienza, pare doverosa la conclusione che, ove si realizzi il presupposto di tutti e tre i reati previsti dagli articoli 117, 123 e 125 del Codice penale militare<sup>22</sup>, la tutela penale dell'adempimento di quel particolare servizio si esaurisca nel quadro della specifica fattispecie incriminatrice e che di conseguenza, qualunque sia stata la concreta condotta del soggetto destinatario del comando (per esempio un preannunciato rifiuto di esecuzione), occorrerà attendere i tempi di prescritto adempimento e solo in relazione a tale contesto prendere atto della eventuale ingiustificato ottemperanza.

In che ha il senso di dire che se il militare comandato in uno dei particolari servizi contemplati dalle fattispecie previste dagli articoli 117, 123 e 125 del Codice penale militare preannunci il rifiuto di svolgerlo e poi di fatto lo svolga nei tempi prescritti, non vi sarà alcuna conseguenza penalmente rilevante. Del pari, ove vi sia sempre un iniziale rifiuto, la rilevanza penale del fatto sarà in ogni caso correlata alla condotta di oggettivo ed ingiustificato inadempimento del servizio e la norma da applicare sarà solo quella che contempla e sanziona tale inadempimento.

---

<sup>21</sup> In merito, con citazione della pertinente dottrina, V. SANTORO, *Commento all'articolo 173 del codice penale militare*, in *Codici penali militari. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, cit., pp. 569 ss.

<sup>22</sup> Presupposto che può realizzarsi sia con un provvedimento scritto di comando in servizio sia con un comando oralmente impartito.

Sembra, quindi, da escludere la opzione esegetica secondo cui, a fronte del comando in uno dei servizi di cui alle previsioni degli articoli 117, 123 e 125, lo spazio specializzante di queste norme incriminatrici, radicate solo su una condotta di omissione, emergerebbe solo a fronte della mancata integrazione di una condotta di rifiuto di esecuzione, in ipotesi integrativa del reato di disobbedienza. Ciò, infatti, invertirebbe i termini della relazione tra i predetti reati ed i reati di disobbedienza e assegnerebbe ai primi quella natura sussidiaria che è invece, con impostazione dominante, accreditata al secondo reato.

Su tali premesse si risolve anche la questione sulla eventuale rilevanza penale della omissione di cui all'articolo 125 nella ipotesi in cui non si sia avverata la condizione di punibilità. La risposta che appare coerente e plausibile è nel senso della irrilevanza penale del fatto; e quindi va escluso che l'omissione, indubbia e ingiustificata, venga a costituire il diverso reato di disobbedienza.

*8. In particolare sui rapporti tra il reato di disobbedienza e il reato di omessa presentazione in servizio (artt. 173 e 123 c.p.m.p.)*

Per meglio intendere il discrimine sopra delineato occorre, proprio con riguardo al delicato confine tra ordine attinente al servizio (tutelato dal reato di disobbedienza), e comando a svolgere un servizio determinato (tutelato dalla fattispecie dell'articolo 123), puntualizzare in cosa consista il servizio determinato di cui al reato previsto dall'articolo 123, per modo di evitare l'assurdo corollario che ogni contegno richiesto al militare sia da considerare servizio.

In tale prospettiva occorre considerare con cautela la tesi secondo cui uno degli elementi di maggiore valenza discretiva tra le due predette figure di reato sia costituito dalla 'personalizzazione' della disposizione impartita al militare. Si afferma al riguardo che qualora il militare venga comandato di servizio con un ordine di servizio, all'eventuale mancata assunzione dello stesso consegue l'integrazione della fattispecie tipica dell'omessa presentazione. Viceversa, qualora vi sia un'interlocuzione diretta fra il comandante di servizio ed il suo superiore, rimane integrata la disobbedienza, dal momento che il rapporto gerarchico – che è sotteso anche all'ordine di servizio e quindi alla omessa presentazione in servizio – assume un'esplicitazione diretta, che rappresenta il presupposto tipico della

figura di reato prevista dall'art. 173 c.p.m.p.<sup>23</sup>

In altri termini, secondo questa impostazione, nel fatto di reato dell'omessa presentazione non ricorre una personale e diretta intimazione da cui origina l'obbligo di assunzione di un determinato servizio; per contro il fatto di reato della disobbedienza è connotato da siffatta intimazione diretta, dalla quale scaturisce l'obbligo di tenere il comportamento conforme, cioè l'assunzione del servizio, rispetto al quale vengono in rilievo, come congegni costitutivi del reato di disobbedienza, le contemplate condotte di rifiuto, omissione e ritardo.

A mio giudizio siffatta tesi, che esalta la forma di estrinsecazione del comando a svolgere un servizio e cambia la sede di rilevanza penale dell'omesso svolgimento, non sembra avere addentellati nella formulazione letterale della fattispecie e si risolve nel conferire una eccessiva rilevanza a ciò che, nel silenzio della norma, è una delle variegate modalità di comando in servizio.

In realtà non sembra che nella struttura della fattispecie di omessa presentazione in servizio assuma rilevanza solo e soltanto il comando in servizio attuato mediante un provvedimento scritto. Ciò che la norma richiede, infatti, è soltanto il comando in servizio e non dice nulla sulle modalità e forme attraverso le quali debba realizzarsi siffatta intimazione.

In tale prospettiva ciò che realmente sembra assumere una specifica e puntuale rilevanza nella fattispecie incriminatrice, e che integra il suo requisito di peculiarità e il suo particolare ambito di applicazione, ha a che fare con il particolare servizio oggetto del comando e la puntuale fonte da cui deve provenire il comando in servizio.

Quanto a quest'ultimo profilo, ci pare che la fattispecie si discosti dall'indifferenziata fonte da cui può promanare l'ordine foriero della

---

<sup>23</sup> Corte Mil. app., sent. 17 aprile 2013, n. 62, ove si afferma quanto segue: «uno degli elementi di maggiore valenza discrezionale fra le due figure di reato dell'omessa presentazione in servizio e della disobbedienza è costituito dalla personalizzazione della disposizione impartita al militare. Di norma, qualora il militare venga comandato di servizio con un ordine di servizio, all'eventuale mancata assunzione dello stesso consegue l'integrazione della fattispecie tipica dell'omessa presentazione. Viceversa, qualora vi sia un'interlocuzione diretta fra il comandante di servizio ed il suo superiore, a giudizio della Corte, rimane integrata la disobbedienza, dal momento che il rapporto gerarchico – che è sotteso anche all'ordine di servizio e quindi alla omessa presentazione in servizio – assume un'esplicitazione diretta, che rappresenta il presupposto tipico della figura di reato prevista dall'art. 173 c.p.m.p. In altri termini, nel fatto di reato dell'omessa presentazione non ricorre una personale e diretta intimazione da cui origina l'obbligo di assunzione di un determinato servizio, mentre il fatto di reato della disobbedienza è connotato da siffatta intimazione diretta, dalla quale scaturisce l'obbligo di tenere il comportamento conforme, cioè l'assunzione del servizio».

disobbedienza (qualsiasi superiore gerarchico) e richiede una specifica e puntuale competenza in capo a colui che dispone il comando il servizio, che deve rientrare tra le figure istituzionali che siano titolari, in relazione al peculiare contesto organizzativo, del potere di impartire quel comando in servizio.

Si pensi, al riguardo, al comando da svolgere un servizio di pattugliamento mobile o al comando di sottoporre a presidio di sorveglianza un determinato sito. In tale evenienza ci sembra del tutto ragionevole la conclusione che non tutti i superiori gerarchici per avventura in servizio nel determinato contesto organizzativo ed operativo possano impartire siffatto comando. Potranno farlo, cioè, solo quelle figure istituzionali (per esempio, comandante della stazione carabinieri o soggetti in posizione di titolarità di organi superiori) abilitate a organizzare e disciplinare i turni di svolgimento del particolare servizio ed i soggetti tenuti a svolgerlo.

Quanto al secondo profilo, e come già più volte accennato, deve trattarsi di un servizio determinato e diverso dalla tipica e ordinaria prestazione lavorativa, così come accade per il reato di violata consegna; di conseguenza deve connotarsi per consistere in una prestazione che non si esaurisca nello spazio di un contegno istantaneo ma che si sviluppi, tendenzialmente, in un arco di tempo che consenta di individuare il momento iniziale, rispetto al quale correlare il contegno del militare che «ometta di intraprenderlo».

Al di fuori di tale contesto, si staglia la rilevanza sussidiaria del reato di disobbedienza, nell'ambito del quale assumono rilevanza gli ordini che attengano a servizi che non presentino le caratteristiche dei servizi contemplati dalla fattispecie di omessa presentazione in servizio (per esempio, ordini che richiedono di compiere o astenersi dal compiere atti determinati, anche collocati all'interno delle ordinarie mansioni lavorative)<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Per esempio, l'ordine di sottoscrivere le note caratteristiche, oppure – ma sul punto vi sono contrasti – di firmare per presa visione l'atto di avvio di un procedimento disciplinare.



*Ordine guidance, ordine coercion: dinamiche e rilevanza della defence dell'obbedienza nel diritto penale internazionale*

ANTONIO VALLINI\*

ABSTRACT

(ITA) Il contributo analizza la rilevanza dell'ordine del superiore nel diritto internazionale penale, distinguendo tra ordine guidance e ordine coercion quali fattori criminologici e giuridici dell'obbedienza criminosa. Esclusa ogni valenza giustificante, lo studio individua gli spazi di una rilevanza scusante dell'ordine in rapporto all'errore sul fatto o sul divieto e al costringimento psichico, dedicando speciale attenzione, infine, alla categoria dell'instinctive obedience, quale fondamento di un'esimente dotata di una ratio autonoma. L'art. 33 dello Statuto di Roma è interpretato come codificazione matura di tale esimente, nel bilanciamento tra prevenzione generale e responsabilità personale

(ENG) The chapter examines the superior orders defence in international criminal law, distinguishing between "guidance" and "coercive" orders as criminological and legal factors of criminal obedience. Excluding any justificatory effect, it identifies the limited excusing relevance of orders in relation to mistake of fact, mistake of law, and duress, with particular focus on instinctive obedience as the basis of an autonomous excuse. Article 33 of the Rome Statute is interpreted as the mature codification of such an excuse, grounded in a balance between general prevention and personal culpability.

KEYWORDS

(ITA) Ordine del superiore; Diritto penale internazionale; Responsabilità individuale; Cause di esclusione della colpevolezza; Statuto di Roma.

(ENG) Superior orders; International criminal law; Individual criminal responsibility; Grounds for excluding criminal responsibility; Rome Statute.

SOMMARIO: 1. Preambolo: delimitazione dell'oggetto di questo, e promessa di ben altro, contributo – 2. La relazione ordine-obbedienza quale costante strutturale del crimine internazionale – 2.1. L'ordine *guidance*, l'ordine *coercion* – 2.2. Il diritto internazionale penale di fronte alla relazione ordine-obbedienza, tra general-prevenzione e personalismo – 3. Le più puntuali declinazioni (internazionali-)penalistiche dell'ordine *guidance* e dell'ordine *coercion* – 3.1. Il rilievo scusante, non giustificante, dell'ordine del superiore – 3.2. L'ordine *guidance* produttivo di un errore sul fatto – 3.3. L'ordine *guidance* produttivo di

---

\* Professore ordinario di Diritto penale, Università di Pisa.

un errore sul divieto – 3.4. L'ordine *coercion* motivo di una *instinctive obedience*, o di una *duress* – 3.4.1. La *ratio* autonoma dell'esimente: la *instinctive obedience* – 3.5. A margine: la pressione dell'ordine come causa di esclusione dell'imputabilità – 4. L'art. 33 dello Statuto di Roma come codificazione della precipua esimente dell'ordine del superiore – 4.1. Nello Statuto di Roma, l'adempimento all'ordine criminoso non è giustificato – 4.2. I distinti piani di operatività dell'ordine-*duress* e dell'ordine-errore sul fatto – 4.3. La specificità dell'esimente dell'art. 33, per il combinarsi di effetti di *guidance* e *coercion* nel bilanciamento con istanze general-preventive – 4.3.1. Il presupposto di un ordine *coercion* e di un ruolo di stretta subordinazione – 4.3.2. Il limite di "esigibilità" della manifesta criminalità.

1. *Preambolo: delimitazione dell'oggetto di questo, e promessa di ben altro, contributo*

Il progetto di ricerca *ABIDE – Rule of Law and the Problem of Responsible Obedience* ha dato occasione per un ricco e proficuo confronto interdisciplinare, aperto alle competenze ed esperienze di chi ben conosce, per professione, la responsabilità dell'obbedienza. Chi scrive ne ha tratto una molteplicità di indicazioni, suggestioni e idee, che già sono state sommariamente sviluppate in alcune relazioni tenute nei convegni e seminari del progetto, e che si intendono meglio articolare in un prossimo contributo di taglio monografico, la cui struttura sarà, tendenzialmente, la seguente.

Ad un'analisi delle ragioni istituzionali, criminologiche e social-psicologiche che stanno alla base della costante invocazione di un'esimente incentrata sull'adempimento a un ordine del superiore da parte di chi sia accusato della commissione di un crimine internazionale, si accompagnerà, simmetricamente, una considerazione delle ragioni politico-criminali e tecnico-giuridiche che hanno condotto, generalmente, a uno scarsissimo successo di simili allegazioni difensive.

In questa prospettiva, armonizzando i due versanti empirico e penalistico, si definiranno gli spazi di potenziale rilevanza scusante dell'ordine criminoso (una volta esclusa ogni possibile rilevanza giustificante), andando a individuare se, e a quali condizioni, possa attribuirsi una distinta e specifica valenza esimente all'adempimento a un ordine criminoso in quanto tale; al di là, cioè, dei casi in cui tale requisito costituisca un occasionale presupposto fattuale di più generali cause di esclusione della colpevolezza note alla dogmatica penalistica, come l'errore sul fatto o sul divieto, o il costringimento psichico.

Tanto premesso in linea teorica, si ripercorrerà – con lo sguardo posato tanto sul dato normativo, quanto sull'ampia e variegata esperienza

giurisprudenziale – l’evoluzione storica della disciplina dell’adempimento all’ordine del superiore nel diritto internazionale penale, allo scopo di verificare quali paradigmi di rilevanza e, più frequentemente, irrilevanza penalistica di tale fattispecie, tra quelli precedentemente enucleati, siano stati via via valorizzati. Se ne trarrà la convinzione che certe esposizioni consuete – come quelle che insistono sull’avvicinarsi dei tre modelli del *superior respondeat*, dell’*absolute liability*, e del *manifest illegality standard* – rischino di non cogliere come, sottotraccia, abbia sempre operato uno stesso paradigma – quello incentrato sulla specifica *ratio* scusante dell’adempimento all’ordine in quanto tale – pur diversamente declinato in ragione dell’ambito nazionale ovvero internazionale della giurisdizione, del mutamento di contesto storico-culturale, e dei referenti oggettivi (tipologie di incriminazioni) e soggettivi (tipologie di imputati). Un medesimo paradigma di cui l’articolo 33 dello Statuto di Roma sembra essere, in definitiva, la più matura e sintetica cristallizzazione.

Nella seconda parte del lavoro si riconsidereranno i riscontri criminologici da cui si son prese le mosse, dall’opposto angolo visuale, forse più promettente, di una prevenzione di obbedienze criminose, mediante la responsabilizzazione di chi riveste posizioni di comando. Altre evidenze emerse nel progetto ABIDE verranno qui messe a frutto, e in specie quelle volte appunto a favorire – mediante strategie di formazione, addestramento, proceduralizzazione e ridefinizione delle strutture gerarchiche – dinamiche fisiologiche nella relazione superiore-inferiore, ispirate a logiche democratiche e orientate a scongiurare atti criminosi.

Lo studio si dovrebbe chiudere, così si immagina, tornando di nuovo al versante penale internazionale, con una valutazione circa la possibilità di considerare simili buone prassi quale parametro delle misure di carattere preventivo, ragionevoli e necessarie, la cui mancata adozione possa fondare una *command responsibility* ai sensi dell’articolo 28 dello Statuto di Roma.

In questo contributo, posti i draconiani limiti di spazio, ben poco di tutto questo potrà affiorare. Decidiamo, allora, di concentrarci succintamente – sulla scorta di una bibliografia essenziale – sulle connotazioni criminologiche e giuridiche degli ambiti di rilevanza di una *defence* basata sull’adempimento dell’ordine del superiore; sulla loro possibile riconduzione, da un lato, a esimenti più generali, dall’altro a una esimente *ad hoc* dell’ordine del superiore, dotata di una *ratio* sua specifica; sulla lettura, infine, dell’articolo 33 dello Statuto di Roma quale possibile prima cristallizzazione espressa di tale esimente nel diritto penale internazionale.

## 2. *La relazione ordine-obbedienza quale costante strutturale del crimine internazionale*

La questione dell'adempimento a un ordine criminoso è una costante dell'inquadramento criminologico della *collective violence*, nonché, di conseguenza, della sua qualificazione giuridica alla stregua di un crimine internazionale<sup>1</sup>.

Il binomio ordine-obbedienza – inteso nella sua valenza statica, come espressione di una relazione gerarchica – è, in effetti, il nodo che consolida la struttura organizzativa che fa da preconditione logica alla realizzazione di quei crimini. Al contempo, la dinamica ordine-obbedienza funge da ‘cinghia di trasmissione’ che imprime, a tale struttura, la forza necessaria per trasformare gli *inputs* ideologici e i progetti delle élite radicali, poste ai vertici, in azioni concrete di violenza su larga scala, praticate da ‘militanti’ sovente identificabili con strutture militari, paramilitari o poliziesche, attraverso la mediazione di funzionari e comandanti in posizioni intermedie<sup>2</sup>.

Volendo, poi, indagare i meccanismi psicologici che sollecitano l'obbedienza cieca e, dunque, la realizzazione di fatti di palese e inusitata disumanità, di nuovo emerge come gli esecutori materiali – spesso persone comuni, “banali”, non affette da patologie mentali o disturbi della personalità – siano a ciò indotti, tra l'altro, dalla persuasività e costrittività percepite dell'ordine superiore, date dalla valenza normativa, gerarchizzante, e ideologico/comunicativa<sup>3</sup> che tale forma peculiare di istigazione guadagna entro le strutture e dinamiche di cui si è detto.

A voler estremamente sintetizzare, si può sostenere che, in queste prospettive, l'ordine svolge, per lo più contestualmente, una duplice funzione: di *ordine guidance* (per quanto concerne la sua persuasività), e di *ordine coercion* (per quanto concerne la sua costrittività).

<sup>1</sup> Già nel XV secolo, di fronte a un consesso dai tratti simili a quelli di un tribunale internazionale incaricato di giudicare estese violazioni di norme di guerra e di umanità – il c.d. Tribunale di Breisach –, centrale fu la questione del comando criminoso: della sua cogenza giuridica o fattuale per il subordinato e della pretesa, invece, di una disobbedienza responsabile in conformità ad un'etica superiore, nel caso di specie direttamente coincidente con i precetti divini. Si veda E. GREPPI, *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, UTET Giuridica, Torino 2012, pp. 3 ss.

<sup>2</sup> A. CERETTI, *Collective Violence and International Crimes*, in A. CASSESE (a cura di), *Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford 2009, pp. 6 ss.

<sup>3</sup> Tematizzata, da una prospettiva di filosofia del linguaggio, da S. DI PIAZZA, in questo volume.

## 2.1. *L'ordine guidance, l'ordine coercion*

Come evidenziato dalla psicologia sociale<sup>4</sup>, l'ordine è persuasivo e orientativo – è un ordine *guidance* – in quanto offra, addirittura *ad personam*, puntuali e chiare regole di comportamento – un 'conforto' normativo – in una situazione straordinaria altrimenti angosciante per la sua irriducibilità a quadri etico-giuridici praticati in scenari differenti, ordinari e pacificati. Si pensi a un contesto di guerra, o comunque di brutalità massiva, dove il precetto fondamentale 'non usare violenza', o persino 'non uccidere', è quotidianamente e percettibilmente messo in discussione: l'aggressione fisica da eccezione si palesa come regola, sicché si chiede di capire, casomai, quando e come uccidere. L'ordine, invero, definisce parametri cui il singolo tende facilmente ad adeguarsi perché naturalmente spinto a conformarsi alle regole del gruppo di appartenenza (*conformism*)<sup>5</sup>, essendo socialmente assai più dispendioso l'anticonformismo; fa leva, inoltre, su di una attitudine a risolvere la sofferenza indotta da una dissonanza cognitiva e valutativa mediante un conforto etico ed emotivo (*moral disengagement*), vuoi dislocando la responsabilità in capo all'autorità che ordina – con conseguente senso di 'alleggerimento'<sup>6</sup> – vuoi, nel tempo, in virtù di processi mentali di normalizzazione, routinizzazione e burocratizzazione del male già eseguito (sia pure dopo iniziali reazioni di disgusto)<sup>7</sup>. L'ordine *guidance*, inoltre, induce e rafforza la convinzione di 'operare per il bene'<sup>8</sup> – anche attraverso

<sup>4</sup> S. MILIGRAM, *Obedience to Authority. An Experimental View*, Harper Collins, New York 2017, pp. 123 ss. (consultato in ed. Kindle). Con ampi riferimenti bibliografici, v. poi: P. ZIMBARDO, *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Raffaele Cortina Editore, Milano 2020, pp. 628 ss. e pp. 7266 ss. (consultato in ed. Kindle); P. BOCCHIARO, *Psicologia del male*, Laterza, Bari 2009, spec. pp. 563 ss., 1670 ss. (consultato in ed. Kindle). Si vedano poi le tematizzazioni nel contributo di M. Brigaglia, in questo volume.

<sup>5</sup> A. SMEULERS, *Why Serious International Crimes Might Not Seem 'Manifestly Unlawful' to Low-level Perpetrators: A Social-Psychological Approach to Superior Orders*, in «Journal of International Criminal Justice», Vol. 17, Iss. 1, 2019, pp. 105-123, pp. 115 ss.

<sup>6</sup> Ivi, pp. 113 s.

<sup>7</sup> Ivi, pp. 117 ss.; Cfr. anche A. BANDURA, *Moral Disengagement in the Perpetration of Inhumanities*, in «Personality and Social Psychology Review», vol. 3, n. 3, 2019 (1999), pp. 193-209; A. BURGIO, M. LALATTA COSTERBOSA, *Orgoglio e genocidio. L'etica dello sterminio nella Germania nazista*, DeriveApprodi, Roma 2016, pp. 285 ss., ove si sviluppa, su di uno spartito apertamente arendiano, il concetto di *ottusità deliberata*.

<sup>8</sup> A. SMEULERS, *Why Serious International Crimes*, cit., pp. 108 ss., con interessanti testimonianze.

un sapiente uso di linguaggio eufemistico<sup>9</sup> – e, dunque, la motivazione ad agire, in un contesto, appunto, ove il quadro dei riferimenti etici appare alterato (anche perché disegnato da una propaganda, i cui toni possono echeggiare nello stesso comando, volta a deumanizzare i nemici e qualificarli come appartenenti a un *out-group* estremamente minaccioso<sup>10</sup>). Questa sua funzione di legittimazione etica è tanto più efficace quanto più l'ordine suoni coerente con il sistema giuridico vigente in quel contesto o, comunque, con percettibili e diffuse prassi (di potere).

La forza di questi messaggi si amplifica quando, per il suo ruolo e il circolo di appartenenza (ad es. nei ranghi della polizia, o dell'esercito, entro strutture carcerarie ecc.), il soggetto cui l'ordine si indirizza è, entro certi limiti, fisiologicamente tenuto a esercitare la violenza, per conto dello Stato che ne detiene il monopolio, o per la difesa stessa della Nazione. Per chi svolge simili funzioni, decifrare responsabilmente l'ordine significa esercitare la capacità di cogliere il confine, pieno di sfumature, tra un uso fisiologico e un abuso patologico della violenza: processo valutativo assai più complesso e sofisticato, di certo meno istintivo, di quello volto ad apprezzare il disvalore di qualsiasi violenza in quanto tale<sup>11</sup>.

Parlando di ordine *coercion* si fa, invece, riferimento non alla attitudine a veicolare norme e valori, bensì alla portata costrittiva del comando, e cioè a come esso possa stimolare – a livello di pensiero 'veloce' – istinti di obbedienza in subordinati 'disciplinati' a una esecuzione pressoché automatica entro strutture gerarchiche le cui finalità istituzionali pretendono massima prontezza e responsività dinamica agli *inputs* superiori<sup>12</sup>; o comunque – a livello di pensiero più 'lento' – in ragione di una più o meno esplicita, e grave, minaccia di conseguenze negative in caso di disobbedienza, quali il rischio di sanzioni militari, disciplinari o penali, ovvero la prospettiva di un male ingiusto non previsto dall'ordinamento (ad es. la minaccia di essere ucciso insieme alle vittime del crimine ordinato), rivolta al subordinato da colui che gli chiede obbedienza (o da altri che con lui cooperano).

<sup>9</sup> Ivi, p. 216, ove si ricorda, ad esempio, come il genocidio degli ebrei venne burocraticamente definito "soluzione finale della questione ebraica" e il regime razzista sudafricano "apartheid"; per non dire, poi, degli innumerevoli e fantasiosi eufemismi con cui si può indicare la tortura.

<sup>10</sup> Ivi, p. 117.

<sup>11</sup> Ivi, p. 108.

<sup>12</sup> Ivi, pp. 111 ss.

## 2.2. *Il diritto internazionale penale di fronte alla relazione ordine-obbedienza, tra general-prevenzione e personalismo*

Se è vero che nei crimini di regime le più elevate responsabilità morali risiedono ai vertici, lontano dai luoghi ove si infierisce sui corpi e sulla dignità delle vittime, è altresì vero che, senza un esercito di fedeli carnefici animati dagli ordini che da quei vertici promanano, veicolati in passaggi intermedi da un apparato amministrativo e militare, nessun crimine internazionale sarebbe realizzabile: «Hitler non avrebbe potuto condurre da solo la sua guerra d'aggressione»; e gli uomini di stato, i capi militari, i diplomatici e gli uomini d'affari di cui si servì non possono, per questo, reputarsi innocenti «se si rendevano conto di ciò che facevano»<sup>13</sup>.

Il diritto internazionale penale è quella branca del diritto penale i cui precetti e sanzioni sono direttamente definiti da fonti internazionali e sono ovunque efficaci a prescindere da un recepimento nel diritto interno e, dunque, dalla conformità o meno, ad essi, degli ordini impartiti. Si tratta, insomma, di un sistema giuridico che pare esattamente concepito per disarticolare l'efficacia tanto dell'ordine *guidance*, quanto dell'ordine *coercion*; per fungere da antidoto rispetto ai meccanismi psicologici, relazionali e situazionali che rendono entrambe queste espressioni dell'ordine così efficaci nell'orientare il comportamento del subordinato. Rispetto alla persuasività del primo, oppone, infatti, un superiore precetto che comunica norme e valori ispirati a logiche di umanità, di *neminem laedere*; alla costrittività del secondo, che trae vantaggio da automatismi psicologici indotti da dispositivi disciplinari e forme più o meno larvate di minaccia, oppone la contro-minaccia di una sanzione penale<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal – Judgment, 1 October 1946 – pubblicato a Norimberga, 1947, p. 226. Ben organizzano le evidenze a sostegno della tesi che la macchina dello sterminio nazista fosse animata da libere scelte di adesione agli ordini, frequentemente connotate persino da eccesso di zelo e brutalità, contestando quindi il frequente alibi della «obbedienza cadaverica»: M. BURGIO, M. LALATTA COSTERBOSA, *Orgoglio e genocidio*, cit., pp. 15 ss.

<sup>14</sup> «Se [...] un gruppo di individui per motivi e secondo modalità che la storia ha solo in parte chiarito, decide di modificare i parametri di riferimento della giuridicità come conseguenza dell'avvenuto cambiamento degli imperativi della morale e dei canoni della convivenza degli uomini, compito del diritto è quello di opporsi a tali operazioni, pena la sua stessa negazione, cioè la sconfitta dei valori per la tutela dei quali vive e viene applicato» (Corte Militare di Appello di Roma, 7 marzo 1998, K. Hass e E. Priebke, in [www.giustiziamilitare.difesa.it](http://www.giustiziamilitare.difesa.it)); «Here we shall add that, in civilized countries the rejection of the defence of 'superior orders' as exempting completely from criminal responsibility, has now become general. This was also acknowledged by the General Assembly of the United

Nondimeno, il diritto penale – ivi compreso quello internazionale – in quanto orientato a definire una responsabilità profondamente personale, fondata anche su requisiti di esigibilità di una scelta differente da quella criminosa, non può non tener conto della realtà di quelle dinamiche psichiche e sociali/relazionali/situazionali che rendono non semplice resistere ai condizionamenti indotti dall'ordine<sup>15</sup>. Non può insomma, il diritto penale, ignorare *a priori* il dilemma normativo<sup>16</sup> (dato dalla antinomia tra le regole, e le istituzioni, più 'vicine' al soggetto, in rapporto alle quali quell'ordine pretende un'obbedienza, e altre regole ben più remote, attinenti a un sistema giuridico e di valori differente, che imporrebbero la disobbedienza) e/o il disorientamento motivazionale (dato da pressioni di segno opposto), e/o lo sviamento motivazionale (dato da un'alterazione dei quadri etici, normativi e operativi, o comunque da contingenze e relazioni che riducono le possibilità di spendere un 'pensiero lento'), che possono affliggere colui che riceve il comando. Se prescindesse totalmente e aprioristicamente dal considerare dette dinamiche, non più di un diritto penale si tratterebbe, bensì di un mero dispositivo repressivo, ispirato a logiche cieche di indiscriminata punizione simbolica ed esemplare.

Le risorse della giustizia penale internazionale, strutturalmente scarse rispetto all'enormità, e alla diramata plurisoggettività, dei crimini di massa, finirebbero inoltre col concentrarsi e sfogarsi sugli ultimi esecutori, quasi elevati a capri espiatori di una strategia di stigmatizzazione, simbolica e catartica, di meccanismi che non di rado li sovrastano e li schiacciano<sup>17</sup>;

---

Nations, being one of the principles of the London Charter and of the judgment in the case against the Major War Criminals (Resolution of the Plenary Session, No. 55, dated 11.12.46). Perhaps it is not a vain hope that the more this conviction becomes rooted in the minds of men, the more will they refrain from following criminal leaders, and the rule of law and order in the relations between nations will be strengthened accordingly» (District Court of Jerusalem, the Attorney General v. Adolf Eichmann, Criminal Case No. 40/61).

<sup>15</sup> D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale*, CEDAM, Padova 2011, pp. 218; 223 ss.; M. MINOW, *Living Up to Rules: Holding Soldiers Responsible for Abusive Conduct and the Dilemma of the Superior Orders Defence*, in «McGill Law Journal / Revue de Droit de McGill», Vol. 52, Iss. 1, 2007, pp. 5 ss.; 20 ss.

<sup>16</sup> K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I: *Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford 2013, 376. Sulla questione, in generale, dei conflitti tra doveri, cfr. A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Giuffrè, Milano 1963, pp. 7 ss; 50 ss. e *passim*. Per una selettiva ma articolata disamina delle più autorevoli e risalenti voci di diritto penale internazionale (Lauterpach, Dinstein, Green), invocanti la necessità di una qualche incidenza dell'ordine ricevuto sulla *mens rea*: D.H.N. JOHNSON, *The Defence of Superior Orders*, in *Australian Year Book of International Law*, Volume 9, Brill /Nijhoff, Leiden, 1985, pp. 300 ss.

<sup>17</sup> A. SPENA, *Excusiology. Tentativo di una traduzione penalistica dell'effetto Lucifero*, in «Studi

distraendo la minaccia di pena da destinatari ben più rilevanti e appropriati.

Vi è un altro aspetto ancora. Assumendo una prospettiva general-preventiva di carattere positivo – volta, cioè, a favorire la metabolizzazione dei precetti in ragione del loro significato valoriale e culturale, così da sollecitarne il rispetto per impulsi etici e psicologici che non hanno necessariamente a che fare con il timore di essere sanzionati in caso di trasgressione – si coglie come il diritto penale internazionale non possa indirizzare direttive in tema di ordine e obbedienza radicalmente incompatibili con le logiche insopprimibili di ogni struttura militare o, comunque, fortemente gerarchizzata, al punto tale che, se rispettate, dette direttive distoglierebbero simili strutture dallo scopo istituzionale loro assegnato. Norme così atteggiare non potrebbero trovare riconoscimento e implementazione in quelle strutture (ad es. a livello di formazione, addestramento ed *enforcement* interno), bensì subirebbero disfunzionali crisi di rigetto culturale, o logistico. Insomma: il diritto penale internazionale non può pretendere la disobbedienza (salvo eccezioni) come regola assoluta entro contesti istituzionali ove la regola non può che essere, viceversa, la pronta obbedienza (salvo eccezioni), giacché essi richiedono una rigida disciplina intesa a coordinare l'intera struttura quasi fosse un unico corpo reattivo a pericoli imminenti e a decisioni immediate, come serve segnatamente in guerra, allo scopo di preservare la vita dei soldati e l'interesse della nazione che rappresentano; disciplina di cui non si può inficiare la forte capacità di orientamento e pressione motivazionale, giacché, per sua natura, essa deve indurre il militare, quando necessario, persino all'estremo sacrificio della vita<sup>18</sup>.

In definitiva, delle due l'una: quando vivaddio sarà abolita in diritto e in fatto la guerra e non esisteranno più esigenze di sicurezza pubblica e, dunque, non avremo più bisogno degli eserciti e della polizia, si potrà anche negare qualsiasi portata scusante all'ordine, assumendo come sindacabile qualsiasi direttiva, da parte di chiunque, in qualunque momento; finché, però, saranno necessari eserciti e polizie, servirà una disciplina in tema di ordine del superiore che tenga conto di come gli eserciti e le polizie

---

sulla questione criminale», n. 1, 2020, pp. 65-98, pp. 75 ss., specialmente in rapporto alla vicenda di Abu Ghraib, con riferimenti alla psicologia di Zimbardo, in un tentativo di elaborazione penalistica, cui fa da contrappunto A. DI MARTINO, *Contesto e individuo nel sistema di giustizia penale internazionale. Contrappunto in riflessioni sparse*, in «Studi sulla questione criminale», n. 1, 2020, pp. 99-117.

<sup>18</sup> Cfr. M. MINOW, *Living Up to Rules*, cit., pp. 20 ss.; H. MCCOUBREY, *From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders*, in «International and Comparative Law Quarterly», Vol. 50, 2001, pp. 386-394, p. 391

inevitabilmente funzionano, giacché, appunto, chiamati a fare la guerra e a confrontarsi con le pressioni della relazione tra autorità e individuo.

### 3. *Le più puntuali declinazioni (internazional-)penalistiche dell'ordine guidance e dell'ordine coercion*

Su di un piano più strettamente tecnico, quale è la qualificazione che il diritto (internazionale) penale compie del binomio ordine criminoso-obbedienza, allo scopo di risolvere in uno schema di regolamentazione, in un equilibrio possibile e coerente al sistema, l'anzidetto bilanciamento tra istanze preventive e personalistiche?

Come già evidenziato nella fondamentale opera di Yoram Dinstein del 1965<sup>19</sup>, l'ordine criminoso, a seconda di come si atteggi nella vicenda concreta, e di come si atteggi la vicenda concreta (tenendo in considerazione i fattori che ineriscono al processo motivazionale dell'inferiore, alle relazioni col superiore, a dati situazionali, ecc.), può farsi declinazione, di volta in volta, di figure *lato sensu* scusanti connotate, ciascuna, da una portata più generale (sicché l'ordine ne è un mero requisito contingente ed eventuale): il costringimento psichico (*duress*); l'errore sul divieto (*mistake of law*); l'errore sul fatto (*mistake of fact*). Cercheremo di evidenziare, tuttavia, come almeno a livello teorico-sistematico vi siano altre possibili espressioni di rilevanza dell'ordine criminoso in quanto tale considerato, ove può cogliersi il *proprium* della sua portata scusante, sebbene correlato al fondamento delle esimenti dell'errore sul divieto e del costringimento psichico. Infine, considereremo la disciplina predisposta dall'articolo 33 dello Statuto di Roma, provando a orientarla nella cornice di quanto acquisito.

#### 3.1. *Il rilievo scusante, non giustificante, dell'ordine del superiore*

È necessario, innanzitutto, delimitare il campo d'indagine, separandolo da un ambito nel quale l'adempimento di un ordine criminoso è certamente irrilevante: quello delle cause di giustificazione. Ciò presuppone, evidentemente, che anche nel diritto internazionale penale si possa distinguere – come avviene nei sistemi di *civil law* e, seppur con minore

<sup>19</sup> Y. DINSTEIN, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 80 ss.

chiarezza, in quelli di *common law*<sup>20</sup> – tra *justification* ed *excuse*<sup>21</sup>.

Per condotta giustificata si intende quella che, pur astrattamente sussumibile in una fattispecie delittuosa, è tuttavia resa lecita da un'altra norma dell'ordinamento che prevale sulla disposizione incriminatrice. Tale prevalenza deriva dalla funzionalità della condotta rispetto alla tutela di interessi considerati, nel caso specifico, di maggiore rilievo rispetto a quelli protetti dalla norma penale. La condotta scusata, invece, resta intrinsecamente illecita: mantiene il disvalore tipico del reato e non è giustificata da un valore contrapposto e prevalente. Tuttavia, non si può esigere che l'autore se ne astenga, poiché essa è determinata da pressioni o alterazioni contingenti dei processi motivazionali a cui avrebbe ceduto qualsiasi 'bravo cittadino' privo di afflitti eroici, e normalmente rispettoso dell'ordinamento. In queste condizioni, la scelta criminosa non rivela, dunque, un atteggiamento di rimproverabile contrapposizione all'ordinamento meritevole di pena, anche in considerazione delle funzioni cui la pena assolve.

Innanzitutto, proprio perché radicalmente in contrasto con l'ordinamento giuridico, l'ordine criminoso non può rendere lecita la condotta di colui che lo esegue. Sebbene non priva di un certo sostegno, rilevabile a un approccio storico-comparato<sup>22</sup>, questa ricostruzione è inaccettabile e per lo più superata anche nel diritto interno.

In Italia, ad esempio, si è immaginato l'ordine insindacabile (art. 51, comma 3, c.p.) come dotato della capacità di far lecita l'obbedienza criminosa, assumendo che l'offesa arrecata fosse controbilanciata da un interesse di maggior rilievo alla disciplina militare. Da tempo, tuttavia,

<sup>20</sup> G. P. FLETCHER, *The Individualization of Excusing Conditions*, in «Southern California Law Review», 1974, Vol. 47, pp. 1269-1309; F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 221 ss.; E. GRANDE, *Justification and Excuse (le cause di non punibilità nel diritto angloamericano)*, in «Digesto delle Discipline Penalistiche», vol. VII, UTET, Torino 1990, pp. 309-361; A. ESER, *Justification and Excuse*, in «The American Journal of Comparative Law», Vol. 24, Iss. 4, 1976, pp. 621-637; E. AMATI, V. CACCAMO, *Le cause di esclusione della responsabilità penale*, in AA.VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 2 ed., Giuffrè, Milano 2010, pp. 256 ss.; E. MEZZETTI, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra "Impossibile" ed "Inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Giappichelli, Torino 2001, pp. 63 ss.

<sup>21</sup> A. CASSESE, *Justifications and Excuses in International Criminal Law*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2002, pp. 951 ss. K. AMBOS, *Treatise*, cit., pp. 304 ss. La distinzione tra giustificazione e scusa, e considerazioni circa la loro reciproca incompatibilità, emerge nettamente già nel caso *Einsatzgruppen*, Military Tribunal II, U.S.A. vs. O. Ohlendorf et al., 4 marzo 1949, 468.

<sup>22</sup> Riguardo alla Francia, e alla teoria (invero criticata) della *obéissance passive*, vd. per tutti D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine*, cit., pp.168 ss.

è stato evidenziato come non possa darsi alcun interesse oggettivo dell'ordinamento all'implementazione di ordini criminosi, essendo quello della legalità amministrativa, e non quello della cieca obbedienza, un principio costitutivo dello Stato di diritto<sup>23</sup>. Nella dottrina tedesca, quando pure si ammette che l'ordine illecito possa operare come giustificazione, lo si fa sul presupposto che ad esso segua il compimento di illeciti minori, la cui tolleranza è ragionevolmente funzionalizzata all'esigenza di un'azione rapida e coordinata di apparati gerarchici incaricati di salvaguardare beni privati e pubblici. Non si considera, invece, giustificato il fatto criminoso compiuto giusta un comando<sup>24</sup>.

In effetti, se l'ordinamento reputasse lecito l'ordine criminoso, dichiarerebbe *per tabulas* di apprezzare la criminalità dei propri apparati di potere, e cioè sé stesso come potenzialmente delinquenziale: un tipo di confessione stragiudiziale paradossale che, la storia insegna, dispiace persino ai peggiori regimi.

L'idea, poi, che un ordine riconducibile a un ordinamento statale possa addirittura legittimare la commissione di crimini internazionali appare ancora più grottesca, se parametrata alla missione fondativa del diritto internazionale penale, che è soprattutto quella di contrapporsi a ordinamenti giuridici e pratiche di potere pubblico aberranti. Il paradosso si rifletterebbe su ulteriori momenti di disciplina: contro un'offesa lecita non si può dare una difesa legittima; è ovviamente lecito contribuire alla realizzazione di un fatto lecito altrui; non si può chiedere risarcimento per aver subito un danno giusto<sup>25</sup>. Se, dunque, per intendersi, l'ordine criminoso giustificasse l'esecuzione, dovrebbe rispondere di omicidio (magari inteso, per il contesto, persino come crimine di guerra) la ragazza che, nel difendersi, avesse ucciso il soldato che stava eseguendo il comando di stuprarla (salvo la rilevanza di un'eventuale scriminante putativa). In questo stesso caso, avremmo problemi a punire, oltre al soldato, anche colui che avesse impartito tale ordine, e chi altri ne avesse favorito l'attuazione, pur non essendo personalmente tenuto all'obbedienza. In ogni caso, quella donna mai potrebbe pretendere una qualche forma di ristoro.

<sup>23</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, 14 ed., Giuffrè, Milano 2025, pp. 300 ss. Per tutti, di recente e in prospettiva monografica: D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine*, cit., pp. 73 ss.; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Dovere e ordine scriminante. Contenuti e limiti dell'art. 51 c.p.*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 29 ss. Sul punto v. , altresì, A. SPENA , in questo volume

<sup>24</sup> H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin 1996, pp. 393 ss. In senso analogo C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, in C. H. BECK (a cura di), *Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenlehre*, München 2020, pp. 909 s.

<sup>25</sup> K. AMBOS, *Treatise*, cit., 306

In genere in ambito penale, e vieppiù in rapporto al diritto internazionale penale, l'ipotesi di un ordine criminioso 'giustificante' è, quindi, ben presto apparsa insostenibile<sup>26</sup>. L'eventuale valenza esimente dell'ordine non può, insomma, apprezzarsi in rapporto alla valutazione di illiceità e criminalità del *material element* del crimine internazionale, bensì, al più, con riguardo a profili personali inerenti alla c.d. *mens rea* di chi sia chiamato ad obbedire<sup>27</sup>. Ne deriva che l'eventuale effetto scusante resta circoscritto al subordinato, la cui condotta è impedibile in virtù di una legittima difesa, assumendo altresì la qualità di illecito da cui discende un obbligo di risarcimento.

Come già annunciato, di qui in avanti considereremo, dunque, le espressioni possibili di rilevanza scusante dell'ordine criminioso nel diritto internazionale penale.

### 3.2. *L'ordine guidance produttivo di un errore sul fatto*

Muovendo dall'ordine *guidance*, esso può innanzitutto determinare un *errore sul fatto*, che esclude il dolo (l'*intent*), quando – nella sua funzione orientativa dell'azione, e qualificante i fatti – determini una dispercezione delle situazioni e degli accadimenti su cui la condotta interviene, tale per cui il subordinato non si rende conto di realizzare, in ogni suo profilo costitutivo, il fatto tipico di un crimine internazionale<sup>28</sup>. Un esempio è

<sup>26</sup> P. GAETA, *The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in «European Journal of International Law», No. 10, 1999, pp. 172-191, pp. 175 ss.; A. CASSESE e al., *Cassese's International Criminal Law*, 3<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 228 ss.; M. CHERIF BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden-Boston 2014, pp. 406 ss.; D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine*, cit., pp. 214 ss.

<sup>27</sup> T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Giuffrè, Milano 1973, pp. 171 ss.; ID., *Ordine criminioso e obbedienza gerarchica nel diritto penale italiano*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1987, pp. 477-493, pp. 484 ss.

<sup>28</sup> Una assoluzione per difetto di *mens rea*, in ragione di un *errore sul fatto per errore di diritto* indotto da un ordine del superiore, sarebbe senz'altro pervenuta ove i giudici della British Military Court di Amburgo, nella loro decisione del 12 e 13 febbraio 1946, avessero reputato fondata l'allegazione in fatto dei difensori del primo tenente G. Grumpelt, accusato di aver affondato due U-Boot in consegna agli Alleati da parte del comando tedesco e, con ciò, commesso il crimine di guerra di violazione dei termini di una resa o di un armistizio. L'imputato, invero, avanzò un *Plea of Absence of Mens Rea, and of Superior Orders*, affermando di non essere stato a conoscenza dei termini dell'atto di resa che rendevano illegittimo il comando ricevuto, poiché questi non gli erano stati comunicati in alcun modo, e inoltre di aver ricevuto l'ordine di affondare tutti gli U-Boot, senza che gli fosse stata comunicata alcuna revoca di tale ordine (caso c.d. delle Scuttled U-Boats).

quello dell'aviatore che, durante un conflitto internazionale, esegue l'ordine di bombardare un sito indicato dal superiore come deposito di lanciamissili e altre armi, mentre in realtà – circostanza a lui non percepibile – si tratta di un'area abitata esclusivamente da civili inermi, che vengono così involontariamente massacrati.

Una simile dinamica psichica e cognitiva esclude qualsiasi responsabilità del subordinato, quand'anche gli si potesse rimproverare che, ponendo maggiore attenzione, avrebbe potuto rendersi conto dell'erroneità dei contenuti salienti del comando. Tale rimprovero assumerebbe, invero, tratti 'colposi', e la colpa (*negligence*, ma anche *inadvertent recklessness*) non è requisito sufficiente per imputare un crimine internazionale. Una responsabilità potrebbe residuare giusto qualora l'aviatore, dubitando, avesse in realtà percepito e infine, obbedendo, accettato il rischio che l'ordine fosse mendace o sbagliato, e che quello fosse effettivamente un sito abitato da civili, giacché in simili casi si delinerebbe un *dolus eventualis*, sufficiente per l'imputazione di un crimine internazionale (anche se non nel sistema dello Statuto di Roma)<sup>29</sup>.

Provando a definire la *ratio* di queste regole rispetto alle premesse abbozzate nei precedenti paragrafi, ben si comprende perché il diritto internazionale penale possa permettersi di rinunciare a una punizione, in simili ipotesi, attribuendo significato preponderante al difetto di colpevolezza del reo. Il subordinato che erra sul fatto non sa quel che fa, dunque non sa di realizzare ciò che è 'male' secondo le opzioni valutative veicolate dal precetto internazionale-penalistico; per altro verso, lo stesso ordine ricevuto non intende alterare l'assetto di quelle opzioni (dato che, fosse pure mendacemente, non prefigura la realizzazione di quel 'male'). Manca, perciò, ogni ragione e possibilità di operare quella contropinta motivazionale rispetto a dati situazionali, e dinamiche psichiche, tipiche dei contesti di violenza massiva: il precetto del diritto internazionale penale non guadagna alcun senso agli occhi di chi, per una comprensione della realtà alterata dalle indicazioni superiori, non si rende assolutamente conto di violarlo. Non vi è dunque motivo di pretendere, da quel soggetto, un rispetto del precetto medesimo, dietro minaccia di pena.

Quanto appena constatato induce a compiere un'ulteriore riflessione.

---

In definitiva, l'imputato allegava l'errore su di un presupposto legale della fattispecie criminosa realizzata (i termini dell'accordo di resa del 4 maggio 1945), indotto dall'ordine di affondamento ricevuto, in sé non necessariamente illecito (e dalla mancata precisazione dei termini di quella resa).

<sup>29</sup> Per un più ampio inquadramento A. VALLINI, *La mens rea*, in AA.VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 5<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino 2025, pp. 179 ss.

Che l'errore sul fatto sia stato indotto da un ordine, nel contesto di una stretta relazione gerarchica, non suggerisce alcun motivo per deviare dalla disciplina generale sul *mistake of fact*. Poiché il senso della scusa, in questo caso, è strettamente correlato all'effetto ultimo psicologico – e cioè alla mancata comprensione, da parte del reo, di ciò che sta facendo – niente cambia al variare della causa di quell'effetto: se, cioè, esso derivi da una spontanea disfunzione senso percettiva, oppure da un'indicazione fuorviante altrui, magari di natura imperativa<sup>30</sup>. Al più, il presupposto di un ordine ingannevole può assumere un significato differenziale sul piano probatorio, offrendo un riscontro documentale alla allegazione di un *mistake of fact* da parte dal subordinato.

Le condizioni relazionali e situazionali in cui il subordinato (militare, paramilitare, ecc.) opera potrebbero, semmai, rendergli ancor più difficile – rispetto a un cittadino comune in errore su situazioni di vita ordinaria – una verifica circa la plausibilità in fatto dell'ordine ricevuto; potrebbero dunque far sì che, una volta escluso il dolo per errore sul fatto, risulti più arduo muovergli un rimprovero di carattere *lato sensu* colposo. Sulla base di questa considerazione, ad esempio, alcuni autori ritengono non casuale che l'articolo 51, comma 3, del codice penale italiano, nello stabilire la valenza scusante dell'errore di fatto indotto dall'ordine, non consideri espressamente l'eventualità di una residuale punizione per colpa, come invece accade in altre disposizioni che pure trattano di cause di esclusione del dolo<sup>31</sup>; ed è per analoghi motivi che, nel ragionare della qualifica di *sindacabilità* dell'ordine scusante, di cui all'ultimo comma della stessa norma, si reputa usualmente che essa sempre riguardi i profili di legittimità formale, ma non quelli di merito o legittimità sostanziale, più difficilmente alla portata di una ponderazione critica del subordinato<sup>32</sup>. Ad ogni buon conto, si tratta di considerazioni irrilevanti dalla visuale del diritto internazionale penale, il quale, come dianzi rammentato, non ammette responsabilità per colpa (se non in rapporto alla responsabilità del superiore, ex art. 28(a)(i), che tuttavia è colui che gli ordini li impartisce).

Anche in termini fenomenologici, è circostanza del tutto eventuale (e statisticamente poco ricorrente) che l'ordine induca un errore sul fatto. Conformemente agli scopi che persegue, l'ordine solitamente mira a orientare il destinatario riguardo a ciò che concretamente deve fare, non a disorientarlo attraverso l'inganno. Può darsi, certo, un ordine decettivo perché frutto, a sua volta, di un errore di colui che comanda, ma sarebbe

<sup>30</sup> Al riguardo T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali*, cit., pp. 102 ss.

<sup>31</sup> Vedi ottimamente, e per tutti, il contributo di A. SPENA in questo volume.

<sup>32</sup> D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine*, cit., pp. 79 s.

una patologia che la struttura gerarchica è protesa ad evitare, specie in contesti come la guerra, dove la accuratezza di decisioni e prassi è vitale. Può, altresì, immaginarsi il caso singolare di un superiore che approfitti della propria funzione per ingannare i subordinati allo scopo di fargli fare ciò che altrimenti non farebbero (esempio iconico il generale Jack D. Ripper nel film di S. Kubrik *Il dottor Stranamore*<sup>33</sup>), ma si tratta, di nuovo, di una singolarità che fuoriesce dalle logiche della struttura, la quale non può sistematicamente ed efficacemente coordinare i propri apparati attraverso una rappresentazione alterata della realtà.

### 3.3. *L'ordine guidance produttivo di un errore sul divieto*

Diverso il caso in cui l'ordine *guidance* induca un errore sul divieto, o sul precetto: l'ipotesi, cioè, in cui il comando ricevuto non alteri la rappresentazione dei fatti, bensì, implicitamente o esplicitamente, attribuisca a quelle conseguenze una patente di liceità, nella specie di obbligatorietà, in radicale opposizione con il divieto di tenere la condotta invece prescritto dal diritto internazionale penale. In simili evenienze, il subordinato potrebbe effettivamente convincersi che ciò che gli è chiesto di compiere sia giuridicamente doveroso o, comunque, legittimo, in questo modo ignorando l'esistenza di un precetto superiore, di segno esattamente contrario.

Si tratta di un'eventualità frequente<sup>34</sup> e – questa volta sì – consentanea alla funzione stessa dell'ordine, che è quella di convincere il subordinato ad agire come desiderato dal superiore, in modo che questi possa perseguire i propri scopi nel modo più preciso e pronto: trasmettere una percezione di piena liceità del fatto prescritto è strettamente funzionale, in termini normativi, etici e psicologici, a favorirne l'esecuzione e, dunque, alla piena operatività delle strutture gerarchiche.

Ebbene: questa è esattamente la situazione rispetto alla quale il diritto internazionale penale avverte l'urgenza di esercitare una contropinta di carattere culturale, valutativo e motivazionale. Non sarebbe dunque pensabile

<sup>33</sup> *Dr. Strangelove or: How I Learned to Stop Worrying and Love the Bomb*, 1964. Il tema dell'ordine criminoso, e dell'obbedienza e disobbedienza responsabili, è altresì indagato, dallo stesso regista (grande analista, più in generale, della violenza e del potere), nel precedente capolavoro *Pahs of Glory*, 1957.

<sup>34</sup> Persino nel vigore di norme che sembravano negare ogni funzione esimente all'ordine del superiore, come quelle applicabili ai processi di Norimberga (v. *infra*), i giudici profilavano una possibile scusa ove l'ordine stesso avesse provocato un errore sul divieto perdonabile in quanto “the nature of the ordered act is [not] manifestly beyond the scope of the superior's authority”: cfr. anche per riferimenti K. AMBOS, *Treatise, cit.*, 379.

che, in simili casi, operasse a favore del subordinato una scusa; non, almeno, sempre e comunque. In effetti, anche quando l'agente non si renda conto di contraddire, formalmente, una pretesa del diritto internazionale penale (e il relativo giudizio di valore), può comunque attenuarsi quella richiesta di agire altrimenti che sorregge il giudizio di riprovevolezza preliminare alla responsabilità. Tuttavia, egli non erra né sui fatti né sulle implicazioni delle sue azioni, sapendo di realizzare esattamente quel 'qualcosa' qualificabile come 'male' penalmente rilevante. Il problema diventa, allora, fino a che punto il diritto internazionale penale possa ammettere che egli non percepisca che quel 'qualcosa', di cui ha piena contezza, è criminoso e non può essere legittimato da alcun ordinamento o comando.

Inoltre, come presto vedremo, l'errore sul divieto indotto da un ordine entro relazioni gerarchiche fortemente strutturate, nelle quali è più ardua e meno esigibile una rimeditazione critica della legittimità dell'ordine, invoca una disciplina derogatoria, e più benevola, rispetto a quella generalmente riferita all'errore sul divieto *tout court*.

In definitiva, se il diritto internazionale penale si è sempre interessato dell'ordine criminoso è – da un lato – per corrispondere allo scopo preventivo che ne definisce il senso, cioè contrastare il disorientamento normativo che tale ordine determina in chi lo riceve, nonché – dall'altro lato – per la circostanza, espressiva di istanze personalistiche, che l'errore sul divieto indotto da un ordine criminoso possa essere 'più scusabile'. Ancora più in breve: sebbene sia vero che non sempre all'ordine criminoso si accompagna un errore sul divieto del subordinato, e viceversa, nondimeno la capacità che ha l'ordine di indurre un errore sul divieto partecipa della *ratio essendi* di una disciplina *ad hoc* dell'ordine criminoso da parte del diritto internazionale penale.

#### 3.4. *L'ordine coercion motivo di una instinctive obedience, o di una duress*

Ove l'ordine non determini alcuna falsa percezione (di fatto, o di diritto) in chi lo riceve, esso può comunque operare come ordine *coercion*; spingere, cioè, il destinatario a compiere consapevolmente il male – a resistere ai processi di orientamento etico-psicologico, culturale e normativo, volti a inibire la commissione del male – in ragione di una superiore e opposta pressione motivazionale, qualificabile *lato sensu* nei termini di una costrizione (*coercion, compulsion*), non necessariamente irresistibile.

La costrizione può derivare, anzitutto, dal fatto che all'ordine si

accompagni, esplicitamente o implicitamente, la minaccia di conseguenze gravi e illecite per la vita o l'incolumità di chi disobbedisce, o di persone a lui care. In tal caso, tuttavia, l'ordine non assume una fisionomia autonoma: esso diviene uno dei presupposti fattuali, neppure il più significativo, di una più ampia causa di esclusione della responsabilità, cioè la *duress* (*costringimento psichico*), il cui ambito applicativo trascende in larga misura quello del fenomeno qui esaminato<sup>35</sup>.

È evidente come anche in questo settore il diritto internazionale penale non possa rinunciare alla propria funzione general-preventiva, trovando anzi la sua legittimazione – come già osservato – nell'esigenza di fornire un 'antidoto' motivazionale alle pressioni criminogene tipiche dei contesti in cui la violenza massiva nasce dal contributo individuale di molti<sup>36</sup>. Tuttavia, tale funzione si riflette nei peculiari equilibri tra *personalismo* e *prevenzione* che caratterizzano la disciplina specifica della *duress*, e che pertanto esulano dall'oggetto di questo studio.

#### 3.4.1. *La ratio autonoma dell'esimente: la instinctive obedience*

Vi è, nondimeno, un altro modo in cui l'ordine può determinare

<sup>35</sup> N. SELVAGGI, *Dubbio sulla criminalità dell'ordine e responsabilità penale internazionale*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale*, II, *Studi*, 2 ed., Giappichelli, Torino 2010, p. 207 s. L'eventuale sussistenza di una *duress*, anche e soprattutto quale conseguenza di un ordine-coercion, è stata in effetti a più riprese considerata dai Tribunali internazionali, sebbene poi di tale scusa si sia praticamente sempre esclusa l'operatività, vuoi per ragioni di fatto (come già nel caso *Einsatzgruppen*, cit., 471 ss., ove peraltro ben si distingue l'ambito di operatività della *coercion* insita nel rapporto di subordinazione in quanto tale, dalla vera e propria *duress*), vuoi per opinabili ricostruzioni di diritto, come quella celebre che venne compiuta dalla Trial Chamber del Tribunale per la ex Jugoslavia, *Sentencing Judgment*, IT-96-22-T, 29 novembre 1996, § 47 ss., efficacemente criticata in altrettanto celebri *dissenting opinions*, quale quella di Cassese, di cui merita qui riportare la seguente considerazione: «... in the case-law, duress is commonly raised in conjunction with superior orders. However there is no necessary connection between the two. Superior orders may be issued without being accompanied by any threats to life or limb. In these circumstances, if the superior order is manifestly illegal under international law, the subordinate is under a duty to refuse to obey the order. If, following such a refusal, the order is reiterated under a threat to life or limb, then the defence of duress may be raised, and superior orders lose any legal relevance. Equally, duress may be raised entirely independently of superior orders, for example, where the threat issues from a fellow serviceman. Thus, where duress is raised in conjunction with manifestly unlawful superior orders, the accused may only have a defence if he first refused to obey the unlawful order and then only carried it out after a threat to life or limb» (Appeals Chamber ICTY, Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Judgement of: 7 October 1997, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, §15).

<sup>36</sup> Sul punto DI MARTINO, *Contesto e individuo*, cit., pp. 101 ss.

una ‘alterazione motivazionale’ criminogena, non necessariamente in ragione di una contestuale e abnorme minaccia, bensì per caratteristiche sue intrinseche. In specie, l’ordine può sollecitare quella attitudine all’obbedienza istintiva e immediata (*instinctive obedience*) che si matura, anche in ragione di una formazione e di un addestramento orientati in tal senso, entro organizzazioni fortemente gerarchizzate (*in primis* l’esercito), che già a livello formale/legale/logistico o fattuale possono negare, al subordinato, spazi temporali, occasioni, competenze e procedure per sindacare i comandi ricevuti<sup>37</sup>. Tale attitudine è, infatti, funzionale agli scopi istituzionali (in sé leciti) dell’organizzazione medesima (*in primis*: la conduzione di un conflitto armato), difficilmente compatibili con momenti meditativi, di revisione critica, o di discrezionalità esecutiva ritardante e disagiata<sup>38</sup>.

A livello psichico, detta attitudine opera su di un livello non necessariamente combaciante con quello cognitivo e valutativo funzionale a ponderazioni circa la liceità o attendibilità contenutistica dell’ordine, e distinguibile, altresì, dal piano ove si attivano reazioni emotive di paura per una qualche forma di minaccia. L’*instinctive obedience* è, insomma, una reazione automatica, connaturata a dispositivi disciplinari estremamente efficaci tipici di alcune istituzioni<sup>39</sup>, e può essere meglio interpretata come una predisposizione conformista, una propensione ad adeguarsi immediatamente alle logiche della struttura di appartenenza. Ciò solleva nuovamente la questione di quanto, quando e in quali condizioni si possa pretendere una ‘resistenza’ da parte dell’agente concreto, ai fini di un rimprovero penale.

Pur assumendo tratti distinti e peculiari, questa implicazione tende comunque a interagire intimamente con l’orizzonte di senso, da un lato, dell’ordine *coercion* determinante un costringimento psichico, dall’altro lato di un ordine *guidance* induttivo di un errore sul divieto<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> M. MINOW, *Living Up to Rules*, cit., pp. 20 ss. Nella cornice del diritto penale militare italiano, v. le considerazioni di D. NOTARO, *Esecuzione dell’ordine militare e disobbedienza responsabile*, in «La legislazione penale», 27 febbraio 2025, pp. 8 ss.

<sup>38</sup> C. GABELLINI, *L’adempimento all’ordine, tra responsabilità e obbedienza*, in «La legislazione penale», 8 gennaio 2025, pp. 4, 7, in rapporto ai nuovi contesti geopolitici, strategici e operativi in cui si trovano ad agire le forze armate, in guerra e in pace. Con riferimento poi a passaggi di sentenze CEDU, v. il contributo di L. ACCONCIAMESSA, in questo volume.

<sup>39</sup> Ovvio il riferimento a M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino 2014.

<sup>40</sup> La stretta correlazione tra questi due piani di rilevanza dell’ordine traspare dalle argomentazioni della decisione resa nel caso H. Kappler e altri, Tribunale Militare Territoriale di Roma, sentenza del 20 luglio 1948, n. 631: «gli imputati appartenevano

Le sovrapposizioni con la *duress* sussistono giacché anche l'attitudine alla obbedienza è sollecitata, tra le altre cose, dalla minaccia di sanzioni per la disubbidienza, che coopera funzionalmente con altre tecniche disciplinanti maggiormente incentrate sulla formazione, sull'addestramento, sulla ripetizione, sul controllo minuzioso, sulla negazione di spazi di discrezionalità, sulla omologazione e pressioni verso il conformismo, sulla strutturazione di uno spirito di corpo, sulla negazione dell'individualità (ecc.). In linea di principio si può asserire che la distinzione si colga in ragione di diverse inclinazioni dei processi motivazionali: ove essi siano orientati da una ponderazione cosciente delle conseguenze negative in caso di disobbedienza, mediante l'attivazione di un pensiero 'lento', verteremo più nell'ambito di operatività di una *duress*; ove, invece, essi risentano maggiormente di reazioni istintuali all'*input* del comando (e, quindi, siano maggiormente stimolati da componenti inconscie, da un pensiero 'veloce'), quel che maggiormente si apprezza è una *instictive obedience*. Rimane vero che i due processi possono interferire: un'attitudine alla obbedienza può rendere il subordinato più sensibile, per così dire, alle pressioni della minaccia che spinge all'obbedienza, mentre la percezione pur subliminale di sanzioni o conseguenze negative a seguito di disobbedienza partecipa dell'istintualità conformista. A livello processuale, poi, sarà ben arduo, nei singoli casi, discernere l'un processo motivazionale dall'altro, o quali di essi abbia assunto prevalenza, stante il loro esaurirsi in una sfera intima e sovente multifattoriale, confusa e conflittuale per lo stesso individuo.

Dovendo semplificare, allo scopo di rendere la questione attingibile nella dimensione di un diritto praticabile, si può asserire – con il supporto di indagini fondate sulla casistica di diritto internazionale penale – che il paradigma della *duress* appare induttivamente più evidente ove l'ordine si accompagni a una minaccia non ordinaria, non fisiologica, non

---

ad un'organizzazione rigidissima, dove assai facilmente si acquisiva *un abito mentale portato all'obbedienza pronta*... Simile condizione aveva determinato una sorta di incapacità giuridico penale, tale da sottrarre le loro condotte alle normali regole di valutazione. L'abito mentale, portato all'obbedienza pronta, che l'imputato si era formato prestando servizio in una organizzazione dalla disciplina rigidissima; il fatto che ordini aventi lo stesso contenuto... in precedenza erano stati eseguiti nelle varie zone di operazione; la circostanza che un ordine del capo dello Stato e comandante supremo delle forze armate, *per la grande forza morale ad esso attinente, non può non diminuire, specie in un militare, quella libertà di giudizio necessaria per un esatto sindacato*: sono elementi i quali fanno ritenere... che *non possa affermarsi con sicurezza che il Kappler abbia avuto coscienza e volontà di obbedire a un ordine illegittimo*» (corsivi nostri). Superfluo chiosare che, nel caso specifico, l'argomentazione risulti assolutamente non condivisibile, in punto di fatto e di diritto, in ragione della macroscopica crimosità del perpetrato eccidio c.d. delle Fosse Ardeatine.

istituzionale (non attestata nei processi di formazione e addestramento, non prevista dall'ordinamento, non stabilizzata nelle prassi) di conseguenze negative in caso di disubbidienza, destinate a cumularsi a quelle, invece, ordinarie e istituzionali (si pensi, ad esempio, alla minaccia di morte, o di conseguenze per la famiglia, o di abusivi licenziamenti ecc.)<sup>41</sup>; o comunque in caso di prospettazione di sanzioni accreditate – o anche solo tollerate, o fattualmente promosse – dall'ordinamento e dalle sue istituzioni, ma dal gravissimo impatto su diritti fondamentali (ad esempio, la minaccia, pur 'legalizzata', del plotone di esecuzione). Differentemente, la disciplina sulla *duress* non ha motivo di trovare applicazione quando consti che alla disobbedienza avrebbe fatto seguito, al più, l'ordinaria e proporzionata sanzione disciplinare, o penale, stabilita dall'ordinamento per l'insubordinazione e veicolata mediante formazione e addestramento, sicché non può assumersi che abbia operato, nel caso concreto, la 'minaccia di un male ingiusto' esorbitante quella che ordinariamente orienta gli automatismi esecutivi del subordinato. D'altronde, quando difetti il pericolo attuale di una offesa 'ingiusta' per beni fondamentali, in particolare per la vita e l'integrità fisica, siamo – in ogni ordinamento, e anche in quello penale internazionale – *a priori* fuori dal paradigma della *duress*: la pressione indotta dalla minaccia di una sanzione legale (tale anche alla stregua di *standard* internazionali) può dunque misurarsi solo per il ruolo che svolge entro la fattispecie più complessa dell'ordine criminoso induttivo di una *instinctive obedience*.

Importante, altresì, definire i nessi con la figura dell'errore sul divieto. Sul piano fattuale, i meccanismi di acritica obbedienza si accompagnano, spesso, a una mancata percezione dell'illiceità, proprio perché inibiscono la stessa domanda circa l'illiceità dell'ordine, e sollecitano reazioni che 'danno per buono' l'impulso ad agire. Essi condizionano, altresì, il rimprovero di quell'eventuale *error iuris poenalis*, affievolendo l'esigibilità della conoscenza del divieto nella misura in cui inficiano, in termini giuridici o fattuali, la capacità e concreta possibilità di una più attenta informazione in punto di diritto.

Inoltre, anche l'ordinamento più disponibile a scusare la *instinctive obedience* non può ammettere tale scusa ove consti, nel subordinato, l'effettiva conoscenza del divieto<sup>42</sup>: la consapevolezza di commettere un atto criminoso indirizza una puntuale e intensa contromotivazione, in

<sup>41</sup> M. JOYCE, *Duress: From Nuremberg to the International Criminal Court, Finding the Balance Between Justification and Excuse*, in «Leiden Journal of International Law», Vol. 28, Iss. 3, 2015, pp. 623-642, p. 625.

<sup>42</sup> Si veda, ad esempio, il § 47 del Codice penale militare tedesco del 1872, che trovò applicazione nei famosi 'processi di Lipsia' (v. infra, nt. 47).

considerazione della quale l'ordinamento torna, giocoforza, a esigere una resistenza alle pressioni che spingono all'obbedienza.

In realtà, nella normalità dei casi, gli ordinamenti ritengono che già la sola conoscibilità del divieto violato basti a rendere rimproverabile l'obbedienza, secondo logiche tipiche della più diffusa *Schuldtheorie*: solo che, tenendo conto di come tale conoscibilità possa essere diminuita entro relazioni gerarchiche stringenti, in cui opera la forte funzione orientativa/persuasiva dell'ordine, dette logiche vengono declinate in termini più indulgenti rispetto a quanto valga per qualsiasi altro errore sul divieto. Nella specie, se nei casi ordinari l'errore sulla disposizione incriminatrice è ritenuto facilmente rimproverabile quando essa non sia particolarmente oscura e l'agente abbia una socializzazione almeno media – e ancor più quando si tratti di professionisti, da cui ci si attende uno specifico impegno informativo nel proprio ambito di competenza<sup>43</sup>, lo *standard* di rimproverabilità dell'errore sul divieto indotto da un ordine del superiore nel subordinato predisposto a un'obbedienza pronta diviene più benevolo, e tendenzialmente coincide con la presenza di una manifesta criminalità.

In definitiva, la conoscenza o conoscibilità del divieto costituisce un limite elettivo all'operatività di una scusante incentrata sulla *instinctive obedience*; condizioni di *instinctive obedience*, a loro volta, fanno più probabile un errore sul divieto e, comunque, ne condizionano la misura di scusabilità, rendendola più generosa rispetto a quella che definisce la disciplina ordinaria dell'errore sul divieto. Questa strettissima interazione lascia intendere perché, nelle più diffuse analisi dottrinali, così come in giurisprudenza, solo a tratti e con scarsa definizione emergano le specificità dell'ordine *coercion* produttivo di una *instinctive obedience*, fenomeno usualmente preso in considerazione nell'economia di ragionamenti riferiti all'ordine *guidance* produttivo di un errore sul divieto.

### 3.5. *A margine: la pressione dell'ordine come causa di esclusione dell'imputabilità*

In alcune vicende la pressione psichica indotta dall'ordine criminoso, anche per come integrata in una più generale 'situazione', sembra addirittura consentire una valutazione circa il difetto di imputabilità dell'inferiore alla stregua di un vero e proprio *mental disorder*<sup>44</sup>. Per giungere

<sup>43</sup> Al riguardo sia consentito rinviare ad A. VALLINI, *Culpa iuris*, in M. DONINI (a cura di), *Enciclopedia del diritto, I tematici*, II, *Reato colposo*, Giuffrè, Milano 2021, pp. 359 ss.

<sup>44</sup> Emblematico, in tal senso, il caso trattato in Cass. pen., 10/3/1947, Caroelli e altri,

a questo risultato, nondimeno, servirà l'evidenza di una effettiva alterazione mentale di colui che obbedisce, clinicamente rilevante o comunque tale da escludere radicalmente la capacità di comprendere il significato minimo sociale dei propri atti e/o di controllare le proprie azioni: non qualsiasi alterazione emotiva può, ovviamente, escludere l'imputabilità e, con essa, la pena. Ove tale evidenza sia raggiunta, di nuovo non sarà però la scusante dell'obbedienza a poter trovare applicazione, giacché l'ordine degrada a semplice presupposto fattuale, insieme ad altri, di un vizio di mente riconducibile alle disposizioni che di esso più genericamente si occupano. Invero, oltre a trattarsi di un'eventualità del tutto remota statisticamente, quella ora in discussione non può essere elevata a implicazione strutturale delle relazioni gerarchiche, programmaticamente intese a coordinare comportamenti di subordinati che si assumono, evidentemente, nel pieno possesso delle proprie facoltà.

#### 4. *L'articolo 33 dello Statuto di Roma come codificazione della precipua esimente dell'ordine del superiore*

Non vi è, in questa sede, spazio per un'indagine critica approfondita dei modelli che, si ritiene si siano succeduti nel definire la disciplina, di una *defence del superior order* nel diritto internazionale penale<sup>45</sup>. Ci basti

---

sentenza inedita ma i cui contenuti sono riportati in A. CASSESE e al., *Cassese's International Criminal Law*, cit., p. 235. Si vedano altresì, sul punto, le notazioni di A. SPENA, *Excusiology*, cit., pp. 88 ss.

<sup>45</sup> Individuano una progressione storico-giuridica tra i criteri del *superior respondeat*, della *absolute liability*, e del *manifest illegality standard, ex plurimis*, Y. DINSTEIN, *The Defence*, cit., pp. 21 ss.; D. ROBINSON, S. VASILIEV, E. VAN SLIEDREGT, V. OOSTERVELD (a cura di), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge 2024, pp. 376 ss.; D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine*, cit., pp. 228 ss.; K. AMBOS, *Treatise*, cit., 377 ss.. Diversamente P. GAETA, *The Defence of Superior Orders*, cit., pp. 174 ss., distingue due paradigmi: quello dell'*absolute liability approach*, operativo normalmente nel diritto internazionale penale (e perciò, a suo dire, espressivo di una consuetudine), e quello del *conditional liability approach*, più tipico dei sistemi penali nazionali. Il paradigma del *superior respondeat* è tradizionalmente espresso nelle parole di L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, Longmans, Green & Co., Londra 1906, pp. 264 s.: «In case members of forces commit violations ordered by their commanders, the members may not be punished for the commanders are alone responsible». Si tratta di una regola di molto precedente alla nascita del diritto internazionale penale, riferita alla possibilità di uno Stato di punire, in virtù di leggi interne, crimini di guerra commessi dai nemici, nella sua assolutezza priva di un saldo riferimento negli stessi diritti interni, e sin da subito molto criticata in dottrina (v. Y. DINSTEIN,

qui notare, in termini succinti e assertivi, come il paradigma di rilevanza autonoma della scusante dell'adempimento ad un ordine del superiore, delineato nel §3.4. – caratterizzato da una sua *ratio* distinta e autonoma, e sostanzialmente coincidente con una ipotesi speciale di errore sul divieto i cui magini di scusabilità dipendono dalla persuasività della sua fonte (ordine *guidance*) e, altresì, dal contesto coercitivo (ordine *coercion*) – affiori come una costante che persiste, sottotraccia, all'apparente avvicinarsi di approcci e discipline.

In effetti, per come implementato da normative e prassi a vario titolo indicative di assetti di diritto internazionale penale – e salva l'operatività delle altre e diverse esimenti della *duress* e dell'errore sul fatto<sup>46</sup> –, l'ordine criminoso ha dimostrato, nel tempo, di poter costituire assai eccezionalmente una scusa, e soltanto per l'inferiore, in ragione della

---

*The Defence*, cit., pp. 38 ss.). Essa sembrerebbe comportare una sorta di presunzione *iuris et de iure* circa la sussistenza di un errore scusabile sul divieto del subordinato, o, comunque, circa l'operatività di una scusante fondata vuoi sul fatto che l'ordinamento, a priori, non esige un comportamento differente dall'obbedienza, vuoi sul fatto che, concretamente, le relazioni gerarchiche e le conseguenti pressioni psicologiche sono impostate in modo da non rendere umanamente esigibile una disobbedienza. Al momento dell'istituzione del Tribunale Militare di Norimberga (art. 8 Statuto TMI Norimberga 1945; art. 4(b) Control Council Law No. 10, 1945) e di Tokyo (v. art. 6 Statuto TMI per l'Estremo Oriente, 1946), e altresì in rapporto all'esperienza dei c.d. Tribunali internazionali *ad hoc* (art. 7, co. 4, ICTY St (1993), art. 6, co. 4, ICTR St (1994)), si suole invece far risalire la nascita dell'*absolute liability standard*, che pare escludere a priori qualsiasi scusante ove l'ordine abbia indotto un errore circa l'illiceità dei compiti assegnati; o forse, ancor meglio, presumere in modo assoluto la conoscenza della criminalità di certi ordini. L'ordine può, al più, rilevare come attenuante.

<sup>46</sup> L'art. 8 dello Statuto di Norimberga non esauriva gli spazi di possibile rilevanza di un ordine del superiore. Il Tribunale Militare Internazionale, in una sorta di *obiter dictum*, compie un fugace e ambiguo riferimento a una possibile rilevanza di una *duress* determinata dall'ordine, ammettendo astrattamente la possibilità di una scusa qualora il comando avesse privato il destinatario di ogni residua *moral choice* (Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal Nuremberg, 14 November 1945-1 October 1946, Nuremberg, 1947, p. 224; cfr. M. MINOW, *Living Up to Rules*, cit., pp. 19 ss.). Questa apertura nel senso di una personalizzazione del rimprovero di colui che adempia all'ordine venne poi codificata nel IV Principio dei *Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal* (Principi di Norimberga), adottati dalla International Law Commission dell'ONU nel 1950. V. poi, sul rilievo possibile di una *duress* correlata a, e trascendente, l'ordine, il caso *Einsatzgruppen* cit. Fin da subito, nei giudizi di Norimberga si pose attenzione, altresì, ai profili di *knowledge* e/o *intent* del fatto criminoso, tanto da lasciar supporre che, ove fossero mancati questi profili di dolo del fatto, magari in ragione di un errore sul fatto indotto dallo stesso ordine, il soggetto non avrebbe potuto essere punito per difetto dei necessari requisiti soggettivi. Per quanto concerne i Tribunali *ad hoc*, caso di riferimento, in tema di *duress* implicante un ordine criminoso, rimane quello di *Erdemovic*, cit. *supra*, nt. 35.

inesigibilità della disobbedienza, purché cumulativamente ricorressero i seguenti presupposti: (1) la presenza di una rigida relazione gerarchica, cui corrisponde un difetto di discrezionalità e di spazi di sindacabilità, e che dunque inibisce, in chi riceve il comando, l'operatività di un pensiero 'lento' di carattere critico (profilo di ordine *coercion*); (2) la mancata percezione di una criminalità, ove non manifesta<sup>47</sup>, del comportamento comandato (profilo di ordine *guidance*)<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Le sentenze di Lipsia (vd. M. PISANI, *La grande guerra, i crimini di guerra e i processi di Lipsia*, in «Criminalia», 2008, pp. 63 ss.), rese in un momento storico in cui ancora operava una certa predilizione per il paradigma del *superior respondeat*, rivelano come il criterio della manifesta criminalità emergesse già allora alla stregua di indice probatorio della sussistenza di una conoscenza del divieto da parte del subordinato, tale da escludere l'operatività dell'esimente dell'ordine del superiore ai sensi del § 47 del Codice penale militare tedesco vigente: tanto che, non di rado, detti processi vengono evocati come esempi sostanziali di un *manifest illegality approach* (P. GAETA, *The Defence of Superior Orders*, cit., p. 175). Si prenda ad es. il caso 'Llandovery Castle', ove la circostanza che gli imputati fossero ufficiali dell'esercito, e il fatto che la natura criminosa della condotta fosse 'universalmente nota', vengono evocati in funzione di prova di quella *consapevolezza dell'illiceità* che eccezionalmente comportava la punizione del subordinato obbediente (Y. DINSTEIN, *The Defence*, cit., p. 16; anche R. CRYER, *Dithmar and Boldt (Llandovery Castle)*, in CASSESE (ED.), *Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford 2009, p. 645; E. MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte Internazionale Penale*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», n. 4, 2000, pp. 237-265, p. 262). Le norme degli Statuti di Norimberga e Tokyo, così come quelle della Control Council Law n. 10 e dei Tribunali *ad hoc* (*supra*, nt. 45), devono intendersi nelle loro relazioni con un mutamento di paradigma incriminatorio: per la prima volta si rendevano giustiziabili i crimini contro l'umanità, rispetto ai quali risulta difficilmente concepibile un errore scusabile anche secondo modelli di colpevolezza più generosi (v. *infra* nel testo), e, comunque, si mettevano in conto allegazioni di fatti per lo più manifestamente atroci. Inoltre, tali giurisdizioni, salvo rare eccezioni, erano rivolte a imputati appartenenti alle più alte gerarchie politiche, amministrative e militari; la loro qualificazione professionale e istituzionale legittimava, dunque, una presunzione generale di conoscibilità della natura criminosa degli ordini ricevuti. Non a caso, a Norimberga – come anche nel cit. processo Eichmann, ove pure emerge una logica di *absolute liability* – vennero in rilievo ordini provenienti direttamente da Hitler e rivolti a soggetti apicali, talora partecipi delle fasi genetiche di catene di comandi dichiaratamente criminali.

<sup>48</sup> Quanto andiamo dicendo emerge già dagli argomenti dei *Prosecutors* di fronte al Tribunale Internazionale di Norimberga, e in occasione dei *Nachfolgeprozesse*, tutti incentrati sull'idea che l'art.8 dello Statuto non avesse fatto altro che raccogliere quanto già accreditato nel diritto di guerra, e cioè che nessun soldato ha mai potuto invocare come esimente un ordine manifestamente criminoso (Y. DINSTEIN, *The Defence*, pp. 125 ss., 175 ss.). Nelle motivazioni della sentenza contro i Major War Criminals si sottolineò, di nuovo, come la *ratio* dell'art. 8, lungi dall'innovare, rispondesse a una consolidata *law of all nations*, giacché «That a soldier was ordered to kill or torture in violation of the international law of war has never been recognized as a defense to such acts of brutality, though, as the Charter

Ultima considerazione: i pochi casi in cui si è reputato che la criminalità non fosse manifesta avevano a che fare con soggetti di rango non elevato, nonché con crimini di guerra<sup>49</sup>. Detti crimini non si caratterizzano, infatti, per una componente di violenza *in toto* illecita, in ragione della sua radicale disumanità (quale quella che si coglie, invece, nei crimini contro l'umanità e nel genocidio). Il disvalore fondativo del *war crime* risiede, invece, in un eccesso di violenza anche omicida (rispetto a limiti normativi inerenti alle

---

here provides, the order may be urged in mitigation of the punishment» (Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal Nuremberg, 14 November 1945-1 October 1946, cit., p. 224). Come a dire: tenendo conto della intrinseca disumanità degli atti definiti dallo Statuto e oggetto del capo di imputazione, nessun tipo di regolamentazione anche passata avrebbe mai concesso una scusa (in senso analogo, problematicamente, P. GAETA, *The Defence of Superior Orders*, cit., p. 180, nt. 24). Nel discorso di chiusura del processo alle *Einsatzgruppen*, l'accusa affermò che «normally, a subordinate is entitled to assume that orders issued to him by his superiors are lawful and do not require him to commit crimes in execution thereof; and we cannot hold the subordinates responsible to make careful inquiry or elaborate research into the background of the order to make sure that it is in fact lawful. But this general presumption or the benefit of subordinates has no application where, on its face, the order is *palpably criminal*. These principles have been concisely set forth in the decision of the German Supreme Court at Leipzig in the so-called Llandovery Castle Case». Echi di questa impostazione risuonano nella sentenza di condanna, ove si afferma che non si possa invocare la *defence* della *ignorance to the criminality of the order* laddove «the nature of the ordered act is *manifestly beyond the scope of the superior's authority*» (*The Einsatzgruppen Case*, Military Tribunal II, Case n. 9, pp. 376, 470-471). Come è stato altresì notato, nei giudizi nazionali resi nel dopoguerra nei Paesi che erano stati oggetto di occupazione tedesca, relativamente a crimini di guerra attribuiti alle forze di occupazione, quasi sempre si escluse la *defence*, quasi mai asserendo che ciò fosse imposto dall'affermarsi di un principio di *absolute liability*, indotto dall'art. 8 della Carta di Londra, ma sostanzialmente ponendosi in una linea di continuità con una giurisprudenza nazionale preesistente, incentrata sul criterio, sostanziale o processuale, della manifesta criminalità (P. DE SENA, *Ordini superiori, immunità funzionale e gravi violazioni dei diritti dell'uomo dinanzi ai giudici interni*, in «Rivista di diritto internazionale», 1994, pp. 957 ss., p. 972).

<sup>49</sup> Invero – pur muovendo dal presupposto normativo di una *absolute liability* – la possibilità di invocare un errore di diritto determinato dall'ordine del superiore emerse in rapporto a crimini di guerra costituiti non da 'atrocità', bensì da fattispecie fortemente normativizzate, incentrate sulla violazione di regole 'tecniche' o inerenti alle modalità di conduzione della guerra: *mala quia prohibita*, si può sostenere, sebbene nella specie elevati a *war crimes*. Vd., ad es., British Military Court held at Hamburg, Germany, on 12th and 13th February, 1946, Trial of Oberleutnant Gerhard Grumpelt nonché, e ancor più chiaramente, la sentenza resa a Norimberga, in applicazione della Control Council Law no.10, da un tribunale militare americano nel caso United States of America, vs. Wilhelm von Leeb, et al., 27 October 1948 (*High Command case*). In essa si arrivò ad assolvere per difetto di manifesta criminalità dell'ordine ricevuto, in ragione della non perspicuità delle norme circa la possibilità di usare prigionieri di guerra per la costruzione di fortificazioni a uso bellico.

modalità dell'azione, di proporzione e necessità in rapporto agli effetti), o in una *aberratio* della violenza (riguardo a destinatari), rispetto a quella consentita e fisiologica in un conflitto armato; sicché l'*Anlaß* circa la criminalità dell'ordine non deriva dalla richiesta di usare violenza a danno di altri esseri umani, in quanto tale, bensì è mediato da una ponderazione degli spazi entro i quali quella violenza, strumento quotidiano dell'azione bellica, non sia criminosa. Detta ponderazione richiede prestazioni intellettuali di una certa sofisticatezza, variabile a seconda della natura del crimine di guerra realizzato e al grado di tassatività dei parametri di liceità<sup>50</sup>, ed è più o meno esigibile a seconda del livello professionale dell'imputato. Essa ben può scusabilmente difettare, specialmente in un militare chiamato a sostenere lo *stress* della guerra, sottoposto a pressioni contestuali e gerarchiche fortissime, privo degli strumenti – culturali, formativi, conoscitivi – utili a sindacare quei comandi, condizionato dallo scarso tempo disponibile e dall'urgenza di sopravvivere.

Da considerare, altresì, come l'elemento di contesto dei crimini di guerra – cioè il conflitto armato – non sia connotato da un'intrinseca natura criminosa, quale quella invece condivisa dall'elemento di contesto dei crimini contro l'umanità – l'attacco esteso e sistematico alla popolazione civile – e del genocidio – il *pattern* di condotte orientate verso la distruzione del gruppo *target*. Il conflitto armato, invero, anche ove originato da un atto di aggressione, è assoggettato a regole, che ne presuppongono una dimensione fisiologica. In rapporto ai *war crimes*, la *knowledge* dell'elemento di contesto, necessaria per l'imputazione dolosa, non veicola dunque di per sé sola l'immagine di una criminalità manifesta, come invece accade riguardo agli altri *core crimes*<sup>51</sup>.

Passando, finalmente, alla giurisdizione della Corte penale internazionale, riteniamo dunque plausibile l'opinione di chi ritiene che l'articolo 33 dello Statuto di Roma abbia ragionevolmente definito gli assetti di disciplina appena rammentati, esistenti prima di Norimberga, e operativi, nei fatti, anche nell'immediato e successivo dopoguerra<sup>52</sup>, piuttosto che quella – pur autorevole e attentamente motivata – di chi considera quella

<sup>50</sup> E. AMATI, *L'efficacia esimente dell'ordine del superiore in relazione ai crimini di guerra nel diritto interno e nel diritto internazionale*, in «L'indice penale», 2001, pp. 958 ss., 970 s.

<sup>51</sup> F. CECCARONI, *Colpevole d'obbedienza. l'ordine del superiore nel sistema di giustizia penale internazionale*, in *La legislazione penale*, 8 gennaio 2025, pp. 6 ss., online: [https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2025/01/Ceccaroni-F\\_LP-1.pdf](https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2025/01/Ceccaroni-F_LP-1.pdf). Gli argomenti ottimamente delineati in questo articolo rispondono alle perplessità, ad es., di N. SELVAGGI, cit., pp. 215 s.

<sup>52</sup> MCCOUBREY, *From Nuremberg to Rome*, cit., p. 394.

disposizione un regresso verso logiche di *superior respondeat*<sup>53</sup>, rispetto a consuetudini ispirate a un paradigma rigido di *absolute liability*<sup>54</sup>. Nel far questo, lo Statuto di Roma sarebbe riuscito, in definitiva, a distillare quella dimensione dell'obbedienza che può eccezionalmente farsi oggetto di una scusa connotata da un *ratio* distinta da quella di altre esimenti di carattere più generale, non foss'altro per il suo eclettismo strutturale.

#### 4.1. *Nello Statuto di Roma l'adempimento all'ordine criminoso non è giustificato*

Innanzitutto, di certo lo Statuto non attribuisce all'ordine illegittimo la capacità di giustificare l'obbedienza. L'articolo 33, infatti, in linea di principio reputa pienamente responsabile colui che quell'ordine esegua («The fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless [...]»). L'unica eccezione prevista, e rigorosamente limitata, si correla a profili psicologici e di esigibilità, che non condizionano la oggettiva liceità della condotta: essi, infatti, sono esplicitamente ricondotti a una causa di esclusione della *mens rea* (come subito vedremo, l'art. 33 si colloca, nel tessuto del codice, quale ipotesi speciale di *mistake*). D'altronde, ai sensi dell'art. 25(3)(b) dello Statuto, l'ordine criminoso è una forma tipizzata di partecipazione punibile del superiore nel crimine di colui che obbedisce, il quale, dunque, non può dirsi abbia compiuto un fatto lecito; mentre, ai sensi dell'art. 25(3)(a) dello Statuto, chi impartisce il comando può persino risultare autore mediato della condotta criminosa perpetrata dall'esecutore.

È significativo, poi, che l'art. 25(3)(b) non precisi che l'*ordering* è rilevante «regardless of whether that other person is criminally responsible», come invece fa l'art. 25(3)(a): lo Statuto presuppone, dunque, che l'esecutore realizzi sempre un fatto criminoso, mai un atto lecito. Nel quadro dell'art. 25(3)(a), nondimeno, l'eventuale non punibilità della persona attraverso cui altri si fa autore del fatto («committing a crime through another person») è coerente con la logica dell'*autoria mediata*, estesa anche alla strumentalizzazione di individui soggettivamente non punibili (vizi di mente, minore età, ecc.). Ne consegue che il riferimento a un possibile difetto di responsabilità di chi 'è agito' non implica affatto,

<sup>53</sup> Y. DINSTEIN, *The Defence*, cit., p. XIX ss.

<sup>54</sup> P. GAETA, *The Defence of Superior Orders*, cit., pp. 188 ss. Di contrario avviso, riguardo all'assetto del diritto consuetudinario, DE SENA, cit., pp. 973 ss.

neppure in quell'ambito, la liceità dell'esecuzione dell'ordine criminoso, anche perché, se così fosse, dovrebbe coerentemente venir meno la responsabilità dello stesso autore mediato.

In una puntualizzazione riferita al caso Al Hassan<sup>55</sup>, la Trial Chamber della Corte penale internazionale asserisce che l'esimente dell'art. 33 possa applicarsi solo alla commissione di, e non alla partecipazione in, un crimine internazionale, in virtù di un'argomentazione di tipo letterale: l'art. 33(1) si riferisce a chi commetta un crimine («The fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order»), e nel lessico dell'art. 25(3)(b) dello Statuto il verbo *to commit* riguarda, si dice, soltanto i casi di autoria, non di partecipazione (dei quali invece si occupa l'art. 25(3)(c) e (d), con altre parole: *aids*, *abets*, *assists*, *contributes*). Una conclusione paradossale, se essa implica che di tale scusante possa giovare il subordinato obbediente che abbia commesso un fatto più grave (in quanto autore del crimine), e non quello che abbia realizzato un fatto meno grave (avendo solo contribuito al crimine altrui)<sup>56</sup>. In realtà, da un altro inciso sembra intendersi che la Corte sia semmai interessata a discutere della *lawfulness* dell'ordine, non tanto del rilievo penale della sua esecuzione; e che dunque, nell'escludere l'applicazione dell'art. 33 al comando da cui discenda una mera partecipazione, voglia principalmente significare che, in simili casi, l'ordine potrebbe anche non essere criminoso (come invece sempre lo sarebbe, ai sensi della disposizione citata, quello che solleciti il ricevente a farsi autore di un crimine). Forse la Corte ha in mente l'ipotesi in cui il superiore comandi all'inferiore di svolgere mansioni rientranti tra le sue fisiologiche attribuzioni (ad esempio, trasportare determinate armi verso un certo luogo durante un conflitto), mentre è il subordinato a piegare l'esecuzione in modo da contribuire al crimine altrui, senza che tale finalità fosse stata presa in considerazione dal comandante. Così, per proseguire nell'esempio, le armi trasportate potrebbero essere abbandonate, in quel luogo, alla mercé di una banda di mercenari assassini che le utilizzerà per massacrare civili. In una simile evenienza, l'ordine rimane *lawful*, ma è criminosa la condotta esecutiva che, sviluppandosi in modo non predeterminato, integra un contributo di *aiding or abetting*. La discrasia tra liceità dell'ordine e illiceità dell'*aiding or abetting* (ecc.) deriva insomma dal fatto che tali forme di responsabilità individuale, collocandosi in fasi talvolta distanti dalla commissione della

<sup>55</sup> Trial Chamber X, The Prosecutor v. Al Hassan ag Abdoul Aziz ag Mohamed ag Mahmoud, Trial Judgment, No. ICC-01/12-01/18, Date: 26 June 2024, §1776.

<sup>56</sup> V. il contributo di F. CECCARONI, in questo volume.

fattispecie delittuosa e potendo consistere in atti di per sé neutri, restano oggetto di un ordine lecito finché esso concerna gli atti in sé, e non il ‘nesso’ con il crimine altrui che ad essi attribuisce rilevanza penale.

Ad ogni modo, per quel che interessa evidenziare in questo paragrafo, di sicuro la Corte non ipotizza che un ordine illegittimo possa rendere lecita la partecipazione al crimine altrui (ma non l’autoria), come se fosse una *justification*; in senso contrario, immagina, tutt’al più, che dall’esecuzione di un ordine in sé lecito possa comunque derivare una forma di partecipazione criminosa al fatto altrui (ed anzi, pare persino irragionevolmente dubitare che questa partecipazione possa essere anche soltanto scusata).

#### 4.2. *I distinti piani di operatività dell’ordine-duress e dell’ordine-errore sul fatto*

Ancora, lo Statuto regola a parte la *duress* (art. 31(1)(d)), di cui l’ordine potrebbe, concretamente, partecipare<sup>57</sup>. Anche questa è una scelta coincidente con la risalente impostazione che, a ragione, distingue le due fattispecie, riconducendo alla disciplina generale del costringimento psichico l’ordine cui si accompagna una minaccia irrituale, patologica, verso colui che disobbedisca.

Allo stesso modo, lo Statuto regola in altro luogo il *mistake of fact* (art. 32(1)) che pure, come si è osservato, è da sempre correttamente considerato una conseguenza del tutto eventuale di un ordine criminoso. È un elemento che non partecipa, insomma, della rilevanza giuridica specifica di quest’ultimo, e quand’anche venga causato dall’ordine, non vi è alcun motivo per cui il suo statuto giuridico debba distinguersi da quello del *mistake of fact* prodotto da qualsiasi altra causa.

<sup>57</sup> Trial Chamber IX, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Trial Judgment, Icc-02/04-01/15, 4 February 2021, §§2581 ss., ove si tratta della *duress* ben distintamente rispetto alla *defence del superior order* (v. §2672, rilevando criticamente come invece la difesa avesse operato una ‘sovrapposizione’ tra i due istituti).

#### 4.3. *La specificità dell'esimente dell'art. 33, per il combinarsi di effetti di guidance e coercion nel bilanciamento con istanze general-preventive*

In definitiva, lungi dall'offrire occasione di giustificazione, l'art. 33 veicola una rassicurazione e contromotivazione general-preventiva, stabilendo, come regola, che l'ordine criminoso – quando non integri gli estremi di un costringimento fisico, e non determini un errore sul fatto – non può di per sé scusare, sicché si esige, in linea di principio, una disobbedienza<sup>58</sup>, specialmente da parte di chi sappia della criminalità di ciò che gli viene comandato. Si fa salva l'eventualità («*unless [...]*») che esso determini, invece, un errore sul divieto<sup>59</sup>, ché, allora, in presenza di altre condizioni potrebbe darsi una scusa – pur confermandosi, in linea di principio, la disciplina generale che nega valenza scusante all'*ignorantia iuris poenalis* (art. 32(2)).

Insomma: l'art. 33 finisce col disegnare un caso speciale di errore sul divieto, eccezionalmente scusabile. Tale natura fondamentale dell'esimente è rivelata dalla sistematica e dalla lettera dello Statuto: la disposizione in cui si stabilisce la normale irrilevanza del *mistake of law*, e cioè l'art. 32(2), rinvia all'art. 33 con l'esplicito intento di ivi ravvisare una seconda deroga, oltre a quella costituita dal *mistake of law* che «negates the mental element required by [the] crime», cioè l'errore di diritto che determini un errore sul fatto. Inoltre, tra i requisiti costitutivi della stessa esimente disegnata nell'art. 33 è espressamente annoverata la circostanza che «the person did not know that the order was unlawful».

##### 4.3.1. *Il presupposto di un ordine-coercion e di un ruolo di stretta subordinazione*

Questa eccezione tiene conto di quei profili, correlati alla portata di un ordine *coercion* e di un ordine *guidance*, già più sopra tematizzati per la loro idoneità a rendere peculiarmente persuasivo il messaggio che l'ordine veicola, e particolarmente costringitiva la pressione che da esso emana.

Invero, l'errore di diritto provocato dall'ordine criminoso, ed

<sup>58</sup> G. MORGANTE, *La responsabilità dei capi e la rilevanza dell'ordine del superiore*, in A. CASSESE, M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 169 ss.

<sup>59</sup> O. TRIFFTERER, S. BOCK, *Article 33*, in K. AMBOS (a cura di), *Rome Statute of the International Criminal Court: Article by Article Commentary*, Beck, Hart, and Nomos, Monaco 2022, p. 1418 ss.; P. GAETA, *The Defence of Superior Orders*, cit., pp. 188 ss.; C. GARRAWAY, *Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied*, in «International Review of the Red Cross», Vol. 81, No. 836, 1999, pp. 785-794, p. 791; TC X, *The Prosecutor v. Al Hassan*, Trial Judgment, cit., §1777.

eventualmente scusante, è solo quello di chi agisca «under a legal obligation to obey orders of the Government or the superior in question», intendendo come tale «all explicit or implied oral or written demands addressed to a certain person or groups of persons, individually or by referring to their functions»<sup>60</sup>. L'esimente concerne, insomma, colui che operi in una struttura gerarchica formalizzata nell'ordinamento interno, entro la quale egli è tenuto normalmente ad obbedire a superiori che esercitano, su di lui, un potere e un controllo<sup>61</sup>. La *ratio* individuata è quella già ampiamente disvelata: il destinatario elettivo dell'art. 33 dello Statuto è il soggetto formato, e istituzionalmente adibito, a una *instinctive obedience*; l'ordine in grado di rendere *inesigibile* un atteggiamento più responsabile, e una più cauta ponderazione, è solo quello accompagnato dalla forza costringente e affidabilità normativa di un'autorità ufficiale. Così come non si può scusare chi si rendesse conto di realizzare un crimine, in ragione della *Appelfunktion* esercitata da tale consapevolezza, non vi è allo stesso modo ragione per scusare un adempimento acritico e irresponsabile compiuto al di fuori di una disciplina dell'obbedienza e di un rapporto di subordinazione formalizzato, connotato da speciali requisiti di costringentività e persuasività<sup>62</sup>.

#### 4.3.2. *Il limite di esigibilità della manifesta criminalità*

Sussistendo l'errore sul divieto e le condizioni anzidette di attitudine istituzionalizzata ad ubbidire, l'art. 33 StCC considera *inesigibile* una

<sup>60</sup> *Ibidem*. Trial Chamber X, The Prosecutor v. Al Hassan, Trial Judgment, cit., §1778, 1781.

<sup>61</sup> O. TRIFFTERER, S. BOCK, *Article 33*, cit., p. 1418 ss., a parer dei quali potrebbe trattarsi anche di una struttura gerarchica civile; purché – ha recentemente precisato la Corte – essa sia tale da «simulare» le caratteristiche di una «struttura militare», alla quale senz'altro pensavano, primariamente, i redattori dello Statuto: Trial Chamber X, The Prosecutor v. Al Hassan, Trial Judgment, cit., §1779.

<sup>62</sup> Cfr., *mutatis mutandis*, con riferimento all'art. 51 c.p. italiano: Cass. pen., V sez., Sorgiù, 12/10/2023, caso "Asso 28". Il comandante di una imbarcazione civile battente bandiera italiana, dopo aver salvato 101 persone – tra le quali bambini e donne in stato di gravidanza – recuperandole da una imbarcazione di fortuna, invece che prendere contatto con le competenti autorità e attivare le procedure per le operazioni di soccorso, prescritte da norme internazionali e nazionali, preferisce obbedire a un sedicente 'ufficiale della dogana libica', che gli intima di trasportare i migranti in acque libiche per consegnarli a motovedette dalla locale guardia costiera, in violazione del divieto di respingimento collettivo previsto a livello internazionale e dallo stesso Testo unico sull'immigrazione. Il comandante verrà condannato ex art. 591 c.p. e 1555 codice navigazione (il caso è interessante anche per questioni inerenti alla *putatività* dell'ordine, non affrontabili in questa sede: v. C. PAGELLA, *Sulla responsabilità penale del Comandante che conduca in Libia i migranti soccorsi in mare: il caso ASSO 28*, in «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», 2/2024, pp. 122 s.).

disobbedienza fino al limite della criminalità manifesta della condotta comandata, intesa recentemente, dalla Corte, come «an objective standard of such a nature that the unlawfulness of the order must be obvious and self-evident to a reasonable person in the circumstances»<sup>63</sup>.

Interessante è la affermata presunzione assoluta di manifesta criminalità dei crimini contro l'umanità e del genocidio<sup>64</sup> («for the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful»), in cui si riflette quanto già evidenziato *supra*, circa le ragioni per cui la scusante in discussione abbia come settore elettivo di operatività i crimini di guerra (in rapporto al crimine di aggressione, si richiederebbero precisazioni non contenibili negli spazi di questo contributo).

In quanto parametro di un'esimente fondata sull'individualizzazione del rimprovero, la *reasonable person* su cui si misura la manifesta criminalità, pur non essendo condizionata dai processi mentali dell'agente reale – è, infatti, uno *standard* oggettivo – deve essere configurata in rapporto alle circostanze storiche che ostacolano la sindacabilità (ad esempio, situazioni di grave concitazione o altre pressioni contingenti), nonché al ruolo dell'agente e al bagaglio di conoscenze e competenze che esso implica. Ne consegue che, per soggetti titolari di funzioni elevate, dotati di maggiore istruzione, preparazione, esperienza e capacità di percezione delle implicazioni giuridiche e fattuali dell'ordine, l'ipotesi di un ordine criminoso non manifestamente tale risulterà eccezionale. Beneficiari elettivi dell'esimente di cui all'art. 33 dello Statuto sono, insomma, coloro che non solo sono subordinati, ma occupano altresì i ranghi più bassi dell'organizzazione, e/o si caratterizzano, non per loro colpa, per una minore formazione o un difettoso addestramento, o subiscono gli effetti di errori logistici, di procedure approssimative, o di uno sconsiderato loro impiego nell'affrontare situazioni troppo complesse<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Trial Chamber X, The Prosecutor v. Al Hassan, Trial Judgment, *cit.*, §1780; O. TRIFFTERER, S. BOCK, *Article 33*, *cit.*, p. 1419.

<sup>64</sup> Trial Chamber X, The Prosecutor v. Al Hassan, Trial Judgment, *cit.*, §§1781, 1783, ha precisato che, ove il medesimo fatto ordinato possa qualificarsi al contempo come crimine contro l'umanità (o genocidio) e crimine di guerra, esso dovrà comunque presumersi manifestamente criminoso.

<sup>65</sup> Anche a costoro, dunque, si rivolge potenzialmente la giurisdizione della Corte penale internazionale, nonostante le molte regole che inducono a una selezione verso l'alto degli imputati, come ad esempio quelle in tema di *mens rea* – A. VALLINI, *La mens rea*, *cit.*, pp. 200 ss. – o alcune processuali (cfr. Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58", Situation in the Democratic Republic of the Congo, No. : ICC-01/04, 13 July 2006, in punto di valutazione dell'ammissibilità del caso in ragione

Tale constatazione induce a rilevare come, all'opposto, lo Statuto di Roma responsabilizzi in modo accentuato i soggetti apicali, valorizzando la funzione preventiva del corretto esercizio dei poteri di comando e sanzionando autonomamente, ai sensi dell'art. 28, l'omessa adozione di misure preventive (o punitive) da parte del superiore militare o civile<sup>66</sup>. Viene quindi da domandarsi se tali misure debbano includere anche interventi<sup>67</sup> formativi e organizzativi – relativi ad addestramento, logistica, procedure e organigramma – volti a migliorare la sindacabilità dell'ordine da parte dei subordinati e la riconoscibilità della sua natura criminosa, promuovendo un'obbedienza responsabile anche nei gradi inferiori.

La risposta parrebbe affermativa, ma troppe ne sarebbero le premesse, e complessi gli sviluppi. Come anticipato, ci ripromettiamo di discuterne in altra occasione e in una più estesa sede.

---

della sua gravità *ex art.* 17(1)(d)).

<sup>66</sup> Sulla relazione simmetrica tra disciplina della *command responsibility* e quella in tema di *superior orders* insiste G.-J. G. J. Knoops, *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Transnational Publishers, New York 2001, pp. 42 ss.

<sup>67</sup> M. MINOW, *Living Up to Rules*, cit., pp. 36 ss.

*L'applicazione (indiretta e diretta) del diritto internazionale  
dei diritti umani ai fini della determinazione  
della (il)legittimità di un ordine*

LORENZO ACCONCIAMESSA\*

ABSTRACT

(ITA) Il contributo esamina il ruolo del diritto internazionale dei diritti umani ai fini della determinazione della 'legittimità' di un ordine e, di conseguenza, della necessità di darvi attuazione e della possibilità di invocare la scriminante dell'adempimento di un dovere in caso di commissione di eventuali reati. Esso nota che, per questo scopo, il contributo del diritto internazionale è innanzitutto indiretto, in quanto esso costituisce spesso il fondamento della scelta di adottare norme incriminatrici o regolamentazioni normative, che devono essere interpretate in modo conforme ai rispettivi obblighi internazionali, e la cui violazione determina l'illegalità dell'ordine. Tuttavia, il contributo individua anche possibili ipotesi di applicazione diretta delle norme internazionali, allo scopo di etero-integrare la norma che impone un comando penale ovvero la norma che sancisce la scriminante dell'adempimento di un dovere.

(ENG) The chapter examines the role of international human rights law in determining the 'legitimacy' of an order and, consequently, the need to implement it and the possibility of invoking the defence of fulfilling a duty in case of commission of crimes. It notes that, to this end, the contribution of international law is primarily indirect, since it often constitutes the basis for the choice to adopt criminal offences or regulatory provisions, which must be interpreted in accordance with the respective international obligations, the violation of which determines the illegality of the order. However, there are also possible cases of direct application of international norms, with the aim of supplementing the rule imposing a criminal command or the rule enshrining the defence of fulfilment of a duty.

KEYWORDS

(ITA) Convenzione Europea dei Diritti Umani; Disobbedienza responsabile; Principio di legalità; Applicazione diretta del diritto internazionale; Obblighi di criminalizzazione.

---

\* Ricamatore tenure track di diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Palermo; già Giurista assistente presso la Cancelleria della Corte europea dei diritti umani. Il presente contributo costituisce la versione rivista, e ampliata alla luce delle più recenti sentenze della Corte costituzionale, dell'intervento realizzato il 13 giugno 2025 nell'ambito dell'Intensive study program su Obbedienza e responsabilità, organizzato nel contesto del Dottorato di ricerca in 'Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti', assieme al Consiglio della magistratura militare, nell'ambito del PRIN 2022 Rule of Law and the Problem of Responsible Obedience (ABIDE).

(ENG) European Convention on Human Rights; Responsible disobedience; Principle of legality; Direct application of international law; Obligations of criminalisation.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La rilevanza mediata: il ruolo indiretto del diritto internazionale tramite gli obblighi positivi e l’obbligo di interpretazione conforme – 2.1. Gli obblighi di criminalizzazione e di efficace indagine e repressione – 2.2. Gli obblighi di regolamentazione normativa di attività pericolose – 3. La rilevanza immediata: l’applicazione diretta del diritto internazionale al fine di determinare la legittimità di un ordine – 3.1. L’etero-integrazione delle fattispecie penali che sanciscono un obbligo di conformarsi a un ordine – 3.2. L’etero-integrazione della scriminante dell’adempimento di un ordine – 4. Considerazioni conclusive.

## 1. *Introduzione*

Raramente ci si è chiesti se la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (di seguito CEDU o anche solo ‘la Convenzione’)<sup>1</sup> e, più ampiamente, il diritto internazionale dei diritti umani<sup>2</sup>, possano avere un qualche ruolo al fine di risolvere il dilemma<sup>3</sup> che si pone in capo al soggetto destinatario di un ordine impartito da un superiore gerarchico o, comunque, da un’autorità i cui ordini siano giuridicamente vincolanti per colui o colei cui si rivolgono<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Quanto si dirà rispetto alla CEDU vale, infatti, per altri trattati sostanzialmente identici, come il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, o in relazione alle disposizioni rilevanti di trattati che si occupano di alcune materie specifiche, come (a titolo meramente esemplificativo) la Convenzione delle Nazioni Unite del 21 dicembre 1965 sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale o la Convenzione delle Nazioni Unite del 10 dicembre 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

<sup>2</sup> Si fa qui riferimento a soggetti privati che, in determinate circostanze, agiscono a titolo di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, come ad esempio il comandante di una nave privata battente bandiera italiana nel momento in cui svolge operazioni di soccorso e salvataggio in mare e che, in quanto tale, è tenuto a rispettare le indicazioni e gli ordini impartiti dalle autorità competenti in materia (sul punto, Corte di cassazione, sentenza n. 4557 del 27 febbraio 2024, su cui si dirà più ampiamente in seguito).

<sup>3</sup> Per una prima analisi, che tuttavia si concentra principalmente sui profili attinenti alla scusante dell’ordine del superiore nell’ambito del diritto internazionale penale, su cui si dirà più ampiamente, si veda H. TAKEMURA, *International Human Right to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders*, Springer, Berlino-Heidelberg 2009.

<sup>4</sup> Tale dilemma è spiegato chiaramente in P. GAETA, *The Defence of Superior Orders: The*

Tale dilemma consiste nel decidere se aderire a un modello di *obbedienza pura o cieca*, ossia conformarsi senza alcuna esitazione all'ordine ricevuto, indipendentemente dal suo contenuto, oppure a un modello di *(dis)obbedienza responsabile*, che si fonda su una previa valutazione della legalità e, più ampiamente, della legittimità dell'ordine, e che implichi la possibilità di regolare la propria condotta sulla base dell'esito di tale valutazione<sup>5</sup>. Da ciò deriverebbe l'esistenza di un certo margine per disobbedire, per ragioni in ultima analisi ritenute legittime e condivisibili dall'ordinamento giuridico, all'ordine ricevuto.

Nel trattare il tema in questione, è necessario riconoscere «[t]he primary purpose of military discipline is to ensure that in all circumstances, including situations of extreme stress, lawful orders from a superior in rank are unquestioningly and immediately carried out by the serviceman to whom they are addressed»<sup>6</sup>. Tale assunto è ben consolidato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani (organo istituzionalmente competente, ai sensi dell'art. 32, a interpretare e applicare la CEDU nei casi che le siano sottoposti; di seguito anche solo 'Corte europea'), la quale ha ammesso fin dalla sua giurisprudenza più risalente, e poi spesso ribadito, che «the proper functioning of an army is hardly imaginable without legal rules designed to prevent servicemen from undermining military discipline»<sup>7</sup>. Di conseguenza, può senz'altro affermarsi che il mantenimento della disciplina militare, volta anche a garantire l'adempimento degli ordini, costituisce un interesse legittimo degli Stati, che risulta dunque meritevole di tutela ai

---

*Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in «European Journal of International Law», X, n. 1, pp. 172-191, p. 172: «the duty of military obedience clashes with the need to preserve the supremacy of the rule of law, which proscribes the commission of criminal offences. The soldier is thus caught in a dilemma. Should he [or she] obey the order, at the risk of being held responsible for the commission of a crime, or should he [or she] ignore it and risk being punished for military disobedience?».

<sup>5</sup> Sul punto, ad esempio, D. NOTARO, *Esecuzione dell'ordine militare e disobbedienza responsabile*, in «La Legislazione penale», I, n. 1, 2025, pp. 197-209; C. IAFRATE, *Obbedienza, ordine illegittimo e ordinamento militare*, in «Diritto e questioni pubbliche», XVI, n. 2, 2016, pp. 313-336.

<sup>6</sup> Corte europea dei diritti umani, *Grigoriades c. Grecia* [GC], ricorso n. 24348/94, sentenza del 25 novembre 1997, Opinione dissenziente del giudice Sir Freeland, cui hanno aderito i giudici Russo, Valticos, Loizou e Morenilla, par. 4.

<sup>7</sup> Si veda, ad esempio, il primo caso in cui tale principio è stato sancito, Corte europea dei diritti umani, *Engels e altri c. Olanda* [Plenaria], ricorsi n. 5100/71 e altri, sentenza dell'8 giugno 1976, par. 100. Più di recente, e con ulteriori riferimenti a pronunce nel frattempo intervenute, Corte europea dei diritti umani, *Ayuso Torres c. Spagna*, ricorso n. 74729/17, sentenza dell'8 novembre 2022, par. 49; Corte europea dei diritti umani, *Jokšas c. Lituania*, ricorso n. 25330/07, sentenza del 12 novembre 2013, par. 70.

sensi della CEDU, in quanto contribuisce alla protezione della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico<sup>8</sup>. Allo stesso tempo, però, la Corte europea ha anche più volte affermato che la tutela dei diritti umani «does not stop at the gates of army barracks»<sup>9</sup>.

Quest'ultima affermazione è inclusa nelle pronunce in cui la Corte europea si è occupata dei diritti di individui appartenenti alle forze armate, per sottolineare come l'interesse al mantenimento della disciplina militare non sia assoluto e non possa di conseguenza giustificare limitazioni sproporzionate dei loro diritti, come ad esempio la libertà di espressione o il diritto alla vita privata e familiare, in quanto «military personnel, like all other persons within the jurisdiction of the Contracting States, are entitled to Convention protection»<sup>10</sup>.

Se è dunque pacifico che lo status di appartenente alle forze armate non priva un individuo della tutela fornita dal diritto internazionale dei diritti umani<sup>11</sup>, occorre invece chiedersi se da tale *corpus* normativo possano anche ricavarsi dei *doveri* di tali individui di proteggere i diritti umani fondamentali di terzi soggetti, e se da tali doveri possa ricavarsi un *obbligo di obbedienza (o disobbedienza) responsabile*, nel significato di cui sopra<sup>12</sup>.

Porsi tale domanda impone, necessariamente, una precisazione di carattere preliminare. Ed infatti, il diritto internazionale dei diritti umani differisce dal diritto internazionale penale, ai sensi del quale gli individui rispondono direttamente per la commissione dei crimini previsti da norme

<sup>8</sup> Anzi, la Corte europea ha addirittura affermato che il mantenimento della disciplina militare può costituire un obbligo degli Stati ai sensi della CEDU, in quanto essa protegge i diritti tanto degli individui appartenenti alle forze armate quanto di coloro a cui si riferisce e rivolge la loro attività (si veda, ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Hovhannisyian e Karapetyan c. Armenia*, ricorso n. 67351/13, sentenza del 17 gennaio 2023).

<sup>9</sup> Corte europea dei diritti umani, *Grigoriades c. Grecia* [GC], cit., par. 45; Corte europea dei diritti umani, *Konstantin Markin c. Russia*, ricorso n. 30078/06, sentenza del 22 marzo 2012, par. 136.

<sup>10</sup> Corte europea dei diritti umani, *Konstantin Markin c. Russia*, cit., par. 136.

<sup>11</sup> Sul punto, ad esempio, Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Human Rights of Members of the Armed Force*, raccomandazione n. 1742(2006) dell'11 aprile 2006; Organizzazione per la cooperazione e la sicurezza in Europa, *Human Rights of Armed Forces Personnel. Compendium of Standards, Good Practices and Recommendations*, Ginevra, 2021.

<sup>12</sup> Con limitato riferimento all'obbligo di rifiutarsi di dare esecuzione a un ordine che implichi la commissione di crimini internazionali, si veda Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *Human Rights of Members of the Armed Forces*, raccomandazione n. CM/Rec(2010)4 del 22 febbraio 2010, che al par. 84 sancisce espressamente che «during training, military members of the armed forces should be informed that they have a duty to object to a manifestly unlawful order amounting to genocide, a war crime, a crime against humanity or torture».

sancite nell'ordinamento internazionale stesso<sup>13</sup>. In tale ambito, la non invocabilità, o limitata invocabilità, della difesa dell'ordine del superiore come scriminante in caso di commissione di crimini internazionali è stata espressamente disciplinata<sup>14</sup> fin dallo Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga dell'8 agosto del 1945<sup>15</sup>, negli statuti dei tribunali penali internazionali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda<sup>16</sup> e poi, sia pur con una parziale riformulazione, nello Statuto della Corte penale internazionale del 17 luglio 1998<sup>17</sup>, oltre ad essere disciplinata anche in via generale dal diritto internazionale consuetudinario in materia di conduzione delle ostilità armate<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Si veda, tra i tanti, E. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012. Ed infatti, ai sensi dell'art. 25, par. 1, dello Statuto della Corte penale internazionale, «[t]he Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute», mentre il par. 2 aggiunge che «[a] person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this Statute».

<sup>14</sup> Per studi più risalenti, A.M. WILNER, *Superior Orders as a Defense to Violations of International Criminal Law*, in «Maryland L. Rev.», XXVI, n. 2, 1966, pp. 127-142; L.C. GREEN, *The Defence of Superior Orders in the Modern Law of Armed Conflict*, in «Alberta Law Review», XXXI, n. 2, 1993, pp. 320-333.

<sup>15</sup> L'art. 8 dello Statuto disponeva infatti che «[t]he fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so require».

<sup>16</sup> L'art. 7, par. 4, dello Statuto del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia del 25 maggio 1993, praticamente identico all'art. 6, par. 4, del Tribunale penale internazionale per il Ruanda dell'8 novembre 1994, dispone che «[t]he fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him [or her] of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal determines that justice so require».

<sup>17</sup> L'art. 33 dello Statuto della Corte penale internazionale del 17 luglio 1998 la ammette in determinate circostanze, in quanto dispone che «[t]he fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless: (a) the person was under a legal obligation to obey orders of the Government or the superior in question; (b) the person did not know that the order was unlawful; and (c) the order was not manifestly unlawful. 2. For the purposes of this articles, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful» (per un'analisi di tale disposizione, anche in relazione al diritto internazionale consuetudinario, si veda P. GAETA, *The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law*, cit.).

<sup>18</sup> Si ritiene che tale difesa sia prevista dal diritto internazionale consuetudinario, codificato alla regola 155 dello studio sul diritto internazionale umanitario consuetudinario realizzato dal Comitato internazionale della Croce Rossa, che dispone che «[o]beying a superior order

Il resto del diritto internazionale (consuetudinario e pattizio), invece – inclusa la CEDU, così come gli altri trattati internazionali sui diritti umani – di regola non impone direttamente obblighi in capo agli individui, ma soltanto agli Stati e, quanto ai trattati, soltanto a quelli che siano divenuti parte di tali strumenti sulla base delle specifiche modalità previste dal diritto internazionale, in particolare la ratifica e l’adesione. Non a caso, solo per fare un esempio, l’art. 1 CEDU rubricato «obligation to respect human rights» – che trova un equivalente negli altri trattati regionali e universali in materia di diritti umani<sup>19</sup> – dispone che «[t]he High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention», così chiarendo che è agli Stati parte che gli obblighi in questione si applicano<sup>20</sup>. Di conseguenza, come espressamente chiarito dalla Corte europea, la violazione delle norme sancite dalla CEDU e dagli altri trattati sui diritti umani non è idonea, di per sé, a far sorgere la responsabilità penale di un individuo<sup>21</sup>, fermo restando che, invece, la condotta di individui che agiscono in qualità di organi *de jure* o *de facto* dello Stato – come, ad esempio, i membri delle forze armate o di polizia – è in genere direttamente imputabile allo Stato stesso e, quindi, idonea a far sorgere la sua responsabilità sul piano internazionale<sup>22</sup>.

---

does not relieve a subordinate of criminal responsibility if the subordinate knew that the act ordered was unlawful or should have known because of the manifestly unlawful nature of the act ordered».

<sup>19</sup> Ad esempio, l’art. 2, par. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici dispone che «[e]ach State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant [...]»; quanto ai trattati regionali, l’art. 1, par. 1, della Convenzione americana dei diritti umani del 22 novembre 1969 sancisce che «[t]he States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms [...]».

<sup>20</sup> Non è questa la sede per entrare nel dibattito del se le norme internazionali in materia di tutela dei diritti umani abbiano anche una dimensione orizzontale, nel senso che si applicano anche nei rapporti tra privati cittadini e quindi sono idonee a produrre direttamente obblighi in capo agli stessi (su cui si veda, ad esempio, S. SOMERS, *The European Convention on Human Rights as an Instrument of Tort Law*, Intersentia, Cambridge 2019).

<sup>21</sup> Corte europea dei diritti umani, *Kononov c. Lettonia* [GC], ricorso n. 36376/04, sentenza del 17 maggio 2010, par. 236.

<sup>22</sup> Corte europea dei diritti umani, *Spivak c. Ucraina*, ricorso n. 21180/15, sentenza del 5 giugno 2025, par. 164; Corte europea dei diritti umani, *B.T. e B.K.CS. c. Ungheria*, ricorso n. 4881/16, sentenza del 10 giugno 2025, par. 58. Si veda anche, ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Hovhannisyan e Karapetyan c. Armenia*, cit., par. 88: «States are required to secure high professional standards among regular soldiers, whose actions and

Questo non significa, tuttavia, che il diritto internazionale (incluso il diritto internazionale dei diritti umani) sia irrilevante al fine di determinare il carattere 'legittimo' o 'illegittimo' dell'ordine di un superiore gerarchico o dell'autorità competente e, di conseguenza, la necessità o meno di darvi attuazione. Ed infatti, salvo quanto si dirà in merito ai limiti che derivano dal necessario rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, e a differenza di quanto sembra sostenere la Corte di cassazione italiana<sup>23</sup>, una volta ratificate e introdotte nell'ordinamento tramite l'ordine di esecuzione, le convenzioni internazionali in materia di diritti umani<sup>24</sup> «sono diventate [...] *parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano*, con il medesimo rango della legge di autorizzazione alla ratifica: e dunque con il rango di norme primarie, suscettibili come tali di essere *direttamente applicate* dal giudice nella risoluzione delle controversie pendenti avanti a sé»<sup>25</sup>. La nostra Corte costituzionale ha affermato, infatti, che il giudice ordinario è tenuto ad applicare la CEDU, nell'interpretazione che di questa abbia reso la Corte europea, laddove esistano pronunce che ne abbiano

---

omissions – particularly *vis-à-vis* conscripts – could, in certain circumstances, engage their responsibility, *inter alia*, under the substantive limb of Article 2».

<sup>23</sup> Corte di cassazione, sentenza n. 18923 del 5 luglio 2021: «la CEDU non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti, configurandosi piuttosto come un trattato internazionale multilaterale, da cui derivano obblighi per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico nazionale in un sistema più vasto, da cui gli organi deliberativi possano promanare norme direttamente vincolanti per le autorità interne»; nello stesso senso, Corte di cassazione, sentenza n. 418 dell'11 gennaio 2022. Per una critica a come tali pronunce fraintendano la nozione stessa di applicazione diretta dei trattati internazionali, si veda L. ACCONCIAMESSA, F. TAMMONE, *About Misunderstandings: The Italian Judiciary's Approach to the "Direct Applicability" of the ECHR*, in «Italian Yearbook of International Law», XXI, 2022, pp. 475-480; D. RUSSO, *La pretesa impossibilità di invocare le violazioni della CEDU come motivo di ricorso in cassazione: quale fondamento giuridico?*, in «Osservatorio sulle fonti», n. 3, 2021. Tale orientamento ha suscitato anche una forte reazione di alcuni studiosi di diritto internazionale e di diritto costituzionale: si veda infatti la *Dichiarazione congiunta degli studiosi di diritto internazionale e di diritto costituzionale sulla diretta applicabilità dei trattati internazionali nell'ordinamento italiano*, in «Diritti umani e diritto internazionale», XVI, n. 1, 2022, pp. 103-105.

<sup>24</sup> Così come, per inciso, gli altri trattati internazionali ratificati dal nostro Stato e incorporati nel nostro ordinamento tramite ordine di esecuzione adottato con legge ordinaria.

<sup>25</sup> F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in «Diritto penale contemporaneo», n. 2, 2014, pp. 167-176, p. 170 (enfasi in originale); si veda ancora a p. 171: «*nulla osta alla diretta applicazione da parte del giudice ordinario di una norma internazionale "incorporata" allorché tale diretta applicazione non implichi la contestuale disapplicazione di altra norma interna contrastante*» (enfasi in originale).

interpretato le disposizioni con riferimento a situazioni simili<sup>26</sup>, ma anche, in mancanza di tali precedenti, procedendo esso stesso a realizzare l'operazione interpretativa<sup>27</sup>. Dunque, qualora l'applicazione diretta di una disposizione di un trattato internazionale in materia di diritti umani, per come interpretata dai competenti organi di controllo (tra cui la CEDU, per come interpretata dalla Corte europea) non implichi la necessaria disapplicazione di una norma interna incompatibile (essendo invece questa un'antinomia che può essere risolta solo dalla Corte costituzionale, dichiarando costituzionalmente illegittima la norma interna<sup>28</sup>) il giudice comune può applicare senz'altro procedere in tal senso<sup>29</sup>.

A tale riguardo, occorre considerare che vi sono diverse disposizioni nel nostro ordinamento che possono dover essere interpretate o integrate, ai fini della loro applicazione, da norme di diritto internazionale dei diritti umani. Quanto alla generalità dei consociati, si pensi all'art. 650 c.p. (rubricato «inosservanza dei provvedimenti dell'autorità»), il quale dispone che «[c]hiunque non osserva un *provvedimento legalmente dato*

<sup>26</sup> Si veda Corte costituzionale, sentenza n. 348 del 24 ottobre 2007, par. 4.5, che ha chiarito che le disposizioni della CEDU devono essere intese «nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ad applicazione» in quanto «le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea».

<sup>27</sup> In particolare, Corte costituzionale, sentenza n. 68 del 7 aprile 2017, par. 7, secondo cui «è parimenti da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che sono stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo. Al contrario, "l'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri" [...]. Il dovere di questi ultimi di evitare violazioni della CEDU li obbliga ad applicarne le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo».

<sup>28</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 311 del 26 novembre 2009, par. 6.

<sup>29</sup> Per un ampio chiarimento della distinzione tra la nozione di applicazione diretta delle norme internazionali, effetti diretti (intesa come possibilità per la norma euro-unitaria di prevalere automaticamente sul diritto interno incompatibile) e disapplicazione delle norme interne incompatibili (come operazione realizzata dal giudice rispetto alle norme dotate di effetti diretti), si vedano L. ACCONCIAMESSA, F. TAMMONE, *La diretta applicabilità dei trattati nell'ordinamento italiano. Quo vadis?*, in «Diritti umani e diritto internazionale», XVI, n. 1, 2022, pp. 91-102; A. GIANELLI, *Dalla disapplicazione di norme confliggenti alla mancata applicazione di norme vincolanti*, in «Diritti umani e diritto internazionale», XVI, n. 1, 2022, pp. 39-47; D. RUSSO, *Sulla diretta applicabilità della CEDU nel giudizio di cassazione*, in «Diritti umani e diritto internazionale», XVI, n. 1, 2022, pp. 49-63; A. CARDONE, *La diretta applicabilità della CEDU nella giurisprudenza del giudice comune tra (apparenti) ritorni al passato e nuove problematiche*, in «Diritti umani e diritto internazionale», XVI, n. 1, 2022, pp. 65-90;

dall'autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino ad euro 206»; inoltre, ai sensi dell'art. 51, 3° comma, c.p. (che disciplina la scriminante dell'adempimento di un dovere), «[r]isponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un *ordine legittimo*»<sup>30</sup>. Con specifico riferimento agli appartenenti alle forze armate, poi, l'art. 173 del Codice penale militare di pace prevede che «[i]l 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»; tuttavia, l'art. 1349, 2° comma, (rubricato «ordini militari») del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (recante il «Codice dell'ordinamento militare») dispone che «[i]l 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».

Come si vedrà, tanto la nozione di ordine illegalmente dato o di ordine illegittimo, ma anche quella di ordine la cui esecuzione costituisce manifestamente reato – che, come si è visto, implicano il dovere del destinatario dell'ordine di non adempiere allo stesso – possono in alcuni casi dover essere determinate alla luce delle rilevanti norme di diritto internazionale dei diritti umani. A tale riguardo, quest'ultimo può venire in rilievo sia in modo *indiretto*, ossia mediato dal diritto interno, che tuttavia deve essere interpretato in modo conforme alle rispettive norme internazionali (sezione 2), che in modo *diretto*, in quanto alcuni aspetti del diritto interno di vengono integrati dalla norma internazionale che, di conseguenza, viene direttamente applicata (sezione 3).

---

<sup>30</sup> Al riguardo, si ricordi che, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, la possibilità di invocare tale scriminante «richiede un ordine legittimo, e la legittimità è in primo luogo formale, cioè attinente alla competenza del superiore a emanarlo. Per l'applicazione della scriminante dell'art. 51 c.p. è necessario che l'ordine sia legittimo, ossia promanante dall'autorità competente, che sia stato dato nella forma prescritta e che, infine, il suo contenuto rientri nell'esplicazione del servizio del subordinato quanto all'essenza, ai mezzi ed al fine» (tra le tante, Corte di cassazione, sentenza n. 4194 del 27 gennaio 1987; Corte di cassazione, sentenza n. 51962 del 18 gennaio 2018; più di recente, Corte di cassazione, sentenza n. 4557/24, cit.).

## 2. *La rilevanza mediata: il ruolo indiretto del diritto internazionale tramite gli obblighi positivi e l'obbligo di interpretazione conforme*

Dal primo punto di vista, ossia la possibilità per il diritto internazionale dei diritti umani di regolare in modo *mediato* dal diritto interno, e quindi indiretto, le condotte dei singoli individui, inclusa la necessità o meno di dare attuazione a un ordine, bisogna considerare che, in determinati casi, tale *corpus* normativo impone agli Stati degli *obblighi positivi*<sup>31</sup>, i quali riguardano esattamente la disciplina da parte dello Stato delle condotte poste in essere da individui, siano essi agenti dello Stato stesso o privati cittadini<sup>32</sup>.

In tale categoria rientrano le norme internazionali che impongono allo Stato obblighi di *criminalizzazione* di determinate condotte, a scopo dissuasivo o comunque per prevenire specifiche violazioni dei diritti umani (sezione 2.1), nonché di *regolamentazione normativa*, non necessariamente o esclusivamente tramite lo strumento del diritto penale, di certe attività inerentemente pericolose, ossia che sono di per sé idonee a implicare la violazione di alcuni diritti umani fondamentali (sezione 2.2). In entrambi i casi, come si vedrà, lo Stato non può limitarsi ad adottare le relative normative interne, ma deve anche garantirne il concreto rispetto, applicandole in modo effettivo al fine di prevenire e reprimere, con i mezzi più appropriati rispetto alle circostanze del caso, la violazione delle stesse<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Il principio secondo cui le disposizioni della CEDU non si limitano a imporre alle autorità statali di astenersi dal violare i diritti umani ma, in determinate circostanze, impongono obblighi positivi di prendere misure specifiche volte a garantirne il godimento e a proteggerli da aggressioni da parte di singoli individui è stato sancito fin da Corte europea dei diritti umani, *Caso relativo a certi aspetti delle leggi in materia di uso delle lingue nel contesto dell'educazione in Belgio* [Plenaria], ricorsi n. 1474/62 e altri, sentenza del 23 luglio 1968; inoltre, sull'obbligo positivo di proteggere la vita delle persone da rischi imminenti e conosciuti da parte delle autorità, Corte europea dei diritti umani, *Osman c. Regno Unito* [GC], ricorso n. 23452/94, sentenza del 28 ottobre 1998, par. 116, in cui tale principio è stato affermato per la prima volta, e che poi è stato ripreso e ampiamente specificato, anche in relazione ad attività e condotte specifiche, nella giurisprudenza successiva.

<sup>32</sup> Tuttavia, «the general scope of the State's positive obligations might differ between cases where the treatment contrary to the Convention has been inflicted through the involvement of States agents and cases where violence is inflicted by private individuals» (Corte europea dei diritti umani, *Vyacheslavova e altri c. Ucraina*, ricorsi n. 39553/16 e altri, sentenza del 13 marzo 2025, par. 373).

<sup>33</sup> Come è stato notato, l'adempimento di tali obblighi è «indispensabile per segnalare la determinazione dell'ordinamento a contrastare efficacemente simili attacchi, e assieme per rassicurare le vittime reali dell'aggressione e la generalità dei consociati sull'assenza di qualsiasi connivenza delle autorità statali con gli autori dell'aggressione»; di conseguenza,

## 2.1. *Gli obblighi di criminalizzazione e di efficace indagine e repressione*

In primo luogo, il diritto internazionale dei diritti umani può prevedere, espressamente (come nel caso di alcuni trattati su materie specifiche, quali, come si vedrà, quelli contro la tortura o la discriminazione razziale) o implicitamente (come avviene invece per i trattati generali sia regionali che universali sui diritti umani), degli obblighi positivi di *criminalizzazione* di certe condotte<sup>34</sup>.

Si tratta di obblighi di introdurre nel proprio ordinamento nazionale delle fattispecie di reato che vietino la commissione da parte di singoli individui, siano privati cittadini o agenti dello Stato, di atti che integrino (nella maggior parte dei casi) le più gravi e odiose violazioni dei diritti umani più fondamentali, quali la vita, l'integrità psico-fisica<sup>35</sup>, l'autodeterminazione

---

«[r]ispetto almeno ai *più fondamentali* tra i diritti umani – primi fra tutti, la vita, il diritto a non essere sottoposti a torture o alle moderne forme di schiavitù e di tratta, la libertà e integrità sessuale – tali doveri di prevenzione e di reazione non possono che attuarsi mediante l'intervento del diritto penale» (F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in «Sistema penale», 13 marzo 2023, p. 9). Per un riassunto della giurisprudenza sul tema, relativa agli obblighi procedurali di indagine e repressione individuati rispetto agli artt. 2, 3, 4, 5 e 8 della Convenzione, nonché dell'art. 1 del Protocollo n. 1, si veda Corte europea dei diritti umani, *Bradshaw e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 15653/22, sentenza del 22 luglio 2025, par. 127-129, secondo cui in questi casi «[t]he investigation is a means of ensuring that the legislative and administrative framework set up to protect the substantive rights is properly implemented and any breaches of that right are repressed and punished [...]. It should therefore be capable of leading to the identification and punishment of those responsible».

<sup>34</sup> Per tali si intendono «the international duties to criminalize certain conduct and, as a necessary consequence, to create a corresponding criminal offence at the national level» (B.I. BONAFÉ, *Constitutional Judicial Review and International Obligations of Criminalization*, in «International Criminal Law Review», XXI, n. 4, 2021, pp. 660-668, p. 661).

<sup>35</sup> Si pensi alle varie tipologie di *hate crimes*, ossia di varie forme di aggressione, verbale o fisica, diretta o indiretta, fondate su ragioni discriminatorie e siano idonee a creare ulteriori rischi per l'integrità psico-fisica delle vittime, come in materia di violenza omofoba (Corte europea dei diritti umani, *Beizaras e Levickas c. Lituania*, ricorso n. 41288/15, sentenza del 14 gennaio 2020, par. 111) o per ragioni di discriminazione etnica o religiosa (Corte europea dei diritti umani, *Alković c. Montenegro*, ricorso n. 68895/10, sentenza del 5 dicembre 2017, par. 65-66). O ancora, all'obbligo di criminalizzare ogni forma di violenza domestica e di genere (Corte europea dei diritti umani, *A.E. c. Bulgaria*, ricorso n. 53891/20, sentenza del 23 maggio 2023, par. 100), o di prevedere fattispecie di reato o aggravanti per i reati commessi per discriminazione fondata sull'orientamento sessuale (Corte europea dei diritti umani, *Stoyanova c. Bulgaria*, ricorso n. 56070/18, sentenza del 14 giugno 2022, par. 79).

e la libertà sessuale<sup>36</sup>, e, più ampiamente, la dignità umana<sup>37</sup>. Il contenuto degli obblighi positivi derivanti dal diritto internazionale non si esaurisce inoltre sul piano della introduzione delle relative fattispecie incriminatrici, posto che gli Stati hanno anche un obbligo di far effettivamente rispettare le norme in questione allo scopo di proteggere i più fondamentali diritti umani da lesioni da parte di individui. Ai suddetti obblighi di criminalizzazione fanno infatti capo obblighi di effettiva applicazione delle norme interne adottate in attuazione degli stessi, nel senso che gli Stati devono garantire che la commissione degli atti criminalizzati sia adeguatamente indagata e, se del caso, devono perseguire e punire i responsabili<sup>38</sup>.

Nell'interrogarsi su quale sia il ruolo di tali obblighi di criminalizzazione nel determinare il carattere legittimo o illegittimo di un ordine, occorre ricordare che le norme di diritto internazionale che sanciscono questa tipologia di obblighi internazionali sono generalmente ritenute di carattere *non self-executing*<sup>39</sup> e, in quanto tali, esse non possono *in linea di principio* essere oggetto di applicazione diretta nei giudizi interni (penali), con la conseguenza che la loro piena attuazione richiede l'adozione di una specifica disposizione normativa che introduca la fattispecie di reato nel sistema giuridico interno<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Si consideri, tra gli altri, l'obbligo derivante dall'art. 3 CEDU, che vieta trattamenti inumani e degradanti, di criminalizzare qualsiasi forma di rapporto sessuale non consensuale, tramite fattispecie che non prevedano la violenza come elemento dello stupro ma che si fondino sulla mera assenza di consenso della vittima (Corte europea dei diritti umani, *Y c. Repubblica ceca*, ricorso n. 10145/22, sentenza del 12 dicembre 2024, par. 70).

<sup>37</sup> Ad esempio, si veda Corte europea dei diritti umani, *FM. e altri c. Russia*, ricorsi n. 71671/16 e 40190/18, sentenza del 10 dicembre 2024 (relativa al divieto di criminalizzare e perseguire in modo effettivo ogni atto volto a mantenere una persona in situazione di schiavitù, servitù o lavoro forzato);

<sup>38</sup> Si veda, ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Cioffi c. Italia*, ricorso n. 17710/15, sentenza del 5 giugno 2025, par. 101, relativo all'obbligo di indagare e perseguire i responsabili di atti gravi maltrattamenti inflitti dalle forze di polizia nei confronti di un partecipante alla manifestazione no-global di Napoli nel 2001.

<sup>39</sup> K. KAISER, *Treaties, Direct Applicability*, in H. RUIZ-FABRI (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford 2013, par. 1: «[a] treaty is "self-executing" or "directly applicable" in domestic law, when its provisions will be applied by courts or executive agencies as provisions of domestic law without the need of further legislative or administrative measures».

<sup>40</sup> Si veda, ad esempio, Tribunale speciale per il Libano, Camera d'appello, *Procuratore c. Ayyash*, caso n. STL-11-01/I/AC/R176bis, decisione interlocutoria sul diritto applicabile del 16 febbraio 2011, par. 76: «as a general rule, international norms criminalizing conducts are not self-executing, for their implementation requires national legislation defining the crime and the relevant penalty».

Ciò viene generalmente fatto derivare dalla necessità di rispettare il principio della riserva di legge in materia penale, che costituisce una delle esigenze imposte dal principio di legalità in materia penale. Nel nostro ordinamento, tale principio è sancito dall'art. 25, comma secondo, Cost., ai sensi del quale «[n]essuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso»<sup>41</sup>. Secondo tale principio, spetta solo al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare, con ciò precludendo quindi a fonti di rango sub-legislativo o alla giurisprudenza<sup>42</sup>, anche della Corte costituzionale<sup>43</sup>, di criminalizzare determinate condotte. Di conseguenza, la *piena* attuazione degli obblighi internazionali di incriminazione impone necessariamente il procedimento ordinario di adattamento dell'ordinamento interno alle norme pattizie, nel senso che non è possibile limitarsi a fare rinvio alla norma internazionale, richiedendosi l'adozione di una specifica disposizione interna che preveda la fattispecie di reato<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Sul punto, si veda F. SALERNO, *Il limite – non il controlimito – della riserva di legge all'attuazione diretta della norma internazionale "generalmente riconosciuta" in materia penale*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Editoriale scientifica, Napoli 2024, pp. 2861-2892, p. 2286, il quale sostiene che l'intervento del legislatore in questo caso avrebbe lo scopo di rendere effettiva la norma sul piano interno, ma non quello di conservare una sorta di monopolio del legislatore nelle scelte di criminalizzazione («il limite della riserva di legge sovviene per rendere necessarie quegli strumenti normativi integrativi della fattispecie penale onde assicurare la stessa effettività del precetto penale internazionale, ma non come manifestazione ineludibile ed esclusiva di un preteso monopolio normativo dello Stato nella punizione dell'individuo»).

<sup>42</sup> Si vedano Corte di cassazione, sentenza n. 38085 del 5 luglio 2012, par. 2; Corte di cassazione, sentenza n. 37088 del 14 giugno 2013, par. 2.1. Le pronunce sono ampiamente esaminate in D. AMOROSO, *The Duties of Criminalization under International Law in the Practice of Italian Judges: An Overview*, in «International Criminal Law Review», XXI, n. 4, 2021, pp. 641-659, p. 653.

<sup>43</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 8 del 18 gennaio 2022, par. 4 del *Considerato in diritto*: «l'adozione di pronunce con effetti *in malam partem* in materia penale risulta, in via generale, preclusa dal principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, comma secondo, Cost., il quale, rimettendo al "soggetto-Parlamento", che incarna la rappresentanza politica della Nazione, le scelte di politica criminale (con i relativi delicati bilanciamenti di diritti e interessi contrapposti), impedisce alla Corte sia di creare nuove fattispecie o di estendere quelle esistenti a casi non previsti sia di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti, comunque sia, alla punibilità».

<sup>44</sup> D. RUSSO, *Riserva di legge e obblighi internazionali di tutela penale*, in «Rivista di diritto internazionale», CVIII, n. 2, 2025, pp. 289-325, p. 312. Si veda anche, nello stesso senso, G. CATALDI, *Italy*, in D. SHELTON (a cura di), *International Law and Domestic Legal Systems. Incorporation, Transformation and Persuasion*, Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 328-359.

Il principio della riserva di legge in materia penale è stato quindi spesso evocato, dalla dottrina penalista<sup>45</sup> (o, almeno, una certa parte di essa<sup>46</sup>), per opporsi strenuamente agli obblighi internazionali di criminalizzazione, in quanto essi implicherebbero «una sorta di “tirannia” degli obblighi internazionali sul principio di legalità penale, o di “espropriazione” della riserva di legge»<sup>47</sup>. Secondo tale parte della dottrina, dal principio della riserva di legge – da intendersi più specificamente nel senso di riserva di *legge nazionale* – deriverebbe che la potestà punitiva sarebbe di esclusiva competenza dello Stato, e non potrebbe in nessun modo essere influenzata o coartata dal diritto internazionale o sovranazionale<sup>48</sup>.

Al contrario, la Corte costituzionale ha da tempo cominciato a trarre, anche nella materia penale, le conseguenze che derivano dal fatto che «costituisce un principio dell’ordinamento giuridico il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali»<sup>49</sup>, prendendo atto

<sup>45</sup> Si veda A. CAVALIERE, “Diritti” anziché “beni giuridici” e “principi” in diritto penale?, in «Sistema penale», n. 10, 2022, pp. 63-92, p. 71, secondo cui «l’avviso della prevalente dottrina penalista» sarebbe contrario agli obblighi internazionali di criminalizzazione.

<sup>46</sup> Vi è infatti anche chi ha sostenuto che occorre «rivedere completamente le “mitologie” del passato e ritrovare nuovi paradigmi, che prendano atto della circostanza che il monopolio del legislatore nelle scelte di criminalizzazione è da tempo finito e che è insensato continuare a pensare a un diritto penale esclusivamente nazionale e statutale nel contesto attuale di talora difficile “dialogo con le corti” e di necessario reperimento della regola in un sistema complesso di fonti multilivello» (G. ZACCARIA, *Una “nuova” legalità penale tra testo e interpretazione*, in «Sistema penale», n. 12, 2022, pp. 11-31, p. 31).

<sup>47</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 95 del 3 luglio 2025, par. 5.3.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>48</sup> Si veda, ad esempio, A. CAVALIERE, “Diritti” anziché “beni giuridici” e “principi” in diritto penale?, cit., pp. 74-75: «Nessuna autorità sovranazionale può legittimamente arrogarsi – e che ciò avvenga diffusamente nella prassi non significa che sia legittimo, secondo la nota legge di Hume – il potere di dettare al legislatore norme incriminatrici, ossia fattispecie e sanzioni penali che egli sarebbe obbligato a introdurre; soltanto il legislatore può decidere se e quali norme penali prevedere, conformemente alla *ratio* democratica e, insieme, di garanzia del principio di legalità». Per una critica di tali posizioni, si veda F. VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Milano 2011, pp. 2645-2704, pp. 2696 ss.

<sup>49</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 159 del 21 luglio 2023, par. 13 del *Considerato in diritto*. Sul punto, si vedano le osservazioni di G.L. GATTA, *Abuso d’ufficio: con le mani legate dalla riserva di legge, la Consulta certifica “indubbi vuoti di tutela” e al contempo difende in via di principio l’art. 117, co. 1, Cost e gli obblighi internazionali di incriminazione*, in «Sistema penale», 9 luglio 2025, par. 5, il quale afferma che «In un momento storico di crisi del diritto internazionale, come portato dei sovranismi, emerge dalle citate pagine della sentenza 95 il volto di una Corte costituzionale che prende sul serio il diritto internazionale pattizio». Inoltre, ha aggiunto che «la Corte ha il coraggio di ricordare a tutti quel che la temperie

dell'ormai inevitabile incidenza del diritto internazionale e sovranazionale sulle scelte nazionali di politica criminale<sup>50</sup> e sul contenuto stesso delle norme del diritto penale<sup>51</sup>, nonché dell'esigenza costituzionale di apertura del nostro ordinamento rispetto a tali fonti<sup>52</sup>. In questa ottica, la Corte costituzionale ha di recente chiarito, nella sentenza n. 95 del 3 luglio 2025, che gli obblighi internazionali di criminalizzazione sono pienamente compatibili con il principio di legalità in materia penale sancito dalla nostra Costituzione. Quanto alla riserva di legge, posta (in chiave democratica) a garanzia della separazione dei poteri e, quindi, della fondamentale spettanza al Parlamento delle scelte in materia di politica criminale, la Corte costituzionale ha evidenziato come la ratifica dei trattati che impongono obblighi di criminalizzazione è in ogni caso preceduta dalla legge di autorizzazione alla ratifica disposta dal Parlamento, il quale resta libero di apporre riserve rispetto a determinate clausole del trattato, e che dunque partecipa alla scelta di assumere un simile obbligo, garantendo così il rispetto di tale principio<sup>53</sup>. Quanto invece agli aspetti

attuale può offuscare e che uno studente di Giurisprudenza, nel leggere un manuale di diritto internazionale, sa benissimo: quando si partecipa all'ordinamento internazionale, ci si siede al tavolo con gli altri Stati, si assumono impegni anche nella materia penale, si firmano convenzioni e le si attuano in Parlamento... non si sta scherzando. Un modo di esercitare la riserva di legge in materia penale, per il Parlamento, è anche e proprio quello di assumere obblighi di criminalizzazione concertati con altri Stati. A meno di non voler dire che il diritto internazionale è una barzelletta, uno scherzo».

<sup>50</sup> Si veda l'ampissima ricostruzione di F. VIGANÒ, *Dal "diritto penale dello Stato" al "diritto penale sovranazionale"*, in M. DONINI, L. GARLATI, M.N. MILETTI, R. ORLANDI (a cura di), *I cardini della modernità penale dai codici Rocco alle stagioni dell'Italia repubblicana*, Roma-TrePress, Roma 2024, pp. 97-140. O ancora, si veda V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Edizioni Dike, Roma 2012.

<sup>51</sup> Spesso, infatti, la norma internazionale non si limita a imporre la scelta di criminalizzare una data condotta, ma si spinge fino a indicare le specifiche sanzioni che devono essere adottate la loro entità (D. RUSSO, *Riserva di legge e obblighi internazionali di tutela penale*, cit., p. 317; B.I. BONAFÉ, *Constitutional Judicial Review and International Obligations of Criminalization*, cit., p. 676). Ad esempio, l'art. 2 della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine transnazionale organizzato del 15 novembre 2000 dispone che è necessario introdurre «a maximum deprivation of liberty of at least four years or a more serious penalty». Sul punto, anche P. GUALTIERI, *Discipline nazionali favorevoli e diritti dell'uomo. Le ragioni di controlimiti garantistici*, in «Discrimen», 23 dicembre 2024, p. 3: «i vincoli che discendono dai trattati internazionali, recepiti dal diritto interno [...] sono capaci di presentarsi come fattori in grado di modificare l'ambito di struttura e la funzione del reato e della pena».

<sup>52</sup> D. Russo, *Riserva di legge e obblighi internazionali di tutela penale*, cit., p. 321.

<sup>53</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 95/2025, cit., par. 5.3.4 del *Considerato in diritto*: «Nemmeno può ritenersi, come sostenuto da taluna delle parti costituite, che la *ratio* anche "democratica" della riserva di legge in materia penale – che vuole affidato al Parlamento,

di garanzia individuale che derivano dal principio di legalità in materia penale<sup>54</sup>, ossia le esigenze di determinatezza e prevedibilità della fattispecie incriminatrice<sup>55</sup>, queste restano tutelate dal fatto che la responsabilità penale individuale deriva dalla violazione della norma di legge interna che introduce la fattispecie di reato imposta dall'obbligo di criminalizzazione<sup>56</sup>. Infine, quanto all'asserita sproporzionata prevalenza degli obblighi di

quale istituzione rappresentativa dell'intera comunità nazionale, il compito di valutare se apprestare una sanzione penale per proteggere determinati beni giuridici – venga in effetti svuotata, laddove si riconosca alle fonti unionali e internazionali una legittimazione a dettare indicazioni vincolanti per il legislatore nazionale in materia penale. Gli obblighi di criminalizzazione stabiliti dal diritto internazionale pattizio sono infatti liberamente accettati dallo stesso Parlamento per il tramite della legge che autorizza la ratifica dei singoli trattati, la quale può altresì indicare al Governo di apporre riserve e dichiarazioni, nei limiti consentiti dal diritto internazionale, in ordine a loro specifiche previsioni all'atto della ratifica. Si deve dunque ritenere che, autorizzando *tout court* la ratifica, il Parlamento abbia consapevolmente condiviso le scelte compiute dallo strumento pattizio negoziato dal Governo con gli altri Stati firmatari (anche) in merito all'*an* e alle specifiche condizioni della criminalizzazione, o non criminalizzazione, di determinate condotte; e abbia così accettato di assumere, anche rispetto a tali scelte, impegni giuridicamente vincolanti nei confronti delle altre Parti contraenti, contestualmente assoggettando la propria successiva produzione normativa al rispetto degli obblighi medesimi ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.». In questo senso, la Corte costituzionale avrebbe adottato «un'interpretazione più rigorosa dell'ambito applicativo della riserva di legge come riserva di non di fonte [legislativa] ma di organo [il Parlamento]» (D. Russo, *Riserva di legge e obblighi internazionali di tutela penale*, cit., p. 298).

<sup>54</sup> Si ricordi che la Corte costituzionale ha chiarito come il principio di determinatezza «risponda a due fondamentali obiettivi: per un verso, quello di evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva di legge assoluta in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per altro verso, quello di garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare *a priori* le conseguenze giuridico-penali della propria condotta» (Corte costituzionale, sentenza n. 5 del 30 gennaio 2009, par. 5 del *Considerato in diritto*).

<sup>55</sup> Per una simile critica agli obblighi internazionali di criminalizzazione, si veda L. CARRARO, *La Convenzione di Merida non contempla un obbligo di incriminazione dell'abuso d'ufficio: questioni risolte e questioni ancora aperte. Osservazioni a prima lettura su C. Cost. 3 luglio 2025, n. 95*, in «Giurisprudenza penale web», 15 luglio 2025, p. 24, secondo cui tali garanzie non sarebbero rispettate negli «strumenti normativi sovranazionali, sovente deficitari rispetto agli standard di garanzia, precisione e sistematicità che sarebbero imposti da un diritto penale di impronta realmente liberale».

<sup>56</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 95/25, cit., par. 5.3.3: «In tale ipotesi, infatti, la responsabilità penale di un individuo non discenderà direttamente dall'atto di diritto dell'Unione o dall'obbligo internazionale. La responsabilità penale individuale si fonderà, invece, unicamente sulla legge nazionale attuativa dell'obbligo internazionale, una volta che questa sia stata effettivamente introdotta nell'ordinamento dal legislatore nazionale».

criminalizzazione sulla riserva di legge, posto che la ratifica di un trattato che impone un tale obbligo priverebbe in maniera definitiva il Parlamento della possibilità di modificare le proprie scelte in materia di politica criminale, la Corte costituzionale ha sottolineato come la ratifica di un trattato «non preclude allo Stato di discostarsi in seguito da tali obblighi con le modalità previste dallo stesso diritto internazionale, e in particolare promuovendo un emendamento al trattato, ovvero denunciandolo», e come tale evento «si può verificare anche grazie all'intervento del Parlamento, nell'esercizio della sua essenziale funzione di indirizzo e controllo»<sup>57</sup>. Pertanto, pur nel rispetto dei necessari limiti che derivano dal principio di legalità, e posto che essi siano chiaramente sanciti in modo preciso dai relativi strumenti, gli obblighi internazionali di criminalizzazione restano perfettamente compatibili con i nostri principi costituzionali<sup>58</sup>.

È quindi alla luce di quanto sopra che è possibile chiedersi se, ed eventualmente in quali termini, gli obblighi internazionali di criminalizzazione possano essere rilevanti al fine di determinare il carattere illegittimo di un ordine, in quanto implicante la necessità di commettere un reato.

Ora, posto quanto si è appena chiarito, non è così scontato che gli obblighi di criminalizzazione possano rilevare in modo diretto, qualora l'ordinamento nazionale si sia limitato a recepire il trattato internazionale tramite un ordine di esecuzione, ma in mancanza della corrispondente norma interna di attuazione che abbia introdotto la relativa e specifica fattispecie di reato. Al riguardo, parte della dottrina ha sostenuto (a nostro parere, in modo convincente) che in caso di inadempimento da parte dello Stato (ovvero, del legislatore) ad obblighi internazionali di criminalizzazione, le corrispondenti fattispecie incriminatrici potrebbero essere direttamente applicate dal giudice interno nell'ambito di un giudizio penale, anche al fine di condannare un individuo per la commissione del reato in esse previsto, qualora queste (ossia, le fattispecie incriminatrici

---

<sup>57</sup> Ivi, par. 5.3.4.

<sup>58</sup> Questo presuppone che l'obbligo internazionale di incriminazione sia chiaramente individuabile nella disposizione internazionale, o in quanto la stessa lo prevede in modo espresso, o poiché essa è stata interpretata in tal senso dai rispettivi organi di controllo come, quanto alla CEDU, la Corte europea. Sul punto, L. ACCONCIAMESSA, *Sull'inesistenza di un obbligo internazionale di stand still e la conseguente liceità giuridica internazionale dell'eliminazione del reato di abuso d'ufficio*, in «Diritti umani e diritto internazionale», XVIII, n. 3, pp. 647-669, p. 650: «se proprio i trattati vogliono essere presi sul serio, una conclusione tanto forte, per le ragioni che abbiamo indicato sopra [relative al rispetto del principio di legalità], quanto quella prospettata nell'ordinanza di rimessione debba essere fondata su una rigorosa interpretazione delle disposizioni pattizie rilevanti».

previste dalla norma internazionale) siano «sufficientemente chiare, precise, complete, accessibili, non retroattive e dunque prevedibili per i consociati»<sup>59</sup>. Tuttavia, allo stato attuale, la giurisprudenza della Corte di cassazione sembra maggiormente orientata nel senso di non poter estendere *in malam partem* i margini di responsabilità penale previsti nell'ordinamento italiano sulla base di un'applicazione diretta di norme internazionali che prevedano obblighi di criminalizzazione che non siano stati adempiuti dal legislatore<sup>60</sup>. Tale approccio è stato ribadito dalla Corte di cassazione non solo ove la norma internazionale fosse invocata allo scopo di condannare un individuo per la commissione della fattispecie di reato che l'ordinamento interno aveva ommesso di introdurre, ma anche laddove l'applicazione diretta era invocata per altri scopi che comunque producessero effetti *in malam partem* per l'individuo autore del reato, come ad esempio l'integrazione del requisito della doppia incriminazione necessario al fine della concessione di un'autorizzazione all'estradizione di un soggetto<sup>61</sup>.

Dunque, in termini generali, sembrerebbe che secondo l'attuale orientamento della Cassazione un obbligo di incriminazione non recepito nell'ordinamento interno non potrebbe essere direttamente applicato, neppure al limitato scopo di ritenere illegittimo l'ordine che implichi la commissione della relativa fattispecie di reato, laddove questa non sia stata introdotta nell'ordinamento. Allo stesso tempo, se è vero che questo è lo stato attuale della giurisprudenza della Corte di cassazione, si vedrà più avanti come dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea sembra invece possibile desumere il contrario, e cioè che, in caso di inadempimento dello Stato a un obbligo internazionale di criminalizzazione, un ordine che abbia ad oggetto la commissione del reato previsto da tale obbligo ma non introdotto nell'ordinamento italiano (in violazione, quindi,

<sup>59</sup> D. Russo, *Riserva di legge e obblighi internazionali di tutela penale*, cit., pp. 321-322.

<sup>60</sup> Si veda, ad esempio, Corte di cassazione, sentenza n. 37088/2013, cit., par. 2.1, in cui la stessa ha ritenuto di non poter considerare, pur se ai meri fini della prescrizione (o meglio, ai fini dell'applicazione della norma internazionale che sancisce l'imprescrittibilità dei crimini internazionali) gli atti commessi nella scuola Diaz durante il G8 di Genova come tortura, posto che il relativo obbligo di criminalizzazione non era stato ancora adempiuto nell'ordinamento italiano.

<sup>61</sup> Corte di cassazione, sentenza n. 46634 del 17 luglio 2014, in cui la Corte ha rifiutato di estradare verso l'Argentina un soggetto condannato per atti di tortura, posto che, in ragione della mancanza di una tale fattispecie nell'ordinamento italiano, mancava il requisito della doppia incriminazione (sul punto, A. MARCHESI, *Il caso Riverberi e gli attuali limiti della collaborazione italiana alla punizione dei crimini internazionali*, in «Diritti umani e diritto internazionale», IX, n. 1, 2025, pp. 218-225).

dell'obbligo) potrebbe essere comunque considerato illegittimo<sup>62</sup>.

In ogni caso, risulta invece evidente che, una volta attuati tramite l'introduzione della corrispondente fattispecie di reato nell'ordinamento interno, gli obblighi di criminalizzazione concorrono senz'altro a integrare il parametro della legittimità o meno dell'ordine di un superiore gerarchico e a far sorgere l'obbligo di non adempiere all'ordine che sia con esse incompatibile, in quanto costituiscono il fondamento della stessa scelta di criminalizzare quella condotta: un ordine che abbia ad oggetto la commissione di un reato, la cui fattispecie sia stata introdotta in attuazione di un obbligo di criminalizzazione, sarebbe senz'altro illegittimo in quanto implicante la commissione del reato in questione e, quindi, contrario al diritto interno.

Si consideri, primo fra tutti (e senza dubbio il più emblematico), il reato di *tortura*, inserito all'art. 613-*bis* c.p. dall'art. 1 della l. 14 luglio 2017, n. 110, al fine di dare attuazione a un obbligo di criminalizzazione previsto da diversi strumenti internazionali<sup>63</sup>. Ed infatti, un obbligo di prevedere la fattispecie del reato di tortura era stato sancito in modo espresso fin dall'art. 7 della Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone soggette a tortura o altri trattamenti o pene inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 9 dicembre 1975. Se tale atto non aveva valore giuridicamente vincolante, un obbligo in senso stretto è stato poi previsto dall'art. 4 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti<sup>64</sup>, ratificata dall'Italia il 12 gennaio 1989 sulla base della l. di autorizzazione alla ratifica 19 novembre 1988, n. 489. Al momento della ratifica l'Italia ha chiarito che intendeva l'obbligo di criminalizzazione di cui all'art. 4 come avente *natura essenziale* ai fini del raggiungimento dell'oggetto e dello scopo di trattato in questione, posto che essa ha obiettato a una ratifica di carattere generale apposta dal Pakistan rispetto a tale disposizione. Peraltro,

<sup>62</sup> Sul punto, si veda più ampiamente *infra*, alla sezione 3.2.

<sup>63</sup> A. MARCHESI, *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in «Rivista di diritto internazionale», CI, n. 1, 2018, pp. 131-150; F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in «Rivista di diritto internazionale», CI, n. 1, 2018, pp. 151-184; A. GIANELLI, *Has Italy Finally Implemented its International Obligations Concerning the Punishment of Torture?*, in «International Criminal Law Review», XXI, n. 4, 2021, pp. 715-730.

<sup>64</sup> Ai sensi di tale disposizione «1. [E]ach State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture. 2. Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take account of their grave nature».

ai nostri fini è importante notare che tale trattato, all'art. 2, par. 3, dispone espressamente che «[a]n order from a superior officer or a public authority may not be invoked as a justification for torture»<sup>65</sup>.

Ciononostante, l'obbligo è rimasto, come è noto, inattuato per lunghissimo tempo<sup>66</sup>, e di tale inadempimento hanno preso nota, nel 2006, 2010 e 2013, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura (organo di monitoraggio del Consiglio d'Europa<sup>67</sup>) e, (in varie occasioni, tra cui) nel 2007, il Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura, istituito dalla suddetta Convenzione contro la tortura<sup>68</sup>. L'inazione delle autorità italiane comunque è perdurata fino a quando l'obbligo internazionale è stato reiterato nel 2015 dalla Corte europea dei diritti umani nella sentenza resa nel caso *Cestaro c. Italia*, relativo ai fatti avvenuti all'interno della scuola Diaz durante il G8 di Genova del 2001. In quella sede, la Corte europea ha ribadito come l'obbligo di criminalizzazione della tortura fosse sancito da diversi strumenti internazionali<sup>69</sup> e, di conseguenza, ha considerato che esso fosse incorporato anche dal divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, di cui all'art. 3 CEDU, e ha concluso che «the Court considers it necessary to introduce into the Italian legal system legal mechanisms

<sup>65</sup> Tuttavia, durante i lavori preparatori venne deliberatamente scelto di eliminare da tale disposizione il riferimento anche ad altre forme di trattamenti inumani o degradanti, con la conseguenza che la disposizione sembrerebbe ammettere che, ove ordinati da un superiore, tali atti non siano punibili. La dottrina ha messo in luce come tale scelta indebolisca fortemente il perseguimento dell'oggetto e dello scopo del trattato, ma come al contempo si tratti di una scelta deliberata dei redattori che, in quanto tale, non può essere superata in via interpretativa (G. ZACH, *Article 2. Obligation to Prevent Torture*, in M. NOWAK, M. BIRK, G. MONINA (a cura di), Oxford University Press, Oxford 2019, pp. 72-97, p. 94).

<sup>66</sup> Si ricordi che «gli Stati devono garantire l'attuazione immediata degli obblighi internazionali di incriminazione, potendo incorrere nel rischio di dover rispondere per inadempimento, anche nel caso della mera omissione dell'adozione della norma di recepimento, a prescindere dalla circostanza che dall'omissione sia derivata una lesione da mancata prevenzione o repressione della condotta penalmente rilevante» (D. Russo, *Riserva di legge e obblighi internazionali di tutela penale*, cit., p. 312). Al riguardo, si veda in particolare Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, *Procuratore c. Furundzija*, caso n. IT-95-17/1-T, sentenza del 10 dicembre 1998, parr. 148-149, secondo cui il divieto di tortura è immediatamente violato in caso di «failure to adopt the national measures necessary for implementing the prohibition».

<sup>67</sup> I rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura relativi all'Italia sono disponibili al sito [www.coe.int/it/web/cpt/italy](http://www.coe.int/it/web/cpt/italy).

<sup>68</sup> Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura, *Raccomandazioni relative all'Italia*, UN Doc. CAT/C/ITA/CO/4 del 16 luglio 2007, par. 5.

<sup>69</sup> Corte europea dei diritti umani, *Cestaro c. Italia*, ricorso n. 6684/11, sentenza del 7 aprile 2015, par. 244.

capable of imposing appropriate penalties on those responsible for acts of torture and other types of ill-treatment under Article 3 and of preventing the latter from benefiting from measures incompatible with the case-law of the Court»<sup>70</sup>.

In tale contesto, in cui l'obbligo è stato finalmente attuato, è evidente la sua rilevanza, anche se indiretta: un eventuale ordine di commettere atti di tortura sarebbe, prima ancora che in contrasto con gli obblighi internazionali sopra richiamati, in violazione della norma interna che, in attuazione degli obblighi di criminalizzazione che derivano dalle disposizioni pattizie summenzionate, ha introdotto la fattispecie di reato di tortura nel nostro ordinamento.

Tuttavia, questo non significa che, una volta attuato, l'obbligo internazionale esaurisca i propri effetti e diventi sostanzialmente irrilevante, in quanto esso (o meglio, la relativa norma che lo sancisce) *resta comunque sullo sfondo* e continua ad operare in vari modi.

Al riguardo, è emblematico, con specifico riferimento alla tortura, che laddove uno Stato consentisse espressamente di giustificare atti di tortura sulla base della difesa dell'adempimento dell'ordine di un superiore, risulterebbe automaticamente violato il summenzionato art. 2, par. 3 della Convenzione contro la tortura (che vieta espressamente la possibilità di ammettere la scusante dell'ordine del superiore)<sup>71</sup>, il quale peraltro non ammette alcuna mitigazione (nel senso che l'esecutore dell'ordine non può giustificarsi dimostrando di non aver potuto comprendere che l'ordine di torturare era illegale).

Più in generale, a tale rilevanza 'solo' indiretta dell'obbligo internazionale si accompagna una *particolare forza normativa* che è conferita alla fattispecie (interna) di reato dalla norma (internazionale) che sancisce l'obbligo di prevedere quella stessa fattispecie. Ed infatti, la natura – obbligatoria ai sensi del diritto internazionale – della scelta di criminalizzazione è idonea a conferire un particolare status normativo alla relativa fattispecie incriminatrice all'interno dell'ordinamento nazionale. Al riguardo, la Corte costituzionale ha in passato affermato in un *obiter dictum*<sup>72</sup>, e di recente

---

<sup>70</sup> Ivi, par. 246.

<sup>71</sup> G. ZACH, *Article 2. Obligation to Prevent Torture*, cit., p. 73.

<sup>72</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 6 marzo 2019, par. 7.1, secondo cui la Corte costituzionale può adottare sentenze di incostituzionalità di disposizioni che abrogano una fattispecie penale, e che quindi implicano il ripristino di norme incriminatrici abrogate (e, quindi, con effetti *in malam partem*), in poche limitate circostanze, tra cui quella «ove si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost.». Si vedano anche, nello stesso senso,

chiarito ampiamente, che gli obblighi pattizi di criminalizzazione sono idonei a integrare il parametro interposto di costituzionalità di cui all'art. 117, comma primo, Cost., secondo cui «[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato [...] nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»<sup>73</sup>, a condizione che essi risultino compatibili con l'insieme dei superiori principi costituzionali<sup>74</sup>. Di conseguenza, l'eventuale abrogazione di una fattispecie penale introdotta nell'ordinamento italiano in attuazione di un obbligo pattizio di criminalizzazione, come il summenzionato reato di tortura, sarebbe incostituzionale. Dette fattispecie, quindi, hanno una particolare resistenza, con la conseguenza che, una volta introdotte nell'ordinamento, restano in ogni caso idonee a fondare la determinazione del carattere legittimo o illegittimo dell'ordine di un superiore gerarchico, e non possono essere abrogate, salvo essere sostituite da altre fattispecie altrettanto idonee a dare attuazione al corrispettivo obbligo di criminalizzazione.

Inoltre, le relative fattispecie di reato devono in ogni caso essere interpretate tenendo in considerazione la loro origine internazionale, secondo il noto obbligo di *interpretazione conforme* della corrispettiva norma interna<sup>75</sup>. Si pensi, ad esempio, al caso in cui la Corte di cassazione ha interpretato la fattispecie di tortura prevista dall'art. 613-*bis* c.p. – la quale prevede l'integrazione del requisito che il fatto sia commesso «mediante più condotte» – alla luce della definizione internazionale di tortura, concludendo che tale requisito non è quindi essenziale ai fini della qualificazione offensiva del fatto e, quindi, della punibilità<sup>76</sup>. Questo significa che l'interpretazione conforme è ritenuta ammissibile anche nel caso in cui essa produca effetti in *malam partem*, ossia di parziale estensione dell'ambito delle condotte penalmente rilevanti<sup>77</sup>. Ad esempio,

Corte costituzionale, sentenza n. 28 del 28 gennaio 2010; Corte costituzionale, sentenza n. 32 del 25 febbraio 2014.

<sup>73</sup> Al riguardo, si ricordi che, come chiarito dalle note sentenze gemelle (Corte costituzionale, sentenze nn. 348 e 349 del 22 ottobre 2007), i trattati internazionali fungono da parametri interposti di legittimità costituzionale, con la conseguenza che nell'ipotesi di contrasto tra una norma di legge e un obbligo pattizio, la prima sarebbe incostituzionale per contrasto con l'art. 117, comma primo, Cost., per come integrato dal relativo obbligo pattizio.

<sup>74</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 95/2025, cit., par. 5.3.4.

<sup>75</sup> F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. CORZO, E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, La Tribuna, Piacenza 2010, pp. 617-679.

<sup>76</sup> Si veda l'esame della relativa giurisprudenza in A. GIANELLI, *Has Italy Finally Implemented its International Obligations Concerning the Punishment of Torture?*, cit., pp. 715 ss.

<sup>77</sup> Si veda D. RUSSO, *Riserva di legge e obblighi internazionali di tutela penale*, cit., p. 313.

la Corte di cassazione ha proceduto in tale senso nel momento in cui ha interpretato l'art. 4 della l. 16 marzo 2006, n. 146, che ha ratificato e reso esecutivi in Italia la summenzionata Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale e i relativi protocolli, al fine di determinare la nozione di "gruppo criminale transnazionale organizzato", cui si ricollega l'applicazione di un'aggravante<sup>78</sup>; o ancora, un'interpretazione ampia della nozione di "relazione affettiva", realizzata alla luce delle rilevanti disposizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la repressione della violenza contro le donne e della violenza domestica dell'11 maggio 2011, è stata utilizzata ai fini dell'applicazione dell'aggravante prevista dall'art. 612-*bis*, 2° comma, c.p.<sup>79</sup>.

Di conseguenza, la provenienza internazionale della fattispecie incriminatrice implica una serie di specificità rilevanti nel momento della interpretazione e applicazione della relativa norma interna, e questo può ripercuotersi anche sul suo ruolo nel momento in cui venga utilizzata per valutare la legittimità di un ordine.

Quanto detto vale, ovviamente, anche per altre fattispecie introdotte nel nostro ordinamento in adempimento di obblighi internazionali di criminalizzazione, come ad esempio le aggravanti introdotte in attuazione dell'obbligo previsto all'art. 4, par. 1, lett. (a) della Convenzione delle Nazioni Unite del 1965 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale<sup>80</sup>, e gli obblighi previsti dalla suddetta Convenzione contro la violazione sulle donne.

## 2.2. *Gli obblighi di regolamentazione normativa di attività pericolose*

In secondo luogo, occorre considerare che, in alcuni casi e materie specifiche, agli obblighi di criminalizzazione si affiancano più generali

---

In senso contrario, secondo cui l'interpretazione conforme non potrebbe avere effetti di aggravamento del regime della responsabilità penale individuale, salvo che per giustificare un'applicazione restrittiva delle norme interne che sanciscono delle scriminanti, si veda MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in «Diritto penale contemporaneo», 9 luglio 2012, p. 17.

<sup>78</sup> Corte di cassazione, sentenza n. 50208 dell'11 ottobre 2019, par. 2.1.

<sup>79</sup> Corte di cassazione, sentenza n. 11920 del 9 gennaio 2018, par. 9.

<sup>80</sup> Questo dispone che «States Parties [...] shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof».

obblighi di *regolamentazione normativa* di determinate attività che sono considerate inerentemente pericolose in quanto, per loro natura, idonee a ledere diritti fondamentali dell'individuo tutelati sul piano internazionale.

Si pensi, al riguardo, al diritto alla vita, tutelato dall'art. 2 CEDU<sup>81</sup>. La Corte europea ha costantemente ribadito che, nonostante il testo della disposizione vieti espressamente solo la privazione intenzionale della vita, essa, presa nel suo complesso, mostra di prendere in considerazione anche situazioni che possono portare alla morte di una persona in modo involontario<sup>82</sup>, incluso «in the context of activities which may pose a risk to human life due to their inherently hazardous nature»<sup>83</sup> come, giusto a titolo esemplificativo, l'attività medica e quelle industriali. Rispetto a tale tipologia di attività, la Corte europea ha chiarito che «the positive obligation to take all appropriate steps to safeguard life for the purposes of Article 2 entails, firstly, a *primary duty* on the State to *put in place a legislative and administrative framework* designed to provide effective deterrence against threats to the right to life»<sup>84</sup>.

La Corte europea ha pacificamente incluso le operazioni militari o di polizia implicantanti «the use of lethal force» nella categoria delle attività inerentemente pericolose e che, quindi, richiedono una specifica e dettagliata regolamentazione normativa<sup>85</sup>: in tale contesto, infatti, al fine di verificare se gli Stati abbiano rispettato il proprio obbligo di non privare una persona della propria vita se non quanto assolutamente necessario, la Corte valuta anche, e anzi in primo luogo, l'esistenza, nel diritto nazionale che regola l'operazione in questione, di un sistema di *garanzie adeguate ed effettive contro l'arbitrarietà e l'abuso* nell'uso delle armi letali e, più in generale, della forza da parte delle autorità, che sia ispirato al *principio della*

<sup>81</sup> A tal fine, occorre ricordare che il primo paragrafo della disposizione sancisce che «[i]l diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita [...]». Il secondo paragrafo aggiunge che «[l]a morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato del ricorso alla forza resosi assolutamente necessario per: (a) garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; (b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; (c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione».

<sup>82</sup> Corte europea dei diritti umani, *McCann e altri c. Regno Unito* [GC], ricorso n. 18984/91, sentenza del 27 settembre 1995, par. 149.

<sup>83</sup> Corte europea dei diritti umani, *Cannavacciuolo e altri c. Italia*, ricorsi n. 51567/14 e altri, sentenza del 20 gennaio 2025, par. 376.

<sup>84</sup> Ivi, par. 380, enfasi aggiunta.

<sup>85</sup> Corte europea dei diritti umani, *Tagayeva e altri c. Russia*, ricorsi n. 26562/07 e altri, sentenza del 14 aprile 2017, par. 592.

*necessità assoluta*. In particolare, utilizzando come guida interpretativa i Principi base delle Nazioni Unite sull'uso della forza e delle armi da fuoco da parte delle forze dell'ordine<sup>86</sup>, la Corte europea ha sancito che dall'art. 2 CEDU deriva, tra le altre cose, un obbligo di predisporre un quadro giuridico e regolamentare sull'uso della forza letale, posto che «laws and regulations on the use of force should be sufficiently detailed and should prescribe, *inter alia*, the types of arms and ammunition permitted»<sup>87</sup>. Al riguardo, pur avendo chiarito che «the lack of clarity in the legislative framework providing for the use of means that were at least potentially lethal [cannot], on its own, lead to a finding of a violation of Article 2 of the Convention»<sup>88</sup>, essa ha comunque ribadito che la legislazione in questione deve essere guidata dal principio della necessità assoluta e deve contenere *chiare indicazioni riguardo all'uso delle armi*, incluso l'obbligo di ridurre al minimo il rischio di danni non necessari e di escludere l'uso di armi e munizioni che producono conseguenze indesiderate, specialmente in contesti pericolosi<sup>89</sup>.

Così, in varie occasioni la Corte ha ritenuto che si fosse realizzata una violazione dell'art. 2 CEDU in ragione della mancata adozione da parte degli Stati parte di un tale quadro normativo.

Si consideri, ad esempio, il caso *Tagayeva e altri c. Russia*, che riguardava il conflitto armato interno alla Russia nel Regione del Caucaso, con specifico riferimento a un'operazione di contrasto a un attacco terroristico con presa di ostaggi, nell'ambito della quale le autorità russe avevano utilizzato armi indiscriminate, quali lanciagranate, lanciapiamme e cannoni anticarro, provocando la morte di diversi civili. In quel caso, la Corte europea ha notato che il sistema normativo nazionale non regolava in alcun modo la scelta delle armi da utilizzare, incluse armi indiscriminate<sup>90</sup>, e non includeva nessuna regola o limitazione quanto alla scelta operativa dell'agente sull'arma da utilizzare, e prevedeva una sostanziale impunità per i danni causati dagli effetti indesiderati prodotti dall'arma utilizzata eventualmente in un contesto improprio<sup>91</sup>. Ha pertanto concluso che

<sup>86</sup> Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento degli autori di reato, *Principi base sull'uso della forza e delle armi da fuoco da parte delle forze dell'ordine*, Havana, 7 settembre 1990.

<sup>87</sup> Corte europea dei diritti umani, *Tagayeva e altri c. Russia*, cit., par. 592.

<sup>88</sup> Corte europea dei diritti umani, *Finogenov e altri c. Russia*, ricorsi n. 18299/03 e 27311/03, sentenza del 20 dicembre 2011, par. 230.

<sup>89</sup> Corte europea dei diritti umani, *Tagayeva e altri c. Russia*, cit., par. 595.

<sup>90</sup> *Ivi*, par. 597.

<sup>91</sup> *Ivi*, par. 598.

l'ordinamento non garantiva una disciplina adeguata dell'uso delle armi volta a prevenire l'arbitrio e l'abuso della forza, con ciò violando gli obblighi di protezione del diritto alla vita<sup>92</sup>.

Più di recente, e al di fuori di un contesto di conflitto armato, il caso *Fraisse e altri c. Francia* riguardava la morte di partecipante a una manifestazione che, divenuta violenta, aveva richiesto l'intervento delle forze dell'ordine. La vittima era morta a causa dell'esplosione di una granata OF-F1 che era finita accidentalmente tra il suo collo e lo zaino che portava. La Corte europea ha notato che, in generale, all'epoca dei fatti il diritto interno francese non definiva in alcun modo i criteri per la scelta dell'arma più adatta rispetto a una data minaccia, né prescriveva la necessità di farne un uso graduato e progressivo, così lasciando sostanzialmente al singolo agente un ampio margine di discrezionalità nella scelta<sup>93</sup>. Inoltre, e in particolare, la Corte europea ha ritenuto che la possibilità di utilizzare quello specifico tipo di granate, in ragione della loro eccezionale pericolosità, nonostante fosse prevista per legge, fosse problematica sotto il rispetto dei principi di assoluta necessità e stretta proporzionalità dell'uso della forza, anche in ragione dell'assenza di istruzioni specifiche nella normativa nazionale o nelle circolari interne quanto alle circostanze in cui l'utilizzo ne era legittimo, e quanto alle modalità di utilizzo<sup>94</sup>.

Anche tali obblighi, quindi, possono avere una rilevanza in primo luogo indiretta nella determinazione del carattere illegittimo di un ordine. Ed infatti, laddove essi siano correttamente implementati, e le corrispondenti normative interne siano adottate, un ordine che ne implichi la violazione manifesta – come, ad esempio, che imponga l'uso di armi indiscriminate in una zona in cui siano ampiamente presenti dei civili – sarebbe senz'altro illegittimo. Anche in questo caso, laddove l'obbligo internazionale sia adempiuto, non è necessario farvi direttamente ricorso, posto che l'ordine sarebbe già illegittimo per contrasto con il diritto interno ma, come si è visto sopra, la norma internazionale resta rilevante in virtù dell'obbligo di interpretazione conforme che grava in ogni caso sul giudice nazionale.

---

<sup>92</sup> Ivi, par. 599.

<sup>93</sup> Corte europea dei diritti umani, *Fraisse e altri c. Francia*, ricorsi n. 47626/21 e 22525/22, sentenza del 27 febbraio 2025, par. 124.

<sup>94</sup> Ivi, par. 126.

### 3. La rilevanza immediata: l'applicazione diretta del diritto internazionale al fine di determinare la legittimità di un ordine

Resta da chiedersi se, in determinate circostanze, il diritto internazionale possa essere applicato direttamente al fine di determinare il carattere legittimo o illegittimo di un ordine e la conseguente necessità di darvi attuazione. È infatti possibile che si verifichino delle ipotesi di *etero-integrazione* tra la norma interna e la norma internazionale, con la conseguenza che quest'ultima contribuisce a determinare il contenuto della condotta dovuta dal soggetto (destinatario di un ordine) in una data circostanza (sezione 3.1) o a delimitare i margini di invocabilità di una data scriminante, segnatamente quella dell'adempimento di un dovere (sezione 3.2).

Al riguardo, si ricordi che, nel nostro ordinamento, la Corte costituzionale ha da lungo tempo riconosciuto che la norma penale che stabilisce un divieto può, senza sollevare alcun problema di compatibilità con il principio di legalità in materia penale, sancito dall'art. 25, comma secondo, Cost., limitarsi alla «generica imposizione di obbedienza a [...] atti e provvedimenti» di fonte sub-legislativa<sup>95</sup>. Sulla base di ciò, è stato rilevato come il principio di legalità non richieda la completezza del comando legislativo incluso nella norma penale, bensì la sua specificità, con la conseguenza che sono ammissibili anche forme di etero-integrazione della norma penale ad opera del giudice o il rinvio della stessa a norme di rango non legislativo, a condizione che il contenuto del comando risulti, nel suo complesso, sufficientemente specifico<sup>96</sup>. Ed infatti, la Corte costituzionale ha espressamente ammesso la possibilità di una *integrazione eteronoma* della norma incriminatrice, laddove il legislatore inserisca nella descrizione del fatto incriminato «il riferimento ad elementi “esterni” al precetto aventi il carattere della “normatività” – i cosiddetti elementi normativi del fatto», ad esempio con riferimento alle cosiddette «clausole di illiceità speciale, le quali [...] subordinino la reazione punitiva al carattere

<sup>95</sup> Si veda, ad esempio, Corte costituzionale, sentenza n. 36 del 19 maggio 1964, relativa al rinvio della norma penale a un atto amministrativo che contiene l'elenco delle sostanze stupefacenti vietate, ove la Corte ha anche ritenuto di dover collocare la norma in questione «nel quadro degli accordi internazionali in materia», con la conseguenza che «le specifiche qualificazioni compiute a livello internazionale fanno di questi elenchi niente altro che l'attuazione degli accordi intervenuti fra gli Stati contraenti».

<sup>96</sup> G. AMATO, *Sufficienza e completezza della legge penale*, in «Giurisprudenza costituzionale», IX, n. 1, 1964, pp. 486-499; si veda anche, più di recente, D. Russo, *Riserva di legge e obblighi internazionali di tutela penale*, cit., p. 299.

abusivo, indebito o illegale di una determinata condotta»; secondo la Corte costituzionale, tali clausole possono richiamare non solo altre disposizioni di legge interna o atti equiparati, ovvero fonti diverse, ad esempio regionali, «ma anche, eventualmente, [...] norme di ordinamenti stranieri»<sup>97</sup>. Come si vedrà, lo stesso vale nel caso in cui il carattere illegittimo o illegale venga determinato sulla base del richiamo di norme di diritto internazionale, incluso in materia di diritti umani.

Anche la Corte europea ha avuto modo di pronunciarsi sulla compatibilità delle norme penali in bianco e della tecnica della legislazione penale per rinvio con il principio di legalità in materia penale sancito all'art. 7 CEDU<sup>98</sup>, chiarendo che tale tecnica legislativa non è di per sé incompatibile con le esigenze di precisione e prevedibilità che derivano da detto principio. E questo anche nel caso in cui la norma penale che include il rinvio faccia rinvio a norme di rango superiore, ad esempio costituzionale, le quali per loro natura sono formulate in termini di principi generali e, quindi, sono necessariamente più vaghe ed astratte rispetto alle norme penali<sup>99</sup>. Tuttavia, in questo caso la norma penale che sancisce il rinvio e la norma extra-penale cui si fa rinvio devono, nel loro complesso e tramite la loro integrazione reciproca, soddisfare i criteri di prevedibilità imposti dal principio di legalità, una circostanza che secondo la Corte europea è certamente rispettata laddove la norma penale preveda in ogni caso tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice, mentre la norma non penale, che non può in ogni caso estendere la sfera delle condotte penalmente rilevanti, si limita a disciplinare delle questioni ulteriori della fattispecie penale<sup>100</sup>, incluso, ad esempio, il contenuto delle cause di non

<sup>97</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 21/09, cit., par. 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>98</sup> Questo dispone, al par. 1, che «[n]essuno può essere condannato per un'azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è commesso». Inoltre, il par. 2 aggiunge che «[i]l presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

<sup>99</sup> Corte europea dei diritti umani, *Opinione consultiva sull'uso del 'rinvio generale' o 'legislazione per rinvio' nella definizione di un reato e gli standard di comparazione tra la norma penale in vigore al momento della commissione del fatto e la norma penale successivamente emendata* [GC], richiesta n. P16-2019-001, opinion del 29 maggio 2020, par. 69-70.

<sup>100</sup> Ivi, par. 74: «The Court is therefore of the opinion that using the “blanket reference” or “legislation by reference” technique in criminalising acts or omissions is not in itself incompatible with the requirements of Article 7 of the Convention. The referencing provision and the referenced provision, read together, must enable the individual concerned

punibilità o di giustificazione.

Alla luce di quanto sopra, è possibile che in alcuni casi il diritto internazionale intervenga per etero-integrare la nozione di 'legittimità' dell'ordine cui facciamo riferimento il precetto penale stesso oppure la scriminante dell'adempimento di un dovere. E questo, a nostro parere, sarebbe possibile anche quando l'ordinamento interno – in violazione di un obbligo internazionale – non abbia proceduto ad adottare le specifiche norme di dettaglio. Al riguardo, utilizzando come esempio la sentenza resa dalla Corte costituzionale nel caso Regeni<sup>101</sup>, la dottrina ha messo in luce come essa avrebbe «riconosciuto implicitamente che certi effetti giuridici possano derivare direttamente dalle norme internazionali di incriminazione», facendo leva sulla possibilità «che le norme interne preesistenti siano interpretate e applicate, in modo estensivo e con effetti *in malam partem*, in modo da recepire il contenuto delle norme internazionali che il legislatore non è ancora intervenuto a riformulare in disposizioni specifiche»<sup>102</sup>.

### 3.1. *L'etero-integrazione della fattispecie penali che sanciscono un obbligo di conformarsi a un ordine*

In alcuni casi, può essere la norma interna che sancisce, nella fattispecie incriminatrice, un determinato obbligo di conformarsi a un dato ordine a rinviare – implicitamente o esplicitamente – al diritto internazionale – che diventa dunque direttamente applicabile al fine di determinare la legittimità di un ordine e, di conseguenza, l'esistenza di un obbligo di darvi

---

to foresee, if need be with the help of appropriate legal advice, what conduct would make him or her criminally liable. This requirement applies equally to situations where the referenced provision has a higher hierarchical rank in the legal order concerned or a higher level of abstraction than the referencing provision. The most effective way of ensuring clarity and foreseeability is for the reference to be explicit, and for the referencing provision to set out the constituent elements of the offence. Moreover, the referenced provisions may not extend the scope of criminalisation as set out by the referencing provision. In any event, it is up to the court applying both the referencing provision and the referenced provision to assess whether criminal liability was foreseeable in the circumstances of the case».

<sup>101</sup> Si ricordi che, in quel caso, la Corte costituzionale ha introdotto una fattispecie aggiuntiva di processo in assenza dell'imputato, nel caso in cui la mancata conoscenza del processo da parte dello stesso sia dovuta a un difetto di cooperazione da parte dello Stato di cittadinanza e/o residenza, ove si tratti di processi che riguardano il reato di tortura, per come definito dall'art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1984. E questo a prescindere dalla circostanza per cui i fatti oggetto di imputazione fossero stati posti in essere prima della introduzione della relativa fattispecie di reato nell'ordinamento italiano (si veda Corte costituzionale, sentenza n. 192/23, cit., par. 7.1.2 del *Considerato in diritto*).

<sup>102</sup> D. Russo, *Riserva di legge e obblighi internazionali di tutela penale*, cit., p. 320.

attuazione o di opporsi allo stesso. Questo, in conformità al modello della integrazione eteronoma del precetto penale da altre norme, per come messo in evidenza sopra.

Una specifica ipotesi di rinvio implicito del diritto interno (penale) al diritto internazionale è infatti stata individuata proprio di recente dalla Corte costituzionale. Questo nel momento in cui essa si è trovata a esaminare la questione relativa alla compatibilità con il principio di determinatezza delle sanzioni che possono essere imposte all'armatore e al comandante di una nave (civile) che rifiuti di fornire informazioni o non si uniformi alle indicazioni della competente autorità nazionale per la ricerca e il soccorso in mare nonché dalla struttura nazionale preposta al coordinamento delle attività di polizia di frontiera e di contrasto dell'immigrazione clandestina<sup>103</sup>. Nella sentenza n. 101 del 9 luglio 2025, infatti, la Corte costituzionale ha ritenuto che la condotta doverosa per il comandante fosse ricostruibile anche alla luce del diritto internazionale, «in quanto tali riferimenti si riconnettono alla Convenzione SAR e, in quest'orizzonte, acquistano un significato univoco per il comandante e l'armatore», posto che «[l]a disciplina nazionale si inserisce armonicamente nella trama di regole e di procedure condivise che tale Convenzione istituisce, anche nelle sue interrelazioni con le altre normative internazionali pertinenti».<sup>104</sup> In sostanza, la Corte costituzionale ha sancito che la condotta dovuta dal comandante della nave (segnatamente, quella di uniformarsi alle indicazioni delle autorità competenti e fornire le informazioni da esse richieste) deve essere determinata anche tenendo in considerazione le rilevanti norme di diritto internazionale, con la conseguenza che la stessa condotta sarà obbligatoria, e dunque la sua violazione penalmente sanzionabile nell'ordinamento interno, solo laddove compatibile con tali norme. Ed infatti, la pronuncia ha espressamente riconosciuto che «[a]nche le fonti internazionali possono concorrere a definire i presupposti applicativi del precetto assistito da sanzione» e che «[q]uest'opera di integrazione e di osmosi non soltanto non lede il principio di legalità sancito dall'art. 25 Cost., ma ne salvaguarda l'essenziale funzione di garanzia, quando la stessa disciplina nazionale per sua natura interagisce con gli obblighi internazionali consuetudinari e pattizi»<sup>105</sup>.

Avendo chiarito, quindi, che per essere vincolanti le indicazioni dell'autorità competente devono conformarsi alla normativa internazionale

<sup>103</sup> Si tratta dell'art. 1, comma 2-*sexies*, del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, come convertito, come inserito dall'art. 1, comma 1, letters b), del d.l. 2 gennaio 2023, n. 1, come convertito.

<sup>104</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 101 del 7 luglio 2025, par. 13.3.

<sup>105</sup> *Ibid.*

rilevante, la Corte costituzionale ha ritenuto che «l'inottemperanza del comandante e dell'armatore in tanto assume rilievo in quanto le richieste e le indicazioni siano legalmente date e siano conformi alle regole della Convenzione di Amburgo e delle altre norme concernenti il soccorso in mare, che i Paesi aderenti sono tenuti a rispettare», posto che [l']inosservanza non può essere sanzionata in quanto tale, ma in quanto abbia ad oggetto un provvedimento legittimo dal punto di vista formale e sostanziale»<sup>106</sup>. La Corte costituzionale ha quindi proceduto a ricostruire il contenuto e lo scopo degli obblighi internazionali di soccorso e salvataggio in mare come derivanti dalle varie norme internazionali rilevanti<sup>107</sup>, i quali impongono non solo di porre i naufraghi al riparo da un pericolo imminente, ma anche il successivo sbarco in un «porto sicuro», da intendersi luogo «idoneo a garantire, allo sbarco, il rispetto dei diritti umani fondamentali, anche in relazione al divieto di respingimento, quando si ravvisi un rischio reale per l'integrità psico-fisica dei naufraghi: il porto sicuro è quello che salvaguarda il rispetto della vita, dei bisogni essenziali, della libertà, dei diritti assoluti (il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti)».

Sulla base di tale contenuto, la Corte ha quindi affermato che «[n]on è vincolante [...] un ordine che conduca a violare il primario obbligo di salvataggio della vita umana e che sia idoneo a metterla a repentaglio e non ne può essere sanzionata l'inosservanza»<sup>108</sup>. A detta della Corte costituzionale, nessuna sanzione può essere imposta al comandante che rifiuti di eseguire un ordine non compatibile con la disciplina normativa (internazionale) delle operazioni di soccorso e salvataggio della vita in mare. In conclusione, essa ha ritenuto che solo il rifiuto di obbedire a un ordine compatibile con le finalità di cui sopra può essere sanzionato, posto che costituisce esso stesso violazione delle stesse finalità:

«La previsione censurata non sanziona una qualsiasi inosservanza, ma una inosservanza connotata in senso pregnante, nell'interpretazione che la lettera della legge e l'adeguamento ai principi costituzionali impongono. La sanzione riguarda la violazione consapevole degli obblighi di cooperazione imposti dal sistema della Convenzione SAR e degli atti legalmente dati dall'autorità competente. La previsione in

<sup>106</sup> Ivi, par. 13.5.

<sup>107</sup> Tale disciplina deriva dall'integrazione tra la Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo del 18 maggio 1998 (Convenzione SAR), la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare del 25 maggio 1980 (Convenzione SOLAS), e la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982 (UNCLOS).

<sup>108</sup> Ivi, par. 26.

esame, dunque, ha riguardo a quelle trasgressioni che pregiudichino la stessa finalità di salvaguardia della vita umana in mare, insita nella Convenzione SAR, e si rivelino idonee a compromettere, in carenza di motivi legittimi, il sistema di cooperazione che tale Convenzione ha istituito».<sup>109</sup>

Così facendo, la Corte costituzionale ha individuato una specifica ipotesi in cui la legittimità di un ordine viene determinata tramite un rinvio implicito che il diritto interno fa al diritto internazionale, che diventa pertanto direttamente applicabile. Questo in ragione del fatto che le specifiche attività oggetto dell'ordine sono disciplinate in modo dettagliato dalle fonti internazionali rilevanti.

Ma allora, un discorso analogo potrebbe essere fatto per altre fattispecie di reato che presentino un'analoga struttura normativa, che sanzioni l'inosservanza di ordini e provvedimenti, ma subordinando l'imponibilità della sanzione penale, in modo implicito o esplicito, alla legittimità dell'ordine o del provvedimento. In tal modo, la norma rinvia implicitamente alle norme che di volta in volta possano essere rilevanti al fine di determinare la legittimità dell'ordine incluso, se del caso, le norme di diritto internazionale dei diritti umani relative all'attività oggetto dell'ordine.

Si pensi, quanto alla generalità dei consociati, al già menzionato art. 650 c.p., che sanziona penalmente la condotta di chi «non osserva un provvedimento *legalmente dato* dall'autorità», e che costituisce un tipico esempio di norma penale in bianco, il cui contenuto non può che essere completato da altre norme, extra-penali, idonee a determinare quando il provvedimento dell'autorità sia *legalmente dato*<sup>110</sup>. Fin dal 1956, infatti, la Corte costituzionale ha riconosciuto che la fattispecie incriminatrice in questione «per sua natura, presuppone ed espressamente richiede la legittimità dei provvedimenti dati dall'autorità competente», la quale deve

<sup>109</sup> Ivi, par. 34.2.

<sup>110</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 168 dell'8 luglio 1971, par. 1 del *Considerato in diritto*: «Questa Corte ha esaminato più volte la materia delle cosiddette norme penali in bianco, affermando che il principio di legalità non è violato “quando sia una legge dello Stato – non importa se proprio la medesima legge o altra legge – a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla cui trasgressione deve seguire la pena” [...]. Nel caso dell'art. 650 del codice penale la materialità della contravvenzione è descritta tassativamente in tutti i suoi elementi costitutivi [...]. Spetta al giudice indagare, volta per volta, se il provvedimento sia stato emesso nell'esercizio di un potere-dovere previsto dalla legge o se una legge dello Stato determini “con sufficiente specificazione” le condizioni e l'ambito di applicazione del provvedimento». Lo stesso è stato confermato in Corte costituzionale, ordinanza n. 11 del 12 gennaio 1977.

essere accertata caso per caso dal giudice competente<sup>111</sup>.

Lo stesso potrebbe dirsi, quanto ai militari, in relazione al summenzionato reato di disobbedienza previsto dall'art. 173 del Codice penale militare in tempo di pace. In questo caso, si è già visto che l'art. 1349, 2° comma del Codice dell'ordinamento militare prevede che il militare abbia il dovere di non eseguire l'ordine soltanto quando implicante la commissione di reato o quando manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato. Quanto, più in generale, ad altre tipologie di ordini illegittimi, ma che non implicino eventualmente la commissione di un reato, viene in rilievo l'art. 729 del DPR 15 marzo 2010, n. 90 (ossia il «Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare»), il quale al 2° comma dispone che «[i]l 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». Tuttavia, come è stato osservato in dottrina, la conferma dell'ordine non è di per sé idonea a renderlo legittimo, e il giudice prima di condannare dovrebbe comunque autonomamente accertare che l'ordine fosse legittimo<sup>112</sup>. Questo, peraltro, in conformità all'orientamento della Corte di cassazione relativo ad altre fattispecie di reato che sanzionano l'inosservanza di provvedimenti dell'autorità, ma sul presupposto della loro legittimità<sup>113</sup>.

Se si guardano a tali fattispecie (o altre simili previste nel diritto interno) alla luce dei chiarimenti forniti dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 101 del 2025, sembra innegabile che in tale ambito vi sia un margine per l'applicazione diretta delle norme di diritto internazionale dei diritti umani. Ed infatti, può ritenersi che al giudice sia consentito di escludere l'integrazione di tali fattispecie di reato, che presuppongono l'inosservanza di ordini e provvedimenti, qualora l'imputato riesca a dimostrare che l'ordine del superiore o il provvedimento dell'autorità che non sono stati osservati erano incompatibili con norme di diritto internazionale dei diritti umani, non solo quelle che impongono la criminalizzazione di determinate condotte, ma anche quelle che prevedono più in generale di regolamentare

<sup>111</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 8 del 2 luglio 1956. In quel caso, la Corte ha sottolineato come la sanzione penale per violazione delle ordinanze contingibili e urgenti fosse subordinata all'osservanza dei seguenti requisiti: «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento ai principi dell'ordinamento giuridico».

<sup>112</sup> D. NOTARO, *Esecuzione dell'ordine militare o disobbedienza responsabile*, cit., p. 5.

<sup>113</sup> Si veda, ad esempio, Corte di cassazione, sentenza n. 3339 del 13 dicembre 2011.

ed adottare misure preventive e cautelari relative ad determinate attività pericolose: si pensi, ad esempio, all'ordine di utilizzare determinate armi indiscriminate in un luogo altamente popolato, o di utilizzare tecniche di interrogatorio non consentito, o di detenere in modo illegale e fuori dei casi previsti dalla legge un soggetto.

In questi casi, peraltro, non si pone neppure un problema di necessario rispetto del principio di legalità in materia penale in quanto le norme di diritto internazionale dei diritti umani che siano oggetto di applicazione diretta al fine di determinare l'illegittimità dell'ordine produrrebbero effetti *in bonam partem*, segnatamente nel senso di escludere l'integrazione del reato e quindi la punizione dell'individuo.

### 3.2. *L'etero-integrazione della scriminante dell'adempimento di un ordine*

Diversa è invece la situazione in cui il diritto internazionale sia invocato per etero-integrare gli elementi necessari per riconoscere l'applicabilità della scriminante dell'adempimento di un ordine, che notoriamente consente di liberarsi dalla responsabilità penale solo laddove si riesca a dimostrare che l'ordine in questione fosse *legittimo*. In questo caso l'applicazione diretta del diritto internazionale al fine di dimostrare il carattere illegittimo dell'ordine avrebbe l'effetto di escludere l'invocabilità della scriminante in questione e produrrebbe quindi effetti *in malam partem* per l'imputato. Tuttavia, ci sono ragioni per ritenere che tale operazione sia ammissibile.

Sul punto, si consideri che è già stato fin da tempo proposto in dottrina che alcune scriminanti, quali quelle di cui agli artt. 52 (difesa legittima) e 53 (uso legittimo di armi) c.p. debbano essere oggetto di interpretazione conforme ai rilevanti obblighi in materia di tutela dei diritti umani e, in particolare, in conformità ai limiti imposti dalla tutela del diritto alla vita, di cui all'art. 2 CEDU. Sulla base di tale interpretazione conforme, le condotte poste in essere in legittima difesa e l'uso legittimo di armi dovrebbero in ogni caso essere proporzionate rispetto all'aggressione subita dall'agente, sempre a condizione che tale interpretazione restrittiva sia prevedibile nel caso di specie e dunque non applicata in modo retroattivo, come imposto dal principio di legalità di cui all'art. 7 della stessa CEDU<sup>114</sup>.

<sup>114</sup> Per una prima proposta in tal senso, si veda F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, cit., pp. 670 ss. La stessa idea è stata avallata anche da chi ritiene che l'interpretazione conforme alle norme internazionali e sovranazionali non possa avere, in genere, effetti *in malam partem* che aggravino il regime della responsabilità penale individuale, osservando come «su questo valore primario c'è una convergenza costituzionale

Pertanto, dagli obblighi derivanti dalla CEDU e da altri trattati sui diritti umani non solo di incriminare, ma anche di indagare e reprimere in modo efficace violazioni dei diritti umani, come indicato sopra, deriverebbe in alcune circostanze la necessità di non applicare determinate scriminanti, anche laddove le stesse siano altrimenti integrate secondo una valutazione strettamente limitata ai parametri del diritto interno, ferma in ogni caso la necessità di rispettare il principio di irretroattività<sup>115</sup>.

Tale tesi dottrinale, che pur è stata criticata da parte della dottrina penalista (sia pur con argomenti non convincenti)<sup>116</sup>, è in realtà ormai stata accolta dalla Corte di cassazione, la quale ha espressamente riconosciuto la rilevanza degli obblighi internazionali di tutela della vita, sanciti dagli artt. 2 CEDU e dall'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, indipendentemente dalla loro trasposizione in specifiche norme di diritto interno, al fine di interpretare in modo conforme la scriminante della legittimità difesa. In particolare, la Cassazione ha sancito, invocando le suddette norme e la relativa giurisprudenza che le ha interpretate (in particolare, della Corte europea), che «[a]nche al fine di dare all'art. 52 c.p., un'interpretazione costituzionalmente orientata, vieppiù quando si tratti di valutare condotte difensive in concreto lesive del fondamentale diritto alla

---

che lo rende del tutto originale (e che verosimilmente ridimensiona persino l'apporto della giurisprudenza europea) sollecitando valutazioni (e bilanciamenti) parimenti peculiari» (V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle norme sovranazionali in materia penale*, cit., p. 21).

<sup>115</sup> F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, cit., p. 2677.

<sup>116</sup> Si veda, ad esempio, A. CAVALIERE, *"Diritti" anziché "beni giuridici" e "principi" in diritto penale?*, cit., p. 77, che sostiene che utilizzare l'art. 2 CEDU per interpretare le scriminanti porterebbe a risultati «piuttosto inquietanti», ad esempio perché lo stesso consente l'uccisione di una persona «per eseguire un arresto regolare». L'autore omette di considerare come tale disposizione è stata interpretata dalla Corte europea, e cioè come implicante la necessità di rispettare il principio di «assoluta necessità» dell'uso della forza letale, con la conseguenza che la disposizione deve essere intesa nel senso di autorizzare l'uccisione di una persona qualora, nel contesto di un'operazione volta al suo arresto o alle altre eccezioni previste dalla disposizione, ciò sia assolutamente necessario per proteggere la vita di una persona, e con la precisazione che tali eccezioni devono essere interpretate e applicate in modo restrittivo e presuppongono l'onesta e ragionevole convinzione in capo all'agente di reagire a un rischio (si veda, tra le tante, Corte europea dei diritti umani, *Giuliani e Gaggio c. Italia* [GC], ricorso n. 23458/02, sentenza del 24 marzo 178, par. 176-179). La posizione dell'autore citato, secondo cui la CEDU irragionevolmente consentirebbe di uccidere una persona per arrestarla, si fonda quindi su una lettura scorretta della disposizione in questione e del modo in cui la stessa viene interpretata e applicata dalla Corte europea.

vita, non può dunque prescindere dalla verifica del requisito della necessità rispetto alla tutela della persona da violenze illegittime, in difetto del quale la lesione di tale diritto non può mai dirsi giustificata»<sup>117</sup>. Pertanto, può dirsi che anche sotto tale profilo la Corte di cassazione ammette il ricorso all'interpretazione conforme del diritto interno alle norme internazionali, anche con effetti *in malam partem* per l'imputato.

Ora, un ragionamento in parte simile può essere fatto per quanto riguarda la scriminante dell'adempimento di un dovere, di cui all'art. 51 c.p. che, come abbiamo già indicato, al 3° comma dispone che «risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo». Come è noto, la giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione stabilisce che, affinché sia applicata tale scriminante «è necessario che l'ordine sia legittimo, ossia promanante dall'autorità competente, che sia stato dato nella forma prescritta e che, infine, il suo contenuto rientri nell'esplicazione del servizio del subordinato quanto all'essenza, ai mezzi e al fine»<sup>118</sup>.

In questo caso, quindi, si rientra non in un'ipotesi di interpretazione conforme, bensì di integrazione tra la norma interna e quella internazionale, sul modello messo in luce sopra. In particolare, quello che si richiede al giudice non è di interpretare la norma sulla scriminante (l'art. 51 c.p.) in modo conforme al diritto internazionale dei diritti umani, bensì di applicare quest'ultimo al fine di determinare cosa si intenda per ordine *legittimo* e, di conseguenza, al fine di stabilire se la scriminante sia applicabile o meno. Questo, in modo non diverso dagli esempi citati sopra, secondo cui cosa costituisce sostanza stupefacente *illegale* viene determinato applicando le norme amministrative che indicano quali sostanze sono illegali.

La Corte europea ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione laddove si è occupata di casi in cui membri di forze armate erano stati condannati per aver commesso un reato, nonostante gli stessi sostenessero di essersi limitati ad adempiere l'ordine impartito da un superiore che, in alcuni casi, al momento del fatto risultava compatibile con il diritto interno dello Stato di appartenenza. La Corte europea, pur avendo ricordato che i requisiti di prevedibilità e determinatezza della norma penale implicano che, ai fini della legalità di una pena, debba sussistere un elemento di responsabilità individuale<sup>119</sup>, la quale potrebbe essere in determinati casi

<sup>117</sup> Corte di cassazione, sentenza n. 49883 del 10 dicembre 2019, par. 3.2.2.

<sup>118</sup> Corte di cassazione, sentenza n. 4554/24, cit., par. 7.

<sup>119</sup> Essa ha affermato che «a measure can only be regarded as a penalty within the meaning of Article 7 where an element of personal liability on the part of the offender has been established» e che, di conseguenza, «Article 7 requires, for the purposes of punishment, the

esclusa dall'affidamento legittimo riposto nella legalità dell'ordine ricevuto, ha anche chiarito che la mera conformità di un ordine al diritto interno di uno Stato non è sufficiente a renderlo legittimo, posto che a sua detta i membri delle forze armate «could not show total, blind obedience to orders which flagrantly infringed not only domestic law, but internationally recognised human rights, in particular the right to life, a supreme value in the international hierarchy of human rights»<sup>120</sup>. Tale principio è stato ribadito indipendentemente dalla compatibilità o meno dell'ordine con il diritto interno<sup>121</sup>, e la Corte europea ha anche chiarito che neppure il fatto che la condotta (criminosa) oggetto dell'ordine sia normalmente tollerata nell'ordinamento in questione può essere invocata come giustificazione<sup>122</sup>: così facendo, ha reso chiaro che l'esecuzione di ordini *manifestamente incompatibili* con il diritto internazionale in materia di diritti umani, e in particolare con gli obblighi che derivano dalla tutela del diritto alla vita, non può essere invocata come esimente della responsabilità penale da parte dell'esecutore materiale dell'ordine, mentre ha ammesso che essa possa in alcuni casi essere legittimamente presa in considerazione ai fini della determinazione e quantificazione della pena<sup>123</sup>.

Tale conclusione è stata giustificata proprio sulla base di una sorta di etero-integrazione automatica e implicita tra il diritto interno e il diritto internazionale, posto che la Corte europea ha affermato che l'accessibilità e prevedibilità di una fattispecie penale deve essere determinata anche tenendo in considerazione una sorta di implicito «requirement to comply with international fundamental human rights instruments», indipendentemente

---

existence of a mental link through which an element of liability may be detected in the conduct of the person who physically committed the offence» (Corte europea dei diritti umani, *G.I.E.M. e altri c. Italia* [GC], ricorsi n. 1828/06 e altri, sentenza del 28 giugno 2018, par. 242 e 243; Corte europea dei diritti umani, *Yüksel Yalçinkaya c. Turchia* [GC], ricorso n. 15669/20, sentenza del 26 novembre 2023, par. 242).

<sup>120</sup> Corte europea dei diritti umani, *K.-H. W. C. Germania* [GC], ricorso n. 37201/97, sentenza del 22 marzo 2001, par. 75; Corte europea dei diritti umani, *Kononov c. Lettonia* [GC], cit., par. 236; Corte europea dei diritti umani, *Vasiliauskas c. Lituania* [GC], ricorso n. 35343/05, sentenza del 20 ottobre 2015, par. 158;

<sup>121</sup> Corte europea dei diritti umani, *Drėlingas c. Lituania*, ricorso n. 28859/16, sentenza del 12 marzo 2019, par. 99.

<sup>122</sup> Corte europea dei diritti umani, *Vasiliauskas c. Lituania* [GC], cit., par. 158: «A State practice of tolerating or encouraging certain acts that have been deemed criminal offences under national or international legal instruments and the sense of impunity which such practice instils in the perpetrators of such acts does not prevent their being brought to justice and punished».

<sup>123</sup> Corte europea dei diritti umani, *K.-H. W. C. Germania* [GC], cit., par. 81.

dal fatto che tali strumenti non sono direttamente vincolanti per l'individuo e che dalla loro violazione non può, per ciò solo, sorgere la responsabilità penale individuale<sup>124</sup>.

Sulla base di tale approccio, la Corte europea ha espressamente escluso che un individuo potesse invocare l'ordine di un superiore per esimersi dalla propria responsabilità penale qualora, pur compatibile con il diritto interno, l'ordine reso fosse manifestamente in violazione delle norme internazionali in materia di tutela del diritto alla vita. Ad esempio, nel caso *K.-H. W. C.* essa ha affermato che un soldato della Repubblica democratica tedesca, condannato per omicidio volontario dalle corti tedesche a seguito della riunificazione della Germania, non potesse invocare, per esimersi dalla propria responsabilità penale per omicidio volontario, l'ordine impartito dai superiori di sparare a vista coloro che tentassero di attraversare il confine tra le due Germanie. Al riguardo, la Corte ha ritenuto che «[e]ven though the applicant was in a particularly difficult situation on the spot, in view of the political context in the GDR at the material time, such orders could not justify firing on unarmed persons who were merely trying to leave the country»<sup>125</sup>, e ha condiviso l'opinione delle corti tedesche secondo cui, a prescindere dall'ordine ricevuto, «it must have been immediately apparent and obvious even to an indoctrinated person that it breached the proportionality principle and the elementary prohibition on the taking of human life»<sup>126</sup>. Allo stesso modo, e sulla base delle stesse argomentazioni, la Corte europea ha rigettato un simile argomento quando è stato invocato da un ufficiale del KGB condannato per genocidio in ragione della deportazione e dell'esecuzione sommaria di due partigiani lituani, che si era difeso nei giudizi interni sostenendo di non aver preso la decisione in questione<sup>127</sup>.

Alla luce di quanto sopra, e cioè della necessità di etero-integrazione implicita tra la norma interna e quella internazionale, a noi sembra di poter sostenere che questa si applichi in ogni caso, e quindi anche quando lo Stato, in violazione dei summenzionati obblighi internazionali regolamentazione normativa, abbia ommesso di adottare le corrispondenti norme interne, e questo almeno nelle circostanze in cui l'ordine sia *manifestamente incompatibile* con gli obblighi internazionali in questione. In questo senso, vi sarebbe un limitato margine per l'applicabilità diretta della norma internazionale.

<sup>124</sup> Corte europea dei diritti umani, *Kononov c. Lettonia* [GC], cit., par. 236.

<sup>125</sup> Corte europea dei diritti umani, *K.-H. W. C. Germania* [GC], cit., par. 76.

<sup>126</sup> Ivi, par. 80.

<sup>127</sup> Corte europea dei diritti umani, *Drėlingas c. Lituania*, cit., par. 99.

Tali ipotesi di rinvio alla norma internazionale non sarebbero incompatibili con il principio di legalità e la riserva di legge, posto che in questi casi la responsabilità penale non deriva dalla violazione del diritto internazionale in sé, ma dall'integrazione di tutti gli elementi della fattispecie di reato prevista dal diritto interno, mentre il diritto internazionale interviene per integrare il contenuto della scriminante. È infatti la scriminante dell'adempimento di un ordine che deve essere applicata tenendo in considerazione il suddetto rinvio implicito al diritto internazionale dei diritti umani: essa sarà invocabile solo quando l'ordine possa dirsi compatibile con gli obblighi che ne derivano, posto che la legittimità di un ordine deve essere determinata anche con riferimento allo stesso.

Ovviamente, trattandosi di una forma di rinvio a una fonte normativa di rango superiore (la CEDU o altre norme di diritto internazionale in materia di diritti umani), che per definizione è formulata in termini vaghi e di principio, le suddette esigenze di prevedibilità impongono di chiarire in quali casi un ordine possa considerarsi illegittimo per violazione del diritto internazionale dei diritti umani. Al riguardo, la Corte ha chiarito che questo si verifica laddove un ordine sia *manifestamente incompatibile* con gli obblighi derivanti dalla tutela del diritto alla vita, garantito dall'art. 2 CEDU. Per avere indicazioni di quando un dovere di disobbedienza sorga, possiamo quindi fare riferimento ai casi in cui la Corte europea abbia ritenuto che una determinata condotta integrasse una violazione *flagrante o manifesta* degli obblighi internazionali di tutela della vita umana. Al riguardo, la Corte europea ha più volte sancito che l'uso di armi letali, specialmente se indiscriminate, deve rispondere al *principio di necessità assoluta*<sup>128</sup>, tale per cui essa deve essere assolutamente necessaria per uno degli scopi indicati dal par. 2 dell'art. 1 e strettamente proporzionata al fine di raggiungere lo scopo. A tal fine, la Corte ha chiarito che gli Stati hanno un obbligo di garantire che un'operazione che implica l'uso di forza letale sia pianificata e controllata dalle autorità in modo di minimizzare, nel maggior grado possibile, il ricorso alla forza letale. Le autorità devono applicare una particolare diligenza nel garantire che i rischi per la vita siano minimizzati<sup>129</sup>. Ed è proprio con riferimento a tale obbligo che la Corte ha rinvenuto in alcuni casi una violazione flagrante e manifesta dell'art. 2, ad esempio in caso di uso di armi massicce e indiscriminate in presenza di

---

<sup>128</sup> Corte europea dei diritti umani, *Tagayeva e altri c. Russia*, cit., par. 584.

<sup>129</sup> Corte europea dei diritti umani, *Isayeva e altri c. Russia*, ricorso n. 57950/00, sentenza del 24 febbraio 2005, par. 175.

civili<sup>130</sup>, o comunque l'uso di armi assolutamente sproporzionate rispetto alla situazione<sup>131</sup>, come ad esempio il bombardamento areo indiscriminato di civili e dei loro villaggi<sup>132</sup>.

Può quindi sostenersi che laddove un ordine implichi una *violazione flagrante e manifesta* degli obblighi di tutela del diritto alla vita, per come sanciti dall'art. 2 CEDU, l'ordine in questione può considerarsi illegittimo con la conseguenza che chiunque lo esegua non potrebbe in seguito invocare la scriminante dell'adempimento di un dovere per esimersi dalla propria responsabilità penale.

#### 4. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto sopra, può dirsi che dal diritto internazionale dei diritti umani può desumersi un obbligo di disobbedienza responsabile, quanto meno nei casi di ordini manifestamente contrari e in flagrante contrasto con gli obblighi di tutela dei diritti umani. E questo, oltre che nel caso di un ordine di tortura, anche con riferimento agli obblighi essenziali

<sup>130</sup> Ivi, par. 191. Il caso, relativo al conflitto armato in Cecenia, riguardava l'uso di bombe, missili e altre armi pesanti in un'area altamente popolata, al di fuori di un contesto di guerra in senso stretto e senza una previa evacuazione dei civili. La Corte europea ha ritenuto che un'operazione del genere non può essere riconciliata con il grado di cautela che si richiede alle forze armate in una società democratica, e si pone in flagrante contrasto con lo scopo di proteggere la vita delle persone dalla violenza. In modo simile, in Corte europea dei diritti umani, *Tagayeva e altri c. Russia*, cit., par. 584, la Corte ha affermato che lo scopo primario delle autorità deve essere quello di proteggere la vita delle persone dalla violenza illegale. Di conseguenza, ha sancito che il massiccio uso di armi indiscriminate si pone in contrasto flagrante con tale scopo.

<sup>131</sup> In Corte europea dei diritti umani, *Esmukhambetov e altri c. Russia*, ricorso n. 23445/03, sentenza del 29 marzo 2011, relativo a un attacco delle forze armate russe nell'ambito del conflitto in Cecenia al fine di arrestare i separatisti, la Corte ha ritenuto che le autorità non avessero fatto tutto il necessario per minimizzare rischi per la vita, tanto dei destinatari dell'attacco quanto dei civili coinvolti. In particolare, la Corte ha ritenuto che l'impiego dell'aviazione militare equipaggiata con armi pesanti fosse, in esso stesso, manifestamente sproporzionato rispetto allo scopo dichiarato di arrestare i separatisti.

<sup>132</sup> In Corte europea dei diritti umani, *Benzer e altri c. Turchia*, ricorso n. 23502/06, sentenza del 12 novembre 2013, la Corte ha sancito che una tale operazione non è riconciliabile con nessuno degli scopi legittimi dell'uso della forza letale sanciti dall'art. 2, par. 2 CEDU e, inoltre, con nessuna delle regole consuetudinarie di diritto internazionale umanitario e nessun trattato che disciplina l'uso della forza armata nell'ambito dei conflitti armati, e dunque costituisce una violazione flagrante e manifesta degli obblighi di tutela del diritto alla vita.

di tutela della vita umana, come ad esempio con riferimento a operazioni che non prevedano in alcun modo una pianificazione volta a ridurre al minimo indispensabile l'uso della forza letale e a minimizzare le vittime collaterali, o l'ordine di utilizzo massiccio di armi nei confronti di soggetti indifesi, o di uso di armi pesanti in modo totalmente sproporzionato rispetto alla situazione in questione.

Le norme internazionali, incluse quelle dei trattati internazionali sui diritti umani, possono infatti essere utilizzate per valutare la *legittimità di un ordine*. E questo, in un duplice modo. Laddove la norma imponga degli obblighi di criminalizzazione o regolamentazione normativa, e tali obblighi siano stati adempiuti, le relative norme interne definiscono il carattere legittimo o illegittimo dell'ordine, con la precisazione che esse devono in ogni caso essere oggetto di interpretazione conforme alle norme internazionali da cui esse derivano. In secondo luogo, è possibile che la norma internazionale integri direttamente tanto il contenuto del comando penale quanto quello della scriminante dell'ordine legittimo, e questo a prescindere dall'eventuale mancato recepimento nell'ordinamento interno delle discipline normative la cui adozione sarebbe obbligatoria secondo le norme internazionali. Ciò tanto nel caso in cui tale operazione produca effetti *in bonam partem*, nel senso di escludere l'integrazione di una fattispecie di reato la quale consista nel non adempimento di un ordine legittimo, quanto ove produca effetti *in malam partem*, nel senso di precludere l'invocazione dell'esimente dell'adempimento di un ordine legittimo.

Quest'ultima conclusione impone di confrontarsi con l'argomento secondo cui dai trattati sui diritti umani non sarebbe possibile far derivare effetti *in malam partem* per l'imputato, in ragione dell'esistenza ad esempio dell'art. 53 CEDU, secondo cui «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possono essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi». Tale disposizione è stata infatti letta da parte della dottrina come «elemento impeditivo che [...] preclude, anche al giudice interno, la possibilità di disapplicare il tipo nazionale di disciplina se maggiormente favorevole sul piano sia della fattispecie, sia degli effetti giuridici»<sup>133</sup>. Ora, si può senz'altro concordare sul fatto che il giudice ordinario non può procedere alla disapplicazione di norme interne incompatibili con norme internazionali, ma questo non deriva affatto dall'art. 53, bensì (come visto

---

<sup>133</sup> P. GUALTIERI, *Discipline nazionali favorevoli e diritti dell'uomo. Le ragioni di controlimiti garantistici*, cit. p. 9.

sopra) dal fatto che nel nostro ordinamento il sindacato di costituzionalità delle leggi è accentrato in capo alla Corte costituzionale. Di conseguenza, il giudice interno resta libero di applicare norme internazionali direttamente applicabili qualora non contrastino con norme di legge interna mentre, laddove sussista un tale contrasto, l'unico organo competente a far valere la prevalenza gerarchica della norma internazionale, che deriva dall'art. 117, comma primo, Cost., è la Corte costituzionale.

Tale ragionamento procede poi nel senso per cui «la regolamentazione italiana della norma penale nel tempo e nello spazio, del fatto costitutivo di reato e della fattispecie di responsabilità penale, ivi compresi i limiti generali di non punibilità, nonché del trattamento sanzionatorio, coperta, tale disciplina, da una riserva assoluta e costituzionale di atto statale, si presenta, infatti, tanto come modello base al di sotto del quale non sono ipotizzabili deroghe o argomentazioni giudiziali con effetti “invalidanti”, latamente intesi, quanto come limite all'applicabilità della Convenzione stessa»<sup>134</sup>. Secondo tale lettura, le norme internazionali in materia di diritti umani non potrebbero mai implicare un aggravamento *in malam partem* della disciplina della responsabilità penale<sup>135</sup>, e di conseguenza «l'incidenza del fatto sul piano degli interessi tutelati da una qualificazione in termini di diritti dell'uomo non potrà impedire l'applicazione di una causa di non punibilità, se cioè implica, a sua volta, un adempimento dell'art. 53 CEDU, come norma impositiva di un autovincolo alla stessa regolamentazione internazionale dei diritti umani e dei rapporti con le legislazioni nazionali degli Stati contraenti»<sup>136</sup>. Prosegue poi l'autore di tale visione sostenendo che l'art. 53 CEDU «non può funzionare da strumento che possa

---

<sup>134</sup> *Ibid.*

<sup>135</sup> Ivi, p. 19: «tenuto altresì conto dell'art. 53 CEDU, ne deriva che qualunque effetto che deriva dalla qualificazione di un particolare interesse come diritto dell'uomo, *ad assetto legislativo invariato*, non può limitare la disciplina interna del reato e della pena, almeno in ordine alla produzione di effetti *in malam partem*, non essendo ammissibili preclusioni applicative in merito alla dimensione personale, spaziale, temporale e materiale della norma penale per la sola circostanza che un determinato diritto dell'uomo venga, comunque, in rilievo».

<sup>136</sup> *Ibid.* Prosegue l'autore ritenendo che «[q]uesto risultato è trasversale a tutte le disposizioni che determinano effetti favorevoli e, soprattutto, a qualsiasi causa di non punibilità, genericamente prevista come tale dal legislatore interno, sia essa attinente alla dimensione personale della norma penale, come ad esempio le immunità o altre ipotesi di incapacità a essere destinatario dell'obbligo penale di fare o non fare, sia alle dimensioni più strettamente materiali, perché circoscritte al dover essere del tipo di comportamento imposto, come, in particolare, le situazioni riconducibili, oltre alla categoria delle cause di giustificazione o c.d. scriminanti, a quelle del reato impossibile [...]».

legittimare la giurisdizione italiana a disapplicare o limitare, *in qualunque modo*, il punto di equilibrio e di bilanciamento tra opposti interessi già raggiunto dal legislatore [...] se non per ampliare l'area di libertà personale del reo contenuta in una specifica norma generale di liceità penale, posto che qualunque attività funzionale a determinare effetti restrittivi della stessa si presenta come operazione incompatibile rispetto alla riserva assoluta di legge statale», e questo anche con riferimento alle scriminanti<sup>137</sup>.

Questa lettura muove, a nostro parere, dal fraintendimento di fondo secondo cui l'estensione della sfera di ciò che risulta penalmente rilevante implicherebbe sempre una riduzione del livello della tutela dei diritti umani nell'ordinamento interno, che quindi non potrebbe essere realizzata sulla base delle norme della Convenzione, posto che tale riduzione è vietata dall'art. 53 CEDU. Tuttavia, a nostro parere tale approccio non coglie quale sia il significato di violazione dei diritti umani.

In primo luogo, si è visto che, da un punto di vista generale, in molti casi il diritto internazionale dei diritti umani impone, proprio allo scopo di tutelare i diritti umani stessi (ovviamente di soggetti diversi dall'indagato e dall'imputato), degli obblighi di introdurre delle fattispecie incriminatrici e di indagare e perseguire le relative condotte. E tali obblighi devono essere attuati in buona fede da tutti gli organi dello Stato.

Per quanto riguarda l'imputato, invece, egli avrebbe diritto a che la sottoposizione di determinati fatti a pena rispecchi i criteri della «necessità ed idoneità della tutela penale, quali elementi di un giudizio di proporzionalità in senso stretto di tale intervento», il quale sarebbe un vero e proprio diritto soggettivo dell'autore del reato, «posto a difesa da pene illegittime»<sup>138</sup>. Tuttavia, se parte della dottrina ritiene che questo debba opporsi ad estendere la sfera del penalmente rilevante sulla base di quanto previsto dagli obblighi di criminalizzazione<sup>139</sup>, in realtà è

<sup>137</sup> Ivi, p. 20. Nello stesso senso, A. CAVALIERE, "Diritti" anziché "beni giuridici" e "principi" in diritto penale?, cit., p. 78, secondo cui «richiamare la giurisprudenza della Corte EDU per rendere punibili condotte che, secondo la legge italiana, ovvero in base agli artt. 52-53 c.p., non lo siano» sarebbe incompatibile con la *ratio* di garanzia del principio di legalità. O ancora, CARRARO, *La Convenzione di Merida non contempla un obbligo di incriminazione dell'abuso d'ufficio: questioni risolte e questioni ancora aperte. Osservazioni a prima lettura su C. Cost. 3 luglio 2025*, n. 95, cit., p. 26, secondo cui il diritto internazionale inciderebbe in modo ingiustificato sulla scelta parlamentare di estendere lo spazio di libertà del singolo tramite la decisione di rendere determinate condotte penalmente legittime.

<sup>138</sup> A. CAVALIERE, "Diritti" anziché "beni giuridici" e "principi" in diritto penale?, cit., p. 71, che si riferisce a F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., p. 9.

<sup>139</sup> A. CAVALIERE, "Diritti" anziché "beni giuridici" e "principi" in diritto penale?, cit., p. 72. L'autore cita difatti, come esempi di interventi penali non efficaci, non proporzionati e,

proprio su tale giudizio che si fonda in questo caso l'estensione della sfera del penalmente rilevante: la criminalizzazione di quelle condotte non costituisce una violazione dei diritti fondamentali dell'autore del reato proprio perché quelle condotte sono talmente gravemente lesive di diritti umani assolutamente fondamentali delle vittime da giustificare la risposta dello Stato tramite lo strumento penalistico.

Inoltre, tale approccio muove dall'erroneo convincimento secondo cui l'estensione dell'ambito di ciò che è penalmente rilevante costituisce di per sé una violazione dei diritti umani, in quanto riduce la sfera di libertà dell'individuo, come se esistesse una sorta di diritto a che non esistano fattispecie penali o un diritto a non essere perseguito penalmente, diritti la cui inesistenza è stata costantemente ribadita dalla Corte europea<sup>140</sup>. E questo senza considerare che, invece, tale riduzione della sfera di libertà dell'individuo implica una violazione dei diritti umani solo se ingiustificata: se una condanna è adottata all'esito di un processo equo e rispettoso di tutti i diritti di difesa imposti dall'art. 6 CEDU, e compatibile con il principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU, nel senso di fondata su una base legale chiara, precisa e prevedibile e non interpretata o applicata in violazione del principio di non retroattività, la condanna è perfettamente compatibile con la tutela dei diritti umani.

Ne deriva che la lettura di cui sopra, secondo cui in alcune circostanze è possibile applicare direttamente norme che impongono obblighi di criminalizzazione o regolamentazione normativa al fine di considerare un ordine illegittimo e quindi precludere, ad esempio, l'invocazione della scriminante dell'adempimento di un dovere, «non reca deroghe al principio di legalità in materia penale, né sotto il profilo del divieto di retroattività del comando penale, perché la norma internazionale è già presente nell'ordinamento, né sotto il profilo del principio di determinatezza (e dunque dell'accessibilità e prevedibilità del divieto), giacché la norma internazionale [...] risulta ben chiara nella delineazione della condotta tipica»<sup>141</sup>.

quindi, ingiustificati, delle fattispecie che nulla hanno a che fare con la protezione dei diritti umani più fondamentali garantita dagli obblighi di criminalizzazione, come ad esempio quelli legati alla criminalizzazione delle droghe leggere, o ancora la criminalizzazione dell'aborto.

<sup>140</sup> Si vedano Corte europea dei diritti umani, *International Bank for Commerce and Development AD e altri c. Bulgaria*, ricorso n. 7031/05, sentenza del 2 giugno 2016, par. 129, e i casi ivi citati: «Article 6 of the Convention does not guarantee the right not to be criminally prosecuted; it only enshrines the right to a fair trial within a reasonable time if and when criminal charges are brought against a person [...] Nor can a general right not to be criminally prosecuted be derived from Article 8 of the Convention. The appropriateness of a decision to prosecute thus normally falls out of the scope of the Court's review».

<sup>141</sup> D. Russo, *Riserva di legge e obblighi internazionali di tutela penale*, cit., p. 320. Si veda

Di conseguenza, non può considerarsi che il mero fatto che l'applicazione di norme di diritto internazionale conduca a un'estensione della sfera di ciò che è penalmente sanzionato costituisce una riduzione del livello di tutela dei diritti umani nell'ordinamento interno ed anzi, come abbiamo cercato di dimostrare, spesso serve proprio ad innalzare tale livello di tutela.

---

ancora, a pp. 322-323: «qualora il legislatore non abbia recepito, o sia intervenuto in ritardo o in modo incompleto a recepire le norme internazionali, l'inadempimento vanifica l'effettività del diritto internazionale e pone l'ordinamento statale in contraddizione con i suoi stessi impegni e valori. Si tratta di una conseguenza grave che richiede di tentare ogni sforzo concettuale per conciliare il rispetto degli obblighi internazionali di tutela penale con la funzione garantista della riserva di legge, almeno ammettendo che il giudice possa ricavare dalle norme internazionali recepite con ordine di esecuzione che non abbiano carattere meramente programmatico, ma che al contrario siano formulate in modo chiaro, completo e auto-applicativo, tutti gli effetti necessari ad integrare il contenuto delle norme interne. L'applicazione della norma internazionale con effetti *in malam partem*, in questo caso, non avrebbe alcuna ricaduta sovversiva sul valore della prevedibilità delle conseguenze penali della condotta poiché sarebbe saldamente ancorata al dettato chiaro e preciso di una disposizione internazionale già recepita con ordine di esecuzione, vale a dire mediante un testo legislativo che fa riferimento al trattato, allegandone anche materialmente il testo, che è equiparabile, in termini di conoscibilità legale, ad una norma emanata dal Parlamento».



*Né eroi né carnefici:  
bisogno di pena e personalizzazione del rimprovero  
nei contesti di macro-criminalità*

FEDERICA CECCARONI\*

ABSTRACT

(ITA) Il contributo indaga la tenuta del principio di responsabilità personale nei contesti di macro-criminalità, in cui l'obbedienza agli ordini superiori si intreccia con dinamiche sistemiche di coercizione ambientale. Non potendosi giungere a pretendere l'eroismo dal singolo, si analizzano i meccanismi normativi – sia nel diritto penale internazionale che in quello interno – capaci di preservare il *bisogno di pena* senza scivolare in forme di responsabilità oggettiva. Particolare attenzione è riservata a quelle categorie che possono fungere da valvola di apertura verso una maggiore individualizzazione della responsabilità, in contesti di devianza sistemica e di assenza di strumenti di reazione legittima in capo agli imputati.

(ENG) This chapter examines the resilience of the principle of individual criminal responsibility in situations of macro-criminality, where obedience to superior orders intersects with systemic patterns of contextual coercion. Since it is not sustainable to demand heroism of the individual, it analyses the normative frameworks – both in international and domestic criminal law – capable of preserving the need for punishment without slipping into forms of strict liability. Particular attention is paid to those legal categories that may serve as gateways towards a more nuanced individualization of responsibility, especially in scenarios characterised by systemic deviance and a lack of lawful means of resistance available to defendants.

KEYWORDS

(ITA) Obbedienza; Responsabilità; Coercizione ambientale; Personalizzazione del rimprovero; Macro-criminalità.

(ENG) Obedience; Responsibility; Contextual coercion; Individualization of criminal Liability; Mass atrocity crimes.

SOMMARIO: 1. Obbedienza, responsabilità e macro-criminalità: il diritto che ci vuole come Antigone – 2. L'ordine del superiore nel sistema di giustizia penale internazionale. – 3. Il filtro nello Statuto di Roma: la discrezionalità del Procuratore. 4. La personalizzazione del rimprovero nel diritto penale interno: la coercizione ambientale. – 5. Note conclusive.

---

\* Assegnista di Ricerca in Diritto penale internazionale presso l'Università di Pisa, progetto ABIDE - Rule of Law and the Problem of Responsible Obedience", CUP I53D23007270001..

## 1. *Obbedienza, responsabilità e macro-criminalità: il diritto che ci vuole come Antigone*

«Non veniva da Zeus la tua legge». Con questo verso Sofocle consegna ad Antigone la voce arcana di una giustizia superiore, pronta a infrangere l'editto di Creonte pur di onorare i fratelli e gli dèi. Da allora il dramma della giovane tebana accompagna – come archetipo ineludibile – ogni riflessione sul rapporto fra autorità e coscienza, fra legalità e responsabilità. Nel XX secolo, quel conflitto simbolico si è materializzato nello spazio disumanizzante dei campi di sterminio: la macchina burocratica moderna, razionalizzata e scientifica, ha reso sistemica l'antica tragedia, trasformando l'obbedienza in strumento di barbarie organizzata, in orgia di crudeltà.

Hannah Arendt, del resto, ci ricorda come Eichmann, come tanti altri responsabili delle atrocità naziste, «non erano né perversi né sadici», ma «terribilmente normali»<sup>1</sup>. Da ciò emerge con forza il principio secondo cui l'obbedienza non può divenire un diritto, poiché, laddove si riduce a mero automatismo, essa recide il nesso morale tra il soggetto e le sue azioni. L'Olocausto, infatti, non fu opera di sadici isolati, ma di burocrati zelanti, di professionisti integrati in un ordine gerarchico autoritario. Fu l'esito coerente – non l'incidente – della razionalità strumentale che misura l'efficienza, scinde i compiti e dispensa «tranquillanti morali» agli esecutori<sup>2</sup>. In tale contesto la disumanizzazione è inestricabilmente collegata alle tendenze razionalizzanti della burocrazia. Quando si è soltanto un anello di una catena è facile, dal punto di vista psicologico, giustificare il proprio operato. Colui che versava lo Zyklon B nelle camere a gas poteva rifugiarsi nell'alibi dell'ordine ricevuto: «l'azione collettiva viene in tal modo a frantumarsi: il responsabile è svanito nel nulla»<sup>3</sup>. Portata alle estreme conseguenze, questa atomizzazione del giudizio etico conduce a ridurre il rimprovero individuale al minimo, se non addirittura ad annullarlo, dissolvendo la colpa personale dentro la vastità impersonale del sistema<sup>4</sup>.

Il diritto penale internazionale nasce, in fondo, da questa lacerazione:

<sup>1</sup> H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, 1963, trad. it. P. Bernardini, Feltrinelli, Milano 2001.

<sup>2</sup> Z. BAUMAN, *Modernità e Olocausto*, 1989, trad. it. M. Baldini, Il Mulino, Bologna 2010.

<sup>3</sup> S. MILGRAM, *Obbedienza all'autorità. Uno sguardo sperimentale*, 1974, trad. it. R. Ballabeni, Einaudi, Torino 2003.

<sup>4</sup> Per una ricognizione delle analisi criminologiche allo studio della responsabilità penale internazionale v. S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino 2008, pp. 59 ss.

ambisce a sottrarre la legge dal rischio di divenire complice della violenza sistemica, a reagire alla *patologia del potere*<sup>5</sup>. Ne è derivato, come corollario, il rigetto del paradigma scusante dell'ordine del superiore. Solo con lo Statuto di Roma, si registra una parziale apertura verso l'ordine del superiore quale causa di esclusione della responsabilità penale, con l'eccezione espressa dei crimini di genocidio e crimini contro l'umanità.

Eppure, il diritto penale internazionale non può fondarsi sull'eroismo come condizione ordinaria del dovere di resistenza. Occorre scongiurare il rischio di scivolare tanto verso modelli di responsabilità oggettiva, quanto verso forme di deresponsabilizzazione sistemica. All'alternativa tra eroismo e responsabilità, può forse individuarsi uno spazio per una forma ragionevole di esonero da responsabilità.

A partire da questi interrogativi, il contributo tenta di individuare meccanismi idonei a ritagliare il rimprovero secondo cadenze autenticamente personalizzanti, sia nella prospettiva internazionale, sia in quella interna.

## 2. *L'ordine del superiore nel sistema di giustizia penale internazionale*

In generale, si rinvencono tre approcci alla responsabilità individuale per l'esecutore di un ordine criminoso, che riflettono il perenne pendolo tra esigenze di coesione gerarchica e istanze repressive. La teoria del '*superior respondeat*' secondo cui risponde esclusivamente chi ha dato l'ordine, in ossequio all'imperativo di garantire il pronto funzionamento dell'apparato. La teoria della '*absolute liability*', secondo cui l'obbedienza non rileva mai in senso esimente e il subordinato risponde in ogni caso del fatto. Infine, il modello di 'responsabilità condizionata': l'ordine può fungere da causa di esclusione solo se ricorrono alcuni requisiti, come la vincolatività, la conoscenza o conoscibilità del carattere criminoso dell'ordine oltre alla necessità che la criminalità non sia manifesta<sup>6</sup>.

Fin dagli esordi, il diritto penale internazionale ha guardato con sospetto alla *defence* fondata sull'ordine del superiore<sup>7</sup>: i tribunali di Norimberga e di Tokyo, infatti, negano efficacia scusante all'obbedienza, così come gli

<sup>5</sup> P. ZIMBARDO, *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, 2007, trad. it. M. Botto, Raffaello Cortina, Milano 2020.

<sup>6</sup> E. AMATI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino 2025.

<sup>7</sup> Y. DINSTEIN, *The Defence of "Obedience to Superior Orders" in International Law*, Sijthoff, Leyden 1965.

Statuti dei tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e il Ruanda<sup>8</sup>. Diversa, invece, è stata la scelta di politica criminale dello Statuto di Roma, ove l'art. 33 ICC St ammette l'efficacia scusante quando concorrano tre condizioni: (a) obbligo giuridico di obbedire; (b) mancata conoscenza dell'illegittimità dell'ordine; (c) assenza di manifesta criminalità dell'ordine.

La stessa norma, tuttavia, al comma 2 ne circoscrive severamente l'ambito di operatività: sono infatti ritenuti in via presuntiva manifestamente criminali gli ordini di genocidio e di crimini contro l'umanità, sì che l'esimente resta confinata ai soli crimini di guerra<sup>9</sup>. Come già osservato in altra sede<sup>10</sup>, tale differenziazione operata dallo Statuto non segna una reale cesura rispetto al paradigma di Norimberga, ma si fonda sulla medesima logica della manifesta criminalità. La presunzione assoluta che qualifica come 'manifestamente criminali' gli ordini relativi a genocidio e crimini contro l'umanità si radica, infatti, nell'elemento di contesto che li connota, dotato di un disvalore auto-evidente, che permea di macroscopica criminalità anche la fattispecie individuale (c.d. *underlying offence*), in quanto necessariamente inserita in una cornice percepibile di violenza e discriminazione massiva. L'irrilevanza dell'ordine del superiore in tali ipotesi si pone, insomma, in piena continuità con il fondamento stesso del diritto penale internazionale, quale antidoto alla dispercezione individuale del sistema macrocriminale cui l'autore finisce per contribuire. In questa prospettiva, la manifesta criminalità viene intesa secondo un criterio tendenzialmente oggettivo, quale strumento funzionale a fondare l'imputazione individuale, a reprimere la commissione di crimini atroci mascherati dalla scusa dell'obbedienza gerarchica.

Il diverso approccio nei crimini di guerra si giustifica, invece, per ragioni di opportunità politico-militare, legate all'esigenza di salvaguardare

---

<sup>8</sup> Cfr. art. 8 della Carta di Londra e art. 6 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente, secondo cui l'aver agito in esecuzione di un ordine superiore non esime l'imputato da responsabilità penale, potendo tuttavia rilevare in sede di determinazione della pena. In termini sostanzialmente analoghi, si esprimono anche gli statuti dei Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda: rispettivamente, art. 7, § 4 dello ICTY St e art. 6, § 4 dello ICTR St.

<sup>9</sup> In generale, per uno studio sulla compatibilità tra esimenti e crimini internazionali v. M. KRABBE, *Excusable Evil: An Analysis of Complete Defenses in International Criminal Law*, Intersentia, Cambridge 2014.

<sup>10</sup> Sia consentito rinviare a F. CECCARONI, *Colpevole d'obbedienza. L'ordine del superiore nel sistema di giustizia penale internazionale*, in «La Legislazione Penale», 8.1.2025, [https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2025/01/Ceccaroni-F\\_LP-2.pdf](https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2025/01/Ceccaroni-F_LP-2.pdf).

la disciplina durante i conflitti armati<sup>11</sup> e il principio di gerarchia<sup>12</sup>.

Peraltro, i crimini di guerra sono la perversione di una violenza altrimenti tollerata: l'elemento di contesto è dato dalla correlazione con un conflitto armato, vale a dire un contesto di violenza legalizzata, al più regolata dal diritto umanitario. Del resto, i crimini di guerra rappresentano una categoria fortemente eterogenea, che include fattispecie dal disvalore analogo ai crimini contro l'umanità e al genocidio, ma anche altre oggettivamente meno offensive. Si pensi in particolare alla trasgressione delle regole dello *ius in bello*, norme spesso soggette a interpretazioni non univoche, che fuoriescono da quel nucleo di crimini dalla valenza offensiva indiscutibile e intrinsecamente riconoscibile<sup>13</sup>. Si tratta di fattispecie che presuppongono una sorta di affidamento ai doveri di controllo e al margine di discrezionalità del superiore – evidente in concetti dalla formulazione elastica, come la 'necessità militare' – che rendono ragionevole l'operatività dell'esimente. Da parte del mero esecutore, infatti, non può pretendersi lo stesso dovere di attivarsi, in relazione all'osservanza delle norme concernenti le operazioni belliche, invece esigibile in capo al comandante<sup>14</sup>. Maggiore è, invero, la difficoltà per il subordinato di percepire il concreto disvalore del fatto qualora egli sia sprovvisto (come in genere accade nella disciplina militare) di poteri di verifica e di controllo idonei a comprendere la criminalità dell'ordine<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> P. GAETA, *The Defence of Superior Orders: the Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in «European Journal of International Law», n. 10, 1999, pp. 189 ss. Argomento che non ci sembra reggere del tutto: seguendo la proposta avanzata in sede negoziale dagli Stati Uniti si sarebbe potuto optare per una soluzione ancorata a criteri soggettivi, circoscrivendo l'esimente ai soli operatori militari, fermo restando il limite oggettivo della manifesta criminalità.

<sup>12</sup> Sui rischi connessi all'ammissibilità di un sindacato sugli ordini – non manifestamente criminali – impartiti, nonché sulle implicazioni di un approccio consequenzialista alle decisioni giudiziarie che tale sindacato ammettano v. R. GALASSO, *La risoluzione delle antinomie giuridiche, tra ingerenza giudiziale e solidità argomentativa della decisione, nell'orientamento dei comportamenti sociali*, in «La Legislazione Penale», 8 gennaio 2025.

<sup>13</sup> Cfr. E. AMATI, *L'efficacia esimente dell'ordine del superiore in relazione ai crimini di guerra nel diritto interno e nel diritto internazionale*, in «L'indice penale», 2001, pp. 970 ss.; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Dovere e ordine scriminante. Contenuto e limiti dell'art. 51 c.p.*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 114 ss.

<sup>14</sup> Peraltro, un militare che si trovi al cospetto di un ordine la cui legittimità non sia evidente si trova stretto tra l'incudine dell'esecuzione – con il rischio di dover rispondere penalmente del reato eventualmente commesso – e il martello della mancata esecuzione, che potrebbe integrare il delitto di disobbedienza di cui all'art. 173 c.p.m.p., v. A. EVANGELISTI, *Dilemmi pratici e giuridici della disobbedienza consapevole*, in «La Legislazione Penale», 8.1.2025.

<sup>15</sup> Sul punto v. anche A. CRUCIANI, *Per una visione olistica della relazione tra ordine militare*

La clausola che consente la scusabilità dell'errore sulla legittimità dell'ordine, purché non manifestamente criminoso, può essere letta anche come un meccanismo di salvaguardia rispetto a decisioni strategico-politiche che solo *ex post* assumono rilievo criminoso. Considerando che anche la qualificazione di un'azione come 'guerra' dipende da scelte discrezionali di attori in posizione di potere<sup>16</sup>, la norma introduce una valvola di adattamento alla politicità sottesa a determinati scenari operativi<sup>17</sup>.

Ancora, la medesima clausola sembra inoltre collegarsi alla funzione sistemica dello Statuto di Roma quale strumento di armonizzazione normativa. Lo Statuto, infatti, si caratterizza per una dettagliata codificazione dei crimini di guerra: non si limita a identificare le fattispecie di maggiore gravità, destinate verosimilmente a essere oggetto prioritario dell'azione della Corte, ma include anche figure minori, la cui previsione mira principalmente a stimolare corrispondenti adattamenti negli ordinamenti nazionali. Una simile attenzione alla tipizzazione puntuale dei crimini è del tutto assente nelle esperienze internazionali-penalistiche precedenti che, incentrate sulla supremazia delle giurisdizioni internazionali rispetto a quelle interne, risultavano prive di questa dimensione discendente.

Quello dello Statuto è, dunque, un approccio non estraneo alla filosofia ispiratrice di Norimberga: la disciplina non si allontana davvero da quel precedente, riflettendo anch'essa la medesima logica della manifesta criminalità. In quel contesto, il principio della *absolute liability* si giustificava in ragione dell'eccezionalità storica di quei fatti: pur non formulandolo espressamente, tale impostazione presupponeva una valutazione implicita di manifesta criminalità delle condotte oggetto di giudizio, recepiva la teoria del 'non poteva non sapere' diffusa a livello comparato già prima di Norimberga<sup>18</sup>. Oggi, la dimensione sistemica dello Statuto quale strumento programmatico e permanente di giustizia penale internazionale, impone un confronto anche con fatti di minore gravità. In questo quadro, si comprende la scelta di ampliare, sia pure in misura contenuta, i margini di operatività dell'esimente. Tale lieve apertura non altera, però, l'impianto complessivo: lo Statuto rimane saldamente ancorato a una concezione ascrivibile della responsabilità penale individuale – che è anche momento

---

*e obbedienza*, in «La Legislazione Penale», 8.1.2025.

<sup>16</sup> M. WALZER, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, 4. ed., Hachette, New York 2006, pp. 24-25.

<sup>17</sup> C. GABELLINI, *L'adempimento all'ordine, tra responsabilità e obbedienza*, in «La Legislazione Penale», 8.1.2025.

<sup>18</sup> H. MCCOUBREY, *From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders*, in «The International and Comparative Law Quarterly», C, n. 2, 2001, pp. 386 ss.

di legittimazione del diritto penale internazionale – funzionale a impedire che l'obbedienza possa assurgere a scudo contro l'imputazione personale nei contesti di macro-criminalità<sup>19</sup>.

### 3. *Il filtro nello Statuto di Roma: la discrezionalità del Procuratore*

La presunzione di manifesta criminosità, costruita sulla fattispecie astratta, rappresenta un presidio di legittimazione per il diritto penale internazionale, contribuendo a rafforzarne la funzione simbolico-preventiva<sup>20</sup>. Al contempo, tuttavia, rischia di comprimere ogni possibilità di un apprezzamento individualizzato della posizione dell'esecutore dell'ordine<sup>21</sup>, talvolta sinceramente persuaso di agire «dalla giusta parte»<sup>22</sup>. Peraltro, i soggetti intermedi possono essere chiamati a svolgere compiti solo apparentemente neutri, che assumono rilievo criminoso in quanto parte di una più ampia attività concorsuale. Non di rado, l'ordine impartito concerne una frazione esecutiva del crimine, talvolta remota rispetto alla sua effettiva consumazione: si pensi a condotte di supporto

<sup>19</sup> Cfr. M. MINOW, *Living Up to Rules: Holding Soldiers Responsible for Abusive Conduct and the Dilemma of the Superior Orders Defence*, in «McGill Law Journal», CII, No. 1, 2007, secondo cui, se è vero che insistere sulla responsabilità penale dell'esecutore costituisce – almeno in parte – una leva necessaria per disarticolare le dinamiche che conducono ai crimini di massa, ciò non può ritenersi sufficiente. È piuttosto necessario un ripensamento delle strutture gerarchiche e organizzative, un intervento sulla cultura e sulla motivazione del personale militare, da realizzarsi attraverso una formazione più adeguata, una revisione delle prassi operative e l'introduzione di idonei incentivi. In questa prospettiva, appare centrale una più incisiva responsabilizzazione dei vertici, vale a dire di chi detiene il potere di impartire ordini.

<sup>20</sup> Sulla funzione della pena nella giustizia penale internazionale si veda L. CORNACCHIA, *La funzione della pena nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè, Milano 2009.

<sup>21</sup> Mostrano perplessità anche N. SELVAGGI, *Dubbio sulla criminosità dell'ordine e responsabilità penale internazionale*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale*, 2 ed., Giappichelli, Torino 2007, p. 205 ss.; R. CRYER, *War Crimes*, in D. AKANDE, B. SAUL (eds.), *The Oxford Handbook to International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford 2017, p. 355.

<sup>22</sup> A. SMEULERS, *Why Serious International Crimes Might Not Seem 'Manifestly Unlawful' to Low-level Perpetrators: A Social-Psychological Approach to Superior Orders*, in «Journal of International Criminal Justice», n. 17, 2019, pp. 105-123, mette in discussione la presunzione assoluta di manifesta illegalità per i crimini contro l'umanità e il genocidio, evidenziando – attraverso l'ausilio delle scienze sociali – come molti esecutori di basso rango, agendo su ordine dei superiori, possano percepire la propria condotta come lecita e moralmente giustificata.

logistico, come l'ordine di organizzare il trasferimento di gruppi di persone da un'area a un'altra (magari pretestuosamente giustificato con ragioni di sicurezza per la loro stessa incolumità), o ancora di schedare soggetti appartenenti a un determinato gruppo etnico. Si tratta di condotte che, in concreto, potrebbero non apparire manifestamente criminose, spesso eseguite da soggetti lontani, anche fisicamente e funzionalmente, dal teatro dell'azione<sup>23</sup>.

In coerenza con la logica 'fondativa' richiamata, tuttavia, anche tali condotte devono considerarsi punibili, proprio perché connesse a un più ampio contesto criminoso. Il dolo di questi crimini infatti reca con sé necessariamente un *Anlass* circa la manifesta criminalità della condotta, anche quando quest'ultima, astratta dal contesto, non rivelerebbe particolare offensività. Dubbio piuttosto è se corollario di questa stessa impostazione debba essere anche la punizione di contributi ancillari, connotati da ridotta attitudine lesiva e compiuti in un clima di *coercizione ambientale* (v. anche *infra* § 4), perché inseriti in un apparato totalizzante che espone l'agente a ripercussioni gravi e difficilmente sostenibili.

Va tuttavia segnalato che nella recente sentenza *Al Hassan*, la Corte penale internazionale ha respinto la difesa fondata sull'esecuzione di ordini superiori e, in un significativo *obiter dictum*, ha ulteriormente ristretto l'ambito applicativo dell'art. 33 dello Statuto<sup>24</sup>. La Corte ha infatti affermato che tale scusante può operare esclusivamente nei casi di "commission" ex art. 25(3)(a), escludendone l'applicazione alle altre forme di partecipazione previste dalle lettere (c) e (d).

Si tratta di un'interpretazione fortemente restrittiva, che riduce ulteriormente la possibilità di invocare l'esimente, adottando una lettura rigidamente letterale del termine 'commission'. Eppure, lo stesso Statuto in moltissimi casi – si pensi, ad esempio, agli artt. 55 (2) e 58 ICC St – utilizza quel termine in senso più ampio, comprensivo anche delle condotte concorsuali. Una simile esclusione appare quindi paradossale, proprio perché è nei casi di concorso 'remoto', in cui il contributo del

<sup>23</sup> Cfr. G. MORGANTE, *La responsabilità dei capi e la rilevanza dell'ordine del superiore*, in A. CASSESE, M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 171 ss.

<sup>24</sup> ICC, *Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, ICC-01/12-01/18, Judgment, TC, 26.6.2024, § 1776: «The Chamber considers that the plain meaning of Article 33(1) illustrates that the defence of superior orders under Article 33 only applies to persons who incur responsibility under Article 25(3)(a) of the Statute by virtue of committing a crime, pursuant to an order, as opposed to persons who incur responsibility under Articles 25(3)(c) and (d) due to conduct that facilitated or contributed to the commission of a crime».

subordinato si inserisce nella condotta altrui, che l'ordine può apparire meno manifestamente criminoso.

Nella medesima pronuncia, la Corte ha inoltre affermato che gli ordini qualificabili come crimini di guerra sono da considerarsi manifestamente criminosi qualora la stessa condotta ordinata sia riconducibile, al contempo, ad un crimine contro l'umanità<sup>25</sup>. Il principio espresso desta perplessità: non appare coerente escludere la scusabilità in base alla mera qualificazione astratta del fatto, non tenendo conto se la *condotta* sia manifestamente criminosa.

È proprio di fronte a simili irrigidimenti che si avverte l'esigenza di recuperare un approccio più ancorato alla realtà fattuale e alla percezione effettiva dell'agente, piuttosto che su presunzioni costruite in chiave meramente tipologica<sup>26</sup>. La personalizzazione del rimprovero può ancora trovare spazio attraverso i tradizionali istituti dell'errore di fatto o dello stato di necessità<sup>27</sup>, ma soprattutto grazie alla discrezionalità del Procuratore. Soluzione che permette di preservare la ragion d'essere del sistema di giustizia penale internazionale, evitando che l'introduzione di criteri eccessivamente soggettivistici possa tradursi proprio in quella impunità che la comunità internazionale intende bandire. Invero, l'art. 53 dello Statuto consente infatti di non procedere quando il caso, pur tecnicamente rientrante nella giurisdizione della Corte, difetti di «sufficiente gravità»<sup>28</sup> o quando il perseguimento non sia nell'«interesse della giustizia». Ne deriva un filtro che permette di escludere dall'azione penale situazioni marginali – caratterizzate da basse soglie di consapevolezza e da coartazioni insuperabili – e di concentrare le risorse sui nodi apicali della macro-criminalità. Le istanze equitative non penetrano nel piano sostanziale, sicché il sistema resta coerente, ma si traducono in un tema di *gestione* processuale.

In tal modo, pur senza indulgere in pericolose derive deresponsabilizzanti fondate sull'obbedienza, si evita di caricare il singolo subordinato del peso di aspettative simboliche, che eccedono la sua concreta possibilità di scelta. Si sottrae, cioè, il *footsoldier* – che abbia agito sotto coercizione sistemica

<sup>25</sup> ICC, *Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, cit., § 1781.

<sup>26</sup> In termini critici verso una simile prospettiva si pone P. GAETA, *The Defence of Superior Orders: the Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in «European Journal of International Law», n. 10, 1999, pp. 189 ss.

<sup>27</sup> Per un'analisi delle condizioni di applicabilità dello stato di necessità determinato dall'altrui minaccia ex art. 31 (1) lett. d) ICC St, v. G. MORGANTE, *La responsabilità dei capi e la rilevanza dell'ordine del superiore*, cit., pp. 173 ss.

<sup>28</sup> Cfr. ICC, *Al Hassan*, 01/12-01/18, *Decision on the Admissibility Challenge Raised by the Defence for Insufficient Gravity of the Case*, PTC-I, 27 settembre 2019, parr. 50-58.

– all’eroismo imposto, senza per questo rinunciare a perseguire i *senior leaders*, veri architetti del contesto criminoso.

#### 4. *La personalizzazione del rimprovero nel diritto penale interno: la coercizione ambientale*

La valutazione della rilevanza giuridica dell’ordine del superiore dipende inevitabilmente dal sistema normativo in cui si inserisce: richiede cioè di misurarsi con la struttura ordinamentale di riferimento, le sue logiche di legittimazione, i suoi presupposti sistemici.

Nell’ordinamento interno, che non ha ancora recepito formalmente lo Statuto di Roma<sup>29</sup>, l’esimente dell’ordine del superiore è modellata secondo il criterio intermedio della manifesta criminalità. L’ordine del superiore non costituisce causa di giustificazione – non rende cioè lecita l’azione – ma può operare come causa di esclusione della responsabilità ove induca il subordinato in un errore non colpevole circa la liceità dell’atto comandato. L’esecutore non sarà dunque rimproverabile quando l’illegittimità dell’ordine non sia né manifesta, né conosciuta (o conoscibile). È vero che, nell’art. 51, co. 4 c.p., la rilevanza scusante è

<sup>29</sup> In tal senso, meritoria era l’iniziativa presa nel marzo 2022 dall’allora Ministro della giustizia Marta Cartabia di istituire una Commissione incaricata di elaborare un “Codice dei crimini internazionali”. La relazione conclusiva e l’articolato sono disponibili al seguente link: <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/codice-dei-crimini-internazionali-pubblicata-la-relazione-della-commissione-palazzo-pocar>. In generale, sulla proposta di Codice, si vedano N. SELVAGGI, *The Way Forward: An Overview on the Draft “Palazzo-Pocar” of 2022*, in F. JESSBERGER, C. MELONI, M. CRIPPA (eds.), *Domesticating International Criminal Law*, Routledge, London 2023; E. FRONZA, C. MELONI, *The Draft Italian Code of International Crimes*, in «Journal of International Criminal Justice», n. 20, 2022, pp. 1027-1048; A. VALLINI, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in «Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale», n. 1, 2023, pp. 91 ss.; ID., *“Una sola moltitudine”: le atrocità della guerra in Ucraina, la giustizia penale internazionale, la Commissione “Palazzo – Pocar” per un Codice dei Crimini Internazionali*, in «Iceonline», n. 2, 2022, pp. 21 ss.; MANACORDA, *Codificare i crimini internazionali. Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale*, in «Quaderni Costituzionali», n. 4/2022, pp. 779 ss.; F. CECCARONI, *Per una giustizia dell’inumano*, in «Giustizia Insieme», 17 aprile 2024; M. CRIPPA, *L’approvazione di un codice dei crimini internazionali “dimezzato” Le ragioni di un (dis)atteso intervento normativo*, in «Questione Giustizia», 21 marzo 2023, pp. 8 ss.; A. CRUCIANI, *Il progetto per un codice di crimini internazionali alla lente dei principi di complementarità e ne bis in idem dello Statuto della CPI*, in «Questione Giustizia», 2 marzo 2023, nonché, anche sulla recente Convenzione Lubiana-L’Aia, F. PALAZZO, *Crimini internazionali e giurisdizione interna*, in «Diritto Penale e Processo», n. 2, 2024, pp. 153 ss.

letteralmente riferita al caso di ‘insindacabilità’ dell’ordine illegittimo, ma l’interpretazione prevalente, intende tale ‘insindacabilità’ come rispondente a logiche di colpevolezza normativa<sup>30</sup>: si tratta cioè di un giudizio di ‘scusabilità’ soggettiva dell’adempimento a un ordine che, benché illegittimo, non lasciasse tempo e spazio per valutazioni di liceità da parte dell’inferiore inserito in settori pubblicistici fortemente gerarchizzati e incentrati su doveri di pronta obbedienza, quale l’ambito militare e delle funzioni di polizia<sup>31</sup>; di conseguenza, la scusante è destinata a non operare quando la criminosità dell’ordine è comunque conoscibile – o *a fortiori* conosciuta – come in specie accade ove ‘manifesta’, limite oggettivo all’applicabilità della scusante<sup>32</sup>. Insomma, il subordinato che non abbia colto la criminosità dell’ordine è comunque colpevole, proprio in ragione di quel suo atteggiamento personale, per non aver percepito un disvalore di portata evidente e incontrovertibile<sup>33</sup>.

In altri termini, l’ordinamento italiano è da tempo dotato di una disciplina in linea con quanto previsto dallo Statuto, pur senza recepire la presunzione di manifesta criminosità per i crimini contro l’umanità e il genocidio. Così l’art. 51 c.p. – non distinguendo il proprio ambito applicativo, come invece l’art. 33 ICC St, in ragione della tipologia astratta di reati – potrebbe in ipotesi consentire di scusare anche la

<sup>30</sup> T. PADOVANI, *Ordine criminoso e obbedienza gerarchica nel diritto penale italiano*, in «Dei Delitti e delle Pene», I, n. 1, 1987, pp. 477 ss.

<sup>31</sup> Cfr. T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Dovere e ordine scriminante. Contenuto e limiti dell’art. 51 c.p.*, cit., pp. 97 ss. Sulla prospettiva di una esecuzione “responsabile” degli ordini dei superiori v. D. NOTARO, *Esecuzione dell’ordine militare e disobbedienza responsabile*, in «La Legislazione Penale», 27 febbraio 2025.

<sup>32</sup> Il limite della “manifesta criminosità” emerge, peraltro, dall’art. 17 co. 3, d.p.r. 3/1957, r.u. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato: «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 [...]. L’impiegato non deve comunque eseguire l’ordine del superiore quando l’atto sia vietato dalla legge penale»; dall’art. 66 co. 4, del nuovo ordinamento dell’Amministrazione della pubblica sicurezza (l. 1.4.1981 n. 121): «L’appartenente ai ruoli dell’Amministrazione della pubblica sicurezza, al quale viene impartito un ordine la cui esecuzione costituisce manifestamente reato, non lo esegue ed informa immediatamente i superiori»; dall’art. 1349, co. 2, d.lgs. 15.3.2010 n. 66 – Codice dell’ordinamento militare (COM): «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».

<sup>33</sup> Per uno studio ricognitivo dell’istituto, anche in termini comparati e in rapporto al diritto internazionale v. D. PROVOLO, *Esecuzione dell’ordine superiore e responsabilità penale*, CEDAM, Padova 2012.

commissione di crimini contro l'umanità o atti di genocidio che, almeno in concreto, risultassero non manifestamente criminosi. Se nel diritto penale internazionale i casi di obbedienza 'irresponsabile' di minore gravità possono essere filtrati mediante la discrezionalità del Procuratore (art. 53 ICC St), nel nostro ordinamento, vincolato al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, non è irragionevole che quella stessa selezione possa operare attraverso una scusante, orientata a criteri di equità.

Anzi, quando l'intero apparato istituzionale risulta compromesso, emergono limiti più profondi di quelli connessi alla sola percepibilità – o manifesta evidenza – della natura criminosa dell'ordine. Come già evidenziato, la valutazione della scusabilità dell'obbedienza è inevitabilmente *system-dependent*, cioè legata al contesto ordinamentale di riferimento. Nel caso della Corte penale internazionale, ampliare eccessivamente i margini di esenzione da responsabilità sul piano sostanziale rischierebbe di compromettere la stessa logica fondativa e la base di legittimazione del sistema. E tuttavia, purché non venga alterata la funzione programmatica – comprensiva anche della sua vocazione complementare – della giustizia penale internazionale, nel diritto penale interno è ragionevole ipotizzare margini di tolleranza più ampi in situazioni patologiche particolarmente gravi. Del resto, il modello delineato dall'art. 51 c.p. e dalle norme settoriali è costruito sul presupposto che il subordinato possa far valere il proprio dovere di disobbedienza sollecitando l'intervento dei superiori. Se però l'intera catena gerarchica è coinvolta nel disegno criminoso, tale rimedio diviene meramente teorico: l'obiettivo di ricusare l'ordine 'dall'interno' è, di fatto, impraticabile, perché il sistema di garanzie legali su cui si fonda la disciplina ordinaria è stato radicalmente svuotato. Pretendere, in simili contesti, che il subordinato si rifiuti di obbedire equivale a esigere un eroismo irragionevole, in un quadro normativo pensato per situazioni fisiologiche ma del tutto inadeguato di fronte alle macropatologie del rapporto gerarchico autoritativo.

Simili considerazioni inducono, dunque, a valorizzare la *coercizione ambientale*, da intendersi come quel complesso di pressioni sistemiche capaci di determinare una condizione di sostanziale irresistibilità dell'ordine ricevuto<sup>34</sup>. Si tratta di quelle situazioni in cui il subordinato, nel timore

<sup>34</sup> In tal senso v. anche A. DI MARTINO, *Contesto e individuo nel sistema di giustizia penale internazionale. Contrappunto in riflessioni sparse*, in «Studi sulla Questione Criminale», n. 1, 2020, pp. 99 ss. Nega, invece che l'influsso del fattore situazionale possa comportare il riconoscimento di una responsabilità (morale e penale) attenuata in capo agli autori materiali del fatto A. SPENA, *Excusiology. Tentativo di una traduzione penalistica dell'effetto Lucifero*, in «Studi sulla Questione Criminale», n. 1, 2020, pp. 65 ss.

delle conseguenze derivanti da un eventuale rifiuto, perde la possibilità reale di autodeterminarsi liberamente. Una simile condizione potrà integrare gli estremi dello stato di necessità, che in casi di questo tipo può prospettarsi determinato dall'altrui minaccia (art. 54 c.p.). La soluzione consente di distinguere tra chi abbia assunto spontaneamente il proprio ruolo delinquenziale o si è comunque spinto oltre i limiti imposti dalla minaccia, e chi abbia agito sotto l'effetto di una reale intimidazione, così senza rinunciare a quel *bisogno di pena* che deriva dall'ordinamento internazional-penalistico. Inoltre, essa permette di valutare, attraverso il meccanismo del bilanciamento degli interessi, il rapporto tra la gravità dell'offesa arrecata e l'entità del pregiudizio che l'agente avrebbe subito in conseguenza della sua disobbedienza, escludendo così dall'ambito della scriminante le offese di maggiore gravità che il subordinato abbia accettato di commettere per salvarsi da pericoli di minore portata lesiva<sup>35</sup>.

Peraltro, la questione non è affatto estranea alla prassi internazional-penalistica anteriore allo Statuto di Roma, ossia a un'epoca in cui non era ancora possibile filtrare i casi attraverso la discrezionalità del Procuratore. Si rinviene, in effetti, un significativo filone giurisprudenziale – si pensi al caso *Flick*<sup>36</sup>, *The Ministries*<sup>37</sup> e *Farben*<sup>38</sup> – in cui la cortina di terrore imposta dal Reich fu ritenuta integrativa di uno stato di necessità per taluni imputati coinvolti nell'apparato industriale nazionalsocialista nell'ambito dei processi agli industriali a Norimberga<sup>39</sup>:

«The evidence with respect to defendants Steinbrinck, Burkart, Kaletsch, and Terberger in our opinion, however, clearly established

<sup>35</sup> In tal senso anche T. PADOVANI, *Ordine criminoso e obbedienza gerarchica nel diritto penale italiano*, cit., pp. 477 ss. Sembra, invece, contraria a una simile prospettiva T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Dovere e ordine scriminante. Contenuto e limiti dell'art. 51 c.p.*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 115 ss.

<sup>36</sup> U.S. Military Court, United States of America *vs. Flick et al.*, Judgment of 22 December 1947, Vol. VI.

<sup>37</sup> U.S. Military Court, United States of America *vs. Ernst von Weizsaecker, et al.*, volume XIV, 30 June 1948 (*The Ministries*), pp. 1061-1097. In tal caso, l'assoluzione degli imputati Ernst Roehling e Albert Maier è stata motivata dalla mancata assunzione di qualsiasi *iniziativa* personale in relazione al programma di lavoro schiavistico.

<sup>38</sup> U.S. Military Court, United States of America *vs. Carl Krauch et al.*, No. 6, Judgment, 30 July 1948 (ig *Farben Case*).

<sup>39</sup> Va evidenziato, nondimeno, che si tratta di vicende tendenzialmente eccezionali e dotate di una propria peculiarità storico-politica: basti pensare all'approccio più rigoroso con riguardo all'ordine-*duress* successivamente seguito dai giudici dell'ICTY nel caso *Erdemović*, v. N. SELVAGGI, *Il caso Erdemovic tra ordine del superiore e stato di necessità*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale I. Casi e materiali*, Giappichelli, Torino 2010, pp. 53 ss.

that there was in the instant case “clear and present danger” within the contemplation of that phrase. We have already discussed the Reich reign of terror. The defendants lived within the Reich. The Reich, through its hordes of enforcement officials and secret police, was always “present”, ready to go into instant action and to mete out savage and immediate punishment against anyone doing anything that could be construed as obstructing or hindering the carrying out of governmental regulations or decrees<sup>40</sup>.

Degno di rilievo è poi il criterio distintivo adottato dalle Corti: assenza di *necessity* per chi ha volontariamente aderito al programma criminale – così, ad esempio, Flick e Weiss, spinti dall’interesse a incrementare i profitti aziendali<sup>41</sup>; possibile operatività della *defence* per chi vi è stato trascinato dall’apparato di coercizione, temendo ritorsioni immediate e senza reali vie di dissenso. Si tratta di indicazioni particolarmente significative che, al netto delle specificità della vicenda<sup>42</sup>, valorizzano in chiave personalizzante l’assenza di strumenti di reazione legittima e di supporto istituzionale in capo agli imputati nel contesto di interi apparati orientati a fini criminosi. Si tratta, in definitiva, di quella *coercizione ambientale* di cui si è detto poc’anzi: una pressione sistemica che agisce sulla volontà dell’agente, neutralizzandone la capacità di autodeterminazione, specie quando è il potere statale stesso a farsi criminale.

Il diritto penale, anche internazionale, non può tollerare che l’individuo si trasformi in un cieco ingranaggio del male ma neppure pretendere un eroismo incondizionato. Proprio per questo motivo, in circostanze caratterizzate da una simile coartazione e dalla concreta impossibilità di opporsi al comando illegittimo, è opportuno prevedere margini rigorosamente circoscritti di esonero dalla responsabilità.

In fondo, è la stessa tragedia di Antigone a consegnarci la lezione sul valore del limite: vi è sempre il rischio che a cadere nella *ὑβρις* non sia solo il potere ‘deviato’, ma anche lo stesso diritto penale internazionale, quando perde la misura e persegue la punizione *ad ogni costo*.

<sup>40</sup> U.S. Military Court, United States of America *vs.* Flick *et al.*, cit., § 1200.

<sup>41</sup> U.S. Military Court, United States of America *vs.* Flick *et al.*, cit., § 1201.

<sup>42</sup> Sul punto v. G. BAARS, *Capitalism’s Victor’s Justice? The Hidden Stories Behind the Prosecution of Industrialists Post-WWII*, in K.J. KELLER, G. SIMPSON, *The Hidden Histories of War Crimes Trials*, Oxford University Press, Oxford 2013, pp. 184 ss.; M. JOYCE, *Duress: From Nuremberg to the International Criminal Court, Finding the Balance Between Justification and Excuse*, in «Leiden Journal of International Law», 2015, pp. 623 ss.; D. LUSTIG, *Veiled Power: International Law and the Private Corporation, 1886–1981*, Oxford University Press, Oxford 2020, pp. 123 ss.

5. *Note conclusive*

I rilievi esplicitati poco sopra svelano la tensione tra la matrice statalistica del dovere di obbedienza strumentale allo spedito funzionamento dei meccanismi gerarchici, e le valutazioni compiute dalla comunità internazionale circa la necessità di recuperare la responsabilità individuale rispetto ai crimini di massa, anche se commessi per ordine di un superiore. Eppure, il diritto non può rifugiarsi in forme di responsabilità sostanzialmente oggettiva, erigendo l'eroismo a presupposto ordinario della liceità.

Si è visto in particolare come l'ordine se collocato all'interno di apparati degenerati e collusi, possa sprigionare una forza conformativa tale da comprimere drasticamente lo spazio di autodeterminazione morale e pratica degli esecutori di livello basso e intermedio. Sul piano internazionale, considerati i limitati margini di applicazione della *defence* dell'ordine del superiore, si rende necessario valorizzare categorie già previste dallo Statuto di Roma – dall'errore scusabile allo stato di necessità – nonché il filtro di gravità di cui all'art. 53 ICC St. Meccanismo, quest'ultimo che consente di preservare la funzione del sistema internazionale-penalistico, non smentendo l'importanza sostanziale e simbolica dell'enunciazione di principio dell'irrelevanza dell'esistenza di un ordine gerarchico ai fini dell'esclusione della responsabilità. Peraltro, consente di concentrare l'azione penale sui *senior leaders*, artefici del contesto criminale, evitando di far gravare sui *footsoldiers* una sorta di responsabilità collettiva che tradirebbe la logica personalizzante del diritto penale.

Sul piano interno, oltre alla maggiore ampiezza dei limiti applicativi dell'art. 51 co. 4 c.p., si è valorizzata la prospettiva della *coercizione ambientale*, che può essere coerentemente ricondotta nell'alveo dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. Quando l'intera catena gerarchica è permeata da minaccia sistemica, il subordinato che sia stato trascinato nel crimine sotto schiaccianti e irresistibili pressioni ambientali merita l'esclusione stessa della responsabilità. Al contrario, nei confronti dei «volenterosi carnefici»<sup>43</sup> – coloro che hanno consapevolmente aderito al disegno criminale – la punizione conserva un valore imprescindibile e fondativo, in quanto volta ad evitare che possa *ri-sorgere* e consolidarsi quella mentalità filisteica e offuscante del senso della responsabilità individuale<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> D.J. GOLDHAGEN, *I volenterosi carnefici di Hitler. I tedeschi comuni e l'Olocausto*, 1996, trad. it. E. Basaglia, Mondadori, Milano 2017.

<sup>44</sup> A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Giuffrè, Milano 1963, p. 169.



*Rilevanza dell'ordine del privato e responsabilità da reato degli enti:  
uno schizzo fra binomio e antinomia*

VINCENZO MILITELLO\*

ABSTRACT

(ITA) Il contributo tratteggia i margini di rilevanza dell'ordine nell'ambito dei rapporti privati, tradizionalmente esclusi dalla portata della scriminante di cui all'art. 51 c.p. per l'ordine in ambito pubblicistico e all'interno di organizzazioni caratterizzate da rapporti gerarchici. Si richiama la proposta di una apposita causa di esclusione della colpevolezza del subordinato per gli ordini nei rapporti privati, contenuta nel Progetto Pagliaro del 1992 di legge delega per un nuovo codice penale. Si considera quindi la distribuzione dei livelli organizzativi degli enti a struttura complessa nel sistema della responsabilità da reato nel d. lgs. 231/2001 per mettere a fuoco il rapporto fra fondamento della responsabilità dell'ente e dei suoi vertici e l'esclusione della colpevolezza individuale dei soggetti subordinati. Infine, si prospetta un possibile collegamento fra il tema della rilevanza dell'ordine privato negli enti collettivi e le forme di prevenzione degli illeciti dell'ente affidate alla *compliance* interna, tramite i modelli di organizzazione e di gestione ed i codici etici.

(ENG) The contribution outlines the relevance of order in private relationships, traditionally excluded from the provisions of Article 51 of the Criminal Code for order in matters of public policy and within organisations characterised by hierarchical relationships. Reference is made to the proposed specific excuse of subordinates for orders in private relationships, contained in the 1992 Pagliaro Draft Delegated Law for a new criminal code. The distribution of organisational levels of corporations in the system of criminal liability in Legislative Decree 231/2001 is therefore considered to focus on the relationship between the basis of the liability of the corporation and its top management and the excuse for the subordinates. Finally, a possible link is suggested between the issue of the relevance of private order in corporate entities and the forms of prevention of corporate offences entrusted to internal compliance, through organisational and management models and codes of ethics.

KEYWORDS

(ITA) Ordine nei rapporti privati; Responsabilità da reato degli enti; Esclusione della colpevolezza del subordinato; Strumenti preventivi di *compliance* interna.

(ENG) Orders in private relationships; Corporate criminal liability; Exclusion of subordinate guilt; Internal compliance prevention tools in corporate entities.

---

\* Professore ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Palermo.

SOMMARIO: 1. Introduzione: un aspetto eccentrico del problema dell'obbedienza responsabile – 2. La tradizionale valenza della scriminante dell'ordine in ambito pubblicistico e all'interno di organizzazioni su base gerarchica – 3. La prospettazione come scusante nell'ambito di una valorizzazione della categoria per un avanzamento del principio di colpevolezza nella teoria del reato – 4. L'analogia strutturale con la rilevanza dell'organizzazione negli enti a struttura complessa: fondamento della responsabilità dell'ente e possibile esclusione della colpevolezza individuale dei sottoposti – 5. La delimitazione dell'effetto scusante e la possibile efficacia preventiva sulla responsabilità dell'ente.

### *1. Introduzione: un aspetto eccentrico del problema dell'obbedienza responsabile*

Il tema della rilevanza nei rapporti privati della esclusione di responsabilità per ordini provenienti da soggetti dotati di poteri autoritativi appare ad una prima valutazione lontano dal focus delle lenti proprie sia in generale della ricerca dedicata a *Rule of law and the problem of the responsible obedience*, sia dello stesso approfondimento di essa nell'incontro su 'obbedienza e responsabilità', per il quale queste note sono state preparate e che nelle intenzioni degli organizzatori mirava essenzialmente ad approfondire i c.d. crimini di obbedienza in relazione all'ordinamento militare.

La scelta di considerare la rilevanza dell'ordine in un settore non solo diverso da quello dei rapporti di autorità/subordinazione militare, ma anche ulteriore rispetto a quello più tradizionale in cui almeno uno dei soggetti riveste un ruolo pubblico e che rinviene una disciplina articolata nel testo dell'art. 51 c.p., muove però dall'attenzione verso un presupposto di fondo, che individua un elemento comune a tali pur distinti ambiti: anche nei rapporti privati si realizza una organizzazione di una pluralità di soggetti, differenziata secondo una ripartizione di posizioni, ruoli, autorità e anche responsabilità. Dalla famiglia alle associazioni, come anche nelle imprese in forma associata: le più varie realtà sociali sono accomunate da una pluralità di soggetti con differenziate sfere di competenza per contribuire a realizzare gli scopi dei rispettivi gruppi e che operano secondo le indicazioni di una autorità<sup>1</sup>.

Se si restringe il campo considerando in particolare l'ambito dell'impresa, il fattore organizzativo assurge a carattere costitutivo e qualificante nella stessa definizione fornita dal codice civile all'art. 2082 c.c. Quando vi si parla di attività economica organizzata al fine della

---

<sup>1</sup> Per una generale indagine sulle relazioni sociali fondate sull'autorità, C. McMAHON, *Authority and Democracy: A General Theory of Government and Management*, Princeton Univ. Press, 1994.

produzione e dello scambio di beni e servizi, componente necessaria dell'elemento organizzativo – ovviamente al di fuori dei casi di esercizio individuale dell'attività – è l'articolazione interna dei rapporti fra i soggetti, che a sua volta implica una disciplina dei rispettivi ambiti di intervento con conseguente responsabilità. Pur nella pluralità degli attuali modelli organizzativi delle aziende, le diverse articolazioni strutturali distribuiscono su più livelli i ruoli di autorità/controllo e subordinazione dei vari soggetti interni, a cui si connettono i corrispondenti poteri e responsabilità.

Si tratta del resto di una realtà organizzativa che trova preciso riscontro nelle direttrici portanti dell'intero sistema di responsabilità da reato degli enti, secondo la declinazione che riceve nel nostro ordinamento. Il d.lgs. 231/2001 fonda il cruciale profilo del collegamento fra il fatto di reato della persona fisica e l'illecito dell'ente collettivo su una relazione fra questi due elementi che differenzia le varie posizioni strutturali/funzionali interne all'organizzazione dell'ente secondo un modello organizzativo tanto a duplicità di livelli, quanto fondamentalmente gerarchico: soggetti apicali (o di vertice) /soggetti subordinati, rispettivamente definendo differenti criteri di imputazione (art. 5 co. 1, lett. *a* e art. 6; art. 5 co. 1, lett. *b* e art. 7)<sup>2</sup>.

La rilevanza attribuita a tale divisione di ruoli è un utile aggancio per una questione tradizionalmente connessa al tema della rilevanza penalistica dell'obbedienza responsabile, quale quella dell'ambito privatistico di operatività, ma a ben vedere in un contesto diverso al suo terreno originario e invero più generale: si tratta di verificare se la relazione fra i soggetti privati interni all'ente, che è in grado di contribuire a fondare la responsabilità di quest'ultimo, possa anche rilevare come fattore limitante la responsabilità di almeno uno di tali soggetti privati. Occorre in altri termini indagare se i rapporti interni all'organizzazione dell'ente, che possono presentarsi come elementi di un binomio necessario con la responsabilità da reato dell'ente in quanto ne rappresentano elementi fondanti la sua affermazione, operino in certi casi in senso opposto, vale a dire per segnare un'antinomia fra la qualificazione dei fatti per l'ente ed i suoi vertici e la posizione del soggetto

<sup>2</sup> La relazione al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, dopo aver attribuito a tali previsioni un ruolo centrale per l'intero sistema (par. 3.2.: «Il cuore della parte generale del nuovo sistema è rappresentato dagli art. 5 e 6») ammette espressamente la pluralità dei modelli organizzativi nella «situazione societaria attuale» sebbene poi la considerazione delle «realtà in cui il *management* non si sviluppa secondo un modello verticistico, ma si distende piuttosto su di una (ampia) base orizzontale, con la conseguente frantumazione dei poteri decisionali dell'ente» (par. 3.4.) serve a personalizzare l'imputazione all'ente della responsabilità per il fatto della persona fisica che rivesta funzioni apicali, ma non intacca la generalizzata presenza di relazioni di subordinazione anche nei modelli a *management* non verticistico.

subordinato che, se e in quanto si sia mantenuto nel solco delle direttive impartite dai soggetti di vertice, possa appellarsi al vincolo di dipendenza per escludere o comunque limitare la propria responsabilità personale.

Né varrebbe obiettare ad una tale prospettiva di indagine la fallacia logica di volere ricavare da un criterio che serve a fondare la responsabilità dell'ente (il rapporto strutturale/funzionale fra i diversi livelli dell'organizzazione interna) elementi che operano invece a favore dell'opposta esclusione della responsabilità per uno dei soggetti persone fisiche in gioco: come infatti ha da tempo insegnato il dibattito sulla colpevolezza tanto come elemento del reato quanto come criterio di commisurazione della pena, fra fondamento e limite della responsabilità penale vi è un profondo nesso valutativo.

Per affrontare la questione occorrerà muovere dalla tradizionale valenza della scriminante dell'ordine in ambito pubblicistico e all'interno di organizzazioni caratterizzate da rapporti gerarchici fra i diversi livelli dei soggetti coinvolti. Quindi per una riconsiderazione del margine di rilevanza dell'ordine nei rapporti privati si richiamerà l'interessante, ancorché datata, prospettiva dell'istituto come scusante, nell'ambito di una valorizzazione della categoria per un avanzamento del principio di colpevolezza nella teoria del reato. A questo punto, si potrà verificare l'analogia strutturale con la rilevanza dell'organizzazione negli enti a struttura complessa, e chiarire i termini del collegamento fra fondamento della responsabilità dell'ente e dei suoi vertici ed esclusione della colpevolezza individuale dei soggetti subordinati. Un cenno appare infine opportuno al possibile collegamento fra tale effetto limitante della responsabilità dell'ordine privato negli enti collettivi e il sistema di responsabilità costruito sulla *compliance* interna.

## *2. La tradizionale valenza della scriminante dell'ordine in ambito pubblicistico e all'interno di organizzazioni su base gerarchica*

La chiusura ad un riconoscimento della rilevanza esimente dell'ordine al di fuori dei rapporti autoritativi di natura pubblica ha invero origini risalenti e nel tempo è stata costantemente riaffermata fino al quadro normativo ancora attuale, nel quale l'efficacia scriminante dell'ordine privato è esclusa da dottrina e giurisprudenza in modo concorde.

Già nel codice sardo italiano del 1859, le varie situazioni in cui nella parte speciale si dava rilevanza all'ordine, per riconoscere o anche escludere un effetto esimente dalla pena, erano espressamente connesse a rapporti

fra pubblici ufficiali e rispettivi superiori (artt. 191, 205, 231, 237), salvo che per l'ipotesi di morte o lesioni la cui liceità era ammessa in generale, ma alla duplice condizione di essere «ordinate dalla legge e comandate dall'autorità».

Per intendere il pur sempre ristretto significato attribuito a questo riferimento ad una indistinta autorità, si può ricordare che la suddetta formula riproduceva fedelmente la tradizione dei codici Francesi, tanto di quello post Rivoluzione Francese del 1791 (parte 2, tit. 2, sez. 1, art. 4), quanto di quello del 1810 (c.d. *code Napoleon*, in specie l'art. 337): nei lavori preparatori di quest'ultima previsione, i relativi casi di «omicidio legale» erano esemplificati con situazioni in cui l'autorità debba difendersi da «oppositori» che «la attaccano» e che siano dunque «in stato di ribellione»<sup>3</sup>. Si tratta dunque di un'autorità che difende da aggressioni esterne il potere dello Stato e per questo tipicamente espressiva della natura pubblica di quest'ultimo.

Su una linea di continuità si pone il codice Zanardelli, che pure passa ad una esimente non più ristretta a specifiche situazioni e riferita a particolari delitti, ma invece di portata generale e dunque collocata nel primo libro del codice: l'art. 49 co. 1 n. 1 dispone la non punibilità di colui che commette il fatto «per disposizione di legge o per ordine, che era obbligato ad eseguire, dell'autorità competente». L'accezione ristretta delle relazioni intersoggettive considerate dalla norma è però subito dopo esplicitata dalla stessa norma, che al secondo comma, nel separare le posizioni fra chi esegue e chi impartisce l'ordine, circoscrive l'operatività ai rapporti in cui interviene un pubblico ufficiale, sbarrando così la strada ad una possibile estensione della portata scriminante ai rapporti fra privati. Così fu facile rilevare che l'espressa menzione dei pubblici ufficiali pone «fuori di contestazione che la subiezione scriminante ai sensi dell'art. 49 n. 1 è soltanto la *gerarchica*»; e proseguendo coerentemente, seppur nel contesto lessicale e valoriale di un secolo fa: «la subiezione domestica, il meto reverenziale dei figli verso i genitori, della moglie verso il marito, del servo verso il padrone non hanno virtù scriminante»<sup>4</sup>.

I tempi passano, mutano i codici, anche semantici, ma la sostanza di quell'ordine di idee è rimasta e si è consolidata, finendo per assurgere a disposizione normativa espressa: l'art. 51 c.p. vigente specifica la natura pubblica dell'Autorità che impartisce l'ordine da cui può scaturire la non

<sup>3</sup> Per questi riferimenti al rapporto della Commissione legislativa v. J.M.DUFOUR, *Code criminal avec instructions. Deux. Partie Code Pénal*, Tome II, Paris 1811, p. 114 s.

<sup>4</sup> L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, vol. I, 3 ed., UTET, Torino 1924, p. 131.

punibilità dell'esecutore. In tale quadro, la conclusione interpretativa sul punto è ormai sedimentata: per limitarsi solo a richiami esemplificativi, l'ordine regolato dall'art. 51 c.p. vigente «per assumere efficacia esimente, [...] deve costituire manifestazione di volontà emanata nell'ambito di un rapporto di subordinazione di diritto pubblico, non essendo in alcun modo rilevante un ordine proveniente da soggetti privati, quand'anche dotati di una "autorità", per altro verso legalmente riconosciuta»<sup>5</sup>. Analogamente: «non scrimina l'ordine privato, derivante cioè da un rapporto di subordinazione di diritto privato (es. figlio o lavoratore che esegue un ordine criminoso del padre o del datore di lavoro), potendo prevalere sull'interesse pubblico, tutelato dalla norma penale, solo l'interesse pubblico, sottostante al potere ordinatorio, e non l'interesse privato»<sup>6</sup>. E fino a ritenere la conclusione non meritevole di dimostrazione: «la giustificazione evidentemente discende solo dalla presenza di un ordine della pubblica autorità, con esclusione di quelle forme di superiorità decisionale di tipo privatistico (datore di lavoro ad esempio) o familiare»<sup>7</sup>.

Piena continuità sul punto si riscontra anche nella giurisprudenza: per limitarci solo a due esempi lontani reciprocamente, l'inapplicabilità della scriminante in esame agli ordini emanati non da una pubblica autorità, ma da un privato datore di lavoro ai suoi dipendenti è esplicitata in una decisione della Cassazione agli inizi degli anni Settanta<sup>8</sup>; e si ritrova in termini quasi identici quasi mezzo secolo dopo<sup>9</sup>, dopo ripetute pronunce

<sup>5</sup> C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 6 ed., UTET, Torino 2020, p. 354.

<sup>6</sup> F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale, Parte generale*, 13 ed., CEDAM, Milano 2025, p. 220, pur ammettendo una possibile mancanza di colpevolezza se l'agente non poteva «rendersi conto dell'illiceità del fatto».

<sup>7</sup> C.E. PALIERO (cur.), *Il sistema penale*, Giappichelli, Torino 2024, p. 333. In senso analogo, v. anche G. DELITALA, *Adempimento di un dovere*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano 1958, p. 570; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Lefebvre Giuffrè, Milano 1987, Art. 51/23-24, p. 468 s.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 12 ed., Lefebvre Giuffrè, Milano 2019, p. 204 s.; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. V, UTET, Torino 1990, p. 327 s.; ID., *Diritto Penale*, 11 ed., Giappichelli, Torino 2025, p. 162. Anche questi due ultimi autori lasciano comunque spazio a conclusioni diverse sul piano dell'esclusione della colpa.

<sup>8</sup> Cass., sez. 6, 22.10.1971: «Gli ordini [...] come si evince dalla precisa e chiara formulazione della legge, debbono emanare da una pubblica autorità, il che significa che i rapporti di subordinazione presi in considerazione sono esclusivamente quelli che sono previsti dal diritto pubblico. Nei rapporti di diritto privato, tra i quali sono compresi quelli che intercorrono tra i privati datori di lavoro e i loro dipendenti, non è applicabile la causa di giustificazione sopra indicata, perché manca un potere di supremazia del superiore riconosciuto dalla legge».

<sup>9</sup> Cass., sez. 3, 13.10.2016: «La causa di giustificazione prevista dall'art. 51 cod. pen. è

pienamente conformi<sup>10</sup>.

Questa impostazione tradizionale e tralatizia non manca certo di coerenza interna, e a sua volta produce ben precise conseguenze di inquadramento nel sistema. L'origine della figura nelle situazioni in cui l'autorità pubblica deve contrastare una violenza da parte degli oppositori orienta a impiantare le ragioni della esclusione della responsabilità nel terreno delle prerogative della sovranità: l'interesse pubblico obiettivamente nella tutela penale di un singolo bene giuridico può, ma anche deve, cedere solo di fronte ad una ragione superiore che serva a garantire non una esigenza particolare, ma ciò che in ultima analisi potrebbe dirsi l'in sé del sistema giuridico statale. Vale a dire, la sua possibilità di utilizzare efficacemente gli strumenti per difendersi e garantire la propria sopravvivenza. Per questo, nel conflitto fra norme che si genera fra la singola incriminazione e quella che impone un comportamento, anche quando concretizzata da un ordine dotato di certi requisiti di legittimità, la prevalenza spetta a quest'ultima, almeno in quanto la sua *ratio* sia riconducibile ad un interesse che proprio per la sua natura pubblica può considerarsi prevalente su quello privato, seppure entro certi limiti.

Sul piano delle conseguenze sistematiche, un tale fondamento si coniuga al principio di unità e non contraddittorietà dell'ordinamento giuridico. Questo viene utilizzato per inquadrare fra le cause di giustificazione il criterio di soluzione dell'antinomia giuridica codificato all'art. 51 per l'adempimento del dovere imposto da una norma giuridica o dall'ordine della pubblica Autorità<sup>11</sup>.

---

applicabile esclusivamente ai rapporti di subordinazione previsti dal diritto pubblico e non anche a quelli di diritto privato, sicché il dipendente privato che riceve dal proprio datore di lavoro una qualunque disposizione operativa, è tenuto a verificarne la rispondenza alla legge secondo gli ordinari canoni di diligenza e, qualora ne riscontri l'illegittimità, deve rifiutarne l'esecuzione, senza che, altrimenti, possa ravvisarsi l'impossibilità di sottrarsi all'ordine che esclude la punibilità della condotta». Riprodotta testualmente da Cass. Sez. 3, 13.09.2019.

<sup>10</sup> Cass. 11.05.1993, in «Diritto e pratica del lavoro», 1993, p. 2532; Cass. 6.12.1990 RV. 191801; Cass. 26.06.1990, in «Cassazione penale», 1991, I, p. 744; Id. 19.06.1990, in «Rivista penale», 1991, p. 875; Cass. 28.05.1984, in «Cassazione penale», 1986, p. 48; Cass. 4.11.1982, in «Rivista penale», 1984, p. 184.

<sup>11</sup> Per tutti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte gen.*, 14 ed., Lefebvre Giuffrè, Milano 2025, p. 346 s. Il riferimento alle situazioni di cui all'art. 51 peraltro manca nella pur approfondita trattazione su antinomie giuridiche e conflitti di doveri di F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Lefebvre Giuffrè, Milano 2000, p. 475 s. Esso viene invece affrontato, per criticare il dogma della coerenza dell'ordinamento giuridico (ancorché rispetto al profilo del diritto e non dell'obbligo di agire come contenuto dell'ordine, ma con argomenti che sembra valgano per entrambe le figure), in A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Lefebvre Giuffrè, Milano 2009, p. 43 s., 48 s.

Ma in un ingranaggio così ben funzionante qualche stridio si avverte: in primo luogo sul piano della stessa base teorica, che presenta un risvolto non riducibile, almeno completamente, al piano tutto oggettivo del rapporto fra norme; in secondo luogo e di riflesso, la stessa disciplina positiva nel nostro codice lascia trasparire una difficoltà ad escludere del tutto una considerazione di elementi soggettivi nell'operatività della causa di esclusione della responsabilità. Non può in proposito trascurarsi che qualsiasi antinomia giuridica produce un conflitto fra doveri nel soggetto che è chiamato ad agire; come tale, ha dunque una valenza non solo sul piano dei rapporti fra norme – che in quanto oggettivo, può dirsi inoltre astratto e impersonale – ma anche dei conflitti di coscienza nell'individuo, vale a dire un piano che, per contrapposizione al precedente, appare soggettivo, e dunque concreto e collegato alla persona tenuto ad attivarsi.

Significativa è in proposito la previsione, all'art. 51 comma 4 c.p., della non punibilità di chi sia soggetto ad eseguire un ordine illegittimo, quando non possa sindacarne tale carattere<sup>12</sup>. Essa ha il comprensibile scopo di non depotenziare l'efficacia coattiva dei poteri pubblici, ma mantiene una oscurità di fondo rispetto alla spiegazione della non punibilità dell'esecutore. La realizzazione dell'ordine nel mondo esterno non è esente da una connotazione di disvalore, che si rispecchia del resto nella stessa contestuale affermazione di responsabilità di chi ha impartito l'ordine criminoso. Il vincolo gerarchico non cancella tale connotato di illiceità nella realizzazione concreta dell'ordine criminoso; è piuttosto la posizione del soggetto obbligato ad eseguirlo che gli impedisce almeno ordinariamente di controllarne la legittimità. Per questo motivo, a proposito dell'attuale art. 51 comma 4, si è parlato esattamente di «complessa collocazione, fra il piano della giustificazione e quello della colpevolezza»<sup>13</sup>. L'ordinamento

<sup>12</sup> In caso di organi strutturati gerarchicamente, si preferisce ascrivere la responsabilità al superiore che ha impartito l'ordine, piuttosto che consentire a chi è tenuto ad eseguirlo di indugiare per il timore di esporsi alle conseguenze penali del fatto commesso nell'adempimento del dovere. Tale scelta vale pur sempre con un limite implicito, connesso agli stessi presupposti del dovere di obbedienza a carico dell'esecutore: nonostante che la norma preveda la mancanza di *qualsiasi* potere di sindacato sulla legittimità dell'ordine, anche nei casi in cui il vincolo gerarchico sia particolarmente rigido (come ad esempio nell'ordinamento militare), l'inferiore deve pur sempre rifiutarsi nei casi di illegittimità formale (incompetenza ad emanare o ad eseguire quel tipo di ordine, mancanza di forma prescritta) o di criminalità manifesta dei contenuti dell'ordine stesso. Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. GATTA, *Manuale*, cit., p. 350 s.; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, cit., p. 328 s. In giurisprudenza ad es. Cass. 9.07.2021 RV. 282221-01; Cass. 28.09.1984 in «Giustizia penale», 1986, II, p. 450; Cass. 21.04.1983, in «Rivista penale», 1984, p. 55.

<sup>13</sup> Così D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto*, cit., p. 328. Critico sulla collocazione della disposi-

appresta gli strumenti per garantire efficacia agli ordini pubblici, ma al contempo risolve il conflitto fra gli obblighi di esecuzione e un'accurata verifica di liceità dei contenuti dell'ordine, optando a favore dei primi.

Lo spostamento delle ragioni dell'esclusione della non punibilità del subordinato dalla dimensione oggettiva dell'antinomia a quella soggettiva della possibilità di esigere un comportamento del singolo rinviene una eco molto significativa nella previsione di tale situazione fra le cause soggettive di esclusione della responsabilità nell'ormai risalente Progetto della Commissione Pagliaro pubblicato nel 1992 e contenente uno schema di legge delega per un nuovo codice penale, che inaugurò la prolungata stagione dei tentativi di ricodificazione penale nel nostro ordinamento a cavallo del cambio di secolo<sup>14</sup>. Ancora più significativa ai fini della presente riflessione il dato che una volta abbracciata tale visuale di considerazione in quel Progetto, si aprì la strada ad una rilevanza dell'ordine non più limitata all'ambito dei rapporti pubblici e di natura gerarchica, ma anche di tipo privato (art. 17 n. 2). Una impostazione di fondo poi ripresa oltre un decennio dopo nel Progetto Nordio, con poche modifiche (art. 38)<sup>15</sup>.

---

zione in esame fra le scriminanti anche T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1987, p. 815. Orientato verso l'inquadramento fra le scusanti P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, Torino 2000, p. 295 s. In Germania, in mancanza di una disposizione del codice penale analoga al nostro art. 51, l'azione commessa in esecuzione di un ordine illegittimo vincolante oscilla fra l'inquadramento come causa di giustificazione (così ad es. H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. A.T.*, Berlin 1996, 5 ed., p. 394) o invece come scusante (ad es. C. KÜPER, *Grundsatzfragen der 'Differenzierung' zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe*, in *Juristische Schulung*, 1987, p. 92).

<sup>14</sup> Sulla rilevanza di tale figura nell'ambito della innovativa categoria nel Progetto 1992, cfr. E. VENAFRO, *Scusanti*, Giappichelli, Torino 2002, p. 176 s. V. anche G. FORNASARI, *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega per un nuovo codice penale*, in «Indice penale», 1994, p. 369 s.; A. CAVALIERE, *Riflessioni dogmatiche e politiche criminali sulle cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1994, p. 1478 s.

<sup>15</sup> Sul punto, V. MASARONE, *Il problema delle scusanti*, in C. FIORE et al. (a cura di), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui progetti Nordio e Pisapia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2009, 149 s., pp. 169 s.

### 3. *La prospettazione come scusante nell'ambito di una valorizzazione della categoria per un avanzamento del principio di colpevolezza nella teoria del reato*

Se non stupisce che, in un tempo in cui nel nostro ordinamento la sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale aveva segnato un trionfo della concezione normativa della colpevolezza, si producesse uno sforzo per declinarne le conseguenze in vari capitoli della teoria del reato, proprio il riconoscimento della rilevanza dell'ordine privato ne rappresentò un saggio fra i più significativi, anche per il suo carattere innovativo rispetto al quadro tradizionale inizialmente tratteggiato. Si superava infatti la preclusione nei confronti della possibilità che anche l'ordine proveniente non da una Pubblica Autorità ma da un soggetto privato qualificato crei, in presenza di determinate condizioni, un'analogia situazione di conflitto di doveri che impedisce il formarsi del rimprovero a carico dell'esecutore.

Una tale figura scusante vantava peraltro ascendenze della massima importanza, perché la vicenda giurisprudenziale che nell'ambiente tedesco aprì il dibattito sull'inesigibilità come limite generale alla responsabilità penale e sulle cause di esclusione della colpevolezza fu connessa proprio ad un ordine privato: è il caso del cavallo che il cocchiere aveva avuto ordine di attaccare alla carrozza da parte del padrone, nonostante fosse a conoscenza del carattere estremamente bizzoso della bestia (cd. *Leinenfängerfall*)<sup>16</sup>.

Una volta poi abbandonata l'impostazione scriminante per qualificare la posizione dell'obbligato, viene meno l'esigenza di individuare un interesse prevalente sul piano obiettivo che giustifichi la materiale lesione di un bene penalmente tutelato. Per fondare l'esclusione di responsabilità vi è ancora il filtro della colpevolezza, che guarda alla posizione soggettiva del singolo che si trovi in una situazione di conflitto di doveri, e ciò indipendentemente dalla natura pubblica o privata della finalità che è causa della situazione antinomica. Nel passaggio dall'ottica oggettiva, a fondamento della giustificazione, a quella soggettiva, propria della colpevolezza, diventa così possibile e coerente includere l'ordine privato fra le situazioni che possono vincolare un soggetto alla realizzazione di un fatto materialmente illecito.

Ciò non significa una equiparazione assoluta fra l'esecuzione dell'ordine di natura pubblica e quella connessa ad un ordine privato: nel menzio-

<sup>16</sup> Il caso fu discusso dal *Reichsgericht* nel 1897 ed assunse un'importanza primaria nel dibattito sulla concezione normativa della colpevolezza, da Franck a Freudenthal fino a Engisch. V. ad es. M. Maiwald, *Die Unzumutbarkeit- Strafbarkeitsbegrenzendes Prinzip bei den Fahrlässigkeitsdelikten?*, in P.A. ALBRECHT et al. (Hrsg.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum*, Heymanns, Köln 1993, S. 475 s. 485. Da noi, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, CEDAM, Padova 1990, pp. 54, 86, 96.

nato Progetto 1992 le due cause furono distintamente previste e regolate con requisiti differenti. Per l'ordine privato si specificava che il soggetto da cui promana debba occupare una posizione riconosciuta dalla legge come dotata di particolare autorità (l'esempio più tipico è il potere del datore di lavoro sui subordinati); inoltre, occorre che l'ordine rientrasse fra le materie inerenti al rapporto di dipendenza (se fossero invece estranee, verrebbe meno il vincolo ad eseguire l'ordine); infine, era richiesto che vi fosse in chi esegue l'ordine un «ragionevole convincimento» della sua liceità.

I primi due elementi, attinenti all'autorità della fonte ed alla strumentalità dell'ordine, possono considerarsi comuni ad entrambe le situazioni scusanti, ed anzi anche all'esecuzione di un ordine legittimo quale causa di giustificazione. Si tratta infatti di requisiti ritenuti necessari anche per l'applicabilità dell'attuale art. 51 c.p.<sup>17</sup>. La peculiarità della scusante per chi esegue l'ordine privato emerge invece nell'ultimo requisito posto dalla norma in esame del Progetto 1992, con il riferimento al risvolto soggettivo che la situazione deve avere per l'agente. A differenza che per l'esecuzione dell'ordine illegittimo della pubblica autorità, non bastava che la criminalità dell'ordine non fosse manifesta o comunque nota al soggetto tenuto ad eseguirlo; era piuttosto richiesto un suo positivo, ragionevole convincimento sulla liceità dell'ordine. Quanto all'oggetto di tale requisito soggettivo, la liceità non sembrava limitata ai soli profili della competenza e della forma dell'ordine, ma piuttosto da estendersi anche alla integrazione o meno di fatti penalmente illeciti come conseguenza dell'ordine. La disposizione non parlava infatti di legittimità (che poteva limitarsi a profili solo formali), ma di liceità, cioè di non contrarietà all'ordinamento e quindi anche alla legge penale. In altri termini, secondo quella proposta normativa chi esegue un ordine che provenga da una autorità privata giuridicamente riconosciuta come competente ad emanarlo e che rientri nelle materie attinenti al rapporto di subordinazione sarebbe stato scusato per il reato così compiuto solo se avesse ritenuto per errore che l'adempimento non avrebbe comportato alcun reato.

La soluzione proposta si differenzia dunque dai tentativi di risolvere la problematica dell'ordine privato non sul terreno delle cause di esclusione del reato e delle scriminanti, ma su quello della stessa colpa. Senza smentire la limitazione dell'art. 51 c.p. agli ordini di fonte pubblicistica, è stato acutamente rilevato che l'esecuzione di quelli privati può comunque restare esente da responsabilità penale ad una duplice condizione: che tali

<sup>17</sup> In proposito v. Cass. 27.01.1987 in «Rivista penale», 1988, p. 88; Cass. 10.06.1982, in «Cassazione penale», 1983, p. 882.

ordini non abbiano un diretto contenuto criminoso e che il conseguente verificarsi di offese a beni penalmente tutelati non sia dovuto ad una colpa concorrente dell'esecutore<sup>18</sup>. In effetti, in quanto il rapporto di dipendenza presupposto del vincolo di eseguire l'ordine ha a fondamento un potere dell'autorità privata di dirigere l'attività materialmente svolta da soggetti subordinati, in linea di principio resta estraneo ai doveri di diligenza dell'esecutore impedire il realizzarsi dei contenuti dell'ordine, perché al di fuori dei casi di criminalità manifesta il soggetto dovrebbe potersi affidare al rispetto delle norme penali da parte di chi dirige e coordina la sua attività<sup>19</sup>. Peraltro, una tale soluzione non ha un valore assoluto, perché diversa sarà la conclusione quando l'esecutore occupi un ruolo di garante rispetto a particolari interessi coinvolti nell'attività o comunque sia a conoscenza della pericolosità dell'ordine.

La soluzione scusante proposta dal Progetto 1992 privilegiava invece in linea generale la posizione dell'esecutore: questi, se avesse ritenuto lecito l'ordine, sarebbe stato escluso dalla responsabilità per le conseguenze di ciò che per lui non era altro che un atto dovuto. Sembrerebbe invero che una soluzione siffatta comporti un rischio di sguarnire le difese dei beni penalmente tutelati che possono essere colpiti nello svolgimento delle attività private, in quanto specie nel caso di garanti collocati a livelli intermedi di una organizzazione lavorativa la scusante potrebbe deresponsabilizzare un vigilante intervento di tali soggetti.

Tali timori possono essere fugati se si intende nel senso esatto il requisito in esame: in particolare, occorre considerare che il «confidare ragionevolmente nella liceità dell'ordine» lascia aperta la possibilità di considerare l'ipotesi in cui l'esecutore, in base alle proprie capacità di apprezzamento della situazione, dovrebbe riconoscere il contenuto pericoloso dell'atto ordinatogli. Un eventuale rimprovero per tale mancato riconoscimento non poteva comunque di per sé solo fondare un giudizio di colpa per il concorso nella realizzazione dell'evento, ma avrebbe solo operato nel senso di escludere il ricorso alla progettata causa soggettiva di esclusione della responsabilità.

---

<sup>18</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Osservazioni sulla rilevanza penale dell'ordine privato*, in «Massimario di giurisprudenza del lavoro», 1977, p. 464 s.; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto*, cit., p. 328. Cfr. pure Cass. 28.11.1975, in «Massimario di giurisprudenza del lavoro», 1977, p. 464 s.

<sup>19</sup> Si tratta di un'applicazione del generale principio di affidamento valido per limitare la responsabilità colposa: in proposito cfr. F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Giuffrè, Milano 1984, p. 147 s.; F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 324 s.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, P.G., 9 ed., Lefebvre Giuffrè, Milano 2020, p. 334.

4. *L'analogia strutturale con la rilevanza dell'organizzazione negli enti a struttura complessa: fondamento della responsabilità dell'ente e possibile esclusione della colpevolezza individuale dei sottoposti*

Preso atto che il Progetto 1992, al pari del resto degli altri che lo hanno seguito, è rimasto tale, forse l'occasione di valorizzare la prospettiva di una rilevanza dell'ordine nei rapporti privati può non essere perduta se si riflette sulle sue potenzialità, in specie operando – come inizialmente accennato – un collegamento con il campo della responsabilità da reato degli enti *ex d.lgs. 231/2001*.

In particolare, la struttura del criterio oggettivo di imputazione del reato all'ente presuppone una fondamentale relazione di subordinazione, ancorché non gerarchica, fra i soggetti persone fisiche che operano per l'ente. Si è già ricordato che ai sensi dell'art. 5 co. 1 lett. *a* e *b* d.lgs. 231/2001 la responsabilità determinata dal fatto commesso dai vertici si affianca a quella connessa al fatto realizzato dai subordinati. In questo secondo caso, ai sensi dell'art. 7 comma 1 dello stesso d.lgs. 231/2001, per l'ascrizione all'ente della responsabilità per il reato commesso occorre però verificare la presenza contestuale di una omissione dei doveri di controllo e vigilanza, che logicamente non può che essere riferita ai soggetti di vertice<sup>20</sup>.

Se ne ricava una rappresentazione della responsabilità dell'ente nei casi di reato commesso da subordinati ristretta ai casi in cui il reato sia frutto di una iniziativa di tali soggetti non solo autonoma, ma anche rimasta estranea o comunque sfuggita all'esercizio dei poteri di vigilanza da parte dei vertici<sup>21</sup>.

È legittimo allora interrogarsi quali siano le conseguenze della situazione in cui il reato della persona fisica in posizione subordinata in seno

<sup>20</sup> Nel senso invece che l'inosservanza degli obblighi di cui all'art. 7 comma 1 non sia riferita ai soggetti di vertice, ma all'ente nella sua interezza G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 156, 192: il mancato riferimento espresso ai soggetti di vertici dell'inosservanza degli obblighi di vigilanza di cui al primo comma dell'art. 7 non toglie che l'incipit del secondo comma contiene una formulazione («In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, se l'ente ...») che non contraddice l'ordinaria riferibilità ai soggetti di vertice della sottoposizione ai suddetti obblighi, ma che ne esclude l'eventuale mancato rispetto in presenza dei modelli organizzativi previsti dal citato art. 7.

<sup>21</sup> *Ex multis*, R. BARTOLI, *Il criterio di imputazione*, in G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I., Giappichelli, Torino 2020, p. 177 s., 182 s.; A. ORSINA, *La responsabilità da reato dell'ente fra colpa di organizzazione e colpa di reazione*, Giappichelli, Torino 2024, p. 45 s., 58 s.

all'organizzazione dell'ente non solo non sia estraneo ai soggetti di vertice, ma venga invece commesso sulla base di precise direttive di questi ultimi. Senza un intervento dei quadri intermedi e degli stessi lavoratori finali, naturalmente variamente individuati in relazione ai contenuti delle scelte compiute dai vertici, quest'ultime non potrebbero avere realizzazione e dunque non si produrrebbero i relativi effetti criminosi. La risposta più facile è quella che si rifugia nei canoni del concorso di persone nel reato, eventualmente (rispetto ai casi di reati propri) nella declinazione offerta dalla previsione del concorso dell'estraneo (il soggetto subordinato) al reato del soggetto di vertice qualificato (amministratore, direttore generale ecc.) (art. 117 c.p.). Tuttavia, se si considerano le ragioni politico-criminali che hanno portato al riconoscimento ormai generalizzato fra ordinamenti delle più varie tradizioni giuridiche di sistemi appositi di responsabilità da reato degli enti collettivi<sup>22</sup>, è legittimo porre la questione se la risposta tradizionale, nella sua lineare semplicità teorica, sia frutto di una visione non più aderente all'accresciuta complessità dei fattori in gioco.

Se si passa da modelli meramente ascrittivi della responsabilità all'ente, in cui cioè quest'ultimo risponde per una connessione con la persona fisica ritenuta giuridicamente rilevante, e si cerca di fondare la responsabilità dell'ente su un fatto proprio, non si può eludere di costatare l'insufficienza dei sistemi di responsabilità delle persone fisiche: la difficoltà è essenzialmente connessa all'individuazione dei soggetti che nell'ambito delle organizzazioni complesse sono i reali artefici delle condotte illecite; ciò almeno se si ha cura di restare nell'ambito di forme di imputazione rispettose della personalità della responsabilità penale. Qui propriamente si innesta l'idea di una colpevolezza dell'ente per il difetto nell'organizzazione interna: la mancanza di trasparenza nella precisa ripartizione dei ruoli e delle responsabilità consente di occultare le reali linee di imputazione delle scelte a monte delle eventuali offese penalmente rilevanti realizzate nell'ambito dell'attività dell'ente collettivo.

---

<sup>22</sup> Sul punto, per una sintesi sia consentito rinviare a V. MILITELLO, *Corporate Criminal Liability*, in P. CAEIRO, et al. (a cura di), *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*, ELGAR, Cheltenham, 2023.

### *5. La delimitazione dell'effetto scusante e la possibile efficacia preventiva sulla responsabilità dell'ente*

Una volta riconosciuta che tale complessità organizzativa esige l'adozione di adeguate misure di contrasto, la cui mancanza contribuisce a fondare la responsabilità dell'ente, per superare la restrizione della non punibilità dell'ordine connessa alla originaria matrice autoritativa, che come ricordato la limita ai rapporti di tipo pubblico ed in specie gerarchico e la orienta in termini oggettivi ed impersonali, torna utile considerare il risvolto che nei rapporti fra più soggetti ha una direttiva proveniente da un soggetto che abbia un potere su altri di pretenderne l'esecuzione, vale a dire l'insorgenza di un vincolo alla scelta di agire in chi è sottoposto all'altrui potere autoritativo.

Si tratta di un vincolo funzionale ad assicurare l'adempimento della prescrizione impartita: senza di che qualsiasi organizzazione orientata ad un fine non riuscirebbe a realizzare la propria azione sociale e dunque fallirebbe il proprio scopo. Ma se è vero che la forza vincolante della direttiva di azione opera in modo diverso a seconda dei contesti – rispettivamente gerarchico (come in ambito militare e comunque della forza pubblica) e privatistico (come nei rapporti lavorativi in senso ad una impresa societaria) – in tutti si deve riconoscere una fondamentale limitazione alla scelta di azione del singolo subordinato.

Ciò può spingersi sino a costituire un conflitto di coscienza nel soggetto subordinato quando la prescrizione – ordine in ambito pubblico, direttiva in quello privato – che gli viene impartita e che è tenuto ad eseguire implichi o quantomeno possa comportare l'integrazione di un reato. Qui non si tratta di riconoscere una qualche rilevanza alle mutevoli valutazioni di una moralità soggettiva del singolo soggetto chiamato ad agire, il che rischierebbe di minare l'efficace attuazione delle scelte decisionali operate da chi ha la responsabilità di assumerle per realizzare gli scopi dell'ente di appartenenza. Invece, il riferimento al carattere criminoso del fatto ancora il conflitto individuale di coscienza del subordinato ad un ordine oggettivo di valori riconosciuti e formalmente condivisi dallo ordinamento statale, che dunque prevale sugli interessi operativi dell'ente di appartenenza come intesi dai soggetti che nelle rispettive organizzazioni hanno ruoli decisionali.

Ammettere in tali casi una rilevanza del particolare stato di coscienza in cui opera il subordinato che esegua l'ordine dei soggetti apicali dell'ente è in linea con un giudizio di responsabilità penale attento alla condizione individuale in cui il soggetto opera e dunque si inserirebbe nel solco di un

progresso nell'affermazione del principio di colpevolezza come possibilità di muovere un rimprovero sulle scelte del singolo. D'altra parte, l'indicato riconoscimento non si espone alla tradizionale obiezione delle scusanti di creare lacune di tutela: alla luce della particolare natura triadica della relazione soggettiva che si riscontra in casi del genere (ente collettivo, soggetto di vertice, soggetto subordinato), qui occorre considerare sia la persistenza della responsabilità di chi ha impartito l'ordine che integra il reato, sia – sul terreno specifico dell'ordine in ambito privatistico – la possibile contestuale insorgenza della autonoma responsabilità dell'ente collettivo a cui viene imputato il reato commesso dai soggetti di vertice, seppur eseguito da subordinati.

Il carattere criminoso dell'azione richiesta al subordinato richiede però un approfondimento rispetto al modo in cui tale elemento si riflette sul grado di rappresentazione nel soggetto considerato. Sul presupposto che una sua raggiunta consapevolezza della rilevanza penale dell'azione che gli viene richiesta impedisce di riconoscere un effetto scusante alla sua condizione di coscienza, avendo comunque scelto di agire attribuendo prevalenza all'illecito, rimane da definire lo spazio delle situazioni in cui manchi nel subordinato una piena consapevolezza del contenuto illecito del comportamento che è chiamato ad eseguire.

In tali situazioni di dubbio, per non pregiudicare le esigenze di efficienza operativa delle varie organizzazioni, pur presenti in modo differenziato nelle singole e articolate tipologie di esse, non è possibile riconoscere al singolo l'obbligo di operare ogni volta una verifica accurata dei possibili risvolti illeciti dei contenuti della prestazione comandata. Basta invece che il comportamento richiesto al subordinato rientri nella sua sfera di competenza del soggetto e provenga da livelli dell'organizzazione sovraordinati, per riconoscere che il soggetto nell'eseguire l'ordine ha dato prevalenza al vincolo ad agire connesso alla sua posizione nell'organizzazione dell'impresa, salvi come detto i casi di acquisita consapevolezza del contenuto criminoso del comportamento.

Lo spazio di rilevanza dell'esclusione della responsabilità per il conflitto di coscienza indotto dalla prescrizione privata nel soggetto è dunque segnato per un verso dalla sua consapevolezza del vincolo all'adempimento oggetto della direttiva, e quindi delle conseguenze per lui negative in caso di rifiuto di darvi esecuzione, e per altro verso dalla sua rappresentazione del carattere criminoso della condotta che gli viene richiesto di compiere. Come rilevato, infatti, in presenza di una effettiva consapevolezza di tale carattere, il suo contributo alla realizzazione del reato implicherebbe la

corresponsabilità del subordinato a titolo di concorso con il vertice ad es. aziendale che ha impartito la direttiva.

Questa consapevolezza peraltro non deve essere fissata secondo parametri oggettivi ed astratti (quale il carattere manifestamente criminoso dell'ordine), che rischiano di irrigidire troppo il giudizio secondo uno standard fisso e immutabile che mal si adatta alla natura soggettiva del conflitto di coscienza, che abbiamo segnalato come radice e *ratio* di un possibile riconoscimento di non punibilità del subordinato. Piuttosto, sembra preferibile un parametro più elastico, in cui si chiede al soggetto di non compiere l'azione richiesta quando questa comporti un rischio non adeguato di un fatto di reato, valutato in base alle circostanze del contesto complessivo dell'azione. Né questo parametro deve far concludere che la non punibilità del subordinato debba allora allocarsi sul piano dell'esclusione di una sua colpa nell'esecuzione del reato: è infatti da ricordare che si può trattare di prescrizioni che integrano reati tanto dolosi quanto colposi e che il riferimento ai conflitti di coscienza determinati dall'ordine del privato consente una soluzione non limitata solo a questi ultimi.

Né lo spazio così circoscritto di rilevanza dell'ordine del privato nei contesti oggi coperti dal sistema della responsabilità da reato degli enti ha solo una valenza per affermare un nuovo ruolo del principio di colpevolezza, attraverso il riconoscimento ulteriore di una scusante che ne contribuisce a delineare meglio il volto normativo. Pur come spunto conclusivo delle brevi note qui sviluppate, il sistema di responsabilità di reato degli enti attraverso il meccanismo di retroazione delle misure preventive in sede di adozione di appositi modelli di organizzazione e gestione sembra offrire un utile aggancio per introiettare il riconoscimento di una tale esclusione della responsabilità. In particolare, si potrebbe inserire nei modelli organizzativi e gestionali con finalità preventive degli illeciti dell'ente un apporto dei subordinati a tale attività: nel contesto di un modello di organizzazione basata su un tipo di leadership 'responsabile', in cui la partecipazione dei dipendenti è un elemento adeguatamente valorizzato<sup>23</sup>, potrebbe attribuirsi rilevanza ad una pur limitata verifica da parte di questi ultimi delle prescrizioni operative che ricevano, compatibilmente ai ruoli e ai contesti. Ciò al fine di escludere che l'adempimento delle stesse non contenga un rischio non adeguato di integrazione di fatti di reato, secondo appunto

<sup>23</sup> Su tale nozione di teoria dell'organizzazione cfr. T. MAAK, N. M. PLESS, *Responsible leadership in a stakeholder society - a relational perspective*, in «Journal of Business Ethics», 2006, p. 99 s.; e, in riferimento ai rapporti fra vertici e dipendenti aziendali, A.M. LÄMSÄ, A. KERÄNEN, *Responsible Leadership in the Manager - Employee Relationship*, in «South Asian Journal of Business and Management Cases», 2020, p. 422 s.

il parametro prima indicato per il riconoscimento della criminalità della prescrizione ricevuta.

Anche se un tale filtro venisse inserito non nei modelli di organizzazione e gestione per valutarne l'adeguatezza alla finalità di prevenire i reati dell'ente, ma solo nei codici etici delle aziende volti a delineare le migliori prassi nei processi decisionali partecipati all'interno delle rispettive organizzazioni, si tratterebbe comunque di un passo rilevante nel segno di una responsabilità sociale delle imprese e di una migliore personalizzazione della responsabilità dei singoli soggetti che partecipano a vario titolo e con differenti ruoli in tali ambiti. Un approfondimento delle potenzialità e dei limiti di una tale prospettiva appare dunque auspicabile, non solo in quanto ben si accorda con quella cooperazione fra sistemi di prevenzione privata e forme di tutela pubblica realizzata dai sistemi di *compliance* introdotti nel nostro ordinamento con il d.lgs. 231/2001, ma anche perché, più in generale, confermerebbe in termini aggiornati che un avanzamento del principio di colpevolezza segna un progresso tanto per il fondamento quanto per il limite della responsabilità penale.

## *Ordini e obbedienza nel sistema penitenziario*

PATRIZIO GONNELLA\*

### ABSTRACT

(ITA) Il contributo analizza la natura degli ordini e dell'obbedienza nel sistema penitenziario italiano, mettendo in luce la tensione costante tra legalità costituzionale e prassi informali. Dopo aver delineato il contesto socio-penitenziario e l'evoluzione normativa dagli anni '70 in poi, l'autore mostra come la cultura degli operatori, la sindacalizzazione della Polizia Penitenziaria e lo spirito di corpo abbiano spesso prodotto pratiche lontane dal dettato costituzionale, fino a legittimare episodi di tortura e violenza. Sul piano teorico, si sottolinea l'incompatibilità tra l'obbedienza cieca e i principi del diritto internazionale e costituzionale, che impongono la responsabilità individuale anche di fronte a ordini criminali.

(ENG) The chapter examines the nature of orders and obedience in the Italian prison system, highlighting the ongoing tension between constitutional legality and informal practices. The author shows how the culture of prison staff and the strong influence of the Penitentiary Police Trade Unions have often legitimized practices far from constitutional principles, including histories of torture and violence. On a theoretical level, the study stresses the incompatibility between blind obedience and the principles of international and constitutional law.

### KEYWORDS

(ITA) Carcere; Obbedienza; Tortura; Legalità costituzionale; Polizia Penitenziaria.

(ENG) Prison; Obedience; Torture; Constitutional legality; Penitentiary Police.

SOMMARIO: 1. Il contesto socio-penitenziario – 2. L'organizzazione dei servizi penitenziari, la cultura degli operatori e i rapporti di forza – 3. La tortura e l'uso legittimo della forza: tra spirito di corpo e corpi speciali – 4. L'obbedienza nel contesto internazionale, costituzionale, penitenziario – 5. Il cambio di paradigma avvenuto con l'approvazione del decreto legge sicurezza – 6. Conclusione: le norme che inseguono le prassi.

---

\* Presidente di Antigone. Professore associato di filosofia e sociologia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi Roma Tre.

## 1. *Il contesto socio-penitenziario*

Altiero Spinelli, che il carcere lo aveva conosciuto per esperienza diretta, lo descrive come una «società cenobitica fondata su regole formali, rapporti di potere, prassi che si riproducono nel tempo»<sup>1</sup>. Il carcere è un luogo chiuso, sottratto agli sguardi, dove è difficile (o talvolta volutamente reso difficile) il controllo sociale, politico e giurisdizionale della legalità e della legittimità degli ordini impartiti. La vita negli istituti di pena è regolamentata minuziosamente a garanzia della sicurezza interna ed esterna. È questa la giustificazione formale della regolamentazione di dettaglio, non sempre sensata, della vita in un istituto di pena. Una giustificazione che è parte di una strategia diretta a governare e disciplinare i comportamenti delle persone recluse<sup>2</sup>. In ciascun operatore, però, non può non esservi anche la

<sup>1</sup> Vedi A. SPINELLI, *Esperienza di prigionia*, in P. GONNELLA, D. IPPOLITO (a cura di), *Bisogna aver visto. Il carcere nella riflessione degli antifascisti*, Edizioni dell'Asino, Roma 2019.

<sup>2</sup> Un esempio di regolamentazione puntuale, esasperante, della vita in carcere è riprodotto da M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino 1976. «Ecco il regolamento redatto da Léon Faucher “per la Casa dei giovani detenuti a Parigi”: Art. 17. La giornata dei detenuti comincerà alle sei del mattino d'inverno, alle cinque d'estate. Il lavoro durerà nove ore al giorno in ogni stagione. Due ore al giorno saranno consacrate all'insegnamento. Il lavoro e la giornata termineranno alle nove d'inverno, alle otto d'estate. Art. 18. Sveglia. Al primo rullo del tamburo, i detenuti devono alzarsi e vestirsi in silenzio, mentre il sorvegliante apre la porta delle celle. Al secondo rullo essi devono essere in piedi e fare il loro letto. Al terzo, essi si mettono in fila per andare alla cappella dove si fa la preghiera del mattino. Ci sono cinque minuti d'intervallo fra ciascun rullo. Art. 19. La preghiera è fatta dal cappellano e seguita da una lettura morale o religiosa. Questo esercizio non deve durare più di mezz'ora. Art. 20. Lavoro. Alle sei meno un quarto d'estate, alle sette meno un quarto d'inverno, i detenuti scendono in cortile dove devono lavarsi le mani e la faccia e ricevere la prima distribuzione di pane. Immediatamente dopo si raggruppano secondo i laboratori e si recano al lavoro, che deve cominciare alle sei d'estate e alle sette d'inverno. Art. 21. Pasto. Alle dieci i detenuti lasciano il lavoro e si recano in refettorio; si lavano le mani nei cortili e si raggruppano per squadra. Dopo la colazione, ricreazione fino alle undici meno venti. Art. 22. Scuola. Alle undici meno venti, al rullo del tamburo, si formano le file, e si entra in scuola per squadre. L'insegnamento dura due ore, impiegate alternativamente nella lettura, nella scrittura, nel disegno lineare, nel calcolo. Art. 23. Alla una meno venti, i detenuti lasciano la scuola per squadre, e si recano nelle loro corti per la ricreazione. Alla una meno cinque, al rullo del tamburo, si riuniscono secondo i laboratori. Art. 24. Alla una i detenuti devono essere di nuovo nei laboratori: il lavoro dura fino alle quattro. Art. 25. Alle quattro si lasciano i laboratori per recarsi nei cortili dove i detenuti si lavano le mani e si riuniscono per squadre per il refettorio. Art. 26. Il pranzo e la ricreazione che segue durano fino alle cinque: in questo momento i detenuti rientrano nei laboratori. Art. 27. Alle sette d'estate e alle otto d'inverno, il lavoro finisce; si fa un'ultima distribuzione di pane nei laboratori. Una lettura di un quarto d'ora avente per oggetto nozioni istruttive o qualche tratto commovente è fatta da un detenuto o da un sorvegliante e seguita dalla preghiera della sera.

consapevolezza che la chiusura di una persona in un carcere costituisce una rottura con la sua condizione esistenziale naturale. La prigione è un luogo, ma è anche una sindrome che produce una frattura con l'integrità psico-fisica del detenuto.

A partire dalla fine degli anni '80 del secolo scorso gli organismi internazionali hanno insistito nel prevedere forme di monitoraggio delle condizioni di vita interna dei luoghi di privazione della libertà, al fine di prevenire ipotesi di maltrattamenti, abusi e tortura. La lettura dei rapporti degli organi ispettivi su base sovranazionale o nazionale costituisce una delle forme più adeguate di conoscenza della materialità della vita reclusa<sup>3</sup>. Favorisce una comprensione del modello di detenzione e della sua capacità di aderire ai contenuti delle norme e degli standard internazionali, oppure di prescindere più o meno consapevolmente. Indirettamente ci offre una possibilità di verifica della qualità degli ordini che governano la vita penitenziaria, della loro ragionevolezza, del loro essere parte di una strategia di disciplinamento.

La vita in carcere è costantemente scandita da ordini, sia all'interno dello staff che tra il personale di custodia e i detenuti. Tutto ciò che avviene in una comunità chiusa e gerarchizzata si muove dentro confini incerti, non sempre definiti dalle norme. Molto è dato dai rapporti di potere in corso, da fattori emotivi, di carriera, da storie e biografie particolari, dalla cultura o sottocultura penitenziaria e costituzionale degli operatori penitenziari, dal clima generale che può spingere la pratica in una direzione piuttosto che un'altra, dalla forza delle organizzazioni sindacali di categoria.

---

Art. 28. Alle sette e mezzo d'estate e alle otto e mezzo d'inverno, i detenuti devono essere riportati nelle loro celle, dopo il lavaggio delle mani e l'ispezione dei vestiti fatta nei cortili; al primo rullo del tamburo, svestirsi, al secondo mettersi a letto. Si chiudono le porte delle celle ed i sorveglianti fanno la ronda nei corridoi, per assicurarsi dell'ordine e del silenzio».

<sup>3</sup> Vedi a riguardo i rapporti del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura che ha poteri ispettivi di visita senza preavviso in tutti i luoghi di privazione della libertà dei Paesi del Consiglio d'Europa. Nel portale [www.cpt.-coe.it](http://www.cpt.-coe.it) è possibile ricostruire il dialogo con gli Stati, le risposte di questi ultimi ai rilievi e alle raccomandazioni degli ispettori europei dopo le visite periodiche o *ad hoc* da loro effettuate. Molto riguarda il meta-tema della divaricazione profonda tra la legge interna che va in una direzione spesso coerente con le disposizioni internazionali e una pratica penitenziaria che da tale legislazione si allontana, anche sulla base di ordini di tipo amministrativo dati ai vari livelli della scala gerarchica. I Rapporti del Cpt evidenziano quanto frequente accade nelle carceri che un ordine impartito a livello periferico sovverta quello legale. A livello nazionale vi sono i Rapporti dell'Autorità Garante delle Persone private della libertà. Significativi quelli redatti fino al 2023 per la lucidità nella descrizione critica dell'osservazione sul campo. Anche l'associazione Antigone, seppur senza poteri ispettivi istituzionali, svolge un'attività di monitoraggio che confluisce nei suoi rapporti periodici, l'ultimo dei quali, intitolato *Senza respiro* è consultabile nel sito [www.antigone.it](http://www.antigone.it).

## 2. *L'organizzazione dei servizi penitenziari, la cultura degli operatori e i rapporti di forza*

La prima e unica Legge penitenziaria della storia repubblicana è la n. 354 del 1975. Per quasi tre decenni la nostra Costituzione ha dovuto forzatamente convivere con il Regolamento degli Istituti di pena del 1931<sup>4</sup>, di chiara ispirazione fascista. Più che in altri settori della vita pubblica, strategico è il modello organizzativo e professionale prescelto per comprendere quale sia la funzione effettiva del sistema penitenziario. L'articolo 27 della Costituzione, nel proporre limiti invalicabili all'esercizio del potere di punire (il rispetto della dignità umana) e nel prescrivere quale debba essere la finalità della pena (rieducativa, nel senso sociale del termine)<sup>5</sup> si rivolge a tutti gli attori potenziali del sistema penale e penitenziario, in qualunque parte siano collocati nella scala gerarchica. Non c'è forse campo della vita pubblica dove la missione degli operatori, di tutti i livelli e profili, sia altrettanto ben definita.

Per comprendere quanto la dimensione normativa, anche quella di più alto grado, non sia stata capace di costruire una cultura penitenziaria comune e condivisa si possono leggere le considerazioni amare di Mario Gozzini, che nella metà degli anni '80 del secolo scorso (si veda la Legge n. 663 del 1986 che da lui prende il nome), aveva tentato, invano viste le controriforme che seguirono, di innovare, umanizzare e riformare il sistema carcerario<sup>6</sup>.

Nel 1990, con la Legge n. 395, il legislatore, su spinta dell'allora Direttore generale degli istituti di pena Niccolò Amato<sup>7</sup>, riorganizzò i servizi penitenziari su tre assi: la smilitarizzazione degli ex agenti di custodia riqualificati nel corpo di Polizia Penitenziaria; la divisione del personale in aree distinte dal punto di vista professionale e non tra loro gerarchicamente dipendenti, in modo da liberare le professioni socio-educative dalla subordinazione al personale addetto alla sicurezza (una divisione di compiti che ha raggiunto il massimo della sua capacità di espansione quando, con il DPCM del primo aprile del 2008, le funzioni mediche sono state sganciate dal Ministero della Giustizia e affidate alle ASL secondo il principio della universalità delle prestazioni sanitarie e nel tentativo di sganciare anche

<sup>4</sup> Regio Decreto n.787 del 1931.

<sup>5</sup> Vedasi a riguardo M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014.

<sup>6</sup> M. GOZZINI, *La giustizia in galera. Una storia italiana*, Editori Riuniti, Roma 1997.

<sup>7</sup> Il manifesto del suo pensiero lo si legge in N. AMATO, *Diritto, delitto, carcere*, Giuffrè, Milano 1987.

i medici dalla dipendenze da direttori e poliziotti); la collocazione del direttore al di sopra delle suddette aree, senza incardinarlo nel corpo di Polizia, allo scopo di preservarne una funzione di equilibrio tra i bisogni di sicurezza e le prospettive di trattamento.

Dal 1990 a oggi il personale di Polizia Penitenziaria ha assecondato un processo di intensa sindacalizzazione<sup>8</sup>, in particolare sostenendo le organizzazioni sindacali autonome più legate a un modello retrivo e pre-moderno di carcerazione e ad un'idea di agente di Polizia Penitenziaria, non certo garante del trattamento costituzionale quanto esecutore delle istanze punitive e repressive presenti all'interno della società. Nel tempo, con sempre più forza, i sindacati di Polizia Penitenziaria hanno chiesto e ottenuto trattamenti professionali e progressioni di carriera tali da mettere in discussione il ruolo *super partes* del direttore di carcere. Nel binomio sicurezza/trattamento l'asse si è spostato verso il primo braccio del pendolo. D'altronde questa prevalenza è stata finanche certificata dalle istituzioni di governo, in passato, in momenti di crisi dell'amministrazione penitenziaria<sup>9</sup>.

La Polizia Penitenziaria ha così mutuato dagli altri corpi di Polizia alcune caratteristiche a loro comuni: lo spirito di corpo; il rispetto delle gerarchie formali insieme alla iper-considerazione di quelle informali. Si eseguono gli ordini formali del direttore e del personale sovraordinato, ma vengono altresì considerati gli ordini informali provenienti dai colleghi anziani, da quelli ritenuti più autorevoli sul campo, da quelli più sindacalizzati (rispetto ai quali ci si attende aiuti nella quotidianità lavorativa).

Si costruisce così un mondo a parte fatto di ordini informali, non necessariamente legalmente fondati, nati non dentro la cornice legislativa ma fuori da essa, e comprensibili solo allargando lo sguardo ai rapporti di potere interni ai sindacati e ai rapporti stretti con le forze politiche.

<sup>8</sup> Secondo le più recenti rilevazioni il tasso di adesione ai sindacati degli agenti di Polizia Penitenziaria è quasi integrale. Per capire le dimensioni qualitative e quantitative del fenomeno, il Sappe (sindacato autonomo fortemente corporativo) ha oltre cinque volte il numero degli iscritti alla Funzione Pubblica della Cgil, ossia 8.488 contro 1.292 in base ai dati più recenti risalenti alla fine del 2021. Continue sono inoltre le trasmissioni degli iscritti tra le varie sigle, e non poche le doppie tessere.

<sup>9</sup> Era il marzo del 1999 quando l'allora Guardasigilli Oliviero Diliberto sollevò dall'incarico di Capo dell'Amministrazione Penitenziaria il giudice Alessandro Margara, affermando, in occasione della risposta a un'interrogazione parlamentare, che «era troppo incline al trattamento». C'era necessità, secondo il ministro, di ripristinare le ragioni della sicurezza che vennero definite prioritarie rispetto a quelle di trattamento.

### 3. *La tortura e l'uso legittimo della forza: tra spirito di corpo e corpi speciali*

La tortura è un campo paradigmatico ove indagare il grande tema dell'origine formale, informale o addirittura criminale degli ordini interni alla catena di comando del personale penitenziario. Nella storia processuale recente si è assistito come i poliziotti penitenziari accusati del delitto di tortura di cui all'articolo 613-*bis* del codice penale non di rado godono di ampia protezione sindacale ed economica nel processo. I sindacati autonomi di polizia prevedono forme di assistenza legale anche nelle ipotesi di reati contro la persona commessi dai loro iscritti, purché regolarmente paganti. I presunti torturati invece, spesso provenienti da settori sociali vulnerabili, sono privi di adeguata protezione pubblica e forza economica. Non si possono permettere di assoldare un avvocato esperto che li assista in processi lunghi e costosi. Non si possono permettere indagini difensive, anch'esse troppo care. La dinamica dei processi per violenze o torture nei confronti delle persone in custodia legale evidenzia un'asimmetria, in termini di garanzie formali e sostanziali, tra l'imputato comune e l'imputato poliziotto, quando questo è accusato di crimini violenti commessi nell'esercizio delle sue funzioni.

Lo spirito di corpo tende a prevalere rispetto alle esigenze di giustizia e verità. La negazione delle responsabilità individuali da parte dei colleghi serve a salvare tutti. Infatti, qualora quelle responsabilità fossero acclamate, evidenzerebbero altrettante responsabilità collettive e sistemiche, frutto di un sistema di governo della vita penitenziaria non fondato su ordini legali, ma su pratiche e ordini illegittimi. Lo spirito di corpo, anticamera dell'impunità, investe tutti i gradi delle gerarchie, fino a quelli più elevati e mira a collocare i presunti torturatori su un piano pubblico superiore rispetto ai cittadini. L'esercizio arbitrario del potere interno al carcere da parte dei poliziotti costituisce la vittoria plastica ed esemplare della sovranità punitiva sulla legge. Qualche volta, però, vince la legge e si interrompe il circolo vizioso seguente: ordine illegittimo-obbedienza garantita-impunità. Accade quando il clima politico-culturale favorisce prese di posizione coraggiose da parte di operatori penitenziari. È sempre singolare dover definire coraggioso chi applica la legge (che vieta ad esempio la tortura o l'uso arbitrario della forza) provocando un corto-circuito interno alle derive socio-criminali dello spirito di corpo<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Un corto-circuito è avvenuto a Bari. Nel 2022 si avvia un procedimento penale per le violenze commesse da alcuni agenti di Polizia Penitenziaria su un detenuto affetto da problemi psichici, vittima classica di abusi o lesioni per la sua vulnerabilità. A presentarla

L'impunità amministrativa è un cattivo segnale che legittima un sistema fondato su ordini illegali. Ci sono stati casi e storie di persone condannate per reati di violenza commessi nei confronti di persone sotto la loro custodia che non hanno subito ripercussioni nelle carriere. Il messaggio è in questi casi devastante. È un messaggio inequivocabile di legittimazione e incentivazione alla perpetrazione di pratiche illegali, a volte finanche di tortura. Un messaggio che serve a segnare la forza del potere punitivo incontenibile rispetto a ogni anelito, definito illusorio e ingenuo dagli stessi protagonisti della vita penitenziaria, di legalità democratica. Di fronte a talune reazioni dei vertici istituzionali – solidarietà pubblica oppure impunità per i torturatori – non si può correttamente affermare che la tortura sia una questione di mele marce. La tortura non è mai una questione di mele marce salvo non venga incrinato quello spirito di corpo che dal basso arriva sino all'alto e che si propaga dal singolo poliziotto sino alle più alte cariche istituzionali. La tortura e i torturatori si insinuano là dove trovano spazio e terreno fertile, là dove il sistema consenta che alberghi. La tortura è possibile se non trova resistenze istituzionali, contrasto, sanzioni, giudizio pubblico. La lotta alla tortura richiede, oltre alla previsione di un reato che la punisca, anche una amministrazione dello Stato disposta a sanzionare in tutte le sedi i presunti torturatori. Richiede anche forze di polizia il cui lavoro non sia ispirato al machismo, ma alla prevenzione sociale. Richiede infine la rinuncia allo spirito di corpo e la dismissione di squadre e corpi speciali. Il crimine, anche quello più spietato, lo si deve sconfiggere nella legalità e con gli strumenti ordinari del diritto. Nel febbraio del 1999 il Guardasigilli Oliviero Diliberto istituì l'UGAP, Ufficio per la Garanzia Penitenziaria. Era una struttura di intelligence a cui era affidato il compito di vigilare sulla sicurezza degli istituti penitenziari. A dirigerla fu chiamato il generale Enrico Ragosa, che proveniva dal SISDE e dai reparti speciali di Polizia Penitenziaria. L'UGAP aveva alle sue dipendenze i GOM, un gruppo speciale di Polizia Penitenziaria.

«GOM, ovvero Gruppo Operativo Mobile, ovvero corpo speciale di Polizia Penitenziaria. Sganciato da ogni controllo è chiamato a gestire le emergenze, i casi particolari, le situazioni a rischio. E la caserma di Bolzaneto era una di queste. Come sicuramente lo

sono state due donne, la direttrice e la comandante di reparto, che hanno in tal modo rotto quel muro di omertà che in carcere viene solitamente giustificato con riferimenti allo spirito di corpo. Nel medesimo processo vi è stata anche un'altra anomalia positiva rispetto al consueto tentativo di sminuire, depistare, rimuovere, giustificare: un poliziotto si è pubblicamente scusato per le torture commesse e ha conseguentemente deciso di sottoporsi a terapia psicologica.

sono state in passato le carceri di Pianosa e Secondigliano, dove il progenitore dei GOM., lo SCOPP (Servizio centrale operativo Polizia Penitenziaria) è stato coinvolto in gravissime inchieste di pestaggi sistematici. Cambia il nome, ma non cambiano la sostanza e le persone [...]. I GOM, come tutti i gruppi speciali, nelle missioni non rispettano le stesse regole degli altri poliziotti, rispondono a un mandato specifico, lo spirito di corpo, che di per sé condiziona negativamente qualsiasi forza organizzata militarmente in quanto alimenta scelte di autodifesa e di mancanza di trasparenza, si amplifica a dismisura nei reparti speciali. Corpi chiusi, regole ad hoc, lavoro non soggetto a controlli come per gli altri agenti e quindi rischi di impunità. Sono queste ragioni sufficienti perché tali corpi vengano sciolti»<sup>11</sup>.

I corpi speciali danno l'idea che si può agire liberamente e senza vincoli nel nome e nell'interesse dello Stato. Vi fanno parte i più determinati, quelli disposti a tutto. Sono luoghi dove c'è maggiore cameratismo, maggiore spirito di corpo, minore preoccupazione della legalità. Sono gruppi che badano al sodo, indifferenti alla forma. Il rispetto della dignità umana è per loro ridimensionata a questione formale. Di recente è stato istituito il Gruppo di Intervento Operativo (GIO) dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP) con decreto del 14 maggio 2024. Il GIO è un reparto specializzato del Corpo di Polizia Penitenziaria articolato in gruppi regionali (GIR); è pensato come unità antisommossa e di intervento rapido nelle carceri, con finalità precise: intervenire in situazioni di emergenza carceraria non gestibili localmente, come rivolte, evasioni, gravi tensioni; sostenere un altro gruppo speciale, il Gruppo Operativo Mobile (GOM), in sezioni ad alta sicurezza, tra cui il 41-*bis*, se necessario; garantire una presenza strutturata e formata, per affrontare crisi complesse con attenzione alla sicurezza, disciplina e ordine all'interno delle strutture penitenziarie. Si crea così il super poliziotto, specializzato nell'uso della forza.

Il rischio è quello della rottura definitiva della catena legale di comando che vedeva nel direttore di carcere, non appartenente al Corpo di Polizia, il vertice gerarchico e democratico insindacabile. In questo contesto, fatto di messaggi pubblici non rispettosi della legalità internazionale e costituzionale nonché di corpi speciali, è costretto a operare l'agente di Polizia Penitenziaria che si trova in solitudine a dover valutare se un ordine è legale o meno, criminale o necessario.

---

<sup>11</sup> Estratto di un articolo a firma di Stefano Anastasia e Patrizio Gonnella apparso sul Manifesto il 28 luglio del 2001, all'indomani delle violenze nella caserma Bolzaneto a Genova, in occasione del G8.

#### 4. *L'obbedienza nel contesto internazionale, costituzionale, penitenziario*

«L'ordine di un superiore o di un'autorità pubblica non può essere invocato a giustificazione della tortura»<sup>12</sup>. L'obbedienza non può essere mai una causa di giustificazione. Non lo era per i nazisti davanti al Tribunale Internazionale di Norimberga<sup>13</sup>. Non lo può essere per il singolo poliziotto che si trova a eseguire un ordine di tortura palesemente illegale.

Il concetto di obbedienza richiama quelli di sovranità, di legittimità e di legalità. Per Hobbes è il sovrano che «deve determinare ciò che è giusto e ciò che è sbagliato». L'obbedienza nulla ha a che fare con la legalità e ancor più con la legittimità dell'ordine impartito. Ha un legame stretto con la sovranità punitiva. Conta chi ha impartito l'ordine, il quale viene prima delle leggi. La forza è il fondamento del potere. La *Ley de la obediencia debida*,<sup>14</sup> entrata in vigore ai tempi in cui Raúl Ricardo Alfonsín era presidente dell'Argentina, intendeva escludere i militari da ogni responsabilità per i crimini commessi dal regime di Videla. Il tema non è altro che quello hobbesiano della superiorità del sovrano rispetto a tutto il resto, cittadini, funzionari pubblici, nonché legge interna e internazionale.

Il diritto internazionale dei diritti umani post-bellico non ha lasciato però spazi interpretativi. Da Norimberga e Tokyo<sup>15</sup> in poi l'assolutezza della proibizione della tortura e dei crimini contro l'umanità ha portato come corollario ineluttabile l'inutilizzabilità del concetto di obbedienza quale causa scriminante per i singoli funzionari. L'obbedienza, quale causa di giustificazione penale, annullerebbe sia la responsabilità individuale che la libertà dei cittadini. La giustizia che ritiene irresponsabile colui che obbedisce a un ordine superiore criminale squalifica il torturatore in uomo non libero. Un uomo libero è un uomo che sa dire di no al suo superiore, che sa affrontare fino in fondo le conseguenze del suo agire. Vito Mancuso richiama le parole dell'apostolo Giacomo per segnare quale è il limite della responsabilità della persona: «Parlate e agite come persone che

<sup>12</sup> Articolo 2, comma 3, della Convenzione Onu contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984.

<sup>13</sup> Articolo 8 della Carta del Tribunale Internazionale di Norimberga voluto dalle potenze alleate per giudicare i crimini di guerra, contro la pace e l'umanità compiuti dai nazisti: «Il fatto che l'accusato abbia agito in ossequio all'ordine del suo governo o di un superiore non lo esime da responsabilità, ma può essere preso in considerazione come circostanza attenuante, se il Tribunale accerta che ciò sia richiesto da motivi di giustizia».

<sup>14</sup> Legge del 4 giugno del 1987 dichiarata incostituzionale il 14 giugno del 2005.

<sup>15</sup> Sedi dei due tribunali internazionali successivi alla seconda guerra mondiale.

devono essere giudicate secondo una legge di libertà»<sup>16</sup>. Colui che tortura eseguendo un ordine impartito dall'alto è comunque responsabile delle sue azioni in quanto sarebbe stato libero di non commetterle.

Gli articoli 13, 27 e 54 della Costituzione disegnano un modello di gestione dell'ordine pubblico e della sicurezza con limiti espliciti alla potestà punitiva dello Stato. Tra la dignità e la libertà da un lato e l'obbedienza cieca dall'altro il pendolo costituzionale va inequivocabilmente nella prima direzione. L'articolo 13 delinea i confini all'uso della forza, nel solco giuridico liberale dell'*habeas corpus*. All'interno dell'intera Carta costituzionale solo una volta viene utilizzato il verbo punire, ed è proprio all'articolo 13, quarto comma, quando si statuisce che: «È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà». L'articolo 27 segna, da un lato, i limiti inderogabili dell'azione punitiva e indica, dall'altro, il finalismo delle pene, senza enfatizzare la centralità della risposta carceraria. Infine, il successivo articolo 54 prevede che: «Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge». L'azione del personale penitenziario, l'organizzazione dei servizi, le catene di comando, la natura degli ordini deve muoversi all'interno di questo triangolo di norme costituzionali. Se la legge penitenziaria n. 354 del 1975 indica i limiti e le finalità dell'azione custodiale, la successiva legge n. 395 del 1990, agli artt. 9<sup>17</sup> e 10<sup>18</sup>, definisce il campo delle responsabilità del poliziotto.

<sup>16</sup> V. MANCUSO, *Obbedienza e libertà*, Fazi Editore, Roma 2012.

<sup>17</sup> Art. 9 legge 395 del 1990, Doveri di subordinazione: 1. Gli appartenenti al Corpo di Polizia Penitenziaria hanno doveri di subordinazione gerarchica nei confronti: a) del Ministro della giustizia; b) dei Sottosegretari di Stato per la giustizia quando esercitano, per delega del Ministro, attribuzioni in materia penitenziaria; c) del Capo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e del Capo del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità limitatamente al contingente assegnato; d) del direttore generale del personale e delle risorse del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e, limitatamente al contingente assegnato al Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità, dal direttore generale del personale, delle risorse e per l'attuazione dei provvedimenti del giudice minorile; e) del provveditore regionale; f) del direttore dell'istituto; g) dei superiori gerarchici.

<sup>18</sup> Art. 10 legge 395 del 1990, Ordine gerarchico e rapporti funzionali: 1. L'appartenente al Corpo di Polizia Penitenziaria è tenuto ad eseguire gli ordini impartiti dal superiore gerarchico. 2. Gli ordini devono essere attinenti al servizio o alla disciplina, non eccedenti i compiti di istituto e non lesivi della dignità personale di coloro cui sono diretti. 3. L'appartenente al Corpo, al quale sia rivolto un ordine che egli ritenga palesemente illegittimo, deve farlo rilevare al superiore che lo ha impartito, dichiarandone le ragioni; se l'ordine è rinnovato per iscritto, è tenuto a darvi esecuzione e di esso risponde a tutti gli

Dunque, i doveri di subordinazione si dovrebbero bloccare davanti a ordini manifestamente criminali o lesivi della dignità delle persone a cui sono diretti. Si tratta di norme che sono coerenti con l'articolo 51 del codice penale il quale inserisce, tra le scriminanti, la causa di giustificazione dell'adempimento del dovere. Solo se quest'ultimo deriva direttamente da una norma giuridica oppure da un ordine legittimo della pubblica autorità ne sarà esclusa la punibilità.

È importante avere chiaro il quadro normativo e regolamentare d'insieme entro cui opera il singolo agente di Polizia Penitenziaria, il quale si trova non di rado di fronte a un bivio etico, giuridico e professionale: che fare nel caso di un ordine criminale o palesemente criminogeno? Obbedire alla Legge costituzionale oppure obbedire allo spirito di corpo? Il carcere, essendo un luogo opaco e tendenzialmente chiuso a controlli esterni, può favorire processi e azioni che allontanano significativamente le prassi dal dover essere normativo. Alla base di ogni pratica illegale carceraria c'è sempre un ordine impartito e successivamente eseguito nel nome di un cinico realismo penitenziario che dà prevalenza alla subordinazione gerarchica rispetto ai doveri imposti dalla legalità internazionale e costituzionale.

Attraverso il cuneo della natura degli ordini e del dovere di obbedienza si può conoscere la realtà penitenziaria, il suo essere profondo. Se dovessimo sommare in carcere tutti gli ordini impartiti in una sola giornata da un superiore gerarchico a un suo agente subordinato ne potremmo contare a centinaia: ordini che nascono da disposizioni ministeriali, da ordini di servizio del direttore, da disposizioni del comandante di reparto della Polizia Penitenziaria, da autorità giurisdizionali esterne, da previsioni normative e regolamentari, da circostanze estemporanee che nascono di continuo in una comunità dove convivono forzatamente centinaia o addirittura migliaia di persone, non di frequente in condizioni avverse o tragiche<sup>19</sup>.

Di fronte a questa massa di ordini sorgono alcune domande, ognuna delle quali ci riporta dentro le più evidenti criticità penitenziarie: cosa si intende per ordine illegittimo? A chi spetta identificarne la natura? Quando e in quali occasioni è ineseguibile? Come distinguere l'ordine illegittimo

---

effetti il superiore che lo ha impartito. Qualora ricorrano situazioni di pericolo e di urgenza, l'ordine ritenuto palesemente illegittimo deve essere eseguito su rinnovata richiesta anche verbale del superiore, che al termine del servizio ha l'obbligo di confermarlo per iscritto. 4. L'appartenente al Corpo, al quale viene impartito un ordine la cui esecuzione costituisce manifestamente reato, non lo esegue ed informa immediatamente i superiori.

<sup>19</sup> L'ultimo rapporto dell'associazione Antigone, *Senza respiro*, descrive le condizioni materiali drammatiche di vita nelle carceri verificate a seguito del monitoraggio di circa cento istituti di pena visitati nel 2024. Disponibile su [www.antigone.it](http://www.antigone.it).

da quello criminale? Che fare in ciascuna delle situazioni? Il diritto vigente (norme presenti nel codice penale del 1930, nell'Ordinamento penitenziario del 1975, nella legge sulla smilitarizzazione del Corpo degli agenti di custodia del 1990) non aiuta a trovare le risposte corrette a tutte le domande anche se, in sintesi, propone un modello così riassumibile: l'esecuzione di un ordine illegittimo non esclude la responsabilità di chi lo esegue seppur posto in posizione subordinata; esso andrebbe eseguito, qualora palesemente illegittimo, purché rinnovato per iscritto; qualora l'ordine costituisca manifestamente reato non va mai eseguito.

Vediamo alcuni esempi di ordini impartiti nel contesto penitenziario che possono creare dubbi interpretativi: ordini diretti a intercettazioni ambientali in cella non autorizzate dal giudice; ordini diretti a effettuare perquisizioni delle celle o ispezioni personali violative della dignità umana; ordini che impongono l'uso della forza nei confronti delle persone detenute. Ovviamente, esistono altre migliaia micro-questioni che sono oggetto di ordini dai contorni di legalità non chiari. Come si fa a capire se si è nel campo dell'ordine illegittimo o se si è sconfinati in quello palesemente criminale? Esiste un'area grigia nella quale decisivo è il ruolo della magistratura di sorveglianza e di cognizione nell'interpretare le norme, definire i confini del lecito e le responsabilità degli esecutori degli ordini.

Nell'aprile del 2020, in pieno *lockdown*, oltre cento agenti di Polizia Penitenziaria, su ordine dei loro superiori, irrupero nel carcere di Santa Maria Capua Vetere nel quale due giorni prima c'era stata una protesta, oramai conclusa al momento dell'irruzione. Il magistrato di sorveglianza riuscì a preservare le immagini video dell'azione di Polizia che evidenziarono violenze brutali commesse ai danni di detenuti inermi. Attualmente è in corso il processo davanti a una giuria popolare. Il crimine imputato alla gran parte degli agenti è tortura. Sono coinvolti tutti i vertici dell'amministrazione penitenziaria fino al Provveditore che ha autorizzato quella incursione. Si tratta di un procedimento nel quale sono venuti alla luce tutti i temi finora trattati, ed in particolare cosa significa la sottocultura dell'obbedienza all'interno di un'organizzazione di tipo militare o di Polizia. Nel processo si discute anche della natura implicita o esplicita dell'ordine criminale. Come va inteso l'ordine di invio di una squadra speciale composta da circa centocinquanta poliziotti provenienti da altri istituti? Esso presuppone di per sé l'uso illegittimo della forza? È implicito nell'invio di una squadra così composta la libertà di azione dei poliziotti? È necessario che l'autorità dirigente specifichi sempre che debbano essere usati mezzi legali di contenimento delle eventuali proteste? La mancanza

di un protocollo sull'uso della forza rende quest'ultima arbitraria? Chi è responsabile delle violenze commesse in un'azione di gruppo il cui mandato non è chiaro alle origini? Nel difendere uno degli agenti accusati di tortura il suo legale ha affermato esplicitamente: «La Polizia Penitenziaria è un corpo militarmente organizzato e, pertanto, l'ordine dei superiori non può essere messo in discussione». È questo il punto centrale delle argomentazioni presentate dagli avvocati degli agenti. Le violenze facevano parte di un piano implicitamente illegittimo pre-ordinato che non avrebbe potuto essere messo in discussione dall'agente subordinato. È uno scaricare classico della colpa verso l'alto (in questo caso il Provveditore dell'Amministrazione penitenziaria della Campania e il Comandante degli agenti dell'Istituto di Santa Maria Capua Vetere) sostenendo che nella pratica penitenziaria l'uso di una squadra come quella inviata nel carcere di Santa Maria Capua Vetere ha un solo obiettivo, quello di usare la forza, comunque e dovunque. Nel provvedimento che prevede la misura cautelare il giudice scrive: «Se è da ritenere che il sig. X non abbia partecipato alle operazioni di perquisizione, come da lui sostenuto in quanto impegnato in contingenti esigenze d'ufficio, pur tuttavia deve evidenziarsi che, nel momento in cui stava per avere inizio la perquisizione, il predetto era ben a conoscenza della delicatezza dell'operazione e della circostanza che la stessa avrebbe potuto debordare dai canoni di legalità, atteso l'alto numero dei partecipanti armati con scudi e manganelli e della circostanza che era evidente la finalità della perquisizione». Dunque, non è esente da responsabilità chi, pur avendo il potere di interrompere la catena illegale di ordini arbitrari, gira la testa dall'altra parte per non essere direttamente coinvolto in un'operazione illegale, ma non si sottrae esplicitamente ai comandi (a lui giunti per via implicita) illegittimi avuti al fine di non screditarsi professionalmente davanti ai superiori. Nella vita penitenziaria ciascun operatore sa di vivere all'incrocio pericoloso tra ordini formali illegali impliciti e ordini formali legali espliciti.

Ogni singolo operatore penitenziario, lungo la catena gerarchica di comando, ha una posizione di garanzia rispetto alla legge. A tutti i livelli rileva l'articolo 40 del codice penale secondo comma, secondo cui: «Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo». Non siamo qua nel caso dell'ordine legale, ma palesemente ingiusto. Siamo nel campo dell'ordine indefinito e comunque potenzialmente criminale. La realtà è sempre sfumata. Gli ordini criminali non si danno dicendo ad esempio «vai e picchia», ma «andate in tenuta antisommossa e travisatevi con caschetto». L'ordine criminale a volte

è formalmente legale, ma evidentemente di altra natura sulla base dell'esperienza pratica pregressa.

### *5. Il cambio di paradigma avvenuto con l'approvazione del decreto legge sicurezza*

Un cambio di paradigma è intervenuto con la conversione nella legge n. 80 del 9 giugno 2025 del Decreto Legge n. 48 dell'11 aprile 2025. All'interno del testo si introduce una nuova fattispecie di reato, l'articolo 415-*bis* che prevede quanto segue:

«Chiunque, all'interno di un istituto penitenziario, partecipa ad una rivolta mediante atti di violenza o minaccia o di resistenza all'esecuzione degli ordini impartiti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, commessi da tre o più persone riunite, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Ai fini del periodo precedente, costituiscono atti di resistenza anche le condotte di resistenza passiva che, avuto riguardo al numero delle persone coinvolte e al contesto, impediscono il compimento degli atti necessari alla gestione dell'ordine e della sicurezza. Coloro che promuovono, organizzano o dirigono la rivolta sono puniti con la reclusione da due a otto anni».

Sono puniti con pene elevatissime, dunque, tutti coloro che, in un carcere o in un centro di permanenza per il rimpatrio, partecipano a una rivolta con violenza, minaccia o resistenza passiva disobbedendo agli ordini impartiti. Non si definisce cosa è la rivolta ma si punisce chi vi partecipa, seppur senza alcuna forma di violenza nei confronti di persone o cose. Si cita esplicitamente la resistenza passiva come azione diretta all'impedimento di ordini finalizzati a garantire l'ordine e la sicurezza. Si tratta di una norma, alla quale neanche Alfredo Rocco, giurista del regime fascista e autore del codice penale del 1930, aveva pensato<sup>20</sup>. È una norma che in primo luogo

---

<sup>20</sup> Tra le ragioni della contrarietà vedi C. PASINI, *Il disegno di legge sicurezza e il nuovo reato di rivolta in carcere e in strutture di accoglienza e trattenimento per migranti*, in «Sistema Penale», n. 5, 2024, disponibile su <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/pasini-il-reato-di-rivolta-in-carcere-e-in-strutture-di-accoglienza-e-trattenimento-per-migranti-nel-nuovo-disegno-di-legge>, oppure Patrizio Gonnella sul quotidiano *Il Manifesto*, disponibile su <https://ilmanifesto.it/il-delitto-di-rivolta-del-governo-schiaffo-allo-stato-di-diritto>. Più in generale vedi il parere dell'Osce espresso sul disegno di legge sicurezza n.1660, i cui contenuti sono stati travasati nel D.L. n. 48, disponibile su <https://www.penaldep.it/wp-content/uploads/2024/11/OSCE.pdf>.

difetta del principio di tassatività delle condotte materiali costituenti reato: non si capisce quali sono le azioni violente o nonviolente che determinano il metadelitto di rivolta. Ogni atto di violenza o minaccia o di resistenza attiva è infatti già perseguito dal codice penale. Cosa li trasforma in rivolta? Non è dato sapersi. Ma è anche una norma che viola in modo plastico il principio di offensività, in base al quale si possono prevedere delitti solo se ledono beni o interessi costituzionalmente rilevanti. Non si capisce quale sia il bene offeso da una protesta nonviolenta. La punizione di chi in forma nonviolenta disobbedisce a un ordine qualsiasi di un agente, trasforma quest'ultimo in un despota da cui dipenderà la sorte del detenuto, per trasformarlo in un uomo obbediente costretto a camminare a testa bassa, come nella Ronda dei Carcerati di Van Gogh o nelle immagini video delle presunte torture del 2020 nel carcere di Santa Maria Capua Vetere. Trasformare chi protesta, finanche pacificamente, in un rivoltoso punibile fino a otto anni di galera, non solo significa violare la libertà di pensiero, il diritto di critica e subordinare il tutto a generiche esigenze di ordine e sicurezza, ma soprattutto far degenerare un ordine potenzialmente illegittimo in ordine la cui inesecuzione da parte di un detenuto potrebbe costituire un serio illecito penale. Dunque, una catena di ordini, potenzialmente illegittimi, interna al Corpo di Polizia Penitenziaria, purché motivati sulla base di generiche e non circostanziate ragioni di sicurezza, potrebbe produrre effetti penali significativi nei confronti dei detenuti resistenti o renitenti.

I rischi che potrebbero derivare dalla nuova norma sono enormi. Provo ad esemplificare. Caso A: tre giovani ragazzi detenuti non escono dalla cella di fronte alla richiesta non motivata di essere condotti in isolamento per motivi disciplinari pur non formalmente contestati. Caso B: tre detenuti si rifiutano di mangiare o bere per uno sciopero della fame o della sete. Caso C: tre detenuti protestano battendo le sbarre delle finestre delle celle a seguito di un ordine ritenuto ingiusto. Si tratta di tre casi di ordinaria vita detentiva che da ora in poi saranno trasformati da richieste di aiuto o ascolto in delitti per ordine disobbedito. Seppur giuridicamente impropria non è sociologicamente oscura la ragione che ha indotto il Governo ad introdurre il nuovo reato per condotte già punite da norme vigenti: è l'esplicitazione della superiorità morale dell'ordine informale rispetto alla legge, della sicurezza rispetto al trattamento. I detenuti devono obbedire e stare ben zitti. Il quadro normativo in questo caso muta per inseguire la pratica penitenziaria

6. *Conclusione: le norme che inseguono le prassi*

A quali ordini un agente di Polizia Penitenziaria deve rispondere? Ogni operatore penitenziario ha la propria gerarchia, formale ed informale. Di fronte al cambio di paradigma dato dal decreto legge sicurezza e dall'introduzione del nuovo delitto di rivolta penitenziaria, ciascun agente di Polizia Penitenziaria ha nelle mani un potere enorme. Per far tornare il carcere nell'alveo della legalità costituzionale ci vorrebbe una rivoluzione antropologica che veda in ogni poliziotto il garante costituzionale della dignità umana, finanche assumendosi la responsabilità del mancato rispetto agli ordini illegittimi. Preventivamente e propositivamente, per riportare la catena di comando degli ordini nella legalità penitenziaria, bisognerebbe operare in tante direzioni: negare la superiorità etica delle forze di polizia; prevedere tutti i livelli e per tutte le professioni coinvolte una cultura condivisa della pena; cambiare il modello punitivo-premiale di trattamento nei confronti dei detenuti (esso inevitabilmente favorisce arbitrii e ordini irrazionali); favorire progressioni di carriera dello staff sulla base degli obiettivi costituzionali conseguiti e non sul quieto vivere carcerario; contrastare la militarizzazione di fatto e la sindacalizzazione selvaggia della Polizia Penitenziaria incapace di guardare alla rappresentatività generale; decostruire le gerarchie informali interne al mondo penitenziario; riassumere nel direttore e nel magistrato di sorveglianza gli unici veri responsabili della legalità interna.

*Obbedienza, gerarchia e frammentazione:  
profili critici dell'organizzazione del personale penitenziario*

PASQUALE PRENCIPE\*

ABSTRACT

(ITA) Il seguente contributo si propone di contestualizzare criticamente nell'ambito penitenziario le grandi questioni inerenti il rapporto tra ordini impartiti, catena gerarchica, leggi a tutti i livelli, circolari dell'amministrazione e obbedienza, adottando una prospettiva multidisciplinare. La presente ricerca si fonda su una doppia consapevolezza: 1) il tema del funzionamento della catena di comando in carcere impone uno sguardo anche all'idea di pena che hanno i vari operatori del sistema; 2) il carcere è un luogo chiuso e opaco a tal punto da richiedere, per conoscerne i meccanismi disciplinari di funzionamento, una narrazione diretta da parte dei protagonisti della organizzazione penitenziaria. L'analisi che segue è l'analisi delle risposte a una serie di questionari somministrati ai principali attori dei processi decisionali all'interno delle carceri, con priorità rivolta agli appartenenti del Corpo di Polizia penitenziaria.

(ENG) The following chapter aims to critically contextualize, within the prison system, the major issues inherent in the relationship between orders given, the chain of command, laws at all levels, administrative circulars, and obedience, adopting a multidisciplinary perspective. This research is based on two insights: 1) the issue of how the chain of command works in prison also requires consideration of the idea of punishment held by the various operators within the system; 2) prisons are closed and opaque places to such an extent that, in order to understand their disciplinary mechanisms, a direct account by the protagonists of the prison organization is required. The following analysis is based on the responses to a series of questionnaires administered to the main actors in the decision-making processes within prisons, with priority given to members of the prison police force.

KEYWORDS

(ITA) Carcere; Autorità; Sicurezza; Rieducazione; Sovraffollamento.

(ENG) Prison; Authority; Security; Reducation; Overcrowding.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il contesto storico e la complessità dell'organizzazione penitenziaria – 2.1. Alle origini del sistema penitenziario – 2.2. Il sistema e l'organizzazione penitenziaria nell'Italia post-unitaria – 2.3.

---

\* Ricercatore presso l'Associazione Antigone, Praticante avvocato del Foro di Roma. E-mail: pasquale.prencipe3@gmail.com.

Il carcere al tempo del fascismo – 2.4. La svolta costituzionale – 2.5. Gli anni costituenti e la riforma del 1975 – 2.6. Nasce il Corpo di Polizia Penitenziaria – 2.7. L'ondata di internamento negli anni duemila – 2.8. Dalla sentenza Torreggiani del 2013 fino al nuovo reato di rivolta penitenziaria – 2.9. I più recenti provvedimenti amministrativi incidenti sull'organizzazione penitenziaria – 3. Il carcere visto dagli operatori – 3.1. Breve premessa metodologica – 3.2. Il profilo delle persone intervistate – 3.3. L'adesione del personale al modello di organizzazione penitenziaria – 3.4. Ordini e obbedienza secondo il personale penitenziario – 4. Brevi riflessioni conclusive.

## 1. *Introduzione*

Il carcere nasce e si sviluppa come organizzazione complessa, al cui interno sono aumentati nel tempo gli attori chiamati a far parte dei suoi processi decisionali. Tale assetto organizzativo, in ragione della funzione che dovrebbe perseguire, assume caratteri unici e non paragonabili ad altri organi amministrativi.

Il personale dell'amministrazione penitenziaria difatti è vasto ed eterogeneo. Ogni istituto è diretto da un dirigente, in una classica struttura piramidale, a cui spetta il compito, tra i tanti, di gestire il coordinamento del personale di polizia penitenziaria. Il seguente contributo si propone di contestualizzare criticamente nell'ambito penitenziario le grandi questioni inerenti il rapporto tra ordini impartiti, catena gerarchica, leggi a tutti i livelli, circolari dell'amministrazione e obbedienza, adottando una prospettiva multidisciplinare. La presente ricerca si fonda su una doppia consapevolezza: 1) il tema del funzionamento della catena di comando in carcere impone uno sguardo anche all'idea di pena che hanno i vari operatori del sistema; 2) il carcere è un luogo chiuso e opaco a tal punto da richiedere, per conoscerne i meccanismi disciplinari di funzionamento, una narrazione diretta da parte dei protagonisti della organizzazione penitenziaria. L'analisi che segue è l'analisi delle risposte a una serie di questionari somministrati ai principali attori dei processi decisionali all'interno delle carceri, con priorità rivolta agli appartenenti del Corpo di Polizia penitenziaria.

L'obiettivo generale delle interviste è stato quello di interrogare il personale sul ruolo svolto all'interno dell'Istituto in cui lavorano e in generale sul sistema penitenziario, e di come concretamente si sviluppano i rapporti gerarchici nella quotidianità. Particolare attenzione è stata dedicata ai concetti di ordine legittimo, illegittimo, di autorità e su cosa, nella presente struttura organizzativa, rende critico il modello adottato.

Descrivendo poi se vi sia o meno una distanza tra il dettato normativo e la prassi applicata negli istituti.

Prima di analizzare analiticamente le risposte fornite, si descriveranno brevemente nel tempo, gli aspetti principali che hanno inciso sull'attuale modello organizzativo e sul sistema carcerario, al fine di offrire una lettura del contesto attraverso uno sguardo critico dei principali passaggi che hanno condotto all'attuale composizione professionale, focalizzandosi in particolare sui principali attori e operatori penitenziari.

È fondamentale ribadire la necessità di una costante indagine sul mondo penitenziario, sulla sua organizzazione e sulle dinamiche relazionali e conflittuali tra i suoi operatori, in un momento di criticità come quello attuale, in cui i ristretti spesso restano 'Senza respiro'<sup>1</sup>.

## *2 Il contesto storico e la complessità dell'organizzazione penitenziaria*

### *2.1. Alle origini del sistema penitenziario*

L'attuale assetto organizzativo degli istituti di pena in Italia è frutto di una costante evoluzione, che ha visto a partire dall'Unità d'Italia il susseguirsi di riforme volte a definire in concreto le modalità di espiazione della pena. È nella prima parte del XIX secolo che la questione penitenziaria ha vissuto un iniziale periodo intenso di dibattiti, riflessioni e trasformazioni non solo in Italia ma su tutto il territorio internazionale. Si manifestò in quegli anni la necessità di mettere in discussione i modelli di carcere e di esecuzione della pena che fino a quel momento avevano caratterizzato lo scenario internazionale. Un'esigenza promossa non solo nel dibattito italiano sul tema e nei congressi di studio internazionali<sup>2</sup>, ma anche nelle missioni di studio per studiare i modelli di espiazione della pena adottati. Come il viaggio di Alexis de Tocqueville in America al fine di studiare le caratteristiche dei penitenziari, il quale riportò il suo resoconto nei due volumi pubblicati rispettivamente nel 1835 e nel 1840, dal titolo *Démocratie en Amérique*. Un bisogno di riformare il sistema che si rendeva essenziale non solo per il ruolo non più secondario della pena

---

<sup>1</sup> Titolo del XXI Rapporto sulle condizioni di detenzione in Italia dell'Associazione Antigone, 2025.

<sup>2</sup> Congressi penitenziari internazionali in cui si discusse della riforma penitenziaria: Pietroburgo 1820, Londra 1872, Stoccolma 1878, Roma 1885, Parigi 1895, Bruxelles 1900.

detentiva rispetto alle altre pene, ma soprattutto per raccogliere gli stimoli di umanizzazione della pena dagli studiosi e intellettuali del tempo.

### 2.2. *Il sistema e l'organizzazione penitenziaria nell'Italia post-unitaria*

In Italia, si sono susseguiti nel corso degli anni, e prima dell'approvazione dell'Ordinamento penitenziario del '75, vari regolamenti penitenziari e regolamenti volti a disciplinare l'organizzazione degli operatori, che hanno definito un modello organizzativo piramidale e verticistico. Innanzitutto è possibile riscontrare una «sostanziale continuità d'indirizzi legislativi e di prassi operative»<sup>3</sup> nella storia penitenziaria che partono dall'Unità d'Italia, e schematizzabili in tre fili conduttori individuati dal giurista ed ex giudice della Corte Costituzionale, Guido Neppi Modona, a cui si deve l'analisi storica della pena in Italia. Il primo è l'impermeabilità del carcere rispetto alla società libera, collocando i reclusi in un totale stato d'isolamento ed emarginazione, andando oltre le esigenze di sicurezza necessarie ad accompagnare una pena restrittiva della libertà. Il secondo è il clima di violenza all'interno degli istituti e il clima di perenne stato di conflitto tra custodi e custoditi, conseguenza di una rigida disciplina del potere disciplinare, degli obblighi e delle relative sanzioni poste a carico del personale di custodia. Infatti, sin dai primi anni dell'Unità le cronache del carcere sono ricche di episodi di violenza fisica, di cui sono in modo alternato vittima i custodi o i custoditi<sup>4</sup>. Un clima critico prodotto inoltre dalla previsione di punizioni corporali come le bastonate e dall'obbligo di silenzio imposto ai detenuti che impediva di fatto qualsiasi rapporto non conflittuale tra questi. Il terzo filo di continuità si trova nella struttura burocratica rigidamente centralizzata e verticistica dell'amministrazione penitenziaria, definita già dall'impianto normativo del 1891.

### 2.3. *Il carcere al tempo del fascismo*

Un tassello fondamentale nella modifica dell'assetto organizzativo si ebbe con il R.d. 18 giugno 1931 n. 787, ossia con il Regolamento degli istituti

<sup>3</sup> G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. IX, UTET, Torino 1995.

<sup>4</sup> Gli episodi di violenza sono descritti nel Bollettino ufficiale della Direzione generale delle carceri, in particolare negli anni dal 1871 al 1874. A favorire questo clima conflittuale vi sono le rigide punizioni nei confronti dei detenuti, tra cui spicca per disumanità, la punizione delle bastonate nei bagni penali.

di prevenzione e di pena entrato in vigore per mano del regime fascista. Permane come in passato il rigido rapporto gerarchico tra il personale dei vari livelli dell'amministrazione penitenziaria, ma seppur in termini ridotti, ebbe inizio un lento processo di decentramento delle funzioni di gestione non solo organizzativa, ma anche trattamentale all'interno degli istituti, come ad esempio nell'estensione della possibilità concessa a tutto il personale, di partecipare nei limiti del proprio ruolo al trattamento nei confronti del ristretto. Aspetto che si scontra nella pratica con il continuo problema della formazione del personale, la cui rilevanza fu evidenziata anche dal Ministro della Giustizia Alfredo Rocco, il quale affermò che è «il più importante problema dell'amministrazione carceraria, perché la più completa ed illuminata determinazione dei compiti del personale resta priva di valore pratico se non è assicurato che la scelta di esso ed il trattamento affidino che quei compiti siano assegnati a persone capaci di risolverli»<sup>5</sup>. La necessità di un'adeguata formazione degli operatori si diffuse anche nei dibattiti internazionali come nel congresso di Praga nel 1930. In particolare, era sentita l'esigenza di migliorare non solo la preparazione dei direttori per cui «la specializzazione degli stabilimenti deve essere anche conseguenza della specializzazione dei direttori»<sup>6</sup> ma soprattutto del personale di custodia per il cui reclutamento, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo Regolamento, era richiesta solo la quinta elementare e un corso di addestramento militare e di formazione professionale della durata di sei mesi. Un simile modello formativo non era in grado di impedire che l'agente portasse con sé «l'incultura atavica della sua estrazione, esaltata dalla rozzezza di una preparazione esclusivamente militare spoglia anche delle più rudimentali nozioni di psicologia e criminologia»<sup>7</sup>. Aspetto evidenziato dal direttore delle carceri di Roma nel 1931 Tito Cicinelli il quale credendo alla possibilità di emenda del condannato, nonostante solo lo 0.50% di soggetti entrati in carcere nel 1922 non fosse recidivo, individuò tra le cause che rendono arduo il compito del direttore «l'incertezza degli strumenti» con cui opera, ossia il lavoro per i detenuti e il personale penitenziario. Il personale di custodia nello specifico, secondo

<sup>5</sup> A. ROCCO, *Relazione a S.M. il Re del Ministro guardasigilli per l'applicazione del testo definitivo del regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena*, in «Rivista di diritto penitenziario», vol. 1, 1931, pp. 695-696.

<sup>6</sup> E. PERUCATTI, *Perché la pena dell'ergastolo deve essere attenuata. Documenti - Polemiche - Esperienze. Nuovi orizzonti dell'esecuzione penale*, Ed. Editoriale scientifica, Collana Diritto penitenziario e costituzione, Napoli 2021, p. 444.

<sup>7</sup> E. FASSONE, *Gli agenti di custodia*, in S. FORTUNA (a cura di), *Operatori penitenziari e legge di riforma. I protagonisti dell'ideologia penitenziaria*, Ed. Franco Angeli, Milano 1985.

Cicinelli, non aveva le capacità per realizzare la «funzione pedagogica» di cui è titolare, a causa dei requisiti di accesso non idonei<sup>8</sup>. Un altro aspetto in cui è possibile ravvisare la continuità rispetto al precedente regolamento è il ruolo centrale del direttore che acquisì maggiori competenze e fu affiancato nella prima fase di esecuzione della pena ossia nell'osservazione, dal medico e dal cappellano. Il direttore inoltre, restò il capo indiscusso dello stabilimento e titolare della gestione della disciplina poiché «solo l'autorità del direttore fatta di dignità, di energia, di umanità, di giustizia, può dare tranquillità»<sup>9</sup>. Per quanto riguarda la disciplina specifica del Corpo degli agenti di custodia essa fu raccolta nel nuovo Regolamento per il Corpo degli agenti di custodia degli istituti di prevenzione e di pena, emanato con R.d. 30 dicembre 1937, n. 2584. Il regolamento rispecchiava l'impostazione del precedente, attraverso il rigido sistema delle punizioni, spesso sproporzionate all'infrazione, e delle ricompense che frequentemente inasprivano il rapporto con il direttore dell'istituto, titolare del potere disciplinare e delle licenze. Il legislatore inoltre non risolse il rapporto conflittuale del personale con i detenuti, ma lo rafforzò aumentandone il distacco e il clima di violenza grazie anche all'art. 16 del nuovo Codice di procedura penale che garantì l'impunità agli agenti di pubblica sicurezza «per fatti compiuti in servizio e relativi all'uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica». Persisteva ancora l'imposizione di regole di comportamento nei confronti dei superiori, il divieto di reclami collettivi e il divieto di prestare servizio nelle carceri esistenti nella provincia di origine propria o della moglie.

Sulle condizioni di detenzione nelle carceri fasciste si rinvia alle riflessioni di ex detenuti politici del regime fascista raccolte nel numero monografico della rivista *il Ponte*<sup>10</sup> nel marzo 1949 dal titolo *Carceri:*

<sup>8</sup> T. CICINELLI, *Strumenti di redenzione*, in «Rivista di diritto penitenziario», vol. I, 1931, pp. 91 ss.

<sup>9</sup> Relazione del Ministro Rocco, cpv. XXIV.

<sup>10</sup> P. CALAMANDREI, *Bisogna aver visto*, in «Il Ponte. Rivista di politica e letteratura», anno V, n. 3, 1949. I testi presenti nella rivista sono stati raccolti e proiettati nella nostra attualità penitenziaria a cura di P. GONNELLA, D. IPPOLITO, *Bisogna aver visto. Il carcere nella riflessione degli antifascisti*, Edizioni dell'Asino, Roma, 2019. I testi raccolti nel libro sono le testimonianze di chi ha vissuto il carcere nel ventennio fascista: Vittorio Foa, Altiero Spinelli, Gaetano Salvemini, Ernesto Rossi, Carlo Levi, Ferruccio Parri ed altri autorevoli nomi, uniti in modo unanime dalla necessità di riformare il sistema carcerario. Ma per farlo e per comprendere la sua natura afflittiva «Bisogna aver visto». Sin dall'editoriale scritto da Calamandrei, è possibile ravvisare i problemi che continuavano a incidere sul sistema penitenziario come il sovraffollamento e le condizioni fatiscenti di molti istituti, oppure nelle testimonianze di Vinciguerra e di Lucio Lombardo Radice, che raccontarono il

*esperienze e documenti*, considerata «il contributo più organico e completo della documentazione della realtà carceraria mai espresso dalla classe politica italiana»<sup>11</sup>.

#### 2.4. *La svolta costituzionale*

All'indomani della liberazione, le carceri italiane si trovarono in un grave stato di degrado materiale, causato dai bombardamenti, dalle devastazioni della guerra, e da un consistente aumento della popolazione detenuta: negli stabilimenti preventivi di pena il numero dei detenuti nel 1945 era di 63.634, quasi il doppio rispetto al 1935. In queste condizioni, nel 1945 e nel 1946, si registrarono alcune delle più clamorose rivolte negli istituti penitenziari della storia italiana, represses spesso in modo violento, come ad esempio avvenne nel carcere giudiziario di San Vittore nel 1946 che portò a otto morti e numerosi feriti. Dinanzi alle critiche condizioni degli istituti, il ministro Togliatti si fece portatore di un'istanza di «normalizzazione»<sup>12</sup> attraverso la repressione delle rivolte e l'imposizione di una rigida disciplina interna delle carceri. Il guardasigilli emanò due provvedimenti destinati a incidere sul futuro della storia penitenziaria. Il primo è stato una circolare che riguardava la disciplina degli stabilimenti che, con l'obiettivo di porre fine alle numerose rivolte, impose delle misure fondate sull'ordine e la disciplina. Il secondo provvedimento fu il Decreto legge luogotenenziale 21 agosto 1945 n. 508, il quale stabilì l'inquadramento del Corpo degli agenti di custodia nelle Forze armate dello Stato, nello specifico a quelle in servizio di pubblica sicurezza, sancendo così un nuovo irrigidimento della disciplina per gli agenti, e sottoponendoli inoltre alla più rigida giurisdizione militare, secondo le norme del Codice penale militare di pace e di guerra. Fu decretata così la militarizzazione del corpo, avviando

---

clima di violenza che caratterizzava l'operato degli agenti di custodia, elemento considerato strutturale dell'istituzione penitenziaria, e affermarono la necessità di una riforma che parta proprio dal personale, non solo di custodia. Riccardo Bauer, sviluppò un'analisi dei caratteri propri dell'istituzione penitenziaria: la sua organizzazione burocratica; il suo scopo immanente e chiuso cioè la semplice e cruda custodia, garantita attraverso la riduzione estrema dell'autonomia del detenuto che conduce a una sostanziale degradazione del soggetto a cosa. Bauer nel ricostruire il regime di trattamento nei confronti dei detenuti comuni più che politici raccontò di condizioni igieniche pessime e di un servizio sanitario non efficiente.

<sup>11</sup> G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in AA. VV., *Storia d'Italia. Vol. V: I documenti*, Einaudi, Torino 1973, p. 1905 e ss.

<sup>12</sup> C. G. DE VITO, *Camosci e Girachiavi. Storia del carcere in Italia 1943-2007*, Laterza, Roma-Bari 2009.

un processo di invenzione della tradizione, mescolando elementi religiosi e militari per un nuovo spirito di corpo: iniziarono a utilizzare i distintivi, ricevettero il motto *Vigilando Redimere*, decretarono San Basilide come loro protettore e venne sancito il giorno dedicato alla festa del corpo. Il biennio 1946-1948 fu caratterizzato da un cambiamento radicale della società e della visione dell'uomo rispetto a essa, la seconda guerra mondiale ci mostrò fino a che punto può arrivare la completa distruzione della dignità umana. Il frutto di questo cambiamento fu l'approvazione della Costituzione repubblicana. Per effetto del principio di gerarchia delle fonti che caratterizza l'ordinamento giuridico italiano, la legislazione del settore penitenziario doveva dunque essere orientata secondo i caratteri di compatibilità e di armonizzazione alle norme fondamentali sancite dalla Carta costituzionale e prima fra tutte, quelle che definiscono il rilievo assoluto dei diritti fondamentali della persona umana, contenuti agli artt. 1, 2 e 3, nonché le disposizioni in materia di applicazione e di esecuzione della sanzione penale previste agli artt. 13, 24, 25 e 27 Cost. . L'esecuzione penale e la privazione della libertà personale subiscono così un mutamento sostanziale: in base all'art. 27 comma 3 «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato», e perciò deve essere assicurato «il rispetto della personalità e della dignità del ristretto»<sup>13</sup>.

Il lento cammino della riforma è stato caratterizzato da decenni d'immobilismo legislativo in cui hanno convissuto in netta contrapposizione il regolamento fascista degli istituti di pena e la Costituzione, la quale tuttavia ha introdotto un nuovo paradigma nell'organizzazione dell'esecuzione penitenziaria. Nonostante i vari progetti di legge susseguitisi dalla III alla V legislatura che spesso non arrivarono neppure al vaglio parlamentare, la scossa è arrivata alla fine degli anni sessanta, con l'inizio di una nuova stagione di proteste e mobilitazioni della popolazione detenuta contraddistinte da una forte connotazione politica, che risentiva non solo delle contestazioni studentesche del 1968 e delle lotte operaie del 1969, ma anche della maturata elaborazione scientifica e letteraria sulle Istituzioni totali, in cui il carcere occupa una posizione preminente e ad alta valenza simbolica<sup>14</sup>. La questione penitenziaria entra nel dibattito pubblico anche

---

<sup>13</sup> M. RUOTOLO, *Dignità e carcere* (Seconda edizione), Editoriale Scientifica Universitaria, Napoli 2014.

<sup>14</sup> Le riflessioni sul carcere come istituzione totale e l'indagine sulle origini delle prigioni attraverso una lettura storico sociologica, sono concretizzate in queste due fondamentali opere: E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi della esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino 1972; M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*,

grazie alla produzione artistica: sono gli anni dei film *L'istruttoria è chiusa*, *Qualcuno volò sul nido del cuculo* e *Fuga da Alcatraz*, anni in cui De André cantava di un detenuto suicida nella *Ballata dei Michè* e si schierava dalla parte delle rivolte dei detenuti *Nella mia ora di libertà*. Il movimento di protesta dei detenuti in quegli anni assunse carattere internazionale: più di un migliaio di manifestazioni, principalmente pacifiche, che rivendicavano lo stato di degrado delle condizioni dei detenuti. Anche il personale penitenziario si unì alle proteste, infatti, nel 1969 vi fu la cosiddetta rivolta dei direttori che riunitisi nell'Associazione funzionari direttivi dell'amministrazione penitenziaria contestavano la loro esclusione dalla Direzione e dichiaravano che «Noi collochiamo la radice di tutti i mali del personale direttivo penitenziario e della sua Amministrazione al sistema autoritario e paternalistico vigente nel nostro settore»<sup>15</sup>.

## 2.5. *Gli anni costituenti e la riforma del 1975*

La riforma arrivò con la legge n. 354 del 1975, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, cui seguì il relativo regolamento di attuazione di cui al D.P.R. 29 aprile 1976 n. 431. Tra i principali tasselli del processo di metamorfosi del sistema penitenziario vi furono: l'aver disciplinato con legge e non con regolamenti l'Ordinamento penitenziario, l'aver adeguato la disciplina al dettato costituzionale, l'introduzione del principio d'individualizzazione del trattamento, il riconoscimento della titolarità dei diritti dei detenuti e l'introduzione delle misure alternative alla detenzione. Per quanto riguarda il personale penitenziario, la capacità innovativa della riforma non ha modificato però la struttura centralizzata e burocratica dell'organizzazione penitenziaria, cui è dedicato il titolo secondo. Il nuovo Ordinamento penitenziario, rispetto ai precedenti regolamenti, presenta una struttura differente, viene eliminata la descrizione analitica degli operatori che agiscono all'interno degli istituti, fatta eccezione delle figure nuove dell'assistente sociale e dell'educatore, ma ne descrive le loro funzioni all'interno di altre disposizioni presenti.

---

Einaudi, Torino 1976.

<sup>15</sup> V. MAROLDA, *Per una amministrazione penitenziaria moderna ed efficiente*, in «La Voce Penitenziaria», VII, luglio-agosto 1969, 7-8, pp. 157-162. L'articolo riporta l'intervento di apertura del V Congresso dell'Associazione funzionari direttivi dell'Amministrazione penitenziaria, tenutosi a Roma nei giorni 18-24 giugno 1969.

## 2.6. Nasce il Corpo di Polizia Penitenziaria

I primi segnali di un rinnovamento amministrativo, a distanza di anni dalla riforma, si avranno solo con la legge 15 dicembre 1990 n. 395, con cui l'amministrazione ha assunto una nuova conformazione, come evidenziato anche da Nicolò Amato, direttore della Direzione generale dal 1983 al 1993, in un messaggio diretto a tutto il personale a seguito della nuova legge: «È una data decisiva perché in qualche modo divide in due il tempo e la storia della nostra amministrazione. C'è la storia di prima della riforma e di dopo. Potremmo dire che c'è la preistoria e la storia dell'Amministrazione Penitenziaria»<sup>16</sup>. La legge del 1990, oltre ad istituire il Corpo degli agenti di polizia penitenziaria, sostituisce la precedente Direzione generale per gli istituti di prevenzione e di pena con il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP) ed eleva gli Uffici centrali al rango di dirigenza generale, rispetto ai quali venne stabilito che potevano accedere non più solo i magistrati ordinari ma anche i dirigenti provenienti dall'Amministrazione, ad esclusione del ruolo di Capo Dap.

L'organizzazione generale che emerge da questi provvedimenti vede il permanere come figura principale dell'amministrazione locale il direttore, designato tra i funzionari direttivi dell'amministrazione penitenziaria per le case circondariali, le case di reclusione, le case di arresto, le colonie agricole e le case di lavoro, mentre alle case di cura e di custodia e per gli ospedali psichiatrici giudiziari, il direttore è designato tra il personale sanitario dell'amministrazione penitenziaria. Il direttore, in sintesi è titolare di una vasta gamma di funzioni: dal governo dell'istituto e del personale, compresi gli agenti della polizia penitenziaria, al coordinamento dell'osservazione e del trattamento dei detenuti, dalla gestione dei rapporti con la magistratura di sorveglianza, ai fondamentali collegamenti con il mondo esterno e infine dalle attività come funzionario delegato. Tuttavia, rispetto alla precedente normativa, il direttore, pur restando il capo dell'istituto, e come tale avendone la rappresentanza esterna, assume all'interno degli istituti, maggiori funzioni di coordinamento e di armonizzazione delle varie aree operative, con poteri di vigilanza e di intervento in caso di disfunzioni, piuttosto che di operatore diretto. Innanzitutto la riforma, come evidenziato precedentemente, modifica le competenze del direttore che da «soggetto passivo» diviene «sollecitatore di interessi, di interventi, di

---

<sup>16</sup> N. AMATO, *Messaggio a tutto il personale-Introduzione alla Circolare Ministeriale 3337-5787 del 7 luglio 1992, «Istituti penitenziari e centri di servizio sociale: costituzione e funzionamento delle aree».*

azioni e di attività molteplici più ricche e significative»<sup>17</sup>, ma il rapporto tra esigenze custodialistiche e di trattamento alla base delle sue scelte trova in questi anni un indirizzo politico confuso ponendo i direttori «in situazioni di conflitto interiore e di difficoltà di scelte operative» come evidenziato nella discussione all'VIII Congresso nazionale dei direttori penitenziari<sup>18</sup>. Il conflitto con chi gestisce la sicurezza, ossia la Polizia Penitenziaria, raggiunge negli istituti di massima sicurezza una maggiore e netta contrapposizione. Per lo svolgimento delle sue funzioni il direttore venne affiancato da nuovi organi e nuovi operatori professionali, strutturati e organizzati nel dettaglio all'interno degli istituti grazie alla Circolare Ministeriale 3337-5787 del 7 luglio 1992 «istituti penitenziari e centri di servizio sociale: costituzione e funzionamento delle aree». La circolare è un caposaldo nella definizione dell'assetto degli istituti penitenziari e dei relativi ruoli, creando le Aree operative e di competenza, e segnando un'importante svolta, in termini di cultura organizzativa e di rinnovamento dell'Amministrazione penitenziaria, affermando inoltre, l'assoluta importanza dell'unitarietà nella multidisciplinarietà dell'azione amministrativa e la responsabilizzazione degli operatori attraverso i dirigenti di area. Le aree istituite per gli istituti sono: area della segreteria, area educativa o del trattamento, area sanitaria, area della sicurezza, e dell'ordine, area amministrativa-contabile. Le centonovantasei pagine formanti il corpo della circolare descrivono nel dettaglio il ruolo e i compiti di tutti i soggetti operanti all'interno degli istituti i quali, rispetto all'assetto delineato dal Regolamento del 1931, risultano aumentati in numero, maggiormente specializzati e orientati verso il finalismo rieducativo della pena, esaltando così l'importanza della prima parte del binomio trattamento rieducativo/sicurezza.

La sicurezza negli istituti è assicurata dal neo costituito Corpo di polizia penitenziaria, istituito con la legge 15 dicembre 1990 n. 395. Contestualmente è stato soppresso il ruolo delle vigilatrici penitenziarie<sup>19</sup> e il relativo personale è stato assorbito dal Corpo di polizia. L'Ordinamento

<sup>17</sup> I. STURNIOLO, *Ruolo, compiti, profilo del direttore penitenziario*, in «Rassegna penitenziaria e criminologica», nn. 2-3, 1983, p. 594.

<sup>18</sup> F. S. FORTUNA (a cura di), *Operatori penitenziari e legge di riforma. I protagonisti dell'ideologia penitenziaria*, Franco Angeli Editore, Milano 1985, pp. 95 ss.

<sup>19</sup> Per un'analisi storica della disparità tra componente custodiale maschile e femminile, sul silente passaggio di consegna nella custodia degli istituti femminili dalle suore alle guardiane e poi alle vigilatrici e sul lento processo evolutivo della professionalità delle vigilatrici, vedi su L. CULLA, M. DI RIENZO, *Esperienze di formazione delle vigilatrici penitenziarie. Considerazioni in margine al I e II corso di aggiornamento per vigilatrici penitenziarie*, in «Rassegna penitenziaria e criminologica», fasc. 1-3, 1988, pp. 173-194.

del Corpo di polizia penitenziaria è stato emanato con tre obiettivi essenziali, per adeguare la disciplina alle nuove prospettive della pena: smilitarizzazione, professionalità e sindacalizzazione. Infatti, ai sensi dell'art. 1, è stata attuata la smilitarizzazione del personale di custodia, diventando corpo civile, posto alle dipendenze del Ministero della Giustizia e facente parte delle forze dell'ordine. Per incidere sulla professionalità invece, si intervenne sulla procedura di arruolamento, richiedendo un maggiore livello culturale degli agenti, i quali devono detenere un determinato titolo di studio e superare un concorso per accedere al Corpo. Il processo di sindacalizzazione ha permesso poi che anche per la categoria degli agenti penitenziari, vi fossero sindacati preposti alla tutela delle prerogative lavorative del Corpo.

### *2.7. L'ondata di internamento negli anni duemila*

Gli anni duemila si aprirono poi con un fondamentale intervento di modifica, che recuperò i principi sanciti dalla riforma del '75 e rimasti inattuati: venne approvato il nuovo Regolamento esecutivo dell'Ordinamento penitenziario, emanato con il d.P.R. 30 giugno 2000 n. 230, il quale ha abrogato il precedente regolamento d'esecuzione del 1976. Il regolamento, oltre a dettagliare maggiormente la vita in carcere allo scopo di assicurare una più estesa garanzia di diritti fondamentali, introduce un nuovo gruppo interno agli istituti, l'équipe di osservazione, formata dai soggetti indicati dall'art. 29, comma 2.

Il numero della popolazione penitenziaria tuttavia in questi anni non è diminuito: tra le cause vi è una serie di provvedimenti legislativi relativi alla tossicodipendenza e all'immigrazione, i cui punti di partenza furono posti nel 1990, rispettivamente con la legge Jervolino-Vassalli (D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309) e con la legge Martelli (legge 28 febbraio 1990, n. 39). Le successive leggi sull'immigrazione, a carattere fortemente carcerocentrico, furono: la legge Turco- Napolitano del 1998 (legge n. 40 del 6 marzo 1998), e la legge Bossi-Fini del 2002 (legge n. 189 del 30 luglio 2002). In linea con la politica criminale degli anni precedenti, fu emanata la cosiddetta ex-Cirielli (legge n. 251 del 5 dicembre 2005): le materie toccate dalla norma sono varie, la recidiva, la prescrizione, nonché alcune parti dell'Ordinamento penitenziario, ossia i benefici e le misure alternative. Il legislatore con questo provvedimento manifestò un atteggiamento diretto a negare gli istituti premiali per i recidivi, che nella pratica sono coloro che commettono reati di strada, in particolare immigrati e tossicodipendenti.

A distanza di circa 10 anni dal decreto legislativo n. 230/1999 inoltre, è stato realizzato il completo trasferimento delle funzioni, risorse umane, rapporti di lavoro, e anche attrezzature e beni strumentali alla sanità penitenziaria, al Servizio Sanitario Nazionale, tramite la legge 24 dicembre 2007 n. 244 e il d.P.C.M. 1 aprile 2008.

*2.8. Dalla sentenza Torreggiani del 2013 fino al nuovo reato di rivolta penitenziaria*

Nel biennio 2013-2014 il Governo italiano ha tentato di affrontare il problema del sovraffollamento, sulla scia dell'emergenza emersa negli anni precedenti. Nel 2010 il tasso di sovraffollamento ha raggiunto uno dei suoi picchi storici: la popolazione ristretta ha toccato i 67.961 detenuti, ben 22.839 in più rispetto alla capienza regolamentare, con un tasso di sovraffollamento pari al 151% ossia 151 detenuti per 100 posti.

Dopo aver dichiarato lo stato di emergenza nazionale per le carceri<sup>20</sup>, l'Italia è stata condannata con la sentenza Torreggiani ed altri<sup>21</sup> l'8 gennaio 2013 dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo. La Corte, adottando una sentenza pilota, ha constatato una violazione convenzionale ripetuta e sistematica, conseguente al costante sovraffollamento e all'ineffettività giurisdizionale dei rimedi previsti dalla normativa penitenziaria, mettendo in mora lo Stato e fissando entro un anno il termine attraverso il quale realizzare una riforma strutturale in grado di ridisegnare gli spazi del carcere, in conformità alla normativa costituzionale e agli obblighi convenzionali. Lo scopo ultimo sarebbe stato quello di garantire un'esecuzione penitenziaria umana, rieducativa e risocializzante. Per questo motivo, e nel timore di ricevere una gravosa condanna da parte dei giudici europei, il Governo ha agito su due linee di intervento: ha adottato provvedimenti funzionali alla riduzione del numero di presenze in carcere, ed ha agito sui rimedi di garanzia, giurisdizionali e non.

Affianco allo strumento del reclamo generico, fu introdotto il reclamo

<sup>20</sup> Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 13 gennaio 2010 recante la dichiarazione dello stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale; Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 23 dicembre 2011, con il quale il predetto stato di emergenza è stato, da ultimo, prorogato fino al 31 dicembre 2012.

<sup>21</sup> Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, Causa Torreggiani e altri c. Italia, 8 gennaio 2013 (Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10). Sentenza confermata dalla Grande Camera con provvedimento n. 161 (2013) del 28 maggio 2013.

giurisdizionale<sup>22</sup> ex art. 35 bis O.p., e il rimedio compensativo ex art. 35 ter O.p.<sup>23</sup> conseguente alla violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Fu istituita la figura del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale<sup>24</sup>, con compiti di ispezione, monitoraggio e tutela dei diritti. Tra i nuovi destinatari del reclamo generico, il decreto del 2013 ha inserito proprio il Garante Nazionale. Il Garante è un'autorità nominata su indicazione iniziale del Ministero della giustizia, il cui regolamento sulla struttura e sulla composizione dell'Ufficio è contenuto nel D.M. n. 36 dell'11 marzo 2015. Il Garante vigila su ogni forma di privazione della libertà affinché sia attuata nel rispetto delle norme costituzionali, delle Convenzioni internazionali sui diritti umani ratificate dall'Italia, delle leggi e dei regolamenti. Per questo scopo, è riconosciuto al Garante il potere di visitare, senza autorizzazione o preavviso, ogni struttura di privazione della libertà, di chiedere informazioni e documenti alle amministrazioni, e in caso di accertata violazione di norme o di fondati reclami generici, può formulare raccomandazioni e adire l'autorità giudiziaria.

Nel 2017 il Governo avviò una lunga fase di ascolto di tutti gli *stakeholders* penitenziari allo scopo di approvare una grande riforma. Furono indetti gli Stati Generali della esecuzione della pena<sup>25</sup> e dopo un lungo e intenso iter legislativo<sup>26</sup>, il Governo ha adottato i decreti legislativi n. 121, 123, 124 del 2 ottobre 2018, che hanno attuato la legge

<sup>22</sup> Decreto legge n. 146 del 2013, convertito dalla legge n. 10 del 21 febbraio 2014.

<sup>23</sup> Decreto legge n. 92 del 26 giugno 2014, convertito dalla legge n. 117 del 2014.

<sup>24</sup> Articolo 7 del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146.

<sup>25</sup> Il disegno di legge (XVII Legislatura, A.C. n. 2798 e A.S. 2067) reca nel titolo la seguente formula: «Modifiche... all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena». Si vedano, in particolare, l'art. 29 (che prevede la «Delega al Governo per la riforma del processo penale e dell'ordinamento penitenziario») e l'art. 31 (che fissa i principi e i criteri direttivi per l'adozione dei decreti legislativi delegati). Il D.m. 8.5.2015, con il quale è stato istituito il «Comitato degli esperti per lo svolgimento della consultazione pubblica sulla esecuzione della pena denominata "Stati Generali sulla esecuzione penale"», e il successivo d.m. 9.6.2015 che ha disposto l'integrazione del predetto Comitato

<sup>26</sup> Trascorsero 4 anni dal deposito del disegno di legge alla Camera. In questi anni il Governo ha avviato un'importante campagna, gli Stati generali dell'esecuzione penale, composta da esperti, dagli operatori penitenziari, giudiziari e delle amministrazioni centrali e territoriali, al mondo delle Università, della cultura e del volontariato. Un lavoro collegiale per l'elaborazione di proposte normative e linee guida per la successiva riforma. Per un'analisi dettagliata dei decreti e delle mancanze rispetto al progetto ambizioso di una generale riforma, si veda P. GONNELLA, (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Giappichelli, Torino 2019, e M. RUOTOLO, S. TALINI, *Dopo la riforma: i diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019.

delega del 23 giugno 2017 n. 103. I decreti hanno modificato vari aspetti dell'ordinamento senza però avere il coraggio di modernizzare e innovare la pratica penitenziaria e senza intervenire sugli squilibri organizzativi o sulle figure professionali.

A partire dal 2018 è partita una nuova ondata securitaria, nonostante la tragica parentesi del Covid. Nel corso degli ultimi anni si è perseguita una politica criminale repressiva con Decreti legge<sup>27</sup> che hanno aumentato esponenzialmente le condotte perseguibili e impattato direttamente sui numeri della popolazione detenuta. Per ultimo, è stato adottato il 13 aprile 2025 il c.d. Decreto sicurezza<sup>28</sup>, il quale oltre a introdurre molteplici reati e aggravanti, ha inciso direttamente nell'ambito organizzativo introducendo il nuovo delitto di rivolta penitenziaria. A causa dei numerosi profili di criticità<sup>29</sup>, tra cui il rendere penalmente rilevante la protesta pacifica di un detenuto, questo delitto rischia di aggravare il già difficile e complesso rapporto tra agenti e ristretti, creando spazi di discrezionalità e possibile arbitrarietà nella rilevazione dei casi perseguibili.

### *2.9. I più recenti provvedimenti amministrativi incidenti sull'organizzazione penitenziaria*

I provvedimenti che maggiormente hanno inciso sull'organizzazione degli istituti, e in particolare sulle modalità organizzative della polizia penitenziaria, sono state le circolari del Dipartimento della Amministrazione penitenziaria del 13 luglio 2013 (GDAP – 0251644 – 2013) e del 23 ottobre 2015 (3663/6113), le quali hanno introdotto il sistema della sorveglianza dinamica. Negli ultimi anni invece, hanno impattato fortemente sull'organizzazione interna degli Istituti, contrapponendosi di fatto alle precedenti circolari, la Circolare sul circuito della media sicurezza del 2022 e la Circolare sul circuito dell'Alta sicurezza del 2025, le quali, in un'ottica di maggiore restrizione, hanno ridotto drasticamente il tempo che i detenuti possono passare fuori dalla stanza di pernottamento.

<sup>27</sup> Si intendono a titolo esemplificativo il Decreto Cutro, convertito con modificazioni dalla L. 5 maggio 2023, n. 50 e il Decreto Caivano, convertito con Legge 13 novembre 2023, n. 159.

<sup>28</sup> Convertito con Legge 9 giugno 2025 n. 80.

<sup>29</sup> Per una disamina generale e critica del Decreto, si veda P. PRENCIPE, *Il decreto sicurezza e il delitto (illegittimo) di rivolta penitenziaria*, oppure per un'analisi specifica del delitto di rivolta J. PATRONE, *Illegittimità del reato di rivolta penitenziaria*, entrambi i testi sono pubblicati nel *XXI Rapporto sulle condizioni di detenzione* curato dall'Associazione Antigone, 2025.

In conclusione e brevemente, tre sono i principali attori che compongono l'attuale assetto organizzativo degli istituti di pena oggi: il direttore, il funzionario giuridico pedagogico e il Corpo della Polizia penitenziaria. Al vertice dell'organizzazione di ogni istituto penitenziario è posto il direttore, un ruolo atipico e complesso, difficilmente paragonabile ad altre figure dirigenziali pubbliche. La figura della direttrice o del direttore, quest'ultimi in netta minoranza, in un carcere è fondamentale. È infatti il promotore della risocializzazione dei detenuti, responsabile del coordinamento di tutte le aree dell'istituto, della gestione amministrativa della struttura e del suo personale, delle attività che in istituto si svolgono, incluse tutte quelle che riguardano i detenuti, è delegato di spesa e datore di lavoro. In ultima istanza praticamente tutto dipende dal direttore e quando il direttore non c'è, o non è in condizione di fare il suo lavoro, la gestione assume una logica a 'mantenimento'. Anche il ruolo dell'educatore all'interno di un istituto è fondamentale: dalla sua previsione nella riforma del '75 è stato incaricato di accompagnare il ristretto nel suo percorso di risocializzazione e di rieducazione. Ed infatti, assumono un ruolo decisivo nell'osservazione scientifica della personalità e per l'accesso alle misure alternative dei detenuti definitivi. Gli educatori poi collaborano anche alla progettazione di tutte le attività dell'istituto, scolastiche, formative, sportive e ricreative, e cercano di rispondere ai molti bisogni dei detenuti, definitivi o meno che siano. Assumono, inoltre, secondo la circolare ministeriale che ne ha modificato la denominazione in funzionari giuridico pedagogici, il compito di coordinare la rete interna ed esterna al carcere in modo da garantire una relazione con il territorio. Per quanto riguarda il personale della Polizia penitenziaria, va ribadito in premessa che rappresentano la maggior parte degli operatori penitenziari.

I compiti istituzionali sono descritti nell'art. 5 della legge 15 dicembre 1990, n. 395, il quale sancisce che il Corpo di polizia penitenziaria sia amministrato dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia, ed espleta quanto stabilito sia dalla legge 26 luglio 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario, sia dal regolamento d'esecuzione, il D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, nonché da quanto previsto dalla stessa legge n. 395/1990 e dal regolamento di servizio, il D.P.R. 15 febbraio 1999, n. 82. Il Corpo di polizia penitenziaria, all'interno degli Istituti, è titolare delle seguenti funzioni: assicurare l'esecuzione delle misure privative della libertà personale; garantire l'ordine interno e la sicurezza degli istituti di prevenzione e di pena; tradurre i detenuti e gli internati e svolgere il servizio di piantonamento per gli stessi soggetti nei

luoghi esterni di cura (ad esempio negli ospedali); partecipare ai servizi di ordine e di pubblica sicurezza o pubblico soccorso; prendere parte alle attività di osservazione e di trattamento rieducativo per i detenuti e gli internati, nei limiti dei compiti di polizia.

Quest'ultima funzione rileva come la polizia penitenziaria, come soggetto di maggiore prossimità ai detenuti, sia chiamata a partecipare all'osservazione e al trattamento, come sancito dalle norme. Questo aspetto meglio permette di comprendere come la polizia, gli educatori e la dirigenza debbano necessariamente coordinare e collaborare nello svolgimento delle proprie mansioni. Un'interconnessione necessaria ma complessa e capace, in assenza di una concreta collaborazione, di ingenerare inefficienze.

### 3. *Il carcere visto dagli operatori*

#### 3.1. *Breve premessa metodologica*

Dopo aver ricostruito brevemente l'evoluzione della disciplina sull'organizzazione penitenziaria, evidenziandone in parte e limitatamente gli aspetti critici, si analizzeranno di seguito le risposte ai questionari anonimi somministrati agli operatori, visionabili nel Report pubblicato online (<https://abide.jus.unipi.it/ordini-autorita-e-obbedienza-in-ambito-carcerario-unindagine-empirica/>). Hanno partecipato al questionario: sei direttori, tre educatori, un mediatore culturale e ventuno appartenenti con diverso grado al Corpo di Polizia penitenziaria. I criteri di scelta e di selezione sono stati diversi. Innanzitutto nella selezione dei candidati, si è data priorità agli appartenenti al Corpo di Polizia penitenziaria e alla necessità di diversificare il più possibile l'esperienza maturata, in termini di maggiore e minore anzianità di servizio. Si è cercato di rispettare altri indicatori in grado di offrire una buona rappresentazione della categoria: operatori che svolgono il proprio servizio in istituti grandi e in istituti piccoli in termini di popolazione detenuta; in base all'allocazione territoriale del proprio istituto, in modo da fornire una rappresentazione territoriale il più vasta possibile; infine, l'esperienza sia in Istituti maschili che in Istituti femminili. Il questionario è stato somministrato online, attraverso la piattaforma di Google, garantendo l'anonimato degli intervistati. Per quanto riguarda la struttura e contenuto, il questionario consiste in quarantasei domande a risposta multipla con possibilità di argomentare.

Le domande sono a loro volta suddivise in quattro sezioni: profilo e descrizione del ruolo dell'operatore penitenziario, l'organizzazione e le modalità di esecuzione della pena, il concetto di ordine e la sua legittimità/illegittimità, la funzione della pena. L'aver strutturato il questionario in forma anonima, ha permesso di ovviare alle possibili lungaggini derivanti dalla necessaria autorizzazione dei competenti uffici. Le risposte verranno rappresentate nel paragrafo successivo, raggruppate per sezione.

### 3.2. *Il profilo delle persone intervistate*

Nella prima parte delle interviste, si è indagato sui profili degli intervistati, nello specifico sul ruolo ricoperto, sull'anzianità di servizio e sulla soddisfazione o meno verso il proprio lavoro. Gli intervistati hanno maturato differenti anni di servizio: il 51% lavora da più di dieci anni nell'Amministrazione Penitenziaria, il 18% da cinque a dieci, e il 29% tra uno e cinque anni. Il 38% ha svolto il proprio servizio in più di tre istituti, e la restante parte in meno di tre istituti. La maggior parte degli intervistati, il 64,5% svolge ruoli di sorveglianza, e quindi a diretto e costante contatto con i detenuti, il 19,4 ruoli amministrativi, sei direttori, tre educatori e un dirigente della polizia penitenziaria. L'analisi del profilo degli operatori, ci permette di riscontrare le prime criticità, infatti il 35,5% svolge turni lavorativi che superano le otto ore, il 51,6 svolge turni da otto ore, e la restante parte di sei ore. Il turno lavorativo invece, per quanto riguarda gli agenti, dovrebbe essere di sei ore e solo eccezionalmente di otto. Le motivazioni che hanno indotto a intraprendere la carriera all'interno dell'amministrazione sono varie: scelta economica 5, per una precisa motivazione 13, casualità 11, suggerimento di persone vicine 2. Il giudizio sul tasso di soddisfazione del proprio lavoro è invece netto: soltanto un intervistato ha dichiarato di essere soddisfatto del proprio lavoro, mentre risultano 15 parzialmente soddisfatti, 13 più insoddisfatti che soddisfatti, e 2 del tutto insoddisfatti. Sulla richiesta riguardante i motivi dell'insoddisfazione, gli intervistati nell'87% hanno risposto *burnout* e stanchezza, il 48% non si sente gratificato economicamente, mentre il 25% ha affermato che l'insoddisfazione deriva dall'essere il suo istituto troppo incline al trattamento, il 13% troppo incline alla sicurezza, e il 9,7% gratificazione sociale assente. Risulta chiaro come già da una prima analisi delle ragioni volte a descrivere l'insoddisfazione lavorativa, se l'87% degli intervistati ha dichiarato di trovarsi in uno stato di *burnout* e stanchezza, è possibile rilevare la presenza di condizioni di criticità diffusa

in grado fortemente di impattare sul lavoro quotidiano. A fronte quindi di un elevato tasso di insoddisfazione, una ragione ulteriore viene individuata anche nel non sentirsi per il 62% tutelati dal proprio contratto di lavoro, tra questi, tutti i direttori hanno ribadito l'assenza di un contratto specifico per la categoria. L'attuale contratto, nelle parole dei dirigenti, oltre a non riconoscere le tutele basilari, non fornisce adeguate tutele a fronte di un carico di responsabilità elevato. Un'educatrice invece riferisce di essere insoddisfatta del proprio contratto anche perché fornisce tutele minori rispetto ai contratti della Polizia penitenziaria.

### *3.3. L'adesione del personale al modello di organizzazione penitenziaria*

La seconda parte delle interviste si è concentrata sull'organizzazione penitenziaria e sulle modalità di esecuzione della pena. Soffermandosi sulle criticità attinenti alla collaborazione tra le diverse aree operative negli istituti, il 90% ha dichiarato che il principale elemento di criticità è la carenza di personale, aspetto sistemico all'interno del personale penitenziario, il 48% che i ruoli non sono adeguatamente definiti, il 35% che non vi è una chiara gerarchia tra operatori, il 29% che non vi è un dialogo tra le aree, il 19% ha dichiarato che alcuni ruoli operano con eccessiva discrezionalità. Avvertire una non chiara definizione dei ruoli e l'assenza di dialogo tra aree, sono aspetti che possono incidere fortemente sul lavoro in staff e sulla definizione dei propri spazi di azione. Riflettendo invece sul binomio trattamento e sicurezza, che informa l'agire quotidiano degli operatori, vi è un bilanciamento tra le risposte: mentre il 42% ritiene che sia necessario un equilibrio, il 42% ritiene che invece sia necessario aumentare il peso della sicurezza (risposta di tutti agenti) il 13% ritiene che sia necessario aumentare il peso del trattamento (risposte di tutti educatori), e il 3% che sia necessario togliere la sorveglianza dinamica. Grazie a questa domanda è possibile iniziare a evidenziare una spinta, come meglio verrà descritta più avanti, di una parte della Polizia penitenziaria, verso un'istanza securitaria, nell'ottica di rendere gli Istituti di pena luoghi esclusivamente di custodia e neutralizzando in parte il finalismo rieducativo sancito dalla Costituzione. Univoca invece è la risposta riguardante il Ministero da cui dovrebbe dipendere il carcere, l'80% ha risposto il Ministero della giustizia, il 10% invece che dovrebbero essere private e il 10% che dovrebbero dipendere dal Ministero dell'interno. Su una riflessione temporale invece, il 48% degli intervistati ritiene che il suo ruolo sia cambiato in peggio, il 42% che non sia cambiato, e solo il 10% che sia cambiato in meglio. Si ribadisce così,

per parte degli intervistati, una insoddisfazione che aumenta negli anni con il peggiorare del proprio ruolo. Per quanto riguarda invece la divisione in aree operative, il 64% ritiene corretta la suddivisione, il 26% ritiene che dovrebbero essere inquadrati tutti nel Corpo di Polizia penitenziaria.

Focalizzandosi sempre sulla suddivisione in aree di lavoro, emerge poi che il 61% ritiene la divisione in aree, seppur funzionale ad un modello organizzativo efficiente e rispettoso delle norme costituzionali e internazionali in materia, ad esempio di prevenzione della tortura, nella pratica, non dialogano e collaborano tra loro. Queste dinamiche, diffuse in molti Istituti, rendono innanzitutto inefficiente l'azione quotidiana degli operatori, i quali, si pensi all'area educativa e all'area sicurezza, devono necessariamente collaborare tra loro.

Le maggiori criticità riscontrate invece nella carriera lavorativa degli intervistati sono state: carenza di organico 93%, sovraffollamento 80%, numero elevato di eventi critici 45%, organizzazione non efficiente 45%, assenza di attività trattamentali 38%, assenza di risorse economiche 38%. Tutte criticità, non marginali, che portano in frizione il clima delle carceri e aumentano le difficoltà nell'esercizio delle proprie funzioni di ogni operatore. Per ultimo, si è tentato di approfondire il rapporto tra il direttore dell'istituto e la dirigenza della polizia. Infatti, nell'attuale modello organizzativo all'interno dell'Istituto, il ruolo della dirigenza di Polizia è costruito in certi aspetti, sovrapponendosi a quello del dirigente d'istituto. Gli intervistati hanno individuato i seguenti i profili problematici di questo rapporto: il 42% ha dichiarato che servirebbero maggiori poteri alla dirigenza di polizia, il 32% che il rapporto gerarchico non è chiaro, il 16% che l'autorità del direttore subisce troppe limitazioni. Questo aspetto, conferma la volontà, già evidenziata, di voler rendere le carceri solo luoghi custodialistici, in cui la sicurezza viene assunta non come elemento da bilanciare nella possibile ulteriore restrizione di diritti, ma come bilancia stessa.

#### *3.4. Ordini e obbedienza secondo il personale penitenziario*

Nella terza parte del questionario si è tentato di raccogliere i punti di vista sui concetti ordine legittimo e illegittimo, autorità, obbedienza, tentando poi di riflettere sull'applicazione del dettato normativo alla prassi quotidiana. La maggior parte degli intervistati ha dichiarato di conoscere il contenuto dell'art. 51 c.p. rubricato 'Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere' (90%), mentre solo due/terzi degli intervistati ha dichiarato di conoscere le disposizioni sugli ordini previste nella l. 395

del 1990. Sull'attuale catena degli ordini, alla richiesta se fosse necessario un mutamento, gli intervistati hanno così risposto: il 45% che sarebbero necessari maggiori poteri all'area sicurezza, il 35% che sarebbe necessario dare maggiore autonomia agli istituti, riducendo i poteri del DAP, il 10% che sarebbero necessari maggiori poteri all'area trattamentale. È chiara quindi l'esigenza di mutare l'attuale modello, indirizzandolo verso una maggiore autonomia degli istituti, e soprattutto verso un consolidamento e ampliamento delle funzioni e del ruolo dell'area sicurezza di ogni istituto. Gli intervistati hanno definito poi il concetto di ordine, sulla base delle risposte fornite, come atto amministrativo conforme alla legge che impone al destinatario un obbligo di fare o non fare (90%), e il concetto di ordine legittimo, come ordine emanato nel rispetto della forma e del contenuto previsto dalla legge e dei principi costituzionali (70%). Su quest'ultima domanda, la metà degli agenti intervistati, ha risposto intendendo l'ordine legittimo, esclusivamente come ordine emanato nel rispetto della legge, non dando così rilevanza, nella gerarchia delle fonti, alla Costituzione nel loro agire quotidiano. Sulla domanda invece, quale potesse essere per l'intervistato il concetto di ordine illegittimo, vi è un bilanciamento tra chi lo intende come ordine che viola la legge e i principi costituzionali (48%) e chi lo intende esclusivamente come ordine che viola la legge (48% di cui tutti agenti), a conferma di quanto poc'anzi ribadito. In seguito, gli intervistati sono stati sollecitati a dare una definizione di autorità: il 68% l'ha definita come la posizione di chi è investito dal potere e lo esercita in piena autonomia e discrezionalità (tutti agenti), mentre il 32% la definisce come la posizione di chi è investito del potere secondo la legge e lo esercita nel dialogo con gli altri operatori. Sul concetto di obbedienza, il 61% lo ha inteso come l'eseguire gli ordini o i comandi di qualcuno (tutti agenti), il 32% eseguire gli ordini o i comandi di qualcuno riconoscendone le finalità e l'adeguatezza, il 7% saper eseguire un ordine nell'immediatezza senza valutarne il contenuto. Emerge quindi una visione di autorità e di obbedienza marcatamente militare, in cui gli ordini non sono frutto di valutazioni collettive e, apparentemente, si presentano come infallibili e non sottoponibili a giudizio. Il 90% degli intervistati ha dichiarato che queste definizioni fanno parte della sua formazione professionale e personale. Domandando invece quanto all'interno della categoria professionale dell'intervistato si abbiano chiare queste definizioni, il 65% risponde abbastanza, il 22% poco, il 13% molto.

Per comprendere invece come ogni operatore inquadra il proprio ruolo nella scala gerarchica, si è chiesto se nel modello organizzativo adottato

all'interno dell'Istituto, il suo ruolo assume autorità esclusivamente in relazione alla scala gerarchica oppure influiscono anche altri elementi. Il 29% ha risposto esclusivamente sulla base della scala gerarchica, il 26% che il suo ruolo non ha autorità, il 19% che influisce anche la maggiore esperienza maturata rispetto ad altri operatori, il 19% esclusivamente in relazione alla scala gerarchica. In seguito, sulla domanda se tra il percorso formativo e le nozioni apprese nel campo all'interno della cultura informale, cosa incide maggiormente nell'agire quotidiano, gli intervistati hanno risposto: il 70% le nozioni apprese durante il lavoro all'interno dell'istituto (ossia da altri agenti, ad esempio più anziani) e il 29% entrambi. Alla domanda invece se secondo il suo punto di vista in carcere, si rispetta la gerarchia delle fonti (Costituzione, leggi, regolamenti, ecc..., sino alle circolari amministrative e agli ordini di servizio), il 62% ha dichiarato che i provvedimenti amministrativi prevalgono sempre, il 16% che si rispetta sempre, il 12% che la gerarchia non si rispetta e spesso le circolari amministrative prevalgono sulla legge. Le carceri non sono una zona franca per il diritto, dichiarare il mancato rispetto della scala gerarchica manifesta un grave elemento problematico dell'attuale sistema penitenziario, soprattutto nell'ottica per cui, spesso, provvedimenti amministrativi impongono ulteriori restrizioni di diritti sanciti e tutelati dalla Costituzione. Analizzando invece il regolamento interno, un importante strumento che fornisce l'insieme delle norme che regolano il vivere quotidiano di un Istituto, il 70% dichiara che il suo istituto o non ha un regolamento o che ha più di 10 anni. Chiedendo agli intervistati se gli è mai capitato di dover obbedire ad una circolare amministrativa in contrasto con leggi o norme di livello superiore, mentre il 58% ha risposto di no, il 39% ha risposto di sì, confermando la criticità precedentemente evidenziata. Inoltre, il 22% ha dichiarato di aver fatto notare ai propri superiori questa divergenza. Viene evidenziato quindi, non solo un'applicazione del dettato normativo in termini frammentati, con il prevalere delle circolari alla legge, ma anche una possibile incertezza su ciò che è lecito o illecito nell'esecuzione degli ordini. Inoltre, il 48% ha dichiarato che esista un effetto di eccessiva burocratizzazione all'interno delle carceri che legittima l'obbedienza a ordini illegittimi, il 45% ha negato questa conseguenza. Il 42% ha dichiarato che nel corso della sua carriera ha assistito all'esecuzione di un ordine illegittimo. Pertanto, questa frammentarietà, appare un elemento presente e costante nel lavoro all'interno delle carceri: una possibile zona d'ombra al diritto, in cui l'illegittimità di un ordine potrebbe assumere la sua forma più grave e tradursi in azioni di violenza.

Prospettivamente, spostandosi sulla gerarchia interna, gli intervistati si dividono in due posizioni, mentre il 68% ha affermato che la scala gerarchica di comando dentro il corpo di Polizia penitenziaria dovrebbe fermarsi al dirigente della Polizia o al comandante e non al direttore (tutti agenti), in linea con l'idea di un carcere solo come custodia, il 32% che dovrebbe fermarsi al dirigente penitenziario.

Di fronte a episodi di tortura o violenza, si è chiesto se il personale di Polizia coinvolto sappia di obbedire a ordini illegittimi dei suoi immediati superiori e se nell'esperienza dell'intervistato si obbedisce a ordini illegittimi per paura, per condivisione etica o per altri motivi. Il 42% ha dichiarato che si obbedisce per condivisione, il 23% che si aderisce per aderenza allo spirito del corpo, il 6% che si obbedisce per paura, il 6% che si obbedisce per difendersi, il 6% che si obbedisce per difendersi. Infine, solo il 10% è venuto a conoscenza di casi in cui c'è stata un'esplicita disobbedienza a ordini illegittimi.

### *3.5. Il senso della pena per le persone intervistate*

Nell'ultima parte dell'intervista, si è tentato di riflettere sulla funzione della pena e su possibili interventi per risolvere alcune delle criticità maggiormente sentite nel contesto penitenziario. Nella prima domanda si è chiesto quale dovrebbe essere dal punto di vista degli intervistati la principale funzione della pena: il 35% ha risposto rieducativa, il 26% retributiva, 21% rieducativa e retributiva, 9% rieducativa, retributiva e general-preventiva. Sulla possibile esistenza di un divario tra la pena carceraria, così come delineata dall'articolo 27 della Costituzione, e la pena nella sua concretezza, il 77% ha dichiarato che esiste un divario, inoltre, nell'argomentare la risposta, hanno affermato che il carcere non è in grado di realizzare il finalismo rieducativo della pena. Aspetto confermato nella domanda successiva e diretta se il carcere sia in grado di rieducare e reinserire i soggetti all'interno della società: il 64% ha risposto che il carcere non è in grado di rieducare (maggioranza agenti), il 32% che è in grado di rieducare.

Focalizzandosi sulla formazione, mentre il 64% si ritiene soddisfatto del suo percorso di formazione, il 36% non si ritiene soddisfatto. Sulle azioni da intraprendere per ridurre i suicidi all'interno degli istituti, le risposte per ordine prevedono: maggiori strumenti deflattivi, maggior supporto psicologico, concedere un numero maggiore di misure alternative, e il 30% adottare misure di isolamento.

Sulle risposte per ridurre il sovraffollamento, il 65% risponde costruire nuove carceri, il 52% concedere maggiori misure alternative, il 42% aumentare il numero di rimpatri. Sugli interventi per ridurre la presenza di detenuti con disagio psichico, il 55% dichiara che sia necessario costruire nuove REMS, il 35% prevedere percorsi differenti al carcere, il 23% concedere un numero maggiore di misure alternative, il 16% rifondare gli ospedali psichiatrici giudiziari.

A proposito di quali azioni intraprendere per migliorare il servizio sanitario, il 65% afferma che sarebbe necessario riattribuire le competenze del servizio sanitario all'amministrazione penitenziaria, il 52% aumentare il numero di operatori sanitari, il 29% responsabilizzare maggiormente i dirigenti sanitari, il 23% ottimizzare lo scambio di informazioni con l'ASL, il 10% migliorare la procedura per le visite specialistiche.

#### *4. Brevi riflessioni conclusive*

Analizzare in che modo operano i meccanismi di obbedienza e disobbedienza all'interno di un'istituzione totale qual è il carcere, non può che inevitabilmente avere come punto di partenza il rilievo della frammentarietà del contesto penitenziario. Tentare quindi di rappresentare tali meccanismi, non può prescindere dal rappresentare quegli elementi che ne fondano le basi, e, incidono sui processi e sulle volontà degli operatori.

Seppur attraverso un campione ridotto, sono emerse nelle risposte delle possibili chiavi di lettura di tali processi, in grado di rappresentare un'istantanea di tali meccanismi. In premessa le risposte mostrano l'univoca e netta contrapposizione tra il personale della Polizia penitenziaria da un lato e gli altri operatori dall'altro, con istanze e visioni del carcere differenti e in contrasto.

Il primo elemento è la frammentarietà del contesto. Da una lettura combinata delle risposte e dell'ultimo rapporto dell'Associazione Antigone sulle condizioni di detenzione, emergono le criticità in parte sistemiche che portano il lavoro quotidiano degli operatori in estrema difficoltà: il sovraffollamento, la costante carenza di organico, il numero elevato di eventi critici, l'assenza di fondi e l'assenza di attività. Tali dinamiche incidono inevitabilmente sul quotidiano degli operatori, aumentando lo stress e l'efficienza della propria azione. Inoltre, tale frammentarietà si estende anche alla complessità organizzativa interna: la suddivisione in

aree operative è un aspetto fondamentale in termini di organizzazione del lavoro, tuttavia, secondo gli intervistati le aree fra loro tendenzialmente non dialogano e non collaborano, e soprattutto, come è stato evidenziato, propendono per una visione differente di carcere, nel caso degli agenti più orientata a soddisfare esigenze di sicurezza. Emerge poi nelle risposte, l'assenza di una chiara definizione dei ruoli e della scala gerarchica, e il non sentirsi tutelati dai propri contratti. Tutte queste dinamiche chiariscono in parte lo stato di insoddisfazione degli operatori, che in prospettiva vedono il proprio lavoro cambiare in peggio.

Il secondo elemento di analisi deriva dalla frammentarietà della normativa. La stratificazione di circolari e di ordini di servizio aumenta lo stato di incertezza, non solo sulle regole da applicare, ma anche sui rapporti gerarchici e non, intercorrenti tra gli operatori. Non stupisce infatti la frequenza, riconosciuta dagli intervistati, nel dover dare applicazione di circolari in contrasto con la legge. Persiste inoltre un divario tra il dettato Costituzionale e l'Ordinamento penitenziario da un lato e la prassi applicativa dall'altro, causato in parte anche dalla costante presenza di criticità del sistema che inducono ad agire quotidianamente in un'ottica di costante emergenza, portando a restringere sempre più gli spazi di libertà dei ristretti, non riconoscendo a volte un limite a tale restrizione. Inoltre, la maggior parte degli agenti intervistati ha riconosciuto come ordine illegittimo un ordine che viola sia la legge, ma non la Costituzione.

Ad una scala gerarchica frammentata e non ben definita si unisce indissolubilmente una gerarchia delle fonti frammentata. La vita penitenziaria infatti, si fonda da tempo sulla base delle circolari e non sulla base delle leggi. Non solo, ogni Istituto poi, per le oggettive difficoltà nel procedimento di approvazione del regolamento di istituto, strumento creato per fornire una disciplina interna e di dettaglio sulla vita nell'istituto, opera attraverso ordini di servizio del direttore, stratificando oltre il ragionevole la normativa, rendendola a tratti incomprensibile sia per i detenuti che per gli operatori. Un monte di norme amministrative di dettaglio che si perdono nel tempo e che non di rado sono tra loro incoerenti.

Un terzo possibile elemento utile a capire le modalità di lavoro degli operatori è dato dalla rinnovata esigenza di aumentare i livelli di sicurezza negli istituti. Una concreta istanza securitaria, in linea con l'attuale politica criminale, che vede il prevalere nel binomio sicurezza-trattamento del primo elemento. Si spinge per un carcere diretto da un dirigente di polizia, in un'ottica di militarizzazione di tutti i funzionari e di modifica della scala gerarchica. Aspetto che probabilmente va a colmare, nell'agire quotidiano,

la mancanza, secondo gli intervistati, di una chiara definizione dei ruoli.

Gli agenti, di fronte a un modello così frammentato e ambiguo, fanno fatica a distinguere ordini legittimi o illegittimi. Conta sempre più la gerarchia interna al corpo di Polizia, sia quella formale che quella informale- Aspetto rimarcato poi dalla visione fornita del concetto di obbedienza, in cui, sempre la maggior parte agenti intervistati, ha ribadito la necessità di non valutare il comando ricevuto ma di eseguirlo senza valutazioni e immediatamente.

In conclusione, l'analisi condotta ha evidenziato come la frammentarietà del contesto penitenziario, tanto a livello organizzativo quanto nella definizione dei ruoli e nell'applicazione delle norme, incida profondamente sulla costruzione di un modello decisionale non sempre coerente con i principi giuridici e costituzionali. L'assenza di un chiaro rispetto della gerarchia delle fonti contribuisce a produrre decisioni che, pur inserendosi formalmente in una scala gerarchica, risultano in parte falsate e spesso inefficaci, generando zone grigie dove si confondono potere informale e autorità. Tale disordine normativo e gestionale compromette la distinzione tra ordine legittimo e ordine illegittimo, mettendo a rischio la stessa credibilità dell'istituzione. In questo scenario, l'autorità tende a fondarsi più sulla consuetudine che sulla legittimazione normativa, dando luogo a pratiche arbitrarie che indeboliscono la funzione rieducativa della pena.

Solo una riorganizzazione chiara, coerente e rispettosa dei principi giuridici può restituire al sistema penitenziario una struttura decisionale realmente efficace e legittimata.

*Il dilemma dell'obbedienza.  
I funzionari della pubblica amministrazione  
tra diritto e ordini nel caso dei Cancellati*

MATIJA ŽGUR\*

ABSTRACT

(ITA) Il contributo analizza l'obbedienza agli ordini illegittimi nella pubblica amministrazione, concentrandosi sui funzionari di prima linea confrontati con direttive contrarie al diritto. Sebbene i sistemi giuridici prevedono regole che impongono disobbedienza, nella pratica spesso prevale l'adesione agli ordini. Integrando psicologia, teoria delle organizzazioni e il concetto di potere disciplinare, l'autore avanza due ipotesi: (i) la forza disciplinare delle strutture organizzative e dell'addestramento spesso prevalgono sull'autorità delle norme; (ii) l'intensità di questa disposizione varia a seconda dei contesti organizzativi. Il caso dei *Cancellati* sloveni illustra l'argomentazione.

(ENG) The chapter examines obedience to illegitimate orders within public administration, focusing on frontline officials confronted with directives that contravene higher law. Although legal systems provide rules requiring disobedience, in practice adherence to orders often prevails. Drawing on psychology, organization theory, and the concept of disciplinary power, the author advances two hypotheses: (i) the disciplinary force of organizational structures and training often outweighs the authority of legal norms; and (ii) the intensity of this obedience disposition varies across organizational contexts. The case of the Slovenian *Erased* illustrates the argument.

KEYWORDS

(ITA) Il dilemma dell'obbedienza; Circolari amministrative (infra-diritto); Potere disciplinare; Processi decisionali burocratici; i Cancellati.

(ENG) Obedience dilemma; Administrative circulars (infra-law); Disciplinary power; Bureaucratic decision-making; The Erased.

---

\* Titolare di un Contratto di Ricerca, Università degli Studi Roma Tre, finanziato dall'Unione Europea – NextgenerationEU, CUP F86E25000010006. E-mail: matija.zgur@uniroma3.it. Già assegnista di ricerca, Università degli Studi Roma Tre, progetto ABIDE – Rule of Law and the Problem of Responsible Obedience, CUP F53D23011980001.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Regole di conflitto e il ‘dilemma dell’obbedienza’ – 3. (Dis)obbedienza in prime linee amministrative: il caso dei Cancellati – 3.1. Preparando il terreno: la formazione di un nuovo Stato e la sua legislazione fondante – 3.2. I meccanismi tecnico-burocratici della Cancellazione – 4. Obbedienza agli ordini illegittimi: una spiegazione teorica iniziale – 5. Conclusioni.

## 1. *Introduzione*

La questione dell’obbedienza agli ordini illegittimi è stata a lungo associata a episodi storici drammatici: il caso Eichmann della Seconda guerra mondiale<sup>1</sup>, il massacro di My Lai durante la guerra del Vietnam<sup>2</sup>, il caso delle torture nella prigione di Abu Ghraib<sup>3</sup>, solo per citarne alcuni del secolo scorso. Tuttavia, al di fuori di questi casi estremi, che riguardano principalmente membri delle forze armate, l’obbedienza agli ordini illegittimi è molto meno studiata. In questo contributo tratto la questione nel contesto delle burocrazie statali ‘ordinarie’, dove l’obbedienza agli ordini illegittimi non è un’eccezione ma un fenomeno molto più comune, o almeno così sostengo. I funzionari di prima linea operano all’incrocio di due obblighi giuridici contrastanti: da un lato, il principio di legalità richiede che le loro decisioni siano conformi alla legge; dall’altro, il principio di obbedienza gerarchica richiede il rispetto delle direttive dei superiori.

Molti sistemi giuridici cercano di risolvere i possibili conflitti derivanti da questo doppio dovere attraverso le cosiddette ‘norme di conflitto’, che prescrivono quando i funzionari devono disobbedire alle direttive dei loro superiori. Tuttavia, come dimostra l’esperienza, tali regole catturano solo in parte la realtà dei processi decisionali delle prime linee amministrative. I funzionari spesso si conformano a direttive illegittime anche quando hanno l’obbligo giuridico di opporvisi. Definisco ‘dilemma dell’obbedienza’ le situazioni in cui l’obbligo giuridico di disobbedire agli ordini illegittimi è controbilanciato da fattori non giuridici che sostengono l’obbedienza all’autorità. In questo contributo sostengo che in questi casi non si tratta di un’anomalia, ma del risultato di dinamiche organizzative più profonde nelle burocrazie contemporanee.

---

<sup>1</sup> V. H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Penguin Books, London 2006 [1963].

<sup>2</sup> V.H.C. KELMAN, V.L. HAMILTON, *Crimes of Obedience*, Yale University Press, New Haven & London 1989, cap. 1.

<sup>3</sup> V. P. ZIMBARDO, *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Raffello Cortina Editore, Milano 2020, cap. 14.

A questo proposito, avanzo due ipotesi. La prima (I1) è che quando l'autorità delle norme giuridiche entra in conflitto con il potere disciplinare delle strutture organizzative, quest'ultimo tende a prevalere: i funzionari di prima linea mostrano una predisposizione a obbedire agli ordini dei superiori, compresi quelli illegittimi. In secondo luogo (I2), la forza di questa disposizione varia a seconda del contesto organizzativo, a seconda dell'intensità della formazione e della rigidità delle relazioni gerarchiche. Per approfondire queste affermazioni (in particolare la prima), esamino il caso degli 'Cancellati' in Slovenia, un esempio paradigmatico di obbedienza agli ordini illegittimi da parte di funzionari amministrativi civili<sup>4</sup>. La mia analisi di questo caso si basa su approfondimenti provenienti dalla psicologia sociale, teoria organizzativa e sul concetto di potere disciplinare. Particolare attenzione sarà dedicata al ruolo dell'infra-diritto, e in particolare alle circolari amministrative, come strumenti attraverso i quali il potere disciplinare viene esercitato nelle burocrazie di prima linea e viene assicurata l'obbedienza.

Il testo prosegue in questo modo: nella sezione successiva (2.), espongo il problema in termini di regole di conflitto e dilemma dell'obbedienza, e avanzo le mie ipotesi al riguardo; poi (3.), presento il caso dei Cancellati, soffermandomi in particolare sull'aspetto tecnico-burocratico della vicenda. Successivamente, fornisco una spiegazione teorica delle dinamiche rilevanti che determinano l'obbedienza dei funzionari di prima linea a direttive illegittime (4.). Infine (5.), fornisco alcune brevi conclusioni.

## 2. Regole di conflitto e il 'dilemma dell'obbedienza'

Sembra quasi superfluo sottolineare che, nell'adottare le loro decisioni, i funzionari amministrativi di prima linea sono tenuti a rispettare la legge. Tuttavia, se vogliamo essere più specifici, le loro decisioni (i) devono essere basate sul diritto valido e (ii) non possono essere contrarie a tale

<sup>4</sup> Ciò significa che tralascierò la questione dell'obbedienza a ordini illegittimi nel contesto delle forze armate. Per un approfondimento dell'argomento, si veda – oltre i lavori indicati sopra – anche, per esempio, C. R. BROWNING, *Ordinary Men, Reserve Police Battalion 101 and the Final Solution in Poland*, Penguin Books, London 1992; C. IAFRATE, *Obbedienza, ordine illegittimo e ordinamento militare*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 16, n. 2, 2016, pp. 312-336; A. SMEULERS, *Why Serious International Crimes Might Not Seem Manifestly Unlawful to Low-level Perpetrators. A Social-Psychological Approach to Superior Orders*, in «Journal of International Criminal Justice», 17, n. 1, 2019, pp. 105-123.

diritto. Questi, in sintesi, sono i requisiti del principio di legalità così come formulato in riferimento al potere esecutivo e, per estensione, alla pubblica amministrazione<sup>5</sup>. D'altra parte, i funzionari di prima linea sono anche giuridicamente tenuti a obbedire agli ordini dei loro superiori. Questo requisito di obbedienza gerarchica deriva dal principio di efficienza amministrativa, un principio fondamentale dell'organizzazione burocratica<sup>6</sup>.

Ecco due esempi di norme di livello legislativo che stabiliscono tale dovere di obbedienza amministrativa:

- (i) L'articolo 94, paragrafo 1, della legge slovena sui dipendenti pubblici stabilisce che, nell'esercizio delle sue funzioni, un dipendente pubblico è tenuto a rispettare le istruzioni del proprio superiore (a meno che non sia tenuto per legge a non rispettare tali istruzioni).
- (ii) L'articolo 16, paragrafo 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 3/1957 (Testo unico delle disposizioni relative allo status dei dipendenti pubblici) stabilisce che l'impiegato deve eseguire gli ordini impartiti dal proprio superiore gerarchico relativamente alle proprie funzioni o mansioni.

Ora, possiamo ragionevolmente supporre che, nel normale corso degli eventi, tali ordini (istruzioni) siano effettivamente conformi al diritto superiore. Essi forniscono, ad esempio, un'interpretazione autorevole della legge che i funzionari di grado inferiore devono seguire nei casi concreti; assegnano ai funzionari di livello inferiore la responsabilità di eseguire un obbligo legislativo; prescrivono misure interne per garantire la conformità procedurale al diritto superiore o qualcosa di simile. Nella maggior parte dei casi, quindi, possiamo aspettarci che i funzionari subordinati si conformino a tali ordini senza che ciò sollevi ulteriori questioni.

Tuttavia, è ragionevole supporre anche che, di tanto in tanto, gli ordini dei funzionari superiori entrino in conflitto con il diritto superiore. Ad esempio, un ordine può imporre ai subordinati di ignorare chiari doveri giuridici; di esercitare poteri che esulano dai poteri normativi dell'organo; di limitare arbitrariamente l'accesso ai diritti concessi dalla legge; di contraddire sentenze vincolanti dei tribunali ecc. Quando si verifica una situazione del genere, il destinatario di un ordine illegittimo si trova di fronte a un conflitto normativo tra due obblighi vincolanti *prima facie*, il cui adempimento produrrebbe risultati reciprocamente incompatibili: l'ottemperanza

---

<sup>5</sup> R. GUASTINI, *Legalità*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Il Mulino, Bologna 2016, pp. 146 ss.

<sup>6</sup> H.A. SIMON, *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, 2 ed., Macmillan, New York 1997, cap. 2.

alla direttiva di un superiore comporterebbe la violazione di una norma giuridica gerarchicamente superiore, mentre la non ottemperanza costituirebbe una violazione dell'obbligo giuridico di obbedire alle istruzioni autorevoli all'interno della gerarchia amministrativa. Come deve agire il funzionario in una situazione del genere? Fortunatamente, i sistemi giuridici tendono a fornire regole specifiche proprio per tali circostanze – regole che possiamo chiamare 'regole di conflitto'. Guardiamo due esempi di tali regole:

- (i) L'articolo 94, paragrafi 2-6, della legge slovena sui dipendenti pubblici stabilisce, innanzitutto, che un funzionario pubblico che ritenga che l'esecuzione di un ordine verbale richiederebbe un comportamento illegale o causerebbe un danno, può richiedere un ordine scritto. Se viene fornito un ordine scritto con lo stesso contenuto, il funzionario è tenuto a svolgere i compiti richiesti dal proprio superiore. Tuttavia, qualora tale ordine richieda una condotta illegale, il funzionario subordinato può rifiutarsi di eseguirlo; d'altra parte, deve rifiutarsi di eseguire l'ordine se ciò costituirebbe un reato<sup>7</sup>.
- (ii) Nell'ordinamento giuridico italiano, l'articolo 17 del decreto del Presidente della Repubblica n. 3/1957 stabilisce che un impiegato che riceve dal proprio superiore un ordine che ritiene palesemente illegittimo deve farne rimostranza allo stesso superiore, dichiarandone le ragioni. Se l'ordine viene rinnovato per iscritto, l'impiegato ha il dovere di eseguirlo. In ogni caso, il dipendente non deve eseguire l'ordine del superiore quando l'atto è vietato dalla legge penale (o costituisce un illecito amministrativo).

È evidente che la funzione di queste regole di conflitto è quella di guidare le azioni dei funzionari intrappolati nel conflitto tra l'obbligo di obbedienza al diritto sostanziale, da un lato, e il dovere di obbedire alle direttive superiori, dall'altro. In linea di massima, tali norme danno la precedenza al secondo, stabilendo il dovere di obbedienza agli ordini, compresi quelli illegittimi. Tale obbligo, tuttavia, ha i suoi limiti – solitamente alla soglia della legge penale – quando si trasforma in un dovere di disobbedienza<sup>8</sup>.

Da un punto di vista normativo, le regole di conflitto sembrano stabilire un equilibrio ragionevole tra due tipi di obblighi rilevanti e offrono

<sup>7</sup> Da ciò derivano due conseguenze: in primo luogo, un funzionario pubblico che abbia commesso un illecito disciplinare o causato un danno eseguendo un ordine o un'istruzione scritta sarà esonerato dalla responsabilità civile e disciplinare; in secondo luogo, un funzionario pubblico che commetta un reato eseguendo un ordine o un'istruzione del proprio superiore non sarà esonerato dalla responsabilità penale.

<sup>8</sup> V. V.H.C. KELMAN, V.L. HAMILTON, *Crimes of Obedience*, cit., cap. 3.

una guida sensata ai funzionari che si trovano in situazioni di conflitto tra la legge e un ordine illegittimo. Tuttavia, come dimostrano chiaramente i nostri esempi iniziali, nella pratica le cose tendono a diventare più confuse. In particolare, la complessità dei diversi contesti decisionali in prima linea e le peculiarità della mentalità decisionale dei funzionari fanno sì che seguire i requisiti delle regole di conflitto non sia sempre così semplice. Di fatto, i funzionari di prima linea a volte seguono ordini illegittimi anche quando dovrebbero disobbedire. Definirò 'dilemma dell'obbedienza' le situazioni in cui l'obbligo giuridico di disobbedire agli ordini illegittimi è controbalanciato da fattori non giuridici che sostengono l'obbedienza all'autorità.

In questo contributo mi concentrerò sulle situazioni in cui i funzionari di prima linea hanno l'obbligo giuridico di disobbedire a ordini (manifestamente) illegittimi e metterò in discussione la visione semplicistica secondo cui, di fronte a un ordine di questo tipo, i funzionari rispettano effettivamente il loro obbligo giuridico e disobbediscono quando richiesto dalla legge. Proporrò e sosterrò invece un'ipotesi opposta, ovvero che i funzionari amministrativi di prima linea hanno una predisposizione all'obbedienza agli ordini dei loro superiori, che include l'obbedienza a ordini illegittimi oltre i limiti imposti dalla legge, almeno fino a un certo punto<sup>9</sup>.

Baso questa ipotesi sulla premessa che, nel loro processo decisionale, i funzionari di prima linea sono in gran parte soggetti all'influenza di due tipi di potere: da un lato, il potere autoritativo delle norme giuridiche e, dall'altro, il potere disciplinare dei fattori organizzativi interni<sup>10</sup>. Questi due tipi di potere agiscono molto spesso in modo concomitante e si rafforzano a vicenda. Questo è il caso in cui gli ordini dei funzionari superiori sono conformi ai requisiti giuridici, cosa che, di fatto, accade nella maggior parte dei casi. Tuttavia, a volte i due poteri entrano in conflitto tra loro: ciò è precisamente il caso in cui il contenuto delle direttive dei funzionari superiori è in conflitto con i requisiti del diritto sostanziale. In tali casi è lecito chiedersi come decideranno effettivamente i funzionari a cui sono rivolti gli ordini illegittimi. Se seguiamo la visione semplicistica, basata esclusivamente sul contenuto delle regole di conflitto, concluderemo che i funzionari di prima linea, quando richiesto, disobbediranno all'ordine illegittimo e si conformeranno invece ai requisiti del diritto sostanziale. Tuttavia, propongo la seguente ipotesi opposta (Ipotesi 1 – I1):

---

<sup>9</sup> Spiegherò brevemente il significato di questo caveat. Vedi la nota 11 e il testo principale adiacente.

<sup>10</sup> V. M. BRIGAGLIA, *Potere. Una rilettura di Michele Foucault*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, par. 6.1.4.

Quando l'autorità delle norme giuridiche e la forza disciplinare dei fattori organizzativi entrano in conflitto, questi ultimi tenderanno a prevalere sui primi e a guidare le decisioni dei funzionari di prima linea. I funzionari di prima linea hanno una predisposizione all'obbedienza agli ordini, compresi quelli illegittimi – almeno fino a un certo punto.

Questa ipotesi può sembrare controintuitiva e persino contraria all'esperienza percepita. Tuttavia, ritengo che ciò sia dovuto solo alla nostra percezione dell'esperienza predominante in cui gli ordini dei superiori, almeno nella maggior parte dei casi, corrispondono effettivamente al diritto sostanziale. L'esperienza ripetitiva dei due tipi di influenza che agiscono in tandem crea un miraggio che ci impedisce di vedere la vera natura del rapporto tra il potere autoritativo delle norme giuridiche e il potere disciplinare dei fattori organizzativi, per cui è in realtà quest'ultimo, e non il primo, ad esercitare una maggiore influenza sulle scelte decisionali dei funzionari di prima linea – ripeto: almeno fino a un certo punto. Che questo sia effettivamente il caso si può vedere proprio nei casi in cui i funzionari di prima linea si trovano di fronte a ordini illegittimi e spiega perché spesso li obbediscono nonostante l'obbligo giuridico di disobbedire.

A questo punto è opportuno fare una precisazione. Il modo generale in cui è formulata l'ipotesi di cui sopra suggerisce che essa si applica con uguale forza a tutti i tipi di funzionari amministrativi di prima linea. Tuttavia, non è così, o almeno questo è ciò che sostengo. Non è necessario approfondire i dettagli delle differenze nelle strutture organizzative o nei regimi di addestramento, ad esempio, dei membri delle forze armate, da un lato, e dei burocrati ministeriali, dall'altro, per comprendere che il regime di addestramento dei primi è significativamente più intenso e incentrato sull'inculcare nelle reclute la disposizione a obbedire agli ordini dei superiori, rispetto a quello del secondo gruppo. Lo stesso vale per le regole formali e informali che stabiliscono il dovere di obbedienza gerarchica. È quindi ragionevole pensare che la disposizione a obbedire agli ordini (illegittimi) sia più forte nel caso del personale militare che in quello dei funzionari ministeriali<sup>11</sup>. Ciò significa che la nostra ipotesi originale deve essere qualificata.

<sup>11</sup> È qui che entra in gioco il mio precedente caveat («fino a un certo punto»). I fattori organizzativi sopra citati influenzano in modo determinante la 'zona di accettazione' ('zone of acceptance') dei funzionari, che può essere definita, seguendo Simon, come lo spazio decisionale entro il quale i subordinati accettano le direttive autorevoli dei funzionari superiori. Se si cerca di esercitare l'autorità oltre questo punto, ne seguirà la disobbedienza, afferma lo stesso autore (v. H. SIMON, *Administrative Behavior*, cit., cap.1). Chiaramente, la zona di accettazione di ciascun tipo di funzionario sarà determinata in modo predominante dal rigore con cui i processi disciplinari incidono sui loro ruoli (v. sotto, 4.).

Un'ulteriore ipotesi può dunque essere formulata come segue (Ipotesi 2 – I2):

La forza della disposizione a obbedire alle direttive dei superiori non è la stessa in tutti i tipi di funzionari di prima linea. Essa dipende, in particolare, dalla forza che i fattori organizzativi interni esercitano su un determinato tipo di funzionari di prima linea.

Ciò significa, in altri termini, che la disposizione all'obbedienza agli ordini sarà, in diversi tipi di funzionari di prima linea, diversamente resistente alla forza del potere autoritativo delle norme giuridiche. Ne consegue che diversi tipi di funzionari di prima linea saranno disposti a obbedire agli ordini illegittimi dei loro superiori contro i dettami contraddittori delle norme giuridiche in misura diversa.

Considerando quanto sopra, in questo contributo mi interesserà confermare l'ipotesi I1 in riferimento alla categoria dei funzionari pubblici 'ordinari', come i funzionari ministeriali. Per verificare l'ipotesi I1, nella parte successiva (3.) presenterò il cosiddetto caso dei Cancellati, che a mio avviso è un caso paradigmatico di obbedienza burocratica agli ordini illegittimi.

### *3. (Dis)obbedienza in prime linee amministrative: il caso dei Cancellati*

All'inizio degli anni '90, le autorità della neonata Repubblica di Slovenia hanno attuato quella che in seguito è stata definita 'la Cancellazione': la rimozione di oltre 25.000 residenti, provenienti da altre ex repubbliche jugoslave, dal registro dei residenti permanenti. Questo atto amministrativo era rivolto a coloro che non avevano acquisito la cittadinanza slovena dopo l'indipendenza dalla Jugoslavia nel 1991, sia per incapacità che per mancanza di volontà. Da un giorno all'altro, molti sono diventati apoliti, tutti hanno perso il diritto di risiedere in Slovenia, nonché i loro diritti sociali fondamentali come il permesso di lavoro, l'assistenza sanitaria, la pensione e il diritto all'istruzione, e molti sono stati esposti al rischio di detenzione e deportazione. Spinti in una situazione di limbo giuridico, i Cancellati sono stati emarginati dalla società, spesso senza alcuna forma di protezione sociale.

In questa parte fornirò innanzitutto le informazioni necessarie per comprendere meglio la vicenda (3.1), per poi esaminare i meccanismi di questa azione illegittima perpetrata dai funzionari amministrativi di prima linea su ordine dei loro superiori (3.2).

### 3.1. *Preparando il terreno: la formazione di un nuovo Stato e la sua legislazione fondante*

Il contesto giuridico-politico rilevante della Cancellazione riguarda il primo periodo della costituzione della Repubblica di Slovenia, a seguito della sua secessione dalla Jugoslavia il 25 giugno 1991<sup>12</sup>. Lo stesso giorno, il Parlamento sloveno ha adottato alcune leggi fondamentali che costituivano il nuovo Stato, tra cui le leggi sulla cittadinanza (di seguito: Legge sulla cittadinanza) e sulla posizione giuridica degli stranieri (di seguito: Legge sugli stranieri)<sup>13</sup>. La legge sulla cittadinanza ha istituito due diverse categorie di soggetti e ha previsto diverse modalità di acquisizione della cittadinanza per ciascuna di esse: da un lato, ai cittadini sloveni che al momento della secessione risiedevano nel territorio del nuovo Stato è stata concessa la cittadinanza *ex lege*; d'altro canto, per i cittadini delle altre repubbliche della Jugoslavia che risiedevano in Slovenia al momento della secessione, la legge ha istituito un regime speciale per l'acquisizione della cittadinanza slovena a condizioni più favorevoli (rispetto agli stranieri 'ordinari') – che, tuttavia, era valido solo per 6 mesi dall'entrata in vigore della suddetta legge.

Fino alla scadenza prevista dalla legge (cioè il 26 dicembre 1991), la stragrande maggioranza dei candidati ammissibili a questo regime ha presentato domanda e ha effettivamente ottenuto la cittadinanza<sup>14</sup>; d'altra parte, un gruppo più ristretto di circa 26.000 persone non ha presentato domanda o ha visto la propria domanda respinta<sup>15</sup>. Poiché la legge sulla cittadinanza non si pronunciava sulle conseguenze del mancato ottenimento della nuova cittadinanza nell'ambito di questo regime speciale, era legittima l'aspettativa di queste persone di diventare giuridicamente

<sup>12</sup> Sugli aspetti internazionali dell'indipendenza slovena, si veda, per esempio, C.G. VILLA, *Un nuevo Estado para un nuevo orden mundial: La independencia de Eslovenia*, Comares, Granada 2019, e P. RADAN, *The Break-Up of Yugoslavia and International Law*, Routledge, London 2002.

<sup>13</sup> Gazzetta Ufficiale della RS, n. 1/91.

<sup>14</sup> Il numero di residenti non sloveni al momento della secessione nel 1991 era di circa 200.000, pari a circa il 10% dell'intera popolazione.

<sup>15</sup> Tra le persone aventi diritto, più di 174.000 hanno presentato la domanda e più di 170.000 hanno ottenuto la cittadinanza. Si stima che circa 29.000 non abbiano ottenuto la cittadinanza in questo modo: mentre circa 2400 hanno visto respinta la loro domanda, altri non hanno nemmeno presentato domanda. V. N. KOGOVSĚK ŠALAMON, *Erased: Citizenship, Residence Rights and the Constitution in Slovenia*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2016, pp. 80 ss.

stranieri pur mantenendo lo status di residenti permanenti.

Allo stesso tempo, la legge sugli stranieri differenziava in modo analogo lo status giuridico di due categorie di stranieri: da un lato, per quanto riguarda le persone che già ai sensi della legge jugoslava avevano lo status di stranieri, la nuova legge stabiliva che i permessi di soggiorno loro rilasciati avrebbero continuato ad essere validi anche nel nuovo Stato; dall'altro lato, per quanto riguarda il gruppo di cittadini di altre (ex) repubbliche jugoslave con residenza permanente in Slovenia che non avevano acquisito la cittadinanza slovena ai sensi della nuova legge sulla cittadinanza, la legge sugli stranieri stabiliva solo che le sue disposizioni sarebbero diventate 'applicabili' a loro due mesi dopo la scadenza del periodo di sei mesi stabilito nella legge sulla cittadinanza. Pertanto, in breve, le disposizioni della legge sugli stranieri relative a questo gruppo di circa 26.000 persone avrebbero dovuto entrare in vigore il 26 febbraio 1992.

Una cosa che va immediatamente sottolineata in riferimento a questo quadro giuridico è che, per quanto riguarda quest'ultima categoria di residenti, le disposizioni della legge sugli stranieri erano vaghe e non era affatto chiaro quali fossero le esatte conseguenze giuridiche che ne sarebbero derivate per loro dopo la scadenza del termine indicato. L'incertezza era ulteriormente aggravata dal fatto che la stessa legge stabiliva chiaramente che, per quanto riguarda gli stranieri 'ordinari' (individui che già possedevano lo status di stranieri ai sensi della legge jugoslava), la validità dei loro permessi di soggiorno sarebbe stata prorogata *ex lege*, una conseguenza che invece non era esplicitamente prevista per l'altro gruppo di 'nuovi' stranieri.

Il fatto è che, dopo la scadenza del termine previsto dalla legge (il 26 febbraio 1992), le persone interessate sono state cancellate dai registri dei residenti permanenti in Slovenia – da qui il nome Cancellazione dato a questa vicenda. In questo momento non entrerò nei dettagli di come sia avvenuta effettivamente la Cancellazione, poiché esaminerò la questione nella prossima parte (3.2.). Qui mi limito a delineare a grandi linee le conseguenze della Cancellazione sullo status giuridico e sociale delle persone interessate.

Le conseguenze della Cancellazione sono state profonde e durature: innanzitutto, non dobbiamo perdere di vista il fatto che fino al giorno prima della Cancellazione queste persone godevano degli stessi diritti dei cittadini sloveni<sup>16</sup>. Ora, però, già privi della cittadinanza slovena, questi

---

<sup>16</sup> Questo perché i cittadini della Repubblica Federale di Jugoslavia godevano di pari diritti sul territorio di ciascuna delle unità federali.

individui persero improvvisamente – e inaspettatamente – il diritto di risiedere sul territorio del nuovo Stato. In altre parole, da quel momento in poi sono stati considerati stranieri irregolari. La privazione di quest'ultimo status ha causato un effetto a cascata sulle loro altre posizioni giuridiche. Sono stati, ad esempio, privati delle prestazioni previdenziali, compresi gli assegni per la disoccupazione, gli assegni familiari o la pensione; non hanno potuto ottenere o rinnovare la patente di guida; hanno avuto grandi difficoltà ad ottenere o rinnovare il permesso di lavoro; hanno perso il diritto all'alloggio, il che spesso ha comportato lo sfratto dalle loro case; a causa della perdita dello status di residenti, sono stati considerati presenti irregolarmente sul territorio e quindi esposti all'espulsione, e così via<sup>17</sup>. Oltre a questa 'de-legalizzazione' più o meno completa delle loro vite, la Cancellazione ha anche prodotto importanti conseguenze sociali e psico-fisiche per le persone colpite, tra cui il declino della salute fisica e psicologica e l'emarginazione sociale<sup>18</sup>.

I dettagli della Cancellazione – il fatto stesso, la sua portata e intensità – sono stati tenuti segreti al pubblico per molto tempo<sup>19</sup>. Nei primi anni, anche i tribunali – da quelli di primo grado fino alla Corte Suprema – hanno sostanzialmente avallato le decisioni dell'esecutivo, confermando di fatto la legalità della Cancellazione<sup>20</sup>. La risoluzione della questione dal punto di vista giuridico è avvenuta in gran parte grazie al ruolo proattivo della Corte costituzionale slovena<sup>21</sup>, che con una serie di sentenze ha gettato le basi per lo smantellamento del sistema che privava illegittimamente più di 25.000

<sup>17</sup> Per una panoramica completa delle conseguenze della Cancellazione, v. N. KOGOVŠEK ŠALAMON, *Erased*, cit., pp. 110–133; v. anche N. KOGOVŠEK ŠALAMON *et al.*, *The Scars of Erasure: A Contribution to the Critical Understanding of the Erasure of People from the Register of Permanent Residents of the Republic of Slovenia*, Peace Institute, Ljubljana 2010.

<sup>18</sup> Su questo aspetto della Cancellazione, si veda, ad esempio, J. ZORN, *The Politics of Exclusion During the Formation of the Slovenian State*, in J. DEDIČ, V. JALUŠIČ, J. ZORN (a cura di), *The Erased. Organized Innocence and the Politics of Exclusion*, Peace Institute, Ljubljana 2003; N. KOGOVŠEK ŠALAMON *et al.*, *The Scars of Erasure*, cit.; il numero speciale di «Journal for the Critique of Science», n. 228, 2007.

<sup>19</sup> Sebbene il Difensore civico per i diritti umani avesse segnalato il problema già nel 1995 nella sua prima relazione annuale.

<sup>20</sup> Ciò significa che per sette anni, dal 1992 fino alla prima decisione della Corte costituzionale nel 1999, la legislazione che ha consentito la Cancellazione e le conseguenti azioni dei funzionari esecutivi era la legge, confermata come tale più volte dalla Corte suprema, la massima autorità giudiziaria del Paese.

<sup>21</sup> Kogovšek Šalamon è convinta che, se non fosse stato per la sentenza della Corte costituzionale, la Cancellazione probabilmente non sarebbe mai stata riconosciuta come illegale. V. N. KOGOVŠEK ŠALAMON, *Erased*, cit., p. 223.

persone del loro status giuridico<sup>22</sup>. La decisione giudiziaria definitiva in materia è stata emessa il 26 giugno 2012 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Kurić e altri c. Slovenia, che ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'articolo 8 (la cancellazione dal registro dei residenti permanenti ha causato una prolungata incertezza giuridica e l'esclusione dalla vita normale), dell'articolo 13 (mancata concessione di un adeguato rimedio giuridico ai ricorrenti per contestare la cancellazione e le sue conseguenze) e dell'articolo 14 (trattamento discriminatorio basato sulla nazionalità) della CEDU e ha ordinato allo Stato di risarcire i ricorrenti e di istituire un efficace meccanismo di risarcimento interno per le altre persone interessate<sup>23</sup>.

### 3.2. *I meccanismi tecnico-burocratici della Cancellazione*

Sebbene la Cancellazione rappresenti una delle più gravi violazioni sistematiche dei diritti umani nell'Europa contemporanea, non è questo aspetto della vicenda che mi interessa in questa sede. Ricordiamo che il problema centrale affrontato in questo contributo è il 'dilemma dell'obbedienza': il presunto dilemma decisionale che devono affrontare i funzionari amministrativi in prima linea quando si trovano di fronte a direttive superiori che contravvengono alle norme giuridiche. Per progredire in questa direzione, dobbiamo quindi concentrarci sulle specifiche dinamiche burocratiche interne che hanno permesso la Cancellazione. La domanda principale a cui dobbiamo rispondere è quindi: come è avvenuta esattamente la Cancellazione? A questo proposito, è possibile evidenziare diversi elementi del metodo utilizzato.

---

<sup>22</sup> Due decisioni 'sistemiche' della Corte costituzionale sono particolarmente rilevanti: la prima, decisione U-I-284/94, adottata il 4 febbraio 1999, ha stabilito l'incostituzionalità della legge sugli stranieri nella misura in cui non determinava le condizioni per l'acquisizione della residenza permanente da parte delle persone che avevano diritto a ottenere la cittadinanza slovena sulla base del 'regime speciale' stabilito dalla legge sulla cittadinanza alla scadenza del periodo di sei mesi; la seconda, decisione U-I-245/02 del 3 aprile 2003, ha invece stabilito, tra l'altro, che la 'Legge sullo status giuridico', adottata con lo scopo di regolamentare lo status dei Cancellati, non riconosceva il loro status di residenti permanenti a partire dalla data della Cancellazione.

<sup>23</sup> Sui problemi relativi all'attuazione di questa decisione, v. N. KOGOVŠEK ŠALAMON, *Constitutional Democracy and the Problem of Erasure from the Registry of Permanent Residents: Challenges and Perspectives*, in M. ŽGUR, N. KOGOVŠEK ŠALAMON, B. KORITNIK (a cura di), *Constitutional Law Challenges in the 21st Century. Liber amicorum Ciril Ribičič*, Institute for Local Self-Government and Public Procurement, Maribor 2017, pp. 155-168.

Innanzitutto, ricorderete che la legge sugli stranieri del 1991 stabiliva che le sue disposizioni sarebbero diventate 'applicabili' al gruppo di soggetti interessati (cioè i cittadini delle ex repubbliche jugoslave che risiedevano in Slovenia ma che, per vari motivi, non avevano ottenuto la nuova cittadinanza slovena) dopo la scadenza del termine previsto dalla legge. Questa disposizione vaga ovviamente non forniva un mandato esplicito per la cancellazione di queste persone dal registro dei residenti. Tuttavia, essa concedeva ampia discrezionalità al Ministero dell'Interno, che era l'organo autorizzato ad applicare questa legge, di fornire la propria interpretazione della disposizione normativa pertinente<sup>24</sup>.

In secondo luogo, gli atti fisici di cancellazione delle persone dai registri dovevano essere effettuati a livello locale, cioè dai funzionari delle unità amministrative locali incaricate di tenere i registri dei residenti. Queste unità amministrative territoriali svolgono compiti di primo livello di competenza di vari ministeri e sono quindi direttamente subordinate a questi ultimi nell'ambito di tali competenze. Pertanto, in relazione all'attuazione della legge sulla cittadinanza e della legge sugli stranieri, tali unità erano direttamente subordinate al Ministero dell'Interno. Ora, al fine di garantire che la cancellazione fosse attuata in modo uniforme, le azioni delle diverse unità amministrative territoriali dovevano essere coordinate a livello centrale dal Ministero dell'Interno. A tal fine, il Ministero ha organizzato una serie di sessioni di consultazione con gli organi amministrativi locali al fine di formare il loro personale alle nuove procedure entrate in vigore quando la Slovenia è diventata un paese indipendente.

Inoltre, e soprattutto, il principale meccanismo amministrativo di coordinamento di tutte le azioni delle agenzie locali impiegato dal Ministero era costituito da una serie di 'istruzioni interne' dettagliate e non pubblicate (cioè circolari amministrative)<sup>25</sup>. Nei mesi precedenti la Cancellazione, il Ministero ha emesso una serie di circolari di questo tipo con l'obiettivo di garantire un'interpretazione e un'attuazione uniformi della legislazione pertinente (cioè la legge sulla cittadinanza e la legge sugli stranieri)<sup>26</sup>. Fondamentalmente, il 27 febbraio 1992, il giorno successivo alla scadenza del periodo di transizione di due mesi successivo al termine di sei mesi per l'acquisizione della cittadinanza, il Ministero ha emesso una

<sup>24</sup> Sulla delega implicita ed esplicita dei poteri legislativi agli organi amministrativi, v. H.S. RICHARDSON, *Administrative Policy-making: Rule of Law or Bureaucracy?*, in D. DYZENHAUS (a cura di), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart Publishing, Portland (Or.) 1999, p. 311.

<sup>25</sup> N. KOGOVŠEK ŠALAMON, *Erased*, cit., p. 100.

<sup>26</sup> V. N. KOGOVŠEK ŠALAMON, *Erased*, cit., pp. 100 ss.

circolare intitolata “Istruzioni sull’attuazione della legge sugli stranieri” con la quale ha effettivamente ordinato la Cancellazione<sup>27</sup>. In particolare, nel primo paragrafo, la circolare ricordava che con la scadenza del suddetto termine previsto dalla legge sugli stranieri, le sue disposizioni sarebbero entrate in vigore nei confronti dei cittadini delle altre repubbliche jugoslave che non avevano presentato domanda per la cittadinanza slovena o la cui domanda era stata respinta. Pertanto, proseguiva l’istruzione, lo status di queste persone doveva essere ‘risolto’. Contemporaneamente, doveva avvenire la ‘pulizia’ dei registri. Nel secondo paragrafo, l’Istruzione spiegava che qualsiasi documento di identità, anche se rilasciato dalle autorità slovene competenti e ancora valido, cessava di essere valido per queste persone dato il cambiamento del loro status giuridico.

#### *4. Obbedienza agli ordini illegittimi: una spiegazione teorica iniziale*

Nella parte precedente abbiamo visto un esempio pratico di come sia possibile garantire l’obbedienza agli ordini illegittimi all’interno di agenzie amministrative gerarchicamente organizzate. In questa parte cercherò di chiarire questo esempio dandone una spiegazione teorica.

Prima di continuare con l’analisi dettagliata di questo caso, è fondamentale sottolineare chiaramente un punto fin dall’inizio: ritengo scontato che i funzionari di prima linea che hanno fisicamente eseguito la cancellazione avrebbero dovuto e potuto sapere che gli ordini ricevuti dal Ministero dell’Interno erano illegittimi, eppure, nonostante ciò, non hanno sollevato obiezioni né si sono rifiutati di eseguirli<sup>28</sup>. Comprendere questo punto è importante principalmente per due ragioni: in primo luogo, perché è essenziale capire che l’ordine di cancellazione era quantomeno di dubbia legalità, se non manifestamente illegittimo; in secondo luogo, perché è proprio l’assenza di resistenza a questo ordine che indica l’efficacia dei meccanismi disciplinari di obbedienza, che esaminerò di seguito, confermando così la mia ipotesi iniziale – o almeno così sembra. Ma arriveremo a questo punto gradualmente.

Per cominciare, la natura delle relazioni all’interno di strutture complesse come le organizzazioni burocratiche è talmente intricata che una

---

<sup>27</sup> The implementation of the Aliens Act – an instruction, No. 0016/4-1496-8, 27 febbraio 1992.

<sup>28</sup> Tuttavia, non si può escludere del tutto che alcuni funzionari abbiano protestato internamente, senza che ciò sia mai diventato di dominio pubblico.

spiegazione dal punto di vista di un unico approccio scientifico sarebbe necessariamente eccessivamente riduttiva e quindi incompleta. Per ottenere una comprensione completa del fenomeno, dobbiamo quindi ampliare i nostri orizzonti per includere nella spiegazione vari campi della ricerca scientifica. Pertanto, di seguito presento tre nozioni chiave che ritengo cruciali per comprendere il nostro argomento e che provengono dalla psicologia sociale, dalla teoria critica e dalla sociologia del diritto.

In primo luogo, questo lavoro si basa sul situazionismo nella psicologia sociale, ovvero la visione che sottolinea l'importanza centrale delle forze situazionali sul comportamento degli individui. Questa visione si contrappone alla visione disposizionale, storicamente predominante, che invece enfatizza il ruolo dei tratti della personalità di un individuo nella spiegazione del suo comportamento<sup>29</sup>. Più specificamente, qui adotto il modello di Zimbardo, che amplia l'approccio situazionista includendo nel modello il ruolo che i fattori sistemici hanno sul comportamento degli individui. In un passaggio chiave del suo libro *L'effetto Lucifero*, Zimbardo spiega che «il Sistema include la Situazione, ma è più permanente, più ampiamente diffuso, comprende vasti circuiti di persone, le loro aspettative, le loro norme, le loro politiche e, forse le loro leggi. [...] I Sistemi sono le macchine che fanno funzionare le situazioni, le quali creano i contesti situazionali che influenzano l'agire umano di quanti sono sotto il loro controllo»<sup>30</sup>.

Questa intuizione è fondamentale per i nostri scopi, poiché riconosce che le situazioni decisionali specifiche, per quanto importanti possano essere per determinare le scelte dell'individuo, sono esse stesse già inquadrate in contesti decisionali più ampi con caratteristiche proprie. Per comprendere il processo decisionale situazionale, quindi, è necessario prima comprendere in quale tipo di ambiente sistemico esso si sviluppa. Nella nostra discussione, il ruolo del Sistema è svolto dalla struttura delle organizzazioni burocratiche amministrative, con le loro complesse reti di divisione verticale e orizzontale del lavoro, regole formali e informali, procedure e metodi di comunicazione, ruoli con competenze

<sup>29</sup> Il 'fundamental attribution error' nella psicologia sociale si riferisce alla tendenza delle persone a sopravvalutare il ruolo dei tratti personali (disposizioni) e sottovalutare il ruolo dei fattori situazionali quando spiegano il comportamento degli altri. Vedi L. ROSS, *The Intuitive Psychologist and His Shortcomings: Distortions in the Attribution Process*, in L. BERKOWITZ (a cura di), *Advances in Experimental Social Psychology*, Academic Press, New York 1977, pp. 173-220; P. ZIMBARDO, *A Situationist Perspective on the Psychology of Evil. Understanding How Good People Are Transformed into Perpetrators*, in A.G. MILLER (a cura di), *The Social Psychology of Good and Evil*, Guilford Press, New York 2004, pp. 21-50.

<sup>30</sup> ZIMBARDO, *L'effetto Lucifero*, cit., p. 269.

corrispondenti, meccanismi di controllo e sanzionamento ecc<sup>31</sup>. Gli elementi di queste complesse reti organizzative sono collegati tra loro in modi diversi, fornendo così molteplici meccanismi di influenza sui processi decisionali dei loro dipendenti. In questo lavoro, mi concentro sulle influenze sistemiche giuridiche e formali dell'organizzazione, tralasciando altri fattori, come quelli extra-organizzativi e informali. Tra i fattori considerati, particolare enfasi è posta qui (i) sulle influenze 'esterne', che operano attraverso la trasmissione formale di ordini; e (ii) sulle influenze 'interne', che operano principalmente attraverso la formazione formale dei dipendenti<sup>32</sup>. Questi due meccanismi di influenza sui processi decisionali sono, a loro volta, manifestazioni di due tipi principali di potere esercitato dalle organizzazioni burocratiche sui propri dipendenti, vale a dire il potere normativo in senso stretto (o autoritario) e il potere disciplinare<sup>33</sup>.

Questa distinzione, specialmente nella sua interpretazione foucaultiana<sup>34</sup>, è il secondo concetto chiave alla base di questa analisi. Ciò che è più rilevante ai fini del nostro discorso è il rapporto che si instaura tra questi due tipi di potere all'interno di una determinata organizzazione burocratica. Qui posso solo fornire una descrizione semplificata delle dinamiche rilevanti.

Il rapporto tra i due tipi di potere e il suo sviluppo non è necessariamente di natura temporale, ma è piuttosto descrivibile come strutturale. Il potere autoritativo fornisce originariamente la struttura formale dell'organizzazione<sup>35</sup>. Esso opera attraverso l'emanazione di direttive vincolanti la cui autorità si basa in parte sul riconoscimento di una meta-regola secondo cui tali direttive dovrebbero guidare le scelte del destinatario senza ulteriori deliberazioni. Sebbene fondamentale per il funzionamento di un'organizzazione, questa modalità di influenza è soggetta ai limiti cognitivi che compromettono il rispetto delle regole, in particolare nei contesti caratterizzati

<sup>31</sup> V. M. WEBER, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, a cura di G. ROTH, C. WITTICH, University of California Press, Berkeley 1978 [1921]; R. MERTON, *Bureaucratic Structure and Personality*, in «Social Forces», n. 4, 1940, pp. 560–568; H. SIMON, *Administrative Behavior*, cit.

<sup>32</sup> Cf. Z. OBERFIELD, *Becoming Bureaucrats: Socialization at the Front Lines of Government Service*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2014, pp. 32 ss.

<sup>33</sup> È possibile identificare anche un terzo tipo di potere esercitato dalle pubbliche amministrazioni, più indiretto, ovvero il potere 'governamentale'. V. M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano 2017; M. BRIGAGLIA, *Potere*, cit., cap. 6.2.

<sup>34</sup> V., in particolare, M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino 2014.

<sup>35</sup> H. SIMON, *Administrative Behavior*, cit., p. 177.

da elevati carichi cognitivi<sup>36</sup>. D'altra parte, il potere disciplinare, che in un primo momento si manifesta come contrario al potere autoritativo, si rivela molto utile nel neutralizzare queste vulnerabilità attraverso l'addestramento sistematico incentrato sull'osservazione e la ripetizione di schemi comportamentali selezionati, incorporando così modelli di azione selezionati nel repertorio del funzionario come risposte automatiche legate agli stimoli specifici (disciplinamento)<sup>37</sup>. Questo processo di disciplinamento riduce progressivamente lo spazio discrezionale dell'individuo, rendendo sempre più improbabile la deviazione dalla condotta prescritta. Il punto cruciale è che, nella pratica, il potere disciplinare tende a sovrapporsi al potere autoritativo. Lo fa trasformando l'iniziale conformità deliberata a regole e direttive specifiche in un'adesione routinaria e automatizzata agli stimoli dei funzionari superiori, garantendo così un allineamento più stabile e prevedibile tra l'azione in prima linea e le direttive organizzative<sup>38</sup>. Più specificamente, lo scopo principale di questo processo è quello di inculcare nei funzionari l'acquisizione della disposizione a osservare le direttive dei superiori, senza riconsiderarle. Come si mostrerà, il punto cruciale da comprendere è che il disciplinamento – almeno in questo senso – si riferisce all'automatizzazione della risposta non a contenuti specifici delle direttive, ma alla fonte di tali direttive, vale a dire i funzionari superiori. Questo vale, come si illustrerà di seguito, anche per le forme tipiche con cui tali direttive vengono trasmesse dalla fonte pertinente.

Infine, esaminiamo una delle tecniche con cui i funzionari superiori ottengono tale obbedienza disciplinata alle loro direttive da parte dei funzionari in prima linea. Una serie di meccanismi normativi che svolgono questo compito può essere definita 'infra-diritto'<sup>39</sup>. Infra-diritto

<sup>36</sup> Sul c.d. 'ego depletion' v. R.F. BAUMEISTER, *Ego Depletion and Self-Control Failure: An Energy Model of the Self's Executive Function*, in «Self and Identity», n. 1, 2002, pp. 129-136.

<sup>37</sup> Per Weber, 'disciplinamento' significa «the probability that by virtue of habituation a command will receive prompt and automatic obedience in stereotyped forms, on the part of a given group of persons» (M. WEBER, *Economy and Society*, cit., p. 53).

<sup>38</sup> Questa idea è forse spiegata nel modo migliore da Brigaglia, il quale sostiene che «[i]l potere disciplinare può perciò essere ben più pervasivo del potere normativo. Con la sua infinita duttilità, il potere disciplinare può imprimere durevolmente schemi d'azione, pattern mentali, ruoli molto più complessi di quelli che potrebbero essere imposti da regole. Se il potere normativo può causare o impedire solo azioni genericamente descritte, il potere disciplinare può modellare nel dettaglio» (M. BRIGAGLIA, *Potere*, cit., pp. 256-7).

<sup>39</sup> Il termine 'infra-diritto' fu per la prima volta introdotto dal giurista e sociologo francese Jean Carbonnier nelle sue riflessioni sul pluralismo giuridico. Egli lo intendeva come insieme di regole sociali proprie di sottoculture, simili al diritto ma prive di caratteristiche

è il nome dato a una serie di strumenti normativi flessibili e informali, prodotti dalla stessa amministrazione, principalmente per regolamentare il comportamento dei propri dipendenti. Il nome si adatta a una serie eterogenea di strumenti, che include memorandum, protocolli e persino dispositivi di comunicazione informali come FAQ o direttive trasmesse attraverso i social media (ad esempio tweet). È fondamentale sottolineare che anche le circolari amministrative sono un tipico esempio di questa categoria. Nonostante la sua varietà, l'infra-diritto presenta tuttavia diverse caratteristiche comuni, come, per esempio<sup>40</sup>: (i) proliferazione e flessibilità: può essere prodotto rapidamente e in grandi quantità da qualsiasi organizzazione amministrativa; (ii) diffusione segreta o non ortodossa: l'infra-diritto è spesso tenuto nascosto al pubblico o pubblicato in modi atipici, come sui siti web del governo, sui portali interni o sui social media; (iii) temporaneità e natura specifica: in genere, le prescrizioni infra-giuridiche hanno una validità temporale limitata, un elevato turnover e sono progettate per affrontare questioni molto specifiche. Ma soprattutto, sebbene gli strumenti infra-giuridici di solito non rientrino nel tradizionale novero di fonti giuridiche codificate<sup>41</sup>, tendono comunque ad esercitare un'influenza significativa sui processi decisionali in prima linea. Infatti, riferendosi specificamente alle circolari amministrative, Romano arriva addirittura a sostenere che «gli organi amministrativi, nello svolgimento dell'attività di loro competenza, operano pressoché esclusivamente sulla base delle circolari a loro impartite, trascurando generalmente di tenere direttamente conto dei testi di legge, per la cui applicazione pure dette circolari sono emanate»<sup>42</sup>.

---

essenziali come la coercizione organizzata o la giustiziabilità. Tra gli esempi indicava il diritto consuetudinario, il diritto dei bambini, il diritto popolare, ecc. V. J. CARBONNIER, *Sociologia jurídica*, 2 ed., Tecnos, Madrid 1982, pp. 124 ss.

<sup>40</sup> V. I. GJERGJI, *Immigrazione e infra-diritto: dal governo per circolari alla tweeting-governance*, in «Etica & Politica», XXII, 2020, pp. 323 ss.; A. LO CALZO, *Emergenza e infradiritto. Limiti ai diritti fondamentali, regole di condotta e canoni di interpretazione*, in «Etica & Politica», XXII, 2020, pp. 395 ss.; L. MILAZZO, *Infradiritto, controdiritto e "regressione del giuridico"*, in «Etica & Politica», XXII, 2020, pp. 303 ss.

<sup>41</sup> Per alcuni recenti lavori in teoria generale delle fonti del diritto, si veda, ad esempio, G. PINO, *Sources of Law*, in L. GREEN, B. LEITER (a cura di), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 4, Oxford University Press, Oxford 2021, pp. 58 ss.; M. CARPENTHIER, T. SPAAK, *Sources of Law*, in L. BURAZIN, K.E. HIMMA, G. PINO (a cura di), *Jurisprudence in the Mirror. The Common Law World Meets the Civil Law World*, Oxford University Press, Oxford 2024, pp. 241 ss.

<sup>42</sup> A. ROMANO, *In tema di circolari amministrative*, in «Rivista di diritto finanziario», n. 2, 1959, p. 117; G.W. HOGAN, *The Legal Status of Administrative Rules and Circulars*, in «The

Infine, non ci resta che spiegare esattamente come l'infra-diritto – e, in particolare, le circolari amministrative – operi come veicolo del potere disciplinare dei funzionari superiori. Le circolari fungono qui da manifestazioni fisiche del potere disciplinare che i funzionari superiori esercitano sui funzionari di prima linea all'interno di relazioni gerarchiche chiaramente stabilite nelle organizzazioni burocratiche. Infatti, sembra che nelle organizzazioni con un sistema di divisione del lavoro intricato ed elaborato, in cui ogni singolo funzionario (soprattutto quelli ai livelli inferiori) controlla solo una parte molto ristretta dell'intero processo, il potere decisionale sistemico dell'ufficio al vertice di tale struttura – l'unico che ha una visione d'insieme – tenda inevitabilmente ad avere il peso maggiore<sup>43</sup>. Un lavoro efficiente in tali condizioni richiede il coordinamento dei diversi processi decisionali dall'alto. I funzionari superiori che utilizzano questi strumenti per comunicare con i loro subordinati fanno affidamento sul fatto che l'addestramento alla disposizione di questi ultimi a obbedire alle loro direttive spingerà i destinatari delle direttive a un'obbedienza quasi cieca al contenuto della circolare, garantendo così un coordinamento e un processo decisionale efficienti<sup>44</sup>. Questo perché, come abbiamo visto, l'addestramento in questione mira a imporre ai destinatari la disposizione a obbedire, quasi automaticamente, alle direttive provenienti da una fonte particolare – nel nostro caso i funzionari del Ministero dell'Interno, senza esaminarne

---

Irish Jurist», n. 22, 1987, p. 194; M. CHITI, *Circolare (amministrativa)*, in *Enciclopedia giuridica*, VI, Treccani, Roma 1988.

<sup>43</sup> Riferendosi specificatamente alla gestione delle migrazioni in Italia, Gjergji sostiene che: «La concentrazione delle funzioni e delle competenze nel settore dell'immigrazione in pochi uffici specializzati e la progressiva separazione spaziale di tali uffici dagli altri sembra spingere, dunque, verso la realizzazione delle condizioni ideali per una accentuazione del carattere gerarchico dell'intera geometria organizzativa di questo particolare settore del ministero dell'interno. In una struttura così articolata [...] finiscono per acquisire maggiore rilevanza gli ordini provenienti direttamente dagli organi posti al vertice di tale struttura. Si creano cioè [...] le condizioni affinché le circolari acquisiscano forza vincolante e rappresentino una delle più importanti fonti normative in materia di immigrazione» (I. GJERGJI, *Circolari amministrative e immigrazione*, FrancoAngeli, Milano 2013, p. 92).

<sup>44</sup> Non dovremmo dimenticare che questa obbedienza è rafforzata dal fatto che i funzionari di grado superiore controllano direttamente molti aspetti della carriera dei loro subordinati, come promozioni, trasferimenti, premi e sanzioni, ecc. In questo senso, la dichiarazione di un agente di polizia, che spiega perché applicano l'interpretazione della legge fornita loro dai loro superiori ministeriali, è particolarmente rivelatrice: «non è che la legge non abbia valore in sé, ma può essere interpretata in tanti modi e noi, dovendo scegliere un'interpretazione, scegliamo quella che il ministero ci impone [...], in fondo la nostra carriera dipende dal dirigente, dal ministero. Non so se sono stato chiaro?» (I. GJERGJI, *Circolari amministrative e immigrazione*, cit., p. 102).

il contenuto. Infatti, queste ‘forme pure’, che possono assorbire quasi ogni tipo di contenuto, sono quindi uno strumento perfetto che consente la creazione di un quadro di obbedienza fissato sulla fonte piuttosto che sul contenuto della direttiva<sup>45</sup>. Il potere disciplinare esercitato attraverso le circolari consente quindi ai funzionari superiori di promuovere quadri decisionali in cui le azioni in prima linea sono continuamente allineate agli obiettivi fissati ai livelli dirigenziali superiori, garantendo al contempo un elevato livello di efficacia dell’azione amministrativa. Pertanto, la sovrapposizione del potere disciplinare al potere autoritativo veicolato dalle circolari rende il processo decisionale in prima linea molto più efficace.

## 5. Conclusioni

Il caso dei Cancellati mette in luce un paradosso delle burocrazie moderne: mentre la legalità è formalmente sostenuta come principio guida della pubblica amministrazione, nella pratica è spesso sostituita dalla forza più insidiosa della disciplina organizzativa. I sistemi giuridici che forniscono ‘regole di conflitto’ presumono che la chiarezza normativa delle disposizioni normative (legislative) possa risolvere il dilemma degli ordini illegittimi. Tuttavia, come dimostra il caso dei Cancellati, i funzionari spesso ottemperano a direttive che sanno – o dovrebbero sapere – essere illegittime. Per spiegare perché ciò accade, è necessario uscire dal ristretto quadro giuridico-dottrinale e prestare attenzione alle dinamiche di potere più profonde che operano all’interno delle organizzazioni amministrative.

---

<sup>45</sup> Ciò non significa tuttavia che il contenuto e, più specificamente, il tipo di linguaggio utilizzato nelle circolari non sia un fattore rilevante che contribuisce all’obbedienza (o alla disobbedienza). Molti autori concordano sul fatto che più il linguaggio è specialistico e tecnico, maggiori sono le possibilità che i funzionari di prima linea obbediscano. Questo aspetto è particolarmente ben sottolineato da Gjergji, il quale sostiene che «è importante rilevare come sia oggettivamente complesso e difficile per i singoli operatori della pubblica amministrazione disapplicare le circolari che si pongono in contrasto con le disposizioni legislative, nonostante l’obbligo di disapplicazione delle circolari *contra legem* sia stato sancito più volte anche dalla giurisprudenza. Il problema infatti si pone, prevalentemente, nei casi in cui le circolari costituiscano una sfuggente e strisciante violazione delle disposizioni legislative, celata talvolta dietro un frasario criptico che non consente una facile e diretta individuazione del carattere *contra legem* della circolare. In tali ipotesi, quindi, affinché la circolare illegittima sia disapplicata, si presume e si richiede, implicitamente, una elevatissima preparazione giuridica e sensibilità costituzionale ad ogni singolo operatore della pubblica amministrazione. Condizione – com’è facilmente intuibile – oggettivamente difficile da realizzare nella realtà» (I. GJERGJI, *Circolari amministrative e immigrazione*, cit., p. 46).

Come ci ricorda il modello situazionista di Zimbardo, il comportamento individuale non può essere ridotto a tratti personali o decisioni isolate; esso è modellato da contesti sistemici che creano, limitano e normalizzano le scelte. In contesti burocratici, questo ambiente sistemico è definito dall'intersezione tra potere autoritativo (la validità formale del diritto) e potere disciplinare (le routine interiorizzate di obbedienza inculcata attraverso l'addestramento, la supervisione e la ripetizione). La descrizione foucaultiana del disciplinamento chiarisce come tale potere operi principalmente non sul contenuto delle norme, ma sulle disposizioni degli agenti, incorporando l'obbedienza come una risposta modellata e quasi automatica alle direttive gerarchiche. In questo senso, le circolari amministrative sono più che strumenti pragmatici di coordinamento: sono strumenti materiali del potere disciplinare, che cristallizzano l'aspettativa che gli ordini dall'alto debbano essere seguiti indipendentemente dalla loro legalità.

Come ho dimostrato, la Cancellazione conferma quindi la mia ipotesi iniziale I1: quando le forze autoritative e disciplinari si scontrano, queste ultime tendono a prevalere. La conformità dei funzionari di prima linea nel caso in questione è stata meno una questione di deliberato errore di valutazione giuridica che il risultato di un lungo processo disciplinare che ha privilegiato la coesione organizzativa rispetto alla fedeltà alla legge. Allo stesso tempo, il caso indirettamente illustra anche la natura condizionale di questo meccanismo, in linea con l'ipotesi I2: l'intensità dell'obbedienza è mediata dal contesto organizzativo specifico, con i funzionari ministeriali che mostrano una forte ma non assoluta propensione all'obbedienza, mentre altri contesti – come quello militare – potrebbero mostrare un riflesso di obbedienza ancora più radicato.

Da quanto esposto emerge una conclusione significativa: la legalità è strutturalmente vulnerabile quando si confronta con le logiche disciplinari della burocrazia. Questa vulnerabilità non può essere corretta semplicemente perfezionando le regole (giuridiche) di conflitto, perché il dilemma dell'obbedienza non è principalmente una questione di incertezza normativa, ma di potere che opera attraverso forme organizzative. La lezione dei Cancellati è quindi sia pratica che teorica. Per quanto riguarda quest'ultima, ci mostra che la solidità della legalità dipende non solo dalla qualità delle disposizioni giuridiche, ma anche dal modo in cui il potere disciplinare viene prodotto, diffuso e contrastato all'interno delle organizzazioni amministrative che attuano tali disposizioni. Trascurare questa dimensione equivale a rimanere prigionieri dell'illusione che la legge sola possa garantire la disobbedienza all'autorità illegittima.



## *Intervista sul problema dell'obbedienza responsabile\**

MAURIZIO BLOCK\*\*

### ABSTRACT

(ITA) L'intervista verte sul principio di obbedienza responsabile nel diritto militare italiano, analizzandone l'evoluzione storica e le sfide attuali. Partendo dal superamento del modello autoritario della prima metà del novecento, si esamina la tensione tra l'esigenza operativa di immediatezza e il dovere di sindacare ordini illegittimi. Vengono discussi il ruolo del linguaggio, la giurisprudenza su inottemperanza e ordini criminosi, e l'impatto dell'innalzamento culturale dei militari. Emerge un quadro in cui l'autorità gerarchica deve fondarsi su autorevolezza e condivisione, bilanciando disciplina ed efficienza con la responsabilità individuale.

(ENG) The interview focuses on the principle of responsible obedience in Italian military law, analyzing its historical evolution and current challenges. Starting from the overcoming of the authoritarian model of the first half of the twentieth century, it examines the tension between the operational need for immediate execution and the duty to question illegitimate orders. The role of language, case law on insubordination and criminal orders, and the impact of the cultural elevation of the military are discussed. A picture emerges in which hierarchical authority must be based on authority and sharing, balancing discipline and efficiency with individual responsibility.

### KEYWORDS

(ITA) Diritto militare; Dovere di obbedienza; Ordini del superiore; Dovere di disobbedire a ordini manifestamente illegittimi.

(ENG) Military law; Duty to obey; Superior orders; Duty to disobey manifestly unlawful orders.

---

\* L'intervista, resa il 19 novembre 2024, è stata condotta da Giorgio Pino (in presenza), Marco Brigaglia, Salvatore Di Piazza e Alessandro Spena (online), con l'assistenza di Luca Falsone (online) e Matija Zgur (in presenza). Al Procuratore Block era stata inviata in anticipo una lista di domande, riportate al termine di questo capitolo. Nel corso dell'intervista, alcune domande sono state raggruppate e proposte facendo rinvio al testo comunicato, mentre altre domande sono state aggiunte per approfondire punti specifici. L'intervista è stata successivamente trascritta e editata da Luca Falsone, e rivista dal Procuratore Block.

\*\* Procuratore generale militare presso la Corte di Cassazione, direttore responsabile della rivista *Rassegna della giustizia militare* e Presidente del Gruppo Italiano della *Société Internationale di Droit Militaire et de Droit de la Guerre*.

*Diversi studi di psicologia dell'obbedienza sembrano indicare che il senso di responsabilità e controllo autonomo dell'azione da parte del militare che esegue un ordine tende a ridursi rispetto al caso di esecuzione di azioni scelte autonomamente. Qual è la Sua opinione al riguardo?*

Anzitutto, è bene premettere che l'argomento di cui parleremo è, nello specifico, l'ordine militare. Come è noto, la condotta di inottemperanza a un ordine in ambito militare è sanzionata penalmente. A rilevare è l'articolo 173 del Codice penale militare<sup>1</sup>.

Ora, per quanto riguarda le questioni cui avete accennato nella domanda, direi anzitutto che l'idea di un ordine eseguito in modo assolutamente automatico – idea che suggerisce una limitazione di quelle che sono le capacità interpretative del militare subordinato che ne è destinatario – sia attualmente da considerare alla stregua d'un residuo storico. Si tratta di un'idea forse consona in riferimento ad altra epoca ed altro tipo di società, come può essere quella del nostro Paese negli anni Quaranta, ad esempio – in particolare, a quella società in cui, nel 1941, erano stati concepiti il Codice penale militare di pace e il Codice penale militare di guerra. Si trattava di una società in cui, generalmente, il militare si caratterizzava come una figura dal non elevato profilo culturale: le condizioni sociali dell'epoca erano tali che non vi era la possibilità di frequentare scuole né tanto meno di ottenere un'istruzione adeguata attraverso le Forze Armate. In questo caso, dunque, la figura del militare subordinato si risolveva in quella di chi doveva eseguire gli ordini, e niente di più oltre a questo. A ciò si deve aggiungere che i Codici penali militari di guerra e di pace, essendo stati emanati nel 1941, si collocavano in un frangente storico ben preciso, che era quello di un tempo di guerra. Ebbene, in tempo di guerra, l'ordine riveste un'importanza ancora maggiore rispetto a quanto non sia in tempo di pace. Assume connotati specifici e peculiari che, appunto, sono diversi in tempo di pace, imponendosi ancor di più il bisogno che l'ordine sia eseguito immediatamente per effetto di un rapporto gerarchico rafforzato. Tanto è che nei confronti dell'inottemperanza ad un ordine erano previste pene gravissime che si estendevano fino alla morte. La conseguenza fu che negli anni successivi, anche in seguito all'entrata in vigore della Costituzione, si è conservata la stessa concezione dell'ordine maturata in tempo di guerra.

D'altra parte, dobbiamo ricordare che, nonostante nel 1948 sia entrata in vigore la Costituzione, moltissime norme del Codice penale militare

---

<sup>1</sup> «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».

sono sopravvissute fino agli anni Ottanta e, in particolare, fino all'entrata in vigore della Legge 7 maggio 1981, n. 180 (recante «Modifiche all'ordinamento giudiziario militare di pace»). Quest'ultima, in effetti, introdusse un cambiamento e, in particolare, il superamento di principi e di discipline che già avrebbero dovuto essere aboliti trent'anni prima. Di queste, per quanto non riguardi l'argomento di cui ci stiamo occupando oggi, è possibile fare alcuni esempi su tutte: anzitutto, fino al 1980 il Giudice istruttore dipendeva direttamente dal Procuratore Militare della Repubblica e c'era dunque una dipendenza del potere giudicante da quello requirente; inoltre, erano operativi i Tribunali di bordo, che, essendo istituiti solo successivamente al nascere di una controversia, si collocavano in assoluta contraddizione rispetto al principio di legalità, secondo cui il giudice naturale deve essere preconstituito e individuato per legge (art. 25 Cost.).

Così, anche il concetto di ordine e quindi la relativa condotta di esecuzione hanno avuto una maturazione nel corso degli ultimi decenni. Già con la Legge 11 luglio 1978, n. 382 [recante «Norme di principio sulla disciplina militare»], all'articolo 4 si è affrontato il problema dell'ordine e si era stabilito il principio secondo cui chi esegue un ordine non risponde della sua illegittimità, ma altresì che, nel caso in cui l'ordine sia «manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato» o nel caso in cui la sua esecuzione costituisca «comunque manifestamente reato», l'ordine deve essere disatteso. Si è arrivati a concepire addirittura un dovere di disobbedienza in capo al militare che riceve un ordine assolutamente illegittimo.

Ecco, direi allora che oggi si è arrivati a un radicale e profondo cambiamento all'interno della società militare. E questo profondo cambiamento, d'altra parte, dipende anche da un generale innalzamento delle condizioni culturali del militare. Pensate, ad esempio, che, intorno al 1983-1984, insegnavo alla Scuola per Sottufficiali dei Carabinieri e la media dei miei allievi avevano conseguito solo la licenza media. Oggi invece i militari hanno la laurea o quanto meno il diploma di scuola superiore. Al termine del corso di formazione militare ottengono in ogni caso un diploma di laurea triennale, che è possibile estendere a quella quinquennale. Ne discende che è profondamente cambiato il grado culturale dei militari, anche di quelli meno elevati in grado.

Per quanto riguarda l'argomento di cui parliamo oggi, dunque, possiamo dire di avere iniziato – e di stare ancora compiendo – un percorso verso la concezione di un ordine che ha i caratteri di *ordine responsabile*. E di questo, ovviamente, anche l'istituzione militare si è dovuta fare carico, perché, mentre nel 1941 – in maniera ovviamente indicativa – occorreva

semplicemente avere una ‘stelletta’ o una ‘tacchetta’ in più per fare valere la propria superiorità in grado e quindi per imporsi e caricare l’ordine di insindacabile credibilità e autorevolezza, oggi non è più così. Personalmente ritengo che oggi la ‘stelletta’ in più certamente sia indispensabile per la emanazione di un ordine, ma non sia più sufficiente: il superiore in grado ha bisogno di dimostrare la propria autorevolezza, deve essere cioè in grado di trasmettere all’inferiore in grado quel senso di credibilità che è insita nel concetto di superiorità in grado. Dall’altro lato – e cioè dalla prospettiva del subordinato – io credo che occorra sempre ricordare che il mondo militare si distingue da quello civile per caratteristiche peculiari. Queste ultime, che operano come elementi di differenziazione tra un mondo e l’altro, devono essere fatte salve e non è possibile abolirle: non possiamo infatti permettere che una disposizione emanata dal superiore in grado finisca per rivestire il carattere di un mero valore colloquiale. A differenza della dimensione civile, infatti, in quella militare vi è addirittura una norma penale che tutela ordine e disciplina e che punisce la condotta di disobbedienza, come detto l’articolo 173 c.p.m.p. Ma ancor più rilevante – anche se non esistesse la normativa penale – è il fatto che ricorrono nel mondo militare delle esigenze di speditezza e di efficienza tipiche del contesto militare, che impongono di fronteggiare situazioni di pericolo attuali e concrete, di cui il superiore deve farsi carico e che devono essere risolte anche attraverso l’esecuzione immediata dell’ordine.

A mio parere, dunque, occorre conciliare questi due aspetti: da un lato, una specifica necessità, propria del mondo militare, di efficienza e quindi di immediatezza nell’adempimento di determinati compiti che si realizzano attraverso l’ordine; dall’altro, la considerazione che la società militare è cambiata e che il militare non è più un mero esecutore dell’ordine, una sorta di *longa manus* del superiore, quanto piuttosto una persona che ha un proprio substrato culturale. Ora, è chiaro che, di fronte a situazioni improvvise e che necessitano di una reazione immediata, il fattore dell’innalzamento del livello culturale dell’inferiore non può avere un peso determinante. Tuttavia, bisogna tenere conto che tale aspetto può costituire, se opportunamente costruito, una risorsa per il superiore in quanto contribuisce alla configurazione di un concetto di obbedienza, inteso in chiave più attuale, e cioè di un’obbedienza *responsabile*. Ciò giova al sistema militare nella sua interezza, fermo restando il rispetto dell’esigenza di immediatezza e di pronta efficienza che deve caratterizzare il ruolo delle Forze armate.

*Proprio rispetto al discorso che ha fatto su questo più alto grado di istruzione e, di rimando, di consapevolezza anche tra i subordinati, possiamo dire che questa diversa sensibilità è già penetrata nelle gerarchie militari? Ad esempio, entro la dimensione dei procedimenti disciplinari vi è una maggiore attenzione nei confronti della persona del destinatario dell'ordine e, in secondo luogo, questa diversa consapevolezza è pure tenuta in considerazione all'interno della magistratura militare?*

Io direi assolutamente di sì. Questa diversa sensibilità è cresciuta anche attraverso la giurisprudenza dei tribunali militari. Questi ultimi, infatti, pur essendo abbastanza monolitici nell'affermare l'idea secondo cui ci sono quei principi di disciplina e di ordine – in particolare, della disciplina del servizio militare – e che tali principi non si possono scardinare e che, in quanto tali, devono essere rispettati, si sono, d'altra parte, anche attestati su posizioni di maggiore comprensione e temperamento di fronte a situazioni concrete che possono aver dato luogo alla mancata esecuzione di un ordine.

Così mi risulta che anche l'autorità amministrativa, pur nel rispetto della specificità della funzione militare che si fonda sull'ordine e sulla disciplina, nonché sulla pronta efficienza – tale che tutte quelle che sono manifestazioni di opposizione a un ordine, sono comunque condotte che nel contesto generale vanno inquadrate negativamente –, abbia indubbiamente sviluppato una maggiore percezione e sensibilità del problema. E questa maggiore sensibilità la si deve appunto all'evolversi della giurisprudenza (amministrativa e penale) militare, che si è ammorbidita su questi temi, in ambito di procedimenti penali e disciplinari.

Vi è poi da specificare che i procedimenti disciplinari che riguardano l'inottemperanza agli ordini non sono molti, dal momento che l'ordine è tutelato penalmente e che l'inottemperanza non è perseguibile a richiesta del superiore ma d'ufficio. Tutte le ipotesi di inottemperanza, dunque, devono essere ricondotte in ambito penale.

Detto questo, vi è anche da dire che nel nostro ordinamento penalistico – quindi, non solo in quello militare – è stata introdotta una causa di non punibilità o esimente o scriminante, che è quella dell'articolo 131 bis del Codice penale, che, come noto, esclude la punibilità nei casi di particolare tenuità del fatto. Ecco, proprio sull'applicabilità di questa esimente al rito penale militare è sorta un dibattito di carattere generale, il cui esito è stato appunto quello di ammetterne l'applicabilità. Si tratta di un esito più che ragionevole, anche perché il legislatore non ha previsto alcuna

esclusione testuale di applicabilità al rito militare e, dunque, vigendo il principio di complementarietà – per cui tutte le disposizioni contenute nella parte generale del Codice penale si applicano anche al Codice penale militare di pace e a quello di guerra – escludere l'applicabilità dell'articolo 131 bis avrebbe comportato un'interpretazione *in malam partem*, la quale, nel silenzio della legge, come noto, non è ammessa dal nostro ordinamento. Pertanto, la scriminante prevista nel caso di fatto di lieve entità, estensibile anche al rito militare, ha trovato applicazione anche in tema di disobbedienza (art.173 c.p.m.p). Sul punto vi è una recentissima giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>2</sup> secondo cui in caso di disobbedienza all'ordine dell'autorità possono sussistere dei fatti, delle inottemperanze, che rivestono il carattere di lieve entità per cui, pur essendo condotte riconducibili nello schema di una inottemperanza penalmente rilevante, pregiudicano solo in modo lieve il servizio e la disciplina, beni tutelati dalla norma penale. In particolare, il caso di specie riguardava l'ordine di interrompere la registrazione di una conversazione in atto per motivi di servizio. Il superiore ha intimato al sottoposto di interrompere la registrazione, ma quest'ultimo non ha adempiuto. La Cassazione, allora, pur riconoscendo che il giudice di secondo grado aveva correttamente inquadrato il comportamento in una condotta di disobbedienza, ha affermato che la disobbedienza nel caso di specie si configurava di lieve entità e ha quindi escluso la punibilità.

Personalmente sarei anche andato oltre tale affermazione, nel senso che a mio parere ci deve essere una attinenza chiara dell'ordine al servizio e alla disciplina, perché nel momento in cui l'ordine del superiore e la relativa inottemperanza non incide sui beni tutelati dalla norma giuridica, che sono appunto servizio e disciplina, praticamente non c'è reato. Ecco, io aderisco pienamente a questo indirizzo della Cassazione. Faccio un esempio apparentemente banale, ma che si può verificare: se il superiore ordinasse all'inferiore di raccogliere una carta che è caduta per terra e l'inferiore non ottemperasse, si configurerebbe un reato di disobbedienza? A mio parere bisogna premettere che la sanzione penale è qualcosa che va applicata come *extrema ratio*, giacché vi sono anche strumenti più lievi. Bisogna tenere conto, infatti, che in ambito penale si ricorre alla reclusione e quindi, per comminare quest'ultima, va effettuato un bilanciamento di interessi: libertà personale, da un lato, e lesione di un interesse giuridico, dall'altro. In conclusione, mi sembra che se l'inottemperanza all'ordine non lede alcun bene giuridico tutelato, allora non vi sia neppure il

---

<sup>2</sup> Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. I, Sentenza 3 settembre 2024, n. 33369.

reato. Ovviamente sono considerazioni personali che possono non essere condivise da chi ha una diversa concezione del rapporto gerarchico.

*Anche in considerazione di quello che Lei diceva rispetto all'acquisita centralità del ruolo della singola persona all'interno della dimensione della gerarchia militare, Lei pensa che, al fine di incentivare l'obbedienza responsabile, sarebbe possibile introdurre nuove misure organizzative, o dare rilevanza a questo profilo anche nell'ambito dell'addestramento dei militari?*

Io penso che questo sia basilare. È infatti fondamentale la conoscenza e l'accettazione da parte dei militari dei meccanismi dell'amministrazione militare, alla quale d'altra parte sono sottoposti, e così lo è anche la consapevolezza da parte loro dell'importanza dell'ordine e della sua esecuzione. Questo deve essere un presupposto chiaro e anche pacifico.

Ciò su cui si può agire ed implementare è che i militari acquisiscano piena conoscenza dei propri doveri e delle conseguenze dell'eventuale inottemperanza di un ordine. Questi sono i cardini del diritto penale comune e militare, nonché oggi anche del diritto penale militare internazionale. Ci sono infatti i codici dei crimini internazionali, non ancora trasposti in legge nel nostro ordinamento, secondo cui il problema dell'ordine criminoso e del correlativo sindacato da parte del militare coinvolto in conflitti armati, e del profilo dell'ordine e del problema connesso dell'esecuzione dell'ordine, costituisce uno dei nodi centrali e più dibattuti.

Quindi, secondo me, una adeguata preparazione e formazione del militare è importante dal punto di vista dell'addestramento e quindi, diciamo, nel merito dell'attività che si trova a dover svolgere coerentemente alla propria posizione. Dopodiché, però, proporrei un addestramento specifico per accrescere le conoscenze sull'organizzazione ed i principi su cui si fonda l'amministrazione militare e, in particolare, sulle conseguenze giuridiche connesse all'ordine ed alle sue vicende, in maniera che ci sia – e qui torniamo al discorso di prima – una sempre maggiore consapevolezza da parte del militare sia della necessità di obbedire a un ordine sia anche di ciò che discende dal dovere di non ottemperare all'ordine criminoso. È un profilo molto rilevante, soprattutto in scenari internazionali. D'altra parte, il militare ha sì l'obbligo di ottemperare, ma ci sono delle situazioni in cui potrebbe non farlo o addirittura in cui non dovrebbe farlo.

*Passiamo al secondo gruppo di domande che riguardano la forma linguistica con cui gli ordini vengono espressi. In che modo pensa che il linguaggio utilizzato negli ordini militari possa influenzare la percezione di autorità e responsabilità da parte dei subordinati?*

Anzitutto, io credo che il linguaggio utilizzato negli ordini militari sia un aspetto fondamentale. Ci troviamo però di fronte a un problema, che deve essere affrontato in via di premessa.

Rispetto al profilo del linguaggio, infatti, si evidenzia a mio parere un possibile contrasto che può sorgere tra il profilo dell'obbedienza responsabile, da un lato, e la necessità che il sottoposto comprenda la perentorietà dell'ordine, dall'altro. Io credo che sia fondamentale che il sottoposto, dinanzi a un ordine di un superiore, abbia l'inequivocabile percezione di non avere alcuna possibilità di non adeguarsi a quello che gli viene ordinato. D'altra parte, se fosse altrimenti, non saremmo dinanzi a un ordine e, dunque, nell'ambito del penalmente rilevante. Come accennato prima, infatti, noi dobbiamo pensare che, nel momento in cui l'inferiore in grado omette o ritarda l'esecuzione di un ordine, occorre che abbia la conoscenza di trovarsi di fronte ad un ordine, affinché tali condotte possano essere punite penalmente. Se manca tale coscienza, allora giuridicamente manca il dolo. Questo aspetto però va coordinato con l'altro problema, che è quello della obbedienza responsabile. Noi abbiamo detto che l'obbedienza deve essere responsabile. Quindi il linguaggio che viene adottato nell'emanazione di un ordine da parte dei superiori in grado deve essere, da un lato, perentorio, dall'altro, a mio avviso, anche persuasivo, tale da incoraggiare l'esecuzione dell'ordine stesso, senza che tale ordine sembri irragionevolmente imposto. Occorre, cioè, che la perentorietà dell'ordine non derivi solo da un fattore gerarchico, ma che si fondi sulla condivisibilità del contenuto dell'ordine stesso da parte dell'inferiore in grado. Ecco, qui stiamo parlando probabilmente di un angolo di visuale che riguarda il superiore in grado piuttosto che il sottoposto: anche il fatto di ricoprire una posizione di superiorità in grado, da cui deriva sia una potestà di natura disciplinare sia il potere di emettere ordini, richiede evidentemente una formazione professionale. A mio parere, infatti, occorre che, nell'ambito della formazione professionale, al superiore venga fatto comprendere che attraverso l'ordine si trasmettono contenuti e messaggi importanti, che attengono al servizio e alla disciplina. Così anche occorre concentrarsi sul modo in cui un ordine è trasmesso sicché il superiore deve essere consapevole che l'ordine deve investire anche la condivisione, se

possibile, in un'ottica di sinergia e sintonia con l'inferiore.

Ora, io mi rendo conto che questa visione può apparire complessa, e forse lo è soprattutto se correlata a contesti e situazioni in cui si richiede un'azione immediata, e quindi rispetto ai casi in cui un ordine deve essere eseguito con immediatezza. Per questa ragione, credo sia importante sottolineare una distinzione tra ordini che si collocano in certe situazioni particolari, come in caso di conflitti armati, da un lato, e ordini che sono trasmessi in tempo di pace, dall'altro. Le prime situazioni, evidentemente, richiedono una reazione immediata: in questi casi, quindi, è forse più difficile costruire sintonia nella trasmissione degli ordini e così anche ricorrere a un linguaggio più studiato e accondiscendente. Dall'altro lato, vi è però lo scenario di pace, in cui evidentemente è possibile muoversi diversamente, in modo meno rigido. Mi spiego: se non esiste una situazione di assoluta urgenza, come quelle che nel mondo militare si possono senz'altro verificare, soprattutto in caso di emergenza, io credo che l'intimazione dell'ordine possa seguire vari stadi e porsi in modo progressivo nel suo linguaggio imperativo. Ecco, per esempio, il superiore potrebbe dapprima procedere rappresentando l'esigenza, ossia il fine dell'ordine; dopodiché, potrebbe spiegare perché ritiene che tale esigenza debba essere affrontata nel modo individuato e, a quel punto, intimare l'ordine all'inferiore. Questo modo di comunicare l'ordine sarebbe funzionale, secondo me, a incoraggiare forme di obbedienza responsabile. Questo perché l'inferiore è messo a conoscenza delle ragioni che costituiscono il presupposto di un ordine e, dunque, in un tale contesto – che potremmo definire maggiormente 'colloquiale' – è possibile immaginare degli spazi di interazione tra superiore e inferiore. In una simile dinamica, l'inferiore, pur continuando a rappresentare la propria completa dedizione e osservanza all'ordine, avrebbe altresì modo di comunicare il proprio punto di vista o esporre elementi di fatto che potrebbero poi anche essere valutati e tenuti in considerazione da parte del superiore.

Nel caso in cui l'inferiore percepisca l'illegittimità dell'ordine, ancorché non sia manifestamente criminoso, può e deve, ad esempio, rappresentarlo al superiore, come anche nel caso in cui ravvisi che i presupposti di fatto su cui si fonda l'ordine sono frutto di un errore di fatto del superiore. Anche in questa ultima ipotesi si rende più che necessaria un'interlocuzione con il superiore collocabile nell'alveo dell'obbedienza responsabile.

Chiaramente, tutto ciò presuppone una profonda preparazione nei modi espressivi e nelle forme di comunicazione, fondamentali nel mondo moderno, nonché una capacità di comprendere quali potrebbero essere

le reazioni da parte dell'interlocutore. Voglio dire, alla base di dinamiche di questo tipo, occorre che vi sia una conoscenza quasi 'psicologica' del rapporto gerarchico di colui con cui questo rapporto gerarchico si va a instaurare nella dinamica di trasmissione di un ordine. Mi rendo conto che non è assolutamente facile affrontare discorsi di questo tipo o promuovere simili dinamiche, ma credo che questa sia una cosa su cui l'amministrazione militare deve lavorare: la comunicazione, la preparazione e l'addestramento a tali dinamiche. L'amministrazione militare dovrebbe arrivare a garantire una formazione professionale al superiore sul linguaggio da utilizzare nella trasmissione degli ordini e anche sulla comprensione psicologica delle situazioni. Nondimeno una formazione professionale andrebbe anche garantita all'inferiore gerarchico sulle modalità di comprensione e di comportamento a fronte di un ordine ricevuto di cui non si condivide il contenuto. Forse è chiedere troppo, probabilmente, però è una strada su cui si può lavorare. Ecco, da questo discorso faccio salvo, come già più volte detto, quelle situazioni particolari che occorre fronteggiare nell'immediatezza e dove, quindi, il linguaggio ovviamente deve essere necessariamente più perentorio.

*Tutto chiarissimo. Tuttavia, a dire il vero, per la conoscenza che generalmente si ha dell'ambiente militare, ci viene difficile immaginare un rapporto costantemente dialettico tra il superiore e l'inferiore, anche per quelle esigenze di immediatezza e di efficienza di cui parlava e che, in particolare in contesti bellici, sono esponenzialmente rilevanti. E allora, ci chiedevamo, cosa ne penserebbe Lei di un quadro di questo tipo: presupporre certo un principio di obbedienza all'ordine del superiore, però immaginare anche di introdurre un organismo, per esempio un ulteriore superiore o un ufficio di disciplina, in cui separatamente gli ordini possono essere contestati sulla base di specifiche e ragionevoli obiezioni. In altre parole, non investire soltanto su meccanismi dialettici tra superiore e inferiore in grado, ma, come dire, introdurre un luogo terzo in cui il subordinato può andare a segnalare che riceve ordini che non ritiene adeguati: l'istituzione di una struttura ad hoc, simile ad esempio a quelle che nelle imprese si chiama audit. Non sappiamo se esistano già strutture simili nelle Forze Armate...*

Allora, concordo in via generale con questa idea, ma con una puntualizzazione. Siccome la disciplina penale prevede che sia punibile non solo l'omessa esecuzione di un ordine, ma anche il ritardo, allora mi chiedo come si possano coniugare entità di questo tipo con la

struttura della legge e con la necessità di immediatezza nell'esecuzione dell'ordine. Questo perché non riesco a immaginare come la situazione in cui l'inferiore in grado, ricevuto l'ordine, sospenda l'esecuzione per consultare preventivamente un organismo autonomo, sia conciliabile e conforme con le esigenze di celerità e di efficienza che abbiamo evidenziato poc'anzi. Quindi meccanismi di questo tipo mi sembrano poco adatti alla struttura dell'organizzazione militare. Piuttosto si potrebbe immaginare una forma successiva di reclamo a un organo indipendente. In questo modo, dapprima, semmai gli è consentito, l'inferiore può rappresentare al superiore le motivazioni che ritiene ostative all'esecuzione dell'ordine. Dopodiché, se il superiore insiste, allora l'inferiore dovrà procedere a eseguirlo, ma avrebbe comunque la possibilità di presentare un reclamo ex post ad un organo terzo indipendente. Tuttavia, vi è da dire, ovviamente, che in una dinamica di questo tipo l'ordine avrebbe già prodotto i propri effetti, di fatto pregiudicando l'utilità del reclamo. In ogni caso, non la vedo come una cosa molto conforme e adatta al mondo militare.

È chiaro che eventuali responsabilità del superiore per l'ordine dato e per le conseguenze prodotte potrebbero essere valutate.

*Possiamo chiedere ancora quanto ritiene importante la trasparenza linguistica nell'ambito delle comunicazioni ufficiali e come questo elemento può influenzare l'obbedienza responsabile?*

Anche a tal riguardo, volevo aggiungere che la giurisprudenza militare è monolitica nel ravvisare che dal tono dell'intimazione debba necessariamente e chiaramente trasparire che il sottoposto non ha possibilità di non adeguarsi all'ordine. In questo senso, la trasparenza linguistica è centrale: l'intimazione deve essere espressa in modo tale che l'inferiore capisca che non può non ottemperare, e questo perché gli è chiaro che si trova di fronte a un ordine. Dopodiché, probabilmente, quando l'ordine è stato intimato, l'inferiore può – diciamo – avere margine per rappresentare al superiore: «Capisco quello che dice e assicuro la mia obbedienza, tuttavia le vorrei rappresentare che...». In questo caso, allora, il fatto che l'inferiore abbia premesso di aver compreso che si trattava di un ordine e che, quindi, avrebbe comunque assicurato la propria assoluta obbedienza, in qualche modo, salva il principio di disciplina. In che senso? Nel senso che in ogni caso il soggetto sta riconoscendo di voler ottemperare e sta affermando di volerlo fare giacché riconosce di essere nell'ambito della disciplina militare che gli impone di farlo. D'altra parte, però, sta anche facendo presente

una obiezione al contenuto dell'ordine. Ecco, una formula espressiva linguistica di questo tipo salva un po' entrambe le esigenze. Nel senso che l'ordine si presenta di natura nitida e netta, e quindi il superiore in grado ha perfettamente esposto l'intimazione nel modo in cui avrebbe dovuto. Al tempo stesso è fatta salva la disciplina, perché in ogni caso di fronte all'ordine intimato l'inferiore in grado ha dato la sua assoluta disponibilità all'esecuzione. Tuttavia, è fatto anche salvo il profilo della obbedienza responsabile nel momento in cui il soggetto rappresenta al proprio superiore i motivi che ritiene essere ostativi all'esecuzione dell'ordine, o comunque le ragioni che suggerirebbero altre possibili e diverse formulazioni dell'ordine impartito.

Ecco, tutto questo certamente vale in una situazione di pace. Soluzioni comunicative di questo tipo, ove il sottoposto è coinvolto nella gestione della disciplina e del servizio militare attraverso la valorizzazione di un'obbedienza che non è cieca, ma ha anche dei margini per essere responsabile, dovrebbero appunto essere quelle su cui l'autorità militare dovrebbe lavorare. Però, ripeto, ciò vale in situazioni di pace e non in situazioni di guerra che richiedono maggiore speditezza.

*Possiamo chiederle un chiarimento? Riguarda il concetto di ritardo, che ci sembra un profilo particolarmente rilevante. Ecco, le volevamo chiedere se secondo Lei esiste, naturalmente nel contesto dell'organizzazione militare, e così anche nell'interpretazione dell'articolo 173 del Codice penale militare di pace a cui Lei faceva riferimento, un margine per l'apprezzamento di una declinazione del concetto di ritardo non meramente cronologico. Intendiamo dire, un modo abbastanza intuitivo di intendere il ritardo è riferito al fatto che qualcuno ordina di fare qualcosa a qualcun altro, e quell'altro non esegue subito, immediatamente. Tuttavia, la nozione di ritardo potrebbe anche avere una declinazione che, pur tenendo conto ancora di quella meramente cronologica, tenga anche conto delle ragioni per cui chi riceve l'ordine non lo esegue nell'immediatezza, ossia una nozione di ritardo che tenga conto del fatto che l'esecuzione è ritardata giacché il soggetto ritiene che la cosa abbia bisogno di una maggiore ponderazione, tale che magari finisce per avanzare ulteriori interrogativi che di fatto dilatano i tempi tra la richiesta di agire e l'effettiva esecuzione. Da un punto di vista meramente cronologico, dunque, questo potrebbe essere inteso come ritardo, però magari da un punto di vista – diciamo – più normativizzato, più assiologicamente denso, potrebbe anche non essere inteso come ritardo. Poniamola così: il soggetto sarebbe sicuramente in ritardo, se non fosse che ha valide ragioni per lasciar trascorrere questo tempo, tale che in*

*ragione di queste buone ragioni potrebbe infine non essere ritenuto in ritardo. Ecco, secondo Lei, c'è margine per un intendimento del concetto di ritardo che tenga conto di questo tipo di considerazioni?*

Occorre sin da subito chiarire un punto. Se c'è un termine fissato e l'ordine non è eseguito nel termine fissato, si ha inadempimento e basta. Quindi non è ritardo, ma è inadempimento. In altre parole, se il militare deve fare una cosa entro 24 ore e non adempie entro il termine, evidentemente non si parlerà di ritardo, ma di inadempimento *sic et simpliciter*.

Per quanto riguarda invece il ritardo in sé, va precisato come il ritardo vada sempre posto in relazione alle esigenze del servizio e della disciplina. Mi spiego: in questo caso non è che ci sia un termine, o meglio è la legge che in questo caso non parla di un termine, giacché l'articolo 173, co. 1 del Codice penale militare di pace dice soltanto «omette o ritarda». Ora, come si fa a individuare quale sia il ritardo penalmente rilevante? Ecco, il ritardo penalmente rilevante va visto in riferimento alle esigenze della disciplina o del servizio, ossia quelle che richiedevano che l'adempimento venisse effettuato entro una determinata ora o comunque secondo certe modalità. In questa valutazione ovviamente subentra la discrezionalità della giurisprudenza, la quale però è molto attenta a valutare i presupposti e le situazioni di fatto, e così anche le modalità cui lei faceva cenno. In altre parole, non è che si condannano le persone per aver ritardato di eseguire un ordine senza che ci sia un accertamento delle ragioni che possono essere addotte a giustificare tale ritardo e così di quelle che eventualmente vengano opposte all'esecuzione dell'ordine. È evidente che se ci sono delle ragioni valide, allora il reato viene escluso. Tanti militari sono stati assolti perché il motivo del ritardo è risultato giustificato. Certo, dipende sempre da ciò che viene addotto in sede processuale. Questo fa parte del giudizio che compiono nel merito i Tribunali militari e le Corti militari d'appello. E se tale giudizio è sorretto da adeguata motivazione, allora chiaramente resiste anche al giudizio di legittimità – dove, come ben sapete, non si valuta quello che i giudici hanno ritenuto nel merito se sorretto da rigorosa motivazione. Quello che è sicuro è che i Tribunali militari fanno un lavoro molto attento di indagine su questo elemento del ritardo.

*A questo punto passeremmo al nucleo di domande di carattere più penalistico. A tal riguardo, Le vorremmo chiedere: qual è la sua esperienza da magistrato con il problema dell'esecuzione di ordini criminosi? È, in relazione a questa*

*domanda, qual è la sua esperienza con la disobbedienza del militare a un ordine criminoso non per negligenza o pigrizia, ma perché si ritiene che l'ordine sia ingiusto?*

A dire il vero, questa è stata un'esperienza lunghissima, di anni, in particolare a partire dall'entrata in vigore della legge 15 dicembre 1972, n. 772, in materia di riconoscimento della obiezione di coscienza. Ho avuto modo di applicare questa normativa da quando sono entrato in magistratura, nel 1982, e poi per tanti anni successivi. Ora, si deve considerare che fino a quando non è entrata in vigore questa legge, si verificava quella che era generalmente chiamata 'spirale delle condanne'. Cosa accadeva? Accadeva che coloro a cui veniva ordinato di assumere il servizio militare – che poi concretamente consisteva nell'ordine di indossare l'uniforme – e che si rifiutavano finivano per essere destinatari di più condanne che si susseguivano nel tempo. Era il caso, in particolare, dei Testimoni di Geova, che infatti erano i principali destinatari di questo tipo di ordini. Di fatto subivano una condanna che non avrebbe affatto esonerato dal servizio militare. Quindi alla prima condanna seguiva la seconda, poi la terza, la quarta e così via, fino a quando la persona non compiva 45 anni, che era l'età per il congedo assoluto e il momento in cui, quindi, sarebbero cessati gli ordini militari di indossare la divisa. La legge 772 del 1972, in effetti, ha cambiato molto, perché con la prima condanna già si veniva a scontare una pena. Con la legge 772 si stabilì che l'espiazione della pena in carcere avrebbe infine esonerato dal servizio militare. E quindi la persona, non essendo poi più soggetta agli ordini militari, non sarebbe stata destinataria di altre ulteriori chiamate. Di fatto cessava così il fenomeno della 'spirale delle condanne'.

All'epoca io esercitavo come magistrato a Padova, e proprio a Padova adottammo una interpretazione della normativa attraverso cui iniziammo a concedere la sospensione condizionale della pena. In questo modo, se la persona non avesse poi commesso altri reati, avremmo potuto ritenere la pena espia. Quindi, insomma, la procedura rimaneva la stessa: ai Testimoni di Geova era pur sempre ingiunto di indossare l'uniforme. Questi si rifiutavano e quindi venivano denunciati all'autorità giudiziaria. Dopodiché subivano il processo, a esito del quale venivano condannati a una pena che era equiparata alla durata del servizio militare, quindi a 12 mesi di reclusione. Tuttavia, dove possibile, si iniziò a concedere la sospensione condizionale della pena e quindi la stessa, alla fine, si dava per espia. Ovviamente ormai questi fatti hanno solo valore storico.

Negli anni successivi, e questo fino al 2004 e in particolare fino al primo gennaio 2005, quando fu sospeso il servizio militare, si iniziò addirittura a non dare neppure più la sospensione condizionale. Già in precedenza si era arrivati a condannare a pene di dieci mesi e venti giorni, pena poi patteggiata. Quindi, attraverso il patteggiamento, si riusciva a diminuire ulteriormente la pena di 1/3, arrivando alla fine a una pena complessiva pari a circa cinque mesi di reclusione. A quel punto si convertiva la pena detentiva in pena pecuniaria. L'esito fu che il rigore originario della legge fu grandemente ridimensionato.

Per quanto riguarda gli ordini criminosi, anche in questo caso ci sono state molte esperienze. Ad esempio, uno dei casi che capitava più di frequente era quello del superiore che aveva un autista e usava la macchina di servizio per finalità private. Giusto per fare un esempio banale: il superiore chiede all'autista di accompagnarlo a fare la spesa. In questo caso, *quid iuris*: siamo di fronte a un ordine dal contenuto criminoso, ma è considerabile davvero come un ordine manifestamente criminoso? Ecco, se fosse stato davvero manifestamente criminoso, allora si sarebbe dovuto procedere perseguendo penalmente anche l'autista per peculato d'uso, giacché oltre al superiore anche l'inferiore avrebbe certamente risposto del reato. Eppure, questo ovviamente non è mai avvenuto perché l'ordine era sì criminoso, ma non manifestamente criminoso e l'inferiore, in questo caso, non avrebbe certo avuto modo di sindacare. Come dire, immaginiamo ad esempio l'ipotesi in cui il superiore ordina all'autista di fermarsi cinque metri prima del supermercato, pur senza esplicitare il fatto che la meta sarebbe stata proprio il supermercato. Come avrebbe potuto essere questo ordine manifestamente criminoso e quindi dare margine all'inferiore di non ottemperare? Ecco, allora è facile che l'ordine possa non essere manifestamente criminoso. Insomma, su casi di questo tipo ho maturato una grande esperienza. Molto più difficile, invece, è stato incontrare casi di ordini manifestamente criminosi che avrebbero dovuto comportare l'obbligo, in capo all'inferiore in grado, di non ottemperare. Insomma, nella mia esperienza ho incontrato molti casi di ordini criminosi, ma pochi manifestamente criminosi. Infatti, almeno personalmente, non mi sono mai trovato a condannare un inferiore in grado per aver obbedito a un ordine manifestamente criminoso.

D'altra parte, certo, è bene ricordare come si tratti in generale di una problematica particolarmente rilevante. Basti ricordare che esiste anche nella bozza del Codice dei Crimini internazionali un articolo in cui tale problematica è affrontata, esprimendo il principio per cui se un crimine contemplato nel medesimo Codice è commesso per ordine del

superiore, allora del crimine risponderà sempre colui che ha dato l'ordine (art. 11, co. 1). Questo è un principio valido generalmente, anche per il nostro ordinamento e per il Codice penale comune. Dopodiché la norma aggiunge che risponde del crimine anche chi ha eseguito l'ordine, salvo che si tratti di ordine non sindacabile e il cui contenuto criminoso non gli fosse noto o non fosse manifesto (art. 11, co. 1). Quindi – diciamo – anche in campo internazionale abbiamo un sistema simile a quello previsto nel nostro ordinamento. Tale disciplina vale per i crimini di guerra, in cui sostanzialmente si dice che se l'ordine è manifestamente criminoso, allora non va eseguito. Al contrario, se non è manifestamente criminoso, allora è possibile eseguirlo. In quest'ultimo caso, se l'inferiore decide di ottemperare, risulta comunque esente da responsabilità e quindi non punibile, e questo perché non risponde del reato che è stato commesso.

Al contrario, bisogna ricordare che per quanto riguarda i crimini internazionali e i crimini contro l'umanità, e così anche il crimine di genocidio, vale una presunzione assoluta di manifesta criminalità. Ciò comporta che le norme suddette non si applicano al crimine di genocidio e ai crimini contro l'umanità. Pertanto, il sottoposto che esegue l'ordine che consiste nel genocidio o nel crimine contro l'umanità risponde sempre del reato che è commesso, e risponde ovviamente insieme al superiore. Personalmente mi sembra corretto e ragionevole, un principio comprensibile: il genocidio e i crimini contro l'umanità sono visibilmente, generalmente, criminali.

*Ecco, in realtà avremmo due questioni da porLe riguardo quest'ultimo punto specifico, ossia rispetto alla manifesta criminalità de jure, per così dire, dei crimini di genocidio e dei crimini contro l'umanità. Ecco, la manifesta criminalità non rileva invece per i crimini di guerra. Possiamo chiederLe un suo parere su questo?*

Certo. Ecco, qui il punto è che è tra il crimine di genocidio o i crimini contro l'umanità, da un lato, e i crimini di guerra, dall'altro, c'è sicuramente un elemento di contesto differente. Il crimine di guerra, infatti, è quello che si verifica essenzialmente in una situazione di conflitto armato interno o internazionale e in cui – diciamo – dobbiamo ammettere che possano ricorrere delle fattispecie che possono generalmente riguardare anche situazioni di vita comune, situazioni che però, una volta che viene a essere integrato un determinato elemento di contesto, allora possono finire per integrare crimini di guerra. Secondo me, quindi, proprio a causa

della natura del reato, potrebbe essere più difficile percepire la manifesta criminalità dell'ordine. Dobbiamo ammettere che ci sia un margine in cui la manifesta criminalità di un ordine può anche non essere soggettivamente manifesta. Al contrario, nel caso dei crimini contro l'umanità o nel caso del crimine di genocidio siamo invece di fronte ad atti gravissimi in sé stessi e in quanto tali inequivocabili. Dobbiamo riconoscere come sia impossibile che colui che esegue l'ordine non si sia accorto della manifesta criminalità. Secondo me, quindi, quella che ricorre tra crimini contro l'umanità o crimine di genocidio e crimini di guerra rispetto alla configurazione della presunzione di manifesta criminalità è una differenziazione che ha un suo fondamento, una sua *ratio*.

*Però a questo punto forse un dubbio ancora ci resta, ed è un dubbio legato ad una considerazione di questo tipo: l'inferiore in grado, probabilmente, potrebbe comunque partecipare ad un reato di genocidio attraverso molteplici condotte, eppure potrebbe darsi che non tutte queste condotte, se pure in ultima analisi finiscano per contribuire al crimine, abbiano poi lo stesso significato e così lo stesso livello di manifesta criminalità. Mi chiedo: sarebbero forse auspicabili dei maggiori margini di discrezione in sede di valutazione delle condotte?*

Guardi, è sicuramente vero quello che dice e in qualche modo infatti lo condivido. Insomma, è innegabile come nella pratica possano verificarsi casi del genere. Tuttavia, bisogna anche ricordare che una giurisprudenza esiste e così esistono e sono valorizzati anche meccanismi di accertamento dei fatti. In particolare, è forse sufficiente ricordare come i principi generali del diritto siano i medesimi tra ordinamento penale militare e ordinamento penale civile. Pertanto, anche in ambito militare se dovesse mancare il dolo, allora evidentemente l'incriminazione verrebbe meno. Ecco, in linea di principio io ritengo valido quello che ci siamo detti oggi sulla configurazione della obbedienza responsabile e così rispetto al principio della manifesta criminalità. Dopodiché, certamente, nella pratica possono esistere dei casi in cui, anche di fronte a crimini come può essere quello di genocidio, la criminalità dell'ordine potrebbe non essere così manifesta. Ecco, però questo principio di presunzione assoluta può comunque cadere per effetto di questo accertamento del dolo.

Per concludere, va anche ricordato come, per fortuna o per sfortuna, questi sono argomenti che trattiamo come questioni di studio. Come sapete, infatti, noi non abbiamo accolto nel nostro ordinamento il Codice dei crimini internazionali e, nonostante ci si stia battendo molto affinché

invece questa cosa avvenga, resta il fatto che attualmente non abbiamo il Codice dei crimini internazionali. Quindi, insomma, rimangono ipotesi di studio, ed è bene ricordarlo.

*La ringraziamo. Dopodiché, rimanendo sempre in tema, avremmo una domanda ulteriore. Se abbiamo capito bene, non le è mai capitato di punire un sottoposto per avere eseguito un ordine criminoso sulla base della clausola della manifesta criminalità. Ecco, vorremmo chiederLe questo: come mai? È semplicemente capitato che nei casi di cui si è occupato i sottoposti si trovassero effettivamente in condizione di aver eseguito ordini che, se pur criminali, risultavano non manifestamente criminali, oppure crede che ci sia, da parte della magistratura militare, un tentativo di correggere sul piano applicativo alcune possibili storture o ingiustizie che si potrebbero verificare gravando il sottoposto dell'onere di valutare la criminalità di un ordine? D'altra parte, in questi casi, sembrerebbe sussistere il problema per cui il sottoposto venga di fatto a trovarsi – diciamo – tra l'incudine e il martello, ossia tra la disobbedienza, da un lato, e la responsabilità a titolo di compartecipazione del reato dall'altro.*

Questa domanda mi sembra molto interessante. Io credo che la giurisprudenza si sia certamente dovuta adeguare a questa tipologia di problemi, che di fatto si risolvono nella soggezione del sottoposto all'ordine gerarchico, e quindi all'inferiorità in grado. In particolare, in questi casi credo che la giurisprudenza si sia dovuta interrogare sul fatto che l'ordine gerarchico produca, di fatto, una sorta di *metus*. In altre parole, vi sono certamente delle situazioni particolari in cui un pieno dipanarsi del principio dell'obbedienza responsabile potrebbe risultare difficile, così come difficilmente potrebbe attuarsi un rapporto dialettico con il superiore in grado che consenta all'inferiore di rappresentare le proprie ragioni. Ci sono sicuramente molti fattori che hanno indotto i tribunali militari ad avere particolare considerazione del *metus* cui è sottoposto l'inferiore in grado. Per questa ragione non posso escludere che si sia effettivamente di fronte a un indirizzo applicativo da parte dei giudici militari caratterizzato da una maggiore comprensione nei confronti della posizione dell'inferiore in grado.

Dopodiché, sapete, il mondo militare è il risultato del combinarsi di molteplici fattori. Tra questi ve ne sono alcuni che restano almeno parzialmente al di fuori di qualunque schema normativo. Ad esempio, ci possono essere dei superiori in grado che redigono le 'note caratteristiche'. Ebbene, è innegabile come in qualche modo queste possano finire per indurre l'inferiore a non assumere un atteggiamento eccessivamente

oppositivo, o quanto meno critico. Si tratta di un profilo problematico che viene particolarmente in rilievo in casi e ipotesi anche molto attuali. Ad esempio, immaginiamo l'ipotesi in cui vi sia un comandante molto alto in grado che dispone del proprio servizio amministrativo. Allora consideriamo anche come le richieste che il comandante può ordinare al proprio servizio amministrativo, circa, ad esempio, l'eventuale esecuzione di spese o di contratti, potrebbero pure presentarsi dubbie, se pure non è affatto detto che si presentino come manifestamente criminose. Ecco, rispetto a questo tipo di situazioni sorgono alcune possibili questioni di cui tenere conto. Anzitutto, può davvero accadere che l'inferiore in grado, che è lo stesso che potrà essere sottoposto alle 'note caratteristiche' del superiore, si opponga a un ordine rappresentando al proprio superiore i propri dubbi nei confronti di un ordine percepito come criminoso, ma magari non manifestamente criminoso? In questo caso, d'altra parte, potremmo trovarci sì di fronte ad un ordine criminoso, ma non necessariamente manifestamente criminoso, tale che il sottoposto non risponderebbe penalmente dell'eventuale esecuzione dell'ordine. Ma ancora, sempre rispetto a questo caso, consideriamo un ulteriore fattore: potremmo essere di fronte a soggetti che hanno competenze di natura amministrativa, tale che potrebbe pure darsi che il contenuto dell'ordine non sia manifestamente criminoso in senso oggettivo, ma possa esserlo per soggetti che hanno determinate competenze in ragione delle mansioni svolte e del proprio grado di professionalizzazione. E così potrebbe anche darsi il contrario. Ecco, in casi come questi occorre anzitutto tenere in particolare considerazione la posizione in cui si trova il sottoposto che, come ha ricordato Lei, si trova tra 'l'incudine e il martello': c'è sì un obbligo di disobbedienza all'ordine criminoso, ma altresì un obbligo, o quanto meno l'opportunità, di conformarsi al volere del superiore in grado. Ecco, rispetto a questo profilo, posso suggerire come senza dubbio gioverebbe una maggiore consapevolezza, da parte del superiore, della legittimità degli ordini che è in grado di impartire. Si tratta di un elemento che riguarda non solo profili di natura deontologica, ma anche di natura penalistica: occorre, cioè, che il superiore abbia conoscenza e consapevolezza del contenuto degli ordini per evitare di imporre all'inferiore l'esecuzione di ordini illegittimi. E questo deve valere soprattutto quando l'inferiore sia un soggetto che ha competenze tecniche specifiche per cui non potrebbe non rendersi conto che l'ordine è manifestamente criminoso.

Nella mia esperienza professionale ho incontrato dei casi in cui alcuni inferiori gerarchici sono stati imputati di concorso nel reato proprio in

ragione del fatto che possedevano delle competenze tecniche per cui, se pure l'ordine risultava non manifestamente criminoso in senso oggettivo, si riteneva che non avrebbero potuto non rendersi conto della criminalità dello stesso. Sicuramente questo è un caso di ordine manifestamente criminoso da un punto di vista soggettivo. Situazioni di questo tipo impongono di ricordare come la manifesta criminalità di un ordine debba essere anche valutata in ragione della formazione professionale e delle competenze acquisite dal soggetto. Un ordine, infatti, può essere manifestamente criminoso non solo in senso oggettivo, ma anche in senso soggettivo. Ad esempio, immaginiamo che all'inferiore del servizio amministrativo del superiore in grado sia ordinato di acquistare marmi bianchi per la casa privata di quest'ultimo. Evidentemente è un ordine manifestamente criminoso. Tuttavia, non tutti i casi sono così evidenti: ci sono casi più sfumati in cui probabilmente i contorni sono meno chiari. Ecco, sicuramente in casi come questi è giusto che il giudice tenga conto anche del *metus* dell'inferiore, ossia della sua posizione di costrizione psicologica nei confronti della gerarchia militare, giacché questo è sicuramente un profilo che caratterizza questa dimensione dell'obbedienza o della disobbedienza a un ordine criminoso.

*Per chiudere questo blocco di domande, Le chiederemmo una valutazione di massima sul diritto italiano vigente rispetto a questi profili. In generale, ritiene la normativa italiana adeguata? In particolare, ritiene giusto che il principio, stabilito nell'articolo 51 c.p., secondo cui del reato commesso in esecuzione di un ordine illegittimo, in linea di principio, debba rispondere sempre anche il sottoposto che lo esegue? Se sì, pensa che sarebbe giusto, in tal caso, prevedere un'attenuante a beneficio del sottoposto?*

Anzitutto, per quanto riguarda la questione specifica dell'articolo 51 c.p. e così per quanto riguarda la possibilità di prevedere un'attenuante, credo che magari un'attenuante sarebbe ravvisabile. D'altra parte, secondo l'articolo 51 c.p. l'inferiore risponderebbe in ogni caso a titolo di concorso nel reato, e quindi a maggior ragione un'attenuante potrebbe applicarsi, ad esempio considerando il fatto che potrebbe aver avuto una partecipazione minima alla realizzazione del reato. Dopodiché, certo, il nostro ordinamento non contempla un'attenuante specifica, ma esiste l'art.133 c.p. per la graduazione della pena.

Per quanto riguarda la valutazione sulla normativa, invece, io ritengo che non abbia dato molti problemi nella sua attuazione concreta. D'altra

parte, è stata anche ripresa, grossomodo, dalle altre normative penalistiche, come ad esempio in quella del progetto di Legge “Nordio” in materia di crimini internazionali. Qui, ad esempio, la configurazione della disciplina dell’articolo 51 c.p. è sostanzialmente riprodotta pedissequamente, se pure è inserita una sorta di presunzione di manifesta criminalità di fronte a reati particolarmente gravi. Diciamo però che anche nei confronti di questa disciplina è pure la giurisprudenza che può agire nel senso di introdurre alcuni correttivi. Un esempio riguarda quanto abbiamo detto poco fa rispetto al profilo della criminalità dell’ordine che se pure non sia manifesta in modo oggettivo, potrebbe ben esserlo in senso soggettivo. Cerco di spiegarvi meglio: come dicevamo, immaginiamo che un soggetto abbia delle competenze tecniche tali da permettergli di rendersi conto, a differenza di un comune cittadino, della criminalità di un ordine che non può dirsi oggettivamente criminoso. Ecco, per questo soggetto qualificato l’ordine risulterà manifestamente criminoso e questo è sicuramente un dato che dovrà essere valorizzato in sede giudiziale di affermazione della responsabilità penale.

Per chiudere il discorso rispetto al profilo dell’obbedienza responsabile e della disobbedienza a un ordine criminoso, potrei aggiungere ancora una considerazione. Come accennavo, infatti, può verificarsi il caso in cui un militare abbia percepito la criminalità dell’ordine, ancorché non manifestamente criminoso, e non lo esegua o lo esegua pur avendolo percepito come criminoso. Ecco, se, pur avendo percepito un ordine non manifestamente criminoso come criminoso, il militare lo esegue, allora io penso che questo non avrà mai rilievo. In altre parole, penso che non risponderà penalmente dell’esecuzione. D’altra parte, però, se ha percepito la criminalità dell’ordine, allora farebbe bene a non eseguire, e questo perché nessuno gli potrà imputare di non aver eseguito un ordine criminoso. Rispetto a queste situazioni, dunque, io mi sentirei di suffragare un’interpretazione un po’ più elastica ed estensiva. Insomma, il militare che percepisce la criminalità di un ordine, se pure non manifestamente criminoso, e decide di non eseguirlo, non deve essere imputato di disobbedienza. Questa mi sembra una interpretazione ragionevole e corretta.

*Vorremmo adesso passare all’ultimo blocco di domande. In particolare, in base alla Sua esperienza, o alle sue impressioni, in contesti di conflitto armato il militare italiano è, in media, istintivamente portato a confidare nella liceità degli ordini ricevuti, oppure dispone di strumenti culturali adeguati per*

*valutare da solo tale liceità? Nel secondo caso, gode effettivamente di un ambito di discrezionalità che gli consenta, se necessario, di disobbedire senza subire conseguenze? Potrebbe raccontare qualche caso da Lei trattato significativo a questo riguardo?*

Io devo dire anzitutto di non aver avuto esperienze dirette, nella mia attività di magistrato, di casi riguardanti situazioni di conflitto armato. Questo perché per i conflitti armati è competente il Procuratore militare della Repubblica di Roma, almeno per quelli che si collocano all'estero, mentre in Italia, d'altra parte, non abbiamo avuto conflitti armati. Pertanto, il Procuratore militare della Repubblica di Roma potrebbe dare una risposta più precisa, in quanto è direttamente coinvolto e informato. Io comunque credo che il soldato italiano dispone sicuramente di strumenti culturali adeguati per valutare la liceità di un ordine. Piuttosto, credo che quello che occorre valutare sia se il sistema nella sua interezza consente al sottoposto di avere capacità di sindacato su un ordine, oppure se alla fine a prevalere sia una sorta di timore nel far valere il proprio giudizio riguardo alla eventuale illiceità di un ordine ricevuto. In altre parole, occorre vedere se, a fronte della sua propria percezione rispetto a una possibile illiceità dell'ordine ricevuto, l'inferiore percepisca se stesso nella condizione di poter rappresentare al superiore i suoi dubbi. Anche perché evidentemente un'osservazione di questo tipo potrebbe finire per incidere sul rapporto gerarchico. Questa considerazione mi sembra irrinunciabile. Dopodiché, che attualmente il livello culturale degli inferiori in grado, in particolare dei Caporali maggiori o dei Caporali, che occupano le posizioni comunque più basse della scala gerarchica, sia alto, ossia che comunque possiedano un certo di livello di conoscenza e di sensibilità, ecco questo io lo riterrei acquisito. Qui ritorniamo di nuovo nell'ambito delle questioni che abbiamo già affrontato in materia di obbedienza responsabile. Quest'ultima, infatti, se valorizzata, sarebbe proprio lo strumento per riuscire a dare spazio anche a eventuali osservazioni nei confronti del superiore circa l'ordine che egli sta impartendo. Poi certo, come essere sicuri di poter disobbedire, o contestare un ordine, senza avere conseguenze? Oltre alla paura di incrinare il rapporto gerarchico, anche la paura delle conseguenze è un tipo di pressione che l'inferiore si trova a subire. Poniamo che l'inferiore riceva un ordine, magari sulla cui liceità è solo incerto. Ecco, a maggior ragione, può ben essere che la paura delle conseguenze possa influire sul fatto di opporsi o di chiedere ulteriori chiarimenti.

*Vorremmo a questo punto rivolgerLe un'ultima domanda. Avverte una differenza di approccio, o di sensibilità, del giudice militare rispetto al giudice ordinario, e tra il giudice italiano e i giudici penali internazionali, rispetto al tema dell'ordine del superiore?*

Ecco, io direi che la risposta a questa domanda è sicuramente affermativa: tra un giudice militare e un giudice ordinario sicuramente sì. Nel senso che il giudice militare, proprio in considerazione della sua formazione, è particolarmente sensibile a questo tipo di questioni. D'altra parte, queste questioni sono oggetto di attenzione non dico quotidiana, ma molto frequente. Pertanto, l'approccio di un giudice militare nei confronti di problemi di questo genere è senz'altro di natura più specializzata, e quindi si manifesta con delle caratteristiche sicuramente diverse rispetto a quelle che potrebbe avere l'approccio di un giudice ordinario. Il giudice ordinario, infatti, ha una competenza di natura generale, e in linea di massima conosce poco il mondo militare. Diciamo che questo problema dell'obbedienza a un ordine del superiore è solo una delle tante questioni che possono venire alla sua attenzione, e può capitare che vengano alla sua attenzione per ragioni di connessione. Quindi direi che tra giudice militare e giudice ordinario sicuramente una differenza d'approccio c'è e ritengo che ciò sia dovuto ad una maggiore consapevolezza della tutela del rapporto gerarchico che in qualche modo il giudice militare ha presente, a differenza di quello ordinario che non sempre ne conosce il fondamento, la radice e le caratteristiche.

Anche tra giudice italiano e giudice penale internazionale direi che ci può anche essere qualche differenza, ma meno marcata rispetto a quelle con un giudice ordinario. Il giudice penale internazionale, come sono quelli della Corte penale internazionale, hanno sicuramente una conoscenza molto profonda, direi profonda quanto quella dei giudici militari italiani del contesto dei conflitti armati. Quindi, sotto questo aspetto il giudice militare italiano e il giudice della Corte penale internazionale hanno delle esperienze sicuramente più simili, peraltro con una frequenza simile, rispetto a quelle di un giudice ordinario. Se non altro perché trattano più casi di questo tipo. Questa è la mia idea. Diciamo che, in effetti, la giurisdizione dei tribunali internazionali – in particolare, della Corte penale internazionale – si occupa per la maggior parte di questi profili, ossia del tema dell'obbedienza e delle incriminazioni che derivano dall'inosservanza o dalla osservanza di ordini dei superiori, che spesso accade siano anche manifestamente criminosi.

*Domande trasmesse prima dell'intervista*

- (1) Vi sono diversi studi psicologici che suggeriscono che ricevere ordini (anche nel caso di soggetti inseriti professionalmente in gerarchie di tipo militare) riduca il senso di responsabilità dell'esecutore rispetto al comportamento adottato in esecuzione dell'ordine, rendendo più difficile il controllo razionale sul comportamento di obbedienza. Ritiene che studi di questo genere abbiano rilievo al momento di valutare la responsabilità penale per reati commessi in esecuzione di ordini?
- (2) Come definirebbe la 'obbedienza responsabile'?
- (3) Una influente concezione della autorità suggerisce che riconoscere qualcuno come autorità richiede di sottomettersi alle sue direttive rinunciando a seguire il proprio giudizio. Pensa che questo modo di intendere la autorità corrisponda alla concezione diffusa nel mondo militare? Crede che questa concezione sia compatibile con il principio dell'obbedienza responsabile?
- (4) Quali ritiene che siano le ricadute, sulla effettiva possibilità di una obbedienza responsabile, delle modalità di addestramento dei militari, di organizzazione del lavoro militare (trasferimenti, note di servizio, avanzamenti di carriera ecc.), e di organizzazione dell'ordinamento militare (regolamento di disciplina, riconoscimento di diritti sindacali, ecc.)?
- (5) In che modo pensa che il linguaggio utilizzato negli ordini militari possa influenzare la percezione di autorità e responsabilità da parte dei subordinati?
- (6) Quali sono, secondo lei, le differenze linguistiche principali tra ordini che promuovono un'obbedienza cieca e quelli che incoraggiano un'obbedienza responsabile?
- (7) In che modo i modelli di comunicazione e il linguaggio adottato nei manuali e nei regolamenti militari possono influenzare il comportamento di obbedienza?

- (8) Pensa che lavorare sulla dimensione linguistica possa migliorare la formazione dei militari in modo da favorire un'interpretazione più critica e responsabile degli ordini? Se sì, come?
- (9) Quanto ritiene importante la 'trasparenza linguistica' nell'ambito delle comunicazioni ufficiali e come questo elemento può influenzare l'obbedienza responsabile?
- (10) In che misura pensa che il tono e la formulazione degli ordini militari possano influenzare la motivazione e l'adesione degli esecutori?
- (11) Quali strategie linguistiche ritiene siano più efficaci per promuovere la responsabilità e l'adesione agli ordini tra i subordinati?
- (12) Le è mai capitato, nella sua esperienza professionale, di affrontare casi concernenti l'esecuzione di ordini criminosi? In che numero? Ritiene si tratti di casi relativamente frequenti?
- (13) Le è mai capitato, nella sua esperienza professionale, di affrontare casi concernenti la commissione di un reato militare di disobbedienza commesso dal militare non per indolenza, ma per intima convinzione della illegittimità dell'ordine? Come ritiene che bisognerebbe trattare casi di questo tipo? Ritiene possa trovare applicazione una scusante? Ritiene possa trovare applicazione una attenuante?
- (14) Ritiene che le norme penali italiane – inclusa la legislazione speciale e i codici penali militari – applicabili in caso di reati commessi in adempimento di un ordine illegittimo siano sufficientemente chiare e coerenti, e che dunque forniscano direttrici di condotta sufficientemente prevedibili al militare? Se no, perché e che cosa riterrebbe opportuno modificare?
- (15) Ritiene giusto il principio, stabilito nell'art. 51 c.p., secondo cui del reato commesso in esecuzione di un ordine illegittimo, in linea di principio, debba sempre rispondere anche il sottoposto che lo esegue? E, se sì, pensa che sarebbe giusto, in tal caso, prevedere un'attenuante a beneficio del sottoposto?

- (16) Ritiene che comporti una differenza di qualche rilievo rispetto alla sua responsabilità penale il fatto che il sottoposto, prima di eseguire l'ordine, abbia fatto presente che questo, a suo giudizio, era illegittimo e che, ciò nonostante, l'ordine sia stato reiterato da parte del superiore? Le risulta, anche per indiretta esperienza, che tale segnalazione possa comportare un ripensamento da parte del superiore in un numero significativo di casi?
- (17) In generale, pensa che una disciplina così rigorosa da escludere la scusabilità dell'esecuzione dell'ordine criminoso sia giustificata da un punto di vista special(-) e general-preventivo?
- (18) Reputa opportuno che la disciplina penale dell'adempimento all'ordine del superiore sia la medesima quando detto adempimento si risolva in un reato 'ordinario', in un reato militare, ovvero nella commissione di un crimine internazionale?
- (19) È d'accordo con l'impostazione dello Statuto di Roma (poi recepita dalla proposta di un Codice dei Crimini Internazionali avanzata dalla Commissione Palazzo-Pocar), per cui si deve sempre presumere manifestamente criminoso l'ordine di realizzare crimini contro l'umanità e crimini di genocidio, mentre si può, se del caso, ammettere la non manifesta criminalità di un ordine a commettere un crimine di guerra?
- (20) Realisticamente, crede che un militare, a vario titolo operativo in un contesto di conflitto armato, sia più sensibile agli imperativi di norme internazionali, ovvero a quelli di norme del diritto italiano, o ad ordini del superiore? Se crede che la risposta debba variare a seconda della forza armata di appartenenza, del ruolo o di altre caratteristiche e funzioni del militare, motivi brevemente al proposito.
- (21) In base alla sua esperienza, o alle sue impressioni, in contesti di conflitto armato il militare italiano è, in media, istintivamente portato a confidare nella liceità degli ordini ricevuti, oppure dispone di strumenti culturali adeguati per valutare da solo tale liceità? Nel secondo caso, gode effettivamente di un ambito di discrezionalità che gli consenta, se necessario, di disobbedire senza subire conseguenze?

Potrebbe raccontare qualche caso da lei trattato significativo a questo riguardo?

- (22) Le sembra opportuno che l'ordinamento italiano si munisca di una disciplina speciale per la materia dei crimini internazionali – come, ad esempio, un Codice dei crimini internazionali, caratterizzato anche da specifiche disposizioni di parte generale, come appunto in tema di adempimento all'ordine del superiore – o ritiene che le leggi vigenti già offrano sufficiente garanzia di adeguatezza del nostro sistema giuridico, rispetto alle pretese del diritto internazionale?
- (23) Avverte una differenza di approccio, o di sensibilità, del giudice militare rispetto al giudice ordinario, e tra il giudice italiano e i giudici penali internazionali, rispetto al tema dell'ordine del superiore?

Il 'problema dell'obbedienza responsabile' è il vasto insieme di questioni che riguardano i limiti, la struttura, e la regolazione ottimale dell'obbedienza in contesti politico-giuridici improntati ai principi dello stato di diritto e della democrazia costituzionale. Il progetto ABIDE, da cui questo volume prende origine, ha indagato il problema dell'obbedienza responsabile con una attenzione particolare su due delle organizzazioni in cui esso si presenta nella sua forma più nitida: l'ordinamento militare e l'istituzione penitenziaria. L'obiettivo è stato di contribuire a riaccendere l'attenzione su un tema cruciale, e che è diventato così rapidamente e drammaticamente attuale, in una prospettiva di pericolosa erosione sia del diritto internazionale che degli stessi principi dello stato di diritto e del costituzionalismo. Le ricerche che compongono questo volume si accostano a questo problema integrando per la prima volta prospettive di discipline diverse - diritto penale interno e diritto internazionale penale, diritto costituzionale e diritto sovranazionale, filosofia e sociologia del diritto, filosofia del ragionamento pratico e psicologia dei processi decisionali, filosofia del linguaggio.

### **Marco Brigaglia**

è Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università di Palermo. I suoi principali interessi di ricerca sono i rapporti tra diritto e potere e i rapporti tra naturalismo scientifico, scienze della mente e riflessione filosofica sul diritto e, più in generale, sui fenomeni normativi. Si è occupato della teoria della costituzione materiale di Costantino Mortati e della concezione del potere di Foucault e delle sue implicazioni per la teoria del diritto. È Principal Investigator del progetto Abide.

### **Giorgio Pino**

è Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università Roma Tre. Si occupa principalmente di teoria dei diritti fondamentali, di teoria del ragionamento giuridico, e dei problemi del costituzionalismo contemporaneo. Tra le sue ultime pubblicazioni: *L'interpretazione nel diritto* (Giappichelli, 2021); *Jueces, interpretación e legalidad* (Palestra, 2024).

### **Antonio Vallini**

è Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Pisa. Si occupa principalmente di teoria del reato, diritto internazionale penale, delitti contro la persona, contro l'eguaglianza e contro la pubblica amministrazione, biodiritto penale. Ha partecipato a diverse commissioni ministeriali di riforma, tra cui quella per la redazione di un Codice dei Crimini Internazionali. È tra gli autori del volume *Introduzione al diritto penale internazionale* (Giappichelli, 2025) giunto recentemente alla quinta edizione.