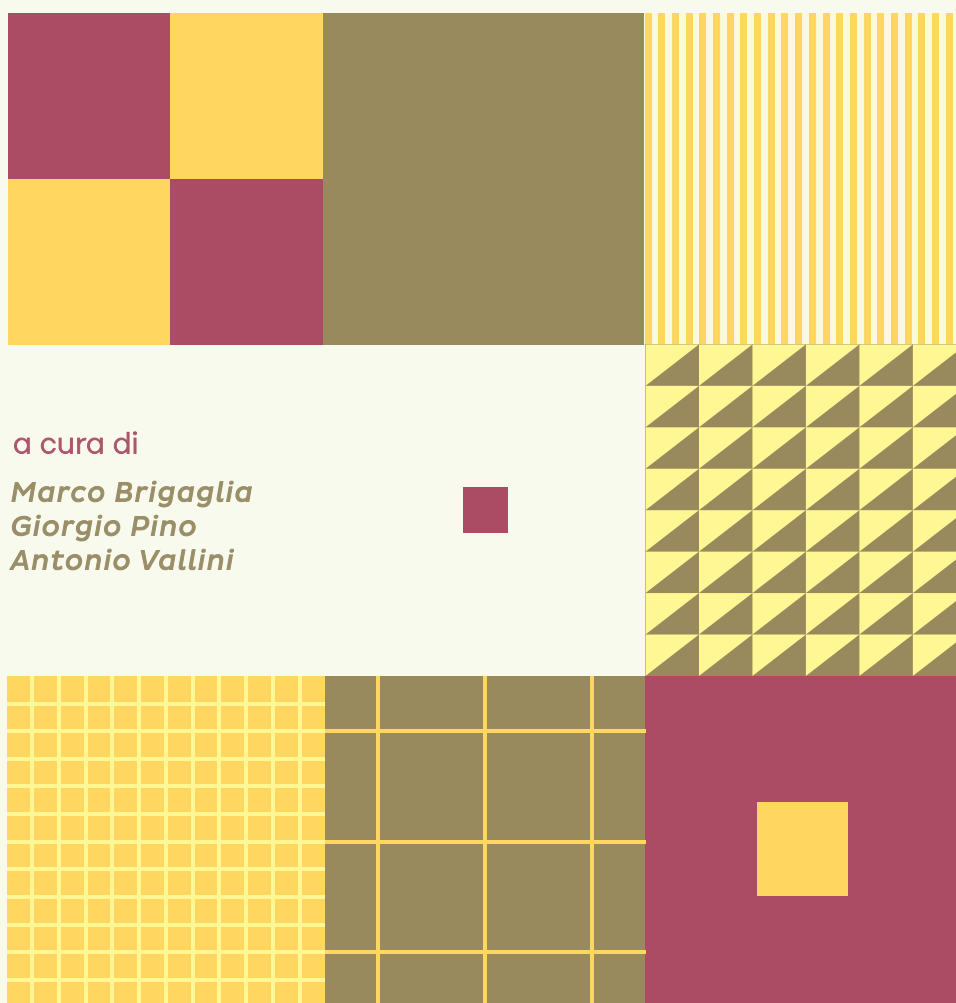


OBBEDIENZA E RESPONSABILITÀ



a cura di

*Marco Brigaglia
Giorgio Pino
Antonio Vallini*





GIURISPRUDENZA
DIPARTIMENTO
DI ECCELLENZA
2018-2022
2023-2027

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

OBBEDIENZA 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 *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**® 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

Edizioni: *Roma TrE-Press*©

Roma, febbraio 2026

ISBN: 979-12-5977-581-8

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'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 Spina 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 Acconciamezza 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; Acconciamezza 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 Prencipe, 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 Prencipe 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.

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 criminosi. 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»¹. 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

¹ 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»².

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

² 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 compartecipe 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 disfarcì 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)³: 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,

³ 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 fatto⁴. 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 polizia⁵, 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»⁶), «il subordinato è istituzionalmente

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

⁵ 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.

⁶ 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*⁷.

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.)»⁸: 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 colposo⁹.

⁷ 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 discolpa 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).

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

⁹ 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»¹⁰, 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»¹¹.

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 ridondanza¹², 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.

¹⁰ 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».

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

¹² 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 autori¹³, 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* reato¹⁴. 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

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

¹⁴ 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»¹⁵) prevarrebbe sulla tutela dell'oggetto giuridico della norma incriminatrice che mediante tale esecuzione viene violata¹⁶: 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»¹⁷.

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'ordine¹⁸, 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 scriminante¹⁹. Peculiarità, però, anche sul piano degli

¹⁵ Ivi, p. 75.

¹⁶ 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.

¹⁷ G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 374.

¹⁸ G. BETTIOL, *L'ordine*, cit., pp. 73 ss.

¹⁹ 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 difesa²⁰, e inoltre l'effetto giustificante non si comunicherebbe a tutti i partecipanti (non in particolare al superiore che abbia ordinato), ma varrebbe soltanto per il subordinato esecutore²¹.

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 rivolto²².

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.

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

²¹ 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.

²² 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»²³ (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'esimente²⁴, 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 Padovani²⁵, 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

²³ G. CONTENTO, *Corso*, cit., p. 273.

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

²⁵ 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 bilanciamento²⁶.

Un'ultima obiezione si può muovere alla costruzione oggettivo-justificante 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 illecito²⁷: 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 criminoso²⁸, già per il fatto che è difficile che questo possa considerarsi, come richiede l'incriminazione, «attinente al servizio o alla disciplina»²⁹.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

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

²⁹ 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 giuridicamente³⁰. 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 scusante³¹.

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.

³⁰ 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».

³¹ 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 psicologica³². 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»³³. 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,

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

³³ 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 criminalità³⁴.

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 razionale³⁵. 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

³⁴ 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.

³⁵ 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 stesso³⁶; 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»³⁷.

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 fatto³⁸. 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).

³⁶ V. *supra*, nota 24 e testo corrispondente.

³⁷ 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.

³⁸ 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.