

SEZIONE I

Natura e limiti di una scriminante “senza contenuto”

SOMMARIO. 1. Il potere delle scriminanti e il bisogno di parametri di legalità. – 2. Le (controverse) ragioni di una norma “senza contenuto”: la funzione dell’adempimento di un dovere. – 3. Il dovere giuridico e la volontà dell’ordinamento. – 4. L’ordine dell’Autorità e i parametri di legittimità. – 5. L’ordine non legittimo e l’ordine criminoso. – 5.1. L’errore di fatto sulla legittimità. – 5.2. L’insindacabilità (vera o presunta) dell’ordine illegittimo.

1. Il potere delle scriminanti e il bisogno di parametri di legalità

Ogni discorso sulla liceità di un comportamento penalmente tipico deve attraversare una riflessione sulla opportunità della giustificazione e sui confini delle aree scriminanti.

La necessità di fissare dei principi conduttori è emersa con rinnovato vigore in tempi recenti con riguardo all’intero sistema delle esimenti¹, a fronte di un bisogno accresciuto (e forse inquietante) di

¹ Si pensi all’analisi recentemente svolta da F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, volta a rintracciare una “carta costituzionale” immanente delle scriminanti, individuando un impianto di garanzie stabile – desumibile dal sistema penale – che governi l’universo della giustificazione e muti l’approccio alle esimenti da una declinazione semplicemente dogmatica ad una più autenticamente politico-criminale. Ne deriva un triplice ordine di vincoli alla “legalità” della scriminante la quale, pur non soggiacendo al canone rigido della riserva di legge che ingabbia le norme incriminatrici, è tenuta in ogni caso a rendere conto alla fonte legale il cui intervento deve essere rintracciato in un qualunque momento del processo genetico della giustificazione a garanzia di un controllo della correttezza nel bilanciamento degli interessi sottostanti. Di non inferiore importanza è l’istanza di prevedibilità-conoscibilità degli equilibri scriminanti, direttamente dipendente dal rispetto della determinatezza della fattispecie. Infine, i termini dell’interazione tra i contrapposti valori devono essere vagliati alla luce del principio di ragionevolezza, al fine di scongiurare che la scriminante celi in sé una inaccettabile scelta politica di privilegio.

ampliamento del terreno “franco” in ambiti sensibili, controversi e diversamente polarizzati, tuttavia la preoccupazione di individuare le regole generali di equilibrio nella giustificazione del comportamento penalmente rilevante, sebbene piuttosto latente, ha comunque accompagnato l'indagine sulle scriminanti, rappresentandone una cifra significativa².

La norma giustificatrice, infatti, non è mai *neutra* e non opera come un elemento asettico, da applicare alla fattispecie criminosa così da mutarne il segno, sulla base di una semplice operazione matematica, e conseguire il risultato di finale liceità. Essa, al contrario, sottraendo spazio applicativo alle scelte legislative di incriminazione, diventa uno strumento di portata uguale e contraria alla decisione di penalizzazione e, tramite la latitudine dei propri contenuti, svolge un indiscusso compito di politica criminale³, condizionando le condotte dei

² M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, artt. 1-84, Milano, 2004, 542 s. A questo proposito, si deve richiamare l'importante contributo F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1033 e 1037, nel quale l'Autore riconosce la scarsa attenzione riservata allo studio dei limiti di garanzia delle scriminanti e osserva che il bilanciamento di interessi che sta a fondamento della giustificazione deve, però, «essere tenuto sempre sotto controllo, poiché non è affatto escluso che in certi momenti storici il conflitto tra gli interessi [...] invece di comporsi equilibratamente registri la “prevaricazione” di un interesse sull'altro». Sulle questioni connesse al bilanciamento di interessi, v. M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 698 ss. In tema, ancora, D. PULITANÒ, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 320 ss.

³ Prova ne sia, in primo luogo, il fermento politico, sociale e dottrinale generatosi intorno alla riforma della legittima difesa domiciliare, intrisa di istanze securitarie e ormai giunta all'approvazione definitiva (Legge 26 aprile 2019, n. 36). Le vicende attraversate negli ultimi decenni dall'art. 52 c.p. sono emblematiche della possibilità di utilizzo di una scriminante con finalità chiare di politica criminale e di gestione del consenso. Come sintetizza F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, fasc.1, 2019, 9 s., due possono essere le finalità della riforma: o «dare riconoscimento ad un diritto individuale alla autodifesa [...] oppure si concepisce la difesa come una sorta di sanzione privata per chi si è messo dalla parte del torto e, pertanto, si espone al rischio di subirne le conseguenze reattive inferte da parte dell'agredito»: in entrambe le ipotesi emerge con evidenza la funzione di politica criminale perseguita con la scriminante. Nella copiosa attività di commento al riguardo, possono ricordarsi le riflessioni di S. APRILE, *Un'altra riforma della legittima difesa: molta retorica e poche novità*, in *Cass. pen.*, 2019, 2414 ss.; R. BARTOLI, *Verso la “legittima offesa”?*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2019, 17 ss.; F. DIAMANTI, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1353 ss., G.L. GATTA, *Sulla legittima difesa “domiciliare”: una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata*

consociati e rispondendo ai bisogni di orientamento culturale nutriti dal legislatore.

Ciò sembrerebbe ancor più vero quando la norma decriminatrice non ha una propria fisionomia caratteriale ma è sostanzialmente riempita, di volta in volta, dai contenuti tipici dei diritti e dei doveri da essa richiamati e variamente collocati all'interno del complessivo sistema normativo dello Stato⁴. È quanto accade in relazione alla causa di giustificazione contenuta nell'art. 51 c.p. che, nell'escludere la punibilità dei fatti tipici realizzati nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, consente di riconoscere valore scriminante a situazioni attributive di diritti o impositive di doveri *giuridici* e *legittimi* ma non necessariamente sottoposti al vincolo della legalità⁵.

all'esame del Parlamento, in www.penalecontemporaneo.it, 22 ottobre 2018; ID., *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il Presidente della Repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 maggio 2019; F. PALAZZO, *La riforma dell'art. 52 c.p.: aggiornamento o trasfigurazione della legittima difesa?*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso disciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Milano, 2008, 53 ss.; P. PISA, *La legittima difesa tra Far West ed Europa*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 797 s.; D. PULITANÒ, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, n. 5/2019, 205 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 17 ss. che ben osserva come l'ampliamento dei margini difensivi scriminanti si presti «a fungere da risposta illusoria al sentimento dell'insicurezza collettiva». Le stesse riflessioni, quanto al potere della scriminante di incarnare scelte di politica criminale (ampliando o restringendo i propri contenuti), possono essere compiute in ordine alla disposizioni in materia di operazioni sotto copertura; al diritto/dovere (a seconda che la prospettiva sia quella del malato o del medico) di non proseguire le cure mediche; alla componente culturale riconosciuta in molti comportamenti penalmente tipici (su quest'ultimo aspetto, si vedano le recenti considerazioni di L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza*, cit., 65 ss.).

⁴Diversamente argomenta F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2018, 351, ritenendo che le cause di giustificazione aventi natura extrapenale non modifichino le valutazioni sulle scelte di politica criminale e di tutela penale espresse dalle norme incriminatrici ma, al contrario, esse siano portatrici di interessi la cui esigenza di tutela nasce in un ambito non penale e pertanto è sorretta da finalità eterogenee rispetto a quelle punitive. L'incrocio tra norme incriminatrici e giustificazioni extrapenali è reso inevitabile dalla complessità dell'ordinamento e va risolto alla luce dei criteri fondamentali in materia di conflitto di norme, ma non per questo si depotenzia la scelta compiuta a monte dal legislatore penale.

⁵Che si tratti di un'autentica causa di giustificazione e non di una causa di esclusione della colpevolezza è, in dottrina, unanime: per tutti, G. DELITALA, voce *Adem-*

A prescindere dal ruolo (assente o esistente, utile o inutile) svolto dall'art. 51 c.p. nella globale economia del sistema⁶, il difetto di intrinseca tassatività e la sua natura di "scriminante" (pressoché) in bianco hanno destato una complessiva diffidenza nei confronti della norma, astrattamente capace di dare ingresso e dignità di giustificazione a poteri o doveri di agire *di ogni ordine e grado*.

2. *Le (controverse) ragioni di una norma "senza contenuto": la funzione dell'adempimento di un dovere*

L'art. 51 c.p. è norma che, come poche altre, si è esposta a valutazioni radicalmente antitetiche ad opera della dottrina⁷: la sua considerazione trascorre, infatti, dagli altari di chi la ritiene innovativa, autentica regola sulle fonti normative⁸, portatrice di un prin-

pimento di un dovere, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 567, secondo cui «Se il comportamento del soggetto, nonostante la sua corrispondenza ad un modello di reato, è, non solo lecito, ma addirittura doveroso, appare ovvia l'illazione che la presenza di questa causa incide non tanto sull'elemento soggettivo del reato, escludendo la intenzione delittuosa, quanto sulla stessa anti-giuridicità della condotta».

⁶ V. *infra*, par. 2.

⁷ Una ricostruzione complessiva dei dibattiti sulla funzione attribuita all'art. 51 c.p. può essere rinvenuta, tra gli altri, in F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 627 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 371 ss.; G. PANEBIANCO, *L'esercizio di un diritto*, in G. DE VERO (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. I, Torino, 2010, 328 ss.; D. PULITANO, *Esercizio di un diritto*, cit., 320 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 542. Per un quadro sistematico dell'art 51 c.p., cfr. F. ALBEGGIANI, *sub art. 51*, in B. ROMANO, M. RONCO (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, Milano, 2012, 306; G. BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale (1934)*, *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, 109; G. FIANDACA, *Art. 51*, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, VI ed., Padova, 2017, 219 ss.; T. PADOVANI, *Ordine criminoso e obbedienza gerarchica nel diritto penale italiano, in Dei delitti e delle pene*, 1987, 477 ss.; A. REGINA, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989; A. SANTORO, *Esercizio di un diritto, adempimento di un dovere*, in *Noviss. dig. it.*, VI, 1960, 825; F. VIGNÒ, *Art. 51 – Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato. Tomo I, Artt. 1-313*, IV ed., Milano, 2015, 867 ss.; S. VINCIGUERRA, *Profili sistematici dell'adempimento del dovere imposto da una norma giuridica*, Milano, 1971.

⁸ Questa è l'opinione che si trova in G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 374 s., il quale difende la funzione cruciale e tutt'altro che inutile che

cipio⁹, valvola di sicurezza per l'applicazione dei principi costituzionali¹⁰ alla polvere nella quale – al contrario – essa viene gettata da chi la contrassegna quale disposizione contenitore, apparente¹¹, inutile¹², superflua.

Da *metanorma*¹³ a *meganorma*, dunque, senza passaggi intermedi.

Del resto, non sembra per nulla agevole superare l'argomento a sostegno della sterilità della disposizione fondato sulla intrinseca vigenza del principio di non contraddizione in seno a qualsiasi ordinamento voglia garantire la propria coerenza interna, anche laddove sia assente una previsione analoga all'art. 51 c.p. Non si può, infatti, dubitare che in questi sistemi l'effetto scriminante del diritto o del dovere imposti da una norma giuridica o da un ordine legittimo si produca comunque, senza la necessità di attendere l'intercessione di una regola esplicita che sancisca la prevalenza della giustificazione sul fatto di reato¹⁴. Prova ne sia l'esperienza tedesca, laddove la mancanza nel codice penale di una disposizione corrispondente all'art. 51 c.p. non ha mai impedito che dottrina e giurisprudenza riconoscessero efficacia esimente sia all'ordine dell'autorità, sia all'esercizio di poteri pubblici, sia all'esercizio di taluni diritti, fissandone i presupposti di ope-

l'art. 51 c.p. avrebbe nel regolare i rapporti tra fonti nei casi di conflitto, incarendosi di trasformare “in atto” la potenzialità scriminante di norme contenute in fonti subordinate alla legge.

⁹ Così ritiene fermamente A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, 4, che nell'art. 51 c.p. colloca la sede del “principio dell'esercizio di un diritto”, per scolpire il quale conia persino un acronimo: “PED” (v anche, *infra*, nota 30).

¹⁰ In questo senso, A. LANZI, *La scriminante dell'art 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983, 11 s., che considera fondamentale l'art. 51 c.p. il quale, «grazie al semplice fatto della propria esistenza, e dell'attinenza a situazioni concrete, consente un continuo adeguamento dell'ordinamento ordinario a quello costituzionale». L'art. 51 c.p. deterrebbe, dunque, «un ruolo di primaria importanza nel contesto dell'ordinamento penale».

¹¹ F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 160 e 376.

¹² Di sostanziale inutilità parla F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 371, adducendone come indice l'assenza di una norma simile nella maggior parte dei sistemi penali stranieri. Sulla stessa posizione anche F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, X ed., Padova, 2017, 237 ss.

¹³ Il concetto di “meta-norma” è evocato sia G. DE VERO, *loc. ult. cit.*, sia soprattutto da A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, cit., 4, 181, 196.

¹⁴ Così, A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Padova, 2017, 314 ss.; F. PALAZZO, *loc. ult. cit.*; D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale*, Padova, 2012, 23 ss.; G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 300 ss.

rattività in maniera sostanzialmente corrispondente a quanto espressamente previsto dall'ordinamento italiano¹⁵.

La *ratio* fondante dell'art. 51 c.p., quindi, coinciderebbe con la stessa esigenza di logicità del sistema, immanente e valida anche se non formalmente ribadita, intimamente connessa al principio di unità¹⁶ e non contraddizione dell'ordinamento giuridico¹⁷ o, se si preferisce, ad una ovvia necessità di "giustizia materiale"¹⁸, non potendosi certo ritenere antiggiuridico un fatto che l'ordinamento consente o, peggio, impone come doveroso.

Le due situazioni giustificanti contenute nella disposizione condidono dunque il medesimo fondamento di ragionevolezza e congruenza, la cui portata si amplifica nelle ipotesi di adempimento di un

¹⁵ Quanto all'ordine scriminante, sono state chiaramente individuate le condizioni di legittimità, consistenti nella competenza ad emanare l'ordine nei confronti di un soggetto competente ad eseguirlo, rispettando i poteri e le forme stabiliti dall'ordinamento, cfr. G. FORNASARI, *loc. ult. cit.*; H.J. HIRSCH, *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.*, in B. JAHNKE, H.W. LAUFHÜTTE, W. ODERSKY (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Band 2: §§ 32-60*, 11. Aufl., Berlino, 2003 (pdf 19 marzo 2018), 1 ss; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlino, 1996, 395; H. OSTENDORF, *Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns*, in *JuristenZeitung*, 1981, 173; D. STERNBERG-LIEBEN, *Vorbem. vor § 32*, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl., Monaco, 2019, 571 ss. L'ordine è tuttavia ritenuto scriminante anche nel caso in cui chi lo ha emanato abbia ritenuto per errore che esistessero i presupposti di legittimità (in realtà non esistenti), a meno che dell'errore non si sia accorto l'esecutore dell'ordine: cfr. A. HOYER, *Vorbemerkung vor §§ 32 ff.*, in J. WOLTER (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, §§ 1-37, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., 2017, 967 ss. Per quanto, invece, concerne il profilo dell'esercizio di un diritto, in mancanza di una norma "quadro", si è proceduto in maniera più settoriale individuando singoli diritti il cui esercizio è ritenuto scriminante, v. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 304 s.

¹⁶ È proprio nel principio dell'unità dell'ordinamento che, secondo F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 373, si deve trovare la «chiave di volta per comprendere come una norma attributiva di un diritto o impositiva di un dovere possa "prevallere" su una norma incriminatrice necessariamente legislativa».

¹⁷ In questo senso, G. DELITALA, voce *Adempimento di un dovere*, cit., 567; A. REGINA, *Esercizio di un diritto*, cit., 6. Non ritiene che si possa invocare il principio di non contraddizione M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 541 e 548, il quale sostiene che l'intera disposizione dell'art. 51 c.p., sia nella parte relativa all'esercizio del diritto quanto in quella connessa all'adempimento del dovere, sia fondata esclusivamente su un bilanciamento di interessi e non già sul principio di non contraddizione poiché quest'ultimo implica la rimozione dell'antinomia tra due norme attraverso l'eliminazione di una di esse: in questi casi, invece, entrambe le norme sopravvivono nel sistema ma se ne bilanciano i sotesi interessi.

¹⁸ Così, appunto, M. ROMANO, *loc. ult. cit.*

dovere: se, infatti, rispetto all’esercizio di un diritto il soggetto agente mantiene pur sempre una posizione di libertà circa la scelta di avvalersi di un potere attribuitogli dall’ordinamento, allorché invece si tratti di un dovere nulla è possibile al destinatario di esso se non sottomettersi alla volontà statale espressa per bocca della norma giuridica o della pubblica autorità¹⁹.

Pertanto, per scongiurare la paralisi dell’ordinamento derivante dalla contraddizione, lo scontro tra le due regole impositive andrebbe risolto in ogni caso e a prescindere dalla espressa ulteriore previsione scriminante, sulla base dei metodi ordinari applicabili ai conflitti tra norme²⁰. In sostanza, secondo i sostenitori della superfluità, la funzione dell’art. 51 c.p. sarebbe semplicemente quella di fungere da richiamo (pleonastico) della necessità di procedere alla risoluzione del contrasto, senza nulla prevedere (e dunque nulla variare o aggiungere) in ordine ai criteri consueti di soluzione²¹.

Sarebbe quindi direttamente la norma che stabilisce il dovere (o che attribuisce il diritto) a dover entrare in relazione con la norma incriminatrice e riportarne la “vittoria” in base alla propria prevalenza gerarchica²² o alla propria struttura speciale rispetto a quella della

¹⁹ Si è qui in presenza di un dovere doppio e antinomico: quello di azione imposto dall’ordine o dalla norma giuridica e contestualmente quello di astensione imposto dalla fattispecie incriminatrice dietro la minaccia della pena. Parlano, a questo proposito, di “conflitto di doveri” G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, VIII ed., Milano, 2019, 304. In argomento, si vedano le attente riflessioni di E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem?”. *Sui confini tra «impossibile» ed «inesigibile» nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

²⁰ Cfr. A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 315; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto*, cit., 321; F. VIGANÒ, *Art. 51*, cit., 868.

²¹ Si vedano F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 237 e 241; ID., *Esercizio di un diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, 629; D. PULITANÒ, *loc. ult. cit.* Secondo F. VIGANÒ, *loc. ult. cit.*, l’art. 51, oltre che inutile, rischia di essere persino pericoloso perché ingenera la convinzione che prevalga sempre la disposizione che impone il dovere sulla norma incriminatrice, al contrario di quanto invece talora accade.

²² Si pensi, ad esempio, alla sentenza relativa alla vicenda “Welby”: il G.u.p. presso il Tribunale di Roma, 23 luglio 2007, Riccio, in *Dir. pen. proc.*, n. 1, 2008, 59 ss., ha ritenuto giustificato il fatto di omicidio del consenziente, commesso dal medico che aveva disattivato il respiratore, poiché realizzato in adempimento del dovere direttamente derivante dall’art. 32, comma 2, (e dall’art. 13) Cost. Secondo il giudice, il diritto soggettivo all’autodeterminazione contenuto nella disposizione costituzionale si sostanzia «in una pretesa di astensione, ma anche di intervento se ciò che viene richiesto è l’interruzione di una terapia, da parte di terzi qualificati in ragione della loro professione». Sul punto, si veda anche F. VIGANÒ, *Decisioni*

fattispecie di reato²³. L'art. 51 c.p. fungerebbe allora da contenitore senza contenuto proprio e, pertanto, inutile nella complessiva economia del sistema.

Nonostante il terreno non controverso sul quale l'art. 51 c.p. si colloca e nonostante le ricostruzioni nel senso della sua superfluità, è tuttavia la stessa presenza della norma nella struttura del codice penale ad imporre uno sforzo ricostruttivo volto a ricercarne un connotato funzionale specifico, un ruolo nel sistema, una dignità autonoma che vada al di là della semplice conferma di una istanza di complessiva non contraddizione.

Non possono dunque stupire i tentativi di rivalutazione che in dottrina sono stati compiuti, passando dal riconoscimento di una utilità piuttosto blanda all'art. 51 c.p. sino a giungere alla sua consacrazione come «norma sulle fonti normative» dal «forte contenuto innovativo»²⁴. Lungi dall'essere una disposizione dichiarativa, questa – al contrario – consentirebbe di legittimare la prevalenza della giustificazione, talora superando anche le ordinarie regole sul conflitto di norme.

Le posizioni relative alla preponderanza della scriminante sulla incriminazione, come anticipato, possono essere graduate lungo una scala di intensità progressiva, a seconda che l'art. 51 c.p. sia incardinato in un sistema che non alteri il funzionamento ordinario dei rapporti tra norme o venga invece collocato in una posizione “dominante”, assurgendo esso stesso a strumento di composizione dei conflitti tra le fonti.

Così, in una ricostruzione valorizzatrice seppur moderata, si è attribuita alla disposizione una sorta di funzione di collegamento tra il diritto penale e i settori extrapenalici dell'ordinamento che consentirebbe a diritti e doveri in essi previsti di svolgere quella funzione scrimi-

mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2008, 1603.

In argomento, ancora, M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, in *Cass. pen.*, n. 3, 2007, 902 ss.; E. INFANTE, *L'adempimento di un dovere*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Parte generale – II, Il reato*, Torino, 2013, 347 ss.; D. PULITANÒ, E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. it. med. legale*, 2008, 330 ss.; A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1, 2008, 68 ss.

²³ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 241 ss.; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto*, cit., 321 e 324; F. MANTOVANI, *Esercizio di un diritto*, cit., 627. Sul punto, cfr. anche G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 374 s., sebbene l'Autore sostenga tutt'altra funzione dell'art. 51 c.p. (come si avrà modo di osservare più avanti).

²⁴ Così, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 374 e 534.

nante che altrimenti, in assenza di uno specifico indicatore, non sarebbe affatto scontata²⁵.

Se, invece, si sposta il fulcro dell'attenzione dal rapporto astratto tra le norme al piano sostanziale degli interessi contrapposti, all'art. 51 c.p. può essere conferito il più significativo compito di sancire, in maniera definitiva, la supremazia dell'interesse sotteso alla norma impositiva del dovere (o attributiva del diritto) rispetto a quello protetto dalla fattispecie di reato, senza bisogno che il bilanciamento degli interessi venga effettuato di volta in volta e in concreto²⁶. Nondimeno, secondo questa impostazione, ad essere definita in maniera stabile è solo la collocazione dell'interesse prevalente (posizionato invariabilmente nella scriminante e quindi sottratto all'apprezzamento del giudice) ma non anche la deroga al principio di specialità, chiamato pur sempre a governare il rapporto tra le norme in conflitto²⁷. L'unica eccezione andrebbe compiuta in ordine alla vigenza del criterio gerarchico nelle ipotesi connesse all'adempimento di un dovere, data la condizione critica (di esposizione certa a responsabilità) nella quale si trova il destinatario di più doveri tra di essi contrastanti eppure tutti giuridicamente vincolanti²⁸.

Il tentativo di attribuire una dignità e un ruolo propri alla previsione codicistica ha spinto ancora più in avanti gli sforzi di quella dottrina che, patrocinando apertamente la causa dell'art. 51 c.p. e la necessità di una sua giustificazione nel sistema, in esso ha addirittura voluto rintracciare un strumento *essenziale* per la composizione dei conflitti normativi²⁹, una formula grazie alla quale l'attitudine scriminante di nor-

²⁵ Questa è la posizione che si rintraccia nel pensiero di I. CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965, 193; ID., *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Milano, 2006, 2289.

²⁶ Tanto sostiene T. PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012, 149: l'Autore ritiene che la valutazione comparativa è “crystallizzata” nell'art. 51 c.p. a favore dell'interesse protetto dalla situazione giuridica scriminante.

²⁷ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 155; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, loc. ult. cit.

²⁸ Cfr. ancora T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 161 s. e 157 s., il quale propone due soluzioni diverse, a seconda che si tratti di norma attributiva di un diritto (che, per avere efficacia scriminante, deve essere necessariamente legislativa al pari di quella incriminatrice; certamente può avere rango superiore o, comunque, nella fonte legislativa ordinaria deve trovare un fondamento) o di norma impositiva di un dovere (la quale, invece, possiede efficacia scriminante pur essendo di livello inferiore alla legge poiché, in caso contrario, il soggetto destinatario non avrebbe alcun modo di sottrarsi ad una qualche responsabilità).

²⁹ Si schiera apertamente e convintamente a difesa dell'utilità dell'art. 51 c.p.

me giuridiche contenute in fonti di rango inferiore alla legge (o, seppur paritetiche, non speciali rispetto alla fattispecie di reato) può pienamente esplicarsi senza incorrere nelle barriere della prevalenza gerarchica e della specialità. Pertanto, se un profilo di superfluità può rinvenirsi nell'art. 51 c.p., questo riguarderebbe solo le ipotesi nelle quali la norma depositaria del diritto o del dovere è pariordinata a quella incriminatrice e rispetto ad essa risulti già in rapporto di specie a genere. Ciò non basterebbe, però, a travolgere integralmente l'utilità della disposizione che, al contrario, in tutti gli altri casi, conterrebbe la chiave per derogare non solo al criterio gerarchico ma persino a quello di specialità³⁰.

Sarebbe appunto questa "regola delle regole", questa *metanorma*, a consentire la prevalenza costante di diritti e doveri ubicati in fonti giuridiche altrimenti destinate a soccombere nello scontro con la fattispecie criminosa, e ciò grazie alla copertura legislativa esplicitamente voluta dall'ordinamento che ha risolto – a monte e definitivamente – il bilanciamento tra gli interessi in gioco a favore di quello contenuto nella norma non penale.

nel sistema, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 374 e 534 ss., attribuendo alla disposizione un ruolo notevolmente innovativo nella disciplina dei conflitti fra norme, poiché essa avrebbe la fondamentale funzione di trasformare in *atto* la *potenzialità* scriminante di fonti giuridiche subordinate alla legge. Secondo l'Autore, bisogna però distinguere i casi nei quali il legislatore abbia chiaramente manifestato la volontà di rendere speciale la fattispecie incriminatrice rispetto alla scriminante: si pensi, ad esempio, alla incriminazione dell'incendio di cosa propria in relazione al diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, attribuito al proprietario dall'art. 832 c.c. Secondo, A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, cit., 223 s., in questo caso si è al di fuori dell'esercizio del diritto poiché è la stessa norma civilistica a fare salvi i limiti e gli obblighi previsti dall'ordinamento, con la conseguenza che «non costituisce esercizio del diritto di proprietà il fatto di usare le proprie cose per commettere un reato». Nello stesso senso, si veda M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 542, il quale comunque concorda sulla possibilità di superamento del principio di specialità, «potendo un fatto conforme al tipo essere scriminato anche in base ad una norma di carattere assolutamente generale». Ritiene che la norma scriminante debba essere necessariamente speciale rispetto a quella incriminatrice A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte generale, Milano, 2003, 439.

³⁰ Cfr., ancora, G. DE VERO, *loc. ult. cit.* Sul travolgimento del criterio di specialità a favore del cosiddetto "PED" (principio dell'esercizio di un diritto), si veda A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, cit., 181 ss., 196 ss. Sebbene l'Autore si riferisca all'esercizio di un diritto, il medesimo ragionamento non può che valere anche per l'adempimento di un dovere. L'art. 51 c.p., quindi, assume la funzione di «gestire il conflitto tra norma incriminatrice e norma extrapenale permissiva» (o impositiva), dando stabile prevalenza a queste ultime.

Ben lungi dal presupporre risolto il conflitto tra norme (e dunque fungere da semplice dichiarazione di una evidenza), l'art. 51 c.p. crea la regola e con essa modifica gli ordinari rapporti tra le fonti. Del resto, la stessa genericità del concetto di “norma giuridica”, contenuto nell'art. 51 c.p. condurrebbe a pensare appunto alla irrilevanza della specifica tipologia della fonte, essendo invece sufficiente la semplice *giuridicità* di essa³¹.

Quale che sia la posizione prediletta in merito all'art. 51 c.p., è certo che se si vuole valorizzare la sua presenza nel corpo del codice penale, si è obbligati ad attribuirgli il ruolo di *metanorma*, in difetto del quale la scelta legislativa perderebbe di senso.

3. Il dovere giuridico e la volontà dell'ordinamento

È attraverso l'imposizione di comandi, ben più che mediante l'attribuzione di diritti ai consociati, che l'ordinamento esprime sé stesso e realizza la propria volontà³². L'esigenza che il dovere possa essere adempiuto senza ostacoli è, dunque, innanzitutto dello Stato, ancor prima che del singolo destinatario, interessato a sottrarsi alla incriminazione di un comportamento obbligatorio e pertanto fonte di responsabilità.

Naturalmente, è solo l'attuazione degli obiettivi statuali che può giustificare la rinuncia alla potestà punitiva – massima manifestazione dell'ordinamento – sacrificando la tutela di un bene giuridico fondamentale e penalmente protetto proprio contro quel tipo di aggressione perpetrata eseguendo il dovere. È *secundum ius* che, quindi, deve essere prevista l'imposizione doverosa scriminante, non potendosi nutrire alcuna incertezza circa la *giuridicità* del dovere, sia che esso derivi da una norma giuridica o prenda corpo tramite l'ordine (legittimo, appunto) dell'autorità³³. Ma la sola *giuridicità* non è ancora sufficiente per legittimare la prevalenza del dovere sull'incriminazione³⁴:

³¹ In questo senso, tra gli altri, favorevoli a una «nozione ampia della fonte del diritto», A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 314 s.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 236; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 305; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 549.

³² M. ROMANO, *Commentario*, cit., 548: «volontà senza la quale non vi sarebbe l'ordinamento o la possibilità di una sua conservazione».

³³ Nessuna efficacia giustificante può, quindi, essere riconosciuta a doveri di matrice civica, morale, sociale, di coscienza: cfr. M. ROMANO, *loc. ult. cit.*

³⁴ Se così fosse, per l'ordine sarebbe sufficiente la semplice legittimità, ovvero il

serve il rispetto di un secondo vincolo, coerente con la logica del bilanciamento, ovvero sia la *natura pubblica* dell'interesse sotteso alla previsione impositiva. Infine, a completamento "strutturale" dei limiti al dovere giustificante, dottrina e giurisprudenza concordano sulla necessità che la norma scriminante possieda i caratteri della precisione e della tassatività del dovere imposto³⁵.

La dimensione pubblicistica è senz'altro chiara con riferimento ai doveri aventi fonte nella norma giuridica ma è altrettanto ben esplicitata dal legislatore per le ipotesi nelle quali il dovere trova fondamento in un ordine, dal momento che l'art. 51 c.p. si preoccupa di qualificare come *pubblica* l'autorità il cui ordine (legittimo) scrimina, evocando una immediata implicazione in ordine e alla connessa potestà pubblica di cui l'ordine deve essere espressione³⁶. Così facendo, dunque, si segna nettamente il confine rispetto a tutte quelle manifestazioni di un potere ordinatorio che trovano luogo in contesti e per il soddisfacimento di finalità di matrice privatistica alle quali non può mai essere riconosciuta alcuna forza giustificante, posto che a nessun privato è attribuito il potere di comandare la lesione di un bene giuridico altrui³⁷. Se così non fosse stato, sarebbe evidentemente bastata la

fondamento normativo di esso, potendo per tale via ritenere scriminante anche l'ordine impartito in seno ad un rapporto privato.

³⁵ Si vedano le riflessioni svolte da F. PALAZZO, *Scriminanti ed immigrazione clandestina (a proposito dei c.d. "respingimenti in alto mare")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 472 s. Recentemente sul punto, Cass. pen., sez. IV, sent., 17 ottobre 2017, n. 52542 (dep. 17 novembre 2017), Marchionni, in *www.dejure.it*, con nota di E. BASILE, *Omesso versamento iva e obblighi nascenti dal concordato preventivo: la Cassazione dirime il conflitto di doveri*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2018.

³⁶ Sottolinea l'importanza di questa precisazione legislativa G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 539 s. Sul punto, tra gli altri, S. DEL CORSO, *Art. 51 – Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Tomo I (artt. 1-413), VI ed., Milano, 2014, 393 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 162; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 376; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 549, il quale pone l'accento sul "potere imperio" di cui l'ordine deve essere emanazione e valorizza il richiamo al pubblico ufficiale contenuto nel comma secondo dell'art. 51 c.p. per ribadire la necessità che il dovere sia finalizzato alla attuazione della volontà pubblica; cfr. anche F. VIGANÒ, *Art. 51*, cit., 894.

³⁷ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 253; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto*, cit., 327. *Contra*, A. SANTORO, *L'esecuzione di ordini privati causa di giustificazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Filippo Grispigni*, Milano, 1956, 525 ss., per il quale una limitata efficacia scriminante può essere riconosciuta anche all'ordine proveniente da un privato a meno che non si ledano altrui diritti indisponibili.

In giurisprudenza, è consolidata la posizione secondo la quale gli ordini devono provenire da una pubblica autorità in attuazione di interessi pubblici, pertanto

sola legittimità dell'ordine, il suo sicuro radicamento nella norma giuridica, a fondarne – in misura necessaria e sufficiente – l'efficacia scriminante³⁸.

La valenza degli ordini impartiti in contesti privati (e dunque fondati su interessi non pubblici) può invece, eventualmente, essere recuperata in sede di accertamento della colpevolezza, allorché il destinatario del comando non si rende (né può rendersi) conto della sua illiceità³⁹, o facendo leva sull'inesigibilità di un comportamento diver-

mai possono scriminare gli ordini privati: si veda, da ultimo, Cass. pen., sez. III, sent., 24 gennaio 2017, n. 3394, in *www.dejure.it*, in materia di rapporto di lavoro subordinato, che mantiene fermo un orientamento risalente, già presente in Cass. pen., sez. VI, 22 ottobre 1971, n. 133, Alunni, e confermato da numerose pronunce intermedie (a titolo esemplificativo, v. Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 1993, Mammarella e a., in *Rep. Foro it.*, 1993, 367; Cass. pen., sez. VI, 19 giugno 1990, Vettorazzo, in *Cass. pen.*, 1992, 1203, in relazione all'ordine del dirigente di una casa di riposo privata; Cass. pen., sez. V, 28 maggio 1984, Guerrieri, in *Cass. pen.*, 1986, 48, in merito all'ordine del dirigente di una società sportiva; Cass. pen., sez. II, 4 novembre 1982, Chiasserini, in *Cass. pen.*, 1984, 1642, relativa all'ordine del direttore di un istituto di credito; Pret. La Spezia, 7 marzo 1978, in *Foro it.*, II, 33, 1978, sull'ordine del superiore impartito ad un ministro di culto. Più recentemente, Cass. pen., sez. III, 13 ottobre 2016, n. 50760 (dep. 30 novembre 2016), in *www.dejure.it*, ribalta la posizione dei giudici di merito che avevano fatto ricorso proprio all'adempimento di un dovere per assolvere il dipendente che aveva eseguito l'ordine del datore di lavoro ed aver svolto attività di raccolta e trasporto di rifiuti urbani e speciali prodotti da terzi, senza esser iscritto all'albo nazionale gestori ambientali. Infine, Cass. civ., sez. VI, ord. 22 gennaio 2019, n. 1582, che ritiene corretto il licenziamento disciplinare del dipendente di Poste Italiane dovuto all'esecuzione di un ordine illegittimo impartito dal diretto superiore.

³⁸ Un tentativo di riconduzione dell'ordine privato nell'area applicativa dell'art. 51 c.p. con conseguente attribuzione ad esso di efficacia giustificante era stato compiuto dalla Commissione Grosso (istituita con D.L. 1° ottobre 1998) che aveva proposto l'eliminazione delle parole “della pubblica autorità” dal primo comma dell'art. 51 c.p., così da non dover distinguere più tra la natura privata e la natura pubblica dell'autorità da cui l'ordine promana (art. 34 dell'Articolato del 26 maggio 2001, in *www.giustizia.it*). La Commissione aveva operato una netta “semplificazione” della questione prendendo una posizione *tranchante* che guardava, in una prospettiva oggettiva e non più soggettiva, alle qualità dell'ordine e non a quelle dell'autorità che lo esprimeva e si fondava sulla sola verifica della *legittimità* dell'ordine per affermarne la sua efficacia scriminante: come si legge nella Relazione di accompagnamento, «o il contenuto dell'ordine è conforme alle leggi, ed allora deve (o può) essere eseguito, o non è conforme alle leggi, ed in caso di esecuzione comporta responsabilità, a seconda dei casi penale o civile, sia a carico di colui che lo ha impartito, sia a carico di colui che lo ha eseguito» (Relazione del 15 luglio 1999, in *www.giustizia.it*).

³⁹ T. PADOVANI, *Osservazioni sulla rilevanza penale dell'ordine privato*, in *Mass. giur. lav.*, 1977, 464. Cfr. Cass. pen., sez. IV, 28 novembre 1975, in *Cass. pen.*, 1977,

so da quello esecutivo dell'ordine impartito dal superiore a causa del condizionamento psichico subito dal soggetto subordinato⁴⁰.

585: nella ricostruzione compiuta dalla Corte di cassazione potrebbe sembrare che si stia riconoscendo efficacia scriminante all'ordine privato, tuttavia, l'argomentazione seguita – a ben vedere – riporta la questione sul terreno della colpevolezza.

⁴⁰ Così, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 294. *Contra*, F. MANTOVANI, *loc. ult. cit.* Tuttavia, sulla rilevanza scusante della inespugnabilità in relazione al reato commesso eseguendo un ordine del superiore gerarchico in un rapporto privato può essere avanzata qualche perplessità, dal momento che non si rinviene alcuna previsione legislativa che attribuisca esplicita efficacia a questa ipotesi. I dubbi sulla attuale impossibilità – o quantomeno significativa difficoltà – di considerare scusante l'adempimento di un dovere privato sono corroborati dal tentativo compiuto da numerose Commissioni istituite per la riforma del codice penale di introdurre espressamente una norma che tenesse conto dell'ordine impartito in un rapporto di diritto privato e lo considerasse idoneo ad elidere la colpevolezza dell'esecutore.

Già nel 1991, i lavori della Commissione Pagliaro avevano ritenuto necessario l'inserimento nel corpo del codice penale di una categoria autonoma di «cause soggettive di esclusione della responsabilità», «caratterizzate dalla presenza di un elemento soggettivo incompatibile con una consapevolezza o rimproverabilità del soggetto agente» (così si legge nella Relazione del 25 ottobre 1991, consultabile sul sito ufficiale del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it): l'art. 17, lett. b, tra le cause elencate prevede specificamente «l'ordine di un privato rivestito di un'autorità specificatamente riconosciuta dalla legge, quando l'ordine si riferisca ad attività inerenti al rapporto di dipendenza e l'agente confidi ragionevolmente nella sua liceità». Cfr. G. FORNASARI, *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega per un nuovo codice penale*, in *Ind. pen.*, 1994, 365.

Di “scusanti” *tout court* parla invece il progetto Nordio del 2004 che, all'art 38, stabilisce che debba essere «scusato chi ottempera ad un ordine impartito nell'ambito di un rapporto di lavoro di diritto privato, quando il soggetto abbia confidato ragionevolmente sulla sua liceità». Come si può notare, a differenza del progetto Pagliaro che si accontentava di un “rapporto di dipendenza”, qui l'area dei rapporti privati rilevanti ai fini della scusabilità del reato si restringe e si limita a ricomprendere solo le relazioni lavorative (v. *Il Progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, 1, 244 ss.).

Si torna alla categoria delle «cause soggettive di esclusione della responsabilità» nei lavori della Commissione Pisapia, presentati al Ministro della Giustizia nel 2007. L'art. 15, lett. e, contempla infatti «l'ordine del privato nell'ipotesi in cui il soggetto esegua un ordine impartito nell'ambito di un rapporto di lavoro di diritto privato, in caso di tenuità del fatto e delle sue conseguenze». Qui, oltre a mantenere la limitazione al solo rapporto di lavoro, si subordina la rilevanza scusante dell'ordine ad una condizione, consistente nella doppia tenuità del fatto e delle conseguenze da esso prodotte: la scelta della Commissione è senz'altro dovuta alla necessità di «contemperare la considerazione della condizione psicologica dell'agente con l'esigenza di non sottrarre in via generale i poteri privati al controllo giurisdizionale», (il testo della Relazione e dell'Articolato possono essere letti in www.giustizia.it).

4. L'ordine dell'Autorità e i parametri di legittimità

Solo apparentemente, dunque, l'art. 51 c.p. distingue tra le due possibili fonti delle imposizioni, poiché in realtà unico è il fondamento del dovere scriminante il quale, direttamente o mediamente, ha tuttavia bisogno di trovare radicamento in una norma giuridica⁴¹. La necessaria legittimità dell'ordine altro non è se non la garanzia della sua copertura normativa.

Il dovere, pertanto, anche nei casi nei quali si concretizza per il tramite di un potere ordinatorio, deve comunque essere riconducibile a quell'unica *ratio* che può giustificare la lesione di un bene giuridico, ovvero sia l'incarnazione di una volontà appartenente allo Stato. Il doppio vincolo stabilito per il dovere non immediatamente discendente dalla norma giuridica – *legittimità* dell'ordine che lo contiene e *pubblicità* dell'Autorità che lo impone – serve a incardinarlo stabilmente su rigidi criteri di controllo affinché sia pur sempre l'ordinamento, nella realizzazione di finalità sue proprie, ad autorizzare una limitazione alla potestà punitiva di cui è esclusivo titolare manifestando una preferenza a favore di uno dei due interessi in conflitto.

Perché tanto avvenga, l'ordine deve rispettare rigorosamente i parametri stabiliti dalle norme che disciplinano, sia nella forma che nei contenuti, l'attività dell'Autorità pubblica e l'esercizio del potere di imperio, assicurando così la sua equivalenza alla norma giuridica per fondamento e per garanzie.

Essendo l'ordine uno strumento attraverso il quale un soggetto pubblico esprime la volontà dello Stato, l'individuazione dei suoi caratteri fisionomici passa attraverso la lunga e complessa elaborazione svolta dalla dottrina amministrativistica riguardo ai concetti di *atto* e di *provvedimento*⁴², in esito alla quale sono emersi i loro tratti essenziali. Se

Come si è osservato precedentemente (v. nota 38), tra le proposte di riforma del codice penale, vi è stato anche il tentativo di considerare come vera e propria causa di giustificazione l'ordine legittimo emanato in un contesto privato.

⁴¹ Ampiamente sul punto, M. ROMANO, *Commentario*, cit., 548 ss. D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto*, cit., 327.

⁴² In materia di *atto* e *provvedimento* amministrativo, tra la vastissima letteratura sul punto, si vedano: E. CASSETTA, voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 243 ss.; M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 157 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, vol. II, III ed., 1993, 236 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; F. SATTA, *Atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. RO-

l'atto amministrativo rappresenta la categoria più generale delle espressioni riconducibili alla pubblica amministrazione⁴³, il provvedimento – «*species* eminente dell'atto amministrativo»⁴⁴ – si connota più propriamente per essere una manifestazione imperativa di volontà, finalizzata alla realizzazione di interessi pubblici concreti, con la quale si esplicita la supremazia dell'autorità amministrativa. Idoneo ad incidere unilateralmente sulle situazioni giuridiche dei destinatari, il provvedimento produce l'effetto di ridurre o cancellare diritti soggettivi dei privati senza la necessità del loro consenso.

La significativa incisività del potere conferito al soggetto pubblico trova giustificazione nell'esclusivo asservimento di esso alla cura di esigenze statali, ragione per la quale la legge vincola ogni provvedimento al perseguimento di una causa tipica prestabilita e nominativa, stabilendone funzione, tipo e contenuto, nel più stretto rispetto del principio di legalità della attività amministrativa⁴⁵.

L'ordine rientra all'interno di quei provvedimenti attraverso i quali l'amministrazione impone ai destinatari un determinato comportamento⁴⁶ e la sua portata applicativa può essere generale o speciale a seconda che si tratti rispettivamente di un "ordine di polizia" (rivolto a chiunque) o di un "ordine gerarchico" (incardinato all'interno di un rapporto di subordinazione tra chi lo impartisce e chi lo riceve)⁴⁷.

VERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, IV ed., Bologna, 2005, 767 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017.

⁴³ Secondo G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, VIII ed., Milano, 1958, 245, l'atto è «qualunque dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza, di giudizio, compiuta da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa».

⁴⁴ Così definisce il provvedimento F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, Milano, 1995, 257.

⁴⁵ Sul punto, si veda R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 36. La tipicità dei provvedimenti amministrativi è il riflesso della specificità dei poteri conferiti alla pubblica amministrazione, ciascuno per un preciso scopo e non già per un generico innominato potere di agire. Il principio di legalità trova il suo fondamento in primo luogo nell'art. 97 Cost. che affida l'organizzazione dei pubblici uffici alla legge al fine di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa. Con riferimento, poi, alle imposizioni di prestazioni personali o patrimoniali, il fondamento della tipicità va ricercato nell'art. 23 Cost.

⁴⁶ Si parla, a questo riguardo, di provvedimenti "ablatori personali".

⁴⁷ Specificamente, sulle caratteristiche dell'ordine, v. F. BASSI, voce *Ordine* (*dir.*

Il rispetto della legittimità dell'ordine è dunque legato a filo doppio ad esigenze di garanzia e di complessiva tenuta del sistema, essendo funzionale sia ad evitare – in sé – l'arbitrio della pubblica amministrazione sugli interessi dei privati, sia – qualora, appunto, il comportamento imposto corrisponda ad una fattispecie di reato – ad assicurare che il mancato intervento punitivo dello Stato a difesa di un bene penalmente protetto trovi comunque radicamento nella legge e si fondi perciò su una *ratio* plausibile di equilibrio dell'ordinamento.

Per produrre l'effetto giustificante a favore di entrambi i soggetti coinvolti nel rapporto impositivo, la rispondenza alle coordinate stabilite dalla legge deve essere totale ed estendersi tanto al profilo più strettamente formale quanto a quello contenutistico-sostanziale. L'ordine, perciò, potrà validamente essere emanato solo in presenza dei presupposti concreti che secondo la legge rendono esercitabile il potere di imperio (legittimità sostanziale) e rispettando i requisiti di doppia competenza – sia di chi lo impone sia di chi lo esegue – e di forma prescritta per la validità (legittimità formale)⁴⁸.

Ferme queste condizioni, la responsabilità penale viene meno per entrambi i protagonisti della relazione gerarchica, le cui posizioni si collocano sullo stesso piano scriminante: sebbene, materialmente, il fatto tipico sia stato realizzato dall'esecutore dell'ordine, alla sua commissione partecipa anche il superiore con un contributo morale causalmente rilevante. Se per il soggetto subordinato si configura l'adempimento di un dovere imposto dall'autorità, per l'autorità emanante la fonte della giustificazione sarà da rinvenire o nel dovere di imposizione dell'ordine (e quindi nella norma che attribuisce e disciplina il potere di imperio) o nell'esercizio di una facoltà, se la valutazione circa la emanazione dell'ordine era rimessa al superiore gerarchico⁴⁹.

amm.), in *Enc dir.*, XXX, Milano, 1980, 995 ss.; L. GALATERIA, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, 1950.

⁴⁸ Per tutti, M. ROMANO, *Commentario*, cit., 550 s. In giurisprudenza, merita di essere richiamata la definizione di legittimità dell'ordine data da Cass. pen., sez. I, 10 giugno 1982, Valpreda, in *Cass. pen.*, 1983, 882, secondo cui è legittimo l'ordine «promanante dall'autorità competente, che sia stato dato nella forma prescritta» quando «infine, il suo contenuto rientri nell'esplicazione del servizio del subordinato quanto all'essenza, ai mezzi ed al fine». Nello stesso senso, tra le altre, Cass. pen., sez. I, 27 gennaio 1987, n. 4194, Freda, in *Cass. pen.*, 1988, 1855.

⁴⁹ Così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 376 s.

5. *L'ordine non legittimo e l'ordine criminoso*

Le questioni problematiche sorgono, invece, allorché l'ordine non sia stato impartito nel rispetto dei parametri di legalità formale o sostanziale e – per ciò stesso – non possa essere considerato funzionale al conseguimento di un obiettivo pubblico.

L'adempimento di un comando illegittimo, tuttavia, potrebbe anche non condurre alla realizzazione di un fatto criminoso (si pensi, per esempio, all'ordine non legittimo di violazione di una regola cautelare di condotta alla quale non segua la verifica dell'evento lesivo), pertanto, già ad un livello concettuale non può essere affermata alcuna corrispondenza biunivoca tra illegittimità e criminalità posto che, se inevitabilmente la seconda implica la prima, non necessariamente la prima deve sfociare nella seconda⁵⁰. Se, invece, effettivamente l'illecito penale si compie, si sarà allora in presenza di un fatto di reato “pieno”, non assistito da ragioni oggettive di giustificazione.

Qui, le posizioni dei due soggetti coinvolti nel rapporto impositivo divergono, data la stabile responsabilità del superiore che ha impartito l'ordine (art. 51 c.p., comma 2) e, per contro, la possibilità che il subordinato vada esente da pena, beneficiando di quanto disposto dai commi 3 e 4 dell'art. 51 c.p. per le ipotesi di errore sulla legittimità dell'ordine o di insindacabilità del comando ricevuto.

Sull'utilità della previsione contenuta al secondo comma dell'art. 51 c.p. sono state, tuttavia, avanzate diverse perplessità, data la apparente superfluità di una disposizione che sottolinei come del reato risponda “sempre” colui che ha impartito l'ordine. La responsabilità del superiore discenderebbe, infatti, direttamente e normalmente dalle regole sul concorso di persone, giacché egli apporta un contributo morale causalmente rilevante alla realizzazione del fatto criminoso, determinando o istigando il subordinato alla sua commissione⁵¹.

Il significato della disposizione va quindi puntualizzato e ricondotto alla volontà del legislatore di ribadire come un ordine non legittimo (non essendo, per tale ragione, funzionale al conseguimento di un

⁵⁰ Sulla assenza di corrispondenza biunivoca tra “illegittimità” e “criminalità”, cfr. F. BELLAGAMBA, *Sui limiti della responsabilità penale dell'esecutore di un ordine illegittimo insindacabile*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 194; G. VITAGLIANO, *Gerarchia e ordini illegittimi: fonte e limiti del dovere di obbedienza*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, n. 2/2003, 33 ss.; F. ZACCARIA, *Obbedienza (dovere di)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, 536.

⁵¹ Così, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 306; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 377; F. VIGANO, *Art. 51*, cit., 896.

obiettivo pubblico) implichi senz'altro il sorgere di una responsabilità penale e di marcare la differenza tra le posizioni soggettive dei due protagonisti del rapporto gerarchico. Nondimeno, la portata dell'avverbio contenuto nel secondo comma deve essere correttamente intesa, interpretando il “sempre” non quale intransigente e assoluta affermazione di punibilità a carico del superiore (posto che in nessun caso possono essere derogati i principi fondamentali che escludono la pena qualora difetti per altra via l'antigiuridicità o non si ravvisi la colpevolezza) ma, appunto, come chiara stigmatizzazione della contrarietà all'ordinamento di un ordine non conforme ai presupposti di legge.

In presenza di un fatto criminoso, alla cui realizzazione lo Stato non ha quindi nessun interesse, la regola perciò si inverte: non può più essere riconosciuta la conformità del fatto all'ordinamento ed essere esclusa la punibilità per i protagonisti della vicenda impositiva ma, al contrario, deve affermarsi la responsabilità per entrambi i soggetti coinvolti, sebbene con modulazione parzialmente diversa affinché si tenga conto della condizione personale di soggezione nella quale si trova il destinatario dell'ordine o, come sostenuto da un'altra parte della dottrina, di un nuovo bilanciamento di interessi che – nei casi di ordine insindacabile – si deve operare tra l'esigenza di assicurare pronta esecuzione a taluni comandi e il rischio di realizzare, in conseguenza di ciò, fatti di reato⁵².

⁵² Come si vedrà meglio nella prosecuzione della trattazione, il punto è assai controverso in dottrina, potendosi osservare la convivenza di posizioni nettamente contrastanti sulla natura della non punibilità per l'esecuzione di un ordine illegittimo insindacabile, prevista al comma 4 dell'art. 51 c.p. Si avrebbe una effettiva causa di giustificazione (ma solo per l'esecutore dell'ordine criminoso) secondo coloro i quali ritengono che, in questa ipotesi, sia stato effettuato dal legislatore un autentico bilanciamento di interessi: si è, cioè, voluto accordare prevalenza all'interesse di assicurare rapida obbedienza agli ordini dei superiori rispetto agli interessi protetti dalle norme penali violate adempiendo l'ordine. Questa ricostruzione è condivisa da G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 137; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 308, e soprattutto – in una sua più risalente convinzione – F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2005, 357 s.

Al contrario, altra parte della dottrina non accetta che il fatto possa “sdoppiarsi” ed essere qualificato in modo opposto per i due concorrenti: reato per il superiore (che ne risponde sempre) e fatto lecito per il subordinato che esegue l'ordine. Pertanto, si conclude che nel quarto comma, lungi dall'operare un bilanciamento di interessi, il legislatore abbia voluto dare introdurre una causa di esclusione della colpevolezza per dare rilievo alla condizione personale nella quale si trova il subordinato, non potendosi da costui pretendere un comportamento conforme al divieto davanti alla ricezione di un ordine insindacabile. In questo senso, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 542; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 552; T. PADOVANI,

Superiore ed esecutore, quindi, rispondono congiuntamente del fatto costituente reato, sebbene per il secondo valgono le mitigazioni stabilite dal legislatore sulla cui portata, però, non vi è uniformità di opinioni.

5.1. *L'errore di fatto sulla legittimità*

Certamente collocabile su un terreno soggettivo e riconducibile ad un difetto di colpevolezza è la causa di esclusione della punibilità prevista al terzo comma dell'art. 51 c.p. A bloccare la normale corresponsabilità del subordinato per l'esecuzione di un ordine criminoso è la sua erronea valutazione della legittimità del comando al quale ha obbedito che, stando alla lettera della legge, deve dipendere da un errore di fatto.

Trova qui specificazione uno schema che nel suo modello generale è disciplinato all'art. 59, comma 4, grazie al quale la scriminante putativa opera comunque a favore di colui che ne ha erroneamente supposto l'esistenza, escludendone la punibilità, poiché denota la mancanza del dolo nel fatto compiuto dal soggetto agente, secondo la cui rappresentazione il comportamento tenuto sarebbe dunque perfettamente lecito.

La previsione del terzo comma, però, è stata investita da questioni problematiche che hanno riguardato due diversi profili di dubbio: il primo riguarda l'ampiezza dell'errore rilevante, mentre il secondo concerne la portata scusante della legittimità putativa dell'ordine.

La ritenuta legittimità dell'ordine eseguito, secondo la formulazione letterale della norma, deve derivare da un errore di fatto. Tuttavia, la dottrina dominante sostiene di poter ampliare il bacino dell'errore scusante sino a ricomprendervi anche le ipotesi nelle quali la convinzione erronea dipenda da un errore su norma extrapenale, sovrappo-

Diritto penale, cit., 162 s. Questa seconda qualificazione ha trovato conforto anche in giurisprudenza: la Corte costituzionale afferma chiaramente che «l'esenzione da pena accordata dall'articolo 51 agli esecutori di ordini illegittimi (sempre subordinatamente al verificarsi di determinate condizioni, il cui accertamento spetta al giudice di merito) non discrimina il fatto in sé» ma integra una «situazione speciale» (Corte. cost., 22 giugno 1972, n. 123, in *Giur. cost.*, 1972, 1313). La Corte di cassazione, richiamando la decisione della Consulta, ne ha mutuato la conclusione ed ha affermato che l'esecuzione di ordini illegittimi non sindacabili deve essere inquadrata tra le cause di esclusione della responsabilità e della pena «di natura personale e soggettiva» (Cass. pen., sez. I, 16 novembre 1998, Hass e Priebeke, in *Foro it.*, 1999, II, 273).

nendo così l'area operativa dell'art. 51, comma 3, esattamente a quella dell'art. 47 c.p.⁵³.

Le ragioni addotte a sostegno di questa impostazione persuadono, soprattutto in forza di valutazioni di ragionevolezza e di complessivo equilibrio sistematico. Se, infatti, si ammettesse che solo la difettosa percezione di un dato empirico-naturalistico (dalla quale deriva la convinzione di legittimità dell'ordine) valesse a scusare l'esecutore del comando illegittimo, 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 extrapenale. Quindi, il superiore potrebbe andare esente da pena sia che la sua persuasione di legittimità dell'ordine che ha impartito derivi da un errore di percezione di un dato materiale, sia che derivi dalla fallace interpretazione di una norma extrapenale sui presupposti di conformità normativa. Al contrario, il subordinato dovrebbe sottostare ad un regime di maggior (e inspiegato) rigore, potendo far valere solo l'errore di fatto⁵⁴.

L'impostazione più severa potrebbe trovare una spiegazione nella stretta connessione tra l'elemento normativo della “legittimità” e le norme extrapenali alle quali esso rinvia per la definizione della sua fisionomia, cosicché ogni errore di interpretazione di quelle norme che della legittimità disciplinano le condizioni si converte immediatamente in errore sul precetto penale che, in quanto tale, non può essere scusato⁵⁵ se non al costo di disattendere l'espressa qualificazione

⁵³ Questa è la posizione sulla quale si attestano stabilmente G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 296; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 238; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 439; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto*, cit., 329; S. RIONDATO, *Diritto penale militare*, Padova, 1998, 206; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 551. Per una complessiva panoramica delle interpretazioni date all'art. 51, comma 3, c.p., v. L. PUCETTI, *Esercizio del diritto e adempimento del dovere (51)*, in AA.VV., *Il reato*, a cura di G. Cocco, E.M. Ambrosetti, in *Trattato breve di diritto penale*, parte generale, I, 2, Padova, 2017, 163 s.

⁵⁴ Ampiamente, sul punto, C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, 206, che non ritiene comprensibile la *ratio* di una tale limitazione con la quale «si giungerebbe alla curiosa conseguenza che per il superiore l'ambito della situazione putativa scusante più esteso che per il subordinato».

⁵⁵ Di questo avviso è una consistente, seppur minoritaria, parte della dottrina, si vedano G. DELITALA, voce *Adempimento di un dovere*, cit., 572; T. PADOVANI, *Ordine criminoso*, cit., 477 ss.; D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, 95. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 540, definisce, poi, un “fraitendimento” la convinzione di coloro che ritengono possibile far di-

dell'errore (come "errore di fatto") operata dall'art. 51, comma 3, c.p.⁵⁶.

Vi è da dire, però, che la giurisprudenza si è allineata alla ricostruzione più restrittiva del terzo comma, escludendo l'efficacia scusante dell'errore sulla legittimità dell'ordine dovuto a ragioni diverse dalla semplice falsa rappresentazione della realtà fattuale⁵⁷.

Le questioni problematiche emerse in relazione al terzo comma dell'art. 51 c.p. vanno comunque al di là della discussa possibilità di attribuire rilievo all'erronea convinzione di obbedire ad un ordine legittimo derivante dalla interpretazione errata di una norma extrapenale e riguardano altresì la riconducibilità nell'area scusante delle ipotesi nelle quali l'errore (a prescindere dalla sua natura) sia determinato da colpa. Il dubbio si pone poiché, come sopra osservato, la disposizione ricalca la previsione già contenuta nell'ultimo comma dell'art. 59 c.p. della quale, però, non viene riproposta la specificazione relativa all'errore colposo, che nello schema generale dell'art. 59 c.p. – sebbene valga ad escludere il dolo – mantiene viva la responsabilità residuale dell'agente se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.

Ed è proprio questa "mancanza" ad essere stata valorizzata da una parte della dottrina per poter attribuire un significato autonomo all'art. 51, comma 3, c.p. il quale, a ragionar diversamente, resterebbe una semplice (ed inutile) duplicazione della regola generale sulla er-

scendere la supposizione erronea scusante da un errore su legge extrapenale proprio a causa di questo diretto rapporto di integrazione tra norma extrapenale e la portata della legittimità che rende impossibile trovare «un margine di distinzione, in materia, tra errore su legge penale ed extrapenale».

⁵⁶ Tuttavia, per la dottrina maggioritaria, non sembrerebbe nemmeno risolutivo – al fine di ridurre l'area operativa dell'errore – il richiamo alla esplicita menzione dell'errore di fatto operato dall'art. 51, comma 3, che renderebbe la norma tassativa (tale la ritiene, infatti, G. DE VERO, *loc. ult. cit.*), poiché si osserva che la formula "errore di fatto" è stata dal legislatore utilizzata (anche in altri luoghi, come per esempio nella stessa rubrica dell'art. 47 c.p.) in un «significato lato, tale da involgere, oltre che l'errore materiale, ogni ipotesi di errore rilevante, e quindi anche quello di diritto sui criteri di qualificazione degli elementi normativi»: così, C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 204 s.

⁵⁷ Questa è la posizione assunta in numerose pronunce della Suprema Corte, sicuramente risalenti ma concordi. Si vedano, ad esempio, Cass. pen., sez. III, 9 maggio 1957, in *Giust. pen.*, 1957, II, 879, che non ritenne applicabile l'art. 51, comma 3, c.p. poiché l'errore non era caduto sui presupposti fattuali bensì sulla obbligatorietà dell'ordine; nello stesso senso, Cass. pen., sez. IV, 30 gennaio 1963, Tamburini, in *Cass. pen.*, 1963, 493; Cass. pen., sez. IV, 17 gennaio 1972, in *Cass. pen. mass.*, 1973, 1227.

ronea supposizione delle cause di giustificazione che, in quanto tale, troverebbe comunque applicazione anche per l'esecuzione di un ordine erroneamente ritenuto legittimo senza necessità che ne venga specificamente reiterata la previsione⁵⁸.

Al contrario, ritenendo significativa e non casuale l'assenza di una esplicita affermazione della punibilità a titolo di colpa per la esimente putativa, la morfologia del terzo comma cambia considerevolmente ed acquisisce una identità netta e propria. Il legislatore, cioè, avrebbe voluto sottrarre espressamente la rilevanza penale all'errore colposo sull'esistenza della scriminante solo per l'ipotesi della esecuzione di un ordine erroneamente reputato legittimo da parte del subordinato e lo avrebbe fatto per tenere in 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 emanato⁵⁹.

Il condizionamento morale generato dalla relazione di subordinazione consentirebbe, quindi, di scusare anche la mancanza di diligenza nella verifica della legittimità del comando ricevuto⁶⁰ 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).

Certo, non sono mancate le critiche dovute all'eccessivo affievoli-

⁵⁸ L'autonomia della previsione contenuta al terzo comma dell'art. 51 c.p. rispetto alla regola generale sulla supposizione erronea delle cause di giustificazione è sostenuta in dottrina, tra gli altri, da C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 242 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 319; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 2019, cit., 378.

⁵⁹ Questa è la convinzione anche di C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 243 che giustifica la deroga all'art. 59 a favore del subordinato con la «intenzione di trattare con una maggiore benevolenza il soggetto» proprio in ragione della sua posizione di sottomissione.

⁶⁰ Così sosteneva F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 2007, 356, il quale però metteva in evidenza anche le conseguenze negative della autonomia dell'art. 51, comma 3, c.p., che produrrebbe per il subordinato un «evidente allentamento del principio di responsabilità, [...] essendo chiaro che la prospettiva dell'esenzione della responsabilità (colposa) anche se l'errore sia rimproverabile, non sollecita certamente particolare scrupolo e attenzione nella verifica della legittimità dell'ordine» e provocherebbe, quindi, una maggiore superficialità nella esecuzione dell'ordine, "giustificata" dalla cogenza morale di preferire non sottrarsi all'esecuzione e anziché verificare la legittimità.

mento della responsabilità che così si produrrebbe per il subordinato, il quale godrebbe di un'area di non punibilità eccessiva e sarebbe, dunque, quasi "spinto" ad eseguire l'ordine piuttosto che a verificarlo, anche nelle ipotesi nelle quali non è pienamente convinto della sua legittimità⁶¹. Tuttavia, è questo il prezzo da dover pagare per attribuire autonomia alla previsione normativa dell'art. 51, comma 3, c.p.

In definitiva, per salvarne l'autonomia e la compatibilità sistematica, la previsione dell'art. 51 andrebbe sottoposta ad una duplice *forzatura*: da un lato, si deve accettare l'estensione della sua area operativa al di là del solo errore di fatto (diversamente da quanto letteralmente previsto) e, dall'altro, si deve dare valore significativo al mancato richiamo dell'errore colposo quale indice di una espressa volontà legislativa ispirata all'esigenza di favorire il soggetto subordinato⁶².

Un indice della fondatezza di questa ricostruzione ampia della portata del terzo comma, intrisa di *favor rei*, potrebbe forse essere rinvenuto nell'ultimo capoverso dell'articolo, laddove appare comunque evidente come il legislatore si sia preoccupato di tenere in considerazione lo squilibrio tra le posizioni delle due parti del rapporto impositivo e abbia cercato di contenere il più possibile la responsabilità dell'esecutore, escludendone categoricamente la punibilità quando l'ordine illegittimo impartito non poteva essere sindacato.

5.2. *L'insindacabilità (vera o presunta) dell'ordine illegittimo*

Il tema dell'insindacabilità dell'ordine illegittimo ha impegnato su più fronti l'opera della dottrina poiché non solo si è dubitato che fosse realmente possibile ammettere l'esistenza nel sistema giuridico di ordini criminosi assolutamente vincolanti⁶³ ma, pur trovando un accor-

⁶¹ Contrario a questa impostazione è F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 238 e 373, per il quale non vi è ragione di derogare alla disciplina generale. Su questa posizione anche G. BETTIOL, *L'ordine dell'autorità*, cit., 174.

⁶² Il principio del *favor rei* quale guida in queste incertezze interpretative è propugnato da C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 244.

⁶³ Secondo una parte della dottrina, non solo non sarebbe configurabile un dovere di obbedienza rispetto ad ordini criminosi ma, al contrario, esisterebbe (anche per coloro che sono inquadrati nei ruoli militari o di pubblica sicurezza) un dovere di disobbedienza rispetto ad ordini illegittimi (per violazione di norme penali o extrapenali): così D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine del superiore*, cit., 74. Una prova logica contro l'ammissibilità nel nostro ordinamento di ordini criminosi vincolanti sarebbe data dall'assenza nel sistema di una sanzione applicabile nel caso di inosservanza dell'ordine: così, ad esempio, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, loc. ult. cit.*, e T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 246.

do sul loro diritto di cittadinanza, rimaneva in ogni caso la necessità di individuarne i limiti di validità e infine, accettata la presenza di ordini criminosi non sindacabili validi, è stato necessario comprendere quale fosse la natura giuridica dell'esenzione da responsabilità ad essi collegata.

Il fatto che – secondo quanto previsto dal quarto comma dell'art. 51 c.p. – a non consentire alcun sindacato sulla legittimità di taluni ordini, anche qualora essi siano criminosi, è pur sempre la legge fa presto pensare alla presenza di un contrapposto interesse pubblico all'adempimento (in sé) dell'ordine, quale che ne sia il contenuto. In questo caso, più che un interesse "di merito" alla lesione del bene protetto dalla fattispecie criminosa (come accade nei casi di ordine legittimo), vi sarebbe un interesse "di metodo" che l'ordinamento si impegna a proteggere, preferendo l'esecuzione tempestiva dell'ordine anziché il giudizio sulla sua legittimità (certamente funzionale a non commettere reati ma inevitabilmente bisognoso di tempo per il compimento degli accertamenti sulla effettiva criminalità).

Questa constatazione, come si vedrà, ha condotto una parte della dottrina a collocare la situazione contemplata nel quarto comma direttamente tra le cause di giustificazione, valorizzando la presenza della legge al fine di dimostrare l'esistenza di un interesse comunque pubblico a fondamento dell'esecuzione di un ordine non legittimo.

Sebbene possa sembrare una contraddizione in termini quella per cui la legge non consenta di sindacare (e quindi imponga) l'esecuzione di un ordine che non rispetta i parametri dettati dalla legge, la situazione prevista al quarto comma va tuttavia contestualizzata e circoscritta a quei settori nei quali lo Stato ha bisogno di garantire rigorosa e celere obbedienza ai comandi⁶⁴. Pertanto, la sottrazione al su-

⁶⁴ Per disposizione di legge, sono infatti vincolati ad obbedire agli ordini dei propri superiori sia i militari che gli appartenenti alla polizia di Stato. Lo stabilisce tanto l'art. 66, comma 1, della Legge 1° aprile 1981, n. 121, Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza, secondo cui «l'appartenente ai ruoli dell'Amministrazione della pubblica sicurezza è tenuto ad eseguire gli ordini impartiti dal superiore gerarchico od operativo», quanto l'art. 729, comma 1, del D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, che impone al militare di «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 [...]», quanto infine l'art. 1349, comma 2, del Codice dell'ordinamento militare, dove si afferma che «il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque

bordinato del potere di sindacato sull'ordine è strumentale alla tutela di interessi la cui difesa e realizzazione va assicurata senza ritardo, attraverso l'imposizione di comandi la cui esecuzione deve essere tempestiva, certa ed immediata, presumendo che gli ordini impartiti dai superiori siano legittimi⁶⁵ e giungendo anche ad accettare il rischio che l'ordine invece legittimo non sia e che il suo adempimento determini la commissione di un reato.

Si deve, dunque, attuare un bilanciamento tra il rischio di realizzazione di un fatto criminoso e l'esigenza di non intralciare l'operato dello Stato in alcuni settori nevralgici dell'ordinamento. Il terreno elettivo dell'insindacabilità dell'ordine è, infatti, quello delle relazioni gerarchiche contraddistinte da particolare rigore e disciplina, vale a dire i rapporti militari e quelli esistenti all'interno delle forze di polizia, funzionali alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici, esigenze queste che mal si concilierebbero con un'esecuzione lenta o tardiva dei comandi impartiti ai subordinati⁶⁶.

Tuttavia, il concetto di "sindacato sulla legittimità" merita di essere correttamente inteso, per chiarire quanto sia ampio il suo bacino di applicazione e, prima ancora, a quale accezione della legittimità si debba far riferimento. Ed è proprio la necessità di immediatezza del-

manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i superiori». In argomento, si vedano le ricostruzioni di G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 541; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 307 s.; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 551 ss.

⁶⁵ Gli ordini dei quali si richiede prontamente l'adempimento (dunque *vincolanti*) sono, infatti, quelli che attengono al servizio o alla disciplina e che non eccedono i compiti di istituto: così prevedono espressamente sia l'art. 1349, comma 1, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), sia l'art. 66, secondo comma, della già richiamata Legge n. 121 del 1981 che, inoltre, aggiunge la necessità che l'ordine non sia lesivo della dignità personale di coloro cui è diretto. In dottrina, B. PELLEGRINO, *Sindacato di legittimità sostanziale dell'ordine e disobbedienza nel sistema penale militare*, in *Giust. pen.*, II, 1974, 198, sostiene la non vincolatività dell'ordine estraneo al servizio o alla disciplina. Parimenti, si legge in G. ROSIN, *Il militare fra dovere di obbedienza e dovere di disobbedienza. L'esecuzione dell'ordine criminoso*, in *Rass. giust. mil.*, 1982, 210, che un comando con il quale si impone di commettere un fatto di reato non può neppure essere definito "ordine". Afferma l'esistenza di una corrispondenza biunivoca tra vincolatività e legittimità dell'ordine D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine del superiore*, cit., 73.

⁶⁶ Certo è che questo schema di scriminante, fondato sull'indeterminatezza dell'interesse giustificante e sulla sua effettiva strumentalità alla realizzazione di interessi finali non predeterminati (per la cui tutela è impartito l'ordine), pone dei seri problemi di costituzionalità, poiché è «l'autorità che emana l'ordine a farsi arbitra del bilanciamento finale degli interessi "sostanziali"», così: F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., 1051 ss.

l'adempimento a costituire la *ratio* che deve guidare l'interprete nell'opera di esatta delimitazione dell'area di insindacabilità dell'ordine criminoso. Pertanto, tutte quelle volte nelle quali l'illegittimità dell'ordine può essere prontamente e agevolmente verificata da parte del subordinato, non si ha motivo di ritenere esclusa la sua responsabilità qualora egli abbia comunque dato esecuzione all'ordine.

Questa evidenza si presenta in due ipotesi, una riguardante la forma e l'altra il contenuto. È pacifico, infatti, che il sindacato sulla legittimità formale sia sempre consentito, anche nei contesti di stretta subordinazione gerarchica, posta la macroscopicità dell'eventuale difetto di competenza o di conformità alle forme prescritte dalla legge. Il sottoposto, perciò, non ha difficoltà a rendersi conto dell'illegittimità formale palese e dunque a contestare il comando ricevuto.

Al contrario, il controllo sulla regolarità del merito di un ordine potrebbe richiedere una valutazione meditata, ponderata e perciò *lenta* da parte del sottoposto, potenzialmente idonea ad intralciare la speditezza dell'obbedienza imposta nelle relazioni tipiche dei contesti militari o di polizia. In relazione a questo profilo, ha senso dunque imporre un limite al sindacato per preservare l'interesse alla rapidità di esecuzione, accettando il rischio che possano essere compiuti reati⁶⁷. L'insindacabilità, pertanto, può riguardare solo la legittimità sostanziale. Eppure, nemmeno su questo terreno esiste un divieto totale di verifica: laddove la criminalità del comando impartito appaia *manifesta* e la sua evidenza non necessiti di alcuna verifica supplementare, l'inferiore dovrà senz'altro rifiutarne l'adempimento⁶⁸. Se quindi è

⁶⁷ Non vi è mai un obbligo di esecuzione dell'ordine illegittimo, infatti, per gli impiegati pubblici, posto che per questi non si pone una esigenza di prontezza nell'obbedienza. La legge stabilisce che «l'impiegato non deve comunque eseguire l'ordine del superiore quando l'atto sia vietato dalla legge penale» (art. 17, comma 3, D.P.R. n. 3 del 1957). Pertanto, nei settori diversi da quelli militari e di polizia, i subordinati hanno il pieno diritto di controllare anche la legittimità sostanziale dell'ordine. Cfr. anche R. BAJNO, *In tema di sindacato sull'ordine dell'Autorità nell'«adempimento di un dovere» ex art. 51 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 546 ss.

⁶⁸ Il limite della manifesta criminalità quale argine alla insindacabilità e motivo di doveroso rifiuto alla esecuzione dell'ordine da parte del subordinato è espressamente previsto nelle normative di settore relative ai contesti militari e di pubblica sicurezza. L'art. 66, comma 4, della Legge n. 121 del 1981, impone all'appartenente ai ruoli della pubblica sicurezza di non eseguire un ordine che costituisce manifestamente reato e di informare immediatamente i superiori. Parimenti, l'art. 1349 del Codice dell'ordinamento militare stabilisce, in capo al militare subordinato, il dovere di non eseguire un ordine «manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato». Unanime la giurisprudenza nell'affermare che, per scriminare, l'ordine deve atte-

palese che l'ordine è stato emanato al di fuori del potere di imperio che compete al superiore, cessa di operare (e visibilmente) quell'unica *ratio* che sorreggeva l'insindacabilità sostanziale dell'ordine e sorge un palese dovere di disobbedienza al comando.

A delimitare la latitudine del concetto di "criminosità *manifesta*" soccorre, ancora una volta, il medesimo criterio che ha condotto sinora le riflessioni sul fondamento della insindacabilità. Pertanto, posto che il rischio di esecuzione di un ordine criminoso può essere accettato dall'ordinamento solo allo scopo di non compromettere la rapidità di svolgimento di taluni rapporti gerarchici quando la valutazione potrebbe intralciarne la speditezza, ciò che conta è che la criminosità sia *evidente* a chi esegue l'ordine, non importa se in forza di indici oggettivi e universali che la rivelerebbero *ictu oculi* a chiunque o perché invece ad averne la consapevolezza sia solo il subordinato, per via di una conoscenza meramente personale. Il carattere *manifesto* della contrarietà alla legge penale serve, infatti, a provare la conoscenza della criminosità da parte del destinatario dell'ordine, a superare ogni ragionevole dubbio circa la sua effettiva consapevolezza, pertanto se la prova della coscienza della criminosità viene raggiunta altrimenti – in difetto della evidenza oggettiva – non vi è alcuna ragione di non ritenere responsabile l'esecutore del comando⁶⁹.

Tuttavia, al di là della criminosità manifesta, ai subordinati viene comunque riconosciuto dalla legge uno spazio per esprimere le proprie perplessità in ordine alla illegittimità dell'ordine ricevuto (anche in rapporti gerarchici stringenti)⁷⁰, sebbene prevalga in ultima istanza

nera al servizio e non eccedere i compiti d'istituto; in caso di ordine costituente un reato, non solo il militare di grado inferiore può opporre legittimamente il rifiuto, ma ha anche il dovere di non darvi esecuzione e di avvisare immediatamente i superiori. In definitiva anche nella gerarchia militare, dove esiste l'obbligo della più stretta e pronta obbedienza, la palese criminosità dell'ordine costituisce un limite all'obbedienza»: Cass. pen., sez. III, (10 marzo 2011) 13 maggio 2011, n. 18896, Riccio, in *www.dejure.it*.

⁶⁹ In dottrina, è pacifico che la conoscenza personale del carattere criminoso dell'ordine – tale da rendere comunque inconfutabile per il subordinato una criminosità obiettivamente non evidente – valga a fondare la responsabilità dell'esecutore, anche se non vi erano elementi esteriormente visibili di contrarietà alla legge penale. Si vedano, fra gli altri, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, loc. ult. cit.; T. PADOVANI, *Ordine criminoso*, cit., 487; ID., *Diritto penale*, cit., 247; A. SANTORO, *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, 1957, 236, secondo il quale sarebbe «assurdo pensare che debba essere eseguito un ordine» quando si ha certezza della sua illiceità penale; R. VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1997, 189.

⁷⁰ A favore dell'esistenza di un sindacato sulla legittimità, anche in assenza di

la decisione del superiore. Si tratta di quelle ipotesi, previste sia per i militari che per gli appartenenti ai ruoli della pubblica sicurezza, nelle quali il sottoposto che non ritenga conforme alla legge l'ordine che gli è stato impartito *deve* rappresentarlo al superiore da cui il comando proviene, indicandone le ragioni⁷¹. L'espressa conferma dell'ordine da parte del vertice fonda, però, il dovere di esecuzione del comando imposto⁷². Secondo una parte della dottrina, sarebbero proprio queste le situazioni che fonderebbero la categoria degli ordini criminosi, sebbene però vi sia stato chi (più propriamente) ha ritenuto che neppure in questo caso sorga il vincolo di obbedienza in capo al sottoposto⁷³.

Ammessa con riserve, dunque, l'esistenza degli ordini criminosi insindacabili, resta viva la questione della natura giuridica da riconoscere alla causa di non punibilità prevista al quarto comma dell'art. 51 c.p. a favore di chi esegue l'ordine illegittimo senza poter compiere su di esso alcun sindacato. Com'è stato in parte anticipato, la dottrina si è divisa tra l'affermazione di una semplice scusante e il riconoscimento di una vera e propria scriminante.

A sostegno della presenza, in questa vicenda, del «meccanismo tipico delle cause di giustificazione»⁷⁴ si è espresso chi ha voluto valorizzare l'esigenza di bilanciamento tra il rischio di realizzazione di un fatto criminoso e il bisogno di non frapporre intralci all'azione dello Stato in aree fondamentali del suo funzionamento. Se l'ordinamento ha ritenuto di dover dare prevalenza alla necessità di pronta obbe-

criminosità manifesta, si esprimono V. GARINO, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere nel diritto penale militare*, in *Dig. disc. pen.*, 1990, 334; S. RIONDATO, *Diritto penale militare*, cit., 207.

⁷¹ Tanto è previsto dal secondo comma dell'art. 729 del Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, e similmente dall'art. 66, comma 3, della Legge n. 121 del 1981, nel quale più precisamente si parla di ordine ritenuto "palesamente illegittimo".

⁷² Le due disposizioni richiamate nella nota precedente impongono, infatti, al subordinato l'esecuzione dell'ordine qualora esso, dopo le segnalazioni di illegittimità rivolte a chi l'ha impartito, viene confermato dal superiore. L'ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza prevede inoltre che il rinnovo dell'ordine debba essere effettuato per iscritto.

⁷³ Parte della dottrina ritiene che nemmeno l'ordine confermato sia, in realtà, vincolante, posto che il subordinato può comunque scegliere di non adempierlo, esponendosi alla responsabilità penale per disobbedienza se l'ordine impartito si rivela, poi, legittimo (come previsto dall'art. 173 c.p.m.p.). Sul punto, si veda D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine del superiore*, cit., 76.

⁷⁴ Così, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 2007, 357 s.

dienza al comando rispetto ai beni giuridici offesi dal comportamento del subordinato, si è dunque voluto segnare con il crisma della liceità la commissione del fatto lesivo esecutivo dell'ordine.

La ricostruzione, pur fondata su una constatazione effettiva (cioè la superiorità accordata alla rapidità di esecuzione dell'ordine), sconta però un difetto di organicità complessiva, assistendosi ad uno sdoppiamento valutativo del medesimo fatto concreto commesso in concorso tra i due soggetti del rapporto gerarchico.

L'episodio per il quale il sottoposto beneficia della giustificazione è il medesimo che, invece, genera la responsabilità penale del superiore che ha impartito l'ordine: contemporaneamente fatto lecito e fatto illecito a seconda della prospettiva dalla quale lo si osserva. La stessa categoria delle "cause di giustificazione personali"⁷⁵, nella quale questa situazione viene inquadrata per motivare la differenza soggettiva di trattamento, testimonia una certa forzatura logica rispetto al fondamento autenticamente oggettivo sul quale si radicano le scriminanti.

Dovendosi, però, inevitabilmente valorizzare la dimensione *personale* della non punibilità, sarebbe più coerente spostarsi sul terreno dell'inesigibilità, non potendosi pretendere da parte del subordinato un comportamento diverso dall'esecuzione del comando impostogli, dato il contesto (psicologicamente condizionante) di rigorosa sottomissione gerarchica. L'adempimento di un ordine illegittimo insindacabile si colloca, dunque, più correttamente nella categoria giuridica delle cause di esclusione della colpevolezza, ferma restando l'illiceità del comportamento per entrambe le parti del rapporto⁷⁶. Qui, l'interesse perseguito dall'ordinamento di non frapporre ostacoli alla velocità dell'esecuzione di certi comandi non è un interesse tutelato in sé ma solo perché strumentale all'attività amministrativa, che resta comunque regolata dalla legge. Esso, dunque, non può rendere lecito il comportamento (che, difatti, resta reato per il superiore), ma deve coniugarsi con la delicata posizione nella quale si trova il subordina-

⁷⁵ Questa è la posizione sostenuta, tra gli altri, da G. DELITALA, voce *Adempimento di un dovere*, cit., 570; G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, cit., 137; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 308; F. PALAZZO, *loc. ult. cit.*; A. SANTORO, *L'ordine del superiore*, cit., 251; F. VIGANÒ, *Art. 51*, cit., 899.

⁷⁶ In questo senso si è espressa larga parte della dottrina: tra gli altri, F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, 293; G. DE VERO, *Corso*, cit., 542; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 552; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 239; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 162 s.; D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine del superiore*, cit., 98 ss.

to, generando una causa di scusa (questa certamente personale e soggettiva).

Le ipotesi previste al terzo e quarto comma dell'art. 51 c.p., lungi dal collocarsi sul terreno oggettivo delle scriminanti, sono entrambe riconducibili ad un difetto di rimproverabilità del subordinato gerarchico⁷⁷.

⁷⁷ Un importante sostegno a questa impostazione è giunto, già in tempi risalenti, dalla Corte costituzionale secondo cui, in tutti le ipotesi di esecuzione di ordini illegittimi, l'esenzione da pena prevista dall'art. 51 c.p. non giustifica mai il fatto in sé, tanto è vero che ne risponde sempre colui che ha dato l'ordine. La previsione del quarto comma, più specificamente, contempla una "situazione speciale" per l'esecutore dell'ordine. (Corte cost., 22 giugno - 1° luglio 1972, n. 123, in *www.corte costituzionale.it*). Posizione pienamente accolta e confermata da Cass. pen., sez. I, (16 novembre 1998) 1° dicembre 1998, n. 12595, Hass e Priebke, in *Foro it.*, 1999, II, 273, che parla dell'art. 51, comma 4, come di «circostanza di esclusione della pena di natura personale e soggettiva, per ciò stesso priva di efficacia, a norma dell'art. 119 c.p., per tutti coloro che sono concorsi nel reato».

