



CONVEGNO "DIRITTO E FORZE ARMATE. NUOVI IMPEGNI"
PADOVA, 30 NOVEMBRE 2000*

**L'ORDINE CRIMINOSO NEI RECENTI PROGETTI DI
RIFORMA DEL CODICE PENALE ITALIANO E NELLA
DISCIPLINA INTERNAZIONALE PENALE**

Debora Provolo

* Testo provvisorio,

La questione relativa alla responsabilità del subordinato che commette reato nell'esecuzione di un ordine del superiore è stata di recente oggetto di parziale risistemazione nei progetti di riforma del codice penale.

Ci si riferisce al c.d. Progetto Pagliaro del 1992¹, al disegno di legge di iniziativa parlamentare presentato al Senato nel 1994 (Senatore Riz e altri)² e, infine, al progetto presentato nel settembre 2000 dalla Commissione ministeriale Grosso³.

Tutti i citati progetti continuano a prevedere l'adempimento del dovere in esecuzione di un ordine legittimo dell'autorità come causa di esclusione della punibilità, conformemente a quanto già disposto dal vigente art. 51 c.p.⁴. L'ordine integralmente legittimo continua, quindi, ad operare come causa di giustificazione per il subordinato esecutore⁵.

Per quanto riguarda l'ordine illegittimo, viene affermata la normale corresponsabilità dell'inferiore (insieme al superiore) nell'illecito penale commesso per ordine del superiore, come già previsto dalla vigente disciplina dell'adempimento del dovere⁶.

In merito al sindacato sulla legittimità dell'ordine, i redattori dei progetti hanno recepito, in maniera più o meno compiuta, taluni principi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in sede di interpretazione dell'ult. co. dell'art. 51 c.p.

Tale norma dispone, com'è noto, la non punibilità di chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine stesso.

¹ Lo "Schema di legge delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale" è pubblicato in *Ind. Pen.*, 1992, 579. Cfr. PAGLIARO A., *Lo schema di legge delega per la riforma: metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Ind. Pen.*, 1994, 243; *ID.* *Valori e principi nella bozza italiana di legge delega per un nuovo codice penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1994, 374. V., inoltre, AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari. Problemi. Prospettive*, Milano, 1993; CAVALIERE A., *Riflessioni dommatiche e politico-criminali sulle cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1994, II, 1478; DOLCINI E. – MARINUCCI G., *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1992, 385; FORNASARI G., *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega per un nuovo codice penale*, in *Ind. Pen.*, 1994, 365; GROSSO C. F., *La riforma delle cause di giustificazione generali*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, Vol. I, Bari, 1994, 475.

² Disegno di legge N. 2038, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1995, 927.

³ Reperibile sul sito internet www.giustizia.it. In commento alla relazione formulata dalla medesima Commissione nel 1999, v. PAGLIARO A., *Il documento della Commissione Grosso sulla riforma del diritto penale: metodo di lavoro e impostazione generale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1999, 1184.

⁴ Sull'art. 51 c.p. v., per la manualistica, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, Milano 1994, 252 ss., BETTIOL G. – PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, Padova 1986, 368, FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 1995, 238; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova 1992, 251; PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano 1999, 206.

⁵ Rispetto alla formulazione dell'art. 51 c.p., va posto in evidenza che, mentre nel Progetto Pagliaro (art. 16) si utilizza la generica locuzione "adempimento di un obbligo giuridico", nel documento predisposto dalla Commissione Grosso (art. 36) si fa riferimento all'ordine legittimo, eliminando l'inciso "dell'autorità", in modo da potervi includere anche l'ordine privato.

⁶ L'errore sulla legittimità dell'ordine, attualmente disciplinato dal terzo comma dell'art. 51, trova diversa sistemazione nei tre progetti in esame. Nell'art. 49 del Progetto Riz ci si limita, infatti, a sostituire l'espressione "errore di fatto" con quella di "errore scusabile", mentre negli altri due progetti viene soppresso, nella norma sull'adempimento del dovere, il riferimento all'errore sulla legittimità dell'ordine. V., in critica al Progetto Pagliaro, CAVALIERE A., *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli 2000, 569.

Questa eccezione alla generale regola della responsabilità penale dell'esecutore di un ordine criminoso andrebbe riferita, a parere della dottrina⁷, ai rapporti di subordinazione di natura militare o assimilati, caratterizzati dall'obbligo di obbedienza pronta e rigorosa. Ma neppure in questi settori l'inferiore gerarchico è tenuto all'obbedienza cieca. Si ritiene, infatti, che l'ordine sia sempre sindacabile da parte dell'inferiore relativamente alla legittimità formale (competenza del superiore ad impartire l'ordine, competenza dell'inferiore ad eseguirlo, emanazione nella forma prescritta dalla legge)⁸; l'insindacabilità, quindi, sarebbe soltanto relativa, potendo riguardare unicamente la legittimità sostanziale dell'ordine medesimo, ossia la sussistenza dei presupposti stabiliti dalla legge per la sua emanazione. Ma neppure il sindacato sulla legittimità sostanziale dell'ordine è totalmente precluso al subordinato esecutore, dato che è principio ormai consolidato che la manifesta o comunque nota criminalità dell'ordine stesso faccia sorgere in capo all'inferiore il dovere di disobbedire. In ambito militare, il limite della manifesta criminalità trova un preciso appiglio testuale nell'art. 4 ult. co. della l. 382/78, ai sensi del quale "il militare al quale viene impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i superiori". Nonostante l'utilizzo dell'avverbio "manifestamente", si ritiene che la posizione del subordinato nei confronti dell'ordine criminoso, manifestamente tale o no, consista comunque nel dovere di disobbedire⁹. Se l'esecutore ha agito con l'effettiva consapevolezza dell'illiceità penale della condotta impostagli dal superiore, non potrà non essere affermata la sua responsabilità per il reato commesso¹⁰.

Tutti questi principi sono stati dunque formalizzati nei progetti di riforma in esame: negli articolati predisposti viene, infatti, affermata la non punibilità dell'"ordine illegittimo insindacabile", salvo che la criminalità fosse manifesta o a costui comunque nota¹¹.

Il mantenimento, *de lege ferenda*, della categoria dell'ordine illegittimo insindacabile non può non destare perplessità, e ciò anche in riferimento ai rapporti gerarchici di natura militare.

Va posto in evidenza, comunque, che nei progetti si evita di fare riferimento a ordini illegittimi *vincolanti*¹², forse perché sono state recepite quelle istanze¹³ volte al superamento della diffusa

⁷ V., tra gli altri, FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., 242; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 253; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 254.

⁸ Cfr., tuttavia, PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 316, secondo il quale non è escluso che alcuni aspetti della legittimità formale dipendano da valutazioni di merito sottratte alla sfera di attribuzioni dell'esecutore; nello stesso senso v. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 254.

⁹ Cfr. ROSIN G., *Il militare tra dovere di obbedienza e dovere di disobbedienza. L'esecuzione dell'ordine criminoso*, in *Rass. Giust. Mil.*, 1982, 227, secondo il quale la posizione dell'inferiore nei confronti dell'ordine la cui esecuzione costituisca, manifestamente o no, reato, non è diversa da quella di un qualsiasi altro soggetto tenuto all'osservanza della legge penale e non emerge, quindi, alcuna ragione per ritenere che egli, nel contrasto tra la legge penale e la manifestazione di volontà del superiore gerarchico, possa privilegiare quest'ultima e realizzare così un reato. Per la tesi secondo cui il subordinato avrebbe la facoltà di scegliere tra l'obbedienza e la disobbedienza nei casi in cui l'ordine non sia manifestamente criminoso v. BACHELET V., *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano 1962, 190; PELLEGRINO B., *Nuovi profili in tema di obbedienza gerarchica*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1978, 158.

¹⁰ Questa tesi è pacificamente riconosciuta in dottrina: v., tra gli altri, PADOVANI T., *Ordine criminoso e obbedienza gerarchica nel diritto penale italiano*, in *Dei delitti e delle pene*, 1987, 487; ROSIN, *Il militare*, cit., 233; VENDITTI R., *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano 1997, 193;

¹¹ L'art. 36 elaborato dalla Commissione Grosso è senza dubbio quello che più compiutamente accoglie le suddette elaborazioni dottrinali in merito alla sindacabilità formale dell'ordine e alla punibilità dell'esecutore dell'ordine non sindacabile la cui criminalità sia manifesta o a costui comunque nota.

opinione¹⁴ secondo cui il fondamento della non punibilità dell'esecutore di un ordine criminoso insindacabile è da ricondurre alla natura vincolante dell'ordine medesimo. Infatti, anche se al subordinato fosse, in ipotesi, precluso di sindacare gli ordini, ciò ancora non significherebbe l'esistenza di vincolatività dell'ordine ricevuto. E' indubbio, infatti, che non siano concepibili nel nostro ordinamento ordini illegittimi vincolanti: l'ordine criminoso o comunque illegittimo fa sorgere il dovere di disobbedienza e non sono ravvisabili sanzioni a carico di chi rifiuti di adempiere un simile ordine.

Ma dall'analisi delle disposizioni contenute nella legge 382/78 (*Norme di principio sulla disciplina militare*) e nel regolamento di disciplina (D.P.R. 545/86) emerge che non si può neppure sostenere che, in ambito militare, siano configurabili ipotesi in cui non sia concesso al subordinato alcun sindacato sulla legittimità sostanziale dell'ordine ricevuto. Ai sensi dell'art. 4 co. 4 della legge sui principi gli "ordini devono, conformemente alle norme in vigore, attenere alla disciplina, riguardare il servizio e non eccedere i compiti d'istituto". Il richiamo alla conformità alla legge dell'ordine implica che esso, per poter fondare il dovere di obbedienza, deve avere i caratteri della legittimità formale e sostanziale¹⁵. Riguardo allo stesso dovere di obbedienza, il reg. disc. prevede che l'obbedienza consista nell'esecuzione degli ordini attinenti al servizio e alla disciplina, in conformità al giuramento prestato (art. 5), nella cui formula viene dato rilievo all'osservanza della Costituzione e delle leggi della Repubblica (art. 2 l. 382/78). Inoltre, l'art. 25 co 1 reg. disc. richiede al militare l'esecuzione degli ordini ricevuti "nei limiti delle relative norme di legge e di regolamento". L'insieme delle citate disposizioni fa ritenere: che il subordinato sia vincolato all'obbedienza solo nel caso in cui l'ordine sia integralmente legittimo; che gli sia attribuito il pieno sindacato sulla legittimità dell'ordine ricevuto¹⁶. Norme che presuppongano l'esistenza in diritto di ordini illegittimi insindacabili e vincolanti, come l'attuale art. 51 ult. co. c.p., non trovano mai applicazione¹⁷, così come non potranno trovare applicazione le nuove previsioni in tal senso dei recenti progetti di riforma.

¹² Cfr., tuttavia, la prima relazione della Commissione Grosso, presentata nel 1998, in cui ancora ci si riferisce agli ordini illegittimi vincolanti.

¹³ V., per tutti, FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., 243; PADOVANI, *Ordine criminoso*, cit., 479.

¹⁴ V. DELITALA G., *Adempimento di un dovere*, in *Enc. Dir.*, 1958, 570; SANTORO A., *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino 1957, 247 e, più di recente, ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 254.

¹⁵ Anche il D.P.R. 545/86 opera una serie di univoci e precisi richiami alla necessaria legittimità dell'ordine gerarchico vincolante stabilendo che "il superiore deve tenere per norma del proprio operato che il grado e l'autorità gli sono conferiti perché siano esercitati e impiegati unicamente al servizio e a vantaggio delle F.A. e per far osservare dai dipendenti le leggi, i regolamenti, gli ordini militari e le disposizioni di servizio" (art. 21 co. 1); l'art. 23 co. 1 dispone, inoltre, che gli ordini devono essere emanati in conformità e nei casi previsti dalla legge. L'emanazione di ordini non attinenti alla disciplina o al servizio può essere punibile con la consegna di rigore.

¹⁶ GARINO V., *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere nel diritto penale militare*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1990, 334; RIONDATO S., *Diritto penale militare*, Padova 1998, 207.

¹⁷ Né sarebbe possibile ritenere che la configurabilità di ordini illegittimi vincolanti sia ricavabile dall'art. 25 n. 2 reg. disc., ai sensi del quale "il militare al quale venga impartito un ordine che non ritenga conforme alle norme in vigore... deve farlo presente a chi l'ha impartito, dichiarandone le ragioni, ed è tenuto ad eseguirlo se l'ordine è confermato". Tale norma non può essere interpretata nel senso di rendere vincolanti gli ordini criminali per i quali, si ribadisce, sussiste il dovere di disobbedire. Essa opera sul piano soggettivo a tutela del subordinato che versi in situazione di dubbio circa la legittimità dell'ordine ricevuto: se l'ordine è confermato egli sarà immune per aver obbedito ad un ordine oggettivamente illegittimo, salvo il caso di manifesta criminalità: v. RIONDATO, *Diritto penale militare*, cit., 210. *Contra* BRUNELLI D. - MAZZI G., *Diritto penale militare*, Milano 1994, 103: secondo questi autori l'art. 51 ult.

Insomma, l'obbedienza cieca non esiste in diritto, anzi è imposta l'obbedienza vigile (per i militari, "senso di responsabilità e consapevole partecipazione" di cui alla l. n. 382/1978).

E' comprensibile che si voglia tutelare la difficile posizione dell'inferiore gerarchico, il quale è tenuto ad una pronta obbedienza – dato che l'art. 173 c.p.m.p. punisce anche il semplice ritardo nell'eseguire l'ordine – e spesso non ha la materiale possibilità di svolgere un ponderato esame di tutti i profili concernenti l'ordine¹⁸. Ma una cosa è tener conto di tali istanze nel valutare la responsabilità dell'inferiore che abbia eseguito un ordine illegittimo essendo *materialmente* impossibilitato a sindacarne la sostanza, altro è affermare il principio di insindacabilità o vincolatività degli ordini militari, il quale attualmente non trova cittadinanza nel nostro ordinamento.

L'eventuale esenzione dalla responsabilità penale per l'inferiore che si trovi nella materiale impossibilità di avvedersi della criminalità dell'ordine (insindacabilità di fatto, per così dire) deriva, invece, da un'attenuata pretesa relativamente all'evitabilità dell'errore di diritto, rappresentata secondo il criterio della "manifesta criminalità". La colpevolezza dell'inferiore è esclusa se costui non ha riconosciuto o ha erroneamente valutato l'illiceità penale dell'ordine, purché questa non fosse manifesta.

In sede di riforma, quindi, più che configurare l'ordine illegittimo insindacabile come causa di giustificazione (Progetto Riz; Progetto Grosso dubitativamente) o disciplinarlo come autonoma causa soggettiva di esclusione di responsabilità (Progetto Pagliaro), sarebbe più opportuno prevedere una regola particolare dell'errore di diritto.

Inoltre, andrebbe precisato il criterio, oggettivo o soggettivo o "misto" (in che misura?) di determinazione della manifesta criminalità, in modo da superare le attuali incertezze interpretative¹⁹.

Qualche spunto di riflessione ai fini della riforma può essere tratto dalla disciplina riservata all'esecuzione dell'ordine criminoso nel diritto internazionale penale.

La c.d. eccezione di ordini superiori²⁰ è stata una delle *defences* maggiormente sostenute di fronte ai tribunali internazionali e nazionali trovatisi a giudicare crimini di guerra o contro l'umanità, commessi da inferiori gerarchici in ottemperanza ad ordini impartiti dai loro superiori.

co. c.p. si riferirebbe proprio all'ipotesi in cui l'obbligo di eseguire l'ordine sia stato confermato all'inferiore che abbia fatto presenti le proprie perplessità circa la legittimità dell'ordine ricevuto; pertanto, in caso esecuzione dell'ordine confermato, resterebbe esclusa in via generale anche l'eventuale responsabilità colposa (v. art. 59 ult. co. c.p.).

¹⁸ GARINO, *Esercizio*, cit., 335, critica il ristretto ambito di operatività della scriminante dell'adempimento del dovere, dovuta all'attuale assetto normativo, dato che impone al militare il sindacato sulla legittimità sostanziale dell'ordine al di fuori dei casi di manifesta criminalità significa pretendere da costui rapidità e capacità decisionali non comuni.

¹⁹ Si discute, infatti, in dottrina, sul criterio di determinazione della manifesta criminalità della condotta richiesta dal superiore. V. per il riferimento al grado di percezione dell'uomo medio NUVOLONE P., *Valori costituzionali della disciplina militare e sua tutela nel codice penale militare di pace e nelle nuove norme di principio*, in *Rass. Giust. Mil.*, 1979, 27, e per il riferimento al grado di percezione del subordinato esecutore ROSIN, *Il militare*, cit., 235. Altri autori (cfr. VENDITTI, *Il diritto penale militare*, cit., 189) ritengono che il criterio oggettivo vada combinato con componenti di natura soggettiva.

²⁰ Un'ampia trattazione in materia, con riferimenti anche alla prassi giurisprudenziale, è contenuta in DINSTEIN Y., *The defence of "obedience to superior orders" in international law*, Leyden 1965; v. anche DAVID E., *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles 1994, 658; GREEN L.C., *Superior orders and command responsibility*, in *Canadian*

Nell'ambito del diritto internazionale, è principio costantemente affermato che l'aver agito in esecuzione dell'ordine del superiore non costituisce *di per sé* causa di esclusione della responsabilità penale.

Già nei c.d. processi di Lipsia, al termine della prima guerra mondiale, si era sostenuto che non poteva andare esente dalla responsabilità penale chi avesse commesso un reato per ordine del superiore conoscendo la criminalità dell'ordine stesso; si affermava, inoltre, che ai fini dell'accertamento della *personal knowledge* dell'illiceità penale dell'ordine da parte del subordinato, poteva essere utilizzato il criterio ausiliario della "manifesta illegittimità"²¹.

Negli statuti dei tribunali internazionali di Norimberga (art. 8) e Tokyo (art. 6) viene espressamente stabilito che l'aver agito su ordine del superiore non esclude la responsabilità penale dell'inferiore, ma che tale circostanza può essere, per ragioni di giustizia, discrezionalmente considerata ai fini della riduzione della pena²²; si ha, dunque, un esplicito rigetto della dottrina del *respondeat superior*²³.

Nel *Principle IV*, elaborato dalla *International Law Commission* sulla base dell'interpretazione data all'art. 8 dello statuto dai giudici del tribunale di Norimberga, viene precisato che la responsabilità penale individuale di chi ha agito in conformità dell'ordine di un superiore può essere affermata nei limiti in cui "a moral choice was in fact possibile to him" e, quindi, solo nel caso in cui l'inferiore disponesse della libertà morale di scegliere se obbedire o meno all'ordine criminoso²⁴.

Disposizioni analoghe a quella prevista nel citato art. 8 sono contenute negli statuti dei tribunali internazionali penali per i crimini commessi nella ex Jugoslavia e in Rwanda²⁵.

D'altra parte, merita attenzione la circostanza che né la Convenzione sul genocidio del 1948, né le Convenzioni di Ginevra del 1949 sul diritto umanitario di guerra né, infine, i Protocolli aggiuntivi del 1977 contengano alcuna disposizione in merito agli ordini dei superiori. La ragione di tale silenzio si può forse ravvisare nel fatto che, al momento dell'elaborazione di tali trattati, molti Stati consideravano la soluzione del problema sull'efficacia scusante o scriminante dell'ordine gerarchico di competenza del diritto interno dei singoli ordinamenti nazionali²⁶. Questo atteggiamento della Comunità internazionale induce a dubitare dell'esistenza di un autonomo

Yearbook of Int. Law, 1989, 167; LEVIE H., in *Agora: Superior orders and command responsibility*, *American Journal of Int. Law*, 1986, 608.

²¹ Si veda il famoso caso *Llandovery Castle*, v. MULLINS C., *The Leipzig Trials*, 1921.

²² L'art. 8 del *Nuremberg Charter* (1945) stabilisce che "the fact that the Defendant acted pursuant to orders of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment, if the Tribunal determines that Justice so requires".

²³ Cfr. DINSTEIN, *op. cit.*, 38.

²⁴ Sui contrasti interpretativi insorti in merito al significato da attribuire al c.d. "moral choice test", v. DINSTEIN, *The defence*, cit., 147 ss. e 228 ss.

²⁵ Il principio in esame figura, inoltre, nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984 e nei progetti di codificazione dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità elaborati dalla *International Law Commission*. Una raccolta di fonti di diritto internazionale penale è contenuta in *International Criminal Law. A collection of International and European Instruments*, edita da C. Van Den Wyngaert, 1996. In merito al tribunale internazionale per la ex Jugoslavia v. M. CHERIF BASSIOUNI, *Indagini sui crimini di guerra nell'ex Jugoslavia*, 1997; VASSALLI G., *Il tribunale internazionale per i crimini commessi nei territori dell'ex Jugoslavia*, in *La giustizia internazionale penale. Studi*, Milano 1995, 149.

²⁶ In questo senso v. DAVID, *Principes*, cit., 664; LEVIE, *Superior orders*, cit., 610.

principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto, volto a negare, anche a prescindere da quanto disposto dal diritto interno, efficacia esimente all'eccezione di ordini superiori²⁷.

In questo senso può forse essere interpretata la prassi delle Corti nazionali in sede di repressione di gravi violazioni dei diritti dell'uomo. Se è vero, infatti, che tali Corti hanno generalmente rigettato la *defence of superior orders*, non sembra tuttavia che tale orientamento sia conseguenza dell'applicazione di una norma di diritto internazionale consuetudinario, riconducibile ai c.d. *Nuremberg Principles*²⁸. Analizzando le sentenze emanate dai tribunali interni, emerge che i giudici raramente hanno mostrato di richiamarsi a principi di diritto internazionale al fine di affermare la responsabilità penale del subordinato²⁹, applicando esclusivamente le norme di diritto interno che affermavano il medesimo principio. Inoltre, anche in presenza di una legislazione interna fondata sul principio *respondeat superior* non è stato effettuato alcun richiamo a norme internazionali di segno opposto, la cui applicazione sarebbe stata rilevante ai fini della concreta punibilità dell'inferiore³⁰.

Ad ogni modo, il principio per cui l'ordine del superiore non è causa di esclusione della responsabilità per il subordinato esecutore è stato, da ultimo, recepito nello statuto del Tribunale penale internazionale permanente³¹.

Tuttavia, tale statuto prevede, diversamente da quanto stabilito dai precedenti statuti istitutivi di tribunali internazionali, che l'adempimento dell'ordine possa comportare l'esonero dell'inferiore dalla responsabilità penale nel caso in cui sussistano tre condizioni: l'obbligo legale di obbedire all'ordine, la mancata conoscenza dell'illegittimità dell'ordine, la non manifesta illegittimità dell'ordine medesimo (art. 33).

La prima condizione lascia aperta la questione relativa alla configurabilità di ordini illegittimi vincolanti, che deve, quindi, essere risolta nell'ambito dei singoli ordinamenti nazionali (nelle altre due l'illegittimità s'intende derivi *in primis* dal diritto internazionale penale). Questa previsione sembrerebbe confermare la volontà di preservare la sovranità degli Stati nel disciplinare la delicata questione dell'ordine gerarchico, in linea con l'atteggiamento tenuto in occasione delle Conferenze diplomatiche del 1949 e 1977 già citate.

L'ignoranza dell'illegittimità dell'ordine è espressamente configurata dall'art. 32, co.2 (che rinvia all'art. 33) come ipotesi in cui, eccezionalmente, si dà rilievo all'errore di diritto come causa di esclusione della responsabilità penale³².

²⁷ Tra coloro che affermano, invece, l'esistenza di un simile principio di diritto consuetudinario, vigente in tema di repressione dei *crimina juris gentium*, v. M. CHERIF BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht- Boston- London, 1992, 437; DAVID, *Principles*, cit., 659; GREEN, *Superior orders*, cit., 202.

²⁸ Per un'approfondita trattazione di questa tematica v. DE SENA P., *Ordini superiori, immunità funzionale e gravi violazioni dei diritti dell'uomo dinanzi ai giudici interni*, in *Riv. Dir. Internazionale*, 1994, 947.

²⁹ Si veda, per es., il caso *Zuhlke* (in *Annual Digest of public Int. Law Cases*, 1948, 494), in cui a Corte olandese diede risposta negativa al quesito se l'art. 8 dello Statuto del tribunale di Norimberga fosse o meno espressione "of a principle of international law of a wider scope applicable to all war criminals without exception".

³⁰ V. DE SENA, *op.cit.*, 961, in merito alla recente vicenda della mancata punizione degli ufficiali argentini di rango inferiore per i crimini commessi durante il regime dei generali.

³¹ V. MEZZETTI E., *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello statuto della Corte internazionale penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2000, 245; SCHABAS W., *General principles of criminal law in the International Criminal Court Statute*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 6, Issue 4, 1998, 426.

³² Sulle perplessità che può destare tale disposizione, anche per l'ambiguità dell'espressione utilizzata ("the person did not know") v. MEZZETTI, *Le cause di esclusione*, cit., 250 ss.

La manifesta illegittimità dell'ordine segna il limite alla scusabilità di tale errore di diritto.

A tale riguardo, si noti che lo statuto stesso a stabilire, con presunzione assoluta, che gli ordini di commettere genocidio e crimini contro l'umanità sono "manifestly unlawful".

L'introduzione di una tale presunzione impedisce che l'adempimento dell'ordine possa costituire causa di esclusione della responsabilità per i crimini attualmente di competenza della Corte, dato che la stessa ha giurisdizione immediata solo per i casi di genocidio e di crimini contro l'umanità, in attesa della ratifica per i crimini di guerra e di una risoluzione che definisca i crimini di aggressione³³.

Lo statuto risolve, dunque, nelle ipotesi nominate il problema del criterio da impiegare per definire quando la criminosità sia manifesta, ma desta dubbi in ordine all'opportunità di introdurre presunzioni rigide sul versante della colpevolezza (semmai si potrebbe ammettere una presunzione relativa), specialmente con riguardo ad individui appartenenti a culture affatto diverse da quelle di ispirazione europeo-occidentale. Inoltre, resta aperto il problema di individuazione del criterio con riguardo ad ogni altra ipotesi (crimini di guerra e crimini di aggressione)³⁴.

³³ V. MEZZETTI, *op. cit.*, 263.

³⁴ In generale sull'applicazione del principio della manifesta illegittimità nel diritto internazionale penale cfr. DAVID, *Principes*, cit., 662; DINSTEIN, *The Defence*, cit., 26 ss.