

DEBORA PROVOLO

**L'ORDINE GERARCHICO  
NEL SISTEMA PENALE MILITARE GERMANICO**

Estratto da L'INDICE PENALE  
Nuova Serie - Anno II - N. 3 - Settembre-Dicembre 1999



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI - PADOVA

## L'ORDINE GERARCHICO NEL SISTEMA PENALE MILITARE GERMANICO (\*)

**SOMMARIO:** 1. Le fonti in materia di ordine gerarchico militare. – 2. La nozione di ordine. – 2.1. La nozione formale; il non-ordine. – 2.2. La nozione materiale: i vincoli agli scopi di servizio, alle regole del diritto internazionale pubblico, alle leggi e alle disposizioni di servizio; l'ordine integralmente legittimo. – 3. Il dovere di obbedienza. Le cause di non vincolatività dell'ordine. – 4. L'esecuzione dell'ordine legittimo come causa di giustificazione non codificata. – 5. La responsabilità dell'inferiore nell'esecuzione dell'ordine. L'ordine criminoso. 6. – L'ordine di commettere un illecito amministrativo. – 7. L'ordine di commettere un illecito amministrativo la cui esecuzione comporti il pericolo della commissione di un reato colposo. – 8. Profili concernenti la responsabilità del superiore per il contenuto dell'ordine. – 9. Conclusioni.

1. Tra le fonti del diritto militare tedesco<sup>(1)</sup> che riguardano l'ordine e l'obbedienza, viene innanzitutto in considerazione la legge penale militare (*Wehrstrafgesetz*, WStG), che, nella parte generale, fornisce la definizione di "ordine gerarchico" (§ 2 Nr. 2) e stabilisce la responsabilità dell'inferiore nell'esecuzione dell'ordine criminoso (§ 5) e, nella parte speciale, prevede i reati di disobbedienza e le cause di non vincolatività dell'ordine.

Fondamentale importanza riveste anche il *Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten* (*Soldatengesetz*, SoldG), che disciplina lo status di militare e i diritti e doveri ad esso inerenti. Nell'ambito del SoldG assumono particolare rilievo i §§ 10 e 11. Il co. 4 del § 10 stabilisce i requisiti di legittimità dell'ordine gerarchico e il successivo co. 5 sancisce il principio di piena responsabilità del superiore per gli ordini impartiti. Il § 11 delimita l'ambito di estensione del dovere di obbedienza del subordinato.

Altre fonti di diritto militare che hanno rilevanza nella materia in esame sono il *Wehrdisziplinarordnung* (WDO), che prevede la tipologia delle sanzioni disciplinari ammesse e definisce il procedimento per la loro applica-

(\*) Il presente lavoro è anche a corredo delle tematiche affrontate, in questo fascicolo, nella rubrica "L'obiettivo su ..." (Il caso Priebke, v. retro).

<sup>(1)</sup> V. in merito WIPFELDER H.J.-SCHWENCK H.G., *Wehrrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Regensburg, 1991, 4. Una raccolta delle disposizioni rilevanti in ambito militare è contenuta in SCHNELL K.H.-EBERT H.P., *Disziplinarrecht, Strafrecht, Beschwerderecht der Bundeswehr*, Regensburg – Bonn, 1997.

zione, e il *Wehrbeschwerdeordnung* (WBO), relativo al diritto di ricorso del militare. Infine, il *Regolamento sui rapporti gerarchici militari* (*Vorgesetztenverordnung*, VorgV) disciplina dettagliatamente la competenza ad impartire ordini.

2. Nell'affrontare le problematiche relative all'ordine gerarchico militare, è necessario, innanzitutto, enucleare la nozione sia formale che sostanziale.

2.1. Il WStG contiene una definizione formale di "ordine gerarchico" (*Befehl*), *valevole ai fini penalistici in ambito esclusivamente militare*. Il § 2 Nr. 2 recita: "Ai sensi di questa legge è:

*Un ordine la disposizione [di tenere] una determinata condotta, che un superiore militare (§ 1 co. 5 SoldG) impartisce ad un inferiore, per iscritto, verbalmente o in altro modo, in generale o per un caso particolare e con pretesa di obbedienza".*

Si tratta di una definizione *formale* di ordine gerarchico, indipendente dal contenuto dell'ordine medesimo. Ai fini del § 2 è irrilevante che l'ordine sia o no legittimo oppure vincolante. Dall'esame delle norme contenute nei §§ 10 co. 4 e 11 SoldG e nei §§ 5 e 19-21 WStG, emerge, come si dirà, la possibilità che esistano ordini illegittimi, non vincolanti o vincolanti, la cui emanazione ha rilevanza giuridica anche dal punto di vista penalistico: legittimità e vincolatività non sono, quindi, elementi costitutivi dell'ordine stesso.

Nel caso in cui difetti uno dei requisiti formali<sup>(2)</sup> previsti dal § 2 Nr. 2 WStG, e, quindi, manchi una manifestazione di volontà qualificata da parte

(2) Per l'analisi dei singoli requisiti formali v. BÖTTCHER H. W.-DAU K., *Wehrbeschwerdeordnung*, München, 1997, § 1 con ampi rif. giur.; FÜRST W.-ARNDT H., *Soldatenrecht. Kommentar des Soldatengesetzes*, Berlin, 1992, § 10 n. marg. 12 ss.; SCHÖLZ J.-LINGENS E., *Wehrstrafgesetz*, München, 1988, § 2; SCHWENCK H.G., *Wehrstrafrecht im System des Wehrrechts und in der gerichtlichen Praxis*, Frankfurt a.M., 1973, 72 ss.; STAUF W., *Soldatengesetz*, Baden Baden, 1987, § 11 n. marg. 2 ss.; WILK M.-STAUF W., *Wehrrecht von A - Z*, München, 1991; WIPFELDER H.J.-SCHWENCK H.G., *Wehrrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Regensburg, 1991, 86 ss. Per quanto concerne in particolare il requisito della sussistenza del rapporto gerarchico tra chi emana l'ordine e chi lo riceve, è necessario fare riferimento al § 1 co. 5 SoldG, che fornisce la definizione legale di "superiore" e rinvia, per una più dettagliata disciplina della competenza ad impartire ordini, al *Regolamento sui rapporti gerarchici militari* (VorgV). Il VorgV ha ancorato la qualifica di superiore a criteri funzionali, sottoponendo la suddetta competenza a rilevanti limitazioni di tipo personale, spaziale, temporale e oggettivo. Cfr. in particolare, BURMESTER W., *Das militärische Vorgesetzten - Untergebenen - Verhältnis*, in *NZWehr* 1990, 92 ss.; FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 1 n. marg. 15 ss. Riguardo alla possibilità di qualificare come "ordine gerarchico" la disposizione del superiore avente ad oggetto un comportamento già imposto da una legge v. ARNDT H., *Grundriß des Wehrstrafrechts*, München und Berlin, 1966, 186; LINGENS E., *Militärischer Befehl und Gesetzesbefehl*, in *NZWehr* 1992, 58.

di un superiore volta ad ottenere obbedienza da un inferiore, non possono dirsi realizzate le condizioni necessarie per la giuridica esistenza dell'ordine. Si è in presenza di quello che la dottrina tedesca definisce "*Nichtbefehl*"<sup>(3)</sup>, cioè di una dichiarazione non in grado di produrre alcuna conseguenza giuridica, e, perciò, neppure quella di far sorgere il dovere di obbedienza in capo a chi la riceve<sup>(4)</sup>.

2.2. Il § 10 co. 4 SoldG vincola il superiore stabilendo che egli possa emanare "*soltanto ordini rivolti a scopi di servizio e nell'osservanza delle norme di diritto pubblico internazionale, delle leggi e delle disposizioni di servizio*". Si tratta di limitazioni di tipo sostanziale, contenutistico, *la cui violazione lascia impregiudicata l'esistenza dell'ordine*, ma lo rende *materialmente anti-giuridico*.

Il fondamento costituzionale di questa norma del SoldG è rinvenibile nell'Art. 20 co. 3 GG: l'incardinamento delle Forze Armate tedesche nell'ambito del potere esecutivo comporta che il potere di emanare ordini debba essere concretamente esercitato nel rispetto della legge e del diritto.

a) *Il vincolo agli scopi di servizio.*

A parere della dottrina tedesca<sup>(5)</sup>, la nozione di "servizio" dev'essere interpretata in senso ampio. Di conseguenza, si ritengono conformi al requisito legislativo tutti gli ordini che risultano essere strumentali alla "*Bundeswehr*" per l'assolvimento dei compiti di difesa che sono ad essa attribuiti dalla carta costituzionale (Art. 87a GG) nonché quelli necessari allo svolgimento di incarichi che siano, direttamente o indirettamente, funzionali all'adempimento dei compiti di difesa propriamente detti<sup>(6)</sup>.

(3) Cfr. STAUF, *Soldatengesetz*, cit., § 11 n. marg. 3-5; LINGENS E., *Die Überschreitung der Befehlsbefugnis und ihre Auswirkung auf die Vorgesetzten-eigenschaft*, *NZWehr* 1978, 55. SCHWENCK (*Wehrstrafrecht*, cit., 73) utilizza, invece, il termine "Nullum".

(4) Riguardo al requisito relativo alla qualifica di superiore sono sorte, in dottrina, divergenze di opinione in merito alla possibilità di distinguere tra l'astratta competenza ad impartire ordini e i limiti di tipo personale, spaziale, temporale ed oggettivo che il VorgV prevede per l'ambito di estensione della competenza medesima. In base a tale distinzione, quando il potere di impartire ordini viene esercitato nell'ambito delle ipotesi espressamente previste ma è riscontrabile una palese violazione dei limiti cui lo stesso VorgV lo subordina, l'ordine medesimo è giuridicamente esistente ma non è vincolante. V., in questo senso, BURMESTER, op. cit., 99 ss.; SCHÖLZ-LINGENS, *Wehrstrafgesetz*, cit., § 2 n. marg. 14-15; SCHWENCK, *Wehrstrafrecht*, cit., 74; WIPFELDER-SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 88. Di contrario avviso, ARNDT, *Grundriß*, cit., 194; STAUF, *Soldatengesetz*, § 11 n. marg. 5; LINGENS, *Die Überschreitung*, cit., 55 ss.

(5) FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 10 n. marg. 18; SCHÖLZ-LINGENS, *Wehrstrafgesetz*, cit., § 2 n. marg. 23; STAUF, *Soldatengesetz*, cit., § 10 n. marg. 9.

(6) Cfr. BÖTTCHER-Dau, *WBO*, cit., n. marg. 128-130 per i riferimenti alla casistica giurisprudenziale. È discusso se il cd "ordine preventivo" (*Präventivbefehl*), diretto ad evitare il compimento di infrazioni disciplinari da parte del militare in ambito estraneo al servizio, possa essere considerato legittimo. Secondo la maggioranza della dottrina l'emanazione di ordini

b) *Il vincolo alle regole di diritto pubblico internazionale.*

Ulteriore requisito di legittimità dell'ordine è la sua conformità al diritto pubblico internazionale, il quale ha rilevanza per le Forze Armate non soltanto durante un eventuale stato di guerra, ma altresì in tempo di pace. Sono comprese, innanzitutto, le norme di diritto pubblico internazionale generalmente riconosciute ai sensi dell'Art. 25 GG, il quale stabilisce, appunto, che tali disposizioni siano parte integrante del diritto tedesco, che esse abbiano prevalenza sulle leggi dello stato e che, infine, possano far sorgere direttamente diritti e doveri per i cittadini tedeschi. Si ritiene<sup>(7)</sup>, inoltre, che nella stessa nozione vadano incluse tutte le speciali disposizioni derivanti dai trattati internazionali: dato, infatti, che il dovere di osservanza delle regole generalmente riconosciute dal diritto internazionale pubblico già risulta espressamente dall'Art. 25 GG, non sarebbe stata necessaria l'espressa menzione del *Völkerrecht* nel § 10 co. 4 SoldG<sup>(8)</sup>.

c) *Il vincolo alle leggi.*

L'espressa affermazione, da parte del § 10 co. 4 SoldG, del necessario rispetto dell'ordinamento giuridico interno nell'emanazione di ordini pare superflua<sup>(9)</sup>, in quanto risulta già di per sé ovvio che una disposizione impartita in dispregio delle leggi statali non possa in alcun modo essere considerata legittima. L'osservanza della legge come condizione al potere del superiore emerge già, del resto, dall'Art. 20 co. 3 GG, che stabilisce che il potere esecutivo debba essere vincolato alle leggi e al diritto. Nella sua dizione ("*unter Beachtung der Gesetze*") il SoldG comprende l'intero gruppo di norme che costituiscono l'ordinamento giuridico statale vigente e, quindi, la Costituzione, le leggi ordinarie, i decreti e il diritto consuetudinario; si ritiene<sup>(10)</sup>, inoltre, che rientrino nella definizione suddetta anche i principi generali ricavabili dall'Art. 20 co. 3 della Legge Fondamentale.

d) *Il vincolo alle disposizioni di servizio.*

L'ultimo requisito di legittimità che il SoldG richiede è quello relativo

preventivi può essere giustificata soltanto dal concreto pericolo della commissione dell'illecito disciplinare e deve essere circoscritta alla misura necessaria a tutelare il servizio, con stretta osservanza del criterio della proporzionalità; comunque, deve fondarsi su doveri il cui adempimento obblighi l'inferiore anche al di fuori del servizio stesso. V., in merito, BUSCH E., *Zur Frage der Befehle im außerdienstlichen Bereich*, NZWehrr 1969, 56; LAMMICH C., *Der Präventivbefehl*, NZWehrr 1970, 98; SCHERER W., *Zur Frage der Befehle für den dienstfreien Bereich*, NZWehrr 1961, 97; SCHÜTZ E.E., *Befehle im außerdienstlichen Bereich*, NZWehrr 1961, 100; HUTH R., *Möglichkeiten eines militärischen Vorgesetzten, die außerdienstliche Freizeitgestaltung seines Untergebenen durch einen Befehl einzuschränken*, NZWehrr 1990, 107.

<sup>(7)</sup> V. WIPFELDER-SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 89.

<sup>(8)</sup> *Contra* STAUF, *Soldatengesetz*, cit., § 10 n. marg. 16, secondo il quale le convenzioni di diritto internazionale possono essere ricomprese nella dizione utilizzata dal SoldG solo eccezionalmente e cioè quando recepiscono testualmente norme consuetudinarie.

<sup>(9)</sup> V. WIPFELDER-SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 89.

<sup>(10)</sup> WIPFELDER-SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 90.

all'osservanza delle disposizioni di servizio. Viene così limitata la discrezionalità del superiore gerarchico in relazione al contenuto dell'ordine. Nella categoria delle "*Dienstvorschriften*" vanno annoverati tutti gli ordini, i regolamenti e le direttive che promanano dal Ministro per la Difesa e sono rivolti a disciplinare lo svolgimento e l'esecuzione di un determinato servizio<sup>(11)</sup>.

L'ordine che sia stato impartito dal superiore nel pieno rispetto dei requisiti previsti dal § 10 co. 4 SoldG è legittimo (*rechtmäßig*) e, come si dirà appresso, è anche sempre vincolante (*verbindlich*), quindi fa sorgere in capo a chi lo riceve il dovere di obbedienza penalmente tutelato.

3. Il dovere di obbedienza (*Gehorsamspflicht*) è sancito dal § 11 SoldG, il quale al co. 1 recita: "*Il soldato deve obbedire ai propri superiori. Deve fare tutto il possibile per eseguire i loro ordini in modo completo, scrupoloso ed immediato*"<sup>(12)</sup>.

La violazione del dovere di obbedienza può dare luogo alla responsabilità disciplinare o penale dell'inferiore. Il WStG contempla le ipotesi di disobbedienza (*Ungehorsam*) sia individuale che collettiva<sup>(13)</sup>.

Anche nella sua forma più semplice (§ 19), la disobbedienza dell'inferiore non è mai punita di per sé – a questo provvedono le norme disciplinari – ma solo in quanto, con la dolosa disobbedienza, sia stata cagionata, almeno colposamente, una *conseguenza dannosa* (§ 2 Nr. 3 WStG)<sup>(14)</sup>; il rifiuto di obbedienza (§ 20) è, invece, punito solo se accompagnato da atti di

<sup>(11)</sup> Cfr. FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 10 n. marg. 19; STAUF, *Soldatengesetz*, cit., § 10 n. marg. 15.

<sup>(12)</sup> V., per il commento, FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 11 n. marg. 2; WILK-STAUF, *Wehrrecht von A – Z*, cit., alla voce "*Gehorsam*". In dottrina è tradizionalmente riconosciuto all'inferiore il diritto di sollevare rimostranza (*Gegenvorstellung*) ogni qual volta ciò sia necessario ai fini dell'esecuzione dell'ordine, ma nei limiti in cui la situazione in concreto lo permetta e purché l'adempimento dell'ordine non venga ritardato. Cfr. HUBER E., *Die Auswirkungen der Konzeption vom "Staatsbürger in Uniform" auf das Problem von Prüfungspflicht und Gegenvorstellung*, NZWehrr 1974, 201; SCHWENCK H.G., *Die Gegenvorstellung im System von Befehl und Gehorsam – Ein Beitrag zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des militärischen Untergebenen*, in *Festschrift für Eduard Dreher*, Berlin, 1977, 495; FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 11 n. marg. 3-4. Più controversa è, invece, la questione relativa alla configurabilità di un vero e proprio dovere di rimostranza in capo all'inferiore. V., per la soluzione affermativa, HUBER, *Die Auswirkungen*, cit.; secondo altri autori (per tutti, STAUF, *Soldatengesetz*, cit., § 11 n. marg. 19) a seconda delle circostanze del caso concreto l'omissione della rimostranza può violare il § 7 SoldG (dovere di fedeltà alla BRD) e fondare così la responsabilità disciplinare del subordinato. Sulla possibilità di configurare un dovere di rimostranza con rilevanza penalistica v. BGH del 31. 01. 1964, in NZWehrr 1964, 125; *contra* SCHWENCK, *Die Gegenvorstellung*, cit.

<sup>(13)</sup> Per una dettagliata trattazione dei singoli reati di disobbedienza v. ARNDT, *Grundriß*, cit., 185-199 e 209-213; SCHÖLZ-LINGENS, *Wehrstrafgesetz*, cit., §§ 19-21 e 27-28.

<sup>(14)</sup> Cfr. SCHÖLZ-LINGENS, *Wehrstrafgesetz*, cit., § 2 n. marg. 48 ss.; ARNDT, *op. cit.*, 188 ss.

aperta ribellione, oppure se il rifiuto di obbedire persiste nonostante la reiterazione dell'ordine. La legge penale militare prevede altresì un'ipotesi colposa di reato, denominata "Inosservanza di un ordine per negligenza" (§ 21), punita anch'essa solo in quanto ne sia derivato un danno<sup>(15)</sup>.

Per la realizzazione del reato di disobbedienza è essenziale che l'ordine sia vincolante, mentre non ha alcuna rilevanza che esso sia o no legittimo; la nozione formale di ordine valevole ai fini penalistici, fornita dallo stesso WStG (v. *supra* par. 2.1.) prescinde, infatti, dal requisito della legittimità. Solo se l'ordine non è vincolante (§§ 11 SoldG, 22 WStG) l'inferiore che non obbedisce non agisce in modo antigiuridico.

Nel sistema penale militare tedesco, infatti, il dovere di obbedienza non viene fatto dipendere dalla legittimità dell'ordine che deve essere eseguito. Il legislatore ha consapevolmente rinunciato ad una piena congruenza tra legittimità e vincolatività dell'ordine. La dottrina<sup>(16)</sup> spiega questa scelta legislativa partendo dal presupposto per cui l'inferiore, dato il dovere di obbedire, può trovarsi, eseguendo l'ordine, nella possibilità materiale e giuridica di porsi in contrasto con altri postulati dell'ordinamento giuridico. Al fine di risolvere in modo generale questo conflitto di doveri, il legislatore tedesco ha stabilito, proprio nel § 11 SoldG, i limiti al dovere di obbedienza mediante l'individuazione delle cd cause di non vincolatività dell'ordine (*Unverbindlichkeitsgründe*). Il principio è, dunque, che ogni ordine – purché giuridicamente esistente ed emanato dal competente superiore gerarchico – è, indipendentemente dalla sua legittimità, vincolante. Ma la legge stessa stabilisce le eccezioni, qualificando l'ordine come "non vincolante" nei casi in cui l'intensità dell'antigiuridicità che lo colpisce è particolarmente elevata<sup>(17)</sup>.

A questa soluzione il legislatore è pervenuto mediante una ponderazione tra i due valori in gioco, il principio di obbedienza e la tutela dell'ordinamento giuridico. Le soluzioni estreme erano quella della cd "obbedienza cieca" con l'esclusiva rilevanza del principio di obbedienza nei confronti di qualsiasi ordine, anche illegittimo, e quella opposta consistente nell'affermazione della piena responsabilità dell'inferiore per l'esecuzione dell'ordine illegittimo. Il legislatore tedesco ha optato, nel § 11 SoldG, per una soluzione intermedia, che gli è parsa come l'unica in armonia con il principio dello stato di diritto e con la politica militare.

Al dovere di obbedienza viene, quindi, attribuita una posizione di relativa prevalenza a tutela di chi è chiamato ad eseguire l'ordine; la scelta legislativa comporta che possa essere accettato il fatto che, a seguito dell'adempimento

<sup>(15)</sup> Il WStG prevede, inoltre, due casi di disobbedienza collettiva: l'ammutinamento (§ 27) e l'accordo al fine di commettere un'insubordinazione (§ 28).

<sup>(16)</sup> Vedi per tutti WIPFELDER-SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 92.

<sup>(17)</sup> V. ARNDT, *Grundriß*, cit., 115; SCHÖLZ-LINGENS, *WStG*, § 2 n. marg. 34.

di ordini illegittimi ma vincolanti, ci siano violazioni dell'ordinamento giuridico delle quali l'inferiore non è chiamato a rispondere (v. *infra* par. 6).

Il § 11 SoldG prevede, dunque, tre ipotesi di ordini non vincolanti alle quali è comune il fatto che l'attuazione del principio di obbedienza risulterebbe in tali casi insostenibile per l'inferiore oppure per l'ordinamento giuridico. Di fronte ad un ordine qualificabile come non vincolante, il dovere di immediata ed incondizionata esecuzione, sancito dallo stesso § 11 SoldG, deve necessariamente recedere.

L'individuazione della suddetta caratteristica comune a queste cause di non vincolatività è importante perché permette di qualificarle come meramente esplicative (e non come tassative): il loro ampliamento mediante interpretazione appare, quindi, giustificato<sup>(18)</sup>.

Il § 11 co. 1 SoldG stabilisce che non si realizzi il reato di disobbedienza se l'ordine rimasto inadempito è lesivo della dignità umana oppure se non è rivolto a scopi di servizio; il co. 2 della medesima disposizione sancisce, invece, un vero e proprio dovere di disobbedienza nel caso in cui l'ordine sia in contrasto con le norme di diritto penale<sup>(19)</sup>.

a) *L'ordine lesivo della dignità umana dell'inferiore o del terzo.*

L'ordine che lede la dignità umana (*der die Menschenwürde verletzende Befehl*) è non vincolante in quanto, in base all'Art. 1 co. 1 GG, la dignità umana è intangibile ed è obbligo di tutti i poteri dello stato garantirne il rispetto e la tutela. Gli ordini di questo tipo sono illegittimi perché comportano una profonda aggressione alla fondamentale essenza dell'uomo; non fa alcuna differenza che l'ordine comporti una lesione della dignità dell'inferiore o di quella di un terzo, sia esso un militare oppure un civile. Generalmente, quando la lesione è a danno di un terzo, si è anche in presenza di un reato.

Il concetto di "dignità umana" è, comunque, indefinito e non può essere determinato in assoluto ma soltanto in relazione al caso concreto<sup>(20)</sup>.

<sup>(18)</sup> Tale ampliamento è ritenuto possibile nonostante il § 11 SoldG, a differenza del § 22 WStG – che disciplina anch'esso la non vincolatività –, non contenga l'espressione "in particolare" (*insbesondere*) prima dell'elencazione delle cause stesse, v. SCHÖLZ/LINGENS, *Wehrstrafgesetz*, cit., § 2 n. marg. 34; STAUF, *Soldatengesetz*, cit., § 11 n. marg. 12 ss.; WIPFELDER/SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 93. *Contra* FÜRST/ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 11 n. marg. 6, per i quali le varie tipologie di ordini impossibili, inesigibili, non proporzionati allo scopo ecc. non costituiscono autonome ipotesi di non vincolatività ma rientrano senza difficoltà nel concetto di "ordine non rivolto a scopi di servizio" previsto dal § 11 co. 1 SoldG.

<sup>(19)</sup> Per il commento alle singole cause di non vincolatività dell'ordine v. in particolare: BÖTTCHER-DAU, *WBO*, cit., § 1 n. marg. 139 ss.; FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 11 n. marg. 6 ss.; LAMMICH C., *Befehl ohne Gehorsam*, *NZWehr* 1970, 47; SCHREIBER J., *Unverbindliche Befehle – Versuch einer Systematik*, *NZWehr* 1965, 1; SCHREIBER J., *Der teilweise unverbindliche Befehl*, in *Nzwehrr* 1971, 134; SCHÖLZ-LINGENS, *Wehrstrafgesetz*, cit., § 2 n. marg. 34 ss.; STAUF, *Soldatengesetz*, cit., § 11 n. marg. 9 ss.; WIPFELDER-SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 94 ss.

<sup>(20)</sup> Cfr. in particolare STAUF, *Soldatengesetz*, cit., § 11, n. marg. 10-11.

b) *L'ordine non rivolto a scopi di servizio.*

Il secondo caso di ordine non vincolante previsto dal § 11 SoldG è quello dell'ordine non rivolto a scopi di servizio.

Per individuare questa categoria di ordini vanno richiamate le considerazioni già fatte (par. 2.2.) in merito ai requisiti di legittimità dell'ordine (§ 10 co. 4 SoldG), tra i quali va appunto annoverata anche l'attinenza al servizio. Infatti, quando dell'ordine, inteso come atto del potere statale, si abusa per realizzare fini estranei al servizio, vi è un vizio nell'esercizio, da parte del superiore, del sostanziale potere di impartire ordini<sup>(21)</sup>. Per la vincolatività è sufficiente che l'ordine possa essere ritenuto, sulla base di sensate considerazioni, in qualche modo utile ad uno scopo militare.

c) *L'ordine di commettere un reato.*

Ai sensi del § 11 co. 2 SoldG sono non vincolanti gli ordini criminosi, ossia in contrasto con il diritto penale (*strafrechtswidriger Befehl*); ciò significa che l'esecuzione dell'ordine deve comportare la commissione di uno *Straftat* (reato). Si fa riferimento alle nozioni di "*Verbrechen*" e di "*Vergehen*" contenute nel § 12 StGB<sup>(22)</sup>; sono esclusi gli illeciti amministrativi<sup>(23)</sup>.

d) *Altre ipotesi di ordini non vincolanti.*

Sul presupposto del carattere non tassativo delle cause di non vincolatività espressamente indicate dalla legge, la dottrina tedesca ha individuato, nella prassi militare, una serie di casi di ordini non vincolanti dei quali si discute se costituiscano o meno ipotesi autonome di non vincolatività<sup>(24)</sup>.

Un primo caso è dato dall'ordine cd "impossibile" (*objektiv unmögli-*

<sup>(21)</sup> Sono, quindi, contrari al servizio gli ordini emanati per fini privati, quelli privi di giustificazione, quelli per i quali l'impossibilità del raggiungimento dello scopo era palese al momento dell'emanazione e gli ordini non funzionali alla realizzazione dei compiti istituzionali affidati alla *Bundeswehr*. Secondo alcuni autori questa causa di non vincolatività non è, a differenza delle altre due previste dal § 11 SoldG, di tipo materiale ma è più propriamente una causa di nullità formale dell'atto, in ragione dell'abuso, da parte del superiore, della propria competenza ad impartire ordini. V. WIPFELDER/SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 96 ss.

<sup>(22)</sup> V. in merito ESER A., in SCHÖNKE A.-SCHRÖDER H., *StGB Kommentar*, 1985, §§ 11 e 12.

<sup>(23)</sup> Cfr. FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 11 n. marg. 10.

<sup>(24)</sup> Per le problematiche inerenti alla non vincolatività degli ordini tra loro in contrasto per contenuto, e degli ordini insensati v. WIPFELDER-SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 98 ss.; SCHÖLZ-LINGENS, *WStG*, cit., § 2 n. marg. 42 - 43. In merito agli ordini cd inopportuni v. WIPFELDER-SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 99; BÖTTCHER-DAU, *WBO*, cit., § 1 n. marg. 149 ss.: questo tipo di ordine non è, secondo l'opinione della dottrina, di per sé non vincolante. Esso è, infatti, espressione di un difettoso utilizzo della propria discrezionalità da parte del superiore e può costituire oggetto di ricorso da parte dell'inferiore che ha dovuto eseguirlo, ai sensi del *Wehrbeschwerdeordnung*.

*cher Befehl*), che viene ravvisato quando l'esecuzione è per l'inferiore oggettivamente impossibile. Si è in presenza di un tale ordine quando la situazione che si vuole ottenere mediante l'esecuzione si è già realizzata: è evidente, quindi, che l'ordine non sia vincolante<sup>(25)</sup>.

Viene definito "inesigibile" (*unzumutbarer Befehl*) l'ordine che comporta una profonda aggressione nella sfera giuridica dell'inferiore, in modo tale che non vi sia alcuna connessione tra l'importanza dello scopo di servizio che con esso si intende perseguire e la forma e la gravità della suddetta aggressione; anche in questo caso il militare non è tenuto ad obbedire<sup>(26)</sup>. L'inesigibilità sussiste, in particolare, quando l'esecuzione provoca un così notevole pericolo per la vita o per l'integrità fisica di chi riceve l'ordine da non essere in alcun modo rapportabile allo scopo di servizio cui l'ordine è rivolto<sup>(27)</sup>.

Si ritiene in dottrina<sup>(28)</sup> che sia l'ordine impossibile che quello inesigibile non costituiscano cause di non vincolatività a sé stanti ma che, in considerazione dell'Art 1 co. 1 della Legge Fondamentale, possano rientrare in quella fondata sulla lesione della dignità umana, espressamente prevista dal § 11 co. 1 SoldG, in base al principio della sproporzionata aggressione nei diritti del militare.

In ogni caso, anche gli ordini impossibili o inesigibili che non ledono la dignità umana sono di regola non vincolanti in quanto illegittimi: la loro illegittimità deriva dalla contrarietà al servizio o, almeno, dalla violazione del dovere di esercizio del potere esecutivo in conformità alla legge, se vi è lesione del principio di proporzionalità tra mezzo e scopo<sup>(29)</sup>.

Un ulteriore caso di ordine non vincolante è quello che si pone in con-

<sup>(25)</sup> In giurisprudenza v. BVerwG in *NZWehrr* 1969, 65. Si ritiene, in dottrina, che gli ordini che invece rimangono ineseguiti a causa della soggettiva incapacità dell'inferiore ad adempierli mantengano la loro vincolatività: essi obbligano l'inferiore a tentarne comunque l'adempimento, purché la pretesa non sia così palesemente eccessiva da rendere il tentativo insensato, v. SCHÖLZ/LINGENS, *WStG*, cit., § 2 n. marg. 41.

<sup>(26)</sup> Questa soluzione è da sempre riconosciuta in giurisprudenza: v. per es. BDH in *NZWehrr* 1963, 160 e OLG Hamm in *NZWehrr* 1966, 90. In dottrina v. SCHÖLZ/LINGENS, *WStG*, cit., § 2 n. marg. 45.

<sup>(27)</sup> V. BDH in *NZWehrr* 1959, 98.

<sup>(28)</sup> Cfr. WIPFELDER-SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 94. Secondo FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 11 n. marg. 7-8, l'ordine inesigibile rientrerebbe nell'ordine lesivo della dignità umana, mentre quello impossibile apparterebbe alla categoria degli ordini non rivolti a scopi di servizio.

<sup>(29)</sup> V. STAUF, *Soldatengesetz*, cit., § 11 n. marg. 15. Secondo questo autore la disputa per decidere se il criterio per definire certi ordini come non vincolanti sia quello della gravità della violazione nel singolo caso, oppure quello del manifesto abuso di potere nella ponderazione tra esigenze di servizio e aggressione ai diritti del militare, oppure ancora quello dell'inesigibilità, è più che altro una disputa accademica. Infatti, a rendere inesigibile l'esecuzione di un ordine può essere soltanto una grave aggressione ai diritti dell'inferiore, oggettivamente non proporzionata alle esigenze di servizio.

trasto con le regole generali del diritto internazionale pubblico ai sensi dell'Art. 25 GG (*völkerrechtswidriger Befehl*); l'illegittimità di questo tipo di ordine risulta già dal § 10 co. 4 SoldG.

Vengono in considerazione le norme di diritto internazionale pubblico che non hanno contenuto negoziale e che sono generalmente riconosciute dalla comunità internazionale; rimangono quindi esclusi i trattati di diritto internazionale, a meno che non consistano in una trasposizione scritta di norme consuetudinarie<sup>(30)</sup>.

Il militare cui venga impartito un *völkerrechtswidriger Befehl* dovrà rifiutare l'adempimento: ai sensi dell'Art. 25 GG queste regole generali prevalgono infatti sul § 11 SoldG (che è legge statale ordinaria) e vincolano direttamente l'inferiore.

Si ritiene che esista, a carico dell'inferiore, un vero e proprio dovere di disobbedienza nei confronti di un tale ordine e che perciò questa causa di non vincolatività vada ricompresa nel § 11 co. 2 SoldG, relativo all'ordine criminoso<sup>(31)</sup>. Di regola, infatti, gli ordini in contrasto con il diritto pubblico internazionale sono già non vincolanti in quanto criminosi, perché concretizzano una fattispecie già disciplinata dal diritto penale tedesco<sup>(32)</sup>.

Nel caso in cui le violazioni del diritto internazionale pubblico non siano già sottoposte a pena in base al diritto penale tedesco, gli ordini rivolti a commetterle vengono considerati non vincolanti se la gravità della violazione è paragonabile all'illecito criminale in base all'opinione giuridica generale nazionale e internazionale<sup>(33)</sup>. Tuttavia qualche autore<sup>(34)</sup> ritiene che non sia sufficiente il riferimento all'intensità della violazione e che debba essere invece operata una concreta comparazione tra il contenuto dell'ordine e le fattispecie penali di diritto interno.

Come si evince chiaramente dal tenore del § 11 co. 1 SoldG ("*Non si ha disobbedienza*"), nei casi in cui l'ordine sia illegittimo perché non rivolto a scopi di servizio o perché lesivo della dignità umana – oltre che negli altri casi già esaminati purché diversi dall'ordine criminoso – l'inferiore è svincolato dal dovere di obbedienza. Il mancato adempimento dell'ordine ille-

<sup>(30)</sup> Infatti si ritiene che queste "regole generali" di diritto internazionale altro non siano se non diritto consuetudinario internazionale raccolto in principi giuridici generalmente riconosciuti, v. SCHÖLZ-LINGENS, *Wehrstrafgesetz*, cit., § 2 n. marg. 40.

<sup>(31)</sup> *Contra* STAUF, *Soldatengesetz*, cit., § 11 n. marg. 21, secondo il quale non è ammissibile la sussunzione della categoria di ordini in esame nel § 11 co. 2 SoldG, in quanto ciò non è in armonia con la lettera della legge che fa riferimento al solo ordine criminoso. Secondo l'A., in una così delicata materia sarebbe auspicabile una espressa regolamentazione legislativa.

<sup>(32)</sup> V. per es. il § 220a StGB (*Völkermord*, genocidio).

<sup>(33)</sup> Cfr. SCHÖLZ-LINGENS, *Wehrstrafgesetz*, cit., § 1 n. marg. 40; WIPFELDER-SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 95 ss.

<sup>(34)</sup> FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 11 n. marg. 11.

gittimo e non vincolante non comporta per l'inferiore la commissione del reato di disobbedienza previsto dai §§ 19 – 21 WStG e neppure è possibile che egli incorra, a causa della disobbedienza, in sanzioni disciplinari<sup>(35)</sup>.

4. L'ordine legittimo, ossia quello emanato nel pieno rispetto del § 10 co. 4 SoldG, è sempre vincolante e fa di conseguenza sorgere il dovere di obbedienza in capo all'inferiore.

Chi esegue un ordine legittimo impartito da un superiore agisce in modo legittimo; l'ordine legittimo è, per l'inferiore che lo adempie, causa di giustificazione. Sebbene manchi nel codice penale tedesco una norma paragonabile al nostro art. 51 c.p., relativa all'adempimento del dovere, è generalmente riconosciuto, dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca, che l'esecuzione dell'ordine legittimo abbia efficacia giustificante<sup>(36)</sup>.

I presupposti per la legittimità dell'ordine vengono così individuati: a) l'ordine deve essere impartito dal superiore formalmente competente, con l'osservanza delle forme prescritte e nei confronti dell'inferiore cui compete di eseguirlo; b) in capo al superiore che emana l'ordine deve sussistere il sostanziale potere, conforme all'ordinamento giuridico, di ordinare una condotta che realizzi una fattispecie penale. L'ordine non è legittimo se è in contrasto con il § 10 co. 4 SoldG, che indica una serie di requisiti di legittimità nel rispetto dei quali il sostanziale potere del superiore di impartire ordini deve, appunto, essere esercitato: gli ordini non rivolti a scopi di servizio, quelli lesivi della dignità umana, quelli emanati in dispregio delle leggi, delle disposizioni di servizio o delle regole di diritto internazionale pubblico sono illegittimi; c) l'emanazione dell'ordine deve essere richiesta dalle circostanze: nell'esercizio della propria discrezionalità il superiore deve operare in modo conforme ai propri doveri.

Il superiore impartisce un ordine legittimo anche se, nonostante il doveroso esame della situazione di fatto, ritenga erroneamente che sussistano

<sup>(35)</sup> Il § 11 co. 1 prende in considerazione anche l'ipotesi in cui l'inferiore non abbia eseguito l'ordine nell'erronea supposizione che esso non fosse vincolante: in questo caso, l'esclusione della responsabilità per il reato di disobbedienza è ammessa solo se l'errore in cui è incorso l'inferiore era inevitabile e se non ci si poteva aspettare da lui che, in base alle circostanze a lui note, si opponesse con mezzi giuridici all'ordine ritenuto non vincolante. Ciò è ribadito nel § 22 WStG. V., in merito, FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 11 n. marg. 9; SCHÖLZ-LINGENS, *WStG*, cit., § 22.

<sup>(36)</sup> V. per gli scritti di diritto penale militare: ARNDT, *Grundriß*, cit., 78; SCHÖLZ-LINGENS, *Wehrstrafgesetz*, cit., § 2 n. marg. 28 ss. La questione è affrontata più dettagliatamente negli scritti di diritto penale generale: cfr. in particolare BAUMANN J.-WEBER U.-MITSCH W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 1995, § 23 n. marg. 50; HIRSCH H.J., *StGB. Leipziger Kommentar*, 1994, Vor § 32, n. marg. 173 e ss.; JESCHECK H.H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, 395; LENCKNER T., in SCHÖNKE A.-SCHRÖDER H., *StGB Kommentar*, München, 1985, Vor § 32 n. marg. 88; MAURACH R.-ZIFF H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1992, § 29 n. marg. 7 ss.

le condizioni di fatto necessarie per l'emanazione mentre in realtà queste oggettivamente mancano<sup>(37)</sup>.

5. L'illegittimità e la non vincolatività sono caratteri oggettivi dell'ordine e di conseguenza non possono essere modificati dalle convinzioni soggettive in merito da parte del superiore e dell'inferiore, in particolare dalla sussistenza di un eventuale errore sui presupposti di fatto e di diritto. Illegittimità e non vincolatività possono, quindi, in concreto, non essere riconosciute dal superiore o dall'inferiore nel momento in cui l'ordine è impartito o eseguito ma ciò non modifica la qualificazione dell'ordine come illegittimo o come non vincolante, anche se può avere rilevanza in merito al giudizio di riprovevolezza per l'emanazione o per l'esecuzione dell'ordine<sup>(38)</sup>.

Se l'ordine è vincolante, a risponderne sarà il solo superiore gerarchico (*infra* par. 6); se, viceversa, l'ordine non è vincolante non sussiste più alcuna pretesa di obbedienza e l'inferiore dovrà assumersi la responsabilità per l'eventuale esecuzione<sup>(39)</sup>. Nelle ipotesi di non vincolatività previste dal co. 1 del § 11, l'inferiore può disobbedire ma non è obbligato a farlo. Se pertanto egli esegue l'ordine nonostante la non vincolatività, questa obbedienza non richiesta non lo danneggia se, con essa, egli rinuncia alla tutela prevista per i beni giuridici facenti capo alla sua persona (ordine lesivo della dignità umana) oppure agisce in dispregio della funzione dell'ordine (ordine non rivolto a scopi di servizio), così come ha fatto il superiore<sup>(40)</sup>.

Il superamento dei limiti legislativi relativi alla vincolatività ha notevole importanza per il caso in cui l'ordine eseguito sia rivolto alla commissione di un illecito penale. Il § 11 co. 2 SoldG impone all'inferiore di rifiutare l'obbedienza<sup>(41)</sup> nel caso in cui l'ordine sia illegittimo in quanto criminoso, ossia in contrasto con il diritto penale.

Nel caso in cui il militare esegua un simile ordine si pone il problema di valutare se e in quale misura sia configurabile la sua responsabilità penale.

<sup>(37)</sup> V. in particolare SCHÖLZ-LINGENS, *op. cit.*, § 2 n. marg. 25 e 29.

<sup>(38)</sup> WIPFELDER-SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 100.

<sup>(39)</sup> In dottrina si ritiene che l'inferiore possa confidare nel fatto che il superiore eserciti il proprio potere in conformità dell'ordinamento giuridico e quindi presumere che gli ordini da lui emanati siano legittimi e vincolanti; in merito cfr. WIPFELDER-SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 100 ss.; BÖTTCHER-DAU, *WBO*, cit., § 1 n. marg. 135 ss. V. anche JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 393 ss.

<sup>(40)</sup> Cfr. WIPFELDER-SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 100 ss. È tuttavia possibile che l'esecuzione dell'ordine possa comportare la responsabilità disciplinare dell'inferiore ai sensi del § 23 SoldG.

<sup>(41)</sup> Il § 22 della legge penale militare stabilisce, al co. 2, che l'inferiore che non obbedisce ad un ordine ritenendo erroneamente che la sua esecuzione costituisca reato non è punibile ai sensi dei §§ 19-21 (reati di disobbedienza) se non poteva evitare l'errore. Si tratta, a parere della dottrina, di una regola particolare del *Verbotsirrtum*. Per il commento a questa disposizione v. SCHÖLZ-LINGENS, *Wehrstrafgesetz*, cit., § 22.

Va innanzitutto precisato che l'inferiore (sia militare che pubblico impiegato) che compie per ordine un reato che riconosce come tale non può appellarsi al *Befehlsrecht* e al rapporto gerarchico come autonoma ragione di esclusione della responsabilità, dato che non è riconosciuto un dovere di obbedienza cieca<sup>(42)</sup>.

La responsabilità penale del militare che adempie un ordine criminoso deve essere valutata in base al § 5 WStG, rubricato appunto "Azione su ordine" (*Handeln auf Befehl*)<sup>(43)</sup> che recita: "(1) Un inferiore che, per ordine, commette un fatto antiggiuridico che realizzi la fattispecie di una norma penale è responsabile solo se sa che si tratta di un fatto antiggiuridico oppure se ciò è manifesto per circostanze a lui note. (2) Se la responsabilità dell'inferiore, in considerazione della particolare situazione in cui egli si trovava al momento dell'esecuzione dell'ordine, è ridotta, il giudice può diminuire la pena secondo il § 49 co. 1 StGB, e, nel caso si tratti di un *Vergehen*, prescindere dall'applicazione della pena."

Il § 5 WStG disciplina una particolare causa di esclusione della colpevolezza<sup>(44)</sup>. Il presupposto è che l'inferiore commetta un fatto antiggiuridico che realizzi una fattispecie penale, cioè un reato, e che agisca dietro ordine, ossia obbedendo alla disposizione impartitagli dal superiore; è ovviamente necessario che si sia in presenza di un ordine giuridicamente esistente ai sensi del § 2 Nr. 2 WStG.

È essenziale che l'inferiore commetta un *Verbrechen* o un *Vergehen* (§ 12 StGB): non si è in presenza di un reato e, quindi, il § 5 WStG non può trovare applicazione, se il militare ha agito per legittima difesa o in stato di necessità giustificante (§§ 32, 34 StGB). La disposizione in esame non si applica neppure se l'inferiore ha commesso un fatto antiggiuridico ma ha agito in presenza di un'altra causa di esclusione della colpevolezza, per es. nel caso in cui sia ravvisabile lo stato di necessità scusante<sup>(45)</sup>.

Il fatto che il § 5 WStG presupponga che l'inferiore commetta il reato per ordine non comporta necessariamente che anche il superiore compia, con l'emanazione dell'ordine, tale reato. Per l'applicazione della disposizione in esame non è necessario neppure che il superiore sappia che l'inferiore commetterà un reato eseguendo l'ordine o che, addirittura, il supe-

<sup>(42)</sup> MAURACH-ZIPF, *Strafrecht*, cit., § 34 n. marg. 23 ss.

<sup>(43)</sup> Per il commento al § 5 WStG v. SCHÖLZ-LINGENS, *Wehrstrafgesetz*, cit., § 5.

<sup>(44)</sup> Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 495 ss.: il fatto che, in considerazione del rapporto gerarchico, i diritti e i doveri dei militari siano costruiti in modo particolare comporta che anche la scusante dell'azione per ordine debba essere disciplinata in modo autonomo in ambito militare. V. anche SCHÖLZ-LINGENS, *WStG*, cit., § 5 n. marg. 1.

<sup>(45)</sup> Per esempio nel caso in cui l'inferiore sia stato costretto ad eseguire l'ordine con la minaccia di immediata fucilazione da parte del superiore. V. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 498; LENCKNER in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, Vor § 32 n. marg. 121a; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht*, cit., § 34 II n. marg. 25; SCHÖLZ-LINGENS, *WStG*, cit., § 5 n. marg. 8.

riore abbia come scopo la commissione dell'illecito penale da parte dell'inferiore (come invece richiedeva espressamente il § 47 co. 1 Nr. 2 del precedente MStGB)<sup>(46)</sup>.

Commettendo un reato il militare agisce in modo antiggiuridico ma per valutare la possibile responsabilità penale si deve guardare anche alla colpevolezza. La norma in esame stabilisce che egli sia colpevole e quindi risponda solo se:

a) riconosce (*erkennt*) di commettere un reato; deve cioè sapere o prevedere con certezza che l'esecuzione dell'ordine comporta la commissione del reato; non basta che lo ritenga soltanto possibile o probabile o che abbia dei dubbi in proposito<sup>(47)</sup>. Si ritiene<sup>(48)</sup> che egli non sia obbligato a chiarire eventuali dubbi e che comunque abbia diritto di sollevare rimostranza; in ogni caso non è scusato se esegue l'ordine in seguito ad infruttuosa rimostranza avendo piena conoscenza dell'antigiuridicità penale dell'ordine stesso. È necessario che l'inferiore sappia che il fatto è penalmente antiggiuridico anche se non si richiede che egli conosca in dettaglio le definizioni legislative di *Vergehen* e *Verbrechen* e che sappia esattamente classificare la condotta criminosa<sup>(49)</sup>;

oppure,

b) la commissione del reato è manifesta per circostanze note all'inferiore. La dottrina<sup>(50)</sup> è concorde nel ritenere che il concetto di "manifesto" (*offensichtlich*) vada inteso in senso oggettivo: con esso si intende ciò che chiunque può riconoscere senza necessità di ulteriore riflessione. Dato l'espresso riferimento alle circostanze note all'inferiore, contenuto nel § 5, si ritiene in dottrina<sup>(51)</sup> che il parametro oggettivo della manifesta criminalità sia temperato

<sup>(46)</sup> V. SCHÖLZ-LINGENS, *WStG*, cit., § 5 n. marg. 4.

<sup>(47)</sup> Cfr. ARNDT, *Grundriß*, cit., 118; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 496; SCHÖLZ-LINGENS, *WStG*, cit., § 5 n. marg. 9.

<sup>(48)</sup> V. FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 11 n. marg. 12; STAUF, *Soldatengesetz*, cit., § 11 n. marg. 22, sulla base della considerazione che l'inferiore, a differenza del superiore, non ha alcun dovere di esame della situazione di fatto e, di regola, si trova nell'impossibilità materiale di esercitare un simile esame, dato il suo dovere di obbedienza immediata. In questo senso v. anche JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 495.

<sup>(49)</sup> FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 11 n. marg. 12; SCHÖLZ-LINGENS, *WStG*, cit., § 5 n. marg. 11: si ritiene sufficiente che l'inferiore si renda conto – a prescindere dalla conoscenza del principio giuridico violato – del contenuto di disvalore giuridico della propria condotta, intendendo, con la cd *Parallelwertung in der Laiensphäre*, che essa è giuridicamente vietata.

<sup>(50)</sup> Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 497; STAUF, *Soldatengesetz*, § 11 n. marg. 22; WIPFELDER-SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 104. Secondo alcuni autori (ARNDT, *Grundriß*, cit., 118; SCHÖLZ-LINGENS, *WStG*, cit., § 5 n. marg. 13), la norma fa riferimento alla capacità di valutazione del cd militare medio: se è evidente per costui che si è in presenza di un reato, allora la commissione del reato è manifesta.

<sup>(51)</sup> Cfr. SCHÖLZ-LINGENS, *WStG*, cit., § 5 n. marg. 12 ss.; SCHWENCK, *Wehrstrafrecht*, cit., 147; FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 11 n. marg. 13.

da componenti di tipo soggettivo, rappresentate dalla conoscenza, da parte del subordinato esecutore, di circostanze che sono significative per la valutazione della situazione di fatto (conoscenza di eventi precedenti, di ordini, di istruzioni, ecc.), fermo restando, comunque, che la capacità di giudizio individuale del subordinato non viene presa in considerazione.

Secondo la dottrina<sup>(52)</sup>, il § 5 rappresenta una regola particolare del *Verbotsirrtum* (§ 17 StGB)<sup>(53)</sup>: la colpevolezza dell'inferiore è esclusa se costui non ha riconosciuto o ha erroneamente valutato l'illegittimità dell'oggetto dell'ordine, purché questa non fosse manifesta (per circostanze a lui note). In dottrina<sup>(54)</sup> si ritiene che la particolare disciplina del § 5 sia giustificata dalla considerazione che, se i militari fossero gravati dal rischio dell'errore secondo le regole generali, le chiarificazioni sulla situazione giuridica di volta in volta richieste dall'inferiore pregiudicherebbero la prontezza e l'efficienza delle azioni militari. L'errore dell'inferiore che ritenga che l'ordine giustifichi ogni azione e, quindi, anche la commissione di un reato, è, a parere della prevalente dottrina<sup>(55)</sup>, un errore sul divieto da valutare secondo le regole generali contenute nel § 17 StGB.

Il co. 2 del § 5 WStG prevede la possibilità di una diminuzione della pena se la responsabilità del militare risulta ridotta in considerazione della particolare situazione in cui egli si trovava al momento dell'esecuzione<sup>(56)</sup>.

La condizione di applicabilità di questa norma è data appunto dalla sussistenza di una particolare situazione: una malattia, un improvviso attacco del nemico, la minaccia all'inferiore di gravi conseguenze per l'indempimento e così via. L'incidenza della particolare situazione dev'essere

<sup>(52)</sup> BAUMANN-WEBER-MITSCH, *Strafrecht AT*, cit., § 23 n. marg. 52; JAKOBS, *Strafrecht AT*, cit., 19. Abschn. n. marg. 53 ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 495; ROXIN C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1997, § 21 n. marg. 73; SCHROEDER F. C., *StGB, Leipziger Kommentar*, 1985, § 17 n. marg. 52 ss. V. anche SCHÖLZ-LINGENS, *WStG*, cit., § 5 n. marg. 10.

<sup>(53)</sup> Ai sensi del § 17 StGB, se manca all'autore la consapevolezza di comportarsi illecitamente, egli agisce senza colpevolezza se l'errore non poteva essere evitato; in caso di errore evitabile, è prevista la diminuzione facoltativa della pena in base al § 49 co. 1 StGB.

<sup>(54)</sup> V. JAKOBS, *Strafrecht AT*, cit., 19. Abschn. n. marg. 53; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 498. Secondo MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, cit., § 38 II n. marg. 29, in questa disposizione si riconoscerebbe la cd *eingeschränkte Vorsatztheorie*: nel caso della manifesta criminalità vi sarebbe una finzione di dolo (l'inferiore è punito "come se" avesse agito con dolo). Secondo altri autori (SCHROEDER, *StGB LK*, cit., § 17 n. marg. 54; ROXIN, *Strafrecht AT*, cit., § 21 n. marg. 73), invece, la norma in esame è espressione della cd *Schuldtheorie* con pretese attenuate relativamente all'evitabilità dell'errore.

<sup>(55)</sup> Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 496 nota 6, secondo il quale questo tipo di errore non può mai essere considerato come inevitabile; v. anche JAKOBS, *Strafrecht AT*, cit., 19. Abschn. n. marg. 52; LENCKNER in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB, Vor § 32 n. marg. 121a*; SCHWENCK, *Wehrstrafrecht*, cit., 96; *contra* SCHÖLZ-LINGENS, *WStG*, cit., § 5 n. marg. 10, secondo il quale anche in questo caso troverebbe applicazione il § 5 WStG.

<sup>(56)</sup> SCHÖLZ-LINGENS, *WStG*, cit., § 5 n. marg. 15 ss.

tale da diminuire la capacità dell'inferiore di riconoscere pienamente l'illiceità del fatto o di resistere all'ordine criminioso.

Se il reato commesso è un *Vergehen*, il giudice che ravvisi una tale particolare situazione può anche prescindere dall'applicazione della pena. Se la responsabilità è minima, qualsiasi pena sarebbe troppo severa<sup>(57)</sup>.

6. Il problema, in passato molto discusso, relativo alla configurabilità del cd "ordine illegittimo vincolante" (*rechtswidriger verbindlicher Befehl*)<sup>(58)</sup> ha perso solo in parte importanza in seguito all'eliminazione di quella categoria di condotte penalmente punibili nella forma delle *Übertretungen* che, in passato, potevano costituire per i militari oggetto di ordini vincolanti<sup>(59)</sup>. Attualmente l'ipotesi più rilevante di ordine illegittimo vincolante è data dall'ordine di commettere un illecito amministrativo (*Ordnungswidrigkeit*)<sup>(60)</sup>.

<sup>(57)</sup> Le leggi sul pubblico impiego stabiliscono che il pubblico funzionario debba eseguire un ordine di servizio solo se la condotta a lui imposta non è punibile (*strafbar*), non costituisce illecito amministrativo e non lede la dignità umana (§§ 56 co. 2 BBRG, 38 co. 2 BRRG); tuttavia, nel caso in cui, a seguito della rimostranza da parte dell'inferiore, l'immediato superiore confermi l'ordine, l'impiegato che l'ha ricevuto deve eseguirlo purché l'anti-giuridicità penale non sia per lui riconoscibile (*erkennbar*).

L'impiegato che abbia dei dubbi circa la legittimità della disposizione impartita deve perciò sollevare rimostranza, a differenza dell'inferiore militare. Questa disciplina in ambito civile è giustificata dal fatto che gli impiegati pubblici hanno di regola il tempo e la possibilità materiale di esaminare gli ordini che vengono loro impartiti e dato che l'apparato statale civile non viene paralizzato dalla rimostranza. V. in merito JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 494 ss. Secondo la dottrina (LENCKNER T., *Der "rechtswidrige verbindliche Befehl" im Strafrecht – nur noch ein Relikt?*, in *Festschrift für W. Stree und J. Wessels*, Heidelberg 1993, 226 ss.; ROXIN, *Strafrecht AT*, cit., § 17 B n. marg. 16) per gli impiegati civili dello Stato il dovere di obbedienza verrebbe meno non già con la *Strafbarkeit* del comportamento ordinato, come accade per i militari, bensì soltanto all'ulteriore condizione che tale punibilità sia per il soggetto personalmente riconoscibile – cioè che sia riconoscibile per quell'impiegato in concreto e non per un "impiegato medio" che si trovi nella medesima posizione: un ordine di servizio rimarrebbe, cioè, vincolante nonostante il contenuto criminioso se chi l'ha ricevuto non ha riconosciuto tale anti-giuridicità penale.

<sup>(58)</sup> AMELUNG K., *Die Rechtfertigung und Entschuldigung von Polizeibeamten im deutschen Recht*, in AA. VV., *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Freiburg i. Br. 1988, 1327; ARNDT H., *Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls*, in *NZWehrr* 1960, 145; KÜPER W., *Differenzierung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen: Sachgerecht und notwendig? Überlegungen am Beispiel von "Notstand", Pflichtenkollision" und "Handeln auf dienstliche Weisung*, in AA.VV., *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Freiburg i. Br., 1987, 355; LEHLEITER G., *Der rechtswidrige verbindliche Befehl*, Frankfurt a.M., 1995; LENCKNER, *Der "rechtswidrige verbindliche Befehl"*, cit., 1993, 223.

<sup>(59)</sup> V. BRINGEWAT P., *Der rechtswidrige Befehl*, in *Nzwehrr* 1971, 126; HIRSCH, *StGB LK*, cit., Vor § 32, n. marg. 177.

<sup>(60)</sup> Per una dettagliata trattazione della normativa tedesca relativa alle *Ordnungswidrigkeiten* v. DOLCINI E.-PALIERO C., *L'illecito amministrativo nella Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa*, in *Riv. it. dir. e proc.*

Del resto, la legislazione in materia di obbedienza esclude chiaramente la vincolatività dell'ordine criminioso: dai §§ 11 co. 2 SoldG e 5 WStG emerge inequivocabilmente che non possono e non devono essere eseguiti quegli ordini la cui esecuzione comporti la commissione di un reato<sup>(61)</sup>.

Si è talora negata, in dottrina<sup>(62)</sup>, la vincolatività di questa categoria di ordini illegittimi. Si sostiene, infatti, che il fatto che il militare che esegue un ordine costituente illecito amministrativo non debba risponderne (*Sanktionslosigkeit*), non significa anche che egli debba essere ritenuto responsabile nel caso, opposto, di mancata obbedienza.

Questa soluzione, rifiutata dalla maggior parte della dottrina<sup>(63)</sup>, non è, invero, compatibile con la lettera delle disposizioni relative all'ordine e all'obbedienza: dal raffronto tra il § 10 co. 4 SoldG, che stabilisce i requisiti di legittimità dell'ordine, e il § 11 SoldG, che ne individua le cause di non vincolatività, risulta evidente la configurabilità di una tipologia di ordini vincolanti nonostante la loro anti-giuridicità<sup>(64)</sup>. Ciò rappresenta, del resto, la necessaria conseguenza della soluzione legislativa che, sulla base del conflitto di doveri, favorisce il principio di obbedienza e quindi non attua una perfetta corrispondenza tra vincolatività e legittimità dell'ordine<sup>(65)</sup>. Si può perciò ritenere che gli ordini rivolti a commettere un illecito amministrativo o quelli emanati in contrasto con disposizioni di servizio siano illegittimi ai sensi del § 10 co. 4 SoldG ma anche vincolanti, non rientrando nella previsione del § 11 SoldG. Un tale ordine fa sorgere in capo a chi lo riceve il dovere di obbedienza piena, immediata e scrupo-

*pen.*, 1980, 1134; MOCCIA S., *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli 1984, 281 ss.

<sup>(61)</sup> Nella pratica, può tuttavia verificarsi l'ipotesi di divergenze di opinione tra il superiore e l'inferiore circa l'illiceità penale della condotta oggetto dell'ordine: si ritiene in tali casi che l'ordine sia di regola vincolante anche quando, successivamente, risulti che l'inferiore, diversamente dal superiore, aveva correttamente valutato l'ordine come criminioso. È, infatti, intrinseco al concetto di gerarchia che in caso di dubbio sia il superiore, cui va riconosciuta una maggiore competenza sulla questione, a prendere la decisione finale circa la legittimità dell'ordine stesso, purché, naturalmente, la criminalità del comportamento imposto non sia manifesta. Vedi ampiamente: LENCKNER T., *Der "rechtswidrige verbindliche Befehl" im Strafrecht – nur noch ein Relikt?*, cit., 230 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., § 17 B, n. marg. 16.

<sup>(62)</sup> SPENDEL, *StGB LK*, cit., § 32 n. marg. 100 ss.

<sup>(63)</sup> Vedi BAUMANN-WEBER-MITSCH, *Strafrecht AT*, cit., § 23 n. marg. 53.

<sup>(64)</sup> Cfr. in particolare WIPFELDER/SCHWENCK, *Wehrrecht*, cit., 92 ss.; STAUF, *Soldatengesetz*, cit., § 11 n. marg. 8; ARNDT, *Grundriß*, cit., 114 ss.; ROXIN, *Strafrecht AT*, cit., § 17 B n. marg. 17.

<sup>(65)</sup> Secondo alcuni autori le norme in materia non lascerebbero capire chiaramente su quale principio si fondi l'esenzione di responsabilità per chi esegue per ordine un illecito amministrativo: v. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 16. Abschn. n. marg. 13; KÜPER, *Differenzierung*, cit., 357. Per altri autori (BAUMANN-WEBER-MITSCH, *Strafrecht AT*, cit., § 23 n. marg. 53), la configurabilità, in ambito militare, di un ordine illegittimo vincolante è tanto inspiegabile quanto ineliminabile, *de iure condito*.

losa (§ 11 co. 1 SoldG); la piena responsabilità è quindi a carico del solo superiore che l'ha impartito, il quale ha il dovere di emanare ordini legittimi.

Mancando una precisa statuizione legislativa in materia, l'esclusione della responsabilità penale-amministrativa per l'inferiore che esegue un ordine illegittimo vincolante viene, in dottrina, da alcuni autori<sup>(66)</sup> concepita come causa di esclusione della colpevolezza per il fatto antiggiuridico, e da altri<sup>(67)</sup> come causa di giustificazione secondo il principio del conflitto dei doveri.

La teoria che ipotizza l'esistenza di una causa di esclusione della colpevolezza in capo a chi esegue un ordine illegittimo vincolante è tradizionalmente sostenuta dalla maggioranza della dottrina tedesca e si fonda sulla riflessione che un ordine illegittimo non possa mai giustificare la condotta dell'inferiore. Un ordine illegittimo non può, infatti, trasformare ciò che è illecito in lecito, altrimenti significherebbe ammettere che il superiore realizza qualcosa che gli è precluso, in quanto illecito, semplicemente ordinandolo all'inferiore.

Viene affermato<sup>(68)</sup>, a sostegno di questa tesi, che l'illegittimità dell'ordine abbraccia necessariamente anche la sua esecuzione, perché l'inferiore non ha un proprio originario potere di agire, bensì soltanto un potere di agire che gli deriva dal superiore.

Rappresentativo dell'opinione in esame è il pensiero di Maurach<sup>(69)</sup>. Secondo questo autore l'ordine legittimo giustifica in quanto realizza la volontà dell'ordinamento giuridico; l'ordine perciò non è nient'altro che la comunicazione della volontà dell'ordinamento giuridico rivolta all'organo chiamato a darne immediata esecuzione. Se l'ordine è in contrasto con il diritto, la sua esecuzione non può essere giustificata per il fatto che chi ordina l'illecito si serva di uno strumento (l'inferiore) per realizzarlo<sup>(70)</sup>.

Se si ritenesse la condotta dell'inferiore come giustificata, il terzo che vedesse lesi i propri diritti a seguito dell'esecuzione dell'ordine potrebbe esercitare la legittima difesa solo nei confronti del superiore che avesse agito direttamente, mentre rimarrebbe privo di tutela nei confronti dell'inferiore.

I fautori della cd "*Rechtfertigungslösung*" ritengono che l'ordine vinco-

<sup>(66)</sup> Vedi per es. ARNDT, *Grundriß*, cit., 115; BAUMANN-WEBER-MITSCH, *Strafrecht AT*, § 23 n. marg. 53 ss.; KÜPER, *Differenzierung*, cit., 362; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT*, cit., § 29 n. marg. 7 ss.

<sup>(67)</sup> Cfr. HIRSCH, *StGB LK*, cit., Vor § 32 n. marg. 177; JAKOBS, *Strafrecht*, cit. 16. Abschn. n. marg. 14; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 394; LENCKNER, *StGB*, cit., Vor § 32 n. marg. 88a; SCHWENCK, *Wehrstrafrecht*, cit., 92.

<sup>(68)</sup> SCHÖLZ/LINGENS, *Wehrstrafgesetz*, cit., § 2 n. marg. 32; KÜPER, *Differenzierung*, cit., 359.

<sup>(69)</sup> MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT*, cit., § 29 n. marg. 8.

<sup>(70)</sup> Nello stesso senso anche SPENDEL, *StGB LK*, cit., § 32 n. marg. 79.

lante sia causa di giustificazione, anche quando esso sia eccezionalmente il legittimo<sup>(71)</sup>. L'inferiore si troverebbe nella situazione di un conflitto di doveri con relativa impossibilità di adempierli entrambi (obbedienza all'ordine e rispetto dell'ordinamento giuridico) e quindi non agirebbe in modo anti-giuridico; non sarebbe infatti pensabile obbligare l'inferiore all'esecuzione di un ordine minacciandolo di pena in caso di disobbedienza e, al contempo, giudicare come antiggiuridica una condotta conforme ai suoi doveri.

Il superiore rimane sempre vincolato al principio per cui il potere esecutivo deve essere esercitato nel rispetto delle leggi (Art. 20 co. 3 GG), ma se egli, per scopi di servizio, accetta una minima violazione dell'ordinamento giuridico oppure non ne riconosce l'antigiuridicità, non deve venir meno, in ambito militare, l'immediata esecuzione dell'ordine.

Come ulteriore motivazione a sostegno di questa seconda teoria viene addotta l'esigenza di sgravare l'inferiore dal rischio dell'illegittimità, necessità che emerge tipicamente dal suo ruolo di subalterno e dalla sua limitata libertà decisionale.

L'esecutore non può, infatti, di regola, valutare quando l'esecuzione di un illecito amministrativo sia giustificata o meno; solo se egli è liberato dal rischio di questa eventuale antiggiuridicità, se, cioè, egli può confidare nella vincolatività dell'ordine e nella prevalente importanza del dovere di obbedienza (purché, ovviamente, non si tratti di una delle ipotesi di non vincolatività espressamente prevista dalla legge) può essere tollerabile il suo inserimento nel sistema gerarchico. Il "costo" dell'organizzazione militare deve, infatti, essere sopportato da chi la utilizza (il superiore che impartisce l'ordine) e non da chi ne è soltanto uno strumento (l'inferiore che adempie l'ordine)<sup>(72)</sup>.

Riconoscere all'inferiore la causa di giustificazione comporta per il cittadino la perdita del diritto di esercitare la legittima difesa nei confronti di chi esegue l'ordine, diritto che, invece egli avrebbe avuto se ad agire fosse stato direttamente il superiore<sup>(73)</sup>.

7. Un problema di notevole importanza è dato dalla questione della vincolatività o meno dell'ordine cd "pericoloso"<sup>(74)</sup>. Vengono in considera-

<sup>(71)</sup> JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 395; ROXIN, *Strafrecht AT*, cit., § 17 B n. marg. 19.

<sup>(72)</sup> JAKOBS, *Strafrecht AT*, cit., 16. Abschn., n. marg. 11.

<sup>(73)</sup> ROXIN, *Strafrecht AT*, cit., § 17 B n. marg. 20; HIRSCH, *StGB LK*, cit., Vor § 32, n. marg. 177. Secondo altri autori (JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 395; ROXIN, *Strafrecht*, cit., § 17 B n. marg. 20; LENCKNER, *StGB LK*, Vor § 32, n. marg. 88a) può comunque essere riconosciuto al cittadino lo stato di necessità (*Notstandrecht*) nei confronti dell'inferiore.

<sup>(74)</sup> HUTH R., *Der sogenannte gefährliche Befehl im geltenden Wehrrecht*, in *NZWehrr* 1988, 252; PETERSON D.P., *Der sogenannte gefährliche Befehl im geltenden Wehrrecht – eine Erwiderung auf den Beitrag von R. Huth*, in *NZWehrr* 1989, 239; VITT E., *Rechtsprobleme des sogenannten gefährlichen Befehls*, in *NZWehrr* 1994, 45. Non tutti gli autori concordano sul-

zione i casi in cui dall'esecuzione dell'ordine di commettere un illecito amministrativo (ordine che per l'inferiore è vincolante, nonostante la sua illegittimità) possa derivare il *pericolo* della commissione di un reato colposo.

Un tipico esempio è il pericolo di incidenti derivante dalla circolazione di autoveicoli in violazione del Codice della Strada (*Ordnungswidrigkeit*) quando all'inferiore viene ordinato di guidare a fari spenti o di superare i limiti di velocità. Il problema invece non si pone se l'ordine non è vincolante in base al § 11 SoldG, per esempio perché criminoso: in questo caso è la legge stessa ad autorizzare o, nel caso di reato, ad imporre la disobbedienza<sup>(75)</sup>.

La questione assume particolare rilevanza nel caso in cui venga rifiutata l'obbedienza da parte dell'inferiore che ritenga che l'esecuzione dell'ordine possa portare alla commissione di un reato: se il superiore che ha impartito l'ordine è di contrario avviso e ritiene che l'adempimento di esso possa avere come conseguenza soltanto la commissione di un illecito amministrativo, deve essere valutata la possibilità che l'inferiore debba rispondere del reato di disobbedienza.

In dottrina sono state elaborate due diverse teorie per stabilire quando un ordine possa essere qualificato come "pericoloso" e, quindi, non vincolante.

La cd teoria della previsione<sup>(76)</sup> fa riferimento al momento in cui l'ordine è stato emanato e si fonda sulla prevedibilità dell'evento: se ci si può aspettare il verificarsi del reato, l'ordine non è vincolante e quindi non va eseguito. In questo caso si pone poi il problema di valutare secondo quali criteri debba essere definita la probabilità di realizzazione dell'evento. Alcuni autori<sup>(77)</sup> richiedono per la non vincolatività dell'ordine la sussistenza di una elevata o comunque seria probabilità del verificarsi dell'evento. Secondo altri autori<sup>(78)</sup>, invece, si deve fare riferimento al reale pericolo di

---

l'utilizzo della terminologia "ordine pericoloso": in BÖTTCHER/DAU, *Wehrbeschwerdeordnung*, cit., § 1 n. marg. 137 questa definizione è soltanto menzionata; in STAUF, *Soldatengesetz*, cit., la questione non è neppure trattata nel commento al § 11 SoldG; secondo DAU K., *Unfälle durch Übermüdung*, *NZWehrr* 1986, 198, la terminologia sarebbe ingannatoria.

<sup>(75)</sup> La giurisprudenza ha lasciato irrisolta la questione relativa alla vincolatività o meno dell'ordine pericoloso: v. BGH del 31/01/1964, in *NZWehrr* 1964, 125; SchlHOLG del 11/11/1965, in Kohlhaas/Schwenck, *RWSrR* § 5 WStG Nr. 2. In queste sentenze è stato posto in rilievo che possono sorgere dubbi circa la vincolatività o meno dell'ordine, quando sussista la probabilità che l'inferiore, con l'esecuzione di esso, commetta un reato colposo. Tuttavia, la questione non è stata risolta, in quanto non ritenuta rilevante ai fini della decisione del caso concreto. Infatti, poiché l'evento criminoso si era verificato, il giudice ha esaminato la questione della colpevolezza dell'inferiore, escludendola per difetto dei presupposti previsti dal § 5 WStG.

<sup>(76)</sup> Cfr. in particolare HUTH, *op. cit.*, 254; VITT, *op. cit.*, 50.

<sup>(77)</sup> LENCKNER, *StGB*, cit., § 32 n. marg. 90; HUTH, *op. cit.*, 255 ss.

<sup>(78)</sup> VITT, *op. cit.*, 50 ss.; ROXIN, *Strafrecht AT*, cit., § 17 B n. marg. 21.

danno: un ordine è non vincolante se appare oggettivamente possibile il verificarsi di un danno ad un bene giuridico penalmente tutelato contro condotte colpose; se, viceversa, manca, secondo la generale esperienza, il concreto pericolo che si verifichi l'evento antiggiuridico, l'ordine non può essere criminoso (per esempio, l'ordine di attraversare un incrocio stradale senza rispettare il semaforo rosso è vincolante se l'incrocio è completamente libero e sussiste piena visibilità). Se l'evento antiggiuridico si verifica comunque, l'esecuzione dell'ordine rimane, in relazione al reato colposo, non criminosa, dato che tale evento non era oggettivamente prevedibile.

Nell'ambito della teoria della previsione è altresì controverso da quale prospettiva vada operata la valutazione della pericolosità dell'esecuzione dell'ordine: ci si chiede infatti se si debba fare riferimento al punto di vista meramente soggettivo dell'inferiore interessato, basandosi *ex ante* sulle sue individuali conoscenze e sulle sue personali capacità, oppure al punto di vista oggettivo del cd "militare medio" considerando tuttavia la situazione concreta e le conoscenze di fatto possibili e disponibili *ex ante* da parte del soldato interessato, oppure ancora se il pericolo vada valutato dal giudice secondo una previsione oggettiva *ex post*<sup>(79)</sup>.

In base alla cd "teoria dell'accertamento"<sup>(80)</sup> la non vincolatività dell'ordine pericoloso può essere affermata solo nel caso in cui il reato colposo si sia di fatto realizzato in seguito all'esecuzione: in tale ipotesi l'ordine va ritenuto sin dall'inizio criminoso e non vincolante. Per l'ipotesi in cui l'evento antiggiuridico non abbia potuto verificarsi perché l'inferiore si è rifiutato di obbedire ritenendo sussistesse il pericolo di un reato, va stabilito con una oggettiva e successiva previsione se il verificarsi dell'evento era più o meno probabile. Se da tale analisi, condotta dal giudice, risulta che la realizzazione dell'evento penalmente rilevante era improbabile, l'inferiore può essere punito per il reato di disobbedienza, purché ne sussistano gli altri presupposti.

La teoria dell'accertamento appare sicuramente più semplice e di più facile applicazione rispetto all'altra. Tuttavia le viene mossa la critica<sup>(81)</sup> di non fornire all'inferiore alcun valido criterio per la determinazione della vincolatività o meno dell'ordine al momento in cui costui è chiamato ad eseguirlo: la qualificazione giuridica dell'ordine viene, invece, ad essere determinata dalla reazione e dalla condotta di chi, di volta in volta, la riceve. Inoltre, nell'ipotesi del rifiuto di obbedienza, si è comunque costretti a ricorrere ai principi propri della *Prognoselösung*.

<sup>(79)</sup> Per una dettagliata trattazione della questione vedi PETERSON, *op. cit.*, 243 ss.

<sup>(80)</sup> Vedi per tutti SCHWENCK, *Wehrstrafrecht*, cit., 89 ss.

<sup>(81)</sup> Cfr. in particolare VITT, *Rechtsprobleme des sogenannten "gefährlichen Befehls"*, cit., 48 ss.

8. Il § 10 SoldG co. 5 sancisce la responsabilità del superiore per gli ordini impartiti<sup>(82)</sup>. L'assunzione della responsabilità riguarda non solo la legittimità della disposizione emanata ma anche la sua conformità allo scopo (*Zweckmäßigkeit*), la quale tuttavia non pregiudica né la legittimità né la vincolatività dell'ordine.

Da questo dovere, di carattere generale, di un responsabile esercizio del potere di emanare ordini, discendono una serie di specifici doveri di servizio: a) prima di impartire l'ordine il superiore ha l'obbligo di esaminare la situazione di fatto in modo da poter essere nella condizione di esercitare il proprio potere in modo conforme alle circostanze, in armonia con le ragioni di servizio e nel rispetto dell'ordinamento giuridico; b) egli ha, inoltre, ai sensi del § 10, un preciso dovere di vigilanza (*Dienstaufsicht*) sull'esecuzione del proprio ordine nonché il dovere di attuare gli ordini in modo conforme alle circostanze<sup>(83)</sup>; l'eventuale violazione del dovere di controllo è inoltre penalmente sanzionata dal § 41 WStG; c) egli deve altresì disporre misure correttive per la modificazione degli ordini impartiti nel caso in cui, per propria conoscenza o in seguito a rimostranza da parte dell'inferiore, si avveda della loro illegittimità, non conformità allo scopo, ineseguibilità o di altre ragioni di inammissibilità.

9. A fondamento dell'intera disciplina penale militare dell'ordine gerarchico, si pone la consapevole scelta del legislatore tedesco di rinunciare ad una piena corrispondenza tra legittimità e vincolatività dell'ordine. Questa precisa scelta legislativa trova espressione nell'affermazione del generale principio per cui ogni ordine giuridicamente esistente, emanato con "pretesa di obbedienza" dal competente superiore gerarchico, è vincolante anche se illegittimo, a meno che non sia ravvisabile una delle cause di non vincolatività previste dalla legge stessa. Di conseguenza, si danno tre categorie di ordini militari aventi diversa rilevanza sul piano penalistico: l'ordine legittimo vincolante, l'ordine illegittimo non vincolante e l'ordine illegittimo vincolante.

L'ordine legittimo fa sempre sorgere a carico dell'inferiore il dovere di obbedienza penalmente e disciplinarmente sanzionabile ed è causa di giustificazione per chi lo esegue. Ciò coincide con quanto previsto nel nostro ordinamento. Se, invece, l'ordine è illegittimo e non vincolante, il suo man-

<sup>(82)</sup> V. per il commento al § 10 co. 5 SoldG: FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 10 n. marg. 22 ss.; STAUF, *Soldatengesetz*, cit., § 10 n. marg. 18 ss.; WIPFELDER-SCHWENCK, *Webrrecht*, cit., 90.

<sup>(83)</sup> Si ritiene (per tutti, FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 10 n. marg. 24-25) che il superiore debba esercitare il proprio potere di attuazione degli ordini impartiti nel rispetto del principio di proporzionalità tra mezzo e scopo. Riguardo al problema del possibile uso delle armi al fine di ottenere l'obbedienza dell'inferiore, v. FÜRST-ARNDT, *Soldatenrecht*, cit., § 10 n. marg. 24; STAUF, *Soldatengesetz*, cit., § 10 n. marg. 20.

cato adempimento non comporta per il subordinato la commissione del reato di disobbedienza e neppure la responsabilità disciplinare. In questa categoria rientrano l'ordine non rivolto a scopi di servizio e quello lesivo della dignità umana dell'inferiore o di un terzo: in entrambi i casi la legge consente al militare di disobbedire, ma anche di obbedire. Nel caso in cui l'ordine sia penalmente antiggiuridico, sorge in capo al subordinato un vero e proprio dovere di disobbedienza. L'inferiore risponde del reato commesso per ordine soltanto se riconosce la criminosità o se questa è oggettivamente manifesta sulla base di circostanze a lui note. In essenza, quest'ultima disciplina non diverge da quella prevista nel sistema italiano: si tratta di escludere la responsabilità in quanto vi è difetto di colpevolezza (intesa in senso normativo).

A destare le maggiori perplessità è la possibilità, in campo tedesco, di configurare ordini illegittimi vincolanti, la cui mancata esecuzione è punita come reato di disobbedienza. È, tuttavia, opportuno porre in evidenza che l'affermazione del principio di generale vincolatività dell'ordine gerarchico militare non comporta, nell'ordinamento germanico, il trionfo della cd "obbedienza cieca". Al subordinato non è precluso, infatti, il sindacato sulla legittimità sostanziale dell'ordine. Gli si attribuisce il diritto di disobbedire ad ordini che ledano la dignità umana o che non siano rispondenti agli scopi propri delle F.A.; l'ordine criminoso fa sorgere un vero e proprio obbligo di disobbedienza. Solo gli ordini illegittimi che comportano violazioni meno gravi dell'ordinamento giuridico, come gli illeciti amministrativi, sono vincolanti; se l'intensità dell'antigiuridicità che colpisce l'ordine è tale da rendere l'obbedienza insostenibile per il subordinato o per lo stesso ordinamento giuridico, la legge prevede una causa di non vincolatività. Il fatto che si ritenga possibile configurare, sulla base della *eadem ratio*, altre ragioni di non vincolatività oltre a quelle espressamente previste dalla legge, costituisce un'ulteriore valvola di sicurezza per la tutela dell'ordinamento giuridico. Del resto, nel WStG il reato di disobbedienza è strutturato in modo tale che solo l'inesecuzione di ordini particolarmente qualificata, per le conseguenze lesive che comporta o per le modalità con cui avviene, fa sorgere la responsabilità penale in capo all'inferiore: nella maggior parte dei casi chi disobbedisce ad un ordine vincolante illegittimo commette soltanto un illecito disciplinare. In Italia, invece, il reato di disobbedienza tende ad essere, almeno in pratica, reato di *mera* disobbedienza.

In Germania, infine, come in Italia, viene sempre affermata la responsabilità, disciplinare e penale, del militare che ha impartito l'ordine illegittimo, indipendentemente dalla vincolatività o meno dell'ordine stesso.

In definitiva, seppur è innegabile il rischio insito in un'affermazione di principio come quella tedesca per cui anche ordini illegittimi possono essere vincolanti, tuttavia la scelta del legislatore tedesco, finché rimane nell'ambito di quanto è costituzionalmente ammesso, può rappresentare un'accettabile soluzione del conflitto tra le molteplici istanze in gioco: da un lato

l'interesse all'efficienza delle F.A e alla tutela della posizione del subordinato e, dall'altro, l'interesse al rispetto dell'ordinamento giuridico. Non si può non riconoscere, in ogni caso, che il WStG delinea in modo tecnicamente apprezzabile la disciplina a fini penalistici dell'ordine gerarchico, enucleando un'apposita nozione di ordine, indicandone le cause di non vincolatività, definendo con precisione le tre tipologie di reato di disobbedienza e, infine, regolando la responsabilità dell'inferiore per l'esecuzione dell'ordine criminoso. Tra la legge penale militare e la legge sulla disciplina militare non sorge, in Germania, alcun tipo di contrasto. Da noi, invece, si fatica ad armonizzare un codice penale militare che risale all'epoca pre-costituzionale con una legge sulla disciplina militare che nel 1978 ha profondamente innovato il settore. È difficile altresì armonizzare codice penale comune, codice militare e legge sulla disciplina.

Per tutti questi rilievi, soprattutto la tecnica legislativa tedesca potrebbe essere punto di riferimento per un'eventuale riforma da parte del legislatore italiano. Quanto al resto, sul piano della civiltà giuridica, sono preferibili gli esiti normativi italiani, improntati sull'osservanza della legalità sostanziale anche costituzionale come principio cardine della disciplina militare, senza rischiose deviazioni che comportino affermazioni di prevalenza del nudo principio di obbedienza, riguardo ad ordini illegittimi.

DEBORA PROVOLO