

GIANFRANCO MARTIELLO

VIOLENZA PUBBLICA POTENZIALMENTE LETALE E  
DIRITTO ALLA VITA EX ART. 2 CEDU:  
A PROPOSITO DELL'ART. 53 C.P. "CONVENZIONALMENTE RILETTO"

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'art. 2 CEDU e l'obbligo di «adeguatezza» della disciplina nazionale in materia di uso della forza pubblica con effetti potenzialmente letali. – 3. Le legittime violazioni del diritto alla vita: il paragrafo secondo dell'art. 2 CEDU ed il limite della «assoluta necessità». – 4. Le potenziali ricadute dei *desiderata* convenzionali sull'art. 53 c.p.: cenni alle opinioni sorte in dottrina. – 5. Suggestioni conclusive: verso una "proporzionalità differenziata" tra difesa pubblica e difesa privata dei diritti?

1. *Premessa*

È opinione diffusa che la causa di giustificazione prevista dall'art. 53 c.p. costituisca espressione della matrice autoritaria dell'attuale codice, la conferma forse più probante dell'ideologico sbilanciamento – a favore del pubblico ufficiale – del rapporto tra Autorità e Libertà allora professato, così tanto distante da quello inteso prima dal codice Zanardelli e poi dalla Carta costituzionale. Ci si troverebbe di fronte, insomma, ad una sorta di "scriminante di regime", la quale, sotto il pretesto della «necessità di eliminare le controversie, che si fanno, per determinare quale sia la precisa discriminante che si adegua all'uso delle armi, compiuto od ordinato dal pubblico ufficiale, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio»<sup>1</sup>, avrebbe invece introdotto un odioso privilegio a favore della Forza pubblica, funzionale, alla bisogna, anche a reprimere il dissenso politico<sup>2</sup>. Nondimeno, in assenza di una pronuncia di incostituzionalità resa dalla Consulta, che si è invero limitata ad agire sul cascame procedimentale del-

<sup>1</sup> In tal senso, difatti, si esprimeva la *Relazione sul Libro I*, che può leggersi in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO (a cura di), *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Parte 1<sup>a</sup> (*Relazione sul Libro I del Progetto*), Roma, 1929, 96 s.

<sup>2</sup> A scopo esclusivamente esemplificativo, basti il riferimento a PISA, *Osservazioni sull'uso legittimo delle armi*, in *Annali Fac. giur. Univ. Genova*, 1971, 148 s.; MEZZETTI, *Usò legittimo delle armi*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, 125; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III<sup>a</sup> ed., Milano, 2004, 563; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, X<sup>a</sup> ed., Padova, 2017, 265; CARUSO DE CAROLIS, CONTINIELLO, *L'uso legittimo delle armi*, Bergamo, 2016, 20 s.; SARTARELLI, *Usò legittimo della violenza pubblica e diritto penale*, Bari, 2018, 2 s.

la scriminante *de qua*<sup>3</sup>, ed in mancanza di una novella che l'abbia espulso dal sistema o modificato in senso più conforme allo spirito democratico<sup>4</sup>, l'art. 53 c.p. non solo sopravvive ma non risulta nemmeno poi così tanto sconosciuto neanche ai recenti repertori di giurisprudenza, come la premessa suggerirebbe. Anzi, se mai uno dei più noti progetti di nuova codificazione penale dovesse divenire legge, una precipua causa di giustificazione dell'uso della coazione pubblica parrebbe comunque destinata a resistere<sup>5</sup>, e quindi, non senza qualche paradossale, a sopravvivere allo stesso codice Rocco.

Ma quale il segreto di cotanta longevità? La risposta va ricercata, come noto, nell'opera di ortopedia interpretativa condotta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che nel tempo hanno ristretto il raggio applicativo dell'art. 53 c.p., cercando di adeguarne il contenuto scriminante, più che a puntuali disposizioni costituzionali, che solo in maniera indiretta affrontano la materia, alla riconosciuta intonazione personalistica della Carta, che avrebbe quindi ribaltato il precedente rapporto Autorità-Libertà<sup>6</sup>. In specie, tale opera di adeguamento-restrizione è nella sostanza consistita nel sottoporre (anche) la figura scriminante in parola al limite della «proporzione», sebbene sui termini del rapporto che esso sottende, e sul criterio misuratore che ne dovrebbe costituire l'essenza operativa, non esista per vero unanimità di vedute<sup>7</sup>.

Le norme da considerare «apicali» dell'ordinamento, alle quali ogni sua disposizione deve poi *rationem reddere*, sono tuttavia aumentate nel tempo, considerato che quelle influenze del diritto sovranazionale che la stessa Carta aveva program-

<sup>3</sup> Ci si riferisce, nello specifico, a Corte cost., 6.6.1963, n. 94, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 782, con nota di CRISAFULLI, la quale ritenne illegittimo l'art. 16 c.p.p. abr., che aveva introdotto nel rito penale la così detta «garanzia amministrativa» a favore degli agenti o ufficiali di P.S. o di P.G. «per fatti commessi in servizio e relativi all'uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica».

<sup>4</sup> Antitetico è stato, invece, l'unico intervento legislativo sulla disposizione, ovvero quello operato dall'art. 14 della l. 22.5.1975, n. 152 (così detta «legge Reale»), che ha esteso i confini scriminanti dell'art. 53 c.p. all'uso della violenza pubblica diretta a «comunque [...] impedire la consumazione» di certi delitti, finendo così per arretrare il limite dell'intervento repressivo violento del pubblico ufficiale: sul punto, v. criticamente, per tutti, BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Quest. crim.*, 1975, 258 s.; MORI, SARACENI, *La «legge Reale». Come la borghesia si difende*, Roma, 1975, 64 s.; PECORELLA, *La legge Reale: un attentato alla Costituzione*, in AA.VV., *Ordine pubblico e criminalità*, Milano, 1975, 93.

<sup>5</sup> Cfr. difatti: l'art. 16, n. 6, del «progetto Pagliaro»; l'art. 51 del «progetto Riz»; l'art. 38 del «progetto Grosso»; l'art. 31, nn. 1) e 2), del «progetto Nordio»; l'art. 15, lett. b), del «progetto Pisapia».

<sup>6</sup> In argomento, v. per tutti MANTOVANI, *Libertà, ordine e disordine* (1972), ora in ID., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, 173 s.

<sup>7</sup> V. sul punto, riassuntivamente, RIPAMONTI, *Art. 53*, in DOLCINI, GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, I, IV<sup>a</sup> ed., Milano, 2015, 974 s., nonché, per un'analisi della complessa struttura del giudizio di proporzione, SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 365 s. e COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010, 224 s.

maticamente autorizzato agli artt. 10 e 11 si sono rivelate sempre più penetranti, tanto da costringere il giudice interno a doversi oggi districare in un vero e proprio “labirinto” di disposizioni nazionali ed extranazionali e di pronunce di corti nazionali e sovranazionali<sup>8</sup>. In questa precipua sede, tuttavia, l’attenzione sarà rivolta alla sola «Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali» (CEDU). Va difatti considerato che, diversamente da altri atti internazionali e dalla nostra stessa Costituzione, ove la cornice di principio nella quale inscrivere l’uso della forza pubblica deve essere dedotta, come detto, dal più generale tenore dei rapporti Autorità-Individuo, a sua volta ricostruibile da più statuizioni o *rationes* costituzionali<sup>9</sup>, nella CEDU è presente una disposizione che si occupa *expressis verbis* del precipuo tema che ci impegna, affrontando, anzi, la questione forse più spinosa che esso suscita: la legittimità dell’uso della forza pubblica che porti alla compromissione del bene più prezioso dell’essere umano, ossia quello della vita, che nella nostra Carta, come noto, è ricavabile soltanto per presupposizione<sup>10</sup>.

Ed è proprio sul dato normativo offerto dalla CEDU e sull’interpretazione in più parti evolutiva che di esso hanno dato nel tempo i giudici di Strasburgo che occorre adesso soffermare l’attenzione.

## 2. *L’art. 2 CEDU e l’obbligo di «adeguatezza» della disciplina nazionale in materia di uso della forza pubblica con effetti potenzialmente letali*

Secondo una certa impostazione teorica, dal punto di vista contenutistico il diritto alla vita si articolerebbe in tre distinti interessi: quello ad «acquisire» la vita, quello a «conservare» la stessa e quello a «rinunciare» alla medesima<sup>11</sup>. Ben si comprende, tuttavia, come in questa sede il profilo di maggiore interesse sia quello della «conservazione» del bene-vita, in particolare rispetto alle aggressioni che ad essa possono muovere organi dello Stato<sup>12</sup>. In tale prospettiva, la principale

<sup>8</sup> Il riferimento è, chiaramente, a MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, *passim*.

<sup>9</sup> Sulle ragioni storiche dell’affermazione e della non espressa consacrazione del diritto alla vita nelle Carte fondamentali, v. OLIVETTI, *Art. 2*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *L’europa dei diritti*, Bologna, 2001, 45 s.

<sup>10</sup> Su tale ultimo aspetto, v. per tutti GEMMA, *Vita (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 680 s. Peraltro, ai cultori del diritto penale è ben noto come proprio la non esplicita menzione nella Carta di alcuni rilevanti diritti, ed *in primis* di quello alla vita, nondimeno oggetto di tutela penale, fornì agio a molte delle critiche mosse alla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, per la cui difesa i suoi fautori dovettero ricorrere, tra l’altro, proprio ai concetti di bene “implicito” o “presupposto” dalla Costituzione: per una ricapitolazione della vicenda, v. per tutti MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 64 s.

<sup>11</sup> Per questa tripartizione contenutistica, v. GEMMA, *Vita*, cit., 670.

<sup>12</sup> Per vero, occorre ricordare che, secondo la Corte EDU, l’obbligo di protezione «adeguata» riguarderebbe gli attentati alla vita provenienti non solo dallo Stato ma anche dai privati: sul punto,

problematica che il suddetto art. 2, § 1, fa sorgere è quella della perimetrazione dell'obbligo di «protezione» della vita che esso pone a carico della legge nazionale degli Stato firmatari.

Occorre infatti specificare che la predetta disposizione convenzionale rende sindacabile alla Corte EDU non solo, come a breve si dirà, il concreto utilizzo che in specifici contesti l'Autorità abbia fatto della violenza letale, e quindi l'osservanza dell'obbligo «negativo» dello Stato di non provocare intenzionalmente la morte di un uomo, ma anche – e come obbligo «positivo» di salvaguardia della vita – la stessa «adeguatezza» del quadro legislativo e regolamentare predisposto a protezione della stessa, e ciò, per quanto attiene al diritto penale, sia sul piano procedimentale che su quello sostanziale<sup>13</sup>, che in questa sede segnatamente interessa.

Orbene, a tale ultimo proposito non si può qui non segnalare che il sindacato di adeguatezza esercitato dalla Corte EDU sui sistemi nazionali di tutela della vita non ha storicamente riguardato soltanto l'esistenza ovvero la misura dell'effettività o dell'efficacia deterrente di norme che incriminassero comportamenti offensivi di tale bene giuridico; al contrario, esso si è nel tempo esteso anche al merito della disciplina interna degli Stati che avessero introdotto cause di non punibilità – da intendersi in senso lato – aventi ad oggetto le medesime condotte lesive<sup>14</sup>. Il presupposto giustificativo di un tale e più esteso vaglio riposebbe, com'è stato osservato, sull'assunto logico secondo cui una legislazione statale che autorizzasse in modo assai comprensivo, o – il che alla fine è lo stesso –

v. infatti OLIVETTI, *Art. 2*, cit., 47, ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 172, RUSSO, BLASI, *Art. 2*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 41, BESTAGNO, *Art. 2*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 44 s., ma in tale senso v. già CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 144 s.

<sup>13</sup> Sulla configurabilità e sul contenuto degli obblighi «negativi» e «positivi» di tutela del diritto alla vita che derivano agli Stati dall'art. 2 CEDU, incluso l'assai discusso obbligo di penalizzazione di certe condotte, v., con diversità di accenti, CHIAVARIO, *La convenzione*, cit., 134, in nota, 135, DE SALVIA, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedure e contenuti*, Napoli, 1997, 81, e con richiami di giurisprudenza relativi anche a pronunce sugli obblighi procedurali, v. NICOSIA, *Convenzione dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 255 s. e 264 s.; ESPOSITO, *Il diritto*, cit., 164, 165 s., VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Giur. merito*, 2008 (suppl. al n. 12), 89 s. (e successivamente, *Id.*, *Obblighi convenzionali di tutela penale*, in MANES, ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 247 s.); LETTIERI, *L'art. 2 della convenzione sui diritti umani sul diritto alla vita*, in *Giur. merito*, 2009, 2312 e 2315 s.; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 36-37, 41 s.; ZIRULIA, *Art. 2*, in UBERTIS, VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 52 s.; SARTARELLI, *Uso*, cit., 74.

<sup>14</sup> Su questo specifico filone d'indagine giurisprudenziale, v. NICOSIA, *Convenzione*, cit., 90 s., ma spec. 98 s.; VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 93 (e poi in *Obblighi*, cit., 264 s.); COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla vita (art. 2 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, n. 1, 205 s.; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 42 s.; ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 45 e 48.

mediante formule linguistiche vaghe o equivoche, gli agenti di polizia a fare uso della forza finirebbe per «istiga[re] costoro a uccidere al di fuori dei casi consentiti dall'art. 2», e ciò tanto più ove la stessa normativa giungesse nella sostanza a determinare «l'impossibilità di sanzionare penalmente nell'ordinamento interno l'autore della violazione»<sup>15</sup>. In questa prospettiva, particolarmente ficcanti per la presente ricerca risultano alcune sentenze, peraltro da più parti richiamate, con le quali i giudici di Strasburgo sono giunti a sindacare nel merito la normativa che certi Stati nazionali avevano predisposto per disciplinare l'uso delle armi da parte della Polizia, ovviamente anche allo scopo di definire l'area di irresponsabilità penale dei pubblici ufficiali ad essa appartenenti<sup>16</sup>.

In tali contesti, la Corte ha difatti precisato che, anzitutto, non basta che le operazioni di polizia che possono implicare l'uso di strumenti mortali siano autorizzate dal diritto nazionale, essendo altresì necessario che lo Stato si assicuri che esse siano anche «sufficientemente delimitate da quel diritto [il diritto interno], nel quadro di un sistema di garanzie adeguate ed effettive contro l'arbitrio e l'abuso della forza»<sup>17</sup>: «quadro giuridico», questo, che dovrebbe segnatamente «definire le limitate condizioni nelle quali i responsabili dell'applicazione delle leggi possano ricorrere alla forza e fare uso delle armi da fuoco, tenuto conto delle norme internazionali elaborate in materia (si vedano, ad esempio, i «Principi delle nazioni unite sul ricorso all'uso della forza»)»<sup>18</sup>. In questa prospettiva, la Corte ha ad esempio stabilito che non risulterebbe rispettoso del livello minimo di protezione del diritto alla vita imposto dall'art. 2, § 1, CEDU, quel diritto interno che, pur prevedendo casi di legittimo ricorso all'uso delle armi e pur sottoponendo quest'ultimo al generale principio di *extrema ratio*, «non contenga alcuna altra disposizione che regoli l'uso delle armi durante le operazioni di polizia, e non enunci alcuna raccomandazione riguardante la preparazione ed il controllo delle azioni di polizia»<sup>19</sup>. Parimenti, non risulterebbe in linea con il citato art. 2 quella legislazione nazionale, per di più non resa pubblica, che ritenesse «legittimo spara-

<sup>15</sup> In questi termini, sostanzialmente, VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 93 e successivamente ID., *Obblighi*, cit., 265 (i corsivi sono dell'autore).

<sup>16</sup> Si tratta, principalmente, di Corte EDU, 9.10.2010, *Ölmez c. Turchia*, spec. §§ 68-69; ID., G.C., 20.12.2004, *Makaratzis c. Grecia*, spec. §§ 57-62 e di ID., G.C., 6.7.2005, *Nachova c. Bulgaria*, spec. §§ 99-102. Per questi ed ulteriori convergenti richiami di giurisprudenza sul punto, v. NICOSIA, *Convenzione*, cit., 98 s.; VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 93 (e poi in *Obblighi*, cit., 265); BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 42; ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 45.

<sup>17</sup> Cfr. Corte EDU, G.C., 20.12.2004, *Makaratzis c. Grecia*, cit., § 58 (traduzione dell'autore). V. anche ID., 24.3.2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, § 209 s.

<sup>18</sup> V. Corte EDU, G.C., 20.12.2004, *Makaratzis c. Grecia*, cit., § 59 (t.d.a.).

<sup>19</sup> Così, Corte EDU, G.C., 20.12.2004, *Makaratzis c. Grecia*, cit., § 62 (t.d.a.), ma v. anche più di recente, per un caso nel quale mancavano completamente in un ordinamento disposizioni o direttive regolanti l'utilizzazione ed i modi di impiego di specifiche armi (granate lacrimogene), ID., 22.7.2014, *Ataykaya c. Turchia*, § 57.

re sui fuggitivi che non si arrestano immediatamente dopo un'intimazione ed uno sparo di avvertimento»<sup>20</sup>, e nella quale, per giunta, «l'esigenza di proporzione è in filigrana», in quanto permeante nel diritto soltanto attraverso «l'interpretazione data dalla giurisprudenza», non adottata però nel caso concreto<sup>21</sup>. Allo stesso modo, non è stato ritenuto conforme all'obbligo positivo ora in discorso quel «quadro giuridico interno» relativo all'uso della coazione diretta nei riguardi dei detenuti, il quale «non è sufficientemente preciso quanto alle misure di coercizione che sono autorizzate o vietate» e «ha cercato di dimostrare che al momento dei fatti esistessero delle istruzioni chiare e adeguate, relative alle tecniche manuali di contenimento dei detenuti», non avendo poi il Governo neanche «cercato di dimostrare che al momento dei fatti esistessero delle istruzioni chiare e adeguate, relative alle tecniche manuali di contenimento dei detenuti»<sup>22</sup>. Parimenti, ed infine, non adeguata all'obbligo gravante sugli ordinamenti interni di rispettare il diritto alla vita è stata ritenuta dalla Corte di Strasburgo una legge turca in materia di contrabbando, la quale, nel disciplinare l'uso delle armi in tale contesto, «non prevedeva in alcuna maniera la proporzione nell'impiego delle armi da fuoco»<sup>23</sup>.

Se, quindi, una prima – e generale – serie di indicazioni sul “dover essere” convenzionale del ricorso alla forza pubblica letale risulta posta dalla Corte sul piano della *law in book* degli Stati, un ulteriore e più ampio apporto alla definizione di tale statuto disciplinare si rinviene in quelle sue pronunce chiamate segnatamente a decidere sulla concreta rispondenza ai dettami dell'art. 2 CEDU della *law in action*, ossia delle ipotesi fattuali nelle quali le varie Polizie sono ricorse all'uso della violenza letale. Una tale giurisprudenza, tuttavia, è per lo più maturata nella definizione applicativa dei limiti che alla tutela del diritto alla vita ha posto il paragrafo secondo dello stesso art. 2, sul quale, perciò, occorre preliminarmente soffermarsi.

### 3. *Le legittime violazioni del diritto alla vita: il paragrafo secondo dell'art. 2 CEDU ed il limite della «assoluta necessità»*

Diversamente, ad esempio, dalla quasi coeva «Dichiarazione universale dei diritti umani», che all'art. 3 afferma la assolutezza del diritto alla vita, ovvero dal «Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici» del 1966, che agli artt. 6 e 4, comma 2, riconosce a tale diritto natura non derogabile se non nel caso espres-

<sup>20</sup> V. Corte EDU, G.C., 6 luglio 2005, *Nachova c. Bulgaria*, cit., § 99 (t.d.a.), poi richiamata anche da Id., 24.3.2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., §. 210.

<sup>21</sup> Cfr. Corte EDU, G.C., 6.7.2005, *Nachova c. Bulgaria*, cit., § 101.

<sup>22</sup> Cfr. Corte EDU, 5.9.2017, *Tekin c. Belgio*, cit., § 92 (t.d.a.).

<sup>23</sup> Così, Corte EDU, 9.10.2010, *Ölmez c. Turchia*, § 68 (t.d.a.).

samente previsto di legittima comminazione della pena capitale<sup>24</sup>, la CEDU sembra assumere una visione maggiormente “realista” delle cose. Se, difatti, da un lato essa non rinuncia ad attribuire alla vita umana il rango di diritto fondamentale, inscrivendolo in quel «nocciolo duro» di situazioni soggettive di vantaggio che gli Stati devono imperativamente garantire, con l’unica eccezione dello stato di guerra (art. 15, § 2)<sup>25</sup>, dall’altro, però, essa riconosce in modo altrettanto espresso l’esistenza di quei casi – comunque eccezionali, e quindi di stretta interpretazione, dato il rango del bene-vita<sup>26</sup> – di negazione del medesimo diritto da parte dell’Autorità che risultano generalmente ammessi all’interno degli ordinamenti democratici, in quanto funzionali a «permitt[ere] allo Stato di mantenere la legalità, l’ordine e un interesse sociale che potrebbe avere maggiore peso del diritto alla vita di un individuo»<sup>27</sup>. Ed invero, l’art. 2 della Convenzione, dopo avere in apertura affermato l’obbligo per la legge interna di tutelare il diritto alla vita di ogni uomo<sup>28</sup>, prevede al secondo paragrafo tre ipotesi nelle quali, resosi «assolutamente necessario» il ricorso alla forza, tale diritto può essere nondimeno violato. Si tratta in particolare dei casi nei quali la pubblica coercizione sia stata impiegata, con effetti mortali o potenzialmente tali<sup>29</sup>, al triplice fine di:

<sup>24</sup> Per vero, il richiamato art. 6 del suddetto «Patto» afferma tra l’altro, al comma 1, che «Nessuno può essere arbitrariamente privato della vita», dal che dovrebbe a contrario trarsi la conseguenza che esistono casi, evidentemente ulteriori rispetto a quello del comma 2, relativo alla pena capitale, nei quali la privazione della vita dovrebbe ritenersi legittima in quanto appunto “non arbitraria”: su questo e sugli altri limiti del predetto art. 6, v. per tutti DE STEFANI, *Il diritto alla vita e la sua tutela internazionale*, in DE STEFANI, LEITA, *La tutela giuridica internazionale dei diritti umani. Casi e materiali*, Padova, 1997, 14 s.

<sup>25</sup> Sulla natura “fondamentale” del diritto alla vita consacrato nell’art. 2 CEDU, v., anche nei termini riportati nel testo e con richiami di giurisprudenza, DE SALVIA, *La convenzione*, cit., 81; RUSSO, QUAINI, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo e la giurisprudenza della corte di Strasburgo*, Milano, 2000, 54-55; LETTIERI, *L’art. 2*, cit., 2312; ESPOSITO, *Il diritto*, cit., 163; RUSSO, BLASI, *Art. 2*, cit., 37; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 36.

<sup>26</sup> Sulla natura tassativa ed eccezionale di tali casi, v., anche con citazione di giurisprudenza, DE STEFANI, *Il diritto*, cit., 12, 23, 24; RUSSO, BLASI, *Art. 2*, cit., 44; DEAN, *Diritto penale internazionale. Lezioni agli studenti*, III<sup>a</sup> ed., Perugia, 2003, 50; HARVEY, MUGNAI, *Art. 2*, in DEFILIPPI, BOSI, HARVEY, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2006, 73; LETTIERI, *L’art. 2*, cit., 2314; COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., 200; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 37 e 39; ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 46; SARTARELLI, *Uso*, cit., 71 e 100.

<sup>27</sup> Testualmente, HARVEY, MUGNAI, *Art. 2*, cit., 73.

<sup>28</sup> L’eccezione, originariamente prevista dallo stesso comma 1, relativa alla pena capitale deve ritenersi implicitamente abrogata a seguito dell’entrata in vigore dei Protocolli addizionali nn. 6 e 13 alla stessa CEDU, che hanno impegnato gli Stati firmatari ad estromettere dai loro ordinamenti siffatta tipologia di pena: v. infatti così, tra gli altri, VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 89, nota 14, LETTIERI, *L’art. 2*, cit., 2313-2314 e ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 41. Peraltro, sulla comprensibile *ratio* storica di tale eccezione, legata al gran numero di Stati potenziali firmatari della Convenzione che, al tempo, prevedevano la pena di morte, v. RUSSO, BLASI, *Art. 2*, cit., 36 s.

<sup>29</sup> Valorizzando al massimo la finalità di protezione dell’art. 2 CEDU, infatti, la più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha esteso la portata della norma anche ai così detti «non-

a) «garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale», formula, questa, che da un lato escluderebbe la finalizzazione dell'esercizio della violenza mortale all'esclusiva tutela dei beni patrimoniali, e dall'altro include lo stesso pubblico ufficiale tra coloro che possono essere destinatari della predetta «violenza illegale» alla quale è lecito reagire (legittima difesa)<sup>30</sup>;

b) «eseguire un arresto regolare» o «impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta», sebbene non possa rilevarsi la contraddittorietà, quanto meno a livello logico, dell'autorizzazione ad usare la forza letale nei riguardi di un soggetto che, se deve essere arrestato, si dovrebbe mantenere in vita, a meno che la sua fuga, così come quella del detenuto, non rappresenti, sia per le caratteristiche dell'agente, sia per le modalità di attuazione, una minaccia per la vita degli agenti o di altre persone, come meglio si dirà<sup>31</sup>;

c) «reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione», concetti, questi, che nel tempo la giurisprudenza della Corte EDU ha definito anche mediante requisiti di tipo numerico<sup>32</sup>, sebbene il più delle volte a venire in rilievo siano stati in genere sollevamenti avvenuti in ambito carcerario con (assorbente) attacco violento rivolto alle guardie<sup>33</sup>.

Se le ipotesi sopra ricordate delimitano soltanto l'ambito casistico entro cui l'uso della forza pubblica con effetti letali, o potenzialmente tali, risulta *astrattamente* legittimo, non v'è dubbio che ciò che rende quest'ultimo *in concreto* rispettoso della legalità convenzionale sia il rispetto del limite della «assoluta necessità», sulla cui perimetrazione, infatti, si è focalizzata una notevole mole di pronunce della Corte EDU, a partire dalla sentenza resa sul *leading case* «Mc Cann c. Regno Unito»<sup>34</sup>: ed è proprio su tale vastissima giurisprudenza che occorrerà brevemente soffermare l'attenzione<sup>35</sup>, cercando di coglierne i postulati più utili alla presente ricerca.

*fatal cases*», ossia alle ipotesi nelle quali l'uso della forza non sia risultato fatale ma abbia nondimeno esposto le persone a pericolo di morte o cagionato loro gravi lesioni: sul punto, v. di recente, e con richiami di giurisprudenza, VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 90; COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., 197-198; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 37; ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 40-41 e 43; SARTARELLI, *Uso*, cit., 72 s.

<sup>30</sup> Su questi profili, con richiami di giurisprudenza, v. DE STEFANI, *Il diritto*, cit., 26; HARVEY, MUGNAI, *Art. 2*, cit., 75; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 39 e 40; ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 47.

<sup>31</sup> Per tale rilievo, anche sulla scorta della dottrina di lingua inglese, v. DE STEFANI, *Il diritto*, cit., 26; HARVEY, MUGNAI, *Art. 2*, cit., 77 s. e, con richiamo alla giurisprudenza, VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 90 s.; LETTIERI, *L'art. 2*, cit., 2315-2316; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 41; ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 48 s.

<sup>32</sup> Cfr. HARVEY, MUGNAI, *Art. 2*, cit., 78 e ESPOSITO, *Il diritto*, cit., 173, nota 350.

<sup>33</sup> Per il richiamo di tali ipotesi, v. per tutti BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 41.

<sup>34</sup> Si tratta, in particolare, di Corte EDU, G.C., 27.9.1995, *MacCann c. Regno Unito*, spec. § 149 s.

<sup>35</sup> Per l'importanza fondante della sentenza «McCann c. Regno Unito» ed una ricognizione della giurisprudenza che si è poi collocata sulla scia di tale pronuncia nei termini che seguiranno, v. in dottrina, tra i numerosi, DE STEFANI, *Il diritto*, cit., 23 s.; RUSSO, BLASI, *Art. 2*, cit., 43 s.; NICOSIA, *Convenzione*, cit., 92 s.; VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 90 s. (e successivamente, ID., *Obblighi*, cit., 260 s.); LETTIERI, *L'art. 2*, cit., 2315 s.; COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., 200 s.; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 39 e 42 s.; ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 45 e 48.



A tale ultimo proposito, pare qui utile distinguere i *dicta* della Corte secondo un duplice oggetto. Ed in particolare:

I) A livello logico, occorre in primo luogo lumeggiare quale sia, secondo i giudici di Strasburgo, il campo applicativo del limite in parola. Contrariamente, difatti, a quanto si potrebbe ritenere a tutta prima, quest'ultimo non svolge la propria funzione di argine al ricorso alla forza letale soltanto nel momento in cui il pubblico ufficiale passa all'azione armata, ma "retroagisce", se così si può dire, anche a fasi "preliminari" allo stesso. Ed invero, una coriacea giurisprudenza della Corte EDU ritiene che la necessaria indagine sul rispetto del suddetto limite consenta al giudice europeo di sindacare caso per caso anche l'adeguatezza del sistema di pianificazione e di controllo, da parte dei superiori gerarchici, dell'intera operazione di polizia che ha richiesto l'uso di strumenti potenzialmente mortali. Tale pianificazione, in particolare, dovrebbe segnatamente essere «organizzata in maniera da ridurre quanto possibile il rischio di fare perdere la vita all'interessato»<sup>36</sup>, e risalirebbe anche agli aspetti del reclutamento del personale di polizia, del suo addestramento, degli strumenti di offesa da attribuire in dotazione agli agenti e del tipo di apparato di sicurezza da coinvolgere di volta in volta nelle singole azioni<sup>37</sup>;

II) In secondo luogo, occorre soffermare l'attenzione sui criteri che in concreto la Corte ha utilizzato per specificare il significato pratico-applicativo della suddetta clausola di «assoluta necessità». In questo senso, i giudici di Strasburgo sembrano essersi attenuti, nel tempo, ad una duplice direttiva interpretativa. Anzitutto, ed a livello metodologico, la prima indicazione sarebbe quella di offrire alla «necessità», proprio perché definita «assoluta» dall'art. 2, § 2, CEDU, un'interpretazione «più ristretta e cogente» di quella che di norma viene data al medesimo limite negli altri contesti ove risulta espressamente richiamato dalla Convenzione, come avviene, ad esempio, nei casi degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (libertà di coscienza, pensiero e religione), 10 (libertà di espressione) e 11 (libertà di riunione ed associazione) CEDU<sup>38</sup>. Ed invero, la Corte ha specificato che mentre la «necessità» non ulteriormente qualificata farebbe

<sup>36</sup> In questo senso, e per tutte, v. Corte EDU, G.C., 20.12.2004, *Makaratzis c. Grecia*, cit., § 60 (t.d.a).

<sup>37</sup> Per tali aspetti, v. tra le numerose pronunce, Corte EDU, 5.9.2017, *Tekin c. Belgio*, cit., § 95 s.; Id., 1.6.2017, *Ayvazyan c. Armenia*, §§ 75, 93-99; Id., 1.12.2016, *Gerasimenko c. Russia*, §§ 92-94 e 102 s.; Id., 20.12.2011, *Finogenov c. Russia*, §§ 208 e 237 s., in *www.penalecontemporaneo.it*, con osservazioni di POLI; Id., G.C. 24.3.2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, §§ 176, 206, 249 s.; Id., 26.7.2005, *Simsek c. Turchia*, § 109; Id., 28.7.1998, *Ergi c. Turchia*, § 79; Id., 9.10.1997, *Andronicou et Constantinou c. Cipro*, § 181 s.; Id., G.C., 27.9.1995, *Mac Cann c. Regno Unito*, cit., §§ 151 s. e 206 s.

<sup>38</sup> Cfr. Corte EDU, G.C., 27.9.1995, *Mac Cann c. Regno Unito*, cit., § 149, nonché più di recente, tra le numerose, Id., 9.10.1997, *Andronicou et Constantinou c. Cipro*, cit., § 171 e Id., G.C., 24.3.2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, § 176.

di per sé riferimento «semplicemente all'esistenza di un'esigenza impellente», quella che l'art. 2, § 1 definisce come «assoluta» imporrebbe all'agente, invece, di assumere un duplice modulo comportamentale. Da un lato, infatti, e «qualora diversi mezzi siano a disposizione per raggiungere lo stesso scopo», il pubblico ufficiale dovrebbe «sce[gliere] il mezzo che comporta il minor pericolo per la vita degli altri»<sup>39</sup>; dall'altro, egli sarebbe in ogni caso obbligato a calibrare «la forza utilizzata» in modo «strettamente proporzionato alle finalità richiamate al paragrafo 2 a), b) e c) dell'art. 2»<sup>40</sup>, tanto da dovere al limite rinunciare ad adempiere al proprio ufficio. Così, infatti, ha espressamente statuito la Corte, ad esempio: in un caso in cui la Polizia aveva utilizzato la forza letale per eseguire un arresto legittimo, laddove il fuggitivo non sembrava tuttavia rappresentare in sé una minaccia all'incolumità di nessuno, né risultava sospettato di avere commesso reati a carattere violento<sup>41</sup>; in un'ipotesi nella quale le Forze dell'ordine avevano aperto il fuoco su di un evaso dal commissariato di polizia reo di avere commesso un furto e guidato senza patente, e ciò in quanto, ancora una volta, «niente suggeriva che la Polizia avesse ragione di credere che il fuggitivo avesse commesso un crimine violento, fosse pericoloso o che, se non gli fosse stato impedito di scappare, avrebbe rappresentato un pericolo per gli agenti o per terzi»<sup>42</sup>; ovvero in una fattispecie nella quale le guardie di frontiera avevano agito nel medesimo modo per

<sup>39</sup> V. testualmente, Corte EDU, G.C., 24.3.2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, § 214.

<sup>40</sup> Così, testualmente, Corte EDU, G.C., 27.9.1995, *Mac Cann c. Regno Unito*, cit., §§ 149 e 200 (t.d.a.), ma v. anche, in termini pressoché analoghi od assai simili, tra le altre, Corte EDU, 22.7.2014, *Ataykaya c. Turchia*, § 45; Id., 9.10.1997, *Andronicou et Constantinou c. Cipro*, cit., §§ 171 e 192, Id., G.C., 6.7.2005, *Nachova c. Bulgaria*, cit., § 94. In dottrina, sul criterio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte in materia di diritto alla vita, v. DE SALVIA, *La convenzione*, cit., 82; OLIVETTI, *Art. 2*, cit., 47; RUSSO, *BLASI, Art. 2*, cit., 45; HARVEY, *MUGNAI, Art. 2*, cit., 79 s.; MUSACCHIO, *L'uso*, cit., 27 s.; ESPOSITO, *Il diritto*, cit., 174 s.; LETTIERI, *L'art. 2*, cit., 2315 s.; VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 90 s.; COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., 200 e 205 s.; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 39; ZIGNANI, *Autotutela nel diritto penale. I rapporti tra legittima difesa ed uso legittimo delle armi. Compatibilità con la CEDU*, in *Riv. pen.*, 2014, 1082; RIPAMONTI, *Art. 53*, cit., 991 s.; MOSTARDINI, *Sull'uso letale della forza da parte degli agenti statali: tra obblighi convenzionali e prospettive nazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1567 s. V. anche, per l'utilizzo da parte della Corte del principio di proporzione quale criterio generale di valutazione della legittimità di ogni ingerenza statale nei fondamentali diritti affermati dalla CEDU, GUIDI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo tra libertà e autorità*, in *Percorsi cost.*, 2008, n. 1, spec. 119 s.

<sup>41</sup> Cfr. Corte EDU, G.C., 6.7.2005, *Nachova c. Bulgaria*, cit., § 95, ove si legge che «*le but légitime d'effectuer une arrestation régulière ne peut justifier de mettre en danger des vies humaines qu'en cas de nécessité absolue [...] lorsque l'on sait que la personne qui doit être arrêtée ne représente aucune menace pour la vie ou l'intégrité physique de quiconque et n'est pas soupçonnée d'avoir commis une infraction à caractère violent, même s'il peut en résulter une impossibilité d'arrêter le fuyatif*». V. successivamente, in termini pressoché analoghi, Corte EDU, 10.6.2010, *Vasil Sashov Petrov c. Bulgaria*, § 45 e Id., 29.3.2011, *Alikaj c. Italia*, §§ 63 e 73.

<sup>42</sup> V. Corte EDU, 7.10.2010, *Karandja c. Bulgaria*, § 61, la quale aveva infatti affermato che «*it was never suggested that the police had reason to believe that he had committed a violent offence, was dangerous, or, if not prevented from fleeing, would represent a danger to them or third parties*».

impedire il passaggio illegittimo del confine di stato da parte di soggetti che altro non volevano se non fuggire dal Paese<sup>43</sup>. Da parte propria – si è ulteriormente precisato – il giudice nazionale sarebbe chiamato a ricostruire l'esistenza del limite di «assoluta necessità» nell'uso della forza mortale calandosi nella prospettiva del pubblico ufficiale al momento del fatto (quindi *ex ante*), e riconoscendo all'agente il beneficio del putativo, dovendosi infatti ritenere legittima l'azione omicida che «[si] fondi su una convinzione sincera che, per buoni motivi, si percepisce valida al momento dei fatti, ma che si rivela successivamente erronea»<sup>44</sup>.

Proprio a tale criterio di necessità-proporzione, del resto, sembrano ispirarsi nella sostanza proprio quei «Principî delle nazioni unite sul ricorso alla forza» ai quali, come detto, la Corte da tempo si richiama per dare corpo al predetto limite della «assoluta necessità»<sup>45</sup>. Tali principî prevedono infatti, ad esempio, che gli Stati sviluppino e quindi dotino le forze dell'ordine di «armi non mortali neutralizzanti da utilizzare nelle situazioni appropriate, allo scopo di limitare sempre più il ricorso ai mezzi atti a cagionare la morte o delle ferite» (principio n. 2); che le forze di polizia «non utilizzino armi da fuoco contro le persone se non per autodifesa o per difendere altre persone da una minaccia immediata di morte o di grave ferimento, per prevenire il compimento di crimini particolarmente gravi che comportino seria minaccia alla vita, per arrestare persone che rappresentino tali pericoli e resistano alla loro autorità, o per evitarne la fuga, e comunque soltanto quando metodi meno estremi si rivelino insufficienti al raggiungimento di tali obiettivi», e che «in ogni caso, l'uso intenzionale e letale di armi da fuoco sia consentito soltanto quando strettamente inevitabile al fine di proteggere la vita» (principio n. 9); che «ove l'uso legale della forza o di armi da fuoco risultasse inevitabile», il pubblico ufficiale debba «agire in proporzione rispetto alla gravità dell'offesa ed allo scopo legittimo da perseguire» (principio n. 5-a); che, in ogni caso, prima di utilizzare le armi da fuoco gli agenti siano obbligati a «identificarsi e impartire un chiaro avvertimento della loro intenzione [...], attendendo un

<sup>43</sup> V. Corte EDU, G.C., 22.3.2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, §§ 96-97.

<sup>44</sup> V. testualmente, Corte EDU, G.C., 27.9.1995, *Mac Cann c. Regno Unito*, cit., § 200 (t.d.a.), ma v. anche in termini assai simili, Id., 1.6.2017, *Ayvazyan c. Armenia*, § 75; Id., 20.12.2011, *Finogenov c. Russia*, cit., § 219; Id., G.C., 24.3.2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, § 178; Id., G.C., 20.12.2004, *Makaratzis c. Grecia*, cit., § 66. In dottrina, sulla valorizzazione della percezione soggettiva dell'agente nell'ambito della giurisprudenza della CEDU, anche laddove si tratti di applicare cause di giustificazione, v. per tutti CARUSO DE CAROLIS, CONTINIELLO, *L'uso*, cit., 36 s.

<sup>45</sup> A tali principî di orientamento fa invero da tempo riferimento la giurisprudenza della Corte: tra le numerose pronunce, v. Corte EDU, 20.12.2011, *Finogenov c. Russia*, cit., § 162 s.; Id., 29.3.2011, *Alikaj c. Italia*, § 51; Id., G.C., 24.3.2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., § 209; Id., G.C., 6.7.2005, *Nachova c. Bulgaria*, cit., § 96; Id., G.C., 20.12.2004, *Makaratzis c. Grecia*, cit., § 59; Id., G.C., 27.9.1995, *Mac Cann c. Regno Unito*, cit., § 138. Sulla fondamentale importanza di tali principî per il «test di proporzione» condotto dalla Corte, v. VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 90 e, più di recente, ID., *Obblighi*, cit., 260.

tempo sufficiente perché l'avvertimento venga osservato, a meno che fare ciò non li esponga inopportuna-mente a rischio o non dia origine a rischio di morte o di danno grave per altre persone, ovvero sia chiaramente inappropriato od inutile alla luce delle circostanze del caso» (principio n. 10); che la normativa di ogni Stato preveda direttive intese, tra l'altro, a «specificare le circostanze in cui le forze dell'ordine sono autorizzate a portare armi da fuoco e prescrivere i tipi di armi da fuoco e munizioni autorizzate [...], ad assicurarsi che le armi da fuoco vengano utilizzate solo in circostanze appropriate e in modo da minimizzare il rischio di danni inutili, [a] vietare l'utilizzo delle armi da fuoco e delle munizioni che provochino ferite inutili o presentino un rischio ingiustificato» (principi nn. 11-a, 11-b e 11-c), e via discorrendo<sup>46</sup>: prescrizioni, tutte queste, dietro alle quali non è difficile scorgere in controluce, come anticipato, il criterio ispiratore della necessità e della proporzione nell'agire.

#### 4. *Le potenziali ricadute dei desiderata convenzionali sull'art. 53 c.p.: cenni alle opinioni sorte in dottrina*

Già nel 1969, nell'ambito di una delle prime "letture penalistiche" della CEDU, Mario Chiavario si chiedeva provocatoriamente se l'art. 53 c.p. fosse «compatibile» con la disciplina del diritto alla vita recata dall'art. 2, § 2, lett. b) e c) della Convenzione stessa, esprimendo al riguardo seri dubbi. Egli osservava che, anche a riferire il concetto di «resistenza» richiamato dalla disposizione nazionale soltanto a quella "attiva", i casi in cui la norma codicistica giustifica l'uso delle armi con effetti potenzialmente letali (notoriamente, al tempo: «respingere una violenza» e «vincere una resistenza») sarebbero risultati comunque più estesi delle ipotesi nelle quali, come visto, le richiamate lettere b) e c) dell'art. 2, § 2, CEDU ritengono legittima l'uccisione di un uomo da parte della Forza pubblica<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Si tratta, segnatamente, dei «*Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*» adottati alla conferenza de l'Havana nel 1991, e reperibili sul sito ufficiale delle nazioni Unite [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) (la traduzione è a cura dell'autore).

<sup>47</sup> Cfr. CHIAVARIO, *La convenzione*, cit., 160, sebbene poi l'autore "salvasse" l'art. 53 c.p. ritenendo che la tutela della vita sarebbe risultata comunque «adeguata» rispetto alle garanzie richieste dalla Convenzione, stante la possibilità di qualificare comunque come «illecite» ai sensi della legge civile le condotte lesive di tale bene giuridico non riconducibili all'art. 2, § 2, CEDU, il quale le avrebbe rese tali (v. 164). V. anche per l'asserita «non conformità» o «distanza», nei termini ora visti, dell'art. 53 c.p. rispetto all'art. 2 CEDU, CARBONI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e costituzione italiana: cenni comparativi*, in BISCOTTINI (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale in Italia*, Milano, 1981, 139; PALAZZO, BERNARDI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1988, n. 3, 42-43; DEAN, *Diritto*, cit., 49-50. Nel senso, invece, della conformità convenzionale, v. ROSSI, *Uso*, cit., 430.

Solo due anni più tardi, e stavolta in uno studio dedicato all'uso legittimo delle armi, la suddetta "(in)compatibilità" tra le disposizioni *de quibus* veniva non solo confermata nel merito ma ulteriormente sviluppata nelle sue ricadute pratiche, che sarebbero consistite nel «ridimensionamento» applicativo dell'art. 53 c.p., e quindi dei suoi effetti scriminanti. Secondo questa ricostruzione, difatti, il suddetto art. 53 avrebbe potuto giustificare ai fini penali l'uccisione di un uomo soltanto «qualora il pubblico ufficiale [avesse] agi[to] per reprimere sommosse o insurrezioni», il che è come dire che l'esimente in questione «non [avrebbe] pot[uto] essere invocata, quindi, per scriminare l'omicidio commesso in situazioni differenti da quelle delineate dall'art. 2 lett. c), della Convenzione»<sup>48</sup>.

Le opinioni appena richiamate aiutano forse a comprendere come ogni indagine sulle ricadute che la tutela convenzionale del diritto alla vita potrebbe avere sulla normativa interna, e segnatamente sulla regolamentazione dell'uso della forza pubblica, risulti condizionata sia dalla collocazione gerarchica che si è disposti ad attribuire alla CEDU ed alle pronunce della Corte di Strasburgo nell'ambito delle fonti del diritto nazionale, sia dalla consapevolezza che si abbia della funzione di garanzia dei diritti umani che la Convenzione svolge in concorso con gli ordinamenti statali (v. art. 53 CEDU), sia, infine, dalla conoscenza che si possenga dello sviluppo che la giurisprudenza della Corte EDU ha avuto tanto nell'applicazione dell'art. 2 CEDU, della quale poco sopra si è detto, quanto nella definizione del concetto di «adeguatezza» del diritto interno rispetto ai *desiderata* convenzionali. Solo considerando tali fattori, invero, è possibile comprendere, ad esempio, perché in dottrina si sia sostenuto che, in tema di limiti al diritto alla vita, la Convenzione sarebbe da ritenersi «più sbrigativa» della legislazione italiana, tanto che, laddove la seconda si adeguasse alla prima, addirittura «dilateremmo l'ambito di applicazione dello stesso art. 53 c.p.», in quanto la disciplina della CEDU relativa all'uso pubblico della forza mortale sarebbe «permeata senza dubbio da una maggiore severità di quanto si faccia a casa nostra»<sup>49</sup>; oppure perché nei primi anni novanta del novecento la stessa Corte di cassazione abbia fatto una diretta applicazione dell'art. 2, § 2, lett. b), CEDU sul presupposto che lo scopo di arresto, che *ivi* legittima – a certe condizioni, come visto – l'uso della forza mortale, valesse già di per sé stesso a scriminare l'uccisione di colui che tentava di sottrarsi a tale misura coercitiva, e ciò a prescindere dal rispetto dei limiti previsti dallo stesso art. 53 c.p., per tale motivo neanche indagati dal giudice<sup>50</sup>:

<sup>48</sup> Così, PISA, *Osservazioni*, cit., 176.

<sup>49</sup> In questi termini, LAURO, *L'uso legittimo delle armi e degli altri mezzi di coazione fisica nell'ordinamento italiano*, V<sup>a</sup> ed., Roma, 1999, 319-320 (il corsivo è nel testo).

<sup>50</sup> Perplesso, se non apertamente critica, si è mostrata difatti la dottrina davanti a Cass. pen., sez. IV, 6.2.2003, Fusi, in *Foro it.*, 2003, II, 434, con nota censoria di ALBEGGIANI. Ed invero, v. ulteriormente in senso polemico sulla medesima pronuncia, con richiamo anche degli argomenti segnalati nel

conclusioni, tutte queste, che non si spiegano se non con una incompiuta messa a fuoco della valenza e del ruolo che la CEDU ha e svolge rispetto ai diritti nazionali e del contributo fondamentale che la giurisprudenza di Strasburgo ha nel tempo fornito nel liberare le potenzialità semantiche del testo convenzionale.

Non è un caso che, ormai pienamente conscia degli sviluppi del diritto sovranazionale e dell'efficacia condizionante che esso ha sugli ordinamenti nazionali, la più recente dottrina imposti la relazione tra l'art. 2, § 2, CEDU e l'art. 53 c.p. in termini assai diversi. Muovendo dall'ormai radicata consapevolezza degli obblighi conformativi che dalla CEDU promanano verso gli Stati firmatari, si è difatti ritenuto che dalla predetta disposizione convenzionale, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, deriverebbe un duplice «obbligo di adeguamento» della scriminante codicistica, che si farebbe valere particolarmente sia sul piano applicativo che su quello legislativo<sup>51</sup>. Ed invero:

a) dal citato art. 2 CEDU deriverebbero, anzitutto, conseguenze per i giudici italiani, sui quali graverebbe l'obbligo di interpretare l'art. 53 c.p. in modo (convenzionalmente) conforme a quanto ha nel tempo statuito la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di uso letale, o tendenzialmente letale, della forza pubblica. Ciò si tradurrebbe, fundamentalmente, nella doverosa inserzione per via interpretativa, all'interno dell'art. 53 c.p., del requisito non scritto della proporzione tra la condotta del pubblico ufficiale e gli scopi perseguiti, i cui contenuti dovrebbero essere desunti principalmente dai richiamati «*Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*», ai quali, come precisato, i giudici di Strasburgo ormai da tempo usano richiamarsi. Ne deriverebbe un obbligo di interpretazione restrittiva della scriminante *de qua* per cui, in conclusione, l'uso delle armi da fuoco con effetti mortali sarebbe legittimo solo in quanto esso si ponesse come *extrema ratio* rispetto agli altri mezzi disponibili o ad una diversa finalizzazione dell'impiego dell'arma (es.: sparare alle gambe), e risultasse inoltre as-

testo, MARI, *Uso delle armi, come la Corte "inciampò" sulle fonti comunitarie*, in *Dir. & giust.*, 2003, n. 20, 19 s.; TAMIETTI, *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita*, in *Cass. pen.*, 2003, 3837 s.; ERASMO, *La scriminante dell'uso legittimo delle armi ed il "diritto vivente" della Cassazione*, in *Nuovo dir.*, 2004, 668 s.; ROIATI, *Caratteristiche dei requisiti della violenza o della resistenza per legittimare l'uso legittimo delle armi*, in *Riv. pen.*, 2004, 54; VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 96 s.; SCARCELLA, *Uso legittimo delle armi*, in GIUNTA (a cura di), *Dizionari sistematici del Sole 24 Ore. Diritto penale*, Milano, 2008, 261; ZIGNANI, *Autotutela*, cit., 1081 s.; RIPAMONTI, *Art. 53*, cit., 996 s.; SARTARELLI, *Uso*, cit., 106 s. In senso parzialmente adesivo sembra esprimersi, invece, RANZATTO, *Uso delle armi per effettuare un arresto legale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 606.

<sup>51</sup> Il riferimento è, in particolare, a Francesco Viganò, che in più occasioni è invero tornato sull'argomento della compatibilità convenzionale dell'art. 53 c.p.: v. infatti VIGANÒ, *Diritto penale*, cit., 46 s.; ID., *Il diritto*, cit., 98 s.; ID., *Obblighi*, cit., 282 s. V. anche, seppure in termini stringati, e con riferimento al requisito della proporzione, PISA, *Cause*, cit., 309.

solitamente inevitabile per tutelare una o più vite umane, «ossia in presenza di un *pericolo di vita* a carico degli stessi agenti o di terzi»; il che peraltro – si è ulteriormente osservato – dovrebbe stemperare il problema dell'uso di armi da fuoco nell'evenienza della fuga del catturando, che in tali principî dovrebbe comunque trovare la propria concreta, e non già astratta, soluzione<sup>52</sup>;

b) dalla considerazione di quanto disposto dagli artt. 2, § 2, CEDU e 117, comma 1, Cost., che rende possibile assumere il diritto europeo e quello pattizio a norme interposte di un ipotetico giudizio di costituzionalità, nonché dalla presa d'atto di quella nota giurisprudenza della Consulta che ha riconosciuto la sindacabilità costituzionale anche delle norme penali di favore, la medesima dottrina ha mosso per tacciare l'art. 53 c.p. di una sorta di incostituzionalità "sospesa", alla quale il legislatore è stato invitato a porre sollecito rimedio. Si è infatti sostenuto che la disposizione codicistica, ritenuta contrastante nel suo tenore letterale con l'art. 2, § 2, CEDU<sup>53</sup>, e quindi con l'art. 117 Cost., potrebbe tuttavia mantenersi in vita nella stretta misura in cui in essa fosse persistentemente inserito, per via interpretativa, il suddetto requisito della proporzione<sup>54</sup>, sebbene – si è fatto notare – «anche tale rimedio sul piano ermeneutico potrebbe, tuttavia, essere considerato insufficiente agli occhi della Corte di Strasburgo, la quale [...] in una prossima futura occasione [...] potrebbe comunque censurare un difetto di *chiara predeterminazione legislativa* dei limiti di liceità dell'uso della forza letale da parte dei pubblici ufficiali italiani», e ciò tanto più «laddove la giurisprudenza italiana dovesse anche in futuro insistere nell'interpretare *latamente* tali limiti, ignorando i richiami al rigore nella tutela del diritto alla vita proveniente dai giudici europei»: da qui, il pressante auspicio di un «intervento del legislatore volto a definire in maniera *restrittiva* e al tempo stesso *precisa* i limiti di liceità dell'uso di armi o di altri strumenti di coazione *potenzialmente letali* da parte dei pubblici ufficiali»<sup>55</sup>.

Da parte propria, le poche volte in cui ha affrontato *ex professo* lo spinoso tema della «adeguatezza» dell'art. 53 c.p. ai *desiderata* dell'art. 2 CEDU la Corte

<sup>52</sup> Così, VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 101 (corsivi nel testo), e sostanzialmente ID., *Diritto penale*, cit., 94, nonché ID., *Obblighi*, cit., 287 s. Nel medesimo senso, in pratica, v. anche TRAPELLA, *Le indagini sui reati commessi dalle forze dell'ordine tra prassi devianti e Convenzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 764, RIPAMONTI, *Art. 53*, cit., 995, e infine SARTARELLI, *Uso*, cit., 107 s.

<sup>53</sup> In questo senso, v. anche MUSACCHIO, *Profili penalistici dell'omicidio Giuliani in relazione alla legittima difesa ed all'uso legittimo delle armi nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. dell'uomo*, 2010, 1, 57.

<sup>54</sup> Per vero, già PALAZZO, BERNARDI, *La convenzione*, cit., 42-43, riconoscevano come il divario tra le norme più marcatamente contrastanti con il predetto art. 2 CEDU e quest'ultimo si fosse «sensibilmente ridimensionato sul piano del diritto vivente», che aveva infatti sottoposto le prime ad una interpretazione «rigorosamente restrittiv[a]».

<sup>55</sup> In questi termini, v. VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 105 (corsivi nel testo), ed anche ID., *Diritto penale*, cit., 66 ed ID., *Obblighi*, cit., 292 s. Sulla necessità di un intervento legislativo concorda anche, più di recente, MOSTARDINI, *Sull'uso*, cit., 1570.

EDU non è mai giunta in modo esplicito a dichiarare la predetta disposizione codicistica, così come correntemente applicata dalla giurisprudenza domestica, contraria o comunque insufficiente rispetto al sistema di tutela convenzionale del diritto alla vita<sup>56</sup>. Nella più volte richiamata “sentenza Giuliani”, ad esempio, la Corte ha sì rilevato, da un canto, come l’art. 53 c.p. «sia redatto in termini più vaghi» (rispetto all’art. 2 CEDU), ma dall’altro ha preso atto di come esso «richied[a] comunque che la persona interessata sia “costretta” ad agire per respingere un atto di violenza», rilevando infine come, sebbene la suddetta “costrizione” alluda semanticamente ad una situazione legittimante e più ampia rispetto alla «assoluta necessità» di agire della quale parla la Convenzione, tale «differenza di formulazione normativa [potesse] essere superata con l’interpretazione del giudice nazionale», secondo la quale, in ogni caso, il pubblico ufficiale sarebbe autorizzato all’uso della forza «solo come *extrema ratio*, quando altre reazioni meno dannose non siano sufficienti a contrastare il pericolo»<sup>57</sup>. E qui il dato da cogliere – ci pare – sembra essere il motivo, in parte implicito, per cui la Corte non ha condotto per esteso il “test di proporzione” al quale, come visto, essa in genere sottopone la legislazione statale onde verificare che essa autorizzi l’uso della forza solo se «assolutamente necessario»: motivo, questo, che sembra probabilmente da ricercarsi in quella «interpretazione del giudice nazionale» che la Corte deve avere ritenuto, pur non richiamandone i passaggi legati alla proporzione, implicitamente adeguata a rendere convenzionalmente legittimo l’art. 53 c.p.

Di segno in parte diverso sembra invece la sentenza della Corte resa solo qualche giorno dopo nell’*affaire* Alikaj. In tale contesto, difatti, chiamati nuovamente a valutare anche se lo Stato italiano avesse predisposto «un quadro giuridico e amministrativo adeguato che definisca le limitate circostanze nelle quali i rappresentanti delle forze dell’ordine possono far ricorso alla forza e fare uso delle armi da fuoco, tenuto conto delle linee guida internazionali in materia», i giudici di Strasburgo condannarono la «assenza di una precisa normativa sull’uso delle armi da fuoco da parte delle forze dell’ordine». In tale caso, tuttavia, il riferimento censorio non è sembrato coinvolgere tanto e direttamente l’art. 53 c.p.<sup>58</sup>, pure assunto in premessa tra «il diritto e la prassi interni pertinenti» al caso di specie, quanto appuntarsi sulla incapacità del Governo di «fa[re] riferimento a disposizioni dettagliate che regolano l’uso delle armi da fuoco durante le azioni della po-

<sup>56</sup> Lo riconosce pure, da ultimo, SARTARELLI, *Uso*, cit., 108.

<sup>57</sup> V. così Corte EDU, G.C., 24.3.2011, Giuliani e Gaggio c. Italia, cit., § 213 s. In dottrina, adesivamente sul punto, MUSACCHIO, *Profili*, cit., 57.

<sup>58</sup> Secondo RIPAMONTI, *Art. 53*, cit., 995 e SARTARELLI, *Uso*, cit., 108, la concreta mancanza di effetti della pronuncia Alikaj sull’art. 53 c.p. deriverebbe, infatti, dal suo non esplicito richiamo nella parte motiva della sentenza.



lizia»<sup>59</sup>: allusione, questa, che parrebbe rimarcare l'assenza, al momento dei fatti, di una disciplina amministrativa specifica sulla materia, piuttosto che la presenza nell'ordinamento della scriminante *de qua*.

In conclusione, e se bene si è compreso, la persistente legittimità convenzionale – e quindi, indirettamente, costituzionale – dell'art. 53 c.p. sarebbe legata in modo indissolubile alla sua perdurante applicazione interna in modo conforme alle conclusioni ermeneutiche fatte proprie dai giudici di Strasburgo in materia di «assoluta necessità» dell'uso della forza pubblica potenzialmente letale. Nella prospettiva del diritto interno, ciò significa ritenere imprescindibile l'aggiunta per via interpretativa, accanto al già presente presupposto di «necessità» dell'intervento violento, del requisito non scritto della «proporzionalità». A tale riguardo, e prescindendo qui dalla pur non trascurabile questione relativa alla fattibilità giuridica di una tale operazione correttiva<sup>60</sup>, occorre tuttavia domandarsi *a quale proporzione* occorra riferirsi. Ed invero, anche ad ammettere che, pure in ambito comunitario, quest'ultima sia da instaurare non tra i mezzi bensì tra i beni giuridici coinvolti<sup>61</sup>, come parrebbe discendere dallo stesso art. 2, § 2, lett. a), CEDU<sup>62</sup>, e ritenere pure la dottrina ormai prevalente<sup>63</sup>, non si può qui non richiamare l'attenzione su almeno due particolarità che emergono dalla giurisprudenza della Corte EDU, così come sopra ricostruita. Da un lato, infatti, è risultato che nell'operare il confronto tra gli scopi dell'uso della forza codificati dall'art. 2, § 2, CEDU, dietro ai quali si intravede agevolmente la tutela di beni della collettività, ed il bene-vita attinto dal pubblico ufficiale, i giudici della Convenzione sono soliti considerare anche pericoli per i primi che non risultano immediatamente riportabili alla situazione concreta nella quale il ricorso alla forza mortale è avvenuto. Si è visto, infatti, come nel verificare la legittimità della con-

<sup>59</sup> V. testualmente Corte EDU, 29.3.2011, *Alikaj c. Italia*, cit., §§ 63 e 73 s.

<sup>60</sup> Alla luce dell'art. 25, comma 2, Cost., esprime dubbi sulla stessa, che si risolverebbe «in un'operazione *in malam partem*», MOSTARDINI, *Sull'uso*, cit., 1570.

<sup>61</sup> Diversamente, ma sulla base però – almeno così ci sembra – delle dichiarazioni di principio fatte dalla Corte, più che dei criteri utilizzati in fatto e di quanto desumibile ai «*Basic principles*» ONU del 1991 più volte richiamati, MOSTARDINI, *Sull'uso*, cit., 1567, nota 4, secondo la quale la proporzione convenzionale sarebbe instaurata «tra la condotta tenuta e lo scopo avuto di mira», così che essa si risolverebbe alla fine in un «bilanciamento di mezzi» già assorbito nel requisito della «necessità» del ricorso all'uso della forza già previsto dall'art. 53 c.p.

<sup>62</sup> Parte della dottrina ha difatti ritenuto che, riferendosi solo alla difesa dei valori della persona aggredita (ovvio essendo che quello contrapposto è il diritto alla vita dell'aggressore), la predetta disposizione convenzionale avrebbe inteso instaurare la proporzione tra i beni e non tra i mezzi: in questo senso, v. CHIAVARIO, *La convenzione*, cit., 152; GROSSO, *Legittima difesa (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 30; ESPOSITO, *Il requisito della «proporzione» nella legittima difesa: l'incidenza della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella disciplina dell'istituto*, in *Giust. pen.*, 1981, II, 735; DEAN, *Diritto*, cit., 56.

<sup>63</sup> V. ad esempio BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 39; RIPAMONTI, *Art. 53*, cit., 991; SARTARELLI, *Uso*, cit., 87.

dotta violenta della Polizia finalizzata, ad esempio, ad eseguire un arresto legittimo o a rimediare ad una evasione, i giudici di Strasburgo considerino non solo il pericolo (attuale) che sia gravato sulla vita o sull'incolumità degli stessi agenti o di terzi durante lo svolgimento del fatto, ma anche la pericolosità soggettiva del reo, e ciò sull'evidente presupposto che in futuro essa possa concretizzarsi in atti lesivi della vita o dell'incolumità altrui: ed è proprio su questo argomento, che riconosce rilievo alla sussistenza di un pericolo non certo «attuale», che occorrerebbe riflettere<sup>64</sup>. Non meno degno di attenzione, d'altro canto, appare anche quel *dictum* ricorrente nelle pronunce della Corte di Strasburgo che sembra schiudere non poco le porte all'apprezzamento soggettivo del giudice, laddove richiede al magistrato di valutare l'eventuale eccesso nell'uso della forza secondo il criterio prognostico della «convinzione onesta» del pubblico ufficiale, fondata sulle sue «buone ragioni». Tale arresto, infatti, impone di estendere l'indagine relativa alla «congruità convenzionale» del diritto interno anche oltre i ristretti limiti dell'art. 53 c.p., venendo qui chiaramente in considerazione punti qualificanti della più generale disciplina applicativa delle scriminanti.

##### 5. *Suggerimenti conclusive: verso una "proporzionalità differenziata" tra difesa pubblica e difesa privata dei diritti?*

«Necessità» e – specialmente – «proporzione» nell'uso della forza sarebbero quindi, nella sostanza, gli *elisir* che garantirebbero lunga vita ad una disciplina specifica della coazione pubblica come quella recata dall'art. 53 c.p. Per vero, anche prescindendo dall'opinione di chi ritiene tale disposizione in irrimediabile contrasto con i canoni del diritto penale di uno Stato democratico<sup>65</sup>, occorre rilevare che se, e come visto, l'innesto nella fattispecie de qua del requisito della «proporzione» viene ormai largamente ritenuto «costituzionalmente» e «convenzionalmente» doveroso, non manca tuttavia chi, in diversa prospettiva, si è interrogato sulla pratica funzione che una figura scriminante così emendata avrebbe ancora nel sistema delle cause di giustificazione generali. A tale proposito, si è difatti osservato che «una volta integrato dal requisito della proporzione, l'art. 53 giustifichi ancor meno la sua sopravvivenza, poiché verrebbe ad occupare lo stesso spazio applicativo delle disposizioni rispetto alle quali dovrebbe funzionare come norma «sussidiaria»»<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Di «criterio della pericolosità futura» parla DE STEFANI, *Il diritto*, cit., 26 s., il quale osserva: «Che un simile giudizio possa giustificare al presente l'uccisione del possibile o probabile autore di delitti è questione di ben difficile soluzione».

<sup>65</sup> V., in rapporto alle funzioni di integrazione sociale della pena, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, rist. 2006, 193 s.

<sup>66</sup> Così, FIORE, FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, V<sup>a</sup> ed., Torino, 2016, 371.

Ora, se si trascura il teorico riferimento all'ipotesi dell'art. 51 c.p., che non prevede il requisito della «proporzione» e comunque pare ragionevolmente applicabile laddove l'adempimento del dovere d'ufficio non risulti in fatto contrastato da atti di violenza o di resistenza dei terzi<sup>67</sup>, sembra chiaro che a venire in discussione sarebbero allora i rapporti con la fattispecie dell'art. 52 c.p., il che peraltro non deve sorprendere. Sebbene, difatti, una parte della dottrina abbia visto nella figura dell'«Uso legittimo delle armi» niente di più che «l'ipotesi praticamente più importante di attività giustificata da una norma giuridica»<sup>68</sup>, e quindi in sostanza una *species* dell'adempimento del dovere, non sono mancati autori, sebbene risalenti, che hanno rinvenuto nella figura scriminante de qua una «particolare forma di legittima difesa»<sup>69</sup>, tanto più se, com'è stato detto, si qualificano gli atti di violenza e di resistenza opposti al pubblico ufficiale come «ingiusti»<sup>70</sup>, come «ingiusta» risulta l'offesa alla quale allude l'art. 52 c.p.

Se si accede a tale ricostruzione, è chiaro allora che le *chances* di una utile sopravvivenza dell'art. 53 c.p. si giocano sul piano della sua possibile “specializzazione” rispetto alla figura della legittima difesa. Certo, una via per risolvere in radice la questione potrebbe essere quella di mutare radicalmente il modello di disciplina della giustificazione, ad esempio rimettendo a norme extrapenalistiche l'individuazione dei casi nei quali il pubblico ufficiale può utilizzare la forza – come ad esempio è avvenuto in Germania, ove tali regole d'ingaggio sono specificate dal *Polizeirecht*<sup>71</sup> –, lasciando quindi all'art. 51 c.p. il compito di garantirne l'ingresso nel recinto penalistico: soluzione, questa, che parrebbe auspicata anche da talune voci della nostra dottrina<sup>72</sup>. Ma ove si volesse mantenere una scriminante *ad hoc* per la Forza pubblica, anche solo per calcare simbolicamente la differenza tra difesa pubblica – che dovrebbe costituire la regola – e difesa privata – che dovrebbe porsi come eccezione – dei diritti, lo sguardo non potrebbe che rivolgersi alla suddetta «proporzione».

In tale prospettiva, e sul piano per così dire della «*soft law*», muovendo dal presupposto che l'ordinamento dovrebbe idealmente fissare un “limite comples-

<sup>67</sup> In questo senso, e per la dottrina più recente, BELLAGAMBA, *I problematici della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, 390 s.; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, VI<sup>a</sup> ed., Milano, 2017, 301; SARTARELLI, *Uso*, cit., 6 s. e 10.

<sup>68</sup> V. testualmente ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, XVI<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, 276, ma anche, più di recente, ROMANO, *Commentario*, cit., 562.

<sup>69</sup> V. SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, Catania, 1933, 177; di «legittima difesa particolare» parlava parimenti FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, IV<sup>a</sup> ed., Milano, 1934, 538.

<sup>70</sup> V. ancora FIORE, FIORE, *Diritto*, cit., 371, nota 30.

<sup>71</sup> Sul punto, v. MARTIELLO, *L'uso delle armi da fuoco da parte della polizia nell'attuale esperienza giuridica tedesca*, in questa *Rivista*, 2014, 538 s.

<sup>72</sup> Secondo ROMANO, *Commentario*, cit., 563-564, infatti, in un «ordinamento democratico» sarebbe «preferibile [...] introdurre una previa, minuziosa disciplina extrapenale dei poteri-doveri della forza pubblica». In senso adesivo, v. anche DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, II<sup>a</sup> ed., Torino, 2012, 554.

sivo” di tolleranza della violenza, anche di quella utilizza per tutelare i diritti ingiustamente aggrediti, una rinnovata sensibilità culturale dovrebbe portare l’operatore a ritenere che ciò che è da giustificare ai sensi dell’art. 53 c.p. dovrebbe essere maggiore di ciò che è scriminabile *ex art. 52 c.p.*, e questo non certo per riproporre un’antistorica prevalenza dell’Autorità sulla Libertà. Il punto, difatti, non è soltanto quello di soppesare valore e quantità dei beni giuridici che di volta in volta l’intervento della Forza pubblica pone in contrapposizione, peraltro non sempre agevolmente identificabili<sup>73</sup>, ma piuttosto quello di riaffermare il valore della legalità in quanto ristabilita dal pubblico ufficiale con il suo professionale intervento, cioè il pregio di una legalità che viene ripristinata nel suo modo proprio, ossia dall’apparato statale, ciò che dovrebbe incrementare – rispetto al caso in cui all’intervento ripristinatorio avesse provveduto il privato – l’efficacia del messaggio di rassicurazione e general-preventivo che la sua salvaguardia può inviare al cittadino. Del resto, note sono le potenziali conseguenze applicative in senso estensivo o riduttivo della ricostruzione, rispettivamente in chiave ordinamentale ovvero individualistica, del fondamento della stessa legittima difesa<sup>74</sup>, a riprova comunque del fatto che l’agire per il ristabilimento del diritto oggettivo (come fa il pubblico ufficiale) e l’attivarsi per la salvaguardia del diritto soggettivo (come fa il privato) sono cose diverse e pertanto sottoponibili a limiti diversi.

Certo, non va sottaciuto il fatto che un discorso svolto sul piano culturale rischia, se non seguito da coerenti soluzioni pratiche, che proveremo infatti ad abbozzare, di sostanzarsi in un mandato per il giudice ad adottare regole di giudizio del tutto “intuizionistiche”, “alchemiche”, che di principio costituiscono, a ben vedere, la negazione stessa del diritto. Tuttavia, non va dimenticato che proprio l’elemento della «proporzione» funge da «*Ventilbegriff*», ossia da concetto-valvola che serve proprio a schiudere l’ordinamento ai processi evolutivi della vita politica e culturale del Paese<sup>75</sup>. Scriveva difatti Franco Bricola che, non potendosi tecnicamente parlare di casi di vera «discrezionalità» del giudice – ravvisabile nelle sole ipotesi nelle quali la legge rinvia al caso concreto come modo più idoneo di esprimere quella gamma di valori che può condizionare il trattamento penale di un soggetto, e che il giudice dovrebbe reperire all’interno del sistema e del *te-*

<sup>73</sup> Osserva PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1052, che nel caso dell’art. 53 c.p. «l’interesse all’“adempimento del dovere del proprio ufficio” è del tutto indeterminato in quanto può “coprire” una gamma dei più svariati interessi “sostanziali” sottesi di volta in volta al singolo atto d’ufficio per il cui adempimento il pubblico ufficiale è costretto a fare uso delle armi».

<sup>74</sup> Sul punto, v. anzitutto ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 4<sup>a</sup> Auf., München, 2006, § 15, Rn. 1 s., e da noi, per tutti, PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, VII<sup>a</sup> ed., Torino, 2018, 382 s.

<sup>75</sup> Sulla perimetrazione ed i problemi anche costituzionali che le «clausole generali», tra le quali anche quella della proporzione, sollevano in ambito penale, v. di recente CASTRINUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

los dello specifico istituto giuridico da applicare, come tipicamente accade negli artt. 62-bis e 133 c.p.<sup>76</sup> –, riferimenti come quelli alla «proporzione» debbono ritenersi «elementi elastici» (*sub specie* «quantitativi») della fattispecie, ossia concetti che contengono più significati possibili compresi tra un margine positivo ed uno negativo di sicurezza, entro i quali il giudice dispone di uno *Spielraum*<sup>77</sup>. Ma il punto è che la scelta del significato da attribuire in concreto a tale elemento costituirebbe «uno di quei casi di “folgorazioni intuitive” che si rendono indispensabili per ogni forma di accertamento temporale o quantitativo» che risulti disancorata da uno stringente parametro normativo<sup>78</sup>. Spiega del resto ulteriormente Bricola che negli ordinamenti giuridici «eterogenei», espressione cioè di un sistema politico democratico, e quindi pluralistico, è anzi più facile per gli elementi di fattispecie che richiedono un'opera di precisazione di tipo valutativo assumere carattere indeterminato rispetto a quanto l'avrebbero negli ordinamenti «omogenei», e ciò proprio a causa della «presenza di più scale di valori, talora parallele e più spesso contrastanti»<sup>79</sup>, delle quali il giudice si deve fare interprete. A risultati sostanzialmente convergenti giunge del resto anche chi ritiene che l'opera di bilanciamento sottesa al canone di proporzione andrebbe condotta non già tra i beni giuridici, come invece usualmente si afferma, bensì tra i «valori» coinvolti, i quali esprimono la «posizione contingente» che quegli stessi beni di fatto assumono all'interno dell'ordinamento giuridico<sup>80</sup>, il che, a ben guardare, conferma la natura culturalmente sensibile – e quindi aperta anche alla *Weltanschauung* del momento storico – del concetto di «proporzione».

Sul versante della «*hard law*», l'esigenza di diversificare il giudizio di proporzione implicito nell'art. 53 c.p. da quello richiesto dall'art. 52 c.p. potrebbe forse essere soddisfatta battendo tre vie, che qui possono soltanto abbozzarsi.

In primo luogo, si potrebbe pensare alla previsione di precipue fattispecie di uso della coazione fisica nelle quali la «proporzione» fosse normativamente presunta dal legislatore, quale che fosse l'esito lesivo della condotta reattiva del pubblico ufficiale, o presunta sino ad un certo livello di lesività di questa (ad esempio, sino all'integrazione dei reati di percosse o di lesioni personali). Una tale soluzione, peraltro, non solo non costituirebbe un *novum* in sé, ma neanche dovrebbe considerarsi estranea allo stesso art. 53 c.p. Secondo la ricostruzione prevalente, infatti, il citato intervento ampliativo della scriminante operato dalla legge 152/1975 non solo consentirebbe al pubblico ufficiale di ricorrere alle armi in assenza di una violenza o di una resistenza altrui, ma, ancor più, avrebbe intro-

<sup>76</sup> Cfr. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, Milano, 1965, 67 s., 73 s. e 157 s.

<sup>77</sup> Cfr. BRICOLA, *Op. ult. cit.*, 159 s. e 169 s.

<sup>78</sup> Cfr. BRICOLA, *Op. ult. cit.*, 173, ma vedi anche 178-179 in nota.

<sup>79</sup> Cfr. BRICOLA, *Op. ult. cit.*, 185.

<sup>80</sup> V. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 306 s.

dotto una presunzione di proporzione del suo agire violento ove teso a «comunque [...] impedire» la consumazione di specifici delitti<sup>81</sup>. Volendo rimanere nell'ambito delle cause di giustificazione, ovvio sarebbe poi invocare il precedente della ben nota legge sulla legittima difesa domiciliare, che secondo la più diffusa opinione avrebbe anch'essa introdotto una presunzione di proporzionalità<sup>82</sup>, rispetto alla quale occorre però qui esprimere – tanto più in previsione di sue prospettate estensioni<sup>83</sup> – un certo disagio, che riguarda proprio la scelta politico-criminale di allocare nel campo della tutela privata dei diritti lo strumento in questione, per noi degno di migliore causa.

Non volendo tipizzare specifiche e complete ipotesi di intervento “proporzionato” del pubblico ufficiale, si potrebbe in secondo luogo riconoscere assorbente rilievo ad alcune delle prescrizioni addestrativo-operative che regolano l'uso (*id est*: il buon uso) degli strumenti di coazione vecchi e nuovi più comunemente usati dalle Forze dell'ordine, come l'arma da fuoco, le manette, il manganello, lo *spray* O.C., sino alle pistole «*Taser*» in via di sperimentazione presso alcuni corpi di polizia. Si tratta, intuitivamente, di un *corpus* normativo ampio e dal contenuto assai tecnico ed articolato<sup>84</sup>, del quale occorrerebbe svolgere una puntuale analisi per comprendere quali potrebbero essere le regole alle quali riconoscere rilievo nel valutare la legittimità dell'uso della forza pubblica, in quanto cristallizzazione di un rischio consentito nell'utilizzo di quel certo mezzo offensivo. L'osservanza di tali cautele di impiego, infatti, dovrebbero contenere i rischi per la vita e l'incolumità fisica dei terzi connaturati all'uso dei medesimi e, al contempo, garantire che di essi l'operatore faccia un uso efficace ma allo stesso modo anche proporzionato, sebbene appaia chiaro che la proporzione non comparirebbe più come elemento espresso ed ulteriore della fattispecie scriminante, da accertare caso per caso, ma emerge-

<sup>81</sup> In questo senso, v. già MARINI, *Uso legittimo delle armi (diritto penale)*, in *Nov.mo. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 259; VIGNA, BELLAGAMBA, *La legge sull'ordine pubblico*, Milano, 1975, 92 s.; STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 654 s. (ma spec. 656). Più di recente, v. per tutti PULITANÒ, *Uso legittimo delle armi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXVII, Roma, 1994, 4 e PALAZZO, *Corso*, cit., 409.

<sup>82</sup> All'indomani della l. 59/2006, v. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 441 s.; PALIERO, *La difesa legittima territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione)*, in *Leg. pen.*, 2006, 577, 579; ZAINA, *La nuova legittima difesa*, Rimini, 2006, 257; GARGANI, *Il diritto all'autotutela in un privato domicilio: un'ipotesi speciale di legittima difesa?*, in PIEMONTESE (a cura di), *La riforma della legittima difesa e della recidiva tra teoria e prassi*, Pisa, 2008, 21. Di recente, v. per tutti PALAZZO, *Corso*, cit., 395, nonché Cass. pen., sez. I, 11.10.2018, n. 46121, in *www.dirittoegiustizia.it*, newsletter del 23.11.2008 e Id., 6.2.2007, Amoroso, in *Cass. pen.*, 2008, 1049.

<sup>83</sup> Il riferimento è ai d.d.l. presentati dagli on. Molteni (A.C. n. 2892 del 18.2.2015) ed Ermini (A.S. n. 2816, approvato dalla Camera il 4.5.2017), che risultano al centro del dibattito parlamentare e pubblico in vista di prospettate riforme degli artt. 52, 55 e 59 c.p.

<sup>84</sup> Sul punto, v. MARTIELLO, *I limiti penali dell'uso della forza pubblica: una indagine di parte generale*, in corso di pubblicazione.

rebbe *in nuce* dalla regola di utilizzo dello strumento di coazione impiegato, la cui osservanza dovrebbe impedire la produzione quanto meno di eventi offensivi del tutto ultronei (*id est*: non proporzionati?). Ciò garantirebbe una certa prevedibilità del rischio penale al pubblico ufficiale, il quale, una volta agito nel rispetto di tali discipline, risulterebbe *ex ante* rassicurato quanto alle possibili conseguenze della sua condotta, nella consapevolezza che, così facendo, l'art. 53 c.p. continuerebbe a recare una scriminante tendenzialmente insensibile agli esiti lesivi della condotta (o meglio: a quelli tollerati dalla regola modale di utilizzo del mezzo lesivo), purché essa risulti conforme ai requisiti prescritti<sup>85</sup>.

In terzo luogo, si potrebbe pensare di agire sul criterio commisurativo della proporzione-sproporzione, considerando a favore del pubblico ufficiale un certo “sbilanciamento” espressamente tollerato. L'idea, per vero, non è nuova, tutt'altro. Già nel corso dei lavori preparatori del codice, infatti, Delitala aveva proposto – sebbene riferendosi alla legittima difesa – di considerare lecito il danno cagionato all'aggressore sino a quando esso non risultasse «eccessivamente sproporzionato» rispetto al nocumento minacciato (proporzione «relativa»)<sup>86</sup>, mentre parlando proprio della fattispecie *de qua* Vannini riteneva possibile applicare l'art. 55 c.p. al pubblico ufficiale soltanto al ricorrere di una «certa sproporzione», laddove per configurare l'eccesso di legittima difesa sarebbe invece bastata la mera «sproporzione»<sup>87</sup>. Ovvio che, qualunque fosse la formula impiegata per quantificare lo scostamento tollerato rispetto ad una proporzione “ordinaria” (si potrebbe anche parlare, ad esempio, di «non manifesta sproporzione»), è chiaro che sempre al giudice competerebbe accertare se nel caso concreto il pubblico ufficiale si è mosso entro l'ambito consentito, ma quanto meno si renderebbe più esplicita la direttiva interpretativa – per quanto essa possa oggi valere – volta a differenziare il trattamento penale tra la difesa pubblica e la difesa privata dei diritti.

Certo, non va nascosto che si tratta di soluzioni pur sempre relative, o meglio di suggestioni, che vale la pena approfondire o raccogliere solo ove se ne condivida il presupposto di fondo, ovvero sia che tra la tutela pubblica dei diritti e l'autotutela degli stessi debba esservi, per l'appunto, una “proporzione”, che in uno Stato di diritto dovrebbe interpretarsi a vantaggio della prima.

<sup>85</sup> Tale peculiarità è colta, ad esempio, da GARGANI, *Il diritto*, cit., 31 e da BRUNELLI, *L'uso delle armi del pubblico agente tra giustificazione e scusa*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 789.

<sup>86</sup> V. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO (a cura di), *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, III, Parte 1<sup>a</sup> (*Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*), Roma, 1928, 404.

<sup>87</sup> Cfr. VANNINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Firenze, 1948, rispettivamente 156 e 154, con l'avvertenza che il giurista toscano riferiva la proporzione ai mezzi.

