

# UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea

L'uso delle armi tra normativa penale nazionale  
e suggestioni europee

La Candidata  
Agnese Caldararo

Il Relatore  
Prof. G. De Francesco

Il Correlatore  
Prof. Domenico Notaro

A.A. 2014/ 2015

*Ai miei nonni*

INTRODUZIONE .....	5
1. L'USO LEGITTIMO DELLE ARMI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO .....	9
1.1. Art. 53 c.p.: nozione .....	9
1.2 Definizione, fondamento ed effetti delle cause di giustificazione (antigiuridicità e singole cause di giustificazione) .....	15
1.3 Cause di giustificazione non codificate.....	25
1.4 Profili processuali: dall'art. 479, 3° comma del codice di procedura penale Rocco all'attuale art. 530, 3° comma c.p.p. ....	29
1.5 L'uso legittimo delle armi nei codici preunitari e nel codice Zanardelli del 1889.....	37
1.6 Ratio della scriminante e della sua autonoma previsione: l'uso legittimo delle armi nel Codice Rocco .....	41
1.7 Inammissibilità del procedimento analogico.....	48
2 PRESUPPOSTI E REQUISITI DELL'ART.53 C. P.....	61
2.1 Presupposti e requisiti soggettivi.....	61
2.1.1. La qualità di pubblico ufficiale .....	61
2.1.2 Art. 53, 2° comma c.p.: estensione della scriminante ad altri soggetti .....	64
2.1 Presupposti e requisiti oggettivi .....	71
2.2.1. Nozione di armi e di mezzi di coazione .....	72
2.2.2. Necessità di respingere una violenza.....	76
2.2.3. Necessità di vincere una resistenza all'Autorità.....	79
2.2.4. Necessità di impedire la consumazione di gravissimi delitti..	83
3. Il requisito implicito della proporzione: disamina dei profili problematici legati all'art. 2, 2 comma CEDU .....	90
2.4 Il G8 di Genova: gli scontri armati, il reato di tortura e la difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili .....	99
2.5 L'eccesso nelle cause di giustificazione (eccesso doloso, colposo e incolpevole; eccesso modale) .....	109

2.6 Il caso di Federico Aldrovandi: un pestaggio colposamente eccessivo.....	115
3. INDIVIDUAZIONE DELLA FATTISPECIE: RAPPORTI TRA L'ART. 53 C.P. E LE ALTRE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE....	126
3.1 Concorso apparente di norme.....	127
3.2 Rapporti con l'adempimento di un dovere.....	137
3.3 Rapporti con la difesa legittima .....	140
4. IPOTESI DI USO LEGITTIMO DELLE ARMI PREVISTE DALLE LEGGI SPECIALI .....	147
4.1 Repressione del contrabbando: L. 4 marzo 1958, n. 100 .....	148
4.2 Uso delle armi e di altri strumenti di coazione fisica da parte della forza pubblica per l'esecuzione di provvedimenti di pubblica quando gli interessati non vi ottemperino: Testo Unico delle leggi di Pubblica Sicurezza 18 giugno 1931 n. 773 .....	151
4.3 Uso legittimo delle armi e immigrazione clandestina.....	152
4.4 Uso delle armi per impedire l'evasione dei detenuti o violenza tra i medesimi: art. 41 l. 26.7.1975 n.354 (ordinamento penitenziario) .	157
5. DIRITTO PENALE MILITARE.....	174
5.1 Art.41 codice penale militare di pace: nozione e differenze con l'art.53 c.p.....	177
5.2 Inquadramento sistematico della scriminante .....	185
5.3 «Altri casi» riconducibili all'art. 41, 3 comma c.p.m.p.: i militari in servizio di sentinella.....	189
5.4 Le regole di ingaggio.....	192
5.4.1 Operazioni militari di pace.....	192
5.4.2 Contrasto alla pirateria .....	195
5.5 Una “nuova causa di giustificazione”: l'uso delle armi da parte del militare in missione all'estero.....	198
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE .....	203
BIBLIOGRAFIA .....	207
RINGRAZIAMENTI .....	220

## INTRODUZIONE

Il presente studio si propone di analizzare in modo sistematico quella che probabilmente è la più controversa fra le cause di giustificazione dell'ordinamento penale italiano: l'uso legittimo delle armi previsto dall'art. 53 c.p.

Al fine di fare emergere i nodi problematici della scriminante (che maggiormente hanno destato l'interesse di chi scrive), si è ritenuto di procedere fornendo dapprima un quadro generale della materia, per poi soffermarsi sui casi speciali previsti nel nostro sistema legislativo.

Innanzitutto, nel primo capitolo, dopo aver incastonato l'art. 53 c.p. nel più ampio tema delle cause di giustificazione, ci siamo concentrati sul momento storico che generò la struttura del dispositivo; si è posto così a confronto il precedente periodo –seppur solo apparentemente- liberale (quello successivo all'unità d'Italia, positivizzato nel Codice penale Zanardelli), in cui si scelse di non introdurre nella parte generale del codice penale un istituto scriminante destinato solo ai pubblici ufficiali, e il successivo periodo fascista, che portò per ragioni prettamente di salvaguardia del regime stesso, all'introduzione di una – ulteriore- garanzia generale per i funzionari dello Stato.

Il primo dei profili problematici che si è voluto sollevare è stato proprio l'incomprensibile scelta post costituzionale di lasciare intatto il dispositivo dell'articolo, scegliendo invece di dare un'interpretazione conforme *in primis* alla Costituzione, e in secondo luogo alla CEDU, creando così una norma che molto si astrae dal testo dell'articolo; proprio questo divario fra l'interpretazione costituzionalmente orientata e la parola scritta ha creato e crea tuttora difficoltà nell'applicazione concreta.

Nel secondo capitolo, poi, l'esserci concentrati sui requisiti e presupposti oggettivi e soggettivi ha dato l'occasione per segnalare altre “incongruenze” tra il dispositivo e l'ordinamento giuridico, ossia

la vaghezza delle espressioni utilizzate e la carenza del requisito della proporzione. A quest'ultimo proposito si è inteso richiamare una vicenda a tutti tristemente nota, ossia i fatti di Genova del 2001 in occasione del G8. Proprio nel 2015 la Corte Europea dei diritti dell'uomo è tornata sull'argomento, richiamando l'Italia a sanare un'assenza ingiustificabile nella parte speciale del nostro codice penale: il reato di tortura.

Nel momento in cui si scrive sono ancora in corso i conflittuali lavori parlamentari.

In questo capitolo, particolare attenzione è stata anche posta sull'innovazione introdotta nel testo dell'art. 53 c.p., consistente nell'elencazione (inutilmente puntuale in questo caso) di fattispecie criminose che giustificerebbero l'uso di armi da parte di pubblici ufficiali anche in un momento anteriore alla commissione del fatto, stravolgendo così il senso stesso dell'articolo.

È stato interessante studiare e focalizzare il momento storico di terrorismo nero e rosso che ha originato tale innovazione, e interrogarsi sull'effettiva utilità o funzionalità di quest'apertura.

Un altro problema affrontato nel capitolo –ad avviso di chi scrive, il più interessante- è quello legato all'art. 55 c.p. in materia di eccesso nelle cause di giustificazione; questo tema ci ha dato la possibilità di studiare un caso di fondamentale importanza, che dovrebbe essere considerato un monito non solo per le Corti, o per i pubblici ufficiali, o ancora per noi cittadini, quanto piuttosto per il Legislatore: il caso di Federico Aldrovandi. Questo sconvolgente fatto di cronaca ha messo in risalto l'attuale esistenza di quel *favor* indiscriminato per gli appartenenti alle forze dell'ordine; si è tentato, in questo studio, di ricostruire la vicenda storica e processuale, ponendo l'accento su alcune incongruenze che destano, quanto meno, il sospetto di una cattiva applicazione della scriminante.

Nel terzo capitolo di questo studio si è invece affrontato un tema molto discusso in dottrina, e che tale non rimane, essendo anche di fondamentale rilevanza pratica: il rapporto tra l'art. 53 c.p. e altre due cause di giustificazione, ossia la legittima difesa e l'adempimento di un dovere.

La difficoltà riscontrata in dottrina nell'individuazione esatta della fattispecie è strettamente collegata alla questione, più volte messa in evidenza, dell'effettiva necessità nel nostro ordinamento di una scriminante autonoma riferita ai soli pubblici ufficiali, stante l'esistenza degli artt. 51 e 52 c.p. che potrebbero già di per sé agire in favore di questi soggetti, nell'esercizio delle loro funzioni.

Nel quarto capitolo poi, si è cercato di segnalare le ipotesi speciali rese possibili dalla riserva di legge del 3 comma dell'articolo.

Tratteggiando le quattro ipotesi speciali coniate in momenti diversi della storia d'Italia, l'elemento che maggiormente è emerso è stato l'attenzione dedicata dal Legislatore ad alcune specifiche figure di pubblico ufficiale, puntualmente tutelate; basti notare l'attenzione con cui è stata tratteggiata la figura delle guardie penitenziarie, che svolgono il proprio (difficile) compito in condizioni di costante instabilità fra libertà e repressione.

Infine, l'ultimo capitolo è stato dedicato ad una branca particolare del diritto penale, ossia quello militare. Per ovvie ragioni si è deciso di trattare dell'uso delle armi in tempo di pace.

Al di là di alcune questioni prettamente dottrinali sull'interpretazione dell'art. 41 c.p.m.p., e dell'attenzione riservata da questo studio alle "regole di ingaggio", è stato di enorme interesse soffermarsi su una nuova causa di giustificazione introdotta nel 2009, resasi necessaria per via della partecipazione dell'Italia a missioni militari all'estero.

Date queste premesse, ho il desiderio di sottolineare e di far presente come il tema trattato in questo studio mi ha da subito affascinato.

Le ragioni insite di questo fascino risiedono nella difficoltà che ho riscontrato nel dosare e trovare l'equilibrio fra quello che è un'avversione umanamente comprensibile e naturale per le armi, o forse molto più banalmente per la violenza, e la comprensione della necessità di un sistema di *imperium* così formulato e da sempre esistente (sono d'obbligo i riferimenti culturali alle teorie kelseniane, quanto quelli tanto più recenti quanto lungimiranti nella loro critica alle teorie di Foucault).

La ricerca e il rinvenimento di questo equilibrio è e rimane imprescindibile, pena dover ammettere un fallimento del nostro diritto positivo.

# 1. L'USO LEGITTIMO DELLE ARMI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

## 1.1. Art. 53 c.p.: nozione

L'uso legittimo delle armi è una causa di giustificazione introdotta per la prima volta nel diritto italiano, propenso a un sistema paritario di scriminanti tra cittadini e pubblica autorità, dal codice penale Rocco del 1930, e rappresenta una novità (o un'anomalia) nel panorama giuridico occidentale.<sup>1</sup>

L'art. 53 c.p., rubricato Uso legittimo delle armi, recita:

*«Ferme le disposizioni contenute nei due articoli precedenti, non è punibile il pubblico ufficiale che, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di un altro*

---

<sup>1</sup> Esistono nel panorama occidentale tre diverse soluzioni e risposte al problema del rendere legittimo o meno l'uso delle armi esercitato dalla forza pubblica:

- Un primo modello (il più comune nelle legislazioni occidentali) riconduce la non punibilità dell'uso legittimo delle armi, o di altri mezzi di coazione, ad altre scriminanti generali, senza la previsione di una disposizione specifica; è questo il sistema adottato da Spagna, Francia, Portogallo, Inghilterra e Stati Uniti;
- Un secondo modello, adottato in Germania, non prevede una scriminante comune nella parte generale, ma l'uso delle armi è giustificato in situazioni particolari, stabilite da scriminanti speciali, disseminate nelle leggi federali di polizia, di pubblica sicurezza e nelle leggi speciali dei Lander;
- Un terzo modello, adottato appunto solo dal Codice Rocco e dunque dal sistema giuridico italiano, prevede l'uso legittimo delle armi in una scriminante autonoma, inserita nella parte generale.

*mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorità e comunque di impedire la consumazione dei delitti di strage, di naufragio, sommersione, disastro aviatorio, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona.*

*La stessa disposizione si applica a qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza.*

*La legge determina gli altri casi, nei quali è autorizzato l'uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica».*

L'art. 53 c.p., che insieme alle disposizioni sulla legittima difesa, all'adempimento di un dovere, allo stato di necessità, e all'esercizio di un diritto costituisce un'ipotesi di scriminante, si spiega innanzitutto con il bisogno, particolarmente avvertito durante il periodo fascista, di difendere il prestigio della pubblica autorità, in un momento storico in cui si riteneva necessario sottolineare e rafforzare le esigenze di tutela dell'interesse pubblico (o, per meglio dire, di ciò che veniva avvertito dal regime come interesse pubblico), più che quelle civili e sociali; d'altro canto la nostra sarebbe un'analisi incompleta se non si, anche solo, accennasse alla politicità della norma in esame.

Successivamente, la rigidità del Legislatore e la copertura garantistica dei pubblici ufficiali è stata rinverdata con la riforma del 1975, corrispondente alla necessità avvertita dall'ordinamento che venisse interrotta con qualsiasi mezzo la consumazione dei reati più gravi e più violenti, o per impedire che questi fossero portati a conseguenze ancora più gravi<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Questa seconda esigenza, che trova posizione nell'ultimo inciso del primo comma dell'articolo introdotto dalla legge 22 maggio 1975, n.152, affonda le radici nel clima di emergenza sociale conseguente allo sviluppo di forme di criminalità di stampo terroristico (“rosso” e “nero”).

Lo Stato affida tale potere alla forza pubblica, da intendersi come il complesso degli appartenenti alla polizia giudiziaria e alla pubblica sicurezza, nonché ai militari in servizio di pubblica sicurezza, legittimandone l'operato.

Come chiaramente afferma il secondo comma dell'articolo in questione, tale "privilegio" copre anche l'intervento di qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza (la figura di scuola dell'agente ausiliario di polizia giudiziaria).

Nell'analizzare la definizione della norma non possiamo prescindere dal soffermarci brevemente sull'utilizzo dei termini, e sulla forza informativa del contenuto linguistico della rubrica dell'art. 53 c.p.: "*Uso*" indica l'utilizzo inteso come funzione, come destinazione, come espletamento di una determinata attività; "*Legittimo*" indica la corrispondenza alla situazione o condizione prescritta dalla legge per l'esercizio e il riconoscimento di un potere/dovere; "*Armi*" sono tutti quegli strumenti la cui destinazione naturale è l'offesa della persona.<sup>3</sup>

L'innovazione del Codice Rocco, consistente nell'aver reso autonoma una scriminante dotata di tali potenzialità, ha, di fatto, riscritto il rapporto tra Autorità e Libertà.

Le cause di giustificazione sono tendenzialmente deputate a risolvere conflitti sociali che sorgono dalla collisione di interessi individuali e/o sociali<sup>4</sup>. Il legislatore del 1930 con la scelta di introdurre la scriminante dell'uso legittimo delle armi, nel bilanciamento tra necessità di

---

<sup>3</sup> V. MUSACCHIO, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, Giuffrè editore, 2006, pag. 48.

Per un'analisi più accurata del termine "armi" si rinvia al successivo capitolo, che tratta dei requisiti oggettivi e soggettivi della fattispecie.

<sup>4</sup> C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* a cura di Moccia, Napoli, Edizioni scientifiche, 1996, pag. 44ss.

sicurezza-difesa sociale e libertà individuale, ha privilegiato il primo interesse.

Indipendentemente dalle influenze esercitate dalle contingenze politico-istituzionali che si sono susseguite nel tempo (non da ultimo l'ampliamento del 1° comma consistente nell'elencazione di alcuni gravissimi reati), i motivi per dichiarare non punibile un fatto astrattamente corrispondente ad una fattispecie legale non possono che incidere sul rapporto dialettico già esistente tra Autorità e libertà.

L'uso delle armi o di altro mezzo di coercizione fisica costituisce l'attuazione immediata, in termini di amministrazione diretta, di un potere che è proprio dell'Autorità.

Avvicinando tale causa di giustificazione alla difesa legittima, definita da celebre dottrina<sup>5</sup> “forma di autotutela privata necessaria”, possiamo accogliere per questa forma di reazione statale la definizione di “autotutela pubblica necessaria”.<sup>6</sup>

Fra gli altri, uno dei fondamenti di questa scriminante, oggi, può essere individuato, nell'ottica citata, nella pretesa dello Stato di ripristinare la stabilità di alcune situazioni giuridiche ritenute rilevanti.

Tali situazioni possono esser state lese dall'azione di chi, pur esercitando un proprio interesse o diritto, anche di rango costituzionale

---

<sup>5</sup> T. PADOVANI, *Difesa legittima* in “Digesto penale” III volume, Torino, Giappichelli Editore, 1989, pag.497.

<sup>6</sup> In merito a questo discorso è utile richiamare nuovamente il testo di T. PADOVANI, *op. citata*, pag. 497 e ss. e E.MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi* in “Digesto delle discipline penalistiche”, Volume XV, Torino, Utet, 1999. L'autore afferma che: «*La consonanza tra le due scriminanti è testimoniata dal fatto che la difesa legittima può essere definita come una variante privata della delegazione ipotetica o condizionata della potestà di polizia per ragione di necessità, di cui l'uso delle armi costituisce invece l'emblema. Si potrebbe parlare di difesa “indiretta” dell'ordinamento nel caso della legittima difesa, e di difesa “diretta” e “istituzionale” dell'ordinamento nel caso dell'uso legittimo delle armi*».

(esempio classico è il diritto di sciopero) sia fuoriuscito dai limiti imposti dall'ordinamento, ponendosi all'esterno della tutela giuridica e compiendo un fatto illecito. Ma potrebbe anche accadere che il privato contro cui è indirizzata l'azione del pubblico ufficiale sia ancora all'interno dei limiti legali, e che comunque veda sacrificato il proprio diritto, in nome dell'interesse pubblico.

Questa è una delle situazioni racchiuse nella semplice definizione dell'art. 53 c.p., ma non è indicativa della *ratio* che ha portato alla sua introduzione; il bilanciamento tra interessi del privato e interessi dello Stato deve avvenire sempre nella prospettiva dell'esercizio della potestà pubblica autoritativa.

L'uso delle armi e della più generica coercizione fisica dunque può essere giustificato solo quando esso sia strumentale all'eliminazione di ostacoli che si frappongono tra il pubblico ufficiale e il dovere da adempiere.

È necessario, nella comprensione dell'istituto, leggere il termine "fine" allontanandosi dall'interpretazione soggettivistica (che applicherebbe la scriminante già solo perché il fatto è stato compiuto da un pubblico ufficiale)<sup>7</sup> per accogliere, invece, quella oggettivistica<sup>8</sup>, che assume tale fine come limite oggettivo-funzionale all'adempimento del dovere.

Naturalmente, intraprendendo lo studio di questa scriminante assolutamente peculiare, non possiamo prescindere dall'incastorarla

---

<sup>7</sup> F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, Padova, Cedam, 2002, pag. 125. Caso del pubblico ufficiale che utilizza le armi per fini personali, per rancore, rappresaglia, mera intimidazione, ira.

<sup>8</sup> Caso del pubblico ufficiale che utilizza la forza fisica per sgomberare gli occupanti dai binari; secondo l'interpretazione di F. MANTOVANI, *opera citata*, pag. 126, resta irrilevante in questi casi l'eventuale concorso di motivi personali (come ostentare l'autorità, sfogare rancori).

all'interno di un ordinamento giuridico ben diverso rispetto a quello che l'ha originata.

Elementi di novità, oltre al mutato quadro politico -da autoritario e monarchico a democratico e repubblicano-, sono: la promulgazione della Costituzione italiana *in primis* e dunque l'attenzione riservata dal 1948 in poi al rispetto e alla tutela dei diritti, e in secondo luogo l'adesione italiana alla Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, con la conseguente sottoposizione dello Stato italiano alla giurisdizione della Corte Europea dei Diritti dell'uomo; queste innovazioni hanno portato, nel tempo,<sup>9</sup>a far sì che la fattispecie si svincolasse dall'indeterminatezza che la caratterizzava.

Scopo dell'art. 53 c.p. non è più, oggi, l'asserita tutela del mero prestigio della Pubblica Autorità (come poteva essere durante il regime fascista), ma l'adempimento dei pubblici doveri, aspetto che attiene al "buon andamento" della Pubblica Amministrazione, così come indicato nell'art. 97 della Costituzione; il limite esplicito che viene, infatti, imposto dalla norma è proprio quello di usare o ordinare di usare le armi *al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio*.<sup>10</sup>

La promulgazione della Costituzione repubblicana ha reso inoltre impensabile che la norma in questione possa attualmente prescindere da un fondamentale requisito di "proporzione" (taciuto nella formulazione espressa dell'articolo): la reazione del pubblico ufficiale non potrà più considerarsi ammissibile nel momento in cui, per quanto necessaria, verrebbe a comportare un'offesa particolarmente grave ai beni essenziali dell'individuo, senza che sussista il pericolo di una lesione di portata e consistenza analoghe.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> E stando alle ultime pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, di cui parleremo nell'ultima parte del lavoro, stanno ancora portando.

<sup>10</sup> F. MANTOVANI, *opera citata*, pag. 125 e ss.;

<sup>11</sup> Vedi G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, i fondamenti*, Torino, Giappichelli editore, 2011, pag.280-281;

Imprescindibile legame con la CEDU è invece rappresentato da una recentissima interpretazione dell'art. 2, e dalla corrispettiva rilevanza data al diritto alla vita in esso incorporato.<sup>12</sup>

## **1.2 Definizione, fondamento ed effetti delle cause di giustificazione (antigiuridicità e singole cause di giustificazione)**

L'approccio al problema della comprensione dell'uso della forza, non può prescindere da una breve introduzione incentrata sul generale istituto delle cause di giustificazione.

L'inquadramento dogmatico delle scriminanti è condizionato dalla *collocazione*, all'interno della teoria sulla struttura del reato, della nozione di antigiuridicità. La scelta di un modello bipartito<sup>13</sup> o tripartito<sup>14</sup> degli elementi della fattispecie incriminatrice porta a far incidere diversamente l'oggetto della nostra discussione sulla composizione dell'illecito penale.

In sede di analisi del reato, in un secondo momento rispetto alla verifica dell'esistenza del fatto tipico, è necessario procedere a un ulteriore giudizio, riguardante la sua *antigiuridicità oggettiva*. Questo giudizio consiste nella valutazione dell'esistenza o meno di eventuali

---

<sup>12</sup> Di cui tratteremo approfonditamente nel prossimo capitolo di questo studio.

<sup>13</sup> Per questa teoria la configurazione dell'illecito penale è strutturata in due momenti: il fatto tipico e la colpevolezza; secondo la tesi avanzata su tutti da Antolisei, le cause di giustificazione entrano a far parte del fatto tipico, e lo fanno come elementi negativi la cui mancanza si rende necessaria per l'integrazione della tipicità dell'illecito.

<sup>14</sup> Rappresentata da studiosi del diritto eminenti, quali T. Padovani, F. Mantovani, G. De Francesco, F. Bricola, M. Romano, la teoria tripartita prevede che le cause di giustificazione incidano su un elemento del reato intermedio, tra il fatto e la colpevolezza.

La presente tesi si conforma e segue proprio la teoria tripartita del reato.

*cause di giustificazione* capaci di attribuire a quel fatto i caratteri della liceità,<sup>15</sup> prima di passare alla verifica del terzo elemento del reato: la colpevolezza.

Andiamo per ordine.

Il primo gradino da affrontare, per la ricostruzione e il riconoscimento dell'esistenza di un reato, è quello dell'identificazione del *fatto tipico*.

La norma incriminatrice, nel delineare il fatto tipico, risolve un conflitto di interessi, assegnando, in linea di principio, la prevalenza all'interesse tutelato, rispetto a qualsiasi altro interesse si voglia realizzare in contrasto con esso.<sup>16</sup>

Non sempre tuttavia l'interesse contrapposto deve piegarsi alla prevalenza di quello tutelato: in alcune situazioni il criterio di priorità degli interessi può, o deve, capovolgersi.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Per la ricostruzione di questo giudizio il testo di riferimento è G. DE FRANCESCO, *Diritto penale I fondamenti*, II edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2011, pag. 244 e ss.

Il problema principale dell'individuazione dell'antigiuridicità oggettiva è quello di rapportarla con il precedente gradino nella ricostruzione del reato.

Il fatto tipico nasce da una valutazione riferita a un confronto tra interessi esistenti anteriormente alla qualificazione normativa; le cause di giustificazione invece impongono di valutare la portata di determinate situazioni rispetto ad un fatto già giuridicamente qualificato come rilevante.

<sup>16</sup> Così, ad esempio, l'art. 624 c.p. prevede la fattispecie del furto; il legislatore ha attribuito al possesso delle cose mobili il primato su ogni altro interesse che l'autore della sottrazione intenda soddisfare. Commettere un furto equivale dunque a sovvertire il criterio di prevalenza stabilito dall'ordinamento.

<sup>17</sup> Così, ad esempio, se il furto è commesso per salvare sé o altri da un pericolo, inevitabile e non volontariamente causato, di danno grave alla persona, la prevalenza spetta all'interesse salvato dall'autore del furto, e non più a quello del possessore della cosa; questa situazione è descritta dall'art. 54 c.p. che disciplina lo stato di necessità.

Solitamente dunque, alla realizzazione di una *condotta tipica*, si accompagna il carattere antiggiuridico del fatto.

*L'antigiuridicità*<sup>18</sup> però viene meno, e quindi il capovolgimento avviene, se una norma diversa da quella incriminatrice, e desumibile dall'intero ordinamento giuridico, *facoltizza o impone quel medesimo fatto che costituirebbe reato*.

Alla base delle cause di giustificazione vi è sempre un *bilanciamento di beni o interessi*, risolto nel senso della legittimazione del comportamento che preserva il bene o l'interesse prevalente o uno dei due beni o interessi equivalenti in conflitto tra loro.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Accanto al termine "antigiuridicità" è necessario, per completezza e chiarezza espositiva, aggiungere l'aggettivo *obiettiva*.

L'antigiuridicità obiettiva può dunque essere definita come il contrasto della condotta tipica con le esigenze di tutela dell'ordinamento, espresso in termini obiettivi, cioè *prescindendo dall'atteggiamento personale* del soggetto verso la situazione di conflitto. Questo non significa che le singole fattispecie scriminanti non possano includere al loro interno requisiti di natura soggettiva: pensiamo al caso dell'art. 53 c.p. e al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio.

Il criterio di valutazione dell'antigiuridicità si esprime sempre e comunque in termini impersonali: così nell'art. 53 c.p. il pubblico ufficiale non è giustificato per aver agito al fine di adempiere un proprio dovere, ma perché, in presenza della situazione di necessità ipotizzata dalla norma, l'uso delle armi, volto al fine di adempiere un proprio dovere, è conforme agli scopi dell'ordinamento, e dunque obiettivamente lecito.

Questo è uno degli elementi che differenzia il giudizio di antigiuridicità rispetto a quello di colpevolezza (terzo gradino da analizzare in sede di individuazione del reato), in cui domina invece il criterio di rimproverabilità personale.

<sup>19</sup> Poi però muta per le singole scriminanti la ragione specifica di una scelta di questo genere. Per esempio alla radice del *consenso dell'avente diritto*, non conta tanto il venir meno dell'interesse del singolo, ma il riconoscimento di una sua libertà. Nell'*uso legittimo delle armi*, come nel caso

Autorevole dottrina<sup>20</sup> definisce le scriminate “*variabili storiche*”: grazie ad esse la dinamica dei mutamenti sociali penetra nel diritto penale e sposta i confini dell’illecito.

Nel tentativo di comprendere la ragione intrinseca dell’esistenza di questo istituto,<sup>21</sup> possiamo affermare che il fondamento politico-sostanziale della liceità del fatto è individuato sulla base del bilanciamento dei beni o degli interessi<sup>22</sup> in conflitto, risolto nel senso

---

dell’*adempimento di un dovere*, l’accento cade sulla tutela di un interesse generale.

<sup>20</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2001, pag. 249;

<sup>21</sup> E nel fare ciò sfruttiamo la chiarezza espositiva di F. MANTOVANI, *opera citata*.

<sup>22</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè editore, 1990, pag. 173; l’autore sottolinea come la norma incriminatrice, delineando il fatto tipico, risolve il conflitto di interessi, assegnando la prevalenza a quello tutelato rispetto a qualsiasi altro interesse in contrasto con esso.

Ritorna l’esempio classico del furto, previsto dall’art. 624 c.p.; in questa fattispecie il legislatore attribuisce al possesso delle cose mobili il primato su ogni altro interesse che l’autore della sottrazione intenda attuare o soddisfare. La commissione del furto costituisce così il sovvertimento del criterio di priorità stabilito dall’ordinamento.

È necessario qui chiarire, seguendo V. MUSACCHIO, *Norma penale e democrazia*, Milano, LED edizioni universitarie, 2004, pag. 12. Secondo l’autore «per “interesse” si intende il rapporto tra soggetto e valore tutelato. Il diritto penale è tutela dei valori. Quando perciò si parla di conflitto di interessi nel diritto penale si vuole dire che le posizioni di più soggetti rispetto ad uno stesso o a più valori collidono fra di loro, di modo che, per evitare un sacrificio di tutte, è preferibile il sacrificio della posizione di minore rilievo. Tale prevalenza non viene individuata tramite criteri matematici o naturalistici, ma mediamente un criterio politico, nel senso che un bene può assumere rilevanza diversa in relazione alle norme di civiltà che

della legittimazione del comportamento che conserva il bene, o l'interesse prevalente, o uno dei due beni o interessi equivalenti in conflitto tra loro, mutando poi per le singole scriminanti le ragioni specifiche di una scelta di questo genere. Nel caso del consenso dell'avente diritto, per esempio, non conta tanto il venir meno dell'interesse del singolo, quanto il riconoscimento di una sua libertà. Questo bilanciamento, che avviene tra i due interessi in gioco (per esempio il diritto di proprietà da un lato e il diritto alla vita o all'integrità fisica dall'altro, nel caso in cui s'invochi la difesa legittima), una volta attuato, può rendere lecita una condotta, che altrimenti non lo sarebbe.

Il concetto di antigiuridicità obiettiva deve essere tenuto nettamente distinto da quello di *offesa*.<sup>23</sup>La situazione conflittuale tra il fatto

---

*determinano l'ambiente nel quale il giudice deve procedere al bilanciamento, e quindi a giudicare».*

<sup>23</sup> Fondamentale per tale ricostruzione è stato T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè editore, 1990, pag. 175 e ss.

La non idoneità della teoria bipartita si comprende ulteriormente alla luce del principio di offensività. Tale principio (che vede gli albori nel progetto Pagliaro e poi, un momento successivo, nei lavori della Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali del 1997, e in ultimo nel fallimentare progetto Grosso) privilegia il terreno del fatto, mirando a consentire la punibilità solo di quelle condotte che, oltre a ricalcare lo schema tipico delineato dal legislatore penale, sono soprattutto idonee a ledere un bene giuridico. In quest'ottica il reato è visto come un momento di lesione di interessi. L'antigiuridicità quindi è lo specchio dell'esistenza di un conflitto di interessi che devono essere composti. È dunque un momento, naturalmente separato della valutazione dell'illecito, quale ulteriore criterio di bilanciamento rispetto ai valori espressi nel fatto tipico. La complessità di questa valutazione è agevolata dalla scomposizione e graduazione in fasi del reato, espressa a pieno dalla teoria tripartita. Al contrario, aderendo alla teoria

realizzato e le esigenze di tutela dell'ordinamento, non fa perdere al bene leso la sua rilevanza; essa determina però l'esigenza di qualificare l'offesa a tale bene in termini di liceità o di illiceità obiettiva, attribuendole la connotazione di "giusta" o "ingiusta".

Prima di proseguire nell'analisi del tema, è necessaria una precisazione terminologica: l'espressione "cause di giustificazione" è estranea al linguaggio del codice ed è una categoria di matrice dottrinale.<sup>24</sup>

---

bipartita, si rischia il confondere il senso del contemperamento di interessi alla base della costruzione della fattispecie incriminatrice, con quello sottostante al bilanciamento operato alla presenza di un'esimente.

<sup>24</sup> Nel sintetizzare decenni di studi giuridici, si riportano le conclusioni dell'annoso problema ideate da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, IV edizione, Milano, Zanichelli editore, 2004.

Le ragioni che spiegano l'esclusione della punibilità di alcuni soggetti sarebbero riconducibili a tre piani di valutazione distinti, corrispondenti a tre distinte categorie dogmatiche:

- 1) *Cause di giustificazione o esimenti o scriminanti*;
- 2) *Cause di esclusione della colpevolezza o scusanti*: lasciano integra l'antigiuridicità o illiceità oggettiva del fatto, e fanno venire meno soltanto la possibilità di muovere un rimprovero all'autore; le circostanze in questione operano solo se conosciute dall'agente; operano solo a vantaggio dei soggetti cui si riferiscono e non sono estensibili a eventuali concorrenti. Vi rientrano tutte le situazioni in cui il soggetto agisce sotto la pressione di circostanze che rendono difficilmente esigibile un comportamento diverso conforme al diritto.
- 3) *Cause di esenzione da pena in senso stretto*: lasciano sussistere sia l'antigiuridicità sia la colpevolezza. La loro specifica ragione d'essere consiste in valutazioni di opportunità circa la necessità o la meritevolezza di pena; non sono estensibili, se personali, a eventuali concorrenti. Per esempio rimane punibile il complice del figlio che ruba ai danni del padre.

Il legislatore ha preferito nell'art. 59 c.p. parlare in generale di *circostanze che escludono la pena* prescindendo dalla loro qualificazione.

Il giudizio di antigiuridicità, oltre a svolgere una funzione fondamentale nella ricostruzione del reato, assume rilevanza autonoma, *intrasistemica* ed *extrasistemica*.

La rilevanza intrasistemica si esprime nei seguenti termini:

- Non può essere disposta alcuna sanzione penale (né pena, né misura di sicurezza) alla presenza di un fatto ormai obiettivamente lecito.
- Si tratta di un fatto *non impedibile*, nel senso che contro di esso non è data alcuna forma di reazione legittima.<sup>25</sup>
- Il fatto obiettivamente antigiuridico è sufficiente a fondare il concorso di persone nel reato, a prescindere dalla colpevolezza dei vari compartecipi.<sup>26</sup>

La rilevanza *extrasistemica* invece comporta che il fatto, obiettivamente conforme a diritto, non può essere tale soltanto nell'ambito penalistico. Tale valutazione coinvolge, in nome della sua obiettività, l'intero ordinamento;<sup>27</sup> la commissione del fatto non

---

<sup>25</sup> Contro chi agisce in adempimento di un dovere non è data difesa legittima. Per converso il fatto tipico commesso in assenza di una scriminante, è sempre impedibile, anche se realizzato incolpevolmente.

<sup>26</sup> Ai sensi dell'art. 119, 2 comma c.p. la presenza di una causa di giustificazione si estende a tutti i compartecipi.

<sup>27</sup> Questo rilievo si lega a doppio nodo al *vincolo di coerenza derivante dall'unità dell'ordinamento*: è esclusa, *tout-court*, l'antigiuridicità del comportamento con riguardo a ogni ramo del diritto.

Il *fondamento logico-giuridico* delle scriminanti è dato proprio dal principio di non contraddizione, per cui uno stesso ordinamento non può imporre o consentire e, allo stesso tempo, vietare il medesimo fatto senza rinnegare se

produrrà alcuna conseguenza sanzionatoria né civile (sarà quindi escluso l'obbligo del risarcimento), né amministrativa (non potranno disporsi sanzioni disciplinari o di altro tipo).

È necessario precisare, in questa sede, che la giustificazione è l'effetto, non lo scopo o la funzione.

Più che eccezioni o contro norme, le disposizioni penali di cui agli artt. 50, 51, 52, 53 e 54 c.p. costituiscono *norme autonome* che perseguono loro scopi e realizzano loro interessi e che (dal punto di vista tecnico dogmatico) concorrono, insieme alle norme incriminatrici, a qualificare il fatto tipico scriminato.<sup>28</sup>

Principi generali, in materia di scriminanti, sono: innanzitutto le cause di giustificazione operano oggettivamente per il solo fatto di essere presenti nella situazione concreta, senza che il soggetto agente debba esserne a conoscenza, e per tutti coloro che concorrono nel reato, come previsto dall'art.59 c.p..<sup>29</sup>

---

stesso. Alla luce di questo rilievo le norme scriminanti possono essere collocate e situarsi in qualsiasi ramo del diritto.

<sup>28</sup> L'ordinamento risolve poi tale concorso nel senso della liceità, per l'eliminazione del contenuto di disvalore nel caso concreto. Per maggiore chiarezza ribadiamo che la lesione o la messa in pericolo del bene tutelato dalla *disposizione incriminatrice* avviene egualmente, ma è *giuridicamente consentita o approvata*. Vi sarà l'offesa in senso naturalistico, ma non un'offesa in senso giuridico, perché appunto "giustificata".

<sup>29</sup> Art. 59 c.p.: Circostanze non conosciute o erroneamente supposte.

*«Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente, anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti.*

*Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa.*

*Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze aggravanti o attenuanti, queste non sono valutate contro o a favore di lui.*

In secondo luogo le cause di giustificazione *non sono elementi negativi*: accanto alla prova della presenza degli elementi positivi del reato, non occorre anche la prova dell'inesistenza della causa di giustificazione per condannare un soggetto.<sup>30</sup>

---

*Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo».*

Seguendo la ricostruzione di M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, volume I, III edizione, Milano, Giuffrè editore, 2004, ci possiamo interrogare se siano necessari anche elementi soggettivi per verificare l'esistenza di una scriminante.

Sul terreno dogmatico è difficile spiegare l'operatività delle cause di giustificazione in conformità a un bilanciamento di beni e interessi come condizionata da un elemento soggettivo-psicologico; questo punto di vista sembra eccessivamente sconfinare nel terreno della colpevolezza. Sul terreno pratico è arduo accettare la conclusione che nell'ipotesi di mancanza dell'elemento soggettivo della causa di giustificazione, pur alla presenza di tutti gli elementi oggettivi, il reato dovrebbe intendersi consumato.

In altri termini gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione appaiono più come sviluppi di teorie che accentuano eccessivamente il ruolo del disvalore di azione rispetto a quello di evento. Nel solco della tradizione marcatamente oggettiva italiana sembrano teorie non accreditabili.

Ciò non toglie comunque che esistano "momenti soggettivi" (es. il fine di adempiere un dovere del proprio ufficio). In determinati casi, il giudizio di anti giuridicità oggettiva, pur restando tale, può essere condizionato dalla necessaria verifica della sussistenza di taluni elementi subiettivi.

Per questa ricostruzione utilissima è stata la tesi di G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, Cedam, 1980, pag. 122 e ss.

<sup>30</sup> E' necessario richiamare nuovamente T. PADOVANI, *op. citata* pag.175 ss., per la ricostruzione puntuale della critica a questa teoria. Affermare che le cause di giustificazione siano un requisito negativo del fatto tipico,

Per completezza espositiva si ritiene necessario richiamare un'ulteriore classificazione dottrinale delle cause di giustificazione:

- *Comuni*: sono le scriminanti previste nella parte generale del codice per tutti i reati con esse compatibili; si tratta del *consenso dell'avente diritto* (art.50 c.p.), *esercizio di un diritto o adempimento di un dovere* (art.51), *difesa legittima* (art.52), *uso legittimo delle armi* (art.53), *stato di necessità* (art.54).
- *Speciali*: quelle previste nella parte speciale del codice o in leggi speciali, per determinati reati (es. art. 384 c.p. che ha ad oggetto i delitti contro l'Amministrazione della giustizia; art. 728, 2 comma in materia di trattamento idoneo a sopprimere la coscienza o la volontà, effettuato dall'esercente una professione sanitaria a scopo scientifico o di cura).
- *Proprie*: quelle previste per determinati soggetti (adempimento di un dovere, uso legittimo delle armi).

---

costituito in tal modo dalla presenza degli elementi contenuti della fattispecie incriminatrice e dall'assenza di scriminanti, porterebbe a conclusioni confusionarie se non addirittura assurde; per esempio la fattispecie dell'omicidio dovrebbe intendersi così formulata: "chiunque cagiona la morte di un uomo non per legittima difesa, non per necessità, non per uso legittimo delle armi etc."

Ragionare in questi termini finirebbe per confondere arbitrariamente i piani di valutazione, ponendo sullo stesso piano (riportando l'esempio di scuola) l'uccisione di una mosca e quella di un uomo per legittima difesa. Bisogna sempre tenere a mente, nella valutazione della fattispecie, che anche l'uccisione di uomo per legittima difesa costituisce comunque un fatto offensivo di un bene giuridico tutelato.

### 1.3 Cause di giustificazione non codificate

Dibattito dottrinale da riportare<sup>31</sup> è quello inerente alle *cause di giustificazione non codificate* (o scriminanti tacite, o non scritte o extra legislative).

Oggetto della presente trattazione sono quelle attività che pur manifestandosi in fatti penalmente tipici, sono considerate lecite in ragione della loro utilità sociale.

L'esigenza di attribuire efficacia scriminante ad una serie di fenomeni ulteriori ha spinto la dottrina penalistica a formulare un ampio numero di ipotesi scriminanti, non immediatamente ricollegabili ad una precisa norma di riferimento, sia essa penale che extra penale.

Questa esigenza ha ascendenze lontane (pensiero penalistico del primo '900) e ha tentato di inserirsi, sotterraneamente, negli ordinamenti penali occidentali, portavoce di una concezione dell'antigiuridicità arricchita di valutazioni di tipo "sostanziale", da cui la denominazione di *antigiuridicità materiale*.

L'idea di operare un bilanciamento di interessi anche al di fuori dei rigidi confini tracciati dal Legislatore è frutto di quella crisi del positivismo "legalistico", che invece aveva dominato il XIX secolo e che non era più in grado di rispondere alle esigenze e scelte di valore della nuova comunità sociale.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Che vede contrapporsi da un lato chi (BRICOLA, RONCO) ritiene inammissibile l'esistenza di cause di giustificazione non codificate, negando l'autonomia delle norme che le prevedono e richiamando il principio della riserva assoluta di legge in materia penale, e di tassatività o determinatezza; dall'altro (MANNA), chi invece riconosce l'applicazione analogica delle scriminanti.

<sup>32</sup> Per la ricostruzione storica e culturale del tema G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, i fondamenti*, II edizione, Torino, Giappichelli editore, 2011, pag. 329; questa crisi del positivismo legalistico aveva portato anche come conseguenza «l'attribuzione al giudice del potere di sondare nel profondo le

Queste correnti di pensiero si sono insinuante in vario modo e con varia intensità nei singoli ordinamenti. In Italia, l'evoluzione della scienza penale, nello specifico in materia di scriminanti, ha visto affermarsi, di volta in volta, ora la tendenza a utilizzare come grimaldello la nozione di *consuetudine*, ora quella di utilizzare l'*estensione analogica di singole scriminanti*, ora quella di richiamare *i principi generali dell'ordinamento giuridico* (analogia *juris*, ex art. 12 delle Preleggi), allo scopo di accrescere il novero di situazioni scriminanti.

Stante l'impossibilità di soffermarci analiticamente e criticamente sulle singole ipotesi, ci limitiamo a segnalarne le più interessanti, costruite dalla scienza penalistica; si tratta dell'attività medico-chirurgica a scopo terapeutico,<sup>33</sup> dell'attività sportiva violenta e delle informazioni

---

*motivazioni sul piano teleologico poste alla base dell'intervento penale, operando scelte ermeneutiche volte a conferire rilievo a beni giuridici meritevoli di assumere un ruolo preminente nel confronto dialettico con gli interessi contrapposti (come nei casi di aborto, là dove viene ammessa la liceità di quest'ultimo di assumere un ruolo preminente nel confronto dialettico con gli interessi contrapposti)».*

<sup>33</sup> Per esempio, il problema di individuare una disciplina per l'attività medico-chirurgica starebbe proprio nella difficoltà di ricondurla:

- Sia all'art. 50 c.p. (consenso dell'avente diritto), dato che la disposizione non riuscirebbe a coprire integralmente l'ambito degli interventi aventi per scopo la tutela dell'altrui salute (art. 5 c.c. esclude la rilevanza del consenso ad una diminuzione permanente dell'integrità fisica); e d'altro canto non potrebbe affermarsi l'operatività dell'articolo allorché l'intervento, anche se eseguito ad opera d'arte, dia esito negativo;
- Sia all'art. 54 c.p. (stato di necessità) perché l'intervento terapeutico risulta esperibile anche in mancanza di un pericolo attuale, ma anche perché l'intervento non sarebbe comunque concepibile in mancanza del consenso del malato, pena la violazione del principio previsto

commerciali. Orbene, bisogna subito affermare che tali teorie hanno perso, in gran parte, di attualità sotto il profilo teorico e pratico-applicativo.

L'esistenza di cause di giustificazione di origine extra legislativa va dunque rifiutata<sup>34</sup> per due ordini di motivazioni:

- Le scriminanti tacite mal si conciliano coi principi fondamentali del nostro ordinamento. Innanzitutto perché nel

---

dall'art. 32, comma 2 della Costituzione, che sancisce che nessuno può essere costretto a curarsi contro la propria volontà.

Sulla base di queste valutazioni e sulla base del riconoscimento di un alto interesse sociale all'esercizio dell'attività medica, essendo questa rivolta a soddisfare la necessità di cure adeguate nei confronti di persone sofferenti, e per il ruolo da essa svolta nell'ambito della tutela costituzionale della salute, parte della dottrina ha definito tale attività come scriminante non codificata.

In realtà questa soluzione è stata ben presto rinnegata dalla dottrina maggioritaria, che argomentando tramite varie e lievemente differenti ragioni, ha affermato che l'attività medico-chirurgica debba essere inserita nell'alveo dell'art. 51 c.p., dovendosi considerare l'esercizio della professione medica un'*attività giuridicamente autorizzata*. La scriminante di cui all'art. 51 c.p., una volta rispettata determinati requisiti, quali l'effettiva necessità di cura, l'abilitazione professionale del sanitario, il consenso informato del paziente, l'osservanza delle *leges artis*, sarebbe idonea a coprire ogni possibile spazio dell'attività in questione. Altri autori, pur nella stessa prospettiva, ritengono che qualora l'intervento fosse favorevole al paziente, non potrebbe neanche parlarsi propriamente di "fatto tipico", dato che l'offesa dovrebbe ritenersi esclusa, visto che il bene della salute è stato complessivamente riacquisito, proprio a seguito dell'intervento medico; altri autori ancora concentrano l'attenzione sull'esito negativo dell'attività, affermando che l'eventuale impunità del medico dovrebbe essere ricondotta ad un'ipotesi di mancanza della sola colpa, risultando problematico considerare giustificato l'esito infausto dell'intervento.

<sup>34</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, V edizione, Torino, Giappichelli editore, 2013, pag. 423 e ss.

nostro attuale sistema penale non può avere cittadinanza la nozione di antigiuridicità sostanziale; di conseguenza, il giudice non può trovare una fonte di qualificazione del fatto tipico, in termini di antigiuridicità, in criteri e parametri sostanzialistici diversi dall'esistenza di norme giuridiche formali di giustificazione.<sup>35</sup>

In secondo luogo, le norme di giustificazione non sono coperte dalla riserva di legge come le norme incriminatrici. Le disposizioni scriminanti si aprono così alla possibilità di applicazioni analogiche e alla formazione in via consuetudinaria. In realtà queste due possibilità s'inseriscono nella dinamica fisiologica delle scriminanti codificate, senza però dare origine a fattispecie autonome.

- Sotto un secondo profilo, è ormai diffusa l'opinione circa l'inutilità della nozione in questione: le attività, per scriminare le quali tale nozione è stata elaborata, sembrano tutte riconducibili alle cause di giustificazione codificate, nello specifico all'esercizio del diritto.<sup>36</sup>

Il problema è stato risolto, dunque, da un lato, affermando che nel nostro ordinamento rimane preclusa la possibilità di dedurre cause di

---

<sup>35</sup> L'ispirazione legalitaria del nostro ordinamento non permette di giustificare un fatto penalmente rilevante sulla base di principi generici come quelli del bilanciamento di interessi.

Per esempio è impossibile pensare di giustificare un eccesso di velocità in ragione del prevalente interesse di arrivare puntuali ad un importante appuntamento.

Il principio del bilanciamento degli interessi è certamente presente, ma è alla base delle norme attraverso le quali la ponderazione degli interessi confliggenti è effettuata una volta per tutte; opera attraverso una necessaria mediazione, che è quella delle disposizioni positive.

<sup>36</sup> Vedi nota 33.

giustificazione da fonti o principi extra positivi;<sup>37</sup>dall'altro lato, al generale schema delle cause di giustificazione espresse vengono ricondotte anche particolari situazioni di fatto che determinano la non punibilità del soggetto agente, pur non essendo espressamente codificate: esercizio dell'attività medico chirurgica, attività giornalistica, violenza sportiva, informazioni riservate e gli offencicula<sup>38</sup>.

#### **1.4 Profili processuali: dall'art. 479, 3° comma del codice di procedura penale Rocco all'attuale art. 530, 3° comma c.p.p.**

Nello studio di questo tema è impossibile tralasciare l'ambito processuale, seppur se ne intenda fare un breve accenno.

Il precedente codice di procedura penale, all'art. 479, 3° comma, esponeva la così detta "formula dubitativa", con la quale il giudice doveva definire il processo allorché non risultassero «*sufficienti prove per condannare*».<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> T. PADOVANI, *opera citata*, pag. 181, afferma l'inammissibilità dell'individuazione di scriminanti non codificate; esse avrebbero infatti natura consuetudinaria, e il principio di gerarchia delle fonti si oppone al loro riconoscimento.

<sup>38</sup> In tutti questi casi, anche senza ricorrere a fattispecie extra legali di formazione analogica *in bonam partem* e all'adeguatezza sociale dell'azione, queste situazioni appaiono scriminate sia sotto il profilo del consenso, sia sotto quello dell'esercizio di un diritto che sotto quello dell'adempimento del dovere.

È stato compito della giurisprudenza operare questo inserimento nella sfera di intervento delle singole scriminanti.

<sup>39</sup> M. CHIAVARIO, *Assoluzione con formula dubitativa e presunzione di non colpevolezza al vaglio della Corte Costituzionale*, in "Giurisprudenza Costituzionale", 1972, pag. 1326. Con la sentenza n. 124 del 1972, che dichiarava non fondata la questione di legittimità dell'art. 479, 3° comma

Non solo la dottrina (divisa tra fautori della teoria tripartita e bipartita del reato), ma anche la giurisprudenza si è interrogata su questo tema: la Corte Costituzionale da un lato, con diverse pronunce,<sup>40</sup> aveva avallato l'istituto, ritenendo infondate le questioni di legittimità che lo avevano investito; dall'altro lato, dopo vari contrasti,<sup>41</sup> una decisione delle Sezioni Unite<sup>42</sup> aveva affermato che «*il principio in dubio pro reo*

---

c.p.p., «*la Corte Costituzionale ha osservato che l'art. 27, 2° comma della Costituzione, nell'affermare che l'imputato non è dichiarato colpevole sino alla condanna definitiva, vuole garantire l'esclusione della presunzione di colpevolezza durante il processo, ma non ha sancito la presunzione di innocenza, volendo presumibilmente asserire che, durante il processo non esiste un colpevole, ma un imputato. Poiché la condizione di non colpevole non sembra identificarsi con quella di innocente, il presidio costituzionale della presunzione di colpevolezza importa che non sia la mancanza di prove di innocenza, ma la presenza di pertinenti e concludenti prove a carico, a giustificare una sentenza di condanna*».

A. GHIARA, *Presunzione di innocenza, "presunzione di non colpevolezza, e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1974, pag. 72 e ss.;

<sup>40</sup> Vedi Corte Costituzionale 6/7/1972, n. 124, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1972, pag. 1325; Corte Costituzionale 28/11/1973, n. 168 e 28/11/1973 n.171, in "Giurisprudenza Costituzionale".

<sup>41</sup> Vedi per esempio Cassazione, sez. II, 8 luglio 1963 in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1963, pag. 1331, per la quale «*ritenere che il canone in dubbio pro reo possa essere invalidato nel caso in cui il dubbio investa una causa di giustificazione è un gravissimo errore giuridico che, se non venisse arginato, rischierebbe di risolversi nella più manifesta ingiustizia*»

<sup>42</sup>Vedi Cassazione Sezioni Unite 26 febbraio 1972 in "Cassazione Penale" 1972, pag. 1149. La pronuncia giunge, in un periodo di netta recrudescenza della criminalità, con lo scopo di porre fine alla situazione d'incertezza giuridica.

*non può trovare applicazione, limitato com'è alle sole ipotesi di dubbio che inerisca alle componenti strutturali del reato (elemento materiale e psicologico)».*

D'altro canto, il riferimento all'insufficienza di prove per condannare l'imputato, operato dall'art. 479, 3° comma c.p.p. abrogato, aveva spinto gli interpreti a riconoscere *la rilevanza del dubbio* qualunque fosse l'elemento sui cui fosse caduto, in contrasto con una giurisprudenza che, invece, pur avendo superato le impostazioni per le quali il proscioglimento dubitativo sarebbe stato consentito soltanto per l'esistenza e la commissione del fatto, arrivava comunque a giustificare la condanna dell'imputato, se non era stata raggiunta la prova completa delle cause di giustificazione o del caso fortuito, sul presupposto dell'irrilevanza del brocardo *in dubio pro reo*, che veniva richiamato esclusivamente nei casi di incertezza sugli elementi positivi del reato.

Chiara conseguenza di questo assunto è che le scriminanti presuppongono un reato perfetto in tutti i suoi elementi e rappresentano cause esterne al reato, che operano solo se pienamente provate; in questo modo l'onere probatorio cadrebbe sull'imputato.<sup>43</sup>

Altro orientamento aveva ritenuto che sull'imputato gravasse invece solo un onere di allegazione.<sup>44</sup>

La dottrina<sup>45</sup> aveva criticato entrambi gli orientamenti, richiamando da un lato il principio del libero convincimento del giudice, e dall'altro

---

<sup>43</sup> Stante la parallela impossibilità per il PM di provare la non sussistenza di una causa di giustificazione, e stante l'impossibilità per il giudice di accertare d'ufficio le circostanze scriminanti.

<sup>44</sup> L'imputato avrebbe l'onere di «*indicare tutti gli elementi che devono sussistere perché ricorra la causa di giustificazione che egli invoca*».

<sup>45</sup> Vedi G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, Giuffrè editore, 1985, pag. 220.

sottolineando l'importanza della presunzione di non colpevolezza, garantita dall'art. 27, 2 comma della Costituzione.<sup>46</sup>

Proprio a proposito del principio costituzionale si era sottolineato come detta presunzione ponesse una regola di giudizio in forza della quale *«l'incertezza dei risultati probatori equivale all'impossibilità di superamento di un dato di partenza, di un dato certo, costituzionalmente garantito, così che tra la colpevolezza e la non colpevolezza non è consentita alcuna via intermedia»*.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> A queste posizioni si è obiettato che: il dubbio è un momento ineliminabile del pensiero; il contrasto fra le risultanze probatorie fonte del dubbio processuale non è sempre superabile dal magistrato; il principio di della presunzione di non colpevolezza o di innocenza, se interpretato correttamente non è inconciliabile con la formula dubitativa; anche se la formula dubitativa non appare nel dispositivo, il dubbio emerge nella motivazione; la soppressione della formula dubitativa porterebbe ad una svalutazione della così detta formula piena con l'equiparazione delle ipotesi in cui è chiaramente accertata l'innocenza dell'imputato a quelle in cui è impossibile acquisire tale certezza; il dubbio è espressione di diligenza scrupolosa e di impegno e di senso di responsabilità, e non di superficialità; solo in un processo tipicamente accusatorio non troverebbe spazio l'istituto dell'assoluzione.

Come sottolineato nelle osservazioni di M. CHIAVARIO, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1972, pag. 1330, *«la motivazione delle pronuncia annotata mostra di non ritenere che, dalla sfera di operatività dell'art. 27, 2 comma Costituzione, esuli il piano delle regole di giudizio idonee a vincolare le scelte del giudice tra l'una e l'altra species di decisione di merito: sentenze di condanna in caso di presenza di pertinenti e concludenti prove a carico; sentenze assolutorie, secondo gli schemi delle varie formule, fra cui quella dubitativa, in caso di infondatezza dell'azione penale»*. Si può osservare come una tale presa di posizione appaia riduttiva del significato della norma costituzionale.

<sup>47</sup> M. PISANI, *L'assoluzione per insufficienza di prove*, in *Introduzione al processo penale*, Milano, 1988, pag. 55 e ss.;

Il problema era che la reale funzione della formula dubitativa finiva per consistere nell'addossare, almeno in parte, all'imputato le conseguenze dell'incertezza: nel sentimento comune, si percepiva come un'ingiustizia il consentire all'imputato, di cui non si è riusciti a provare la responsabilità ma che potrebbe essere colpevole, di valersi del medesimo trattamento riservato a chi abbia visto completamente riconosciuta la propria innocenza.<sup>48</sup>

Al di là, quindi, dei profili strettamente processuali, l'incostituzionalità della formula dubitativa contenuta nell'art.479,3 comma c.p.p. abrogato pareva già delinarsi sulla base dell'ingiustificato disvalore morale e sociale che provocava all'imputato prosciolto.<sup>49</sup>

Non si può prescindere, in questa sede, dal richiamare, oltre alla Costituzione, un'altra carta fondamentale per la costruzione dell'intero ordinamento giuridico, ossia la CEDU, e nello specifico l'art. 6, commi 1 e 2.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, 1979, Milano, Zanichelli editore, pag. 129

<sup>49</sup> G. CONSO, *È da rivedere, non da eliminare, l'assoluzione per insufficienza di prove*, in "Giurisprudenza italiana", 1967, IV volume, pag. 111.

<sup>50</sup> Art. 6, commi 1 e 2 CEDU: *Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi*

Con l'avvento del codice di rito del 1988 (e con il conseguente eliminazione del proscioglimento per insufficienza di prove) il dibattito è stato placato: l'art. 530, 3 comma<sup>51</sup> prevede espressamente che *«il giudice debba pronunciare sentenza di assoluzione piena, anche se vi sia dubbio sull'esistenza della causa di giustificazione»*.<sup>52</sup>

Nella relazione che accompagnava il progetto preliminare del 1978 si osservava come la necessità di una previsione autonoma per le cause di giustificazione e le cause personali di esenzione della pena derivasse dal fatto che, per tali elementi, non è possibile equiparare la mancanza della prova positiva della loro sussistenza alla esistenza della prova negativa per legittimare l'assoluzione.

La formulazione attuale è in piena sintonia, in realtà, con i risultati interpretativi cui era già pervenuta la giurisprudenza formatasi sul Codice di procedura penale Rocco, che da tempo si era consolidata nel ritenere giustificata l'assoluzione con formula dubitativa non nei casi di mero dubbio soggettivo del giudice, fondato sulla formulazione di ipotesi astrattamente possibili, ma solamente quando emergeva un'*obiettiva incompletezza ed equivocità degli elementi positivi di prova assunti*, o diversamente, si realizzava un *contrasto dialettico tra elementi positivi e negativi, che pur non annullando totalmente il valore probatorio dei primi, ne diminuiva il significato e la rilevanza,*

---

*della giustizia.*

*Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata».*

<sup>51</sup> Art. 530 3° comma c.p.p. *«Se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del comma 1».*

<sup>52</sup> Vedi Cassazione, sezione V, 5 dicembre 1990, n. 16095, Massimario CED n. 185969.

*sì da renderli oggettivamente incompleti ed equivoci al fine di un sicuro giudizio di responsabilità.*<sup>53</sup>

Come precedentemente sottolineato, era proprio l'impossibilità di formulare un'affermazione o una negazione categorica a dar vita al dubbio, che veniva consacrato nella formula dubitativa; viceversa, quelle situazioni probatorie che si traducevano nella presenza di elementi contrari all'imputato, ma tali da non ingenerare neppure il dubbio, dovevano essere ricondotte alla distinta ipotesi della mancanza totale di prova.

Oggi, dinanzi al dubbio, l'assoluzione con formula piena potrà aversi tutte le volte in cui l'insufficienza e la contraddittorietà della prova sono assimilate alla mancanza di prova nell'art. 530, 2 comma c.p.p.; salvo, chiaramente, che non si tratti di una delle ipotesi di cui al 3 comma, dove, si stabilisce che il giudice deve emettere sentenza di assoluzione a norma del 1 comma «*se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione e di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse*».<sup>54</sup>

Una risposta soddisfacente, anche data allo scopo di non considerarsi totalmente discrezionale la deroga apportata alla disciplina di cui al secondo comma, e tacciabile così di incostituzionalità ex art. 3, comma 1 della Costituzione, non sembra poter discendere dalle scelte operate

---

<sup>53</sup> Vedi Cassazione 9/12/1985, Ventra, in *Massimario penale* 1985, m. 172216; Cassazione 20/2/1985, Lopardo, in *Cassazione penale* 1986, pag. 1610, m. 128.

<sup>54</sup> E. MARZADURI, in *Commento al nuovo codice di procedura penale* a cura di M. CHIAVARIO, 1991, Torino, UTET, art. 530, pag. 520 e ss.

sul piano della collocazione dogmatica delle cause di giustificazione o delle cause personali di non punibilità.<sup>55</sup>

Un'utile chiave interpretativa potrebbe essere il riferimento alla presunzione d'innocenza, laddove si ritenesse di potervi ricavare una regola di giudizio in forza della quale, per poter condannare, è necessario dimostrare non solo l'esistenza dei fatti sfavorevoli all'imputato, ma anche l'inesistenza di quelli favorevoli.

Neanche questa conclusione sembra prospettabile quando manchi del tutto la prova, positiva o negativa, delle scriminanti; le cause di giustificazione possono essere apprezzate giuridicamente, purché vi sia un principio di prova della loro sussistenza.<sup>56</sup>

Tali elementi giocano sul piano del bilanciamento di beni o interessi, risolto nel senso della legittimazione del comportamento che preserva

---

<sup>55</sup> L'orientamento giurisprudenziale dominante era solito partire dalla premessa della natura impeditiva delle scriminanti, per affermare la necessità della prova piena ai fini dell'assoluzione.

Analogamente vi è stato chi ha contestato la correttezza della tesi in base alla quale le cause di giustificazione sarebbero elementi costitutivi negativi del fatto tipico, proprio in quanto tale costruzione teorica avrebbe comportato l'estensione a tali elementi della regola dettata dall'art. 479l 2 comma c.p.p. abr. per i componenti positivi del reato, imponendo così la prova dell'inesistenza delle cause stesse per condannare. Ad ogni modo, anche seguendo la teoria che conferisce alle scriminanti rilievo autonomo rispetto ai fatti costitutivi, nulla impedisce di ritenere che il giudice, prima di condannare, debba essere in grado di negarne l'esistenza: dovendo dimostrare l'antigiuridicità obiettiva e desumendosi questa dall'assoluta assenza di cause di giustificazione, non sarebbe certo irragionevole la richiesta della prova di tale assenza.

<sup>56</sup> M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, Torino, 1988, pag. 45: è necessario un autentico dubbio perché operi la regola *pro libertate* per tutti gli elementi negativi o impeditivi.

il bene o l'interesse prevalente, o uno dei due beni o interessi equivalenti, in conflitto tra loro.

È chiaro che, nel caso in cui non sia emersa processualmente neppure la probabilità dell'esistenza di questo bene o interesse confliggente, il giudice non potrà far altro che condannare, perché non è ipotizzabile un giudizio di bilanciamento (e questo profilo appare in sintonia con il disposto costituzionale), sempre che non manchi la prova degli elementi costitutivi del reato.

Sulla base di questo rilievo crolla il dubbio circa la congruità costituzionale dell'articolo in questione, poiché consente al giudice di pronunciare sentenza assolutoria sia nei casi in cui vi è la prova della sussistenza delle cause di giustificazione, sia nei casi in cui tale prova, pur rimanendo insufficiente e contraddittoria, lascia comunque nel dubbio l'alternativa tra esistenza o inesistenza di tali cause: ciò vuol dire che il principio costituzionale della presunzione di innocenza, *ex art. 27, 2 comma* è, seppur in modo stravagante, rispettato.

### **1.5 L'uso legittimo delle armi nei codici preunitari e nel codice Zanardelli del 1889**

Nel tentativo di ricostruire la vicenda storica legata alla scriminante in questione, il primo dato da considerare è l'assenza nei codici penali dell'ottocento di un'autonoma e analoga fattispecie.

Il Codice napoleonico<sup>57</sup> del 1810, come d'altronde i codici successivi emanati sulla scia e sul modello del codice francese, annoverava come cause di giustificazione solo la legittima difesa e l'adempimento di un dovere.

---

<sup>57</sup> Nel *Codice Napoleonico* la difesa legittima era prevista agli articoli 321, 322, 328 e 329; l'adempimento di un dovere imposto dalla legge o dall'autorità legittima era previsto all'art. 327.

In Italia la situazione rimase a lungo indefinita. La proclamazione dell'Unità non fu certo il momento conclusivo del lungo *iter* risorgimentale; crisi di Governo e brevi legislature non erano il territorio giuridico adatto per una revisione totale del sistema penale.

Nel 1868 il progetto della Sottocommissione della I Commissione riprodusse la figura dell'eccesso nell'esercizio della forza pubblica già previsto dal codice sardo, ma il progetto fu espunto in corso di discussione. La norma sarà poi nuovamente proposta nel 1870 dalla II Commissione.

Nel 1874 il Ministro di Giustizia Vigliani (primo progetto Zanardelli, Savelli, Pessina) presentò in Senato un progetto per il nuovo codice penale, volto a realizzare un'omogeneità strutturale delle leggi penali, variegata ed eterogenea presenti su tutte le Regioni del regno<sup>58</sup>.

Questa proposta fece nascere un vero e proprio dibattito dottrinale sull'uso della forza pubblica. La dottrina maggioritaria, rappresentata da Carrara e Luchini, si posizionò in senso molto sfavorevole al benevolo trattamento dell'eccesso nell'uso della forza pubblica.

Il legislatore (ministro di giustizia Mancini) agì però in senso nettamente contrario agli orientamenti della dottrina, e nel codice del 1877 disciplinò l'eccesso nell'uso della forza pubblica come causa attenuante.

Con il progetto Zanardelli del 1887 si ritornò nuovamente a discutere della materia.

---

<sup>58</sup> Nel caso della scriminante in questione possiamo ricordare il *codice penale sardo* che all'art.563 contempla l'eccesso nella difesa e nell'esercizio della forza pubblica, accanto alle esimenti della difesa legittima e dell'ordine della legge o dell'autorità, comminando in tal caso la pena del carcere, anziché le pene maggiori previste per omicidio e ferite volontarie; il *codice penale toscano* che all'art.339 punisce l'eccesso di difesa. È estranea, comunque, al sistema dei codici menzionati l'ipotesi di una scriminante applicabile solo a particolari organi pubblici.

Durante i lavori preparatori si tentò ancora una volta, seppur invano, di introdurre un principio analogo a quello contenuto nell'art. 563 del codice penale sardo del 1859 che prevedeva l'eccesso nell'esercizio della forza pubblica.

L'innovazione del codice fu la metodologia prescelta per trattare il tema delle cause di giustificazione: Zanardelli, infatti, abbandonò il metodo analitico e la specifica menzione dell'eccesso nell'uso legittimo delle armi, in favore di una nuova norma onnicomprensiva.

I compilatori del codice si rifiutarono di rendere autonoma questa causa di giustificazione alla luce di fattori politici e sociali quali il forte stampo liberale che si desiderava dare al neo Stato Italiano.<sup>59</sup>

Come afferma Contento *«l'autonoma causa di giustificazione non si era ancora emancipata dall'adempimento di un dovere»*.

Nel codice penale del 1889 si afferma la tendenza a un trattamento paritario, sotto il profilo delle scriminanti, tra pubblici ufficiali e comuni cittadini.

L'abbandono del metodo analitico della parte speciale, per abbracciare il metodo sistematico di parte generale, portò a concentrare tutte le cause di giustificazione in un unico articolo, l'art. 49 c.p.<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> In seguito si riterrà che la volontà del legislatore fosse proprio quella di non acconsentire e trattare in modo troppo benigno la casistica, data la sostanziale coincidenza dell'eccesso della forza pubblica con l'eccesso nella difesa legittima. In "Rivista penale", 1910 pag.331ss, Cassazione 7 dicembre 1909.

<sup>60</sup> Art.49: Non è punibile colui che ha commesso il fatto:

1. per disposizione della legge, o per ordine, che era obbligato ad eseguire, dell'Autorità competente;
2. per esservi stato costretto dalla necessità di respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta;
3. per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri da un pericolo grave e imminente alla persona, al quale non aveva dato volontariamente causa e che non si poteva altrimenti evitare.

Le cause di giustificazione tipizzate erano l'adempimento di un dovere, la difesa legittima e lo stato di necessità; tale norma fu il frutto di un compromesso tra opposte concezioni manifestatesi in sede di lavori preparatori.

I timori più diffusi durante l'elaborazione della disposizione furono in merito al collocamento nella parte generale del codice.

Il pericolo intuito era da un lato, quello che tale sistemazione potesse troppo facilmente aprire la strada a un'eccessiva impunità, configurandosi già solo per la sua posizione come principio generale; dall'altro lato che non giustificasse solo l'omicidio e le lesioni personali, ma numerosi altri fatti delittuosi, dal momento che non enumerava singolarmente le fattispecie applicabili.

Proprio alla luce di queste problematiche si decise di restringere il novero delle scriminanti solo a quelle tradizionali: l'uso della forza uscì di conseguenza da questo elenco.

In difetto però di una disposizione *ad hoc*, si raggiunsero risultati di segno nettamente contrario, ma entrambi inaccettabili: scarsa efficacia repressiva della forza pubblica talvolta, e possibilità di abusi impuniti qualora la giurisprudenza si dimostrasse eccessivamente benevola.

La giurisprudenza adottava in genere pronunce assolutorie, facendo leva sull'esimente della difesa legittima; la dottrina negava l'esistenza di un generale diritto di resistenza nei confronti dell'autorità espressione della forza pubblica<sup>61</sup>.

Possiamo affermare che la difesa legittima di cui all'art. 49 n.2 non poteva giuridicamente soccorrere il pubblico ufficiale perché l'estremo della necessità di evitare un pericolo alla propria persona non trovava

---

Nel caso preveduto nel numero 1, se il fatto commesso in esecuzione dell'ordine di un pubblico ufficiale costituisca reato, la pena stabilita per il medesimo è applicata al pubblico ufficiale che ha dato l'ordine (50).

<sup>61</sup> P. PISA, *Osservazioni sull'uso legittimo delle armi*, in "Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova", 1971, pag.147.

configurazione realistica e giuridica; né tanto meno quello dell'ordine dell'Autorità, di cui all'art. 49 n.1 poiché, salvo in eccezionalissimi casi, il pubblico ufficiale non poteva assumere di aver dovuto eseguire un ordine legittimo.<sup>62</sup>

Seguendo il filone storico è d'obbligo quindi notare che, in realtà, già nel periodo in cui era in vigore la legislazione (sulla carta) liberale<sup>63</sup> si trovano tracce di un atteggiamento assai diverso, non così garantistico per i cittadini, bensì per i pubblici ufficiali, alla luce del quale occorrerebbe rivedere la rigida e supposta contrapposizione fra l'età liberale (che sulla carta non era affatto discriminatorio) e il regime fascista.

Infatti, è d'obbligo ricordare che prima dell'instaurarsi del regime fascista l'Italia conobbe una fase di moti e rivolte, disseminate su tutto il territorio, che alla luce delle ricostruzioni storiche e sociologiche conobbero una reazione molto violenta delle forze dell'ordine, che sicuramente oltrepassarono i limiti consentiti: i fatti di Sicilia del 1893-1894, in Basilicata e in Puglia nel 1902, a Torino e a Trapani nel 1904, ad Ancona nel 1913-1914.

### **1.6 Ratio della scriminante e della sua autonoma previsione: l'uso legittimo delle armi nel Codice Rocco**

Il Codice Rocco del 1930, nell'introdurre la causa di giustificazione autonoma dell'uso legittimo delle armi ha dato forma giuridica a una

---

<sup>62</sup>L. GRANATA, *Difesa legittima ed estremi giuridici dell'uso legittimo delle armi* in "Giustizia penale", 1952 pag.118ss;

<sup>63</sup> L. ALIBRANDI, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, Giuffrè editore, 1979, mette in guardia dall'opinione che la mancata introduzione della causa di non punibilità dell'uso delle armi nel codice Zanardelli fosse da ascrivere interamente ad una precisa opzione ideologica, contro le ragioni dell'autorità.

prassi di governo vigente da sempre,<sup>64</sup> seppure estranea alla tradizione giuridica italiana ed anche a molti codici stranieri.<sup>65</sup>

Il Presidente della Commissione ministeriale Appiani chiuse la discussione<sup>66</sup> intorno all'introduzione o meno della scriminante autonoma affermando che si trattava di una *«felice innovazione in confronto allo stato di cose esistente»*.

Il contenuto dell'art. 53 c.p., già art. 57 del progetto definitivo, è di estrema pericolosità, stando al potere che conferisce al pubblico agente, pur nell'esercizio dei propri doveri.

Questa possibilità scriminante, così estesa e priva, a una primissima lettura, di limiti si presenta perfettamente coerente con il disegno politico-criminale perseguito dal legislatore del periodo fascista.

Si tratta di una scriminante che non tanto per la sua essenza, quanto per la sua autonoma previsione e soprattutto per la sua ampiezza, rivela una chiara impronta autoritaria.

Rocco non si limitò a rimanere nel perimetro tracciato dal precedente codice Zanardelli, che faceva riferimento all'*agire per disposizione di*

---

<sup>64</sup> F. LAURO, *L'uso legittimo delle armi e degli altri mezzi di coazione fisica nell'ordinamento italiano*, Roma, La rassegna editrice, 1977, pag.28. Secondo l'autore tale uso è, più che un potere, un diritto naturale dello Stato, divenuto poi diritto positivo, che lo Stato stesso si è riservato di esercitare tramite i suoi agenti deputati ad espletare funzioni pubbliche. È fondamento d'altronde dello Stato borghese ottocentesco il riconoscimento della potestà di imperio e la necessaria possibilità di coazione per esercitarlo.

<sup>65</sup> F.MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2001, pag. 282.

<sup>66</sup> Verbale n. 14 del 17 marzo 1928, in *“Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale”* volume IV, parte II, Roma 1929. La proposta proviene dal Commissario Cavaglià che aveva comunque fatto notare che non ogni resistenza doveva essere repressa con l'uso delle armi; il Commissario Longhi sottolineava invece come i tempi fossero pronti per tale scriminante, giacché non esistevano più i socialisti che avrebbero fatto dichiarare reato l'uso delle armi.

*legge*. Se si fosse trattato, infatti, solo di confermare e ridisegnare i confini che delimitavano la legittimità dell'impiego della forza pubblica accennati nella precedente codificazione, sarebbe stato sufficiente ed esauriente prevedere un semplice richiamo<sup>67</sup> alle norme settoriali che autorizzavano l'uso delle armi e della forza pubblica.

Il mandato però non era –solo- tecnico ma *politico*.<sup>68</sup>

La necessità sentita dal Legislatore Rocco, a sua volta specchio del governo Mussolini, era di spostare i confini della legalità a favore dell'autorità e contemporaneamente veicolare un segnale leggibile, oltre che dai cittadini, dai tutori della legge.

I pubblici ufficiali rappresentavano sul territorio nazionale un'emanazione dell'Esecutivo, e già solo questo, per ragioni ideologiche, collocava gli esercenti della forza pubblica su di un piano privilegiato.

In sede di presentazione ufficiale della nuova norma, e nella Relazione Ministeriale sul progetto, essa è spiegata come “dettata dalla necessità di eliminare le controversie che si fanno, per determinare la precisa discriminante che si adegua all'uso delle armi, compiuto o ordinato dal pubblico ufficiale e di lasciar cadere anche le altre dispute che si

---

<sup>67</sup> Per quanto attiene il discorso sul semplice “richiamo” ai casi nei quali la legge autorizzava l'uso delle armi, particolarmente interessanti sono le parole del Commissario Massari durante i lavori preparatori. Egli rileva che: *«allorché la facoltà di adoperare le armi sia testualmente stabilita da una legge- il che si verifica in talune norme speciali-, non può essere dubbia la sistemazione nel senso propugnato dell'adempimento di un dovere. Più dubbia rimane la questione, allorché la legge tace e le armi siano adoperate oltre i limiti concettuali, che sono propri della difesa legittima»*.

<sup>68</sup> D. BRUNELLI, *L'uso delle armi del pubblico ufficiale tra giustificazione e scusa*, in “Studi in onore di Mario Romano”, Volume II, 2011, pag. 793.

agitano per fissare se e quali requisiti degli istituti, di volta in volta invocati, debbano sussistere”.<sup>69</sup>

Ci possiamo però rendere conto che ben altro si cela dietro a questa innovazione apparentemente rivoluzionaria.

L’analisi esegetica della norma conferma<sup>70</sup> l’ipotesi di un disegno più lato e consapevole del Legislatore, inteso ad assicurare ampi margini alla diretta potestà coercitiva degli organi esecutivi. Le motivazioni che ispirarono l’introduzione di una norma quale l’art. 53 c.p. sono, in realtà, ben più complesse della conclamata volontà di operare un semplice chiarimento volto a evitare incertezze relative al mero *nomen juris* dell’esimente da applicare nelle circostanze descritte dalla disposizione.

Lo Stato, come la storia ci insegna, procede al conseguimento dei suoi fini attraverso la sua potestà di imperio. Questa si manifesta o tramite la comminazione di sanzioni (penali, amministrative, ecc.), realizzando così la coercizione indiretta o psicologica nei confronti dei destinatari delle norme, oppure tramite la coazione fisica materiale che si concreta nell’impiego della forza. L’uso delle armi è la forza per eccellenza, ipotesi saliente di coercizione diretta.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> In *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, Volume V, parte I, Roma 1929, pag. 96 e ss.

<sup>70</sup> Seguendo quanto affermato da P. PISA, in *Osservazioni sull’uso legittimo delle armi*, op. citata, pag.151. Il conflitto tra esigenza di garantire un efficace esercizio dei doveri funzionali da parte dei pubblici poteri e necessità di tutela dei cittadini nei confronti della pubblica autorità, conflitto che il codice Zanardelli tendeva a indirizzare sui binari di un equo temperamento, si risolve nella prevalenza dell’esigenza efficientistica rispetto all’istanza garantistico-democratica.

<sup>71</sup> SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Roma, Jandi Sapi Editore, 1956, volume I, paragrafo 357;

Queste considerazioni ci portano a identificare il fondamento dell'art. 53 c.p. proprio nell'affermazione della sovranità dello Stato per il raggiungimento dei suoi fini di ordine e d'interesse pubblico.<sup>72</sup>

Il codice penale Rocco, nella chiara ottica di un più ampio disegno autoritativo, non è l'unica sede della materia: si può prendere come esempio il Regolamento 6 novembre 1930, n. 1643,<sup>73</sup> per il servizio della Regia guardia di finanza.

Prescindendo ora dal riferimento a singole norme speciali, conformemente alla creazione di questo scenario politico-giuridico, è necessario focalizzare l'attenzione su alcuni punti: innanzitutto sull'omissione, nella disposizione, del requisito della *proporzione*<sup>74</sup> della reazione del pubblico ufficiale.

Già a una primissima lettura dell'art. 53 c.p. ci si può rendere conto della vaghezza con la quale il legislatore si è accostato alla definizione della scriminante: non si precisa per esempio se la resistenza debba essere attiva, o possa anche solo essere passiva, oltre che glissare totalmente sul requisito della proporzione.

---

<sup>72</sup> V. CAVALLO, *Diritto penale*, volume II, Napoli, Jovene editore, 1956, pag. 677

<sup>73</sup> Art.94: «*Se, malgrado le intimazioni, le suddette persone assumano contegno minaccioso o persistano in atti diretti alla consumazione del contrabbando, può farsi uso delle armi per rendere impotenti le bestie o immobilizzare i veicoli adoperati eventualmente per il trasporto, e successivamente, ove si renda necessario, anche contro le persone*».

<sup>74</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte generale*, IV edizione, Milano, Zanichelli editore, 2004, pag.262. La ragione dell'innovazione legislativa è ricondotta all'intento del legislatore fascista di sottolineare la prevalenza del potere di coercizione statale nelle situazioni che pongono in conflitto i cittadini e l'autorità: un indizio è proprio ricavabile dalla mancata menzione della proporzione tra i requisiti dell'esimente.

Il carattere, comunque, che tingeva di grave illiberalità il contenuto della disposizione risiedeva nell'assenza totale del requisito della proporzione, su cui ci soffermeremo nel prossimo capitolo.

È evidente come il Legislatore volesse tutelare l'Autorità statale e dare, in contemporanea, agli organi giudiziari, il mezzo per scriminare, in ogni situazione ipotizzabile, il comportamento degli esponenti della forza pubblica.

In coerente parallelismo con la creazione di un sistema di "super tutela" della forza pubblica, si abrogò, con il Codice Rocco, la scriminante della reazione legittima agli atti arbitrari del pubblico ufficiale. Questo istituto era stato introdotto inizialmente dal Codice Zanardelli, sempre in quell'ottica di formale tutela dei diritti dei sudditi, e dopo l'abrogazione venne reintrodotta con il d. lgt. 14 settembre 1944, n. 488, dopo la caduta del regime fascista, come uno dei baluardi della reazione sociale al forte clima di illiberalità che aveva contraddistinto gli ultimi anni del governo Mussolini.

Il Codice Rocco, in terzo luogo, allargò l'ambito e aggravò le sanzioni relative ai reati di violenza, resistenza e oltraggio a pubblico ufficiale.<sup>75</sup>

Infine è d'obbligo riconoscere un ruolo importantissimo all'introduzione della c.d. garanzia amministrativa, ossia l'autorizzazione a procedere per i reati commessi in servizio di polizia e relativi all'uso delle armi, previsto dall'art.16 c.p.p. Rocco, dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 94/1963.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Operando un confronto con il precedente art. 187 del codice Zanardelli, l'art. 336 del codice Rocco ha portati il limite inferiore della pena base da 3 a 6 mesi e il limite superiore da 30 mesi a 5 anni. Altro parallelismo è quello fra gli articoli 190 e 194 del Codice Zanardelli e gli articoli 337 e 441 del Codice Rocco.

<sup>76</sup> Vedi Corte Costituzionale 6 giugno 1963 n.94 in "Rivista italiana di diritto e procedura penale" 1963, pag.932 ss. Con nota di Casetta. La pronuncia

In virtù dell'art. 16 c.p.p. si conferiva al Ministro di Grazia e Giustizia il potere di concedere o negare l'autorizzazione a procedere nei confronti di ufficiali o agenti di polizia per fatti compiuti in servizio, relativi all'uso delle armi o altri mezzi di coercizione fisica.

Si trattava di una garanzia processuale,<sup>77</sup> consona a un più ampio sistema di guarentigie, che poneva gli appartenenti alle forze dell'ordine al riparo dalle istruttorie penali.

Nonostante l'opinione guida della dottrina sull'introduzione della scriminante e sul suo mantenimento sia negativa, o almeno critica, è utile segnare un'opinione compromissoria, ossia quella di Tullio DeLogu<sup>78</sup>. Secondo l'Autore, infatti, un'interpretazione statica della fattispecie è contraria alla funzione stessa del diritto e al suo naturale

---

della Corte, investita da un'ordinanza del Pret. Moncalieri 12 luglio 1962 si fonda sul contrasto dell'art.16 c.p.p. con l'art. 28 della Costituzione; si è concretata una violazione del principio della diretta responsabilità dei funzionari dello Stato, sancito da quest'ultima norma.

<sup>77</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, volume II, Torino, Giappichelli editore, 1933, pag. 251. La condizione di procedibilità, secondo l'autore, «ha lo scopo di impedire che i tutori dell'ordine si lascino sopraffare dai delinquenti, politici o comuni, per timore del procedimento penale e si contrappone nettamente ed opportunamente alle pretese di quei demagoghi che, amando i disordini ma non i pericoli personali, vorrebbero paralizzare l'opera della polizia a vantaggio della loro facinorosa vigliaccheria».

Possiamo qui richiamare il disegno di legge presentato in Parlamento dal deputato socialista Turati nel 1907, con cui si mirava a rendere più agile la procedura nell'ipotesi di morte o lesioni subite in conflitti con la forza pubblica, connessi a vertenze sindacali.

<sup>78</sup> DELOGU, *L'uso legittimo delle armi o altri mezzi di coazione fisica* in "Archivio penale" I volume, 1972, pag. 167ss.

potere di adattamento all'evoluzione sociale: è necessaria un'interpretazione evolutiva.<sup>79</sup>

### 1.7 Inammissibilità del procedimento analogico

Alla luce delle finalità dichiarate di questo studio di compiere una ricostruzione critica della scriminante dell'uso legittimo delle armi, è necessario aprire una parentesi dottrinale sul concetto di analogia nel diritto penale.

Ragioni prettamente politiche,<sup>80</sup> inerenti alla tutela della libertà del cittadino nei confronti di possibili abusi del giudice, hanno indotto gli ordinamenti (e dunque le legislazioni) penali a ripudiare l'analogia nel settore del diritto penale.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> Che questo studio tenterà di difendere, in nome delle ultime vicende, giudicate altresì dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo.

<sup>80</sup> Dal punto di vista di A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale* VI edizione, Milano, Giuffrè editore, 1998, pag.84, la libertà del cittadino si troverebbe in una situazione di forte pericolo qualora egli si trovasse di fronte ad un giudice penale particolarmente influenzato dalla pressione del potere esecutivo.

Non è certo un dato storico da ignorare che i codici penali sovietici del 1922 e successive modificazioni del 1925, 1927, 1932, e il codice penale tedesco, novellato nel 1935 durante il regime nazista, abbiano conosciuto la figura dell'analogia: questo è un potente strumento per piegare la realtà penale alle logiche politiche. È interessante la lettura del codice tedesco che affermava: «è reato il fatto che merita pena secondo il principio fondamentale della legge e la sana concezione popolare», giustificato proprio dalla concezione nazional socialista antitetica alle concezioni liberali individuali.

Oggi, scomparso un regime e superato l'altro, le legislazioni di tali Paesi riconoscono il principio del divieto dell'analogia nel diritto penale.

<sup>81</sup> N. BOBBIO, *Analogia* in "Novissimo digesto italiano" I volume, Torino, Giappichelli editore, 1957, pag.606.

Prima di entrare nel vivo del problema, si ritiene utile concentrarci sul tema della *determinatezza* o *tassatività della norma penale*, quali corollario del divieto di analogia in materia penale, al fine di sottolineare la gravità di un'eventuale e indiscriminata violazione di tale divieto. Con questa locuzione s'intende fare riferimento alla necessità che il giudice, nel momento dell'individuazione dei fatti previsti dalle norme penalmente sanzionate, non incorra in difficoltà che lo porterebbero a muoversi oltre i confini rigorosamente segnati dalla legge stessa. Questa esigenza si traduce nell'obbligo per il Legislatore di formulare la fattispecie penale in modo tale da rendere possibile l'individuazione con sufficiente chiarezza e certezza della linea di discriminazione tra lecito e illecito.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> Come segnalato da G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, i fondamenti*, II edizione, Torino, Giappichelli editore, 2011, pag. 102: «*la necessità di poter contare su di una conoscenza esatta dei limiti della punibilità viene ad atteggiarsi alla stregua di una garanzia irrinunciabile sia nell'ottica dei poteri del giudice nel momento di valutare la rilevanza del fatto, sia, ancor prima, dal punto di vista dei consociati, che dovranno essere posti nelle condizioni di astenersi dal realizzarlo (...) per evitare il rischio di una persecuzione penale imprevedibile*».

Nonostante l'impostazione di questa tesi segua la teoria della "sinonimia" tra i due termini, sembra corretto per completezza espositiva, richiamare un'impostazione, seguita da T. PADOVANI, che si distacca leggermente. Sembrerebbe opportuno, secondo questa dottrina, distinguere concettualmente: *determinatezza*, che si proietta all'interno della fattispecie, vincolandone il modo di formulazione legislativa, imponendo al legislatore di procedere alla redazione di precetti penali dal contenuto precisamente definito; *tassatività* che costituisce invece lo sbarramento esterno della fattispecie stessa, impedendo che essa possa essere riferita ad ipotesi non ricomprese nella sua dimensione normativa astratta e precludendo al giudice di estendere per analogia la loro applicazione. Non si può dire che la tassatività costituisca una sorta di corollario indefettibile della determinatezza, esistendo (nel tempo e nello spazio) sistemi penali che pur

Le fonti di derivazione del principio di determinatezza o tassatività sono da un lato contenute nel codice penale: art. 1 e 199 c.p. che statuiscono rispettivamente «*Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite*» e «*Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti*».<sup>83</sup>

Nonostante la mancanza di una disposizione *ad hoc*, la Costituzione non può che essere interpretata in senso favorevole al suo inserimento tra le garanzie fondamentali del nostro sistema penale.<sup>84</sup>

Fondamentale e imprescindibile, nel tentativo di ricostruire interamente il principio, è il richiamo proprio all'art. 25 della Costituzione, e al sotteso riconoscimento del *principio di irretroattività della legge penale*.

L'articolo, stabilendo che un fatto possa essere punito soltanto se commesso dopo l'entrata in vigore della legge che lo contempla, giunge a rivestire di riconoscimento costituzionale, anche l'esigenza

---

accogliendo il principio di determinatezza, consentono altresì l'analogia.

<sup>83</sup> Questi due articoli invece indicano espressamente a quale principio ci si deve ispirare per colmare le lacune delle disposizioni penali; il principio è quello in base al quale *tutto ciò che non è espressamente proibito è permesso*.

<sup>84</sup> La Costituzione ha, infatti, una struttura in grado di dare ordine e coerenza all'intero sistema, perché esige la conformità di tutta la produzione giuridica ai principi in essa contenuti. Essa costituisce il baluardo, a presidio delle garanzie fondamentali e del principio della separazione dei poteri, contro quella "maestà della legge" che più e più volte si è identificata con l'espressione massima dell'Autorità dello Stato, con conseguenze assolutamente illiberali, come quelle avvenute durante il regime fascista. Non va d'altro canto dimenticato, in questa ricostruzione, che sotto il vigore dello Statuto Albertino, lo stesso potere Legislativo si è spesso attribuito la facoltà di consentire al Potere Esecutivo di intervenire e di regolamentare anche in materia penale, tramite i *regolamenti delegati*.

della necessaria determinatezza della fattispecie incriminatrice.<sup>85</sup>

L'esigenza della determinatezza in materia penale risulta desumibile anche da altre disposizioni costituzionali: dall'art. 13, 2 comma, in materia di inviolabilità della libertà personale, prevista che le restrizioni eccezionalmente apportate a tale libertà possano avvenire «*nei soli casi e modi previsti dalla legge*»; dall'art. 111 che sancisce come l'intero arco del procedimento penale sia dominato e permeato dal più rigoroso rispetto del canone della legalità;<sup>86</sup> dall'art. 3 sul fondamentale principio di uguaglianza, in qualità di supremo schermo dei consociati contro l'eventuale discrezionalità del singolo organo giudiziario.

Accogliere un'interpretazione diversa vorrebbe dire rinunciare alla funzione *general preventiva* dell'ordinamento penale. L'incertezza sul piano applicativo è destinata, infatti, a minare la credibilità e la fiducia nel sistema repressivo.

Il principio di tassatività ci fornisce, dunque, l'occasione per ricollegarci ai confini esterni della fattispecie che si deve, di volta in volta, interpretare. Tale principio si sostanzia nel divieto, posto in capo all'organo giudicante, di procedere a un'applicazione analogica della norma incriminatrice. Il fondamento normativo di tale divieto viene ricondotto alle stesse fonti (costituzionali ed ordinarie) poste alla base del riconoscimento del principio di determinatezza.

Ritornando all'appiglio costituzionale, abbiamo precisato come l'art. 25, al secondo comma della Costituzione stabilisca che: «*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore*

---

<sup>85</sup> Il canone dell'irretroattività in materia penale postula come logico corollario anche la necessità che la fattispecie criminosa risulti puntualmente delineata nei suoi requisiti essenziali.

<sup>86</sup> Principio che sarebbe monco e irragionevole nel caso in cui saltasse il necessario rapporto di interazione con la fattispecie penale sostanziale, che è all'origine dell'attivazione del processo, della ricerca delle prove, della verifica in fatto e in diritto degli estremi della responsabilità.

*prima del fatto commesso*», non prevedendo espressamente il divieto di analogia.

Questo principio di “chiara civiltà”<sup>87</sup> non era formulato nello Statuto Albertino<sup>88</sup>, mentre le Disposizioni Preliminari al codice civili del 1865 stabilivano in genere, all’art. 2, che la legge dispone solo per l’avvenire, e all’art. 4 negavano in genere l’analogia in materia penale; in ultimo luogo, i primi due articoli del codice penale del 1889, come i primi due articoli del codice del 1930<sup>89</sup> accoglievano ed accolgono pienamente il principio della irretroattività.

Nel diritto positivo italiano odierno, il divieto di analogia<sup>90</sup> in materia

---

<sup>87</sup> Com’è definito da FROSALI, in *Commentario della Costituzione* a cura di Calamandrei, 1950, pag. 219.

<sup>88</sup> Che si limitava all’art. 26 a stabilire che: «Niuno può essere arrestato o tradotto in giudizio, se non nei casi previsti dalla legge e nelle forme che essa prescrive».

<sup>89</sup> Art. 1 c.p.: «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite». Art. 2, 1° e 2° comma c.p.: «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato. Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano la esecuzione e gli effetti penali».

<sup>90</sup> Per *analogia* si intende un procedimento argomentativo volto ad affermare l’applicabilità, in una data ipotesi non espressamente regolata, di norme regolanti ipotesi simili (*analogia legis*) o di principi generali dell’ordinamento (*analogia juris*). Fondamento dell’applicazione per analogia è una somiglianza fra il caso non espressamente regolato ed uno regolato, tale da ricondurre il caso non regolato alla medesima ratio della disciplina prevista per il caso analogo. La definizione è tratta da D. PULITANO, *Diritto penale*, III edizione, Torino, Giappichelli editore, 2009, pag. 166.

penale è espressamente sancito dall'art. 14 delle Preleggi,<sup>91</sup> rubricato "Applicazione delle leggi penali e eccezionali", il quale statuisce che «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».<sup>92</sup>

Il diritto penale, ancor di più rispetto agli altri rami del diritto, nel momento applicativo si configura come un dialogo tra norma e caso concreto; il divieto di analogia (quale metodo di integrazione delle lacune dell'ordinamento) nel diritto penale ha origini remote, ossia nella diversa finalità e struttura della costruzione delle relazioni sociali rispetto al diritto civile (dove ex art. 12 delle Preleggi è invece ammessa sia l'analogia *legis* che *juris*).<sup>93</sup>

Dunque una fattispecie o rientra nel tipo criminoso, delineato dalla norma, o non vi rientra; d'altro canto una norma troppo ampia

---

<sup>91</sup> G. DE FRANCESCO, *Diritto penale mite? Una formula 'bella' e 'infedele'*, in "Diritto penale e processo", fascicolo n°8, 2014, pag.987: «come poter spiegare, invero, un divieto siffatto, se non ammettendo che l'analogia sia concepibile anche nel settore penale, e che quindi, per impedirlo, se ne debba proibire l'utilizzazione?». Come sottolineato dall'Autore, il divieto trae origine dal parallelo contesto civilistico, ove, per ragioni legate alla stessa natura della branca del diritto (ossia quella di incentivare le relazioni sociali sottese all'esercizio dell'autonomia privata), l'applicazione analogica è molto utilizzata. Tutt'altra è l'anima del diritto penale: la fattispecie normativa non è volta all'incremento delle libertà orientate al perseguimento degli interessi, ma incorpora proprio la sua limitazione. E ancora: «l'analogia in materia penale, prima ancora di essere vietata, si rivela difficilmente concepibile».

Esiste un nucleo omogeneo intorno ad ogni "tipo criminoso", insuscettibile di essere piegato.

<sup>92</sup> La questione viene in questo articolo affrontata sotto il profilo negativo; il legislatore si è limitato a stabilire che per l'integrazione di eventuali lacune non si può fare ricorso al criterio analogico.

<sup>93</sup> Vedi nota 91 per la ricostruzione delle origini.

potrebbe essere incostituzionale, proprio perché contraria alla funzione del diritto penale (funzione della tipicità della pena).

Contemporaneamente però la dottrina prevalente afferma altresì l'ammissibilità dell'analogia *in bonam partem*, ossia a favore del reo.<sup>94</sup> Tale "sotto-principio" è il risultato di un'interpretazione restrittiva dei tre articoli in questione: secondo alcuni autori le "leggi penali" richiamate dall'art. 14 delle Preleggi corrisponderebbero solo alle leggi penali incriminatrici; questa impostazione, combinata con la lettura in positivo degli artt. 1 e 199 del codice penale (per cui tutto ciò che non è espressamente vietato è permesso), porterebbe alla conclusione che, indipendentemente dalla natura in astratto della disposizione, conterebbe soltanto il fatto che in un determinato caso concreto la sua estensione per analogia consenta di pervenire a una soluzione che per il reo sia più favorevole di quella che si otterrebbe senza fare ricorso al procedimento analogico.

L'ammissibilità dell'analogia in favore del reo è fortemente ridotta dal successivo divieto contenuto nelle Preleggi, ossia quello nelle leggi che fanno eccezione a regole generali.

A discapito dell'impostazione presentata, sarebbero proprio i casi più importanti, in cui si vorrebbe far valere l'analogia, a essere bloccati dal divieto di analogia in tema di disposizioni che fanno eccezioni a regole generali.

Così avverrebbe per la possibilità di una generalizzata estensione analogica delle disposizioni scriminanti (artt.50-54 c.p.): in tali casi saremmo davanti a leggi che introducono scriminanti che fanno eccezione alle leggi che incriminano i reati.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Argomentando che il divieto di analogia non risponde a un'astratta certezza del diritto, ma nel campo penale risponde alla ratio di garanzia espressa dal principio di legalità.

<sup>95</sup> Per l'ammissibilità dell'analogia sono interessanti le posizioni di MARINUCCI, *Fatto e scriminanti, Note dommatiche e politico-criminali*, in

In realtà ragioni prettamente di politica criminale *sconsigliano* di ammettere l'analogia rispetto alle scriminanti; sarebbe, infatti, troppo facile negare l'esistenza di un reato appellandosi ai generici concetti, contenuti nelle singole scriminanti, di carenza d'interesse o di prevalenza d'interesse.<sup>96</sup>

Quando invece la fattispecie penale definisce il fatto attraverso l'effetto di qualificazione normativa operato da una disposizione extra penale, è possibile integrare quest'ultima attraverso il procedimento analogico.

Questo principio vale, a maggior ragione, dove la fattispecie da integrare sia una fattispecie di liceità: per determinare l'ampiezza della scriminante dell'adempimento di un dovere, sarà possibile, estendere per analogia i principi giuridici che regolano l'attribuzione del dovere in questione.

Nel caso dell'art. 53 c.p. sarà, allora, possibile estendere per analogia i principi generali in materia di "armi", o in materia di "pubblico ufficiale".

Presupposto indefettibile dell'analogia è la rilevazione di una lacuna del diritto, cioè di un'ipotesi non regolata dalla legge; ma in diritto penale non possono esistere lacune.

---

"Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1983, pag. 1203; G. VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato* in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1984, pag.561.

<sup>96</sup> Le cause di giustificazione sono in realtà espressione di principi e regole generali (per esempio nella difesa legittima è espresso il principio *vim vi repellere licet*), che permeano di per sé l'intero ordinamento, al punto che la loro rilevanza si estende oltre i limiti del diritto penale. Da questo punto si vista non dovrebbero esserci problemi a procedere all'applicazione del principio analogico.

Presupposto implicito del ricorso all'analogia per una norma penale favorevole è ch'essa rientri nell'ambito di applicazione di una norma penale sfavorevole: diversamente la questione perderebbe di significato. Ne deriva allora che, quando si prospetta l'analogia di una norma favorevole, si prospetta in realtà non già il riempimento di una lacuna, ma un vero e proprio sovvertimento di una disciplina legalmente stabilita.

Acquista allora particolare rilevanza l'*argumentum a contrariis*, che preclude l'adozione di un trattamento difforme da quello risultante, in via esplicita o implicita, dalla legge.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> Uno dei maggiori problemi pratici, legati al tema in questione, è quello di stabilire quando l'applicazione della legge in concreto, per opera del giudice, sia il frutto di analogia (e dunque il giudice ha ecceduto dalle sue attribuzioni), e quando sia invece il risultato di una semplice attività interpretativa (rimanendo nei limiti dei suoi poteri, e anzi, adempiendo il suo dovere di interpretare le leggi).

Evitando, per ragioni di attinenza, un discorso troppo lungo in merito al concetto d'interpretazione, è necessario sottolineare come diversamente operino le due fattispecie: l'analogia colma una lacuna, mentre l'interpretazione non postula una lacuna, ma consiste nell'attribuire un certo significato ad una certa legge scritta.

Spesso l'interpretazione sembra rasentare l'applicazione analogica: ciò avviene nei casi di *interpretazione estensiva*.

La differenza tra le due fattispecie è che nell'ipotesi dell'analogia si ritiene che le parole usate dal legislatore non possano essere estese nel loro significato a tal punto da ricomprendere anche il caso non regolato;<sup>97</sup> nel caso dell'interpretazione invece si applica proprio quella disposizione, estendendone la portata lessicale.<sup>97</sup>

Ebbene questa è e rimane una distinzione teoricamente chiara e possibile solo sulla carta; avviene spesso che i giudici sfruttino questa contiguità per procedere in realtà all'applicazione analogica.<sup>97</sup>

Così, ad esempio, se lo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. è circoscritto al «pericolo attuale di un danno grave alla persona», non può essere consentito

La vera problematica, allora, non potendosi parlare di analogia, risulta essere quella del tenore lessicale delle formule normative: termini elastici e flessibili, continui rimandi a principi o categorie principali.<sup>98</sup>

Partendo, dunque, dal presupposto che il principio di determinatezza attiene al modo di formulazione della fattispecie, il cui contenuto deve risultare tale da consentire la precisazione sicura del confine tra lecito e illecito, due estremi (molto ricorrenti nella tecnica legislativa) opposti contrassegnano negativamente il concetto di determinatezza:<sup>99</sup>

- La normazione *per casistica*: esalterebbe, in apparenza, la determinatezza della fattispecie, attraverso un'elencazione minuziosa di tutti i possibili oggetti di riferimento in concreto della fattispecie. Questa tecnica, però, rischia spesso di frammentare eccessivamente il precetto fondante, creando confusione e rendendo incomprensibile il senso.<sup>100</sup>
- La *normazione per clausole generali o con elementi vaghi*: questa tecnica disperde la determinatezza in un contesto di

---

estenderlo alle ipotesi di pericolo non attuale o non concernente un danno di natura personale, perché in tal modo si negherebbe ad un tempo la rilevanza dei limiti sanciti per la scriminante e la punibilità che al fatto risulta collegata in base alla disposizione incriminatrice applicabile.

Da questo punto di vista, si spiega come il divieto di analogia dell'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile si riferisca in realtà alle "leggi penali" in un'accezione che sembra coprire l'intera gamma delle norme comunque rilevanti per la definizione della responsabilità penale.

<sup>98</sup> Che cosa bisogna intendere per "idoneità", "pericolo", "direzione" degli atti, "possibilità"? E che cosa deve intendersi per "ordine pubblico"?

<sup>99</sup> T. PADOVANI, *opera citata*, pag. 28 e 29;

<sup>100</sup> E proprio da un punto di vista casistico, la realtà dei fatti supera sempre la capacità di previsione legislativa, essendo l'una in continuo movimento, l'altra (seppure temporaneamente) statica.

incerta comprensione e definizione, essendo suscettibile di essere riferita a situazioni concrete difformi e disparate.<sup>101</sup>

Dall'altro lato, invece, al criterio di determinatezza corrisponde invece il ricorso a:

- *Elementi descrittivi naturalistici* che consentono la trasposizione dalla formula legale ai fatti rappresentati in base all'esperienza comune, fondata sulla percezione dei sensi (ad esempio il concetto di "uomo" nell'omicidio, di "cosa mobile" nel furto).
- *Elementi normativi di tipo giuridico* che richiedono la necessaria mediazione di una norma diversa da quella incriminatrice, di modo che il semplice richiamo all'esperienza comune non è sufficiente a individuare il fatto riconducibile alla disposizione (ad esempio "l'altruità" della cosa nel furto, o la qualifica di "pubblico ufficiale").

Queste due tipologie di elementi puntualizzano in termini rigorosi la rappresentazione della realtà nella dimensione tipica della fattispecie.

---

<sup>101</sup> Un esempio palese è l'art. 110 c.p. che stabilisce la non punibilità di tutti coloro che sono concorsi nel reato. La disposizione in questione rinuncia a definire gli estremi effettivi del concorso, rimettendosi ad una clausola generale destinata ad essere precisata in concreto soltanto per effetto dell'interpretazione. Come rileva G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, i fondamenti*, II edizione, Giappichelli editore, Torino, 2011, pag. 115, la disposizione in questione di deve considerare del tutto indeterminata «già in base al parametro di valutazione da essa stessa enunciato; stabilire, per vero, che la pena prevista per il reato debba applicarsi a tutti coloro che vi "concorrono", significa prospettare un criterio normativo del tutto vago ed anzi addirittura tautologico».

- *Elementi normativi di tipo extra giuridico* che postulano il riferimento a un criterio valutativo di tipo etico, sociale o morale (ad esempio il concetto di “atto osceno”).
- *Elementi descrittivi implicanti un apprezzamento* di varia natura (ad esempio un apprezzamento temporale nel caso dell’uso del termine “momentaneo”, o quantitativo nel caso della “particolare tenuità”).

Queste due tipologie di elementi affiancano una zona grigia del sapere, che il giudice è tenuto a definire in un senso o in un altro.<sup>102</sup>

L’ordinamento presenta un ampio novero di fattispecie nelle quali la ricostruzione del “tipo” di reato finisce per essere affidata alla sensibilità dell’interprete.<sup>103</sup>

In conclusione vi è da aggiungere il rilievo per cui, come in ogni altro discorso scaturito nell’ordinamento italiano, le nuove complicità

---

<sup>102</sup> Per ritenere compatibile col principio di determinatezza questo gruppo di elementi elastici sembra necessario il ricorso di due condizioni:

- a) Che la materia cui l’elemento elastico si riferisce debba sottostare a una regolamentazione penale: il legislatore non deve ipotizzare il sacrificio della libertà personale in una materia dove il confine tra lecito e illecito risulti in qualche misura incerto, se non si tratta di provvedere alla tutela di un interesse in difetto di alternative ragionevoli;
- b) Che non sia possibile ricorrere, per esprimere la situazione di fatto, a segni linguistici diversi capaci di definirla in termini rigorosi.

<sup>103</sup> Trasformando così il giudice, che sarebbe dovuto essere la “bocca della legge”, in creatore del diritto, che plasma, dalla terra dell’imprecisione legislativa, nuove fattispecie.

giungono con la necessità della legge penale di uniformarsi non più solo ai principi costituzionali, ma anche a quelli europei.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> Nei prossimi capitoli affronteremo il rapporto conflittuale tra ordinamento penale italiano e la CEDU. A parere di DE FRANCESCO, *Il diritto penale "mite"*, opera citata, pag. 993, la soluzione non sembra essere lo spettro della "mitezza del diritto" (formula utilizzata per denotare quella che sembra l'attuale frontiera del diritto penale, non più concepito in termini formalistici) e il falso mito di un sistema multilivello, quanto semmai «la permeabilità e la mitezza delle 'frontiere', nell'ottica del superamento di quelle rigidità e resistenze nazionalistiche che rischiano tuttora di indebolire le iniziative rivolte alla costituzione (...) di un futuro assetto giuridico dal respiro e dal 'volto' europeo.

## 2 PRESUPPOSTI E REQUISITI DELL'ART.53 C. P.

### 2.1 Presupposti e requisiti soggettivi

L'uso legittimo delle armi, di cui all'art. 53 c.p., configura uno degli esempi di scriminante *propria* (non invocabile da e non applicabile a tutti, ma solo da e a determinati consociati).

I soggetti che possono beneficiare della causa di giustificazione in questione sono dalla disposizione individuati<sup>1</sup> nei pubblici ufficiali e nelle persone che, legalmente richieste da questi ultimi, abbiano loro prestato assistenza.

#### 2.1.1. La qualità di pubblico ufficiale

Analizzando la struttura dell'articolo possiamo innanzitutto rilevare come questo non fondi, ma *presupponga*<sup>2</sup> competenze a fare uso della coazione fisica, legalmente attribuite dall'ordinamento a date categorie di funzionari.

L'assunto basilare, sui cui la dottrina è concorde, è che l'art. 53 c.p. faccia riferimento ai soggetti che sono pubblici ufficiali poiché esercitano *una pubblica* funzione; l'individuazione di questi soggetti avverrebbe per il tramite dell'art. 357 c.p.<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Secondo L. ALIBRANDI, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, Giuffrè editore, 1979, pag. 53, i limiti personali risultano esplicitamente indicati dalla legge.

<sup>2</sup> D. PULITANO, *Diritto penale*, II edizione, Torino, Giappichelli editore, 2007, pag. 304.

<sup>3</sup> Art. 357, 1° comma c.p.: *Nozione del pubblico ufficiale «Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa».*

Da questo punto, condiviso unanimemente in dottrina, si diramano e si differenziano le impostazioni: da un lato troviamo l'opinione di parte della dottrina<sup>4</sup> che sostiene un'interpretazione estensiva della dizione in questione, ricomprendente *tutti* i pubblici ufficiali.

Dall'altro lato troviamo invece una posizione maggiormente aderente all'ordinamento, che in epoca risalente<sup>5</sup> era giustificata

---

<sup>4</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II edizione, Torino, Utet, 1939, pag.312; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, Giuffrè editore, 1969, pag. 210; R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Torino, UTET, 1967, pag. 747; R. STEIN, *L'uso legittimo delle armi* in "Rivista penale", 1936, pag. 715; A. CADONI, *Interpretazione ed applicazione dell'art. 53 del codice penale*, in "Rivista di polizia", 1970, pag. 129 ss.

È da precisare comunque che lo stesso Stein sembra considerare come ipotesi teorica l'estensione della norma ai pubblici ufficiali, mentre in realtà la norma interessa solo quella categoria di p. u. che rappresenta la forza pubblica armata dello Stato. Bisogna inoltre tener conto che Stein, come lo definisce T. Delogu, *op. citata*, «fu allontanato dalla Germania nazionalsocialista perché ebreo, ma pur sempre croce di ferro della prima guerra mondiale, rimasto inguaribilmente imbevuto di prussiano autoritarismo anche se costretto a rifugiarsi in Italia a riparo della paterna ombra di Arturo Rocco»: mai astrarre il discorso dal contesto socio politico che lo ha generato.

Sostenitore di questa interpretazione, seppur in via compromissoria, è anche P. PISA, *Osservazioni sull'uso legittimo delle armi, op.cit.*

<sup>5</sup> Di cui G. B. DI VICO, *Dell'eccesso nell'uso legittimo delle armi* in "Rivista Penale", 1933, pag. 890.

Dottrina più recente, sostenitrice dell'interpretazione restrittiva, è rappresentata da T. DELOGU, *L'uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coazione fisica*, in "Archivio penale", 1972, I, pag.185; A. MARINI, *Uso legittimo delle armi*, in "Novissimo digesto", XX, 1975, voce 263; L. ALIBRANDI, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, Giuffrè, 1979, pag.55; M.

dall'interpretazione sistematica fondata sull'art. 16 c.p.p.<sup>6</sup>; tale parte della dottrina affermava che i soggetti in questione fossero quelli che rappresentano ed esercitano la forza esecutiva, e cioè gli agenti della *forza pubblica* (e che quindi hanno istituzionalmente in dotazione armi o altri strumenti coercitivi).<sup>7</sup>

Non sussistono oggi dubbi interpretativi<sup>8</sup> sull'individuazione della cerchia di soggetti che beneficiano della scriminante. La soluzione del problema è legata alla necessità di procedere per *interpretazione teleologica* e progressiva dell'articolo in questione: in uno stato di diritto, conforme al principio della divisione dei poteri e al principio di legalità, l'uso delle armi può spettare solo agli organi nella cui competenza *funzionale*

---

ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, II edizione rinnovata, Milano, Giuffrè editore, 1995, pag. 529; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, IV edizione, Milano, Zanichelli, 2004; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2001, pag. 283; D. PULITANO, *Diritto penale*, II edizione, Torino, Giappichelli editore, 2007, pag. 306.

<sup>6</sup> Abbiamo già segnalato, nel precedente capitolo, l'articolo in questione e la successiva dichiarazione di incostituzionalità che lo ha colpito, quando abbiamo trattato del disegno autoritario del codice Rocco.

<sup>7</sup> Se la tesi di Stein fosse corretta, non si capirebbe più perché l'art. 16 c.p.p., oggi abrogato, restringesse la necessità dell'autorizzazione esclusivamente ad alcune categorie di pubblici ufficiali, con evidente sperequazione nei confronti degli altri, pur essi autorizzati all'uso delle armi.

<sup>8</sup> Per quanto tale interpretazione sia critica e tacciata di essere eccessivamente limitativa. Su tutti possiamo ricordare R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale, Parte generale*, IV edizione, Padova, Cedam, 2002, pag. 208. L'autore dissente dall'interpretazione accolta da questo studio affermando la necessità di non esulare dall'art. 357 c.p., pur comprendendo le ragioni di tale restrizione interpretativa, legata al timore di ampliare enormemente la cerchia di soggetti scriminabili.

detto uso rientra, e non può essere fatto che nei casi, modi e tempi prescritti dalla legge.

Non si può estendere la nozione di pubblico ufficiale anche agli incaricati di un pubblico servizio (es. guardie giurate,<sup>9</sup> ma anche esattori dell'ENEL), né alle persone esercenti un servizio di pubblica necessità (come gli avvocati, i procuratori e i medici), anche solo per la scelta operata dal legislatore di disciplinare queste figure in due separati articoli (rispettivamente artt. 358 e 359 c.p.).<sup>10</sup>

Appare, per concludere, preferibile l'interpretazione più restrittiva, volta a circoscrivere l'operatività della scriminante agli appartenenti alla *forza pubblica*: Polizia di stato, Arma dei carabinieri, Guardia di finanza, militari in servizio di Pubblica Sicurezza.

### **2.1.2 Art. 53, 2° comma c.p.: estensione della scriminante ad altri soggetti**

Il secondo comma dell'art. 53 c.p. recita: «*La stessa disposizione si applica a qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza*».

---

<sup>9</sup> È interessante, sul punto, la sentenza della Cassazione 21 ottobre 1970, in "Rivista di polizia", 1971, pag. 654 che ha statuito l'inapplicabilità dell'art. 53 c.p. alle guardie giurate, che svolgono attività di vigilanza e investigazione privata.

<sup>10</sup> Questi soggetti potranno comunque usare le armi, ma solamente nell'ambito dell'adempimento di un dovere o della legittima difesa (artt. 51 e 52 c.p.).

Si tratta di una giusta protezione che il Legislatore accorda al privato, ponendolo sullo stesso piano del pubblico ufficiale che necessita di assistenza.<sup>11</sup>

È quasi superfluo precisare che la causa di giustificazione in questione opera solo a favore dei soggetti legalmente richiesti *nei limiti dell'assistenza richiesta*; eventuali iniziative personali, assunte eccedendo i termini (salvo che non rientrino all'interno degli estremi di un'altra causa di giustificazione), non sono giustificabili. Dunque, la richiesta deve essere inesorabilmente *espressa e precedente*, non accettandosi in giurisprudenza il semplice consenso *a posteriori* (come se si trattasse di una successiva ratifica del comportamento e delle sue conseguenze).

Puntualizzando così i requisiti basilari, il legislatore e gli interpreti successivi, hanno voluto porre un argine alla possibilità che il *quivis de populo* si erga a paladino della giustizia, arginando il verificarsi di due conseguenze inaccettabili: da un lato quella che il cittadino dia luogo ad una reazione inadeguata rispetto alle esigenze preventive, data l'inesperienza e la limitatezza dei mezzi disponibili; dall'altro lato quella di evitare il rischio di arrecare un'offesa a terzi incolpevoli, responsabilità che solo i pubblici ufficiali sono legittimati (per perizia, addestramento e competenza) a prendere.<sup>12</sup>

Si è generata, in dottrina, una questione intorno alla formulazione di questo comma, come naturale conseguenza dell'annosa discussione in merito ai rapporti di autonomia o

---

<sup>11</sup> G. B. DI VICO, *Dell'eccesso nell'uso legittimo delle armi*, in "Rivista penale", 1933, pag.884.

<sup>12</sup> Per questa ricostruzione G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, i fondamenti*, II edizione, Torino, Giappichelli editore, 2011, pag. 282.

dipendenza tra la scriminante in questione e le precedenti, fondata, come abbiamo già sottolineato, sull'*incipit* della disposizione.<sup>13</sup>

Alcuni autori,<sup>14</sup> sostenendo che l'estraneo possa giovare anche di altra causa di non punibilità, risolverebbero il problema del rapporto con le altre scriminanti, conformemente al principio di specialità, asserendo che tutte le volte in cui il privato sia legalmente richiesto dal pubblico ufficiale, sarebbe applicabile il secondo comma, mentre il laico che interviene spontaneamente in difesa dell'Autorità sarebbe scriminato a norma dell'art. 52 c.p..<sup>15</sup>

La soluzione al problema non può chiaramente prescindere dal coordinamento con l'art. 119 c.p., che al secondo comma dispone che «*Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato*».

---

<sup>13</sup> Torneremo sull'argomento, in modo più approfondito, nel prossimo capitolo.

<sup>14</sup> S. CAMAIONI, *Rilievi sull'uso legittimo delle armi* in "Archivio penale", 1985, pag. 133 ss. È necessario chiarire che l'Autore parte dall'assunto che l'art. 53 c.p. non abbia struttura autonoma e unitaria; si tratterebbe di una disposizione che sotto la medesima rubrica accomuna sottospecie sussumibili nel concetto di legittima difesa ricavabile dall'art. 52 c.p. e sottospecie di tipo non difensivo.

<sup>15</sup> L'art. 52 c.p., in quest'ottica, consentirebbe la difesa del diritto appartenente ad altri, tra i quali anche l'Autorità; seguendo questa via si darebbe significato anche all'inciso iniziale «*ferme le disposizioni contenute dei due articoli precedenti*».

La legittima difesa del terzo non ricorrerebbe soltanto nel caso in cui l'agente supplisca alla mancata difesa da parte del titolare del diritto aggredito, ma anche quando l'azione difensiva a tutela dei terzi acceda ad una condotta reattiva già in atto.

Partendo dal presupposto che la scriminante in questione abbia effettivamente natura oggettiva, l'applicazione pedissequa dell'art. 119 c.p. comporterebbe uno svuotamento di significato del secondo comma dell'art. 53 c.p., che non troverebbe mai applicazione; ecco che la disposizione in questione, nel restringere ai soli concorrenti laici legalmente richiesti la scriminabilità di tali casi di condotta coattiva, pone una deroga al generale principio di cui al 119 c.p., che proprio in relazione a questi soggetti non si applicherebbe.<sup>16</sup>

Dottrina più risalente<sup>17</sup> sposta invece l'attenzione sull'intero ordinamento, partendo dal presupposto che esistono particolari disposizioni di legge che obbligano ogni persona a prestare il proprio aiuto e la propria opera ai pubblici ufficiali.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> S. CAMAIONI, *op. citata* pag. 136.

<sup>17</sup> E. CADONI, *Interpretazione ed applicazione dell'art.53 del codice penale*, in "Rivista di polizia", 1970, pag.151; SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Volume I, Roma, Jandi Sapi Editore, pag. 363; M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1966, pag.97.

<sup>18</sup> L'art. 652 c.p., rubricato "Rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto", recita così: « *Chiunque, in occasione di un tumulto o di un pubblico infortunio o di un comune pericolo ovvero nella flagranza di un reato rifiuta, senza giusto motivo, di prestare il proprio aiuto o la propria opera, ovvero di dare le informazioni o le indicazioni che gli siano richieste da un pubblico ufficiale o da una persona incaricata di un pubblico servizio, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, è punito con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 309.*

*Se il colpevole dà informazioni o indicazioni mendaci, è punito con l'arresto da uno a sei mesi ovvero con l'ammenda da euro 30 a euro 619».*

M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, II edizione rinnovata, Milano, Giuffrè editore, 1995, pag.529. L'autore sottolinea come

Per questa dottrina la scriminante in questione non avrebbe natura oggettiva, altrimenti non sarebbe sorta la necessità di limitare l'effetto estensivo alla sola persona legalmente richiesta.

Autorevole dottrina<sup>19</sup> per la ricostruzione di questa scriminante, ha contestato tale impostazione, accusandola di eccessivo "preziosismo" (si tratta, in effetti, di una tesi troppo cervellotica), finendo per affermare molto chiaramente (sopraspedendo così sulla distinzione fra scriminanti soggettive ed oggettive, e sopraspedendo sull'applicazione dell'art. 119, poiché implicitamente derogato) che mentre l'agire diretto del pubblico ufficiale può essere discrezionale, la discrezionalità è esclusa nei confronti del privato da lui richiesto e coinvolto, che quindi dovrebbe essere sempre e comunque scriminato.<sup>20</sup>

Ulteriore dottrina<sup>21</sup> invece, definisce il 2 comma dell'art.53 come una opportuna *riserva di competenza* dei pubblici ufficiali circa il ricorso ai mezzi coercitivi, che in deroga

---

solo nei casi in cui la richiesta legale imponga anche un dovere di collaborazione del privato con l'autorità si potrà estendere la scriminante.

<sup>19</sup> T. DELOGU, *L'uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coazione fisica*, in "Archivio penale", 1972, pag. 186. Delogu però finisce per ravvisare nella fattispecie null'altro che un adempimento di un dovere ex art. 51 c.p.

<sup>20</sup> Che non avrebbe altra scelta se non quella di conformarsi all'obbligo impostogli dall'ordine, ove sia legalmente dato, sotto pena di incorrere in caso di rifiuto, nelle conseguenze dell'art. 650 c.p. («*Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a lire quattrocentomila*») o dell'art.652 c.p.

<sup>21</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 2001, Padova, Cedam, pag.283.

all'art. 119 c.p., escluderebbe l'applicabilità della scriminante ai concorrenti, non legalmente richiesti di assistenza.

Alla luce di questa impostazione, mentre il pubblico ufficiale è scriminato in base all'art. 53 c.p., chi ne fa uso per ordine del superiore sarebbe scriminato in base all'adempimento dell'ordine dell'autorità, e quindi ex art.51 c.p., chiaramente lì dove ricorra il requisito della sovra ordinazione gerarchica<sup>22</sup>; d'altro canto lo scopo di questa scriminante non è la tutela del mero prestigio della Pubblica Autorità, ma assicurare l'adempimento dei pubblici doveri.

Da questa visuale deriva che l'uso delle armi dovrebbe essere strumentale all'eliminazione di ostacoli che si frappongono fra il pubblico ufficiale e il dovere da adempiere, e che ci troveremmo di fronte ad un'attività doverosa, non meramente facoltizzata.

È interessante la posizione di P. Pisa<sup>23</sup> che, sempre dal punto di vista della sancita riserva di competenza, rileva come dalla norma emerga proprio la volontà del legislatore di riconoscere l'estensione della scriminante *solo* a quei soggetti cui il pubblico ufficiale ha rivolto, nei modi richiesti dalla legge, esplicita richiesta di assistenza per fronteggiare la violenza o vincere la resistenza di cui al primo comma.

L'analisi dell'Autore è particolarmente coinvolgente nel momento in cui si sofferma sulla ratio ispiratrice della disciplina. Egli afferma, infatti, che si è inteso attribuire in via

---

<sup>22</sup> T. DELOGU, *opera citata*; A. DE MARSICO, *Diritto penale, parte generale*, II edizione, Napoli, Jovene editore, 1969, pag.96; A. SANTORO, *L'ordine del superiore*, Torino, Utet, 1957, pag. 153 ss.

<sup>23</sup> P. PISA, *Osservazioni sull'uso legittimo delle armi* in "Annali dell'Università di Genova della facoltà di Giurisprudenza", 1971, pag. 182.

*esclusiva* a determinati soggetti (i pubblici ufficiali) non solo il potere, ma soprattutto *la responsabilità* di far ricorso a mezzi coattivi al fine di assicurare determinate conseguenze: spetta agli stessi soggetti valutare l'opportunità di sollecitare l'intervento ausiliatore di soggetti estranei. In questo modo l'Autore ha inteso spostare il fulcro della disposizione sulla posizione di particolare rilievo rivestita dai pubblici ufficiali, che sono tenuti ad avere e mantenere una condotta attenta e ponderata.

Secondo altri autori,<sup>24</sup> formula chiave per esprimere il legame tra il *quivis de populo* e il pubblico ufficiale sarebbe racchiuso nel *rapporto di collaborazione civica occasionale*, rinviando con questa espressione a un complesso di situazioni soggettive che gravano sul singolo *uti civis*. A differenza di altre situazioni di doverosità sociale (come potrebbe essere quella legata al reato di omissione di soccorso), il cittadino si troverebbe in una situazione di dovere imposto *ab esterno* per effetto di un atto autoritativo.

In ottica quasi giusnaturalistica la dottrina in questione asserisce, infatti, che non si tratterebbe di un atto limitativo della sfera giuridica del destinatario, giacché il dovere civico è, per sua natura, originario. L'ordine del pubblico ufficiale inciderebbe solo sul momento e sulle modalità dell'adempimento, operando *ab estrinseco*.

---

<sup>24</sup> L. ALIBRANDI, *L'uso legittimo delle armi*, 1979, Milano, Giuffrè editore, pag. 58; MINGHIELLI, *Facoltà di arresto del privato e uso delle armi*, in "Cassazione penale massimario", 1975, pag. 1073; S. ARDIZZONE, *Uso legittimo delle armi*, in "Enciclopedia del diritto", XLV volume, Milano, Giuffrè editore, , pag.980.

Nonostante la condivisibile impostazione “etica” di quest’ultima opinione, non sono mancate le critiche<sup>25</sup> maggiormente ancorate al dato normativo.

Si è affermato, infatti, che a prescindere dal sentimento solidaristico, ciò che rileva è la normatività e la positività della fonte dell’obbligo che non può che essere ristretta ai casi previsti espressamente dalla legge (richiamando gli artt. 650, sull’ “Inosservanza dei provvedimenti dell’autorità” e 652 c.p. sul “Rifiuto di prestare la propria opera in caso di tumulto”, di cui sopra e in nota).

Ci sembra necessario terminare questa discussione, affermando che la norma in questione sia venuta a creare proprio un’ipotesi *ad hoc* per giustificare la condotta del terzo non qualificato, subordinandone la liceità a una specifica richiesta del pubblico agente, purché formulata nei modi e termini già indicati dal primo comma (fuori da questi limiti saremmo, infatti, nella figura dell’eccesso).

## 2.1 Presupposti e requisiti oggettivi

La condotta giustificata del pubblico ufficiale consiste nell’uso (o nell’ordine di fare uso) delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, che nella situazione in concreto appare come necessario all’attuazione del potere conferito all’Autorità, cui si oppone illegittimamente il privato.

---

<sup>25</sup> E. MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi*, in “Digesto delle discipline penalistiche”, Volume XV, 1999, pag.139; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale, II, Reato e conseguenze giuridiche*, Torino, Giappichelli editore, 1993, pag. 79.

Seguirà una ricostruzione pedissequa del contenuto dell'articolo, e nello specifico di quei requisiti oggettivi che non possono mancare, pena la non scriminabilità della condotta del pubblico ufficiale.

### 2.2.1. Nozione di armi e di mezzi di coazione

Nonostante alcuni dubbi interpretativi,<sup>26</sup> la dottrina all'unanimità asserisce che la nozione di "armi" faccia riferimento esclusivamente a quelle in dotazione alla forza pubblica secondo quanto indicato dalle disposizioni di servizio e rimanendo all'interno dei limiti funzionali che caratterizzano l'art. 53 c.p.

Questo è un ulteriore criterio selettivo per l'individuazione della fattispecie, poiché, perché operi la scriminante, è necessario che l'arma o gli altri strumenti coattivi rientrino tra quelli mediante i quali il dovere può essere legittimamente adempiuto.

La disciplina legislativa è costituita dall'art. 585, 2° comma c.p., che pone sullo stesso piano<sup>27</sup> le nozioni di arma *propria*<sup>28</sup> e *impropria*<sup>29</sup>, e dagli artt.30-45 del Testo Unico di pubblica sicurezza<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> R. STEIN, *Uso legittimo delle armi (art.53 c.p.). Considerazioni generali*, in "Rivista Penale", 1936, pag. 699 ss. Stein propone un'interpretazione giudicata eccessivamente estensiva, secondo la quale qualsiasi arma, purché idonea a vincere una resistenza o respingere una violenza, potrebbe essere utilmente impiegata anche al di fuori delle disposizioni di servizio.

<sup>27</sup> «Agli effetti della legge penale, per armi s'intendono»

<sup>28</sup> «quelle da sparo e tutte le altre la cui destinazione naturale è l'offesa alla persona».

<sup>29</sup> «tutti gli strumenti atti ad offendere, dei quali è dalla legge vietato il porto in modo assoluto, ovvero senza giustificato motivo».

<sup>30</sup> Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773 (ultimo aggiornamento con legge 6 agosto 2008, n. 133).

Non è assolutamente consentito l'uso di armi personali (es. il caso di scuola del direttore dell'Inps che, per sedare un tumulto di pensionati negli uffici dell'ente, si avvalga della pistola, pur legittimamente portata *uti civis*).<sup>31</sup>

La disposizione fa riferimento poi «ad altri mezzi di coazione fisica». Nonostante la posizione di questa dizione, non bisogna intendere detti mezzi di coazione come ipotesi minori, o appendice rispetto all'uso delle armi: si tratta di mezzi *cronologicamente prioritari* rispetto ai precedenti (armi); questa locuzione esprime la preferenza, all'interno di un ordinamento democratico, per la scelta di strumenti regolari e al contempo meno aggressivi delle armi in dotazione.<sup>32</sup>

Quando il Legislatore si riferisce ad *altri mezzi di coazione fisica* desidera incastonare della disciplina forme di reazione dotate di un potenziale offensivo meno intenso rispetto all'uso delle armi, o che pur comportando il ricorso alle armi, questo non sia direttamente rivolto ad arrecare offesa alla persona (pensiamo al caso dello sparo contro i pneumatici di un'autovettura usata dai rapinatori per la fuga).<sup>33</sup>

---

Art. 30: «Agli effetti di questo testo unico, per armi si intendono:

1) le armi proprie, cioè quelle da sparo e tutte le altre la cui destinazione naturale è l'offesa alla persona;

2) le bombe, qualsiasi macchina o involucro contenente materie esplodenti, ovvero i gas asfissianti o accecanti».

<sup>31</sup> S. ARDIZZONE, *op. citata* pag.980; T. PADOVANI, *op. citata*, pag.206.

<sup>32</sup> Sul punto sono sorte perplessità, mosse da un'esigenza di legalità che andrebbe soddisfatta, data l'assenza di una disciplina chiara ed unitaria, che analizzi la casistica opportuna, anche se in termini di maggiore elasticità rispetto alla disciplina molto rigida delle armi.

<sup>33</sup> Ricostruzione di G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, i fondamenti II* edizione, 2011, Torino, Giappichelli editore, pag. 280.

Si fa solitamente riferimento agli sfollagente, agli idranti, ai lanci di lacrimogeni, ai caroselli eseguiti con le auto o con le *jeeps* ecc.<sup>34</sup> L'uso dei cani particolarmente addestrati è espressamente previsto per talune evenienze, che tratteremo negli ultimi due capitoli.

Un altro interrogativo sull'estensione o meno della scriminante rispetto al dispositivo scritto dell'art. 53 c.p. è sorto in merito ai mezzi di *coazione psichica*.

La risposta maggioritaria è affermativa.

La dottrina adduce ragioni di ordine logico, posto che l'autorizzazione "al più" (coazione fisica) includerebbe anche quella "al meno" (psichica), e considerazioni di carattere teleologico, tenendo sempre presente il carattere di strumentalità dell'uso rispetto al fine. Il limite della congruenza funzionale è comunque invalicabile: non può essere giustificato il pubblico ufficiale che, per indurre taluno a consegnarsi alle autorità, faccia, per esempio, violenza sui suoi familiari.<sup>35</sup>

La condotta del pubblico ufficiale può essere indirizzata concretamente anche ai beni materiali, purché il destinatario reale sia il soggetto che ostacoli quanto legalmente previsto al primo comma.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Segnaliamo una ricostruzione molto precisa del più vasto oggetto delle "armi", ma che ci appare troppo dettagliata per il lavoro in corso: F. LAURO, *L'uso legittimo delle armi e degli altri mezzi di coazione fisica nell'ordinamento italiano*, 1977, Roma, La Rassegna Editrice, pag. 52.

<sup>35</sup> S. ARDIZZONE, *op. citata* pag.980.

<sup>36</sup> Per esempio abbattendo una porta per adempiere un arresto; l'abbattimento di animali utilizzati per ostacolare il dovere.

Certo è che il soggetto passivo, verso cui s'indirizza l'agire del pubblico ufficiale, deve necessariamente essere quel soggetto la cui condotta ostacola il dispiegarsi dell'azione delle Autorità.<sup>37</sup>

Come abbiamo avuto modo di rilevare, le situazioni alle quali l'art. 53 c.p. si riferisce sono situazioni in cui è in gioco l'adempimento di un dovere d'ufficio, non una mera facoltà di agire.

Spostandoci sugli altri presupposti oggettivi che necessariamente devono essere presenti per scriminare l'agire dei pubblici ufficiali, l'art. 53 c.p. descrive le caratteristiche che deve rivestire *la condotta del privato*, tale da renderla giuridicamente rilevante.

Prima di passare all'analisi delle singole situazioni, è interessante notare come la descrizione della scriminante in esame si differenzi dalle modalità utilizzate per le altre; queste ultime sono infatti caratterizzate da una marcata genericità,<sup>38</sup> mentre l'art. 53 c.p. ha delineato in modo più puntuale, sia pur ad un livello ancora astratto, la necessità della *violenza* e della *resistenza*, la cui descrizione verrà affrontata puntualmente nei prossimi paragrafi.

Una precisazione è d'obbligo: non rileva, ai fini dell'applicazione della scriminante, nessun contesto specifico in cui si sviluppi e si estrinsechino la violenza o la resistenza, ossia non importa che ci si trovi in tumulti di piazza, domicilio privato, manifestazioni etc.:

---

<sup>37</sup> Vedi Cass. Sez. IV, CED 187986/1991: nel sequestro di persona l'uso dell'arma è certamente consentito nei confronti dei sequestratori, ma il suo impiego dovrebbe cessare qualora i sequestratori si facciano scudo dell'ostaggio, dato che la vita dell'ostaggio è un bene preminente da tutelare.

<sup>38</sup> L. ALIBRANDI, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, Giuffrè editore, 1979, pag.62. L'autore nota infatti che la legittima difesa e lo stato di necessità non vanno oltre un richiamo generico ad «*un pericolo attuale di un'offesa ingiusta*», e ad «*un danno grave alla persona*».

l'importante è che entrino in conflitto da un lato l'interesse pubblico, dall'altro un interesse privato, sia esso più o meno lecito.

La disposizione ha ricevuto poi una successiva e ulteriore demarcazione con la riforma del 1975, causa dell'introduzione di specifiche ipotesi delittuose.

Ai fini della nostra analisi è altresì indispensabile dipanare eventuali dubbi circa l'utilizzo dell'espressione «*necessità*». L'elemento in questione comporta un duplice giudizio: il primo riguardante la presenza della situazione necessitante; si tratterà quindi di accertare, di volta in volta, se sussistono gli avvenimenti richiesti per ciascuna delle tre situazioni indicate. Il secondo giudizio riguarda invece l'effetto della situazione necessitante sulle determinazioni del pubblico ufficiale; in questo caso occorrerà invece verificare l'incidenza dell'obiettività della situazione, o della sua erronea rappresentazione, sulla sfera decisionale del soggetto. In quest'ottica non deve essere possibile superare le situazioni necessitanti se non facendo uso delle armi o degli altri mezzi per il raggiungimento dello scopo.

Il requisito onnipresente della necessità deve essere interpretato quindi secondo il binomio *necessità/inevitabilità*, per cui (secondo la scala di mezzi che abbiamo rappresentato) il pubblico ufficiale deve *in primis* porre in essere la condotta meno dannosa, utile al raggiungimento del fine istituzionale.<sup>39</sup>

### **2.2.2. Necessità di respingere una violenza**

In dottrina<sup>40</sup> non è mancato chi ha ritenuto esistente una sostanziale identità di concetti, tra la violenza di cui all'art. 53 c.p. e la disposizione di parte speciale dell'art. 336 c.p.,

---

<sup>39</sup> Per questa ricostruzione si è seguito ARDIZZONE, *op. citata* pag. 982.

<sup>40</sup> G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, i fondamenti*, II edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2011, pag. 279; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè editore, 1990, pag. 204-205.

rubricato “Violenza o minaccia a un pubblico ufficiale”,<sup>41</sup> così che i limiti oggettivi sarebbero determinati mediante un semplice rinvio a tale fattispecie delittuosa.

Senza entrare nel merito della discussione, è opportuno precisare come l’articolo di parte speciale in questione analizza la direzione e l’efficienza causale della condotta posta in essere dal soggetto nei confronti del pubblico ufficiale, mentre l’art. 53 c.p., rimanendo volutamente nell’ambito della vaghezza, rende evidente il disvalore del contenuto insito nella condotta, derivante dalla contraddizione tra finalità pubbliche e scopi del privato.<sup>42</sup>

Ulteriori argomenti critici adottati contro tale assimilazione sono: l’impossibilità di confrontare le condotte di una fattispecie di liceità con quelle di fattispecie di illiceità alla luce delle diverse intenzioni del legislatore (nella parte speciale, infatti, il Legislatore assolve al compito di individuare i singoli casi di responsabilità penale); i differenti limiti di ampiezza delle disposizioni, che si risolvono altresì in una impossibilità di confronto.

---

<sup>41</sup> Art. 336 c.p.: «*Chiunque usa violenza a un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, per costringerlo a fare un atto contrario ai propri doveri, o ad omettere un atto dell’ufficio o del servizio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.*

*La pena è della reclusione fino a tre anni, se il fatto è commesso per costringere alcuna delle persone anzidette a compiere un atto del proprio ufficio o servizio, o per influire, comunque, su di essa».*

<sup>42</sup> Varie le critiche dottrinali sull’argomento: S. ARDIZZONE, *op. citata* pag. 983; P. PISA, *op. citata*, pag.164; T. DELOGU, *op. citata* pag. 191; L. ALIBRANDI, *op. citata* pag. 64.

Indipendentemente dalla ricerca o meno di un ulteriore appiglio <sup>43</sup> normativo, conformemente alla interpretazione restrittiva che seguiamo e così tradendo, oggi, in questo modo, le origini di stampo autoritario dell'istituto (che garantiva una tutela a tutto tondo dei pubblici ufficiali), si deve precisare che la violenza deve consistere in un comportamento *attivo*<sup>44</sup> e che tenda a frapporre ostacoli all'adempimento del dovere d'ufficio.

Per violenza generalmente s'intende l'estrinsecazione di un'energia fisica capace di recare un pregiudizio materiale a persone o cose.<sup>45</sup>

Essa deve essere indirizzata contro il pubblico ufficiale, o contro le persone o cose che lo stesso ha il dovere di tutelare.

Secondo l'orientamento prevalente, non si richiede che il comportamento violento da respingere integri un'offesa ingiusta ai sensi dell'art. 52 c.p. (evitando in questo modo di creare un circolo "vizioso" di scriminanti).<sup>46</sup> Non emerge, infatti, nella disposizione dell'art. 53 c.p. una valutazione qualitativa dell'offesa; presumibilmente questa assente aggettivazione rientri nel disegno fortemente garantista per l'Autorità del codice Rocco.

---

<sup>43</sup> R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, IV edizione, Padova, Cedam, 2002, pag. 209. L'Autore individua altri appigli normativi, quali i reati di cui agli artt. 609 bis, 610, 611, 628, 629 c.p. etc.

<sup>44</sup> A. CADOPPI e P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, III edizione, Padova, Cedam, 2007, pag. 279; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, IV edizione, Milano, Zanichelli editore, 2004, pag. 263.

<sup>45</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli editore, 2005, pag. 395.

<sup>46</sup> M. MARINI, *Usa legittimo delle armi* in "Novissimo Digesto Italiano", XX, 1975, pag. 259 ss.

La norma esula dal riferimento alla minaccia, sicché si è discusso in dottrina se la violenza possa abbracciare anche la coercizione psichica.

La dottrina, quasi unitariamente, accoglie l'interpretazione estensiva, purché la minaccia in questione sia seria e particolarmente grave.

Tramite quest'ampliamento è possibile spostare l'individuazione della violenza a un momento antecedente, non essendo più necessario che la violenza sia materialmente in atto, purché si tratti di violenza –e anche di violenza psichica– prospettata come immediata.

### **2.2.3. Necessità di vincere una resistenza all'Autorità**

Anche per quanto attiene al requisito della *resistenza*, si pongono problemi interpretativi, in merito al supposto rinvio che il termine compierebbe alla fattispecie di cui all'art. 337 c.p.<sup>47</sup>

Per chiarire subito l'entità del discorso, partiamo dall'affermare che la resistenza consiste, secondo l'interpretazione seguita da questo studio, in una condotta tanto *attiva* quanto *passiva*, finalizzata a rendere impossibile, o comunque a ostacolare l'adempimento del dovere d'ufficio o gli atti esecutivi a questa collegati.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Art. 337 c.p. “Resistenza a pubblico ufficiale”: «*Chiunque usa violenza o minaccia per opporsi a un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, mentre compie un atto di ufficio o di servizio, o a coloro che, richiesti, gli prestano assistenza, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni*».

<sup>48</sup> FIANDACA-MUSCO, *opera citata*, pag. 255; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, Giuffrè editore, 2003, pag. 444; D. PULITANÒ, voce

Il rischio di eccedere nell'interpretazione del termine –come è avvenuto in numerose pronunce- è comunque mitigato dal requisito, seppur non esplicito, della *proporzione* (che deve essere sempre analizzato e rinvenuto) su cui ci soffermeremo nelle prossime pagine.

Tornando al rapporto tra l'art. 53 c.p. e la fattispecie speciale dell'art. 337 c.p., potremmo basare la scelta di non utilizzare quest'ultima disposizione per delineare il concetto stesso di resistenza, adducendo (come parte della dottrina ha fatto) valutazioni di carattere testuale e letterale, ma tale impostazione critica sarebbe facilmente superabile compiendo un raffronto delle disposizioni su un piano sistematico-concettuale, piuttosto che letterale-esegetico.

Il problema di quest'ulteriore teoria, che dilaterrebbe il discorso fino al piano sistematico, si manifesta nel momento in cui, seguendola, si concluderebbe che l'art. 53 c.p. descriva solo comportamenti aggressivi, finalizzati a coartare la libera formazione della volontà degli organi dello Stato; conseguenza inaccettabile sarebbe l'impossibilità di estendere la scriminante anche a casi di reazione a condotte passive.<sup>49</sup>

La soluzione migliore appare ancora una volta quella fondata sull'interpretazione teleologica della norma; ciò che rileva, nella condotta del soggetto, è la sua finalità di opposizione a un

---

*Uso legittimo delle armi*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, 1994, XXII volume, cit. 3.

<sup>49</sup> Che invece sembra essere l'obiettivo dell'opposta dottrina, tesa a trovare le componenti della violenza e della resistenza autonomamente rispetto agli artt. 336 e 337 c.p.

provvedimento dell’Autorità, indipendentemente dalla sua liceità<sup>50</sup> o illiceità.<sup>51</sup>

La giurisprudenza della Suprema Corte, non sempre unanime negli anni<sup>52</sup> per ragioni di cautela, ha sottolineato, soprattutto

---

<sup>50</sup> Vero è che solitamente ci troviamo di fronte a illeciti penali o extra penali, ma pensiamo al caso di scuola dell’ordine di sgombero di un ospedale psichiatrico: i ricoverati, essendo incapaci di intendere o volere, non possono realizzare il reato di resistenza. Altro esempio può essere quello di una manifestazione in piazza non autorizzata, posta in essere da minori di 14 anni. Per questi rilievi si è seguito T. DELOGU, *L’uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coazione fisica* in “Archivio penale”, 1972, pag.190.

<sup>51</sup> Cass. 26 giugno 2003, n. 35125 CED: *«l’atto di divincolarsi posto in essere da un soggetto fermato dalla polizia giudiziaria configura violenza ai fini della sussistenza del reato di cui all’art. 337 c.p., e non mera resistenza passiva, quando non costituisce una sorta di reazione spontanea ed istintiva alla costrizione operata dal pubblico ufficiale, ma un vero e proprio impiego di forza diretto a neutralizzare l’azione del pubblico ufficiale e a sottrarsi alla presa, guadagnando la fuga».*

<sup>52</sup> Riportiamo di seguito alcune tra le più rilevanti sentenze della Corte di Cassazione:

- Cass. Sez. IV, sent. 27 aprile 1989, in “Rivista penale”, 1990, pag. 32: caso del soggetto che all’intimazione dell’alt da parte di pubblico ufficiale si dà alla fuga, realizzando un’ipotesi di disubbidienza passiva, la quale non integra un comportamento idoneo a giustificare l’uso delle armi.
- Cass. 29 novembre 1991, n. 12137, CED RV. 188684: *«nel caso di resistenza posta in essere con la fuga, manca il rapporto di proporzione tra l’uso dell’arma e il carattere non violento della resistenza opposta al pubblico ufficiale. In tale ipotesi il pubblico ufficiale che abbia fatto uso dell’arma non può invocare l’esimente de qua sotto il profilo della putatività, assumendo di aver ritenuto di agire in presenza di una causa di giustificazione, essendo incontrovertibile che l’errore sull’esistenza delle circostanze di*

nell'ipotesi di *fuga*, oltre che nei casi di *resistenza passiva*, la necessità che tali condotte, per poter scriminare la reazione dei pubblici ufficiali, debbano mettere in pericolo l'incolumità di terzi.<sup>53</sup>

---

*esclusione della pena spiega efficacia scriminante quando investe i presupposti di fatto che integrano la causa di giustificazione o una norma extra penale integratrice di un elemento normativo della fattispecie giustificante, e non quando si risolve in un errore di diritto, sfociante nell'erronea e inescusabile convinzione che la situazione in cui si trova vi sia scusabilità».*

- Cass. Sez. IV, sent. 1 marzo 1995, CED 200978: caso del brigadiere dei carabinieri, il quale dopo aver intimato l'alt ad un veicolo sopraggiungente, vedendo che il veicolo non si arrestava e proseguiva la marcia, ha esploso un colpo di pistola in direzione del mezzo, colpendo a morte il guidatore. La Corte si è espressa così: «*Poiché per l'operatività dell'esimente prevista dall'art. 53 c.p. occorrono due condizioni strettamente indipendenti tra loro, vale a dire l'uso legittimo dell'arma e la necessità di vincere una resistenza attiva, nonché un rapporto di proporzione, di modo che, qualora altri mezzi siano possibili per respingere la violenza o vincere la resistenza, il pubblico ufficiale non è autorizzato ad usare le armi, salvo le eccezioni previste da specifiche disposizioni di legge, l'inosservanza dell'ordine di fermarsi impartito dal pubblico ufficiale integra una resistenza meramente passiva, inidonea a giustificare l'uso dell'arma da parte di quest'ultimo».*
- Cass. Sez. IV, n. 35967, 2002: la semplice fuga è caratterizzata dal non essere rivolta all'aggressore e dal non comportare, nemmeno in astratto, un pericolo per l'incolumità della persona.

<sup>53</sup> Vedi Cass. 20 settembre 2000, n. 9961, CED RV. 217623: «*In tema di uso legittimo delle armi, la fuga del soggetto nei cui confronti il pubblico ufficiale tenuto ad adempiere al dovere del proprio ufficio, non può escludere in assoluto l'esistenza della scriminante, essendo necessario procedere alla valutazione delle modalità con le quali la fuga stessa è*

#### **2.2.4. Necessità di impedire la consumazione di gravissimi delitti**

In dottrina sono sorti seri sospetti d'illegittimità costituzionale dell'art. 53 c.p. (sia pur interpretato in senso restrittivo, come si è tentato di compiere e si tenta di compiere nei Tribunali per assicurare e salvaguardare la presenza di questa scriminante nel diritto positivo) con riferimento all'aggiunta seconda parte del primo comma della disposizione, operata dall'art. 14 della l. 22 maggio 1975, n. 152 (c.d. «Legge Reale»).

Questa legge fu emanata, in affrettata preparazione e a seguito tormentata gestazione, a causa dell'ondata di criminalità che si verificò negli anni '70, caratterizzata da gesti violenti e plateali, e che colpì non solo l'attenzione, ma anche l'emotività dell'opinione pubblica, scatenando paura e diffidenza nei confronti delle Autorità tra la popolazione.

La novella in questione recita: *«e comunque di impedire la consumazione dei delitti di strage, naufragio, sommersione, disastro aereo, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona»*, enumerando gli episodi di maggiore recrudescenza criminale di quegli anni.

---

*realizzata, e dovendosi ritenere che, quando tali modalità siano tali da porre a repentaglio l'incolumità di terze persone, l'uso delle armi è legittimo, sempre che non sia possibile un altro mezzo di coazione di pari efficacia ma meno rischioso»*. Nella specie, la Corte ha ritenuto che la fuga posta in essere da sconosciuti intercettati dai carabinieri, dopo un iniziale tentativo di speronamento dell'autoveicolo di servizio, non sia configurabile come mera resistenza passiva, ma, per l'elevata velocità del veicolo fuggitivo e per i rischi causati agli utenti della strada, costituisce resistenza da vincere e legittimi pertanto l'uso delle armi, diretto ai pneumatici del veicolo inseguito, quale unico mezzo per arrestarne la corsa.

Già in sede di lavori parlamentari, la formula della disposizione fu oggetto di rovente polemica, tanto da essere definita “norma dalla potenzialità omicida”, paradossalmente nociva per le forze dell’ordine.<sup>54</sup>

È opportuno ricordare, nel contesto anteriore all’entrata in vigore della norma, la proposta dell’On. Speranza (Partito Popolare) che consisteva nel fare godere, per i due anni successivi all’entrata in vigore della legge Reale, la totale impunità del pubblico ufficiale che facesse uso, o ordinasse di fare uso, delle armi per ragione di sicurezza nei confronti anche di *chi stesse per commettere il reato*.<sup>55</sup>

Possiamo ben comprendere quell’avvertita necessità di anteporre il momento di intervento dei pubblici ufficiali; l’inserito, dalla prospettiva del Parlamento, voleva rappresentare una nuova e migliore garanzia per gli organi di polizia, evidenziando implicitamente l’inefficacia della precedente struttura.<sup>56</sup>

La novella del 1975 non indusse solo problematiche e quesiti nel diritto sostanziale; per quanto attiene all’ambito *processuale*, questo fu proprio colpito da dubbi d’illegittimità costituzionale.

---

<sup>54</sup> Ripercorrendo la descrizione di V. MUSACCHIO, *L’uso legittimo delle armi*, Milano, Giuffrè editore, 2006, pag.89, la disposizione in questione avrebbe circondato l’azione dei pubblici ufficiali di un alone di sospetto.

<sup>55</sup> Significando esplicitamente che per un certo ramo del Parlamento il principio di incoercibilità degli atti meramente preparatori potesse essere agevolmente superato in nome dell’ordine pubblico.

<sup>56</sup> F. LAURO, *op. citata*, pag. 105, senza mezzi termini afferma che *con la formulazione della disposizione si dice agli organi della polizia di non avere remore ad usare le maniere forti per impedire la consumazione dei reati elencati*.

Gli interrogativi furono dipanati sbrigativamente dalla Corte Costituzionale, che, con sentenza n.125 del 14 aprile 1976, affermò la piena conformità della disciplina in questione al principio di uguaglianza, fondando la propria motivazione sull'indiscutibile diversità tra la reazione del privato cittadino che non esercita un'azione pubblica, e il comportamento dell'agente dell'ordine che svolge un'attività utile per l'intera società. Questo dislivello eccessivo, seguendo la storia del nostro ordinamento, è stato appianato con l'abrogazione del suddetto art. 27 della l. n. 152/1975, in seguito all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale in forza dell'art. 207 coord. C.p.p. in attuazione dell'art. 35 della stessa legge del 1975, di fatto escludendo qualsiasi procedura privilegiata prevista in leggi speciali.

La situazione che si prospettava era che, con l'art. 53 c.p., si stesse compiendo un avanzamento anti garantistico, comportante una regressione da uno Stato di diritto a uno Stato di polizia.

Nelle aspettative del legislatore (corpo etereo costituito da soggetti di diversa estrazione politica), in realtà, la disposizione avrebbe dovuto, quindi, ampliare la portata dell'art. 53 c.p.;<sup>57</sup> l'effettiva efficacia di tale innovazione<sup>58</sup> ha costituito invece oggetto di studio e critiche principalmente con riferimento al requisito della proporzione tra i beni in

---

<sup>57</sup> Vedi in tal senso la Relazione alla Camera delle Commissioni riunite II e IV.

<sup>58</sup> NUVOLONE, in "Indice penale", 1975, pag. 240 definisce la norma «alquanto misteriosa, perché nella sua formulazione, sembra addirittura lapalissiana, trattandosi in sostanza di legittima difesa di un diritto altrui».

discussione, e alla determinazione del momento di intervento dell'attività coattiva pubblica.<sup>59</sup>

Quanto alla *proporzione* tra i beni, il legislatore ha finito per valutare *a priori* (cioè positivizzandola a chiare lettere) la prevalenza degli interessi minacciati dai gravi delitti elencati rispetto a quelli sacrificati dall'intervento pubblico.

In realtà, analizzando a fondo tale bilanciamento, esso risulta puramente teorico; sorge dunque il sospetto che l'articolo 14 non abbia effettivamente arrecato alcuna sostanziale novità alla disciplina previgente.

Dunque una prima teoria interpretativa ha affermato che la norma nulla aggiungerebbe alla situazione ordinamentale precedente; stando a questa posizione sarebbe inutile porsi interrogativi in termini di uguaglianza.

Proseguendo su questa scia interpretativa, la dottrina si è scissa fra chi<sup>60</sup> ha sostenuto che le ipotesi introdotte fossero già regolabili a norma dell'art. 52 c.p.<sup>61</sup> (di modo che l'articolo

---

<sup>59</sup> Così finendo probabilmente per essere solo un monito e un segnale alla cittadinanza preoccupata, simbolo di rinvigorismento dell'Autorità pubblica. D'altro canto, come abbiamo sottolineato, è la stessa opinione pubblica in quegli anni a reclamare più estese misure di sicurezza. Il Legislatore soddisfò i cittadini italiani, assicurando loro che nel contrasto tra l'interesse personale "del delinquente" o "del terrorista" ad avere salvaguardata la propria personalità fisica e l'interesse pubblico, quest'ultimo sarebbe stato sempre e comunque prevalente. L'innovazione in questione si riduce così a legislazione puramente simbolica, volta ad esibire un pugno di ferro contro particolari forme di criminalità, che poco o nulla aggiunge ai precedenti contenuti normativi.

<sup>60</sup> BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico* in "La questione criminale", 1975, pag.259.

<sup>61</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli editore, 2005, pag. 396. L'autore prendendo in considerazione il fatto che uno di questi

sarebbe solo un doppione della legittima difesa), e chi ha ritenuto che tali ipotesi fossero già incluse nell'art. 53 c.p.;<sup>62</sup> questa seconda impostazione è da ritenersi non condivisibile poiché non tiene conto del fatto che quella violenza deve essere arrecata all'Autorità, mentre i gravi delitti inseriti non presentano alcuna specificazione dell'oggetto materiale delle relative condotte.

La prima tesi invece, che ricondurrebbe le fattispecie in questione nell'art. 52 c.p., richiede un chiarimento e una verifica: i delitti *ex art. 14* difettano del requisito *dell'attualità* del reato; stravolgendo il senso della difesa legittima, l'innovazione della legge del 1975 giustificerebbe il soccorso difensivo nonostante il pericolo dell'offesa ingiusta sia ancora lontano.

Il secondo orientamento dottrinale, cui facciamo riferimento,<sup>63</sup> coglie diversamente il senso della novella, attribuendole un significato ben preciso: il momento dell'*iter criminis* è la soglia del tentativo, ma la novità sorprendente sarebbe l'assoluta necessità del superamento della violenza o della resistenza nei confronti dell'Autorità; tale necessità

---

gravi delitti comporterebbe un'offesa ingiusta, nei confronti di diritti altrui, afferma che la fattispecie in esame sarebbe totalmente riconducibile allo schema del soccorso difensivo di cui all'art. 52 c.p.

Nell'ottica di Palazzo, la precisazione della legge Reale sarebbe più una specificazione nominativa dei termini della difesa legittima, sia per quanto concerne l'aggressione (elencando le fattispecie), sia per quanto concerne il metodo di reazione difensiva (l'ausilio delle armi).

<sup>62</sup> FIANDACA-MUSCO, *Una introduzione di fatto di reato*, Catania, 1982, pag. 70.

<sup>63</sup> Sostenuto da M. ROMANO, *Commentario, op. cit.*, par.4; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*, pag. 222.

varrebbe anche un'anticipazione assolutamente anomala dell'azione del pubblico ufficiale.

Questa lettura non sfugge, comunque, alla regola della proporzione, e ai principi di necessità/inevitabilità: l'uso delle armi sarebbe concesso solo se unico mezzo per superare la violenza o la resistenza.

Non è mancato, comunque, chi<sup>64</sup> ha accolto positivamente l'innovazione del legislatore. Si tratta della terza interpretazione per cui la dimensione innovativa si coglierebbe nella legittimazione *dell'uso preventivo delle armi*.

Proprio l'anticipazione del momento di operatività della scriminante è parsa opportuna, seppur a parte minoritaria della dottrina, sotto più profili: anzitutto il pubblico ufficiale non sarebbe gravato del difficile incarico di valutare, in corso d'opera, l'inizio dell'attività punibile, valutazione ardua in un'istruttoria penale e quindi ancora di più in un clima di emergenza.

In secondo luogo, potrebbero sorgere difficoltà nel conciliare i principi del tentativo con alcuni delitti contemplati dall'articolo in questione.

Infine, tale teoria si fonda sul presupposto che il delitto seppur tentato, è pur sempre un delitto, con la conseguenza che, mentre per la prima parte dell'art.53 c.p. il pubblico ufficiale sarebbe legittimato ad usare la armi davanti a fatti che delitti autonomi non sono, nella seconda parte, davanti all'esecuzione di fatti gravissimi, il pubblico ufficiale dovrebbe compiere un'esatta valutazione del caso di specie per verificare se, quanto meno, sia rilevante *ex art. 53 c.p.*

Critica razionale, di stampo moderno e largamente condivisibile a questa visione è che essa consentirebbe la

---

<sup>64</sup> L. ALIBRANDI, *op. citata*, pag. 72.

reazione armata anche in assenza di un effettivo pericolo per i beni presi di mira, andando a toccare anche il momento più remoto dell'*iter criminis*. Questa sarebbe una conseguenza inaccettabile per un Paese che si autoproclami democratico e civile.<sup>65</sup>

Abbandonando momentaneamente le tre ricostruzioni precedenti, il punto effettivamente più complesso della novità legislativa rimane la locuzione «*e comunque di impedire la consumazione*».

Interpretare quest'espressione del legislatore in puro stile preventivo-repressivo, equivarrebbe ad autorizzare l'uso delle armi anche ove ci si trovasse in situazioni antecedenti all'inizio dell'esecuzione, con la creazione di una sostanziale "licenza di uccidere" consegnata nelle mani dei pubblici ufficiali, che anche a un'analisi superficiale appare in contrasto con il principio di offensività,<sup>66</sup> fondamento indiscusso del nostro sistema penale.

Tale costruzione autorizzerebbe l'offesa di diritti inviolabili della persona alla presenza di una sola remota possibilità di lesione di interessi pubblici, con un'evidente sproporzione tra gli interessi in conflitto.<sup>67</sup>

L'unico modo per interpretare la disposizione, senza che la bilancia penda eccessivamente da un lato, è quello di

---

<sup>65</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, IV edizione, Milano, Zanichelli, 2004, pag. 265.

<sup>66</sup> La sola formale violazione della norma non comporta la punibilità se non vi è stata effettiva lesione o messa in pericolo dell'interesse protetto.

<sup>67</sup> D'altro canto il canone della proporzione si fonda sul triplice requisito dell'idoneità, necessità e bilanciamento degli interessi, implicando che tanto più è elevato il grado di sacrificio imposto ad una libertà fondamentale, tanto più probabile deve risultare il grado del pericolo che, in ragione dell'esercizio di essa, incombe sul bene confliggente da salvaguardare.

richiedere, anche in questi casi aggiuntivi, quanto meno un concreto pericolo di offesa, e quindi che il livello del tentativo sia, per così dire, attinto.

Da questa semplice affermazione, piena di valori di cui è intrisa la materia penale, ben ci possiamo render conto che la seconda parte dell'art. 53 c.p. nulla ha aggiunto di nuovo rispetto alle ultime frontiere giurisprudenziali con riferimento al momento della violenza e della resistenza, di cui alla prima parte dell'articolo.

L'interrogativo principale, in merito alle parole del legislatore, nonostante le varie teorie (influenzate necessariamente dal momento storico di formulazione) rimane: qual è l'utilità, allora, di quest'acclamata innovazione? O ancora meglio: sussiste effettivamente una novità sconvolgente per l'ordinamento, o l'aggiunta è solo espressione, come spesso accade, purtroppo anche in ambito penale, di un'affrettata quanto cattiva tecnica legislativa?<sup>68</sup>

### **3. Il requisito implicito della proporzione: disamina dei profili problematici legati all'art. 2, 2 comma CEDU**

La disposizione inerente all'uso legittimo delle armi appartiene, come abbiamo analizzato nel primo capitolo, alla cultura giuridica e sociale degli anni '30; nonostante la norma sia rimasta in vigore e letteralmente quasi intatta rispetto all'epoca fascista, l'avvento della Costituzione e la solenne proclamazione dei diritti inviolabili

---

<sup>68</sup> T. PADOVANI, *op. citata* pag. 205, in modo molto scettico e puntuale, afferma che «il ritocco all'art.53 c.p. altro non ha significato che una pubblica conferma della vigenza dell'articolo in questione, nel suo complesso, che in quel periodo era talvolta contestata: «integrando la norma, il legislatore ne ha implicitamente ribadito la validità».

dell'uomo in essa contenuta, ha travolto il trattamento di privilegio che l'originaria lettura del contenuto della scriminante assicurava ai pubblici ufficiali.

Ricostruendo storicamente la spiegazione dell'assenza del requisito della proporzione, possiamo affermare, seguendo la dottrina unitaria, che si è trattato di una scelta consapevole del Legislatore, concernente il rifiuto di operare e fare operare un raffronto tra l'interesse del soggetto passivo della coazione e quello dell'Autorità, concretizzatosi nell'azione del pubblico ufficiale. Il legislatore avrebbe, quindi, voluto stabilire *a priori* la preminenza di quest'ultimo interesse, consacrata in via di presunzione *iuris et de iure*.<sup>69</sup>

Al di là della re-interpretazione, in senso restrittivo, della disposizione in questione, dottrina e giurisprudenza repubblicane hanno dovuto rimediare all'assenza del requisito (invece presente negli artt. 52 e 54 c.p.) della *proporzione*, per salvaguardare l'esistenza della disposizione da severe pronunce di incostituzionalità.

In materia di scriminanti, il concetto di proporzione assume un doppio contenuto, a seconda che lo si esamini sotto il profilo dei mezzi usati per garantire un dato interesse, ovvero sotto il profilo degli interessi in conflitto.<sup>70</sup>

Per quanto attiene ai mezzi impiegati, la lettura costituzionalmente orientata comporta un'inversione dell'ordine indicato nella

---

<sup>69</sup> P. PISA, *op. citata*, pag. 168; R. STEIN, *Usa legittimo delle armi. Considerazioni generali*, in "Rivista penale", 1936, pag. 697 e ss.; A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, Torino, Giappichelli editore, 1958, pag. 216.

<sup>70</sup> Il requisito implicito della proporzione è canone immanente e indispensabile sia rispetto al rapporto tra resistenza o violenza e mezzo coattivo impiegato, sia riguardo ai beni in conflitto.

disposizione, obbligando l'interprete a riferirsi alla progressione fra i due mezzi citati, partendo dai più innocui.

Tra i vari mezzi possibili comunque, la scelta preferenziale può essere operata non in base ad un astrattismo *a priori*, ma alle esigenze di ogni singolo caso concreto, in funzione dell'entità della violenza da respingere o della resistenza da vincere.

Ancora, bisogna precisare che il pubblico ufficiale non ha una scelta libera dei mezzi.<sup>71</sup>

Essendo, la condotta del pubblico ufficiale, un'attività amministrativa e come tale subordinata al principio di legalità, la scelta dei mezzi è vincolata entro la serie di quelli autorizzati dall'ordinamento.

In un eventuale giudizio *ex art. 55 c.p.* (eccesso colposo), per esempio, si potrebbe trattare di appurare se esiste un'adeguatezza dei mezzi, intesa nel senso che nella loro opzione, concretamente praticabile, deve essere data sempre la precedenza ai mezzi meno dannosi tra quelli disponibili, sulla base di un canone prettamente qualitativo<sup>72</sup>, alla luce del requisito della necessità.

---

<sup>71</sup> R. STEIN, *opera citata*, pag. 722, al contrario affermava la totale libertà del pubblico ufficiale nella scelta dei mezzi, fino a ricomprendervi anche armi sue personali, diverse da quelle in dotazione.

<sup>72</sup> A tal proposito possiamo riportare alcuni passaggi della Corte di Cassazione:

- Cass. 4 aprile 1991, Foro Italiano, 1992, pag. 220 ha affermato che la legittimità dell'uso delle armi cessa allorché vi sia l'utilizzazione come scudo dell'ostaggio da parte dell'aggressore, posto che la vita dell'ostaggio è un bene preminente da tutelare; si discuteva in questa sentenza della responsabilità di un metronotte per aver cagionato la morte dell'ostaggio per eccesso colposo nell'uso legittimo delle armi.
- Cass. 22 settembre 2000, n.9961, CED RV. 217622: fattispecie in cui, riconosciuto legittimo l'uso delle armi da parte dei Carabinieri che avevano mirato alle ruote per fermare un'auto in fuga, è stato escluso che essi potessero rispondere *ex art. 55 c.p.* nella morte non

L'aspetto principale e sicuramente più complesso attiene, invece, alla proporzione tra i beni e gli interessi in conflitto.

Nell'ottica costituzionalizzata l'uso dei mezzi di coazione non potrà mai condurre ad arrecare un'offesa eccedente quella al cui impedimento si rivolge la condotta del pubblico ufficiale.<sup>73</sup>

Per comprendere meglio questo concetto applicato ai beni e agli interessi, possiamo riportare alcuni esempi: l'uccisione di una persona detenuta che venga colta in procinto di evadere dal penitenziario, è destinata ad apparire come un costo del tutto intollerabile e sproporzionato rispetto al solo obiettivo di protrarre lo stato di

---

voluta di due degli aggressori. La motivazione addotta dalla Corte è che nel rispetto del requisito della proporzione, una volta ritenute presenti le altre componenti della fattispecie, il rischio del verificarsi di un evento più grave non voluto non può essere posto in capo al medesimo, in quanto la prevedibilità di tale evento è intrinsecamente collegata alla componente di rischio, insito nell'uso dell'arma da fuoco, unica in dotazione del pubblico ufficiale; il suddetto rischio potrebbe essere evitato solo rinunciando all'uso dell'arma, già normativamente autorizzato.

Stesso discorso è stato utilizzato per un'altra fattispecie in cui il carabiniere, allo scopo di arrestare la fuga di un ciclomotore che non aveva ottemperato all'invito di fermarsi, aveva esplosi vari colpi d'arma da fuoco in direzione delle gomme del veicolo, ed uno dei colpi, rimbalzando, aveva attinto il conducente, causandone la morte.

<sup>73</sup> Seguendo quanto affermato da G. DE FRANCESCO, *op. citata* pag. 280, «in virtù del principio personalità che permea l'intero sistema giuridico, la reazione non potrà più considerarsi ammissibile, laddove, pur quando necessaria, essa verrebbe a comportare un'offesa particolarmente grave ai beni essenziali dell'individuo, senza che sussista il pericolo di una lesione di portata e consistenza analoghe».

detenzione<sup>74</sup>; ancora si dovrà escludere la proporzione, qualora il pubblico ufficiale faccia uso delle armi uccidendo o ferendo gravemente una persona in caso di rifiuto da parte di questa di declinare le proprie generalità e che si dia alla fuga in modo da rendere impossibile il suo riconoscimento.

Si può concludere questa disamina affermando che quanto più l'uso delle armi o degli altri mezzi di coazione venga rivolto alla tutela dei beni propri della persona o di beni collettivi, risulta assai più agevole un riscontro positivo dell'esistenza di un rapporto di proporzione con l'offesa arrecata.

È necessario a tal proposito ritornare brevemente sull'ampliamento voluto dalla legge del 1975.

Nell'elencazione dei reati, il legislatore sembra prendere sempre di più le distanze dall'idea dell'uso delle armi come strumento di difesa dell'Autorità, ponendo in risalto invece, l'esigenza di garantire la salvaguardia degli interessi fondamentali dei singoli membri della comunità.

Chiaro è che questo discorso promuove una re-interpretazione della scriminante che ne limiti le potenzialità liberticide, promuovendo una visione di fondo sempre meno sbilanciata a favore di una difesa armata dei pubblici poteri, al di fuori di situazioni realmente allarmanti.

Nell'occuparci del requisito della proporzione, è impossibile prescindere dall'affrontare il discorso della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il corollario, più gravido di conseguenze in materia penale, dell'essere firmatari, è quello della doverosità di un'interpretazione conforme alla

---

<sup>74</sup> Tratteremo di questo aspetto nel capitolo dedicato ai casi speciali previsti dal terzo comma dell'art. 53 c.p., ricomprendente la disciplina dell'art. 41 della l. 374/1975.

CEDU<sup>75</sup> sia delle norme incriminatrici che di quelle scriminanti da parte del giudice penale.

Al fine di garantire uno standard minimo di tutela dei diritti fondamentali, il giudice penale italiano sarà tenuto a compiere di volta in volta un bilanciamento tra l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice e il diritto di volta in volta preso in considerazione, al fine di determinare se la condotta risulti o meno scriminata, tenendo conto non solo della formulazione scritta della Convenzione, ma anche dell'interpretazione dei giudici di Strasburgo.

È innegabile, dunque, come i diritti di fonte Cedu e la loro interpretazione ad opera della Corte europea penetrino e debbano penetrare nella giurisprudenza ordinaria italiana in materia penale. Questa posizione di “subordinazione convenzionalmente conforme”<sup>76</sup> dell'Italia, ha portato ad una lettura *assolutamente restrittiva* dell'operatività della scriminante di cui all'art.53 c.p.

Tale interpretazione si fonda sul dato letterale dell'art. 2, 2 comma CEDU che consente di cagionare la morte di una persona in conseguenza di un ricorso alla forza, resosi «*assolutamente necessario per eseguire un arresto legale o per impedire l'evasione di una persona legalmente detenuta*» (lettera b), ovvero «*per reprimere in modo conforme alla legge una sommossa o una insurrezione*» (lettera c).

L'ormai consolidata giurisprudenza di Strasburgo ha tuttavia sottoposto a un'ulteriore lettura restrittiva anche queste eccezioni,

---

<sup>75</sup> Torneremo su questo spinoso problema nel prossimo paragrafo, in cui affronteremo la pronuncia della Corte in merito al reato di tortura, inesistente nell'attuale ordinamento italiano, ma configuratosi durante gli scontri del G8 a Genova.

<sup>76</sup> Come definita da F. VIGANO, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo* in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2007, pag.93.

ricavando dalla locuzione “assoluta necessarietà” non solo un riferimento all’idoneità dell’uso della forza rispetto allo scopo perseguito e alla inesistenza di mezzi meno lesivi disponibili, ma anche quel requisito di *proporzione* rispetto a tali scopi, il cui concreto accertamento impone di tener conto della natura dello scopo perseguito, dell’entità del pericolo per i beni della vita e dell’integrità fisica, inerenti alla situazione presupposta, nonché del livello di rischio che la forza impiegata possa determinare la perdita di vite umane.

In particolare, una lettura conforme alla CEDU esclude che la condotta della forza pubblica possa ritenersi giustificata quando l’evento letale sia scaturito da una insufficiente pianificazione dell’operazione,<sup>77</sup> o comunque allorché non sia stata adottata ogni opportuna cautela per evitare il prodursi di eventi letali. In tal modo la Corte europea recupera, in via interpretativa, quel requisito della proporzione, che il nostro art. 53 c.p. non esplicita e che il riferimento diretto ad un’interpretazione convenzionalmente conforme consente di conquistare in maniera assai più salda di quanto non accada sfruttando le parole della dottrina interna.

Il problema reale è sorto però nel momento in cui la giurisprudenza italiana ha stravolto il contenuto dell’art. 2, 2 comma CEDU per fondare un’interpretazione estensiva della scriminante dell’uso legittimo delle armi, a discapito di quegli obblighi di tutela della vita umana.

Nel caso di specie (Cassazione Penale, sezione IV, 2 maggio 2003)<sup>78</sup>, la Cassazione annullò senza rinvio la condanna alla pena di quattro mesi

---

<sup>77</sup> Interessante a tal proposito il caso *Nachova c. Bulgaria*, nel quale la Corte ritenne sproporzionato l’uso della forza letale per impedire la fuga dal carcere di due soggetti disarmati e non pericolosi, censurando al contempo la pianificazione dell’operazione, che non aveva minimizzato i rischi di uccisione (essendo stato ordinato agli agenti di procedere con ogni mezzo).

<sup>78</sup> In “Diritto penale e processuale”, 2004, pag. 597 ss;

di reclusione e al risarcimento del danno, a carico di un maresciallo dei carabinieri, riconosciuto dai giudici di merito colpevole di omicidio e lesioni colpose di due rapinatori in fuga, per aver esploso durante l'inseguimento alcuni colpi di pistola contro l'auto.

L'imputato, nonostante la mitezza incomprensibile della pena, aveva proposto ricorso per Cassazione, sostenendo che l'art. 2, 2 comma della CEDU prevede l'uso legittimo delle armi al fine di eseguire un arresto altrettanto legittimo; la Corte diede ragione alla parte, con motivazione contenente numerosi e pericolosi errori.<sup>79</sup> Poniamo, in questa sede, l'accento su alcuni di questi:

- La Corte ha sostenuto che tale norma pattizia, in quanto norma di diritto comunitario, non poteva non trovare applicazione nel caso di specie; con la conseguenza che, legittimamente, l'imputato aveva esploso i colpi con la pistola d'ordinanza, al fine di bloccare la guida spericolata dei rapinatori, e assicurare alla giustizia non solo i rapinatori stessi, ma anche il bottino. La Cassazione ha poi indugiato in una superflua ricapitolazione dei principi in tema di effetto diretto della normativa comunitaria, senza però rendersi conto che la CEDU non appartiene affatto al diritto comunitario, ma è semmai riconosciuta dall'ordinamento comunitario quale criterio ispiratore e limite dell'azione comunitaria nelle materie di

---

<sup>79</sup> In dottrina questi errori sono stati rilevati e discussi da F. ALBEGGIANI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed uso legittimo delle armi*, in "Foro italiano", 2003, II, pag. 435; A. MARI, *Uso delle armi, come la Convenzione inciampò sulle fonti comunitarie*, in "Diritto e giustizia", 2003, n.20, pag.19; A. ROIATI, *Caratteristiche dei requisiti della violenza o della resistenza per legittimare l'uso delle armi*, in "Rivista penale", 2004, pag.53; A. TAMIETTI, *Un caso di cattiva applicazione della CEDU tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita*, in "Cassazione penale, 2003, pag. 3838.

competenza comunitaria (tra cui *non* rientra anche la tutela dell'ordine pubblico interno contro la criminalità comune).

- Il riferimento alla CEDU è limitato al tenore letterale dell'articolo in questione; la Corte non si è minimamente concentrata sulla vasta giurisprudenza della Corte di Strasburgo (che come abbiamo visto poc'anzi spinge verso un'interpretazione nettamente restrittiva e garantista dei diritti dell'uomo).
- La Cassazione ha trascurato di considerare che la CEDU si limita a fissare standard minimi di tutela dei diritti fondamentali, lasciando invece lo Stato libero di apprestare nel caso concreto livelli di tutela più elevati tramite la propria legislazione interna.

Quindi, con un macroscopico errore di valutazione, la Corte di Cassazione ha male interpretato il rapporto che la giurisprudenza interna deve avere con quei valori incardinati nel testo pattizio, giungendo paradossalmente a un'interpretazione restrittiva nel caso concreto.

La Cassazione ha totalmente frainteso il tenore e la portata dell'art.2, 2 comma, lettera b) delle CEDU, leggendolo come una norma scriminante anziché come una norma che fissa uno standard minimo di tutela del diritto alla vita,<sup>80</sup> sia pur stabilendo che gli Stati membri abbiano l'obbligo di considerare lecito l'uso della forza letale, allorché appaia “assolutamente necessario” per eseguire un arresto legittimo.

---

<sup>80</sup> E questo è probabilmente il più grande ed evidente errore di prospettiva, dal momento che la CEDU non avrebbe alcun titolo per stabilire norme a tutela degli interessi pubblicistici sottostanti, per esempio, all'esecuzione di un arresto o all'impedimento di un'evasione. Tali interessi sono, al più, considerati come limiti che lo Stato membro può legittimamente opporre alla tutela del diritto fondamentale alla vita attraverso la posizione di apposite norme interne, senza violare con ciò la Convenzione.

La Suprema Corte ha quindi autonomamente tratto una conclusione autorizzativa, assolutamente non conforme al tenore dell'attuale ordinamento europeo.

Al contrario la Corte avrebbe dovuto verificare la sussistenza nel caso di specie dei requisiti della norma esimente dell'art. 53 c.p., interpretandoli restrittivamente in omaggio all'esigenza di tutela del diritto alla vita, di stampo europeo, anche dei rapinatori in fuga.

#### **2.4 Il G8 di Genova: gli scontri armati, il reato di tortura e la difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili**

Dopo aver focalizzato l'attenzione sul requisito implicito della proporzione, non menzionato apertamente nella struttura dell'articolo, si ritiene interessante completare il quadro critico dell'istituto riportando alcuni fatti avvenuti nel 2001 a Genova in occasione del G8, che vide le forze dell'ordine protagoniste di un'azione molto impegnativa.

L'ultima pronuncia interna sui fatti in questione è stata quella della Sez. V della Cassazione penale, n. 38085 del 5 luglio 2012.

Il più consistente nucleo di imputazioni riguarda l'azione della Polizia di Stato presso il complesso scolastico "Diaz-Pertini" e "Diaz-Pascoli"; numerosi sono stati gli autori processati con le accuse di lesioni gravi, falsi in atti pubblici aggravati, calunnie, arresti illegali e danneggiamenti.

Per quasi tutti, le responsabilità vennero accertate.

Per tutti i reati commessi, ad eccezione dei falsi, però, non verrà irrogata alcuna pena, perché intanto gli stessi si sono prescritti; sono infatti passati, al momento della pronuncia, oltre 10 anni dalla notte tra il 20 e il 21 luglio 2001.

Vero protagonista del processo fu la prescrizione.

È così che, dopo l'esaurimento non soddisfacente dei ricorsi interni, la IV sezione della Corte Europea dei Diritti dell'uomo è tornata

sull'argomento il 7 aprile 2015, in risposta al ricorso n.6884/11 Cestaro c. Italia.

Per comprendere i fatti, prima accertati in Cassazione e poi ridiscussi a livello europeo, si è ritenuto necessario ricostruire, seppur sommariamente, gli eventi.

La città di Genova, nel luglio 2001, ospitava il vertice dei Capi di Stato e di Governo del G8; questo evento, destinato a diventare storico, fu richiamato per numerosissimi manifestanti, per la maggior parte pacifici, giunti da tutto il mondo per protestare contro la sfrenata globalizzazione dell'economia.<sup>81</sup>

Il fatto di cronaca tristemente più noto di quei giorni, è la morte del ventitreenne Carlo Giuliani, ucciso da un colpo di pistola alla testa sparato da un agente dei Carabinieri, il pomeriggio del 20 luglio in Piazza Alimonda.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Già a Göteborg e a Seattle negli anni precedenti, il vertice del G8 era stato teatro di proteste e di scontri violenti.

<sup>82</sup> Non ci soffermeremo su questa tanto triste quanto intricata vicenda, limitandoci però a segnalare come la Grande Camera della Corte EDU, con sentenza 24.3.2011, Pres. Costa, ric. n. 23458/02, Giuliani e Gaggio c. Italia ha:

1. Escluso, per 13 voti a 4, la violazione sostanziale dell'art. 2 Cedu in relazione all'uso dell'arma da parte dell'agente P., dal momento che questi aveva agito per evitare quello che percepiva, in buona fede, come un pericolo reale ed imminente per la vita propria e dei colleghi. I giudici di Strasburgo hanno affermato che l'interpretazione convenzionalmente orientata degli artt. 52 e 53 c.p. fatta propria dalla giurisprudenza italiana è sufficiente a escludere la sussistenza di una violazione dell'art. 2 Cedu.
2. Parimenti escluso, per 10 voti a 7, la violazione sostanziale dell'art. 2 Cedu in relazione all'inadeguatezza del quadro normativo che disciplina l'uso della forza e delle armi in Italia e alla particolare carica offensiva delle armi con cui erano stati equipaggiati gli agenti.

Fondamentale in quei giorni fu l'apporto dei *media*: la stampa mostrava le immagini di una vera e propria guerriglia urbana.

Gruppi di *black bloc* comparivano improvvisamente devastando il centro urbano per poi dissolversi, e quando le forze dell'ordine<sup>83</sup> giungevano sul posto trovavano solo manifestanti pacifici che venivano ingiustamente caricati<sup>84</sup>.

Questo è lo scenario, indiscutibilmente caotico, in cui la –già– pessima gestione dell'ordine pubblico, soprattutto dopo la morte di Giuliani, venne inasprita «*per riscattare l'immagine della Polizia*», come si legge nei punti 3 e 4 del Considerato in diritto della sentenza della Cassazione.

Il punto però su cui ci vogliamo soffermare, oggetto del ricorso in Corte europea, è la vicenda svoltasi in via Cesare Battisti, nel

---

Per la ricostruzione della vicenda di Carlo Giuliani rimandiamo a A. COLELLA, *Assoluzione piena dell'Italia nel caso Giuliani: alcune considerazioni critiche a margine della sentenza della grande camera*, in Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, 6 luglio 2011; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, pp. 1801-1843; H. e G. GIULIANI, *Un anno senza Carlo*, Baldini e Castoldi, Milano, 2002.

<sup>83</sup> Le forze dell'ordine erano dotate stranamente di equipaggiamenti pesanti, lenti ed impacciati, di solito non utilizzati nella tutela dell'ordine pubblico, ma in ambiti strategici repressivi e offensivi.

<sup>84</sup> Ricordiamo la carica in Via Tolemaide ai danni della Rete Lilliput di padre Alex Zanotelli, inequivocabilmente pacifica, con le mani colorate di bianco e con le braccia alzate in segno di pace e quella in piazza Manin ai danni di banchetti di commercio equosolidale, capitanati da don Andrea Gallo e Franca Rame.

complesso scolastico “Diaz”<sup>85</sup> e presso la caserma di Bolzaneto del reparto mobile della Polizia di Stato.<sup>86</sup>

L’evento scatenante l’irruzione violenta dei funzionari pubblici presso la Diaz furono una serie di insulti indirizzati ad un convoglio di veicoli della Polizia<sup>87</sup> ed il lancio di una bottiglietta verosimilmente di vetro. A seguito di due riunioni presso la Questura di Genova, si decise – nonostante l’opinione contraria del vicecapo vicario della Polizia-, dietro l’insistenza di funzionari apicali giunti il 21 luglio da Roma, di fare irruzione alla Diaz, strutturando l’operazione come perquisizione a iniziativa autonoma *ex art. 41 t.u.l.p.s.*, indirizzata alla ricerca di armi.

I giudici di legittimità, confermando quanto stabilito dalla Corte di Appello di Genova, hanno ritenuto del tutto incoerenti le modalità esecutive con le quali è stata svolta tale perquisizione.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> Questo complesso era costituito dalla scuola Pertini, adibita per l’occasione a luogo di soggiorno, *internet point* e pernottamento dei partecipanti alla manifestazione e dalla scuola Pascoli, adibita invece a sede di strutture di primo soccorso, di comunicazioni radiofoniche e giornalistiche, di supporto legale per organizzazioni e partecipanti.

<sup>86</sup> Per la ricostruzione di questa vicenda utilissima è stata la lettura di A. MANTOVANI, *Diaz, processo alla polizia*, Fandango Libri, Roma, 2011; R. SETTEMBRE, *Gridavano e piangevano. La tortura in Italia: ciò che ci insegna Bolzaneto*, Einaudi, Torino, 2014.

<sup>87</sup> Quattro mezzi di cui solo gli ultimi due recavano le insegne di istituto.

<sup>88</sup> Punto 4 del Considerato in diritto: «*l’esortazione rivolta dal Capo della Polizia ad eseguire arresti, anche per riscattare la polizia dalle accuse di inerzia, aveva finito con l’aver avuto il sopravvento rispetto alla verifica del buon esito della perquisizione stessa, per cui all’operazione erano state date caratteristiche denotati un assetto militare, con la conseguente incongruenza tra le modalità organizzative dell’operazione e le ipotesi legittimamente formulabili in riferimento ad una perquisizione ex art. 41 t.u.l.p.s., confinate*

Si trattò di una vera e propria operazione militare, a cui presero parte più di 500 agenti (dall'esperienza e competenza discutibile).

Il complesso scolastico pacifico venne letteralmente assaltato, con una manovra "a tenaglia", dopo essere stato perimetrato al fine di evitare che qualcuno degli occupanti potesse darsi alla fuga.

Non vennero definite modalità operative alternative né le modalità di ingaggio; queste caratteristiche possono essere lette come segno evidente di aver voluto lasciare carta bianca ai funzionari.

Una volta fatta irruzione nei due edifici, nel cuore della notte, iniziò il violento ed indiscriminato pestaggio, accompagnato da angherie verbali inimmaginabili.

Gli agenti in tenuta antisommossa e armati di tonfa, utilizzata assolutamente non in modo canonico, si sono scagliati, come si legge nel punto 5 del Considerato in diritto, *«sui presenti, sia che dormissero sia che stessero immobili con le mani alzate, colpendo tutti con i manganelli e con calci e pugni, sordi alle invocazioni di non violenza provenienti dalle vittime, alcune con i documenti in mano, pure insultate al grido di "bastardi"»*. Quanto si consumò nei due edifici venne definito dal Comandante del VII Nucleo in un primo momento "scontro unilaterale", per poi tramutarsi nella tristemente nota espressione "macelleria messicana".

All'interno della Pertini vennero arrestate 93 persone con l'accusa di associazione a delinquere finalizzata alla devastazione e al saccheggio, resistenza aggravata a pubblico ufficiale, possesso di congegni esplosivi ed armi improprie; come è possibile che di queste 93 persone (donne, uomini, giovani e anziani), ben 87 riportarono lesioni di cui

---

*alla possibile presenza di qualche soggetto violento all'interno della scuola, e, quindi, forse anche di qualche arma»*.

due così gravi da correre pericolo di vita e restare ricoverate in prognosi riservata per oltre 40 giorni?<sup>89</sup>

Nell'altro edificio, la scuola Pascoli, gli agenti fecero irruzione e procedettero ad una perquisizione totalmente arbitraria, costringendo, con la temibile minaccia dei manganelli, gli occupanti (per lo più giornalisti d'inchiesta del *Genoa Social Forum*) a sedersi, inginocchiarsi o a sdraiarsi per terra, distruggendo e sottraendo i *computer*, gli *hard disks*, le telecamere, le videocassette ed i materiali fotografici che riprendevano la barbarie dei funzionari pubblici.<sup>90</sup>

Il quadro della caserma di Bolzaneto è ancora più allucinante, se possibile: centinaia di persone furono sequestrate –termine grave di significati, ma quanto mai esplicativo- e sottoposte a violenze e umiliazioni da parte dei pubblici ufficiali, venuti meno al loro dovere di garantire l'ordine pubblico, sulla base di accuse quanto mai vaghe ed infondate.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Soprassediamo anche sulle condanne per il vergognoso comportamento tenuto dagli agenti: falsi ideologici e calunnie. Su tutte ricordiamo l'introduzione ad opera degli agenti di due molotov e altre armi improprie. Giustamente la Corte ha definito questo comportamento *«un tradimento della fedeltà ai doveri assunti, realizzato con consapevole e vergognosa preordinazione di un falso quadro accusatorio ai danni degli arrestati»*.

<sup>90</sup> Come scandito dalla Corte nel punto 32 del Considerato in diritto *«quell'intervento aveva un oggetto ben preciso: i computers e le loro memorie di massa, fracassate oppure prelevate e le videocassette; quell'intervento aveva quindi un oggetto che non avrebbe mai giustificato una perquisizione d'iniziativa»*.

<sup>91</sup> Roberto Settembre, ex magistrato e giudice *a latere* della Corte di Appello, giudice relatore della sentenza di appello nel processo ai 42 pubblici ufficiali nel processo sui fatti avvenuti tra il 20 e il 23 luglio 2001, accusati di aver commesso più di cento reati contro oltre duecento parti offese, scrive nella sua inchiesta *op. citata*: *«Ero di fronte a un evento non solo di dimensioni macroscopiche, ma di una particolare qualità. Centinaia di cittadini non*

È d'obbligo comunque ricordare che su 42 imputati, 21 hanno ottenuto il proscioglimento per prescrizione del reato.

È stato proprio a proposito dei fatti avvenuti nel complesso della Diaz e nella caserma di Bolzaneto che, *in primis*, nelle aule dei Tribunali e poi nell'opinione pubblica mai silente, ha iniziato a circolare la necessità dell'introduzione in Italia del reato di tortura, capo di imputazione che avrebbe potuto salvaguardare la dignità e il rispetto delle vittime di questi eventi.

L'introduzione di questo reato sarebbe dovuta essere doverosa, di fronte ad avvenimenti inaccettabili in un Paese civile (oltre che di un Paese firmatario della Cedu e di numerose Convenzioni Onu).

È stato, in definitiva, un movimento partito dai cittadini<sup>92</sup> a scuotere l'attenzione europea, se non proprio mondiale, verso la necessità di introdurre in Italia il reato di tortura, grande assente nel nostro codice

---

*erano solo stati privati della libertà, non erano solo stati lesi nella loro incolumità fisica e psicologica. Erano stati vittime di comportamenti tesi a far sorgere sentimenti di paura, di angoscia, di inferiorità in grado di umiliarli così profondamente da ledere la dignità umana».*

Rimandiamo interamente a questo testo per una comprensione puntuale dei fatti di quei giorni, tra la verità storica e quella ricostruita a livello processuale.

<sup>92</sup> Arnaldo Cestaro, 62 anni all'epoca dei fatti, è stato il ricorrente alla Corte EDU per i fatti del G8; era il più anziano dei manifestanti presenti nella scuola Diaz.

A seguito dei pestaggi della Polizia riportò la frattura di un braccio, di una gamba e di dieci costole.

La sentenza in questione decide il suo caso, ma altre condanne sono a questo punto sicure, in considerazione dei numerosi ricorsi che sono ancora pendenti relativi alle vicende della scuola Diaz nonché a quelle del carcere di Bolzaneto.

penale, che al contrario sembrerebbe impostato, come visto, alla massima salvaguardia delle forze dell'ordine.

La tortura, d'altra parte, come insegna la storia mondiale degli ultimi anni e come lucidamente è stato messo in risalto dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, è il momento di frattura per eccellenza tra lo Stato e il cittadino, giacché l'autore delle angherie si deve qualificare come un pubblico ufficiale, che dovrebbe invece essere chiamato a rivestire il ruolo di protettore e di garante dei diritti del cittadino.

Ma analizziamo la sentenza della Corte EDU<sup>93</sup>: questa ha sancito innanzitutto la totale gratuità delle gravi violenze subite dal ricorrente Cestaro, in assenza di prova di qualsiasi resistenza da parte dello stesso contro la Polizia.

Quale necessità, ragionando in termini di scriminanti, nel pestare a sangue un anziano?

Il punto saliente della sentenza è rinvenibile nell'aver ricondotto le violenze subite dal ricorrente (posizioni umilianti, impossibilità di contattare avvocati o persone di fiducia, assenza di cure adeguate in tempo utile) agli estremi di una vera e propria tortura ai sensi dell'art. 3 della CEDU<sup>94</sup>.

La violenza subita si caratterizza per il carattere particolarmente acuto delle sofferenze, non solo fisiche, ma anche psichiche e per il carattere intenzionale dell'inflizione di tali sofferenze; tale elemento deve

---

<sup>93</sup> Fondamentale l'apporto di F. VIGANO, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*; F. CASSIBBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola Diaz-Pertini*, entrambi in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)

<sup>94</sup> Rubricato "Proibizione della tortura", che recita: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»

dedursi dalla strumentalità del pretesto di perquisire la scuola addotto dalla Polizia, che mascherava invece una vera e propria intenzione punitiva dei manifestanti, nonché dalle menzogne successive finalizzate a simulare il ritrovamento di armi all'interno della scuola.

La Corte ammonisce e giudica, poi, lo Stato Italiano per non aver provveduto ad assicurare il ristoro della violazione dell'articolo della Cedu subito dal ricorrente; se infatti è vero che il Cestaro ha ricevuto un risarcimento di carattere pecuniario, è altresì vero che i responsabili dei fatti di tortura commessi sono rimasti impuniti.<sup>95</sup>

Punto cruciale è che la mancata punizione dei responsabili individuati dalla Procura di Genova e dalle autorità giurisdizionali italiane dipende dall'inadeguatezza del quadro giuridico di repressione della tortura nell'ordinamento italiano; l'assenza di una norma giuridica *ad hoc* ha fatto sì che gli autori delle condotte, qualificate semplicemente come lesioni, percosse, violenza privata, abuso di ufficio, abbiano potuto beneficiare dei termini di prescrizione previsti per tali reati, nonché dei benefici garantiti dall'ultimo provvedimento di indulto di cui alla legge n. 241/2006, con l'effetto pratico di sottrarsi ad ogni sanzione.

La Corte ha dunque affermato, in sede di determinazione delle misure generali cui il nostro Paese è tenuto, la necessità che *«l'ordinamento giuridico italiano si munisca di strumenti giuridici idonei a sanzionare in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura o di altri trattamenti vietati dall'art. 3 e ad impedire che costoro possano beneficiare di benefici incompatibili con la giurisprudenza della Corte»*.

Il 5 marzo 2014, il Senato aveva approvato in prima lettura un disegno di legge recante l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento

---

<sup>95</sup> Sulla base di questo elemento il ricorrente conserva lo status di vittima della violazione ai sensi dell'art. 34 della Cedu, con conseguente ammissibilità del suo ricorso, nonostante egli non avesse esperito tutti i gradi interni di giudizio.

italiano; il 23 marzo 2015 è iniziata alla Camera la discussione sulla proposta di legge n. 2168<sup>96</sup>. L'iter legislativo risulta particolarmente

---

<sup>96</sup> Anche se paradossalmente il testo ancora in discussione sarebbe inapplicabile proprio ai casi come quelli del G8; in effetti si tratterebbe solo di persone affidate all'agente o comunque sottoposte alla sua autorità, vigilanza, o custodia. L'ambito non comprenderebbe, dunque, i casi di violenza verso vittime non ancora arrestate (come fu nel caso della Diaz).

Riportiamo parte del testo dell'ultimo aggiornamento pubblicato sul sito della Camera dei deputati:

*«La proposta di legge introduce nel titolo XII (Delitti contro la persona), sez. III (Delitti contro la libertà morale), del codice penale i reati di tortura (art. 613-bis) e di istigazione alla tortura (art. 613-ter).*

*In particolare, l'articolo 613-bis c.p. punisce con la reclusione da 4 a 10 anni chiunque, con violenza o minaccia, ovvero con violazione dei propri obblighi di protezione, cura o assistenza, intenzionalmente cagiona ad una persona a lui affidata, o comunque sottoposta alla sua autorità, vigilanza o custodia, acute sofferenze fisiche o psichiche (reato di evento),*

- *a causa dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale o delle opinioni politiche o religiose;*
- *al fine di*
  - *ottenere da essa, o da un terzo, informazioni o dichiarazioni o*
  - *infliggere una punizione o*
  - *vincere una resistenza.*

*La tortura è dunque configurata come un reato comune (e non come un reato proprio del pubblico ufficiale), caratterizzato dal dolo specifico (intenzionalmente cagiona, al fine di) e dalla descrizione delle modalità della condotta (violenza o minaccia o in violazione degli obblighi di protezione, cura o assistenza) che produce un evento (acute sofferenze fisiche o psichiche).*

*Sono poi previste specifiche circostanze aggravanti del reato di tortura:*

- *l'aggravante soggettiva speciale, costituita dalla qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio dell'autore del reato;*
- *l'aggravante ad effetto comune (aumento fino a 1/3 della pena), consistente*

travagliato (il disegno di legge continua a rimbalzare, infatti, tra Camera e Senato), tra modifiche, precisazioni, ma soprattutto tra posizioni politiche differenti.

Indipendentemente dalle ragioni “ufficiali” che hanno portato, con significativo ritardo rispetto al resto del mondo, il Parlamento italiano a discutere di questo problema, la speranza dell’intera comunità civile è sempre quella di rendere giustizia anche a quei ragazzi che *gridavano e piangevano*, e di non consegnare le generazioni future ad uno Stato aguzzino.

## **2.5 L’eccesso nelle cause di giustificazione (eccesso doloso, colposo e incolpevole; eccesso modale)**

Il nostro ordinamento contempla, dopo aver elencato e descritto le singole cause di giustificazione, l’eventualità che l’autore del fatto ecceda dai limiti di una scriminante.

La figura dell’eccesso colposo nelle cause di giustificazione può ritenersi un istituto penalistico senza veri e propri precedenti

---

*nell’aver causato lesioni personali;*

- *l’aggravante ad effetto speciale (aumento di 1/3 della pena), consistente nell’aver causato lesioni personali gravi;*

- *l’aggravante ad effetto speciale (aumento della metà della pena), consistente nell’aver causato lesioni personali gravissime;*

- *l’aggravante ad effetto speciale (aumento di due terzi della pena), derivante dall’aver provocato la morte della persona offesa, quale conseguenza non voluta del reato di tortura. In questo caso, dunque, la pena è più severa, per il maggior disvalore sociale, rispetto a quella prevista per l’omicidio preterintenzionale (reclusione da 10 a 18 anni) cui la fattispecie potrebbe ricondursi (anche qui il soggetto commette un reato diverso da quello previsto al momento di agire);*

- *l’aggravante ad efficacia speciale (ergastolo), derivante dall’aver volontariamente provocato la morte della persona offesa».*

legislativi.<sup>97</sup> Infatti, tratteggiando i profili storici del nostro sistema penale, si rileva come il Codice Zanardelli del 1889 (che come abbiamo visto nel precedente capitolo concentrava le scriminanti nel solo art. 49 c.p.), regolava all'art. 50 c.p.<sup>98</sup> l' "eccesso scusabile".

Nel sistema penale precedente al codice Rocco, l'eccesso operava come circostanza attenuante; la sua applicabilità prescindeva dai possibili coefficienti soggettivi (non si faceva formale riferimento al titolo soggettivo d'imputazione) ed era lasciata al giudice la valutazione della maggiore o minore gravità del reato e quindi l'individuazione della fattispecie criminosa e della pena.

Diversamente, l'art. 55 c.p., rubricato "Eccesso colposo" -intendendo precisarlo sotto il profilo soggettivo-,<sup>99</sup> recita: «*Quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le*

---

<sup>97</sup> P. SIRACUSANO, *Eccesso colposo*, in "Digesto delle discipline penalistiche", IV volume, Torino, 1990, pag. 180; V. MASARONE, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", Fascicolo IV, 2004, pag. 1056.

<sup>98</sup> Art. 50 del codice penale Zanardelli: «*Colui che, commettendo un fatto nelle circostanze prevedute dall'articolo precedente, ha ecceduto i limiti imposti dalla legge, dall'Autorità o dalla necessità, è punito con la detenzione per un tempo non inferiore a sei anni, ove la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato medesimo ridotto a misura non inferiore ad un sesto e non superiore alla metà, sostituita la detenzione alla reclusione e l'interdizione temporanea dai pubblici uffici all'interdizione perpetua*».

<sup>99</sup> La disposizione tralascia l'eccesso doloso che rimane regolato dai principi generali sull'imputazione dolosa, riferendosi solo ai casi in cui il superamento dei limiti sia avvenuto colposamente.

*disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo».*<sup>100</sup>

La dottrina è concorde nell'affermare che l'eccesso nell'uso legittimo delle armi integra un'ipotesi autonoma e distinta, rispetto alle altre configurazioni dell'eccesso contemplate dalla legge; in queste ultime situazioni è concepibile una rinuncia o una reazione più contenuta, trattandosi meramente di interessi privati, alla cui tutela il privato stesso può rinunciare o proteggere più blandamente di quanto in effetti occorrerebbe.

Nell'ipotesi dell'art. 53 c.p., invece, nessuna rinuncia, nessuna debolezza è concessa al pubblico ufficiale; di certo il "garante dell'Autorità" tenderà di riaffermare il prevalente interesse pubblico, minacciato dall'esistenza di quella resistenza o violenza.

Abbiamo sottolineato come il pubblico ufficiale rientri nel perimetro della scriminante solo ed esclusivamente nei casi previsti dall'articolo, ma soprattutto solo nell'osservanza di un dovere del proprio ufficio; l'art. 55 c.p. è fondamentale allora, secondo la dottrina più

---

<sup>100</sup> Una precisazione contenutistica è necessaria, prima di soffermarci sul contenuto della norma: il consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 50 c.p., non è richiamato dall'articolo in questione per ragioni prettamente storiche, attinenti all'evoluzione del sistema giuridico. Il legislatore del periodo fascista, infatti, ha probabilmente subito l'influenza della visione (oggi generalmente respinta), del consenso come "negozio giuridico"; di conseguenza eventuali vizi del consenso sarebbero semplicemente rientrati nell'ambito della disciplina civilistica delle forme di invalidità, atteggiandosi non come limiti del consenso, ma come casi di nullità o annullabilità del negozio, con effetti rilevanti anche nel settore penalistico. Oggi tale visione è stata abbandonata, e gli interpreti e la dottrina prevalente ritengono applicare anche a tale scriminante la disciplina dell'eccesso colposo.

Per questa ricostruzione G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, i fondamenti*, II edizione, 2011, Giappichelli editore, Torino, pag. 326.

autoritaristica<sup>101</sup>, poiché un giudizio in merito all'eccesso colposo può riguardare soprattutto la scelta dei mezzi utilizzati, partendo dall'assunto (più o meno superato) che fu il legislatore del '30 a sancire la prevalenza dell'interesse pubblico su quello dei privati, *a priori*.

Spostandoci sull'analisi della disposizione, e seguendo una dottrina decisamente più attenta e mitigata, occorre innanzitutto distinguere la fattispecie dell'art. 55 c.p. da quella prevista dall'art. 59, 4° comma c.p.<sup>102</sup> In quest'ultimo caso si suppone la mancanza totale degli estremi della scriminante, essendosi il soggetto rappresentato una situazione priva di corrispondenza nella realtà oggettiva. L'errore *ex art. 59, 4° comma c.p.* è un errore sul *fatto*,<sup>103</sup> perché non chiama in causa la qualificazione giuridica del fenomeno che l'agente si è rappresentato, bensì, per l'appunto, la sua obiettiva sussistenza secondo i medesimi parametri che la norma scriminante richiede perché resti esclusa l'antigiuridicità.

Dall'altra parte, invece, l'art. 55 c.p. presuppone una causa di giustificazione parzialmente esistente; pensiamo al caso dell'uso di un mezzo di coazione con modalità eccedenti la necessità della reazione.

La norma fa espressamente riferimento all'eccesso colposo; d'altro canto, in caso di eccesso doloso, non si delineano particolari problemi

---

<sup>101</sup> A. CADONI, *Interpretazione ed applicazione dell'art. 53 del c.p.*, in "Rivista di polizia", 1970, pag. 163.

<sup>102</sup> Art. 59, 4° comma: «*Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo*».

<sup>103</sup> Citiamo un esempio tratto da DE FRANCESCO, *op. citata*, pag. 484: «*Tizio, complice la penombra della sera, ritiene di essere aggredito da Sempronio, il quale aveva al polso un orologio d'acciaio da lui scambiato per un pugnale; egli potrà invocare gli estremi di una difesa legittima putativa, destinata ad incidere sul piano della colpevolezza*».

di definizione del fenomeno, per cui sarebbe stato ridondante dedicare una disposizione anche a tale fattispecie: qualora il soggetto agisca con la volontà di realizzare il fatto eccessivo, nessuna rilevanza potrà essere data alla dinamica concreta della vicenda.<sup>104</sup>

L'art. 55 c.p., nella sua difficile accessibilità, è contenitore, secondo l'interpretazione che questo studio segue, di diverse tipologie di eccesso:

- a) *Errore "intellettivo"*: il soggetto può incorrere in un errore sul modo di presentarsi delle circostanze del fatto, ossia errore consistente nel ritenere o che il livello del pericolo fosse superiore a quello effettivo,<sup>105</sup> o che quel tipo di reazione fosse necessaria nelle circostanze date.<sup>106</sup>
- b) *Eccesso "modale" (o errore esecutivo)*<sup>107</sup>: potrebbe accadere che l'agente, pur valutando correttamente l'insieme delle circostanze, abbia tuttavia ecceduto nelle modalità della difesa.<sup>108</sup>

I due casi (lettera a e b) integrano la generale categoria dell'eccesso colposo, poiché si può imputare all'agente un atteggiamento di

---

<sup>104</sup> Il soggetto aveva l'intenzione di uccidere, per esempio, indipendentemente da qualsiasi limite di necessità e proporzione; basterà anche questa semplice constatazione per poter decretare la responsabilità a titolo di omicidio volontario.

<sup>105</sup> L'agente supponeva che il terzo intendesse ucciderlo, mentre era intenzionato solo a ferirlo.

<sup>106</sup> Egli credeva di non avere a disposizione altre possibilità di difesa, mentre invece avrebbe potuto reagire diversamente, e con minori danni per l'aggressore.

<sup>107</sup> FIANDACA-MUSCO, *op.citata* pag. 232.

<sup>108</sup> Pensiamo al caso dell'uso di un bastone con particolare violenza, che causi la morte del terzo, invece che la semplice immobilizzazione preventivata.

disattenzione o di imprudenza nel valutare le circostanze, o nell'attuare concretamente la reazione difensiva.

- c) In negativo possiamo ricavare dalla formulazione della disposizione, l'esistenza dell'*eccesso incolpevole*; nei casi ricompresi all'interno di questa categoria, l'addebito di negligenza o imprudenza di cui sopra non appare in alcun modo giustificato.<sup>109</sup>

Da queste affermazioni non si può fare a meno di notare come in concreto le situazioni si presentino molto più sfumate e articolate di quanto si possa trarre dalla duplice caratterizzazione sistematica (colposo-a sua volta intellettivo e modale, e incolpevole).

Nei casi concreti concorrono una serie di circostanze che ricomprendono anche il turbamento emotivo, che impediscono di cogliere con assoluta sicurezza la dimensione psicologica dell'agente. Molti di questi condizionamenti finiscono spesso per sfociare nella categoria del dolo (pensiamo ai casi in cui un soggetto non si trovi nelle condizioni di poter valutare tempestivamente l'indole del pericolo), che automaticamente fa venir meno la possibilità di applicare le scriminanti.

E appare comprensibile, a tal proposito, la scelta di alcuni ordinamenti europei (tedesco, spagnolo e portoghese) di prevedere *in toto* l'esclusione della punibilità, laddove l'autore avesse ecceduto nella reazione a causa proprio dell'intensa paura o turbamento.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Possiamo riportare l'esempio di un'aggressione avvenuta in ora notturna, in una strada priva di illuminazione (sub a), oppure il caso in cui l'aggressore, spostandosi repentinamente, abbia fatto sì che la reazione, per quanto non particolarmente violenta, producesse un risultato di maggiore gravità.

<sup>110</sup> Come abbiamo tentato di sottolineare, in situazioni di questo tipo, la capacità di autodeterminare le proprie scelte appare notevolmente compromessa ed alterata, certamente meritevole di una valutazione favorevole in sede di giudizio di colpevolezza.

## 2.6 Il caso di Federico Aldrovandi: un pestaggio colposamente eccessivo

Nel trattare la figura disciplinata dall'art. 55 c.p., ritengo opportuno, per suffragare altresì le conclusioni di questo studio, riportare l'analisi di un fatto di cronaca italiana, che può essere interpretato come l'emblema dell'inadeguatezza della scriminante di cui all'art. 53 c.p. e consequenzialmente dell'art. 55 c.p.

La Sez. IV della Corte di Cassazione, il 21 giugno del 2012, con sentenza n. 36280, ha concluso il lungo *iter* processuale che aveva ad oggetto la morte di Federico Aldrovandi, un ragazzo di 18 anni, che all'alba del 25 settembre 2005 moriva in via dell'Ippodromo a Ferrara. La Suprema Corte ha definitivamente accertato che il giovane «*studente, incensurato, integrato, di condotta regolare*»<sup>111</sup> è morto a causa della rottura traumatica del fascio di His<sup>112</sup>, che conduce

---

<sup>111</sup>Così viene descritto Aldrovandi nelle memorabili parole della motivazione del giudice di primo grado del Tribunale di Ferrara, il 6 luglio del 2009; la motivazione continua: «*inserito in una famiglia di persone perbene, padre appartenente ad un corpo di vigili urbani, madre impiegata comunale, un fratello più giovane, un nonno affettuoso al quale il ragazzo era molto legato. Tanti giovani studenti, ben educati, di buona famiglia, incensurati e di regolare condotta, con i problemi esistenziali che caratterizzano i diciottenni di tutte le epoche, possono morire a quell'età. Pochissimi, o forse nessuno, muore nelle circostanze nelle quali muore Federico Aldrovandi: all'alba, in un parco cittadino, dopo uno scontro fisico violento con quattro agenti di polizia, senza alcuna effettiva ragione*».

<sup>112</sup> Si legge nella Motivazione, nel Considerato in diritto, punto 10.2, che «*la lacerazione dei vasi intra miocardici ed i conseguenti ematomi delle pareti ventricolari, trovavano in effetti logica corrispondenza nelle manovre pressorie esercitate sul tronco del ragazzo, nel corso dell'attività di immobilizzazione a terra del giovane, realizzata dai poliziotti; ciò in quanto dette manovre avevano fatto sì che il cuore venisse schiacciato tra le*

l'impulso elettrico cardiaco dal nodo atrio-ventricolare ai ventricoli che così si contraggono immettendo il sangue nelle arterie.

La Corte ha integralmente confermato quanto già statuito nei due primi gradi di giudizio, ossia ha ritenuto che fosse accertata l'esistenza del nesso causale tra la condotta dei ricorrenti agenti di Polizia e l'evento-morte, concretamente verificatosi.

Il giovane Aldrovandi è morto, dunque, perché quattro poliziotti (Forlani Paolo, Segatto Monica, Pontani Enzo, Pollastri Luca) lo percossero sferrando numerosi calci e colpendolo con manganelli; i colpi furono inferti con tale violenza che due manganelli si ruppero.

Per comprendere pienamente la vicenda è necessario soffermarci su un passaggio cruciale: il ragazzo si trovava in stato di agitazione psicomotoria, dovuta all'assunzione di sostanza stupefacenti (aveva trascorso la sera precedente al fermo a Bologna con amici) e questa condizione era sicuramente riconoscibile agli agenti.

Nei due precedenti gradi di giudizio, la difesa aveva tentato di giustificare l'evento morte riconducendolo *all'excited delirium sindrome* (ossia allo stato di alterazione del ragazzo), ma in Cassazione è stato nuovamente e definitivamente affermato come fosse «*priva di ogni fondamento scientifico, alla luce delle analisi tossicologiche, l'ipotesi in base alla quale la morte del ragazzo fosse da ascrivere all'intervenuta assunzione di sostanze stupefacenti*».<sup>113</sup>

Dal momento che la condizione psicosomatica del ragazzo era incontrovertibilmente alterata, i quattro agenti di Polizia, in adempimento dei doveri di istituto e disponendo delle competenze sanitarie necessarie a questo tipo di intervento, legittimamente avrebbero potuto e dovuto procedere al fermo e all'identificazione del

---

*strutture osteo-cartilaginee della colonna vertebrale e dello sterno, provocando l'infiltrazione emorragica del fascio di His, con le descritte modalità e con esiti letali»*

<sup>113</sup> Punto 10.2 del Considerato in diritto.

giovane, ma solo ed esclusivamente attraverso un'azione di controllo e contenimento di stampo medico-psichiatrico.

La furia e la violenza non fu, dunque, solo eccessiva<sup>114</sup>, ma completamente fuori luogo rispetto alla condotta che gli agenti avrebbero dovuto tenere.

Inoltre, i poliziotti chiamarono il personale di soccorso sanitario solo quando l'epilogo era ormai maturato, e tale personale, una volta sopraggiunto, «*dovette insistere perché l'Aldrovandi, ormai esaminate, ma ancora compromesso a terra con il volto sul selciato, venisse liberato dalle manette e girato sul dorso*».<sup>115</sup>

Sopraffediamo, nel descrivere la vicenda, anche sul mancato immediato avviso dei genitori di Federico Aldrovandi, cui venne comunicata la notizia del fermo e della successiva morte del figlio solo quando il ragazzo non era più in vita.<sup>116</sup>

Appare chiaro come anche in questo modo i quattro agenti vennero totalmente meno alla loro "missione sociale".

Una volta esaurito il giudizio sulla materialità e individuato il comportamento alternativo lecito, la Corte si sofferma

---

<sup>114</sup> «(..) non curanti delle invocazioni di aiuto provenienti dal giovane; la serie di colpi proseguì anche quando il ragazzo era stato fisicamente sopraffatto e, quindi, reso certamente inoffensivo»

<sup>115</sup> Punto 8.2 del Considerato in diritto.

<sup>116</sup> E sopraffediamo anche sulle varie versioni addotte dagli agenti, tanto fantasiose quanto difficili da credere, poi smentite durante i processi: ad esempio la versione per cui il ragazzo era morto riportando quei lividi, quelle fratture, quei tagli, perché stato lanciato da una macchina in corsa; o la versione per cui Federico Aldrovandi era salito sul cofano della volante e, nel tentativo di colpire con un calcio un agente, era caduto, procurandosi ulteriori lesioni. D'altro canto, secondo la prima versione della difesa, il giovane sarebbe morto per overdose.

sull'antigiuridicità, escludendo espressamente sia la scriminante della legittima difesa, poiché *«la condotta posta in essere dagli agenti fu sproporzionatamente violenta e repressiva, laddove lo stato di agitazione in cui versava il ragazzo avrebbe imposto un intervento dialogico e contenitivo»*, sia la scriminante prevista dall'art. 53 c.p.

Il Relatore Montagni, infatti, al punto 11.1.2 del Considerato in diritto aggiunge che gli agenti *«non agirono affatto perché costretti dalla necessità di difendere un proprio diritto, ma errando gravemente nella valutazione dei limiti fattuali della scriminante discendente dall'adempimento dei doveri di istituto e con riferimento alla misura della violenza contro la persona e all'impiego dei mezzi di coazione fisica, consentiti dall'ordinamento per vincere una resistenza all'Autorità o impedire la consumazione di reati più gravi»*.

Il giudizio sull'antigiuridicità si conclude col rimprovero agli imputati *«di aver colposamente ecceduto dai limiti stabiliti dalla legge nell'esercizio del dovere e nell'uso legittimo delle armi»*.<sup>117</sup>

Lasciando da parte il giudizio della Corte sull'elemento soggettivo<sup>118</sup> e quello sulla prevedibilità dell'evento letale<sup>119</sup>, e concludendo che la Corte ha rigettato i ricorsi dei quattro imputati confermando le condanne a tre anni e mezzo di reclusione *ex artt. 113, 51, 55 e 589 c.p.*,<sup>120</sup> è interessante leggere questa vicenda, data la lievità della pena, come un “fallimento” della macchina processuale.

---

<sup>117</sup> Considerando in diritto, punto 11.2

<sup>118</sup> La Corte ha qualificato la situazione come cooperazione colposa degli imputati *ex art. 113 c.p.*

<sup>119</sup> Gli imputati sono, infatti, stati qualificati come dotati di esperienza necessaria per essere informati dei rischi per la salute delle condotte da loro poste in essere.

<sup>120</sup> Sono state negate anche le attenuanti generiche a causa della condotta tenuta dagli imputati durante le fasi processuali; ricordiamo, infatti, che fu tentato un depistaggio delle indagini attraverso false dichiarazioni e

È vero: il fulcro del giudizio di legittimità, in ultima battuta, vede i quattro agenti di polizia rispondere di cooperazione colposa in omicidio per eccesso colposo nell'adempimento del dovere e nell'uso legittimo delle armi; ma è pur vero che tale giudizio, nel totale sbigottimento dell'opinione pubblica, risulta non equilibrato e non soddisfacente rispetto alla morte di un giovane, in circostanze "civili". Analizzeremo, per attinenza al nostro studio, l'eccesso nell'uso legittimo delle armi.

Il presupposto oggettivo, come sottolineato nelle pagine precedenti, che deve sussistere perché si configuri la scriminante è l'*adempimento del dovere di ufficio da parte del pubblico ufficiale*, e ai fini della configurabilità dell'eccesso, è essenziale che il soggetto agente percepisca una situazione scriminante realmente esistente.<sup>121</sup>

Nel caso in questione, è chiaro che gli agenti erano pubblici ufficiali, erano nell'adempimento del loro dovere (visto che dovevano procedere al fermo e all'identificazione del ragazzo); ma per quanto riguarda il requisito, per così dire, *dinamico* della scriminante, esisteva davvero la necessità di impedire una violenza o vincere una resistenza?

O quanto meno, si è innescato davvero nei quattro agenti l'*error in intelligendo*?

Abbiamo già puntualizzato come, sia in dottrina che in giurisprudenza<sup>122</sup>, la *necessità* deve tradursi, in concreto, come

---

falsificazione di prove, per i quali si è poi sviluppato un ulteriore procedimento penale.

<sup>121</sup> M. ROMANO, *op. cit.* pag. 583 afferma che se non fossero presenti i presupposti della scriminante, l'errata valutazione non potrebbe cadere sulla "situazione", ma solo sulla "norma scriminante", e si configurerebbe una responsabilità piena a titolo di dolo per l'evento causato, fermo restando la scusabilità dell'errore sul precetto.

<sup>122</sup> In Cassazione Penale, sez. IV, sentenza n. 854, 15 novembre 2007 si è affermato che «*il principio per cui l'uso delle armi o altri mezzi di coazione fisica deve costituire extrema ratio nella scelta dei metodi necessari per*

principio per il quale la violenza deve costituire la *ratio* estrema nella scelta dei metodi: l'uso delle armi è legittimo solo quando non vi sia altro mezzo possibile per raggiungere lo scopo.

I giudici stessi hanno affermato chiaramente come, nel caso di specie, «*l'uso della forza non fosse necessario, dal momento che si imponeva un'azione dialogica di natura medico psichiatrica per contenere il giovane Aldrovandi, che versava in palese stato di agitazione*».<sup>123</sup>

Non ci sono dubbi che si è fuori dai limiti dell'eccesso colposo se l'agente, essendo bene a conoscenza della situazione concreta e dei mezzi necessari al raggiungimento dell'obiettivo consentito, supera volontariamente (e, in questo caso, violentemente) i limiti dell'agire scriminato.<sup>124</sup>

Il ragionamento, non totalmente condivisibile della Corte, che pur ha rimproverato agli agenti e sottolineato tutta questa serie di errori e mancanze, è stato quello di aver concentrato l'attenzione *in primis* su altri elementi, ossia sui requisiti della tipicità colposa, sul nesso causale, sulla cooperazione colposa, sulla violazione delle regole cautelari e solo in un ultimo momento sull'antigiuridicità, dedicando solo pochi passaggi all'analisi, sul versante oggettivo, del tipo di errore sull'eccesso e sull'elemento soggettivo che l'ha sorretto.

Ed infatti, al punto 11.2 del Considerato in diritto, la Corte fa genericamente riferimento a una «*gestione mal ponderata dei poteri conferiti agli agenti di polizia*».

---

*l'adempimento del dovere: diventa legittimo, cioè, solo ove non vi sia altro mezzo possibile. Va interpretato, inoltre, come espressione dell'esigenza di una gradualità nell'uso dei mezzi di coazione, ossia scegliere quello meno lesivo».*

<sup>123</sup> Considerato in diritto, punto 11.3

<sup>124</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale op. citata*, pag.263.

Dottrina autorevole<sup>125</sup> ha sostenuto come sarebbe corretto un *ordine di accertamento* che verifichi in primo luogo se sia stato commesso un fatto conforme al tipo; in secondo luogo se tale fatto sia stato commesso in presenza di una situazione conforme a quella prevista dalla norma scriminante; se la condotta dell'agente abbia travalicato i limiti della scriminante stessa; ed in ultimo, se sul piano soggettivo tale travalicamento sia imputabile a titolo di dolo, colpa, o sia al contrario incolpevole.

I giudici della Corte Suprema, nel caso Aldrovandi, hanno verificato: 1) che la condotta degli imputati ha cagionato la morte della vittima; 2) che esisteva una situazione che imponeva agli agenti di adempiere al proprio dovere; 3) che la situazione necessitante non giustificava la situazione necessitata, ossia l'utilizzo di mezzi di coazione fisica; 4) si è ritenuto, genericamente che si erano travalicati colposamente i limiti della scriminante.

Eppure, le conclusioni della Corte non appaiono condivisibili.

Analizziamo innanzitutto gli errori che sono stati certamente commessi dagli agenti; un primo errore è quello relativo al concetto stesso di situazione necessitata o, per meglio dire, riguarda i limiti della reazione: lo stato di agitazione del ragazzo (situazione necessitante) non doveva e non poteva portare ad un uso furioso dei mezzi di coazione fisica, bensì a un intervento dialogico sanitario.

Il secondo errore attiene al requisito della proporzione tra i beni giuridici in conflitto rappresentati dal dovere che deve essere adempiuto e dall'interesse offeso per rendere possibile tale

---

<sup>125</sup> Per questa interessante ricostruzione essenziale è stato E. D'IPPOLITO, *La sentenza Aldrovandi: un eccesso di errori non troppo colposi*, in Cassazione Penale, fascicolo 9, 2013, pag. 3042 e ss.

L'autorevole dottrina cui si fa riferimento è VIGANO, art. 55 c.p., in *Codice penale commentato*, volume I, a cura di Marinucci-Dolcini, Ipsoa edizioni, 2011, pag. 916 e ss.

adempimento. La proporzione,<sup>126</sup> nel caso di specie, è stata disastrosamente travalicata fino all'esito letale (evento morte).

Soltanto se si rimane nei limiti della proporzione il rischio del verificarsi di un evento non voluto, più grave, rispetto a quello perseguito dall'agente, non può essere posto a suo carico; mentre se si apprezza un errore qualitativo sulla situazione o sulla proporzione, allora deve ravvisarsi responsabilità penale a titolo di eccesso colposo ex art. 55 c.p.

Il terzo errore è stato proprio l'uccisione di Federico Aldrovandi, che non investiva alcun requisito della scriminante; si tratta, infatti, di un evento ulteriore non voluto dagli agenti, che violando le regole precauzionali lo hanno cagionato.

Una volta individuati questi tre errori/eccessi, bisogna chiarire se sono imputabili a titolo doloso, colposo, o incolpevoli (e l'errore deve essere colpevole per poter muovere un rimprovero all'agente).

Ma si può davvero ritenere ragionevole che quattro agenti di polizia giudichino *necessario*, per procedere al fermo e all'identificazione di

---

<sup>126</sup> Seppur non espressamente menzionata nel testo dell'articolo, la proporzione deve comunque ritenersi immanente ed operante, dal momento che l'autorità statale non può essere concepita come cieca imposizione di volontà a qualsiasi costo, ma deve a sua volta sottoporsi all'osservanza di principi fondamentali dell'ordinamento, fra cui vi è certamente il rispetto di una gerarchia di valori, anche costituzionalmente indicati.

Ricordiamo Sez. IV, Cassazione Penale, 15 novembre 2007, n. 854, in cui si affermò che «*deve ritenersi sussistente, quale limite non espressamente nominato nell'art. 53 c.p., ma implicitamente deducibile dalla disposizione, e comunque, applicabile quale principio generale dell'ordinamento giuridico, valido anche nella disciplina delle cause di giustificazione, il principio di proporzione, inteso come espressione di un bilanciamento tra interessi contrapposti alla luce della situazione concreta. Da ciò derivando che è regola irrinunciabile quella di graduare l'uso dell'arma secondo le esigenze specifiche del caso e sempre in ambito di proporzione*».

un ragazzo in evidente stato di agitazione, l'impiego di mezzi di coazione così violenti?

L'azione degli agenti è certamente eccessiva rispetto alla necessità, ma a questo primo eccesso ne segue immediatamente un altro: la totale assenza di proporzione tra l'adempimento del dovere e l'offesa. Tale sproporzione si sarebbe comunque rinvenuta anche qualora la condotta avesse portato a "semplici" lesioni;<sup>127</sup> il superamento del limite della proporzione è certamente intenzionale.

Ciò che nel caso Aldrovandi ha contribuito a complicare la situazione è stato l'epilogo: la morte del giovane.

I giudici della Corte hanno ritenuto che la morte non fosse certamente l'evento voluto da parte degli agenti, e antepoendo il giudizio sulla colpevolezza a quello sulla causa di giustificazione, hanno ritenuto configurato il fatto tipico di omicidio colposo e poi constatato l'eccesso colposo nella scriminante.

La critica di questo studio risiede nel fatto che, se si accetta l'eccesso nel requisito della necessità, determinato da un errore di valutazione colposo, l'eccesso sulla proporzione risulta, a nostro avviso, inaccettabile; si è verificato in quella mattina vicino all'Ippodromo di Ferrara, un tale squilibrio che nessun errore di valutazione può coprire. Nell'area penale del "rischio consentito", in casi come questo, chi agisce, parte da un contesto lecito di base che normalmente può dare luogo a responsabilità colposa, però nulla esclude che lo stesso soggetto possa travalicare anche volontariamente l'area del rischio consentito, agendo pertanto in un contesto illecito: il rischio, così agendo, non potrà più essere consentito.

L'uso legittimo delle armi costituisce un'attività pericolosa, e se avviene nei limiti della scriminante è giustificata. Ma se il soggetto

---

<sup>127</sup> Il pestaggio con calci e colpi di manganello da parte dei quattro agenti di polizia è stato così brutale che ben due manganelli si sono spezzati; diverse sono per giunta le testimonianze oculari.

eccedesse volontariamente la situazione scriminante, il rischio non sarebbe consentito, il contesto di base sarebbe illecito e la responsabilità non potrà che essere dolosa, seppur situandosi nella zona grigia del dolo eventuale.

I quattro agenti di polizia hanno certamente ecceduto i limiti della scriminante, sotto il profilo della necessità dell'uso della violenza, della proporzione tra il dovere che dovevano adempiere e l'offesa alla persona, sotto il profilo dell'esecuzione, fino a provocare la morte di Federico Aldrovandi.

La morte del giovane è *l'evento*, ma gli agenti devono rispondere del *fatto*; le percosse e le lesioni (il fatto è il pestaggio) erano certamente rappresentate e volute, e se con una certa fatica possono essere giustificate sul versante della necessità, non lo sono più con riferimento al superamento volontario del limite della proporzione.

È vero che i giudici hanno attestato che l'evento morte è scaturito dal pestaggio e dalla compressione a terra della vittima in un eccesso nei mezzi di esecuzione nell'uso della violenza, ritenendolo prevedibile in concreto, evitabile attraverso un comportamento alternativo lecito: ecco che la condanna è per omicidio colposo.

Ad avviso di questo studio, se si considera la condotta degli agenti che non solo hanno selvaggiamente e barbaramente picchiato la vittima, ma lo hanno anche compresso a terra, ammanettato con le braccia dietro alla schiena e continuato a picchiare in questa posizione fino a spezzare i due manganelli lasciandolo tramortito fino all'arrivo dell'ambulanza-, sarebbe potuto esser preso in considerazione, comportando una condanna maggiore, il dolo eventuale, con riferimento all'evento non voluto, ossia la morte. <sup>128</sup>

---

<sup>128</sup> In questo studio si è scelto di trattare il caso di Federico Aldrovandi, di maggiore risonanza mediatica; si richiama comunque l'attenzione sul caso di Michele Ferrulli, 51 anni al momento della morte avvenuta il 30 giugno 2011, in Via Varsavia, Milano, in seguito all'arresto operato da quattro

---

poliziotti della volante “Monforte bis”, dopo esser stato fermato per via del suo stato di evidente alterazione.

Nel settembre 2014 giunge la sentenza della Corte di Assise di Milano; le motivazioni della Corte sono chiare: *«nessuna gratuita violenza ai danni di Michele Ferrulli»*, a dispetto dei 7 anni di detenzione per omicidio preterintenzionale avanzati dalla Procura di Milano, avallati non solo da testimonianze sul luogo dell’arresto fatale ma anche da un video. Secondo la Corte d’Assise, i poliziotti non usarono *«alcun corpo contundente»* e la loro *«condotta di percosse consistette nei soli tre colpi e sette colpi dati in modo non particolarmente violento»*. Una condotta, secondo la Corte, *«giustificata dalla necessità di vincere la resistenza del Ferrulli a farsi ammanettare»* e che si *«mantenne entro i limiti imposti da tale necessità, rispettando altresì il principio di proporzione»*. La piena legittimità di tale condotta ne esclude quindi l’antigiuridicità.

Si richiama anche l’attenzione sul caso di Riccardo Magherini, 40 anni al momento della morte, avvenuta nella notte tra il 2 e il 3 marzo 2014, in Borgo San Frediano, Firenze, a seguito dell’arresto operato da quattro carabinieri mentre era in stato di evidente alterazione. Non si è ancora concluso il processo per omicidio preterintenzionale a carico dei quattro carabinieri e tre volontari della Croce Rossa presenti quella notte.

### 3. INDIVIDUAZIONE DELLA FATTISPECIE: RAPPORTI TRA L'ART. 53 C.P. E LE ALTRE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

Il problema preliminare nello studio dell'art.53 c.p., come già anticipato, è costituito dall'individuazione dell'autonomia dell'uso legittimo delle armi, rispetto alle altre cause di giustificazione; legata a questa problematica è la questione della natura giuridica della scriminante in esame.

Una chiave di lettura utile per la comprensione del problema, è quella dell'evoluzione storica-legislativa dell'istituto; come analizzato nel primo capitolo, durante la vigenza del codice Zanardelli, l'assenza di una scriminante autonoma aveva fatto migrare i casi di uso delle armi all'interno dei confini delle altre scriminanti.

Di conseguenza, l'introduzione dell'art. 53 nel codice Rocco è stato un chiaro segnale di emancipazione della fattispecie.<sup>1</sup>

Non essendo sufficiente basare il nostro ragionamento sul dato storico-evoluzionistico, ci atterremo anche al dato tecnico-giuridico; per fare ciò il primo punto di riferimento è l'incipit dell'articolo: *«ferme le disposizioni contenute nei due articoli precedenti»*.

---

<sup>1</sup> L. ALIBRANDI, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, Giuffrè editore, 1979, pag. 20. L'autore rileva inoltre come *«l'esame storico dell'istituto potrebbe inficiare non poco il carattere innovativo della norma e la sua conseguente autonomia dal momento che è apparso evidente come con l'articolo in questione si mantenesse ferma la tendenza assolutoria fortemente consolidata, sì da fare apparire la riforma legislativa in un aspetto prevalentemente formale»*.

Ad ogni modo, attenendoci ad una semplice analisi storica, è ben chiaro, dalla lettura dei lavori preparatori, come questa fattispecie sia nata con l'intento di essere *completiva* dei precedenti articoli.

Queste prime parole costituiscono una *clausola di riserva*,<sup>2</sup> tramite la quale, in modo conservativo, il Legislatore ha inteso stabilire che l'art. 53 c.p., espressamente dettato per i pubblici ufficiali, non esclude l'applicabilità delle precedenti disposizioni.<sup>3</sup>

La clausola di rinvio crea il problema però di individuare che tipo di rapporto esista tra norma richiamante e norme richiamate.

### 3.1 Concorso apparente di norme

Il profilo problematico dell'individuazione del rapporto esistente tra norma richiamante e norma richiamata, ci dà l'occasione per spostare lo studio sul problema del concorso di norme, che sorge quando due o più disposizioni appaiono adattarsi ad un determinato fatto, e si devono pertanto stabilire quante di queste norme applicare allorché tale fatto si realizzi concretamente, e ancor più specificamente, ritenendo che il

---

<sup>2</sup> Le clausole di riserva (di richiamo o di rinvio) sono una tecnica legislativa utilizzata per isolare fattispecie incriminatrici, diminuendo dubbi correlati al concorso di norme. Questa esigenza si riscontra maggiormente nell'ambito delle norme incriminatrici, piuttosto che rispetto alle norme permissive; ma l'attenzione deve essere posta anche in materia di cause di giustificazione. Una volta che si ammette il concorso apparente tra norme giustificatrici, risulta evidente l'utile funzione svolta dall'*incipit* dell'articolo in questione, che tende a individuare la scriminante tipica in relazione al caso concreto.

<sup>3</sup> Nella prospettiva di E. MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi*, in "Digesto delle discipline penalistiche" volume XV, 1999: «Da un lato il richiamo sottolinea la difficoltà per il legislatore di guadagnare uno spazio concettuale autonomo per l'uso legittimo delle armi rispetto alle altre scriminanti; dall'altro segnala l'inquietante prospettiva di legittimare l'uso delle armi 'oltre' i limiti rigorosi di cui agli artt. 51 (proporzione, inevitabilità e attualità del pericolo) e 52 c.p. (legittimità formale e sostanziale dell'ordine, stretta legalità del potere)».

fatto in questione merita di essere qualificato in base a una sola norma, quale applicare.

La dottrina odierna è divisa in due schieramenti: da un lato gli studiosi che si orientano verso l'adozione di una *pluralità* di criteri risolutivi del concorso, e dall'altro quelli che propendono per l'adozione dell'unico criterio di specialità.<sup>4</sup>

Partendo dalle *teorie pluralistiche*, il criterio suggerito, da affiancare a quello di specialità, è il criterio di consunzione.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Per questa ricostruzione si segue G. DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, voce del "Digesto delle discipline penalistiche", II volume, Torino, UTET, 1988, pag. 416 e ss.

Il rapporto di specialità presuppone una previsione di carattere generale, contrapposta ad altra di carattere speciale, nel senso cioè che la prima estende la fattispecie prevista su un ambito applicativo più ampio rispetto a quello della seconda, costituita una previsione specifica più aderente al fatto contemplato.

<sup>5</sup> Tra i più importanti sostenitori di questa teoria troviamo: Pagliaro, Fiandaca, Musco, Santoro, Bettiol.

A. PAGLIARO, *Concorso di norme (dir. pen.)*, in "Enciclopedia del diritto", VI, Milano, 1961, afferma che: «*La scelta del termine "consunzione", anziché "sussidiarietà", è dettata da una semplice ragione terminologica. Il "consumarsi" di una norma nell'altra sembra meglio rendere l'idea di una prevalenza che si determina grazie alla previsione di un trattamento penale più severo; mentre l'espressione "sussidiarietà" appare più generica, nel senso che potrebbe anche indicare la posizione di ogni norma che si applichi solo dove non ne sia applicabile un'altra: il che si verifica in ogni concorso apparente di norme. (...) Comunque ci sembra preferibile riservare il termine "sussidiarietà", per indicare quelle autolimitazioni alla propria applicabilità che sono contenute in alcune norme, dette appunto "sussidiarie" in quanto contengono una clausola che stabilisce la loro inapplicabilità quando il fatto è previsto come reato, o come illecito penale amministrativo, da una qualsiasi altra disposizione di legge, e non importa se questo altro illecito sia più o meno grave. Si veda, come esempio, l'art. 517 c.p.»*

Questo criterio trova fondamento nel concetto di *unitarietà normativo-sociale* del fatto regolato da disposizioni convergenti. È un criterio che sancisce la prevalenza di una disposizione sull'altra, in conformità, in primo luogo, a considerazioni sistematiche. Tali considerazioni si esplicano innanzitutto nella presenza, nell'ordinamento giuridico penale, dell'inciso finale dell'art. 15 c.p., il quale, in via generale, stabilisce che la legge speciale deroga alla legge o a disposizione generale, «salvo che sia altrimenti stabilito».

Mentre da un lato l'art. 15 c.p. sancisce l'applicabilità della norma che regola con maggiore aderenza la materia, dall'altro ammette la possibilità di deroghe a tale principio, in favore della norma che prevede il reato più grave.

Seconda considerazione sistematica è l'esistenza di numerose clausole di riserva contenute in singole disposizioni,<sup>6</sup> le quali, rinviando il più delle volte a reati sanzionati più gravemente, dimostrerebbero che il legislatore ha talvolta adottato criteri alternativi rispetto alla specialità, fondati più sul contenuto di disvalore della fattispecie rispetto al solo rapporto strutturale. Di solito, infatti, il legislatore ritiene superfluo stabilire, nelle singole disposizioni incriminatrici, che l'applicabilità di una norma è esclusa dall'applicarsi di una norma speciale allo stesso fatto; essendo questa la prassi legislativa, l'esplicazione, di volta in volta, delle deroghe, sembrerebbe un indizio avvalorante la tesi della consunzione.

Oltre a questi rilievi sistematici, sussisterebbero, secondo questa teoria, apprezzamenti di valore, desumibili dal significato complessivo della statuizione oggetto del concorso. Tali apprezzamenti servirebbero ad evitare la moltiplicazione delle conseguenze penali di fronte a situazioni contraddistinte da un disvalore omogeneo, al fine di respingere l'adozione di criteri, come la specialità bilaterale, che

---

<sup>6</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, VI edizione, Giuffrè editore, Milano, 1998, pag. 190 e ss.

nasconderebbero in realtà l'inadeguatezza delle sole relazioni logico strutturali ad impostare e risolvere i problemi del concorso di norme.<sup>7</sup>

Questa posizione non può essere seguita, in primo luogo, già per il solo fatto che nessuna disposizione dell'ordinamento contempla espressamente il criterio di consunzione.

In secondo luogo ci possiamo ben rendere conto della pericolosità di un giudizio di valore *a posteriori*, che rischierebbe di affidare al giudice un troppo vasto ambito di discrezionalità, fortemente in contrasto con il principio di determinatezza del diritto penale.

Un altro dato critico di preminente interesse risiede nella constatazione dell'esistenza di ipotesi di specialità reciproca in numero di gran lunga superiore rispetto a quelle di specialità unilaterale.<sup>8</sup>

Ammettendo, dunque, che le ipotesi di specialità reciproca ricadano nell'ambito della consunzione, si dovrebbe arrivare alla conclusione che il legislatore si sia preoccupato, paradossalmente, di regolare espressamente, *ex art. 15 c.p.*, le ipotesi meno frequenti di concorso apparente, rinunciando a sancire una disciplina *ad hoc* per i casi di consunzione.

Evitando, per ragioni di attinenza, di soffermarci su ulteriori critiche che si potrebbero muovere al presunto fondamento normativo di questo criterio (inciso finale dell'art. 15 c.p. e clausole di riserva), l'ultimo rilievo decostruttivo che possiamo sottolineare è quello inerente alla numerosa presenza, nell'ordinamento penale italiano, di clausole di riserva indeterminate (che rinviano non a fattispecie più gravi, ma a qualunque altra fattispecie). Tali clausole non individuano espressamente la fattispecie oggetto di rinvio, ma impongono, di volta in volta, di ricercarle alla luce di criteri esterni.

---

<sup>7</sup> FIANDACA–MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, I edizione, Bologna, 1985, pag. 387 e 389.

<sup>8</sup> Causate sicuramente dall'abuso di quella tecnica casistica tanto cara, purtroppo, anche al Legislatore penale.

La clausola in questione non può considerarsi espressiva di una determinata relazione di concorso tra norme, perché, dovendosi già in precedenza stabilire quali relazioni tra fattispecie ne condizionano l'operatività, i criteri per individuare tali relazioni dovranno essere desunti da principi che non si identificano con il meccanismo predisposto dalla stessa clausola.

Dunque, una volta escluso che il principio in questione possa desumersi dalle stesse clausole, esso dovrebbe fondarsi su altri indici normativi, che però non appaiono ricavabili né dall'art. 15 c.p., né da qualsiasi altra disposizione.

Le teorie *monistiche*,<sup>9</sup> invece, ravvisano in un unico principio i criteri per risolvere il problema del concorso apparente di norme.

Il dato costante che accomuna le diverse teorie monistiche è rappresentato dall'identificazione dell'apparenza del concorso con il criterio di specialità, ricomprendente anche situazioni che esorbitano dalla mera specialità in astratto.

Alla specialità in astratto si dovrebbe affiancare la specialità in concreto, allo scopo di poter risolvere nel senso del concorso apparente di norme anche le situazioni riconducibili alla specialità bilaterale o reciproca. Sussisterebbe, secondo tale interpretazione, un fatto naturalisticamente unitario (la «stessa materia» cui fa riferimento l'art. 15 c.p.) che meriterebbe di essere qualificato in base a una sola norma, ossia quella concretamente speciale, che si rivela maggiormente idonea ad esprimerne il disvalore.

Partendo dall'osservazione di un medesimo fatto, seguendo l'impostazione della dottrina che maggiormente ha studiato l'argomento,<sup>10</sup> l'apparenza del concorso potrebbe essere affermata non

---

<sup>9</sup> Tra i cui sostenitori ricordiamo Mantovani, Antolisei, Delitalia, Caraccioli

<sup>10</sup> Ci rifacciamo, per questa parte, a F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme in materia penale*, Bologna, 1966, pag. 83 e ss.

solo sulla base dell'inciso dell'art. 15 c.p. (da intendersi riferito anche alle ipotesi di specialità reciproca), ma anche in virtù di altri indici normativi, quali l'art. 84 c.p.<sup>11</sup> in materia di reato complesso, le clausole di riserva incluse nella parte speciale, e altre disposizioni idonee a legittimare, nel loro complesso, il riconoscimento di un principio fondamentale di necessaria corrispondenza ad un medesimo fatto di una sola norma applicabile (principio del *ne bis in idem* sostanziale).

Riteniamo di non accettare neanche questa impostazione.

Oltre alla critica all'utilizzo, al fine di legittimare la posizione monistica, di tutti questi indici normativi, in realtà preposti ad altre funzioni, si sottolinea l'incongruenza e l'errore di utilizzare il principio di specialità a monte, per affermare l'esistenza di un concorso apparente, mentre l'art. 15 c.p. è stato inserito con la funzione di operare solo in un momento successivo rispetto alla ricognizione degli estremi del concorso.

Per chiarire questo punto è necessario soffermarci su una ricostruzione puntuale dell'articolo in questione.

L'art. 15 c.p. (rubricato "Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge") parte dal presupposto che le disposizioni convergenti debbano regolare la *stessa materia*.

Si limita poi a fissare esclusivamente la deroga alla disposizione generale in favore di quella speciale.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Art. 84, 1° comma: «*Le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato*».

<sup>12</sup> Art. 15 c.p. «*Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione generale, salvo che sia altrimenti stabilito*»

L'effettiva angolazione con cui il legislatore si è posto di fronte al principio di specialità non è quello del concorso apparente e dunque della determinazione di quante disposizioni applicare, ma unicamente quella norma prevalente, e quindi di *quale* disposizione applicare.

È dunque necessario che debbano essere già stati in precedenza individuati i criteri strutturali della risoluzione del concorso di norme.<sup>13</sup>

Questa interpretazione appare quella esatta, alla luce dell'inciso finale dell'art. 15 c.p., che prevede una deroga rispetto al principio di specialità (nei casi in cui «*sia altrimenti stabilito*»); questi sono i casi in cui specifiche clausole di riserva sanciscono l'applicazione della norma “meno speciale”, quindi generale.

Ecco che la scelta a favore della norma speciale non può riguardare il concorso di norme, perché pur ammettendosi eventuali deroghe a tale principio, esse non incidono sul numero delle norme (*quante* norme applicare), ma unicamente sulla scelta della norma prevalente (che in questi casi viene a configurarsi come quella generale).<sup>14</sup>

Stante questa ricostruzione, bisogna concludere che il concorso apparente di norme riguarda non già il principio di specialità, ma il diverso requisito della «*stessa materia*»,<sup>15</sup> presupposto essenziale per

---

<sup>13</sup> Procedendo per logica si può effettivamente affermare che una norma prevalga sull'altra solo se si è preventivamente stabilito che se ne debba applicare una sola.

<sup>14</sup> Il principio di specialità, dunque, non può considerarsi un principio assoluto, dal momento che soffre di eccezioni; ma sono proprio queste eccezioni a riconfermare come il problema risolto da tale principio sia solo quello della scelta fra quali norme applicare.

<sup>15</sup> L'interpretazione più aderente all'ordinamento della locuzione «*stessa materia*» sembra essere l'identificazione del concetto di materia con un dato normativo, compatibile con un'indagine incentrata sul confronto diretto tra fattispecie astratte.

cui possa scattare la scelta della disposizione da applicare per il tramite del principio di specialità.

Dopo aver svolto, seppur brevemente, questa panoramica sul rapporto tra concorso apparente di norme e principio di specialità, possiamo interessarci del macro argomento del *concorso delle scriminanti* (ossia del concorso tra disposizioni che contemplano singole cause di giustificazione), passaggio che risulta necessario per eseguire correttamente l'individuazione della fattispecie di cui all'art. 53 c.p.

Premessa metodologica essenziale è che non saranno utilizzate in questo studio le medesime categorie elaborate dalla dottrina in materia di concorso tra fattispecie incriminatrici; per esempio, come vedremo nei prossimi paragrafi, non sono pochi gli studiosi che affermano che l'art. 53 c.p. si ponga in relazione di specialità rispetto all'art. 51 c.p. (adempimento di un dovere), in virtù del particolare atteggiarsi dei presupposti e dei limiti che caratterizzano la condotta scriminante.

In realtà, proprio da un punto di vista pratico, poiché il risultato di ogni singola causa di giustificazione è sempre lo stesso, ovvero l'esclusione dell'antigiuridicità di un comportamento, non si comprende quale rilevanza possa assumere lo stabilire, in via di principio, la prevalenza dell'art. 53 c.p., sull'applicazione delle scriminanti di cui agli artt. 51 o 52 c.p.

In più, affermare ciò comporterebbe un'ulteriore e più grave conseguenza incongruente con l'architettura penale: se è vero che ciascuna delle scriminanti risulta idonea a regolare il fatto ipotizzato e se è vero che l'effetto non muta, qualunque scriminante si applichi, l'esistenza di disposizioni speciali sarebbe del tutto inutile, configurandosi come una mera ripetizione dell'unico schema generale. A ben vedere, l'unica relazione strutturale tra le scriminanti sembra essere quella di così detta "eterogeneità-incompatibilità".

Ciascuna scriminante deve, cioè, poter essere riportata ad una situazione diversa ed alternativa rispetto a quella regolata dalle altre. Solo in questo modo acquista di senso la scelta del legislatore di inserire nell'ordinamento penale (e non solo) una pluralità di scriminanti, essendo logico che, trovandosi il giudice di fronte a situazioni caratterizzate da presupposti di volta in volta eterogenei, qualifichi in termini di liceità determinate condotte, sulla base di diverse ed autonome cause di giustificazione, ciascuna destinata ad operare in un proprio ambito di applicazione.

Dopo aver tracciato questo percorso, possiamo comprendere come l'effettivo problema dell'individuazione della fattispecie di cui all'art. 53 c.p., e la proclamazione della sua autonomia o del suo legame con le altre cause di giustificazione, debba prendere le mosse da un ragionamento approfondito su cosa sia il *principio di specialità*.

Dalla ricostruzione seguita si deve intendere tale principio come presupposto stesso del concorso apparente di norme e, nel nostro caso, della ricostruzione del rapporto con le altre scriminanti.

Sono state formulate diverse ipotesi, da diverse dottrine, che divergono proprio sul significato del principio di specialità, per risolvere il dilemma che ha ad oggetto il rapporto tra l'art. 53 c.p. e le altre cause di giustificazione:

- Criterio di consunzione:<sup>16</sup> questo schema non sembra proponibile per chiarire la portata dell'art. 53 c.p., poiché tra le predette scriminanti non è configurabile qualsiasi ipotesi di assorbimento, trattandosi di previsioni insuscettibili di essere ricomprese l'una nell'altra, proprio perché situate su piani paralleli.

---

<sup>16</sup> Inimmaginabile già solo per il fatto che tale rapporto si conclude con l'applicabilità esclusiva della norma che commina il trattamento penale più severo.

Al principio di consunzione dovrebbero essere ricondotti tutti i fenomeni caratterizzati da uno sviluppo ed una progressione offensiva tra i fatti in concorso, tale da far sì che l'uno venga ad assorbire e a consumare il disvalore sotteso all'integrazione dell'altro.<sup>17</sup>

- Rapporto di alternatività:<sup>18</sup>le tre disposizioni sono in rapporto di assoluta incompatibilità, dovendosi porre l'accento, nella ricostruzione dell'art. 53 c.p., sulla discrezionalità del pubblico ufficiale, anche nel senso della scelta del singolo mezzo di coazione.
- Rapporto di sussidiarietà: l'*incipit* della disposizione rappresenta una forma esplicita di correlazione tra norme specifiche; si tratta di un rapporto di sussidiarietà espressa<sup>19</sup>.

La dottrina maggioritaria<sup>20</sup> parteggia per l'esistenza di questo ultimo rapporto.

---

<sup>17</sup> Per questa ricostruzione vedi G. DE FRANCESCO, *Diritto penale 2, forme del reato*, Torino, Giappichelli Editore, 2013, pag. 44 e ss.

<sup>18</sup> Tesi a gran voce sostenuta da L.ALIBRANDI e ARDIZZONE

<sup>19</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli editore, 2005, pag. 393: «*La clausola di riserva a favore degli articoli 51 e 52 non sta a significare altro che il carattere sussidiario e residuale della scriminante dell'uso legittimo delle armi: nel senso che quest'ultima troverà applicazione in tutti quei casi che non possono essere ricondotti, perché estranei, alla legittima difesa o all'adempimento del dovere*».

<sup>20</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè editore, 1990, pag. 204; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1988, pag. 269; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, Torino, Giappichelli editore, 2008, pag. 277ss.; ARDIZZONE, *Usa legittimo delle armi* in "Enciclopedia del diritto" XLV Giuffrè, pag.976 ss.; ALTAVILLA, *Usa legittimo delle armi* in "Nuovo Digesto Italiano" XII, II parte, 1940, pag. 767;

La posizione di questo studio, fondata su una certa interpretazione del concorso apparente di norme e del principio di specialità, a proposito della collocazione dell'art. 53 c.p., è che la scriminante in questione sia totalmente autonoma, seppur sussidiaria rispetto alle altre cause di giustificazione; essa è stata introdotta dal legislatore proprio allo scopo di creare una nuova situazione scriminante, che altrimenti non avrebbe potuto in alcun modo rientrare nello schema delle altre.<sup>21</sup>

Sembra a questo punto necessario, anche al fine di avvalorare la nostra tesi, procedere alla disamina delle altre teorie sul legame che esisterebbe tra l'articolo in questione e le altre cause di giustificazione, che priverebbero l'istituto dell'uso legittimo delle armi di autonomia.

Le tesi che seguono, al contrario di quella sostenuta dalla nostra analisi, partono dall'assunto della "inutilità" dell'esistenza di una fattispecie autonoma riguardante i pubblici ufficiali e l'uso delle armi, potendosi queste situazioni già collocarsi nell'alveo di espansione delle altre scriminanti, autonomamente considerate.

### **3.2 Rapporti con l'adempimento di un dovere**

In dottrina,<sup>22</sup> è frequente l'inquadramento dell'uso legittimo delle armi nell'ambito concettuale dell'art. 51 c.p.,<sup>23</sup> del quale sarebbe a un tempo

---

<sup>21</sup> Pur estendendo il terreno della giustificazione, ne restringe al contempo la portata, sancendone rigidamente i profili.

<sup>22</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè editore, 1976, pag. 210; l'uso legittimo delle armi, per l'Autore citato, costituisce l'ipotesi praticamente più importante di attività giustificata da una *norma giuridica* (contenuto dell'art. 52); sono di questo avviso anche BOScarelli, PAGLIARIO, ROMANO.

<sup>23</sup> Art. 51 c.p. Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere. «L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità.

specificazione e integrazione, e del quale condividerebbe il fondamento e l'effetto.

Le incertezze sull'argomento dell'autonomia della fattispecie deriverebbero dalla qualificazione del fondamento stesso dell'art. 53 c.p. quale potere di coazione della Pubblica Amministrazione.<sup>24</sup>

Stando a questa teoria, il dovere in questione sarebbe dato dalle norme che sul terreno amministrativo sanciscono i diversi compiti della forza pubblica.<sup>25</sup>

L'art. 53 c.p. avrebbe dunque un contenuto specificativo e integrativo rispetto all'art. 51 c.p.: da un lato deve esservi la necessità di respingere una violenza o vincere una resistenza all'autorità (mancante nell'art. 51 c.p., poiché l'articolo si limita a indicare le fonti dell'ordine), dall'altro è indicata la liceità dell'uso dei mezzi di coazione fisica adeguati, *expressis verbis*.

Certo è che il dato letterale dell'art. 53 c.p. ("*fine di adempiere un dovere del proprio ufficio*") non giova a risolvere l'equivoco: potrebbe essere una formula sufficiente a dimostrare l'identità sostanziale tra uso legittimo delle armi e adempimento del dovere.

---

*Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.*

*Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo.*

*Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine».*

<sup>24</sup> Il discorso si sposta dunque sul versante amministrativo, e per tale ricostruzione, testo di riferimento è stato ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè editore, 1940, pag. 175.

<sup>25</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Volume I, III edizione, Milano, Giuffrè editore, 2004. Il pubblico ufficiale esercita poteri che gli sono attribuiti dalla legge in connessione con doveri funzionali propri del suo stato.

Un noto Autore<sup>26</sup> ha risolto la problematica tramite un ragionamento logico: il requisito del *fine di adempiere un dovere del proprio ufficio* non può essere letto come elemento caratterizzante l'aspetto conoscitivo e volitivo del pubblico ufficiale, ma come elemento incidente sull'aspetto funzionale della fattispecie.

Il fine specifico darebbe origine ad un limite che circostringe l'ambito della condotta legittima, interno alla fattispecie stessa.

Dall'altro lato, quando trattiamo dell'adempimento di un dovere, siamo di fronte ad una fattispecie penale in bianco, ossia ad una fattispecie che rimette il dovere di agire all'esistenza di una *norma giuridica*, o che trae origine da un *ordine legittimo dell'autorità* (non trova dunque la sua compiuta disciplina all'interno dell'art. 51 c.p. stesso)<sup>27</sup>.

Si può concludere affermando che l'art. 53 c.p. coprirebbe uno spazio vuoto.<sup>28</sup>

Esso sosterrrebbe in generale il principio per cui l'uso della coazione è ammesso (non dà luogo a responsabilità penale) anche quando non costituisca il dovere da compiere, e cioè quando la necessità dell'impiego della forza si manifesti in corso di esecuzione del proprio dovere, indipendentemente da ordini ricevuti.

---

<sup>26</sup> L. ALIBRANDI, *opera citata* pag. 41, partendo dall'assunto che l'art. 53 è espressione e fondamento del potere coattivo riconosciuto dall'ordinamento alla Pubblica Amministrazione.<sup>26</sup>

<sup>27</sup> Si può concludere così che l'art. 51 c.p. non è una norma primaria, non risolvendosi in essa l'intera fattispecie giustificatrice; da questo assunto deriva la conclusione che il dovere di adempiere non costituisce un limite interno (come nel caso dell'art.53) bensì un limite esterno, dovendosi la condotta del destinatario uniformarsi a un modello prestabilito dalla legge o dall'autorità pubblica.

<sup>28</sup> Secondo P. PISA, *Osservazioni sull'uso legittimo delle armi*, il legislatore ha voluto dare alla fattispecie un terreno di azione tutto suo, esclusivo.

Letto in quest'ottica, l'art. 53 c.p. configurerebbe una grande innovazione, giacché nel nostro ordinamento l'autotutela esecutiva è ammessa solo nei casi espressamente previsti dalla legge, senza possibilità, quindi, di estensione analogica.

Si può, però, obiettare a tale teoria che l'art. 53 c.p. *autorizza* ad utilizzare determinati mezzi coercitivi per fronteggiare una violenza o una resistenza, ma non obbliga ad agire in tal senso.

Dato che la formulazione di cui all'art. 51 c.p. è decisamente più stringente, esprimendo in positivo la scriminabilità di un'azione imposta da una norma giuridica, o, inerente al nostro caso, da un ordine legittimo della pubblica Autorità, seguire questa teoria porterebbe a fuoriuscire oltre misura dal nucleo stesso della disposizione.

### **3.3 Rapporti con la difesa legittima**

La comparazione con l'art. 52 c.p.<sup>29</sup> risulta maggiormente problematica.<sup>30</sup>

Un primo approccio utile può consistere nel fare riferimento solo agli elementi estrinseci della fattispecie.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Art. 52 c.p. La legittima difesa: «*Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa*».

<sup>30</sup> Si tratta, infatti, di una disposizione compiutamente definita nei suoi elementi, rispetto alla quale non si verifica l'indeterminatezza della previsione del precedente istituto. Questo profilo sembra sufficiente ad emancipare la scriminante dalla precedente.

<sup>31</sup> In dottrina (FROSALI, GRANATA, CADONI, STEIN) si è affermata l'applicazione dell'art.52 c.p. nei casi in cui l'uso delle armi o di altro mezzo di coazione sia fatto dal pubblico ufficiale per un fine diverso da quello dell'adempimento di un dovere, qualora vi sia stato costretto dalla necessità

Autorevole dottrina,<sup>32</sup> definisce la scriminante dell'uso legittimo delle armi "*difesa legittima qualificata*": la necessità di respingere un'ingiusta violenza o vincere una altrettanto ingiusta resistenza può ben rappresentare una forma di necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta.

Una distinzione di tale natura non risulta sufficiente, soprattutto a seguito dell'ampliamento dei confini dell'art. 53 c.p., ad opera della l. 152/1975.<sup>33</sup>

Tale intervento ha rinvigorito la corrente di studiosi favorevoli all'attrazione della norma nell'ambito della legittima difesa.<sup>34</sup>

---

di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta.

Altro carattere estrinseco è la presenza del riferimento alla *violenza e la resistenza* nell'art.53 c.p., in relazione al *pericolo attuale di un'offesa ingiusta* nell'art. 52 c.p.

<sup>32</sup> P. PISA, *Osservazioni sull'uso legittimo delle armi*, pag. 155 nota 27, ma anche STEIN, MARINI e in parte DELOGU.

<sup>33</sup> Merita un discorso a sé stante l'ampliamento ad opera dell'art. 14 della l. 152/1975 che ha inserito nel primo comma dell'art. 53 le parole: «*e comunque di impedire la consumazione dei delitti di strage, naufragio, sommersione, disastro aviatorio, ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona*».

Tale ampliamento ha fatto sorgere delle perplessità (prescindendo da quelle meramente tecnico-giuridiche legate all'infelice scelta dell'utilizzo del sistema della novella) anche solo sulla necessità di una modificazione: non era già sufficiente l'originaria formulazione dell'articolo?

Da un punto di vista meramente sociale, l'intento del legislatore del 1975 è stato indubbiamente quello di rafforzare la posizione dei pubblici ufficiali, ma è egualmente indubbio il carattere pleonastico dell'intervento.

<sup>34</sup> P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1975, secondo cui: «*dal punto di vista sostanziale, la norma sull'uso legittimo delle armi è alquanto misteriosa, perché nella sua formulazione sembra addirittura lapalissiana, trattandosi di difesa legittima di un diritto altrui,*

Contestare tale impostazione è molto semplice: da un lato si può effettivamente rilevare come anche prima dell'intervento legislativo non si sarebbe potuto punire un pubblico ufficiale che per impedire, ad esempio, una rapina, avesse impiegato le armi contro gli esecutori del delitto (riducendo in poche battute l'euforia per l'innovazione del '75); dall'altro lato, comunque, non si può sottacere la portata innovativa della norma: essa configura un'autorizzazione per il pubblico ufficiale ad intervenire in via *preventiva* e non solo in via meramente difensiva. E questo, pur essendo un elemento di novità, a nostro avviso, inconciliabile con un ordinamento democratico e garantista, è certamente un dato rilevante ai fini dell'emancipazione dalla fattispecie dall'art. 52 c.p..

Il potere di coazione dello Stato, espressione del principio di autotutela, prescinde, in questi casi, dall'elemento dell'attualità dell'aggressione,<sup>35</sup> requisito inderogabile per scriminare un soggetto che abbia agito in presunta legittima difesa.

Non sembra idoneo e condivisibile neanche un approccio critico, seppur indirizzato alle nostre stesse conclusioni, ma basato su altri elementi fondanti, che pretende di distinguere le fattispecie in oggetto

---

*mentre nella sua ispirazione sembra che abbia voluto estendere i poteri della polizia».*

Stando a questa dottrina critica, l'art. 14 prevedrebbe un'ipotesi di legittima difesa di un diritto altrui.

<sup>35</sup> Nel precedente capitolo abbiamo sottolineato le innovazioni della legge del 1975, soffermandoci su dati letterali rilevanti, come l'utilizzo dell'avverbio *comunque*; è ad ogni modo necessario qui indicare come l'espressione "comunque" abbia la forza di ampliare la portata della disposizione, dando ai pubblici ufficiali il potere di intervenire anche in assenza di una resistenza o di una violenza all'Autorità.

differenziandole sulla base del carattere “pubblico” (art. 53 c.p.), o “privato” (art.52c.p.) dell’offesa e dunque della difesa.<sup>36</sup>

Certo, indipendentemente dalle motivazioni addotte delle varie teorie è impossibile non constatare e prendere atto delle interferenze pubblicistiche, ravvisabili nei due istituti.

C’è da precisare, ad ogni modo, che almeno nell’intenzione originaria del Legislatore del ’30, non era questa la sostanziale differenza tra i due articoli.

L’influenza autoritaria (di innegabili radici fasciste) era preponderante nel codice Rocco; la salvaguardia di interessi ritenuti di maggiore rilevanza durante il ventennio era considerata il punto nodale del regime.

Una prima conclusione potrebbe essere: l’uso legittimo delle armi e la difesa legittima presentano comunanza nell’ambito funzionale (si tratta di situazioni meramente conservative); al contempo presentano elementi di differenziazione nella relazione intercedente tra soggetto agente e condotta: *doverosità* nel caso dell’art. 53 c.p. e facoltà dell’art. 52 c.p..

Dal 2006 risulta però difficile affermare con questa sicurezza sia l’esistenza di elementi di discriminazione che di somiglianza.

La l. 13 febbraio 2006, n. 59 ha, infatti, aggiunto all’art. 52 c.p. due successivi commi,<sup>37</sup> definibili, se possibile, almeno azzardati.

---

<sup>36</sup> Questa impostazione, infatti, trascurava la posizione della dottrina sia remota (MANZINI) che recente (GROSSO) che definisce la difesa legittima come una sorta di esercizio, da parte del privato, di una funzione pubblica.

<sup>37</sup> Art. 52 2 e 3 comma c.p.: «*Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:*

*a) la propria o la altrui incolumità:*

L'innovazione legislativa è giunta in un momento di forte allarme sociale, collegato al fenomeno dell'intrusione in forma violenta o clandestina nell'altrui dimora da parte di "malintenzionati"; è importante sottolineare che stiamo trattando comunque di eventi legati alla "micro-criminalità", che hanno destato negli anni l'interesse di un Legislatore, che è risultato ancora una volta sia cieco di fronte a più urgenti situazioni, sia dimostrando una tecnica legislativa non sopraffina.

Il fenomeno descritto dalle disposizioni è quello relativo al soggetto, il quale, o perché aggredito nella propria incolumità, o perché minacciato da un'offesa di natura diversa, ma pur sempre venutosi a trovare in pericolo per la propria integrità personale, reagisca arrecando all'aggressore una lesione eventualmente di gravità superiore rispetto all'entità della minaccia.

Soprascedendo sulle considerazioni sul piano politico-ideologico di questa infelice novità legislativa, ed evitando, per ragioni di attinenza, di riportare la "lotta" giuridica,<sup>38</sup> compiuta da docenti di diritto penale sostanziale e procedurale, allo stravolgimento che questi commi hanno portato all'istituto penale, ormai secolare, della difesa legittima, tale innovazione ci può essere utile per sottolineare la presenza, esplicitata in questo articolo, del requisito della proporzione, assente invece nella dizione tradizionale dell'art. 53 c.p.

---

*b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.*

*La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale».*

<sup>38</sup> MARRA, *Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola licenza d'uccidere*, in "Diritto e giustizia", 5, 2006, 96 e ss.

Il rischio fiutato dai giuristi più critici è proprio quello di aver creato, in questo modo, una nuova scriminante quale l'uso legittimo delle armi privato.

Tornando al discorso iniziale, è possibile effettivamente individuare all'interno dell'art.53 c.p., accanto a ipotesi riconducibili alla difesa legittima, altre sotto-fattispecie che in quello schema non possono essere incluse. Il richiamo iniziale assume il senso di una puntualizzazione che, nonostante l'introduzione della disposizione *de qua* non è per questo venuta meno l'operatività della legittima difesa in favore del pubblico ufficiale.<sup>39</sup>

Vi è poi l'ultima e conclusiva posizione, sintesi e frutto delle precedenti, che assegna alla fattispecie un proprio fondamento e una propria autonomia (seppur, lo ricordiamo, nell'ambito di un rapporto sussidiario con le due precedenti scriminanti).<sup>40</sup>

Da ciò deriva che, se il pubblico ufficiale agisce in una situazione nella quale sono presenti i requisiti dell'adempimento di un dovere o della difesa legittima, il caso dovrà essere risolto applicando le rispettive disposizioni, e non l'art. 53 c.p.; ma se vengono riscontrati quelli richiesti dall'art. 53 c.p., quest'ultima disposizione troverà applicazione, dovendosi preferire alle altre *ex art. 15 c.p.*.

---

<sup>39</sup> S. CAMAIONI, *Rilievi sull'uso legittimo delle armi*, in "Archivio Penale" 1985, pag. 113. PISA, *opera citata*, afferma proprio che la clausola iniziale dell'articolo sottolinea il ruolo sussidiario dell'esimente.

<sup>40</sup> Questo studio si conforma, come ho tentato di dimostrare, a tale ultimo atteggiamento. Ritorna in queste conclusioni la teoria della potestà di imperio dello Stato, di cui abbiamo trattato nel primo capitolo.

Tale conclusione si conforma anche perfettamente al principio di tipicità, prescindendo dalle scelte interpretative in tema di rapporti tra art. 53 c.p. e gli articoli contigui.<sup>41</sup>

E la clausola di riserva iniziale a favore degli artt. 51 e 52 c.p. sta solo a significare il carattere *sussidiario e residuale* della scriminante, nel senso che quest'ultima troverà applicazione in tutti quei casi che non possono essere ricondotti alla legittima difesa e all'adempimento del dovere.

---

<sup>41</sup> S. ARDIZZONE, *Usa legittimo delle armi* in "Enciclopedia del diritto" XLV, Milano, Giuffrè editore, pag. 976.; R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale* parte generale, Torino, Giappichelli editore, 1967, pag. 747; E. MEZZETTI in *opera citata* pag.126; F. PALAZZO, in *opera citata* pag. 393.

#### 4. IPOTESI DI USO LEGITTIMO DELLE ARMI PREVISTE DALLE LEGGI SPECIALI

Continuando nella disamina dell'art. 53 c.p., passiamo ad analizzare il 3° comma, che si limita ad affermare: *«La legge determina gli altri casi, nei quali è autorizzato l'uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica»*.

In questo capitolo cercheremo di individuare le più importanti ipotesi legislative speciali, pur consapevoli della complessità e della varietà della materia.

D'altro canto non sono in pochi ad auspicare una riconsiderazione generale della casistica, all'attuale ricca di disposizioni dal contenuto ambiguo o di dubbia utilità sistematica.<sup>1</sup>

Questo rilievo critico era stato evidenziato in primo luogo dalla Commissione Pagliaro,<sup>2</sup> che all'art. 16 del Progetto Legislativo suggeriva di *«stabilire espressamente che i casi di liceità dell'uso delle armi o di altri mezzi di coazione fisica previsti da norme speciali fossero ricondotti entro gli stessi limiti»*, nella speranza (poi in seguito disattesa) di dettare una disciplina unitaria, ricomprendente sia i casi speciali che la causa di giustificazione generale.

---

<sup>1</sup> In realtà gli stessi dubbi, come abbiamo cercato di rilevare, sorgono anche in rapporto all'art. 53 c.p., spesso strumentalizzato per allargare oltre misura l'ambito di giustificazione, eludendo i vincoli più stringenti della legittima difesa e dell'adempimento di un dovere.

<sup>2</sup> Commissione nominata dal Ministro della Giustizia, Giuliano Vassalli nel febbraio del 1988. Si trattava di una ristretta Commissione di studiosi istituita per preparare uno schema di legge-delega per un nuovo codice penale. Tale Commissione era presieduta dal penalista Antonio Pagliaro, e composta dai professori Bricola, Mantovani, Padovani, Fiorella e Latagliata.

L'art. 53, 3 comma c.p., dunque, predispone una chiara riserva di legge a favore di fattispecie, che per la loro peculiarità, non possono dirsi coincidenti con quella più generale. Le differenze in questione attengono al piano dei soggetti beneficiari, che nelle fattispecie speciali si riducono ad una cerchia minore.

Infatti, alla nozione di pubblico ufficiale, cui è indirizzata la fattispecie generale, vengono a sostituirsi di volta in volta, le guardie di finanza, gli agenti di custodia etc.

Tale specificazione avviene anche sul piano oggettivo, dove le generiche figure di “violenza” e “resistenza” vengono a essere sostituite da situazioni specifiche, pur sempre intendendosi impedimenti al compimento di fatti determinati (come d'altronde avviene con l'apertura disposta dall'art. 14 della legge n. 152 del 1975).

Nell'analizzare alcune di queste ipotesi speciali ci possiamo render conto come queste siano fra di loro discordanti e disomogenee; è per questa ragione che costantemente la dottrina odierna richiama l'attenzione sul principio della proporzione, che possa effettivamente chiarire ed unificare quanto meno la disciplina oggettiva.

#### **4.1 Repressione del contrabbando: L. 4 marzo 1958, n. 100**

La l. 100/1958, “*Uso delle armi da parte dei militari, degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria in servizio di frontiera in zone di vigilanza*”, ha rinnovato e modificato la disciplina previgente dell'art. 49 del Regolamento delle guardie di finanza (Regio decreto 6 novembre 1930, n. 1643).<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Che sanciva: «*In zona di vigilanza doganale, i militi del corpo che siano comandati nei servizi di sentinella, di vedetta, di appostamento e di perlustrazione, devono tenere le armi da fuoco cariche. Quando i militi stessi scorgono persone in attitudine di contrabbando devono fare loro*

La dottrina ha evidenziato come la legge abrogata avesse contenuto ancora più illiberale dell'attuale normativa, e come fosse effettivamente considerata come «*frutto di esasperata tendenza alla massima severità*».<sup>4</sup>

Dal confronto tra le due normative, la dottrina fa derivare una notevole attenuazione del rigore con il quale la precedente legge, apri fila della disciplina dell'art. 53 c.p., disciplinava la materia.

In questo studio ci concentreremo sugli artt. 1, 2, 3, e 5.

L'art. 1<sup>5</sup> sancisce chiaramente la posizione del Legislatore: la regola è il divieto di fare uso delle armi; l'eccezione è costituita dal richiamo alle scriminanti di cui agli artt. 52, 53, 1 comma e 54 del c.p.

La legge in questione prevede poi tre ipotesi aggiuntive:

- Il contrabbandiere, soggetto passivo della condotta di coazione, deve essere armato palesemente, vale a dire in modo inequivoco, obiettivo;

---

*l'intimazione di "alt!". Se, a malgrado delle intimidazioni, le suddette persone assumono un contegno minaccioso e persistono negli atti diretti alla consumazione del contrabbando, può farsi uso delle armi per rendere impotenti le bestie e immobilizzare i veicoli eventualmente utilizzati per il trasporto e successivamente, ove si renda necessario, anche contro le persone».*

<sup>4</sup> P. Pisa, *Osservazioni sull'uso legittimo di armi*, in *Annali dell'Università di Genova*, Facoltà di Giurisprudenza, 1971 fasc. 1, pag. 186.

<sup>5</sup> Art. 1: «È vietato fare uso delle armi contro le persone da parte dei militari e degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria in servizio di repressione del contrabbando in zona di vigilanza doganale, come determinata dalle vigenti disposizioni, fatta eccezione per i casi previsti dagli articoli 52, 53, primo comma, e 54 Codice penale e quando:

- a) il contrabbandiere sia armato palesemente;
- b) il contrabbando sia compiuto in tempo di notte;
- c) i contrabbandieri agiscano raggruppati in non meno di tre persone».

- Il contrabbando sia commesso in tempo di notte, quindi agevolato dall'oscurità;
- I contrabbandieri agiscano raggruppati in non meno di tre persone, il cui concorso facilita la consumazione del reato.

L'art. 2 della legge in questione<sup>6</sup> tempera la durezza dell'art. 1, prevedendo il divieto di fare uso delle armi nelle tre ipotesi precedenti, nel caso in cui il contrabbandiere si dia alla fuga o abbandoni il carico. Ritorna in questa sede la disamina affrontata precedentemente in merito alla fuga, e viene, in questo caso, fortunatamente risolta direttamente dal legislatore.

Nel caso il cui il contrabbandiere abbandona il carico, l'inutilità della coazione è evidente. L'uso delle armi è (dovrebbe essere) diretto a impedire il passaggio alla frontiera di merci contrabbandate: dal momento che queste vengono abbandonate, e sono suscettibili di appropriazione da parte degli agenti, non sussiste più la necessità di utilizzare la coazione fisica.

Viceversa, sempre in materia di fuga, l'art. 3 della legge del 1958<sup>7</sup> autorizza l'uso delle armi contro i mezzi di trasporto, quando i conducenti non obbediscano all'ordine di fermarsi e non vi sia per i militari la possibilità di raggiungerli, dato che questo utilizzo delle armi non è diretto al danno delle persone.

---

<sup>6</sup> Art. 2 «È vietato far uso delle armi, anche nelle ipotesi previste nelle lettere a), b) e c) dell'art. 1, quando il contrabbandiere si dà alla fuga ed abbandona il carico».

<sup>7</sup> Art. 3: «L'uso delle armi non è vietato contro gli autoveicoli e gli altri mezzi di trasporto veloci quando i conducenti non ottemperino all'intimazione di fermo e i militari non abbiano la possibilità di raggiungerli».

In un momento di attuazione cronologicamente precedente si pone invece l'art. 5,<sup>8</sup> che prevede che, prima di procedere con l'uso delle armi, i militari devono fare delle intimazioni a voce o col gesto, ed esplodere almeno due colpi in aria. Con tale prevenzione o avvertimento si tenta, infatti, di evitare la necessità di fare uso delle armi, a seguito della desistenza del contrabbandiere.

#### **4.2 Uso delle armi e di altri strumenti di coazione fisica da parte della forza pubblica per l'esecuzione di provvedimenti di pubblica sicurezza quando gli interessati non vi ottemperino: Testo Unico delle leggi di Pubblica Sicurezza 18 giugno 1931 n. 773**

L'art. 5, 3 comma del Testo Unico delle leggi di Pubblica Sicurezza dispone che è «*autorizzato l'impiego della forza pubblica*» per l'esecuzione dei provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza rimasti inottemperati.

Nonostante la brevità della formulazione, l'uso della forza deve comunque essere diretto a respingere la violenza o vincere la resistenza, che impedisce l'esecuzione del provvedimento.<sup>9</sup>

Gli articoli 22,<sup>10</sup> 23,<sup>11</sup> 24 disciplinano invece le modalità di scioglimento di riunioni pubbliche o di assembramento in luogo pubblico.

---

<sup>8</sup> Art. 5: «*L'uso delle armi, nei casi in cui non è vietato a norma degli articoli precedenti, deve essere preceduto da intimazione a voce o col gesto e dalla esplosione di almeno due colpi in aria*».

<sup>9</sup> Secondo la lettura sistematica di A. CADONI, *Interpretazione ed applicazione dell'art. 53 del codice penale*, in "Rivista di polizia", 1970, pag. 159.

<sup>10</sup> «*Quando, nei casi preveduti dagli articoli precedenti, occorre disciogliere una riunione pubblica od un assembramento in luogo pubblico o aperto al pubblico, le persone riunite od assembrate sono invitate a disciogliersi dagli*

L'art. 24,1 comma recita: *«Qualora rimangano senza effetto anche le tre intimazioni ovvero queste non possano essere fatte per rivolta od opposizione, gli ufficiali di pubblica sicurezza o, in loro assenza, gli ufficiali o i sottufficiali dei carabinieri reali ordinano che la riunione o l'assembramento siano disciolti con la forza»*; e al secondo comma si prevede che *«all'esecuzione di tale ordine provvedano la forza pubblica e la forza armata sotto il comando dei rispettivi capi»*. Appare comprensibile l'osservazione della dottrina che, unitariamente, ha affermato che l'"urto con la folla" impone valutazioni non riconducibili a uno schema: per ponderare una corretta reazione sarà necessario guardare, di volta in volta, al caso concreto da fronteggiare.

#### **4.3 Uso legittimo delle armi e immigrazione clandestina**

La materia dell'immigrazione clandestina, e il problema ad essa legata della gestione dei flussi migratori, è da sempre oggetto del diritto penale, che in varie modalità si è approcciato al tema.

Le conseguenze aberranti, dal punto di vista dei diritti umani, a cui può condurre un uso indiscriminato delle armi, dovrebbero essere scolpite nella memoria collettiva: un caso su tutti –per non concentrare la nostra attenzione sulla situazione interna e su quella delle nostre coste– sono le tragiche vicende legate alle uccisioni compiute dalle guardie di

---

*ufficiali di pubblica sicurezza o, in loro assenza, dagli ufficiali o dai sottufficiali dei carabinieri».*

<sup>11</sup> *«Qualora l'invito rimanga senza effetto, è ordinato il discioglimento con tre distinte formali intimazioni, preceduta ognuna da uno squillo di tromba»*

frontiera della DDR, seppur in applicazione della normativa all'epoca vigente, disciplinante l'illegale superamento dei confini dello Stato.<sup>12</sup>

Nell'ordinamento italiano, l'art. 158, 3 comma TULPS sancisce che: «È autorizzato l'uso delle armi, quando sia necessario, per impedire i passaggi abusivi attraverso i valichi di frontiera non autorizzati».

Ci spostiamo, in questo caso, nella categoria più ampia, e sicuramente oggi di grande attualità, dell'immigrazione clandestina.

Questa disposizione deroga assolutamente ai requisiti dell'art. 53 c.p. poiché per fare uso legittimo delle armi è sufficiente la circostanza che non sia altrimenti impedibile al soggetto passivo il passaggio della frontiera.

Il comma in questione è comprensibile leggendolo in combinato disposto con i primi due commi dell'art. 158, che vietano l'espatrio clandestino determinato da motivi politici, sia da qualsiasi altra ragione.

Il Legislatore dell'epoca non si è, infatti, limitato a comminare due sanzioni penali, ma ha voluto ricalcare la severità della reazione autorizzando le forze di Pubblica Sicurezza a fare uso delle armi contro colui che nel tentativo o nella flagranza del reato non desista dal suo proposito.

---

<sup>12</sup> Un'interessantissima ricostruzione è quella di E. MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi*, in "Digesto delle discipline penalistiche", XV, 1999 pag. 140.

Una legge interna della DDR, del 1982, consentiva alle guardie di frontiera l'utilizzazione delle armi da fuoco per evitare il superamento dei confini, uso giustificato per impedire l'imminente realizzazione in modo diretto di un illecito penale e la sua continuazione, che avesse, secondo le circostanze, le caratteristiche di un delitto (e l'illegale attraversamento dei confini, nelle ipotesi più gravi ossia realizzato con armi, con l'impiego di mezzi o metodi pericolosi, lo era).

A questa disposizione dobbiamo aggiungere l'art. 2 della l.18 aprile 1940, n. 494 che recita: «*Agli effetti dell'applicazione dell'art. 158 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, i predetti militari, quando scorgono persone che tentano di oltrepassare clandestinamente la linea di confine, devono intimare l'alt con ogni mezzo idoneo a manifestare l'intimazione. Contro le persone cui l'intimazione è fatta, che persistono nel tentativo di oltrepassare la frontiera, il militare in servizio può fare uso delle armi*».

A questo combinato disposto è necessario aggiungere altresì gli artt. 10<sup>13</sup> (rubricato "Respingimento") e 10bis<sup>14</sup> (rubricato "ingresso e

---

<sup>13</sup> Art. 10: «*1. La polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato. 2. Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri: a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendoli ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo; b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso. 3. Il vettore che ha condotto alla frontiera uno straniero privo dei documenti di cui all'articolo 4, o che deve essere comunque respinto a norma del presente articolo, è tenuto a prenderlo immediatamente a carico ed a ricondurlo nello Stato di provenienza, o in quello che ha rilasciato il documento di viaggio eventualmente in possesso dello straniero. Tale disposizione si applica anche quando l'ingresso è negato allo straniero in transito, qualora il vettore che avrebbe dovuto trasportarlo nel Paese di destinazione rifiuti di imbarcarlo o le autorità dello Stato di destinazione gli abbiano negato l'ingresso o lo abbiano rinvio nello Stato. (1) 4. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 e quelle dell'articolo 4, commi 3 e 6, non si applicano nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari. 5. Per lo straniero respinto è prevista l'assistenza*

soggiorno illegale nello Stato”) del d. lgs. 286/1998, ossia il Testo

---

*necessaria presso i valichi di frontiera.*

*6. I respingimenti di cui al presente articolo sono registrati dall'autorità di pubblica sicurezza».*

<sup>14</sup> Art. 10bis: «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1. 3. Al procedimento penale per il reato di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 20-bis, 20-ter e 32-bis del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274. 4. Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13, comma 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato. Il questore comunica l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento di cui all'articolo 10, comma 2, all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato. 5. Il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, si applica l'articolo 345 del codice di procedura penale. 6. Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, il procedimento è sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 6, del presente testo unico, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere.

unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

Entrati in tema di immigrazione clandestina non si può poi prescindere dal citare un passo della Convenzione di Schengen del 14 giugno 1985: *«Tra gli stati membri di Schengen è altresì possibile –sempre a severe condizioni- il cosiddetto inseguimento transfrontaliero. Si tratta del potere degli agenti di polizia di inseguire oltre la frontiera un indiziato in fuga, e di trattenerlo in fermo fino a quando gli agenti dello Stato in cui il fuggiasco è riparato sono in grado di procedere al suo arresto. Se la persona deve essere consegnata al Paese da cui è fuggita, in applicazione di una procedura formale, occorre una richiesta di estradizione formale».*

Ma non è di certo sufficiente il contrasto alle frontiere per rendere più efficace la lotta contro l'immigrazione clandestina.

Una volta entrati in Italia, gli immigrati clandestini senza casa, senza lavoro, senza mezzi di sussistenza spesso vanno ad ingrossare le file della manovalanza della criminalità, diffusa su tutto il territorio.

La recente e citata legge sull'immigrazione ha previsto che, contrariamente a quanto avveniva in passato, i clandestini che non declinano le loro generalità possono essere trattenuti in un campo di raccolta sino a che, scoperte le loro identità e nazionalità, sia possibile l'espulsione verso il Paese di provenienza. Il punto nodale rimane sempre quello di individuare i concetti di violenza e resistenza, ma soprattutto di fuga, presupposti per l'uso legittimo delle armi.

Rimandando a quanto già precisato per la fuga, nel caso dei così detti "scafisti" che, scoperti nel tentativo di introdurre in Italia clandestini, si diano alla fuga, la legislazione speciale già permette l'uso delle armi, che deve essere commisurato al tipo di condotta posta in essere e al tipo di bene giuridico che tale condotta lede o espone a pericolo. Se lo "scafista" semplicemente si limita a fuggire nella direzione opposta

rispetto ai confini nazionali, appare eccessivo cercare di fermarlo sacrificando o ponendo in pericolo la sua vita. Qualora lo stesso cerchi di assicurarsi la fuga, gettando in mare il suo carico di “clienti”, appare indubbio che tale modalità di fuga debba essere fermata, anche a costo della vita dello stesso scafista. Se poi ancora lo scafista fugge con l'intenzione di introdurre se stesso e il suo “carico” entro i confini nazionali, secondo quanto previsto dall'art. 2 della l. n. 494/1940, è legittimo l'uso delle armi solo per arrestarne la corsa.

Parimenti legittima è l'azione consistente nell'impedire l'ingresso nel territorio nazionale interponendo il mezzo militare alla traiettoria dello “scafista”.

#### **4.4 Uso delle armi per impedire l'evasione dei detenuti o violenza tra i medesimi: art. 41 l. 26.7.1975 n.354 (ordinamento penitenziario)**

Disciplinare la materia carceraria, e nello specifico il potere di coazione fisica in capo ai rappresentanti dello Stato è stata ritenuta, sin dagli albori dello Stato italiano, un'operazione necessaria, dal momento che il ricorso a tali strumenti, pur non rappresentando la regola, deve ritenersi inevitabile per far fronte a particolari situazioni di emergenza, che nell'ambiente carcerario, più facilmente che in altri, possono crearsi.

L'uso delle armi, nella precedente disciplina, era espressamente consentito ai militari e agenti di custodia per impedire l'evasione dei detenuti.

L'art. 181 del Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena (regio decreto 18 giugno 1931, n. 787), sanciva, infatti, all'ultimo comma: *«I militari e gli agenti addetti alla traduzione e alla sorveglianza degli stabilimenti o alla custodia dei detenuti che lavorano all'aperto, sono autorizzati a fare uso delle armi quando vi siano costretti dalla*

*necessità di impedire l'evasione».*<sup>15</sup> La rigidità e la durezza dell'articolato è comprensibile, stando il momento di emanazione del regio decreto.

Bisogna tenere a mente, per comprendere l'evoluzione della disciplina penitenziaria, che i mezzi di coazione fisica incidono in maniera rilevante sulla persona del detenuto, talvolta addirittura fino a metterne in pericolo la salute (diritto inviolabile anche in situazione di restrizione della libertà personale).

Il salto qualitativo rispetto alla precedente disciplina è avvenuto proprio nel nome della Costituzione, e della conseguenziale armonizzazione della vita carceraria.

Il legislatore del 1975, dunque, in un clima di maggiore garantismo sociale ha circondato di effettive cautele l'esecuzione della pena, ridisciplinando quasi integralmente la materia e cercando di limitare al massimo (e questo è il punto focale) la discrezionalità dell'intero personale (e quindi anche quella dei soggetti legittimati all'utilizzo degli strumenti di coazione).

La disciplina attuale è dettata dalla legge 26 luglio 1975, n. 354 (“Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”), a suo modo rivoluzionaria per una materia così complessa.

Prima di addentrarci negli articoli che direttamente interessano la nostra analisi, si ritiene necessario partire dall'assunto per cui l'esecuzione di tali misure limitative della libertà personale si debba svolgere in ambiente *ordinato* (nel senso di una regolamentazione conforme ai principi che disciplinano l'ordinamento penitenziario)<sup>16</sup>e

---

<sup>15</sup> Il regolamento disponeva all'art. 289 la stessa autorizzazione per impedire l'evasione di internati negli stabilimenti di prevenzione, quali case di lavoro e colonie agricole.

<sup>16</sup> Il concetto di “ordine interno” evoca il principio di legalità: l'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà personale si svolge secondo la

*sicuro* (nel senso di esente da indebite e/o illegittime pressioni interne e/o esterne).<sup>17</sup>

Secondo l'art. 1, 3 comma della L. 354/1975, «*negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina*».

Tale norma, inserita dell'articolo rubricato «*Trattamento e rieducazione*», esprime un principio di carattere generale sia per la sua collocazione tra i *principi direttivi* sia per un motivo di ordine logico attinente all'art. 27 della Costituzione, alla luce del quale le pene devono tendere alla rieducazione.<sup>18</sup>

La seconda parte dell'art.1, 3 comma, d'altro canto, precisa che «*non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o nei confronti degli imputati, non indispensabili ai fini giudiziari*» e tale formulazione in negativo richiama esplicitamente la formulazione in negativo dell'art. 27, 3 comma Costituzione («*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*»).

L'ordine e la sicurezza interni potranno essere mantenuti *in primis* con la vigilanza, e all'occorrenza, con l'uso di strumenti coercitivi.

---

legge e nei soli termini indicati dalla stessa, senza che possano invocarsi fonti disciplinatrici non normativizzate ed estemporanee.

<sup>17</sup> Il concetto di “sicurezza interna” è al contrario attiguo e confinante con quelli di “ordine pubblico” e “sicurezza dei cittadini” di cui all'art. 1 del TULPS; si vuole, dunque, che la vita intra penitenziaria scorra indisturbata e ciò si ottiene attraverso la prevenzione e repressione dei comportamenti illeciti e la vigilanza su soggetti e attività a rischio giuridico. Nell'ambiente sicuro non maturano e non si verificano disordini, cioè violazioni di legge.

Per questa ricostruzione M. POLITI, *Manuale dei servizi di Polizia Penitenziaria*, II edizione, Roma, Laurus Robuffo, 2002, pag. 45 e ss.

<sup>18</sup> In sintesi, l'attività rieducativa penitenziaria, per essere efficace, deve svolgersi in ambiente ordinato e disciplinato; quindi il mantenimento dell'ordine e della disciplina è finalità precipua degli operatori penitenziari.

Dal lato attivo, nonostante il Legislatore della riforma penitenziaria in questa sede non abbia specificato a chi si stesse rivolgendo, l'art. 2 del D.P.R. n. 230 del 2000 prevede che il servizio di sicurezza e custodia negli istituti penitenziari sia «*affidato agli appartenenti al Corpo di polizia penitenziaria*».

D'altro canto l'art. 3 del regolamento esecutivo precisa che il direttore dell'istituto esercita i propri poteri di *controllo* (e quindi anche di controllo dell'ordine e della sicurezza) avvalendosi della collaborazione di tutti gli operatori penitenziari.<sup>19</sup>

Passando ora alle norme che direttamente interessano il nostro studio, l'art. 41 della Legge penitenziaria, rubricato "Impiego della forza fisica e uso dei mezzi di coercizione", al primo comma dispone: «*Non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti*».

La prima distinzione concettuale, inserita nel comma in questione, è il concetto di *forza* fisica (da intendersi come forza muscolare).

Dalla lettura della disposizione s'intuisce come, molto cautamente, il legislatore non abbia voluto spingersi oltre i confini già molto labili della disciplina generale, precisando anche in questa sede, che la regola è il divieto, e l'eccezione è l'utilizzo.

Infatti, la condizione inderogabile e di carattere generale per ricorrere a questa forma di coercizione è la sua *indispensabilità*: essa si deve presentare come unico mezzo capace di fronteggiare le straordinarie situazioni in atto.

Per non cadere nel baratro dell'imprecisione, tali situazioni sono espressamente disciplinate: commissione o anche semplice minaccia di

---

<sup>19</sup> Pertanto il problema dell'uso legittimo della forza fisica e dei mezzi di coercizione incombe su tutti gli operatori penitenziari, e non solo sulla polizia penitenziaria.

violenza da parte di detenuti e internati; tentativo di evasione in atto, o comunque già iniziato (la legittimazione non ricopre dunque anche il momento precedente); resistenza anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti. Proprio quest'ultima fattispecie è interessante, dal momento che, per parte della dottrina, rischia di aprire la strada ad un uso ancor più discrezionale della violenza e della coercizione fisica, con l'aggravante che titolare di questo potere finisce per essere la sola polizia penitenziaria.<sup>20</sup>

Il secondo comma dell'art. 41 prevede che «*Il personale che, per qualsiasi motivo, abbia fatto uso della forza fisica nei confronti dei detenuti o degli internati, deve immediatamente riferirne al direttore dell'istituto il quale dispone, senza indugio, accertamenti sanitari e procede alle altre indagini del caso*», rimarcando il principio garantista, vero baluardo della nuova regolamentazione della vita carceraria.

La disposizione è diretta in primo luogo ad assicurare le eventuali cure mediche che si dovessero rendere necessarie, oltre che ad evitare che in caso di denuncia e conseguenti accertamenti tardivi, la sostanziale impossibilità di ricostruire con esattezza i fatti.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> E. LOI, N. MAZZACUVA, *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in "Il carcere riformato", a cura di F. Bricola, Bologna, Il Mulino, 1977, pag. 63.

Questa critica sembra trovare fondamento nel fatto che il 2 comma dell'art. 41 non dispone un sindacato preventivo del direttore del carcere, ma soltanto un'informativa allo stesso, immediatamente dopo l'uso del mezzo coercitivo, qualunque sia stato il motivo che lo abbia determinato. La soluzione data nel testo è quella di sottoporre al controllo diretto del magistrato di sorveglianza l'operato della polizia penitenziaria.

<sup>21</sup> A. ALESSANDRI, G. CATALANI, *Il codice penitenziario*, IV ed., Roma, 1992. Da questa constatazione, secondo gli autori, deriva spesso il sospetto di soprusi da parte del personale di custodia (oggi polizia penitenziaria), i cui

Il terzo comma dispone: *«Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto. L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario»*.

Questo comma introduce una seconda distinzione concettuale, quella dei *mezzi di coercizione fisica*, da intendersi come quelle modalità e strumenti atti a potenziare la forza muscolare, con il duplice limite della specifica ed espressa previsione della modalità e/o dello strumento nel regolamento d'istituto e della finalità tipica.

S'intuisce come la preoccupazione maggiore del Legislatore sia stata quella di far in modo che i mezzi di coercizione non fossero utilizzati, come l'immaginario comune o non troppo risalenti fatti di cronaca potrebbero suggerire, a fini disciplinari, per "punire" il detenuto insubordinato, per esempio, giacché in queste situazioni mancherebbe la stringente necessità di usare la forza.

La volontà del Legislatore è, in questo caso, quella di legittimare l'utilizzo di armi o altri mezzi di coercizione in situazioni realmente necessitanti e pericolose per l'incolumità propria o altrui.

Ricordiamo, infatti, che il nostro ordinamento penitenziario ha abbandonato l'ottica punitiva e retributiva, per abbracciare quella tanto discussa e ricercata funzione rieducativa della pena.<sup>22</sup>

---

rappresentanti sono lasciati effettivamente liberi all'interno delle mura carcerarie.

<sup>22</sup> Ricordando le parole di Vittorio Grevi, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, 1980, Milano, Zanichelli editore: *«Abbandonata la vecchia logica della depersonalizzazione, il legislatore del 1975 ha costruito l'intera disciplina del trattamento in istituto facendola gravitare sulla figura del detenuto, quale protagonista attivo e nel contempo, quale fine ultimo dell'esecuzione penitenziaria, nella prospettiva della rieducazione. Quando si proclama che il trattamento penitenziario deve essere conforme ad*

Al di là della nobile intenzione, il Legislatore introduce inopinatamente ed incomprensibilmente un'eccezione al principio di legalità, demandando al regolamento la previsione degli ulteriori strumenti.

L'art. 77 del precedente regolamento esecutivo (n. 431 del 1976) ne aveva disciplinato soltanto uno –le fasce di contenzione ai polsi e alle caviglie.<sup>23</sup>

Il regolamento attuale (n.230 del 2000) dispone all'art. 82 che: «*La coercizione fisica, consentita per le finalità indicate nel terzo comma dell'articolo 41 della legge, si effettua sotto il controllo sanitario con l'uso dei mezzi impiegati per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche*», ossia impiegando tali mezzi nei limiti di tempo strettamente necessario per permettere l'intervento trattamentale farmacologico; di conseguenza sono vietati altri mezzi estemporanei, creati dagli operatori penitenziari.

Se così è, ovviamente l'uso degli strumenti di contenimento è possibile solo nei luoghi destinati a cure sanitarie.

Il ricorso agli strumenti di contenzione fisica, quale mezzo di immobilizzazione del detenuto, è consentita solo «*al fine di evitare*

---

*umanità ed inoltre assicurare il rispetto della dignità della persona, il significato della norma va oltre il richiamo al senso di umanità di cui all'art. 27, 3 comma della Costituzione, quale misura minima di salvaguardia dell'individuo nella fase esecutiva, in aggiunta alla garanzia della sua dignità personale, manifestandosi invece nel proposito di porre la persona del detenuto decisamente al centro del sistema penitenziario»*

<sup>23</sup> «*La coercizione fisica, consentita per le finalità indicate nel terzo comma dell'art. 41 della legge sotto il controllo sanitario ivi previsto, si effettua con l'uso di fasce di contenzione ai polsi e alle caviglie.*

*La foggia e le modalità di impiego delle fasce devono essere conformi a quelli in uso, per le medesime finalità, presso le istituzioni ospedaliere psichiatriche pubbliche».*

*danni a persone e a cose, o di garantire l'incolumità del soggetto»; comunque mai a fini disciplinari.*

Questa disposizione parrebbe inibire il ricorso a strumenti di “contenimento” ai fini dell'alimentazione coatta, per esempio, benché diretta a garantire l'incolumità del detenuto, nemmeno quando la salute risulti seriamente compromessa da un prolungato digiuno, a seguito di sciopero della fame.

L'ultimo comma della disposizione recita: «*Gli agenti in servizio nell'interno degli istituti non possono portare armi se non nei casi eccezionali in cui ciò venga ordinato dal direttore*»; in questo caso la discrezionalità si sposta in capo al direttore.

L'analisi della disposizione deve partire da un breve inquadramento del soggetto attivo di queste disposizioni.

Il Corpo della polizia penitenziaria<sup>24</sup> fa parte delle forze di polizia (come disposto dall'art. 1, 3 comma<sup>25</sup> della L. 395/1990 “Ordinamento

---

<sup>24</sup> Rifacendoci a una chiarissima ed utile sintesi di C. BRUNETTI, *Usa legittimo delle armi da parte del personale appartenente al corpo di polizia penitenziaria*, 21 aprile 2007 in [www.filodiritto.it](http://www.filodiritto.it) : «*Il Corpo di polizia penitenziaria espleta tutti i compiti conferitigli dalla legge n. 395/90, dalla legge penitenziaria, dal regolamento di esecuzione, nonché dalle altre leggi e regolamenti. Il Corpo di polizia penitenziaria assicura l'esecuzione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale; garantisce l'ordine all'interno degli istituti penitenziari e ne tutela la sicurezza; partecipa, anche nell'ambito di gruppi di lavoro, alle attività di osservazione e di trattamento rieducativo dei detenuti e degli internati; espleta il servizio di traduzione e di piantonamento dei detenuti ed internati, secondo le modalità ed i tempi di cui all'articolo 4 della legge n. 395/90.*

*La riforma del 1990 ha, quindi, affidato alla Polizia penitenziaria, oltre il tradizionale compito di garantire la sicurezza all'interno degli istituti penitenziari, anche la partecipazione al trattamento rieducativo, riconoscendo così al Corpo di polizia penitenziaria un ruolo fondamentale e insostituibile per un sistema penitenziario democratico e moderno».*

del corpo della Polizia Penitenziaria”, testo che ancora oggi disciplina la materia) e in quanto tali possono essere chiamati a concorrere nell’espletamento dei servizi di ordine e sicurezza pubblica (art. 16,2 comma <sup>26</sup> L. 121/1981, “Nuovo ordinamento dell’Amministrazione di pubblica sicurezza”); ecco che gli appartenenti alla polizia penitenziaria sono «*persone che per la loro qualità permanente hanno diritto di andare armati*» (art. 38 TULPS). L’art. 41 non fa però alcun cenno alle circostanze in cui la polizia penitenziaria in servizio all’interno degli istituti sarebbe autorizzata a ricorrere all’uso delle armi<sup>27</sup> ed il regolamento, come fonte secondaria,

---

Il Corpo di polizia penitenziaria è stato istituito con la legge di riforma 15 dicembre 1990, n. 395 ed è stato posto alle dipendenze del Ministero della Giustizia – Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria. Esso non è militarizzato ma è ad ordinamento civile, sul modello della Polizia di Stato. In esso, in virtù della legge n. 395/90, sono confluiti il Corpo degli agenti di custodia e, in certa misura, le appartenenti al ruolo delle vigilatrici penitenziarie.

<sup>25</sup> «*Ferme restando le proprie attribuzioni, il Corpo fa parte delle forze di polizia*».

<sup>26</sup> Art. 16 Forze di polizia: «*Ai fini della tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica, oltre alla polizia di Stato sono forze di polizia, fermi restando i rispettivi ordinamenti e dipendenze: a) l’Arma dei carabinieri, quale forza armata in servizio*

*permanente di pubblica sicurezza; b) il Corpo della guardia di finanza, per il concorso al mantenimento dell’ordine e della sicurezza pubblica.*

*Fatte salve le rispettive attribuzioni e le normative dei vigenti ordinamenti, sono altresì forze di polizia e possono essere chiamati a concorrere nell’espletamento di servizi di ordine e sicurezza pubblica il Corpo degli agenti di custodia e il Corpo forestale dello Stato.*

*Le forze di polizia possono essere utilizzate anche per il servizio di pubblico soccorso».*

<sup>27</sup> Il Legislatore sicuramente intendeva evitare la valenza intimidatrice del semplice porto delle armi. Già la rubrica dell’art. 41 della Legge

mantiene il silenzio sull'uso delle armi ad opera della polizia penitenziaria.

Ci si è chiesti se la disposizione in esame possa considerarsi la fonte normativa che legittima il suddetto uso nelle ipotesi di cui al primo comma: interpretazioni diverse del concetto "forza fisica" hanno condotto a soluzioni diverse.

Da un lato c'è chi<sup>28</sup> esclude categoricamente la possibilità di ricondurre l'uso delle armi alla nozione in questione; dall'altro chi ritiene che si tratti di una delle ipotesi di cui al terzo comma dell'art. 53 c.p.<sup>29</sup>In realtà, che non si possa utilizzare l'art. 41 per ampliare la scriminante di cui all'art. 53 c.p., sembrerebbe dedursi proprio dalla mancanza di un'espressa disciplina.<sup>30</sup>

Andiamo per ordine.

La questione proposta verte sulla mancata riproposizione nel nuovo Regolamento di Servizio della Polizia Penitenziaria delle cause di giustificazione già previste dall'articolo 169 del Regolamento del Corpo degli Agenti di Custodia. In particolare, il quesito è se tale mancata riproposizione equivalga a un vuoto normativo, oppure, all'opposto, se risponda a una precisa scelta del legislatore, volta a

---

penitenziaria ha lo scopo di limitare disciplinare l'impiego e l'uso delle armi, e non già allo scopo di autorizzarne indiscriminatamente e aprioristicamente l'impiego e l'uso.

<sup>28</sup> CANEPA-MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè editore, 1999.

<sup>29</sup> F. MANTOVANI, *Pene e misure alternative nel sistema vigente*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico. Atti dell'XI Convegno E. De Nicola*, Milano, 1977.

<sup>30</sup> E in più, come precisato da M. G. COPPETTA, in *Ordinamento penitenziario*, III edizione a cura di F. della Casa, Padova, Cedam, pag. 409, sarebbe errato ridurre il problema ad un fatto terminologico: questo significherebbe ad un tempo non riconoscere l'importanza e squalificare la funzione di garanzia, cui l'art. 41 è preordinato.

ricondurre l'uso legittimo delle armi, da parte del personale del Corpo, all'ordinaria causa di giustificazione di cui all'art. 53 c.p.

Fra le ipotesi speciali che il codice Rocco aveva inteso conservare al momento della sua entrata in vigore nel 1931, vi era quella di cui all'articolo 181 del R.D. 18 giugno 1931, n. 787 ("Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena"), poi sostituito dall'articolo 169 del R.D. 30 dicembre 1937, n. 2584 ("Regolamento per il Corpo degli agenti di custodia degli istituti di prevenzione e pena").

A seguito dell'entrata in vigore del "Regolamento di servizio del Corpo di polizia penitenziaria" (D.P.R. 15 febbraio 1999, n. 82), l'art. 169 del R.D. n. 2584/37 non è stato riprodotto in alcuna nuova disposizione e, pertanto, ai sensi dell'articolo 29, comma 2, lettera a), della legge n. 395/90, deve ritenersi definitivamente abrogato.

La chiarezza della norma previgente, la sua perfetta conoscenza da parte della giurisprudenza che più volte l'aveva citata quale esempio di ipotesi eccezionale conservata in forza all'articolo 53, comma 3, c.p. portano ad escludere in modo categorico che si sia trattato di una svista del legislatore delegato.

La norma abrogata concernente il Corpo degli agenti di custodia era speciale rispetto all'articolo 53 c.p. poiché legittimava comportamenti eccedenti la generale regola: la sua eliminazione impone pertanto che nelle condotte che importano l'uso delle armi o degli altri mezzi di coazione fisica si osservino i rigorosi limiti previsti dalla scriminante sopracitata.

Attualmente, possiamo concludere che non sussista alcuna scriminante in favore dell'appartenente alla polizia penitenziaria, che per impedire l'evasione dall'istituto, ricorra all'uso delle armi, al di fuori dei limiti di cui all'art. 53 c.p.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Nello specifico CIRGNOTTA-TURRINI VITA, *Diritto penale processuale*, 2000, pag. 775 auspicano l'introduzione «con una formula cauta

C'è chi però, per colmare l'attuale vuoto, propone di estendere l'applicabilità dell'istituto previsto dall'art. 53 c.p. anche alle ipotesi di mera fuga, ossia di resistenza passiva, in linea con il recente orientamento giurisprudenziale di cui abbiamo in precedenza scritto.

Questa estensione è possibile sempre che ricorrano la necessità di intervenire, la impossibilità di disporre altri, efficaci e proporzionati strumenti impeditivi del fatto delittuoso, nonché il requisito della proporzione tra il bene leso e il dovere da adempiere, che saranno oggetto della valutazione discrezionale del giudice.

Rimane il fatto che la disciplina di riferimento è il combinato disposto degli articoli 41 Legge penitenziaria e 53 c.p.

Quindi, se così è, l'agente di polizia penitenziaria può fare uso legittimamente delle armi, quando è costretto dalla necessità di respingere una violenza (un'aggressione fisica e violenta per esempio nel corso di una rivolta), vincere una resistenza all'Autorità, impedire la consumazione dei gravi delitti di cui all'art. 53, 1 comma c.p., prevenire o impedire atti di violenze, impedire tentativi di evasione.<sup>32</sup>

Anche nella prospettiva penitenziaria in cui stiamo leggendo l'art. 53 c.p., esiste il grado crescente di entità del mezzo coercitivo: *in primis* si procederà con la forza fisica, e solo ove ogni altro mezzo appaia chiaramente inidoneo allo scopo, si procederà con l'utilizzo delle armi. Rimane altresì immutato il fatto che l'impiego delle armi, pur legittimo, deve essere giustificato in relazione al principio di proporzionalità.<sup>33</sup>

---

ma chiara, della scriminante per il contrasto all'evasione con l'uso delle armi».

<sup>32</sup> D'altro canto non avrebbe avuto senso prevedere una vigilanza armata perimetrale sfornita della possibilità di impedire le evasioni.

<sup>33</sup> Nel senso che le modalità di impiego dovranno essere paramtrate e proporzionate al tipo di situazione antiggiuridica che s'intende affrontare, donde la sicura applicabilità dell'art. 55 c.p. in tema di eccesso colposo.

Combinando le varie norme, allo scopo di chiarire la problematica, abbiamo che i poliziotti penitenziari dovranno munirsi di armi in dotazione:

- Nei servizi esterni, cioè nel caso di vigilanza sui detenuti lavoranti fuori dall'istituto, perché la polizia penitenziaria che opera all'esterno dell'istituto deve essere dotata dell'armamento individuale, a qualunque servizio sia addetta;
- Nei servizi di vigilanza armata, cioè di vigilanza perimetrale, *ex art. 35 del Regolamento di servizio della polizia penitenziaria*, sia a mezzo dei posti di sentinella fissi che a mezzo di pattuglie.
- Nei casi eccezionali in cui il direttore dell'istituto penitenziario ordini specifici servizi (con specifica e formale finalizzazione, ancorché verbale), all'interno dell'istituto penitenziario.

In ultimo, in caso di disordini collettivi, con manifestazioni di violenza, il direttore dell'istituto, che non sia in grado di intervenire efficacemente con il personale a sua disposizione, a norma dell'art. 93 del regolamento esecutivo,<sup>34</sup> richiede al Prefetto l'intervento della polizia di Stato e delle forze armate (carabinieri e guardia di finanza);

---

<sup>34</sup> «Qualora si verificano disordini collettivi con manifestazioni di violenza o tali da far ritenere che possano degenerare in manifestazioni di violenza, il direttore dell'istituto, che non sia in grado di intervenire efficacemente con il personale a disposizione, richiede al prefetto l'intervento delle Forze di polizia e delle altre Forze eventualmente poste a sua disposizione, ai sensi dell'articolo 13 della legge 10 aprile 1981, n. 121, informandone immediatamente il magistrato di sorveglianza, il provveditore regionale, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria».

sarà compito del Prefetto disporre il concorso delle forze ed impartire disposizioni organizzative

Di tale intervento devono essere informati il magistrato di sorveglianza, il provveditore e il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria.

In tema di armi presenti fra le mura carcerarie, vi è inoltre un problema di sicurezza interna, nel senso di evitare che delle armi si possano impossessare i detenuti e che delle armi possa essere fatto un uso improprio e pericoloso da parte del poliziotto penitenziario.

A tal proposito c'è da segnalare l'art. 41 del regolamento di polizia penitenziaria secondo cui il personale addetto al servizio di portineria deve tra l'altro *«controllare, senza eccezione alcuna, qualsiasi oggetto che venga introdotto o fatto uscire dall'istituto, effettuando le relative registrazioni ed impedendo l'introduzione nell'istituto di armi di qualsiasi tipo, di strumenti pericolosi e generi od oggetti non consentiti»*. La norma ha valenza generale: nessuno può accedere armato all'interno dell'istituto, neppure se si tratti di appartenenti alla polizia giudiziaria, o di soggetti istituzionalmente e legislativamente abilitati al porto d'armi (ad esempio i magistrati).

Dopo aver trattato il tema della presenza delle armi tra le mura carcerarie, e dopo aver esaurientemente riportato la disciplina interna, si ritiene opportuno riportare alla memoria le numerose morti che non hanno ancora avuto giustizia, come quella di Stefano Cucchi<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> 31 anni al momento della morte, avvenuta il 22 ottobre 2009 presso l'ospedale Sandro Pertini di Roma. Il ragazzo era stato fermato la sera del 15 ottobre dai carabinieri per possesso di venti grammi di hashish e alcune pastiglie, poi rivelatesi medicinali. Già dopo l'arresto Cucchi presentava due ematomi intorno agli occhi, ma rifiuta assistenza medica. In attesa del processo viene decisa la custodia cautelare, nonostante Cucchi fosse in

*(secondo la Corte di Appello di Roma «le lesioni di Cucchi debbono essere necessariamente collegate a un'azione di percosse e, comunque, da un'azione volontaria, che può essere consistita anche in una semplice spinta, che abbia provocato la caduta a terra, con impatto sia del coccige che della testa contro una parete o contro il*

---

precarie condizioni di salute (pesava 43 kg), probabilmente perché dal verbale dell'arresto risultava erroneamente privo di fissa dimora; due detenuti albanesi accompagnati insieme a lui diranno che Cucchi ha confidato loro di essere stato picchiato dai carabinieri la sera dell'arresto. Il giorno successivo viene processato e inizia a mostrare ematomi ed evidente difficoltà a parlare e camminare. Viene disposta la custodia cautelare presso il carcere di Regina Coeli. Dopo l'udienza, le condizioni di Cucchi peggiorarono ulteriormente; viene visitato presso l'ospedale Fatebenefratelli presso il quale vengono messe a referto lesioni ed ecchimosi alle gambe, al viso, all'addome, al torace, frattura della mascella e della colonna vertebrale ed un'emorragia alla vescica. Nonostante le insistenze del personale sanitario, Stefano Cucchi rifiuta il ricovero fino al 17 ottobre, data in cui viene portato all'ospedale Pertini. Nel frattempo la famiglia del giovane non viene messa al corrente della situazione fisica di Stefano, fino alla sua morte. Cucchi aveva iniziato uno sciopero della fame al fine di vedere riconosciuto il suo diritto alla difesa, che gli era stato negato fin dal momento del suo arresto.

L'astensione da cibo e acqua e le violenze certamente subite –rimane il dubbio su quale fase della sua detenzione lo ha visto vittima di violenza- lo hanno portato alla morte.

Sei medici, tre infermieri e tre guardie carcerarie vengono assolti anche in Appello.

Durante la stesura di questo studio il caso Cucchi è stato riaperto, grazie alle testimonianze di due carabinieri che, a seguito dell'assoluzione giunta in Appello nell'ottobre del 2014, hanno continuato a collaborare con i PM; queste testimonianze inserite nell'indagine bis per la morte di Cucchi sarebbero discordanti rispetto alla verità processuale emersa.

*pavimento»*), Aldo Bianzino<sup>36</sup>, Manuel Eliantonio<sup>37</sup>, e di tutti i numerosi morti “per cause non chiare” nelle nostre carceri.<sup>38</sup> Forse che

---

<sup>36</sup> 44 anni al momento del decesso avvenuto il 15 ottobre del 2007 presso il carcere di Capennè, Perugia. Era stato arrestato tre giorni prima, insieme alla compagna Roberta, per possesso e coltivazione di alcune piante di Cannabis. Delle sua breve permanenza in carcere non ci sono notizie, tranne il rinvenimento del cadavere sulla brandina, senza slip e con la finestra aperta nonostante la bassa temperatura. La prima autopsia ha rilevato lesioni al fegato, alla milza, al cervello e due costole rotte: il medico legale nominato dalla famiglia della vittima ha ritenuto che la morte fosse sopravvenuta «*a causa di colpi dati con l'intento di uccidere, colpi dati con una tecnica scientifica che mirano a distruggere gli organi vitali senza lasciare tracce esterne*». I medici legali non hanno più parlato di queste lesioni. La Cassazione nel giugno 2015 ha confermato la condanna ad un anno di reclusione per l'agente penitenziario Gianluca Cantoro; le accuse a suo carico sono di omissione di soccorso (poiché non è accorso alle urla disperate di Bianzino) e la falsificazione dei registri (che sono scritti in modo sospetto, con molte calligrafie diverse). Il processo per omicidio volontario è stato archiviato per due volte.

<sup>37</sup> 22 anni al momento del decesso avvenuto il 25 luglio del 2008 presso il Carcere di Genova Marassi. Il giovane stava scontando una condanna a 5 mesi per resistenza a pubblico ufficiale e lesioni plurime aggravate e la sua pena sarebbe dovuta terminare il 4 settembre. Il giovane detenuto piemontese è stato trovato morto in un bagno della prigione dopo che aveva inalato butano, presumibilmente nel tentativo di drogarsi. Causa del decesso: arresto cardiaco. L'ultimo scritto di Manuel sono due paginette strappate da un quaderno a quadretti su cui c'è lo spaccato di una vita d'inferno: «*Cara mamma, qui mi ammazzano di botte almeno una volta alla settimana. Adesso ho soltanto un occhio nero, ma di solito..*». E ancora: «*Mi riempiono di psicofarmaci. Quelli che riesco non li ingoio e appena posso li sputo. Ma se non li prendo mi ricattano*». E ancora: «*Sai, mi tengono in isolamento quattro giorni alla settimana, mangio poco e niente, sto male*».

anche in materia penitenziaria non sarebbe necessaria una rivisitazione della disciplina dell'uso delle armi ed in generale della violenza?

In un ambito dell'ordinamento così in bilico tra libertà e repressione, e in una realtà di cui così poco riesce a trapelare, probabilmente sarebbe più opportuno, anche se questo assunto dovrebbe essere stato raggiunto decenni fa, creare un ambiente il più sicuro possibile, all'insegna della sola legalità, così terribilmente e temibilmente calpestata.

---

Eppure le condizioni del corpo del giovane non coinciderebbero con la morte da inalazione di gas: Maria Eliantonio, madre del ragazzo affermò che in sede di autopsia il viso sembrava percosso, il collo spezzato, la pelle veniva via come bollita e sembrava che delle tracce di sangue fossero state ripulite.

<sup>38</sup> Per la narrazione completa delle vicende si consiglia il dossier costantemente aggiornato "Morire di carcere" su [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it); si consiglia anche la lettura di S. CARNEVALE, *Morire in carcere e morire di carcere. Alcune riflessioni intorno agli abusi sulle persone private della libertà*, in CORLEONE F. e PUGIOTTO A. (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, Ediesse, 2012, pag. 207-222; MORETTI L. e TONI B., *Non mi uccise la morte*, Castelvevchi editore, 2011; ANTIGONE ONLUS, *VII rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione. Da Stefano Cucchi a tutti gli altri*, in [www.associazioneantigone.it](http://www.associazioneantigone.it), 2010.

## 5. DIRITTO PENALE MILITARE

L'Ordinamento Giuridico Penale Militare è una branca dell'Ordinamento Giuridico Penale comune, caratterizzato da una connotazione complementare rispetto al secondo.

L'autonoma esistenza della normativa rispetto a quella del diritto penale comune, ha radici secolari e si fondava, in un primo momento, sul Codice penale dell'Esercito e sul codice penale militare marittimo (entrambi promulgati il 28 novembre 1869); in seguito, sul Codice penale militare di pace e di guerra, approvati con r.d. 20 febbraio 1941, n.303 (tuttora in vigore).

A differenza delle altre branche del diritto penale speciale, l'autonomia scientifica del diritto penale militare non trova fondamento in una semplice legislazione esterna al codice penale, ma marcatamente, in autonomi e distinti sistemi normativi di tipo codicistico.<sup>1</sup> Più che di un vero e proprio rapporto di autonomia e indipendenza, dobbiamo parlare, seguendo l'impostazione della dottrina moderna, di un rapporto di complementarietà rispetto alla codificazione comune. La codificazione penale militare è, infatti, concepita in maniera tale da non poter vivere in assenza della codificazione comune e delle sue norme di parte generale; proprio questa proposizione è rinvenibile nella disamina che seguirà, in merito alle scriminanti applicabili alla figura del militare che faccia uso di armi o altri mezzi di coazione fisica.

Prima di affrontare il discorso oggetto del capitolo, è necessario chiarire come la distinzione fra codice penale di guerra e di pace

---

<sup>1</sup> D. BRUNELLI e G.MAZZI, *Diritto penale militare*, IV edizione, 2007, Milano, Giuffrè editore, pag. 3 e ss. Le ragioni dell'autonomia dei codici coincidono con quella spiccata autonomia della scienza del diritto penale militare e dell'organizzazione giudiziale correlativa.

avesse profondo significato ed utilità nel 1941, quando gli ordinamenti giuridici subivano l'alternanza tra tempo di pace e di guerra, come tra vicende totalizzanti che inevitabilmente incidevano sul modo di essere dei singoli Stati.<sup>2</sup>

Le situazioni più recenti hanno messo in risalto che una distinzione così netta tra tempo di pace e di guerra, ai nostri giorni, non è più individuabile né giustificata.<sup>3</sup> Il mutamento del contesto bellico ha portato con sé anche un mutamento del compito delle forze armate, che unisce oggi le due esigenze, un tempo marcatamente distinte, addestrative ed operative.

Le forze armate, oggi, sono impiegate all'estero per il compimento di lunghe e complesse operazioni militari, che prevedono l'uso della forza; e questa non è più un'eventualità sporadica, ma è il caratteristico cardine della politica e dell'impiego degli eserciti.

Guerra e Pace vivono ormai in osmosi.

Per far fronte all'arretratezza contenutistica e d'impostazione dei Codici, il Legislatore ha avvertito la necessità, anno dopo anno, di rinverdire quello *standard* minimo di garanzie e di regole fondamentali al di sotto del quale non si può scendere, neanche in periodi emergenziali. Questa esigenza normativa non si è, purtroppo, concretizzata in una riformulazione organica della materia, quanto piuttosto in sporadici e confusi interventi; ricordiamo la conversione di un decreto sull'impiego dei militari italiani in Afghanistan, con l. 31

---

<sup>2</sup> D'altro canto la stessa Costituzione della Repubblica, pur promulgata al termine del secondo conflitto mondiale, reca, sia pur nel contesto dell'affermazione della inderogabilità dei diritti fondamentali, un regime di garanzie ordinario, valevole per il tempo di pace, e un regime più ridotto per il tempo di guerra.

<sup>3</sup> Le stesse convenzioni internazionali preferiscono parlare di "conflitto armato" più che di guerra, introducendo un ammorbidente anche terminologico.

gennaio 2002, n. 6 e poi in occasione della conversione di altri decreti per la proroga della partecipazione italiana ad operazioni militari internazionali con le leggi 27 febbraio 2002, n.15 e 18 marzo 2003, n.42.

Con tali interventi si è provveduto in primo luogo ad eliminare la disciplina del codice di guerra che più apertamente si poneva in contrasto con il sistema delle garanzie ordinarie.<sup>4</sup>

In secondo luogo si è stabilita l'applicazione incondizionata, nel tempo e nello spazio, del diritto umanitario, regolante l'uso della forza militare nei conflitti armati.<sup>5</sup>

Ultimo profilo introduttivo che ci interessa è l'individuazione dei destinatari della legge penale militare.

L'art. 1 c.p.m.p., rubricato "Persone soggette alla legge penale militare", afferma che la legge si applica «*ai militari in servizio alle armi e quelli considerati tali*»; nonostante la formula sia molto vaga, ben ci rendiamo conto della portata della disposizione: essa si fonda sul principio di personalità della legge penale militare, tracciando un perimetro di validità soggettiva della legge penale, diversa da quella comune.

---

<sup>4</sup> Pensiamo all'abrogazione di parte cospicua del Titolo II del codice penale militare di guerra, dedicato all'emanazione dei bandi militari, e nello specifico degli artt. 18 ("Casi di grave e imminente pericolo esterno"), 19 ("Occupazione militare, Corpi di spedizione militare"), 20 ("Efficacia obbligatoria dei bandi militari"). Sul tema è sopravvissuto però l'art. 17, del r. d. 1415/1938 allegato A, rubricato "Facoltà di emanare bandi militari", contenente una disciplina molto simile.

<sup>5</sup> Il regime di guerra, oggi, non si contrappone né si sostituisce più al regime di pace, così come il diritto penale militare non si contrappone più al diritto penale comune: si stanno delineando i presupposti affinché tutte le specifiche esigenze di tutela che emergono da situazioni settoriali trovino un'unica regolamentazione e un'unica legittimazione giuridica, sotto il vigore di basilari principi universalmente e inderogabilmente validi.

Quanto alla qualificazione di “militare”, in astratto il codice intende la persona che presta servizio con tale qualità presso una delle forze armate o dei corpi armati dello Stato. Il giudizio in concreto che giungerà nel momento successivo, impone invece una valutazione di attualità della posizione.<sup>6</sup>

Nell'impossibilità di trattare interamente il tema in questione, l'approccio di questo studio si concentrerà unicamente sulla scriminante autonoma prevista dall'art. 41 c.p.m.p.

### **5.1 Art.41 codice penale militare di pace: nozione e differenze con l'art.53 c.p.**

L'art. 41 del Codice Penale Militare di Pace,<sup>7</sup> rubricato, sulla scia del Codice penale, “Uso legittimo delle armi”, dispone: *«Non è punibile il militare, che, a fine di adempiere un suo dovere di servizio, fa uso, ovvero ordina di far uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza.*

*La legge determina gli altri casi, nei quali il militare è autorizzato a usare le armi o altro mezzo di coazione fisica».*

L'articolo in questione si situa nel Titolo Terzo (“Del reato militare”) del codice penale militare di pace, nel contesto delle cause di giustificazione. Il terreno delle scriminanti è un punto di vista privilegiato per l'osservatore giuridico, poiché permette di sondare in che termini le premesse ideologiche del legislatore militare del 1941, caratterizzate da una spinta autonomistica rispetto al diritto penale comune, e maggiormente garantistica per i militari, siano poi state traslate in diritto positivo.

---

<sup>6</sup> Allo scopo soccorrono gli artt. 3, 5, 6, e 11 n.2 c.p.m.p.

<sup>7</sup> Regio Decreto 20 febbraio 1941, n. 303.

Nella ricostruzione storica delle disposizioni scriminanti, non possiamo ignorare l'abrogazione, avvenuta nel 1978, dell'art. 40 c.p.m.p. sull'adempimento del dovere,<sup>8</sup> che esplicitamente derogava all'art. 51 c.p. (con l'assenza del riferimento all'esercizio di un diritto). Per quanto attiene invece all'art. 41 c.p.m.p., la volontà del Legislatore militare, sullo stampo di quello comune, era di dichiarare esplicitamente entro quali limiti i militari possano fare uso delle armi. Sembrò opportuno dettare una norma apposita ed autonoma per completezza di sistema, e per il suo particolare oggetto.<sup>9</sup>

L'art. 41 c.p.m.p. ricalca con relativa fedeltà la disposizione di cui all'art. 53 c.p., anche se le differenze non sembrano essere solo terminologiche, ma anche concettuali e strutturali.

Innanzitutto l'art. 41 c.p.m.p. non si apre con l'inciso «*Ferme le disposizioni concernenti l'adempimento di un dovere e la difesa legittima*», di fondamentale importanza nell'art. 53 c.p.; questa formulazione non è stata riprodotta dal legislatore perché ritenuta superflua, essendo evidente il non contrasto con gli istituti suddetti.

La seconda differenza concerne il soggetto che può invocare la causa di giustificazione; si tratta in questo caso del *militare* e non più del pubblico ufficiale.

Sul punto bisogna precisare e ampliare il discorso: la disposizione in commento non limita l'efficacia della non punibilità ai soli reati militari, ma è riferita anche ai reati comuni commessi dal militare.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> L'intenzione del legislatore del 1941 era quella di rimarcare la regola della indiscriminata non punibilità dell'esecutore, fino a giungere alla irresponsabilità del militare, salvi i casi in cui l'esecuzione dell'ordine costituisse manifestamente reato.

<sup>9</sup> G. CIARDI, voce *Uso legittimo delle armi (Diritto penale militare)* in "Novissimo Digesto Italiano", XX volume, Torino, UTET, 1975, pag. 268.

<sup>10</sup> *Codici penali militari e norme complementari rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di D. BRUNELLI e G. MAZZI, Milano, Giuffrè editore, 2001.

Da quest'assunzione la dottrina rileva che, mancando un'espressa sostituzione dell'art. 53 c.p. in ambito militare, questo andrebbe a incidere e a implementare lo statuto giuridico penale del militare.

Ciò significa che nei casi in cui il militare rivesta *anche* la qualifica di pubblico ufficiale, opererebbe la norma dell'art. 53 c.p., con rilevanti conseguenze garantistiche.<sup>11</sup>

La qualifica di pubblico ufficiale avrebbe, dunque, una funzione specializzante nel senso che nel diritto militare la categoria dei militari è più vasta e generale che non la categoria dei pubblici ufficiali.<sup>12</sup>

Sempre sul piano soggettivo, un'altra differenza riguarda l'attività svolta; l'art. 41 c.p.m.p. indica il fine di «*adempiere un suo dovere di servizio*» e non più un dovere del proprio ufficio. L'espressione in questione appare, essendo rapportata al militare, più restrittiva; essa si riferisce a un servizio comandato, circoscritto.<sup>13</sup>

La previsione del dovere di servizio ha un'importanza fondamentale per l'interpretazione della disposizione: comporta l'esclusione degli atti di carattere disciplinare.<sup>14</sup> Così come nell'art. 53 c.p. la specifica

---

<sup>11</sup> Come l'estensione della scriminante a terzi, così come previsto dall'art. 53, 2 comma c.p.

<sup>12</sup> R. VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, Giuffrè editore, 1978, pag. 222.

<sup>13</sup> Si veda Tribunale Supremo Militare 25 febbraio 1949, relatore Sanna, in "Giustizia penale" 1949, pag. 541. In sentenza si legge: «*È configurabile la scriminante dell'uso legittimo delle armi, solo quando l'agente abbia commesso il fatto con il fine di adempiere un dovere di servizio, escluso il quale diviene del tutto sterile l'indagine sull'errata valutazione delle circostanze che avrebbero consentito l'impiego delle armi e sull'adeguatezza dell'impiego medesimo, ai fine dell'accertamento di un'eventuale reato colposo*».

<sup>14</sup> L. BITETTI, *Uso legittimo delle armi*, in "Giustizia penale", 1946, II, pag. 701; E. CADONI, *Interpretazione ed applicazione dell'art. 53 del codice penale*, in "Rivista di Polizia", 1970, pag. 161.

previsione del fine di adempiere un dovere del proprio ufficio serve ad escludere le motivazioni estranee alla funzione (come potrebbero essere i motivi prettamente personali), la previsione esplicita di un dovere di servizio esclude che possano impiegarsi le armi a fini semplicemente disciplinari.

L'interrogativo che sorge in merito alla concreta sfera applicativa della scriminante è se questa, stante la natura dell'attività militare costituita da prescrizioni di servizio dotate di un grado di specificità più o meno elevato, costituenti doveri e obblighi di *facere* in capo ai militari, abbia la funzione di legittimare l'esecuzione coercitiva delle prestazioni doverose, in mancanza dello spontaneo adempimento da parte di chi vi è tenuto.

Parte minoritaria della dottrina<sup>15</sup> ha visto, nella disposizione in questione, lo strumento ad ausilio del superiore militare per costringere l'inferiore riottoso, ossia l'insubordinato o il ribelle, a compiere prestazioni doverose.

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie (e più sensibili) si sono opposte a una simile lettura, precisando innanzitutto che la scriminante di cui all'art. 41 c.p.m.p. richiede la "necessità" di eliminare un grave e persistente ostacolo che si frappone all'esecuzione di un dovere di servizio e che tale condizione non ricorre allorché la reazione sia determinata da un semplice contegno non rispettoso dell'inferiore.<sup>16</sup> È

---

<sup>15</sup> G. CIARDI, *Istituzioni di diritto penale militare*, II volume, Roma, Edizioni Dell'Ateneo, 1950, pag. 488: «altrimenti sarebbe infranta la disciplina militare, che si fonda essenzialmente sull'obbedienza gerarchica, sulla subordinazione e sull'armonica e fraterna convivenza dei commilitoni» Tribunale Supremo Militare, 15 maggio 1942, Bellon, in "Giustizia penale", II volume, 1943, pag. 90; Tribunale Supremo Militare, 18 gennaio 1955, Levanto, in "Rivista penale", II volume, 1955, pag. 808.

<sup>16</sup> Come nel caso in cui l'inferiore rivolga al superiore gerarchico frasi ingiuriose. Vedi Tribunale Supremo Militare, 3 novembre 1945, Grassi, in "Giustizia penale", 1946, II volume, pag. 700.

palese, infatti, come in questo caso, le modalità per ottenere dal subordinato una condotta più rispettosa non necessitano dell'ausilio della forza; viene meno, in una simile situazione, la necessità imprescindibile.

Continuando su questo profilo si rileva che la coazione fisica, resa legittima dalla disposizione, non può consistere nell'imposizione di un *facere* specifico e personale, non potendo in nessun caso il superiore usare la forza per costringere l'inferiore alla prestazione.<sup>17</sup>

Secondo un'ulteriore opinione, tuttavia, occorrerebbe al proposito distinguere dai casi in cui al militare viene richiesto un *facere*, i casi in cui egli ha soltanto l'obbligo di subire, come nell'ipotesi della sottoposizione a sanzioni disciplinari corporali: a fronte della incoercibilità della prestazione positiva, sarebbe legittimamente esercitabile l'uso della forza in funzione del conseguimento di un mero *pati*.<sup>18</sup>

Neanche tale opinione appare condivisibile, per ancor più nobili ragioni; il distinguo che tale impostazione prospetta non ha alcuna ragione di principio essendo coinvolta, nello stesso modo e grado, sia nel fare come nel tollerare, la libertà personale del militare. Questo diritto è espressamente tutelato dalla Costituzione, che lo dichiara inviolabile e incompressibile se non per atto dell'autorità giudiziaria all'art. 13.

Ripercorrendo la storia e l'evoluzione del diritto penale militare, possiamo ben comprendere come questa distinzione trovava una ragione applicativa nella necessità di salvaguardare il potere dei capi

---

<sup>17</sup> MESSINA, *Elementi di diritto e procedura penale militare*, in Quaderni della "Rassegna di giustizia militare", 1985, pag. 54.

<sup>18</sup> VEUTRO, *Diritto penale militare* in LANDI-VEUTRO-STELLACCI-VERRI, *Manuale di diritto e procedura penale militare*, Milano, Giuffrè editore, 1976, pag. 188 e ss.; Tribunale Supremo Militare, 22 giugno 1971, Cupertino, in "Giustizia penale", II volume, 1973, pag. 205.

militari di irrogare sanzioni disciplinari equiparabili a vere e proprie pene detentive, giustificate dalla peculiarità della condizione militare.<sup>19</sup> La situazione è poi profondamente mutata, prima con il nuovo regime disciplinare introdotto dalla l. n. 382/1978 e dal successivo regolamento del 1986; la natura e il contenuto delle sanzioni in questione sono stati mitigati, non comportando più il coinvolgimento della libertà personale, ma solo l'obbligo, penalmente sanzionato, di rimanere in un «*apposito spazio*»,<sup>20</sup> incidendo quindi solo sulla libertà

---

<sup>19</sup> Sul punto è interessante la posizione della Corte Costituzionale, 19 marzo 1985, sentenza n. 74, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 309 c.p.m.p. sull'arresto fuori dei casi di flagranza: «*A prima vista, il riferimento a misure restrittive della libertà personale (nel caso di specie, ad un militare "imputato" era stato rivolto l'ordine di entrare nel locale adibito a prigione all'interno della caserma) ed il parametro costituzionale invocato sembrerebbero coinvolgere non tanto l'intero art. 309 c.p.m.p. ("Fuori dei casi di flagranza, il militare in servizio alle armi, imputato di un reato, ancorché non soggetto alla giurisdizione militare, non può essere arrestato o fermato o trattenuto sotto custodia, se non in dipendenza di un mandato od ordine di cattura o di arresto dell'Autorità giudiziaria; salve le misure precauzionali che il comandante da cui il militare dipende ritenga di adottare"), quanto il suo inciso finale (appunto, il "salve le misure precauzionali che il comandante da cui il militare dipende ritenga di adottare"). In realtà, le parti di cui consta l'art. 309 sono, per motivi ispiratori e finalità perseguite, così strettamente intrecciate in una visuale unitaria da apparire condizionate l'una all'altra*», comportando quindi la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'intero articolo.

<sup>20</sup> «*La consegna di rigore comporta il vincolo di rimanere, fino al massimo di quindici giorni, in apposito spazio dell'ambiente militare - in caserma o a bordo di navi - o nel proprio alloggio, secondo le modalità stabilite dal regolamento di disciplina*». Poiché il militare punito in consegna non può più essere materialmente richiuso, si esclude che la stessa sanzione disciplinare possa legittimare la configurabilità in capo a costui di una soggezione passiva all'esercizio di un potere coercitivo, sicché neppure in questo caso si concreta

di autodeterminazione.

Oggi la disciplina è stata sostituita dall'art. 1358, 5 comma (rubricato "Sanzioni disciplinari di corpo") del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), che reca, comunque, le stesse indicazioni.

Ecco che, nonostante il diritto penale militare sia incentrato sul dovere di obbedienza e su una rigida scala gerarchica, un atto di disobbedienza del subordinato non varrà a concretare un'ipotesi di resistenza o di violenza ai sensi dell'art. 41 c.p.m.p.,<sup>21</sup> non configurandosi affatto la necessità di intervenire coattivamente.

La quarta differenza attiene al comportamento contrastato, che consiste senza ulteriori specificazioni in una «violenza» o in una «resistenza», che invece nella norma del codice penale devono essere fraposte all'Autorità. Un'altra differenza, collegata a quest'ultimo punto, fra le due fattispecie risiede nel fatto che, per effetto dell'art. 14 della legge 22 maggio 1975, n. 152, la previsione del codice penale sia stata estesa alla necessità di impedire la consumazione di taluni gravi reati; estensione non operata anche nella formulazione dell'art. 41 c.p.m.p.<sup>22</sup> Per quanto attiene all'interpretazione del termine «violenza», neanche questo punto sembra essere del tutto identico alla violenza di cui all'art. 53 c.p. Nell'ordinamento militare bisogna far capo all'art. 43

---

una resistenza per vincere la quale il militare è autorizzato a utilizzare la forza delle armi.

<sup>21</sup> La legge, a presidio del dovere di obbedienza, appresta soltanto dei mezzi di coazione indiretta. Vedi Tribunale Supremo Militare, 2 maggio 1969, Cavaciuti, in "Giustizia penale", 1970, II volume, pag. 725.

Specifichiamo poi che in questo caso non sarebbe invocabile neppure un erroneo convincimento in senso opposto da parte del superiore, poiché si tratterebbe di errore su legge penale irrilevante.

<sup>22</sup> Questa mancanza non ha alcun senso logico; essa deve essere semplicemente interpretata come una dimenticanza del legislatore, sotto il profilo del coordinamento dei due ordinamenti giuridici.

c.p.m.p.,<sup>23</sup> rubricato “Nozione della violenza”, che recita: «*Agli effetti della legge penale militare, sotto la denominazione di violenza si comprendono l'omicidio, ancorché tentato o preterintenzionale, le lesioni personali, le percosse, i maltrattamenti, e qualsiasi tentativo di offendere con armi*»; deve pertanto trattarsi di violenza fisica e non morale.<sup>24</sup> L'art. 43 c.p.m.p. contiene una rilevante definizione normativa, ricca di risvolti pratici, che va a integrare le già numerose fattispecie criminose dei codici penali militari che si riferiscono al concetto di violenza.<sup>25</sup>

Circa il concetto di «*resistenza*», anche nel caso in esame deve trattarsi di resistenza attiva, che non può superarsi se non con l'uso delle armi o di un meno pericoloso mezzo di coazione fisica (sfollagente, getti d'acqua lanciati con idranti, gas lacrimogeni, uso della forza fisica per immobilizzare la persona, ricorso alle “bombe stordenti”, carosello di auto per disperdere un assembramento etc.).<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> F. LAURO, *L'uso legittimo delle armi e degli altri mezzi di coazione fisica nell'ordinamento italiano*, 1977, Roma, La Rassegna Editrice, pag. 112.

<sup>24</sup> Vedi Tribunale Supremo Militare, 20 febbraio 1945, relatore Cozzeddu, in “Giustizia penale”, 1946, II volume, pag. 177: «*Perché sussista violenza nell'ipotesi del tentativo di offendere con armi, non è sufficiente la sola minaccia dell'offesa a mano armata, ma occorre almeno il tentativo dell'offendere, cioè il concepimento di un atto idoneo e non equivoco diretto a ledere la persona fisica altrui. Infatti, la norma fa riferimento a qualsiasi tentativo, non per configurare un istituto diverso dal tentativo contemplato dalla legge comune, ma solo per precisare che la nozione di violenza, in relazione al tentativo di offendere con le armi, si determina a prescindere dalla maggiore o minore prossimità dell'atto compiuto all'evento al quale è diretto*»

<sup>25</sup> Es. art. 142, 143, 186, 195, 244, 247 c.p.m.p.; art. 140, 142, 177, 184, 185, 194, 200, 211, 212, 226 c.p.m.g.

<sup>26</sup> Vedi Tribunale Supremo Militare, 23 marzo 1948, Albanese, in “Rivista penale” 1948, pag. 522: «*Ricorre la causa di non punibilità prevista dall'art.*

Inalterata rimane la clausola di estensione di cui al terzo comma dell'art. 53, inserita nell'ultimo comma dell'art. 41 c.p.m.p.

Ciò significa che possono esistere casi nei quali non ricorre il presupposto generale di respingere una violenza o vincere una resistenza, ma nei quali è ugualmente scriminato l'uso delle armi da parte del militare. Si tratta, anche in questo caso, di situazioni tassativamente previste dalla legge, o da un atto avente forza di legge.<sup>27</sup>

La differenza più rilevante (e che sarà occasione nel prossimo paragrafo di approfondimento) resta la mancata indicazione, contenuta invece nell'art. 53, 2 comma c.p., circa l'estensione della scriminante a qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza.

## **5.2 Inquadramento sistematico della scriminante**

L'unico interrogativo dottrinale che è sorto dall'analisi comparativa delle due norme è: l'art. 41 c.p.m.p. è sostitutivo oppure semplicemente integrativo dell'art. 53 c.p.?

Parte della dottrina ha sostenuto il carattere sostitutivo, partendo dagli assunti che: l'art. 41 c.p.m.p. ha la stessa dizione generale e la stessa rubrica dell'art. 53 c.p.; che si riferisce non solo ai reati militari, ma a qualsiasi reato; che contiene anch'esso nell'ultimo comma la stessa riserva contenuta nell'ultimo comma dell'art. 53 c.p., e dunque

---

*41 c.p.m.p. quando l'uso delle armi o altro mezzo di coazione fisica sia determinato dalla resistenza illegittima ossia dall'opposizione attiva al conseguimento di una finalità attinente al servizio militare ed il mezzo di coazione risulti adeguato all'intensità della resistenza, ed attuato con il fine specifico di vincere la resistenza medesima».*

<sup>27</sup> Ritourneremo su questo punto nel terzo paragrafo, dove tratteremo di una delle ipotesi speciali.

sembrerebbe difficile concepire l'art. 41 c.p.m.p. come uno dei casi di attuazione della riserva di cui all'art. 53 c.p.<sup>28</sup>

La tesi della sostitutività urta con la lettera della norma: mentre l'art. 42 c.p.m.p. sulla difesa legittima contiene l'inciso «*in luogo dell'art. 52 c.p.*», come d'altronde l'abrogato art. 40 c.p.m.p. sull'adempimento del dovere conteneva l'inciso «*in luogo dell'art. 51 c.p.*», l'art. 41 c.p.m.p. non contiene alcuna espressione che possa farlo ritenere sostitutivo dell'art. 53 c.p.

Il punto di frattura è quello, già rilevato, dell'assenza del riferimento alla scriminabilità del terzo che presti assistenza al militare che fa uso delle armi; se si seguisse la tesi della sostitutività, si giungerebbe a una generalizzazione assoluta riguardo alla scriminabilità del terzo, che non può essere sostenuta in un ordinamento in cui vige il principio di legalità.

Non bisogna dimenticare che parte della dottrina<sup>29</sup> ha sostenuto come la scriminante possa ritenersi estensibile anche senza un'espressa statuizione dell'art. 41 c.p.m.p. Stando a questa impostazione, opererebbe per il terzo la scriminante dell'adempimento di un dovere, poiché la legale richiesta rappresenterebbe, per l'inferiore chiamato ad ausilio, sempre, un ordine vincolante. Nonostante questa impostazione sia affascinante, il dato normativo è insuperabile.

Nel tentativo di motivare la carenza di disciplina, questa impostazione minoritaria<sup>30</sup> afferma che la diversità di disciplina si giustificerebbe

---

<sup>28</sup> Per l'affermazione della piena e totale sostitutività si veda R. MAGGIORE, *Lezioni di diritto e procedura penale*, Palermo, 1973, pag. 132 e ss.

<sup>29</sup> R. MAGGIORE, *op. citata* pag. 133; VEUTRO, *op. citata* pag. 188; G. BATTAGLINI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, CEDAM, 1949, pag. 330.

<sup>30</sup> R. VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, VII edizione, Milano, Giuffrè editore, 1997, pag. 205

considerando che solo le esigenze pubblicistiche della pubblica funzione impongono che questa venga adempiuta contro ogni ostacolo, anche attraverso l'aiuto di un soggetto estraneo alla funzione stessa, mentre analoghe esigenze non sussisterebbero in presenza di una assistenza prestata al militare che non sia anche pubblico ufficiale.

Dottrina maggioritaria seguita da questo studio, propende invece per la tesi dell'integratività<sup>31</sup> e motiva l'assenza dell'estensione della disciplina affermando che sarebbe arbitrario qualificare come meno cogente o meno importante la tutela del servizio militare non concretante una funzione pubblica e si sostiene che l'estensione della scriminante al terzo chiamato non militare può avvenire in forza della regola generale di cui all'art. 119, 2 comma c.p.

Si riapre, così, l'annoso problema dell'applicazione o meno della disposizione sull'estensione dell'esclusione della pena, in presenza di circostanze oggettive.

La mancata previsione di una norma corrispondente al secondo comma dell'art. 53 c.p. non potrebbe, infatti, essere interpretata come una

---

<sup>31</sup> R. VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, VII edizione, Milano Giuffrè editore, 1997, pag. 201 e ss.; V. GARINO, *Manuale di diritto e procedura penale militare*, Bresso, CETIM, 1985; L. ALIBRANDI, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, Giuffrè editore, 1979, pag. 111 e ss. N. GALASSO e G. SUCATO, *Codici penali Militari di Pace e di Guerra commentati*, Roma, ed. Stamperia Reale, pag. 43: «La norma speciale, in sostanza, fa capo alla riserva contenuta nell'ultimo comma del predetto articolo 53 c.p., estendendo la condizione di non punibilità, preveduta dalla legge comune in relazione al pubblico ufficiale e a chi, richiesto, presta assistenza al militare. Il più delle volte, nelle particolari condizioni di servizio che possono rendere applicabile l'art. 41, la qualità di militare si incontrerà con quella di pubblico ufficiale; ma non è parsa inutile la precisazione per una maggiore garanzia da darsi al militare nell'esercizio dei doveri inerenti al suo servizio».

volontà derogatrice alla regola della estensione a tutti i concorrenti delle circostanze oggettive di esclusione del reato.<sup>32</sup>

L'art. 41 c.p.m.p. costituisce uno degli «*altri casi*» di cui all'art. 53, ultimo comma c.p., nei quali la legge autorizza, anche in assenza della qualifica di pubblico ufficiale, l'uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica.

Il rinvio operato dall'art. 41, 2 comma c.p.m.p. ad altri casi nei quali il militare è autorizzato a usare le armi o altro mezzo di coazione fisica non è ostacolo a questa interpretazione; si tratta solo di una ripetizione da leggersi come un rafforzamento del principio.

L'art. 53 c.p. è dunque applicabile tutte le volte che il militare agente rivesta la qualifica di pubblico ufficiale e rientri quindi nell'ambito di applicazione del codice penale comune.

Risulta, comunque, non agevole stabilire quando il militare non sia anche pubblico ufficiale; sul punto dottrina e giurisprudenza si trovano, da sempre, su posizioni discordanti.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> BRUNELLI-MAZZI, *Diritto penale militare*, IV edizione, Milano, Giuffrè editore, 2007; S. RIONDATO, *Diritto penale militare*, Padova, CEDAM, Padova, 1998.

<sup>33</sup> MANZINI, *I militari e la qualità di pubblico ufficiale*, in “Annali di diritto e procedura penale”, 1940, pag. 735 e ss., afferma che sono pubblici ufficiali tutti gli ufficiali delle forze armate, nonché il graduato e il soldato qualora siano rivestiti, anche temporaneamente di un comando o di una funzione speciale, o qualora, autorizzati dalla legge, comandati o richiesti, prestino servizio di polizia. Concorde con questa posizione MAGGIORE, *op. citata* pag. 111.

Una tesi più restrittiva è sostenuta da MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio nel diritto penale*, Torino, Giappichelli editore, 1951, pag. 105; l'Autore sostiene che la qualifica di pubblico ufficiale è da estendersi al militare qualora ricorra un potere di coazione. Non attribuirebbe, secondo la tesi in questione, qualifica di pubblico ufficiale

Nei casi in cui il militare è anche pubblico ufficiale, si potrà applicare il secondo comma dell'art. 53 c.p., e quindi si estenderà la scriminabilità anche al terzo chiamato a prestare assistenza.

Conseguenza logica è che quando il militare non è pubblico ufficiale, la sua condotta verrà a essere disciplinata solo dall'art. 41 c.p.m.p., con la conseguente inapplicabilità dell'estensione della scriminante al terzo chiamato a prestare assistenza.

### **5.3 «Altri casi» riconducibili all'art. 41, 3 comma c.p.m.p.: i militari in servizio di sentinella**

La riserva prevista all'ultimo comma dell'art. 41 c.p.m.p. ammette che possano esistere casi nei quali non ricorre il presupposto generale della «*necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza*», ma

---

l'adempimento di particolari obblighi, come quello del servizio militare, stabiliti dalla legge, per determinate categorie di soggetti. Questa opinione si fonda sulla specialità della regolamentazione militare rispetto alla legislazione penale comune. Lo stesso MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio* in "Novissimo Digesto Italiano", XIV, 1967, pag. 575, nega che anche i militari in servizio di ronda siano pubblici ufficiali, dato che la loro vigilanza è limitata alle persone soggette al rapporto disciplinare.

Diverso è l'orientamento della giurisprudenza, la quale, non soltanto ha riconosciuto la qualifica di pubblico ufficiale ai militari in servizio di ronda, ma considera pubblici ufficiali sia gli ufficiali delle forze armate che i sottoufficiali delle stesse, nonché il militare portaordini. Vedi Cass. 15 marzo 1963, Propana, in *Cassazione penale, Massimario Annotato*, 1963, pag. 689; Cass. 12 luglio 1955, Lora, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1955, pag. 755.

Sull'attuale problematica del pubblico ufficiale interessante è DI BENEDETTO, *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, in "Digesto delle discipline penalistiche" X, 1995, pag. 508 e ss.

nei quali è ugualmente scriminato l'uso delle armi da parte del militare, che talvolta può rivestire anche la funzione di pubblico ufficiale.

Alcune ipotesi corrispondono con quelle già richiamate nel capitolo dedicato alle ipotesi speciali di cui all'art. 53 c.p., come il caso di cui alla legge 4 marzo 1958 n.100, sull'uso delle armi da parte dei militari e degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria in servizio alla frontiera e in zona di vigilanza (il corpo della Guardia di Finanza è tuttora un corpo militare).

Non sono più militari gli appartenenti all'ex Pubblica Sicurezza (oggi corpo della Polizia di Stato, disciplinato dalla legge 1 aprile 1981, n 121) né gli agenti di custodia nelle carceri, oggi inquadrati nel corpo della Polizia penitenziaria (legge 15 dicembre n. 395).

Un'ipotesi speciale, molto interessante, è quello dei militari in servizio di sentinella.<sup>34</sup>

Quello della sentinella è un istituto di diritto militare del tutto peculiare, non trovando alcuna rispondenza in ambienti non militari.

È una figura disciplinata dal *Regolamento sul servizio Territoriale e di Presidio* (pubblicazione 106 dello Stato Maggiore della Difesa, edizione maggio 1973), che pur essendo un atto amministrativo di carattere generale ed astratto, è vincolante per la categoria cui è destinato, ossia i militari.

L'art. 27 del Regolamento, rubricato "Nomenclatura" definisce, al punto numero 2, la sentinella come «*militare armato di fucile o moschetto o arma automatica, che personifica e assicura la continuità del servizio affidato alla guardia*».

La sentinella ha una sfera diversa e maggiore di operatività rispetto agli altri pubblici ufficiali. La differenza, fermi i diritti ed i poteri

---

<sup>34</sup> Per la ricostruzione dell'istituto si è seguito F. LAURO, *L'uso legittimo delle armi e di altri mezzi di coazione fisica nell'ordinamento italiano*, Roma, La Rassegna editrice, 1977, pag. 114 e ss.

derivanti dalle cause di esclusione della pena di cui al codice penale comune e al codice penale militare, è nell'automatismo dell'uso delle armi da fuoco. Esista o meno una minaccia o un pericolo in atto, una violenza in atto, si versi o meno in circostanze simili alla legittima difesa, riceva o meno un'offesa ingiusta, la sentinella, osservate determinate formalità, deve usare le armi facendo fuoco contro colui, amico o nemico, conoscente e sconosciuto, che violi la consegna.

L'istituto in questione non richiede al militare comandato valutazione alcuna della situazione, perché non è presa in esame la proporzione tra l'offesa e la difesa, o la graduazione dei mezzi da impiegare, o il vaglio della necessità da soppesare in condizione di emergenza, ma richiede l'inderogabilità dell'adempimento di un dovere, tenendo conto che, ad un certo momento, il militare non potrà che diventare un automa.

L'istituto della sentinella, dunque, ha duplici radici: generica, nell'ultimo capoverso dell'art. 53 c.p., essendo uno degli altri casi nei quali è autorizzato l'uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica; specifica nell'ultimo capoverso dell'art. 41 del codice penale militare di pace, essendo uno degli altri casi nei quali il militare è autorizzato ad usare le armi o altro mezzo di coazione fisica.

Trattasi perciò di un *officium* che, per quanto trae forza, legittimazione e causa di esclusione della responsabilità dalle suddette disposizioni, è carente di autonomia giuridica.

L'istituto è al contempo caratterizzato dai crismi dell'inflessibilità e dell'intransigenza, che hanno risvolti giuridici, perché, se tali caratteristiche non sono rispettate dal militare esplicante il servizio di sentinella, egli commette mancanza che può assumere valore penale.

## 5.4 Le regole di ingaggio

### 5.4.1 Operazioni militari di pace

Un'ulteriore problematica da analizzare è quella dell'individuazione dei limiti all'uso della forza cui sono assoggettati i militari italiani impegnati in missioni pacificatrici all'Estero.

Preliminarmente è necessario individuare la disciplina normativa;<sup>35</sup> è un'operazione che ha origini molto recenti. Dopo un periodo di silenzio legislativo, dovuto ad una sorta di carenza di interesse per la disciplina militare dopo gli stravolgimento del secondo conflitto mondiale, si era tornati ad applicare le disposizioni del codice penale militare di pace, nelle ipotesi di impiego di reparti italiani in territorio estero (Libano, Golfo Persico, Kuwait, Somalia, ex Jugoslavia); successivamente la decisione del Governo e del Parlamento italiano di partecipare all'operazione di *Enduring Freedom* (insieme di operazioni militari avviate dopo gli attentati dell'11 settembre 2001), ha riaperto l'interesse generale per la legge penale militare.

In un primo momento si applicò agli eventi internazionali in questione la legislazione penale di guerra, che mai come negli ultimi anni, risultò anacronistica, anche nella stessa dizione.<sup>36</sup>

Di conseguenza, in un primo momento erano state introdotte specifiche disposizioni processuali applicabili al solo personale militare coinvolto in queste operazioni, con annessa modifica del codice penale militare di guerra; solo in un secondo momento, nel 2002, erano stati presentati durante una seduta del Senato, due ordini del giorno che impegnavano

---

<sup>35</sup> E corrispettivamente notare come dalla seconda guerra mondiale ad oggi, gli studiosi di diritto penale poco si sono concentrati sulle norme penali relative alla guerra, pur essendo queste, a pieno titolo, parte integrante del nostro ordinamento giuridico.

<sup>36</sup> È interessante notare come, anche nelle stesse Convenzioni internazionali, si tende non più a parlare di "guerra" ma di "conflitti".

il Governo a presentare un disegno di legge organica, volto ad introdurre un corpo di norme non solo coerenti con la Costituzione, ma anche con le numerose convenzioni internazionali, di cui l'Italia è firmataria.

Il d.d.l. n. 2439, presentato nel 2003, non ha mai visto la luce, per l'assenza dell'approvazione definitiva della Camera dei deputati, alla fine della XIV legislatura.

Per ovviare al vuoto normativo si era in un primo momento disposta l'applicazione del codice di guerra per il personale militare partecipante alla missione "Antica Babilonia" in Iraq, nel 2003 e successivamente con l'art. 2, comma 26 della l. 4 agosto 2006, n. 247 è stato stabilito che a tutto il personale militare inviato all'estero per la partecipazione a missioni internazionali si sarebbe applicato il codice penale militare di pace.<sup>37</sup>

Una volta specificata la portata delle fonti del diritto, bisogna chiarire la linea di demarcazione tra condotte lecite e illecite legate all'uso delle armi, in astratto realizzabili dagli appartenenti alle Forze armate nell'adempimento dei propri doveri di servizio nelle operazioni militari internazionali. Il punto focale della distinzione attiene alle così dette *Rules of Engagement* (RoE, regole di ingaggio).<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> A questa disciplina generale è utile comunque aggiungere l'art. 1, 1 comma, della L. 14 novembre 2000, n. 331, rubricato "Compiti delle Forze Armate", che menziona, tra gli altri, il compito di «operare al fine della realizzazione della pace e della sicurezza, in conformità alle regole del diritto internazionale ed alle determinazioni delle organizzazioni internazionali delle quali l'Italia fa parte», proprio al fine di sottolineare lo stretto legame coi i principi internazionali inderogabili

<sup>38</sup> Di recente le regole di ingaggio sono state oggetto di dibattito parlamentare a proposito della partecipazione italiana alla missione militare delle Nazioni Unite in Libano.

Le Regole di ingaggio sono impartite ai comandanti militari per determinare i casi e i limiti dell'impiego della forza; permettono il controllo politico dell'uso della forza militare, imponendo vincoli alla libertà d'azione ai comandanti sul terreno. Rispondono al requisito, sempre più stringente, in situazioni che spesso sono di vera e propria guerriglia, di assicurare una risposta quasi automatica, in caso di attacchi, da parte dei comandanti ad ogni livello.

Il problema principale è chiedersi se tali regole d'ingaggio possano prevedere un uso della forza più elastico rispetto a quello consentito dalla normativa penale (comune e militare) in materia di uso legittimo delle armi, pur essendo fonti di natura sub legislativa.<sup>39</sup>

Le Regole di ingaggio<sup>40</sup> hanno assunto particolare importanza, con portata non solo ampliativa, ma anche restrittiva, sia in funzione di integrazione del precetto penale, sia, soprattutto, in funzione scriminante.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> S. MANACORDA, *Modelli di integrazione penale europea nelle missioni all'estero: analisi e prospettive*, in AA. VV. *Difesa comune europea e spazi giudiziari*, 2004, pubblicazione a cura del Consiglio della magistratura militare, pag. 291; L. D'ANGELO, *Missioni militari all'estero*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

<sup>40</sup> La Commissione Difesa della Camera dei Deputati, con la risoluzione n. 7-1007 del 16 gennaio 2001, ha richiesto che il procedimento decisionale per le regole di ingaggio si componga di quattro passaggi procedurali: 1) una deliberazione governativa, con conseguente informativa alle Camere; 2) l'approvazione da parte delle due Camere della deliberazione governativa; 3) seguito governativo attraverso un disegno di legge o decreto legislativo contenente la copertura finanziaria della missione; 4) adozione delle disposizioni attuative da parte dell'amministrazione militare, cioè del Ministero della difesa.

<sup>41</sup> A proposito della difesa legittima, per esempio, S. MANACORDA, in *opera citata*, pag. 283, afferma che: «*le regole di ingaggio non consentono di aggirare i limiti della difesa legittima, ma si limitano ad adeguarla alle*

Traslando il discorso sull'utilizzo legittimo delle armi, non potrà essere ipotizzato, per esempio, un impiego di armamenti a scopo preventivo, unilaterale ed offensivo, dovendosi invece rispettare il disposto dell'art. 41 c.p.m.p. che postula la necessità di respingere una violenza o vincere una resistenza.<sup>42</sup>

Ne consegue che l'adozione di regole di ingaggio, al cui principio si trova la responsabilità politica del Ministro della Difesa, autorizzanti un uso delle armi in termini più ampi o sproporzionati rispetto all'art. 41 c.p.m.p. realizzerebbe una violazione del principio di legalità.

#### **5.4.2      Contrasto alla pirateria**

Oggi, nel panorama internazionale, il contrasto alla pirateria, che potrebbe apparire un retaggio criminoso archeologico, è divenuta una delle attività maggiormente necessarie, coinvolgendo i cardini della sicurezza delle persone e della libertà degli scambi commerciali, investendo interessi rilevanti a livello internazionale.<sup>43</sup>

Il Consiglio di Sicurezza dell'ONU,<sup>44</sup> dato l'elevato numero di attacchi annui, ai sensi del capitolo VII della Carte delle Nazioni Unite, ha dato l'autorizzazione agli stati di contrastare con ogni mezzo gli atti di pirateria in alto mare, nelle acque territoriali sul suolo somalo.

---

*esigenze peculiari del caso, concretizzando talune situazioni di pericolo in presenza delle quali una reazione è ammessa, ma pur sempre con i caratteri di attualità del pericolo dell'offesa e di necessità e di proporzionalità della risposta»*

<sup>42</sup> BRUNELLI-MAZZI, *opera citata*, pag. 320.

<sup>43</sup> Per questa ricostruzione è stato fondamentale B. ROMANO, *Cause di giustificazione e regole di ingaggio dell'attività di contrasto alla pirateria*, in "Cassazione Penale", 2013, I volume, pag. 433.

<sup>44</sup> Con risoluzione n. 1851 del 2008.

Prima di intraprendere il discorso in merito alle regole di ingaggio previste per questo ambito, è necessario riflettere sul ruolo delle Forze Armate in questa nuova “battaglia”.

Come abbiamo già sottolineato, con il passare del tempo e la consequenziale dissoluzione dello stesso concetto di guerra mondiale, l’approccio dei singoli Stati ai conflitti bellici è drasticamente mutato. Ne è già un esempio la dicitura del dettato costituzionale, che all’art. 11 afferma solennemente il ripudio dell’Italia della guerra «*come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali*»; l’articolo però continua, affermando che «*consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*».

Sono dunque divenute frequenti e rilevanti le c.d. missioni di pace all’estero,<sup>45</sup> sotto l’egida dell’ONU.

Le Forze Armate italiane (Esercito, Aviazione e Marina militare) sono state impegnate e investite di poteri nella lotta alla pirateria da una fondamentale disposizione di legge: l. 2 agosto 2011, n. 130 (“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 luglio 2011, n. 107, recante proroga degli interventi di cooperazione allo sviluppo e a sostegno dei processi di pace e di stabilizzazione, nonché delle missioni internazionali delle forze armate e di polizia e disposizioni per l’attuazione delle Risoluzioni 1970 (2011) e 1973 (2011) adottate dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Misure urgenti antipirateria”).

---

<sup>45</sup> Ricordiamo la tripartizione degli interventi dettata dal diritto internazionale: 1) *peacekeeping*, cioè di mantenimento della pace, con il consenso delle parti; 2) *peacebuilding*, cioè di consolidamento della pace trovando accordi (più o meno pacifici) tra le parti in conflitto; 3) *peace enforcement*, cioè di imposizione della pace.

Le Forze Armate, e più nello specifico, il personale componente i Nuclei militari di protezione, sono chiamate a operare in conformità alle direttive e alle regole di ingaggio emanate dal Ministero della difesa.

È necessario comprendere quale mandato riceve il militare che opera in contrasto alla pirateria, o più semplicemente quali sono i confini all'interno dei quali la sua attività potrebbe essere ritenuta penalmente lecita o illecita.

Al di là dei limiti imposti dalla legge, anche in questo caso la vera problematica attiene alle regole di ingaggio.

Come già precisato, le regole di ingaggio non avrebbero una rilevanza eguale a quella di una fonte legislativa di rango primario, ma costituiscono piuttosto atti amministrativi da qualificarsi quali ordini gerarchici; di conseguenza non potrebbero contenere ampliamenti alla portata e rilevanza delle cause di giustificazione, nello specifico, ma si dovrebbero muovere all'interno dei confini in quella sede fissati.<sup>46</sup>

Questa interpretazione è profondamente mutata, portando con sé una serie di conseguenze che appaiono inaccettabili, a seguito dell'intervento dell'art. 4 commi 1- *sexies* e 1- *septies*, del d.l. 4 novembre 2009, n.152, con modifiche della l. 29 dicembre 1009, n.197 (“Disposizioni urgenti per la proroga degli interventi di cooperazione allo sviluppo e a sostegno dei processi di pace e di stabilizzazione, nonché delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia”).

La previsione della non punibilità del militare che, in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio e agli ordini legittimamente impartiti,

---

<sup>46</sup> L. D'ANGELO, *Missioni militari all'estero, regole di ingaggio e cause di non punibilità codificate nella legislazione comune e militare*, in “Diritto penale sostanziale e processuale”, 2005, pag. 1161 e ss.; M. STRAMPELLI, *Regole di ingaggio delle missioni militari all'estero e profili problematici in ordine all'applicabilità delle cause di non punibilità del codice penale comune e militare*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it)

fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza, o di altro mezzo di coazione fisica, per la necessità delle operazioni militari, secondo un'interpretazione potrebbe far mutare radicalmente la prospettiva. Si è, infatti, ritenuto che, a seguito della modifica legislativa, le regole di ingaggio e le direttive dell'Autorità militare non si limiterebbero ad integrare le esimenti legislativamente previste, ma finirebbe per diventare esse stesse cause di giustificazione, dato che le condotte dei militari non dovrebbero più confrontarsi sul piano della liceità con la legge, bensì con atti amministrativi.

Il legislatore, così facendo, avrebbe costruito una norma penale di favore in bianco, con le relative difficoltà dell'eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale, dando modo alle regole di ingaggio di rappresentare il precetto integrativo della norma in bianco.<sup>47</sup>

### **5.5 Una “nuova causa di giustificazione”: l'uso delle armi da parte del militare in missione all'estero**

La legge 29 dicembre 2009 n. 197, approvata nell'ambito della conversione dell'ennesimo decreto legge in materia di missioni militari all'estero (il D.lg. 4 novembre 2009 n. 152, «Disposizioni urgenti per la proroga degli interventi di cooperazione allo sviluppo e a sostegno dei processi di pace e di stabilizzazione, nonché delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia»), ha introdotto una disposizione che evoca e riapre la discussione sulle problematiche legate all'uso della forza e delle armi, da parte di pubblici agenti.

L'art. 4, comma 1-sexies del decreto legge dispone: *«Non è punibile il militare che, nel corso delle missioni di cui all'articolo 2, in*

---

<sup>47</sup> L. D'ANGELO, *Missioni militari all'estero: il legislatore amplia la possibilità di utilizzo delle armi per le Forze Armate*, in [www.forumcosituzionale.it](http://www.forumcosituzionale.it)

*conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari»; il comma 1-septies dispone ancora che: «  
Quando nel commettere uno dei fatti previsti dal comma  
1-sexies si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge, dalle direttive, dalle regole di ingaggio o dagli ordini legittimamente impartiti, ovvero imposti dalla necessità delle operazioni militari, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo».*

Già ad una prima lettura possiamo notare come si tratta di una disposizione che rivela il collegamento, anche nella semplice formulazione linguistica, con la disposizione di cui all'art. 53 c.p. e con il richiamo che ne fa l'art. 55 c.p.

Al di là della sua effettiva incidenza, l'articolo in esame assolve il chiaro intento di trasmettere un inequivoco messaggio rassicurante ai militari impegnati nelle missioni, risolvendosi in un confortante segnale politico di vicinanza.<sup>48</sup>

Nonostante possa trarre in inganno la data di emanazione, la norma in questione non è stata introdotta "clandestinamente" nell'ordinamento italiano, ma costituisce un'anticipazione del c.d. "codice penale delle missioni militari all'estero", che il Governo ha varato con il d. d. l. n. 2099, presentato al Senato il 9 aprile 2010.<sup>49</sup>

È necessario precisare in questa sede che tale proposta appartiene effettivamente a una corrente politica e ad una sua presa di posizione

---

<sup>48</sup> Giudizio espresso da D. BRUNELLI, *L'uso delle armi del pubblico agente tra giustificazione e scusa*, in "Studi in onore di Mario Romano", Volume III, 2011, pag. 784.

<sup>49</sup> Questo disegno di legge prevede all'art. 2, comma 1, lettera a), n.5 la delega di introdurre una specifica causa di giustificazione che preveda la non punibilità del militare

ben chiara e univoca; dall'altro lato però, proprio questo recupero della figura dell'uso legittimo delle armi, si scontra con l'opposta posizione, difesa da giuristi raggruppati in Commissioni ministeriali,<sup>50</sup> che esprime (da anni, a dir la verità) la necessità del superamento e la marginalizzazione del ruolo della scriminante di cui all'art. 53 c.p.

Dai lavori parlamentari non si rinviene alcuna spiegazione circa la nuova specifica scriminante applicabile ai militari all'estero.

Otteniamo chiarimenti dalla lettura della Relazione che accompagna il citato disegno di legge delega sul codice penale per le missioni all'estero: *«l'innovazione si è resa necessaria per assicurare un'adeguata tutela ai militari»*, stante la presunta insufficienza delle scriminanti del codice penale e del codice penale militare (artt. 41, 42, 44) a *«tutelare le forze armate e di polizia in contesti caratterizzati da grave situazioni di destabilizzazione e da elevati rischi per la sicurezza e l'incolumità delle persone»*.

Dunque dalle parole del legislatore si intuisce un vuoto normativo preesistente, che necessitava di essere colmato per salvaguardare la posizione della Pubblica Autorità, anche all'estero.

---

<sup>50</sup> Ultima fra queste, la Commissione presieduta dall'avv. Giuliano Pisapia, istituita nel 2006 per la riforma del codice penale, ha auspicato che l'ipotesi dell'uso delle armi fosse fatta rientrare nella causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere, come modalità attuativa di esso e con (questa volta) espresso richiamo alla proporzione.

Art. 15, lettera b: *«l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità; prevedere che, nel caso dell'adempimento di un dovere da parte del pubblico ufficiale che consista nel respingere una violenza o nel vincere una resistenza, la causa di giustificazione operi nei suoi confronti, e nei confronti della persona legittimamente richiesta, qualora il pubblico ufficiale faccia uso ovvero ordini di fare uso di armi o di altri strumenti di coazione, solo se l'uso di tali strumenti sia necessario e sia rispettata la proporzione tra beni in conflitto nella situazione concreta»*.

Analizzando però la struttura della nuova figura scriminante, possiamo notare come per essere scriminato, il militare deve commettere fatto di reato attraverso l'impiego di armi o l'uso della forza; tale impiego deve essere realizzato in funzione della necessità delle operazioni militari, dunque è chiaramente riconducibile al servizio prestato.

Per di più si chiarisce che tale attività deve essere conforme alle direttive, regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, che costituiscono le fonti che, per loro natura, direttamente sono chiamate a disciplinare l'uso delle armi e/o della forza nella concreta situazione di servizio. Se questa è la situazione che il legislatore ha tenuto presente, è quanto meno discutibile che, in assenza della neo previsione, i militari in missione all'estero si sarebbe trovati privi di adeguata tutela, data la preesistenza delle disposizioni di cui agli artt. 51, 52, e 53 c.p.

Da questa affermazione si comprende la volontà del legislatore di offrire un'ulteriore *chance* di copertura al militare: non sempre egli si trova a dover fronteggiare una violenza o a dover vincere una resistenza, ma si imbatte piuttosto in una situazione in cui deve *prevenire* la violenza, o reagire a fronte di un rischio o a una potenziale ostilità.

Quella introdotta nel 2009 per le missioni all'estero è dunque una norma apparentemente priva di incidenza sul piano applicativo, e dettata da una prudenza forse eccessiva, ma che comunque dispiegando un'innegabile funzione di messaggio, finisce per rinvigorire e rivalutare la scelta politica fatta dal codice Rocco, ossia quella di affiancare una disposizione autonoma e specifica alle scriminanti comuni.

È lecito dunque porci l'interrogativo, rinverdito dalle disposizioni e conseguenti interpretazioni europee, in merito all'utilità e alla legittimità stessa di una disposizione di questa portata.

Ulteriore critica e posizione “scomoda” è quella di notare come il clima di legislazione di perenne emergenza tende a far coincidere e quindi confondere, nella pratica, -e la storia d’Italia ce o dovrebbe aver insegnato- le sbandierate e ricorrenti esigenze di sicurezza pubblica con la necessità di inviare segnali tangibili a tutela dell’autorità del potere costituito e dei suoi organi, che mai devono rimanere privi di ultra-tutela.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Al termine di questo studio, non si può prescindere dal ritornare su alcuni elementi critici che si è tentato di mettere in luce nel corso della trattazione

La scriminante di cui all'art. 53 c.p. appare –e non solo agli occhi di scrive-, per come formulata, uno dei punti più dolenti dell'ordinamento democratico italiano; è uno spiraglio che riporta, ad una semplice e prima lettura, al tenore giuridico fortemente garantista per le forze dell'ordine<sup>1</sup> di matrice fascista, e alle modalità con cui lo Stato (o sarebbe meglio dire, il regime) intendeva “dialogare” con il Popolo.

La valutazione della scriminante in questione non può che incrociarsi ripetutamente con la sua storia.

L'articolo, salvo l'ampliamento del 1975, è rimasto intatto nel dispositivo, e ciò ha portato, fin troppo spesso, ad orientare la magistratura verso assoluzioni arbitrarie di fronte ad abusi dei mezzi di coazione, così coniando e fortificando una giurisprudenza eccessivamente tollerante.

È vero: l'evoluzione della giurisprudenza, soprattutto negli ultimi anni, ha portato con sé una totale rilettura dell'articolo; ma è pur vero che nei numerosi casi che abbiamo analizzato o citato nel corso dello studio, questa evoluzione non è stata così coraggiosa come ci si sarebbe aspettati.

Infatti, il monito e il rimprovero della Corte Europea dei diritti dell'uomo a proposito del ricorso Cestaro, altro non è stato che

---

<sup>1</sup> Ricordiamo che la Corte Costituzionale ha dichiarato solo negli anni '60 incostituzionale l'art. 16 c.p.p. che impediva alla magistratura di procedere contro agenti di Polizia o appartenenti all'Arma dei Carabinieri per i fatti compiuti in servizio e relativi all'uso delle armi o altri mezzi di coazione fisica.

l'ennesimo richiamo di un organo attento alla garanzia e al rispetto dei diritti civili, indirizzato all'Italia e al suo ordinamento giuridico, lacunoso su numerosi aspetti fondamentali (basti pensare, su tutte, alle numerose e pronunce della Corte in merito al trattamento dei detenuti nelle carceri italiane).

Nell'approfondire il tema del precario equilibrio tra Libertà e Autorità che, per la stessa sopravvivenza dello Stato, deve essere garantito, sia pur talvolta ricorrendo a strumenti –seppur interni al sistema, spesso avvertiti come estranei- quali le armi, nel corso dello studio, ci si è resi conto della complessità e della delicatezza dell'argomento.

L'instabile confine tra la terra della libertà personale e quella dell'Autorità statale (idealmente le due dovrebbero poter convivere, non essere in antitesi) si è avvertito sia con gli occhi della studiosa che con quelli, probabilmente più emotivi, della cittadina.

Da una prospettiva prettamente scientifica, infatti, l'anomalia dell'art. 53 c.p. si avverte per il suo tenore letterale: deve essere considerata una scriminante inutile, doppione dell'adempimento del dovere e della difesa legittima, oppure come una scriminante autonoma, e quindi, se non interpretata correttamente, pericolosa ed illiberale?

Se dovessimo considerarla un'inutile ripetizione, che nulla aggiunge di nuovo all'ordinamento giuridico, sarebbe sufficiente, in una futura riforma del codice penale, eliminarla, facendo rientrare i casi da essa disciplinata nelle altre scriminanti o al più –ad avviso di chi scrive- predisporre un articolato e dettagliato sistema di norme speciali che abbiano ad oggetto le singole forze dell'ordine, in modo da abbandonare quel primato tutto italiano del possedere una scriminante nella parte generale del codice penale destinata ad essere utilizzata solo da alcuni soggetti identificati a monte (peccando in questo modo di diseguaglianza).

Anche qualora si considerasse la scriminante come una fattispecie autonoma ed indipendente dalle altre, sarebbe comunque necessario una ridefinizione più garantista e circoscritta dell'uso delle armi.

Come abbiamo tentato di sottolineare, sono tanti i passaggi critici che mancano nella stesura dell'articolo: il richiamo al bilanciamento degli interessi che si manifesti nel requisito della proporzione, all'inevitabilità dell'azione violenta, al divieto assoluto di usare le armi alla presenza di un consistente pericolo per la vita degli aggressori oltre che di innocenti passanti o ostaggi, all'esclusione espressa della scriminante in caso di mera resistenza passiva o fuga.

In questa prospettiva così critica poi, non si può fare a meno di segnalare l'inutilità dell'ampliamento del primo comma per il tramite della l. n. 152 del 1975 e non solo perché il periodo del terrorismo rosso e nero è ormai terminato, ma anche perché quest'apertura che ha anticipato il momento dell'uso delle armi anche al semplice tentativo di violenza o resistenza per un numero limitato di reati, ha solo contribuito a rafforzare una generalizzata sfiducia nei confronti di uno Stato sempre più di Polizia e sempre meno democratico e garantista, e non certo a tutelare i cittadini.

E poi c'è la prospettiva prettamente umana, di cittadini, di chi impallidisce ricostruendo fatti, eventi, testimonianze di abusi presunti o accertati.

Certo, sia la storia del diritto che quella dei popoli insegnano che l'*imperium* è un requisito essenziale, più che per il prestigio, per la sopravvivenza stessa di uno Stato.

E d'altro canto, i garanti e i tutori dell'ordine pubblico devono essere messi nella condizione di poter svolgere la loro "missione sociale" senza temere ripercussioni dirette o indirette.

Eppure la lettura degli eventi avvenuti negli ultimi anni, dalla clamorosità della vicenda "di massa" del G8, in cui il *mix* letale fu dato

da una serie di ingredienti inescusabili (per esempio aver inviato, in una situazione di totale caos, appartenenti alle forze dell'ordine non esperti o non sufficientemente –o, ancor peggio, non correttamente-istruiti), a vicende “individuali” (come i casi di Stefano Cucchi, di Federico Aldrovandi, di Manuel Eliantonio, di Michele Ferrulli, di Riccardo Magherini, di Giuseppe Uva e di tanti altri) di cui fin troppo si è parlato, ma di cui troppo poco è stato detto.

L'aspetto che umanamente appare più terrificante di queste vicende, che altro non possono se non far tracollare la fiducia della popolazione nelle forze dell'ordine, è che i contesti in cui determinati abusi sono avvenuti sarebbero dovuti essere –paradossalmente- i contesti più tutelati: il carcere, le manifestazioni pacifiche, il momento dell'arresto o del fermo.

Anche alla luce delle singole caratteristiche di queste vicende, oltre che delle diatribe dottrinali, questo studio termina con l'affermazione che mai come in questo momento, in cui l'Italia sta tentando di tener fede a carte internazionali fortemente garantiste e in cui la crudeltà e l'illogicità di alcuni comportamenti sono stati messi in luce, è necessaria una modifica della scriminante in questione, che possa essere effettivamente a tutela di entrambe le parti: i cittadini e l'Autorità.

Non fosse altro per evitare che una violenza così gratuita, perpetuata con la certezza di una altrettanto gratuita impunità, si ripeta.

## BIBLIOGRAFIA

*Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale: Progetto preliminare di un nuovo Codice di procedura penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco*, volume IV, parte II, Roma, Edizioni Le Mantellate, 1929;

ALBEGGIANI F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed uso legittimo delle armi*, in "Foro italiano", II, 2003;

ALESSANDRI A., CATALANI G., *Il codice penitenziario*, IV edizione, Roma, Laurus edizioni, 1992;

ALIBRANDI L., *L'uso legittimo delle armi*, Milano, Giuffrè editore, 1979;

ALTAVILLA E., *Uso legittimo delle armi* in "Nuovo Digesto Italiano", XII volume, II parte, 1940;

AMATO G., *Uso legittimo delle armi: la posizione dell'operatore dei servizi di sicurezza, tra la disciplina comune e quella speciale*, in "Archivio penale", III volume, 2014;

ANTIGONE ONLUS, *VII rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione. Da Stefano Cucchi a tutti gli altri*, in [www.associazioneantigone.it](http://www.associazioneantigone.it), 2010.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, Giuffrè editore, 1969;

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè editore, 1976;

ARDIZZONE S., voce *Uso legittimo delle armi*, in "Enciclopedia del diritto", XLV, Milano, Giuffrè editore, 1992;

BATTAGLINI G., *Diritto penale, parte generale*, Padova, CEDAM, 1949;

BITETTI L., *Uso legittimo delle armi*, in "Giustizia penale", II volume, 1946;

BOBBIO N., *Analogia*, in “Novissimo digesto italiano” I volume, Torino, Giappichelli editore, 1957;

BRICOLA F., *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, in “La questione criminale”, 1975;

D. BRUNELLI e G. MAZZI (a cura di), *Codici penali militari e norme complementari rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, Giuffrè editore, 2001;

BRUNELLI D. e MAZZI G., *Diritto penale militare*, IV edizione, Milano, Giuffrè editore, 2007;

BRUNELLI D., *L'uso delle armi del pubblico agente tra giustificazione e scusa*, in “Studi in onore di Mario Romano”, Volume III, 2011;

BRUNETTI C., *Uso legittimo delle armi da parte del personale appartenente al corpo di polizia penitenziaria*, 21 aprile 2007 in [www.filodiritto.it](http://www.filodiritto.it);

CADONI E., *Interpretazione ed applicazione dell'art. 53 del codice penale*, in “Rivista di polizia”, 1970;

CADOPPI A. e VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, III edizione, Padova, CEDAM, 2007;

CAMAIONI S., *Rilievi sull'uso legittimo delle armi* in “Archivio penale”, 1985;

CANEPA M. e MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè editore, 1999;

CANESTRARI S., *Definizione legale di dolo; il problema del dolo eventualis*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, II volume, 2001;

CARMONA A., *La legislazione penale ad personam. I rimedi in malam partem della Corte Costituzionale*, in “Cassazione penale”, I volume, 2012;

CARNEVALE S., *Morire in carcere e morire di carcere. Alcune riflessioni intorno agli abusi sulle persone private della libertà*, in

CORLEONE F. e PUGIOTTO A. (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, Ediesse, 2012;

CASSIBBA F., *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola Diaz-Pertini*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it);

CAVALLO V., *Diritto penale*, volume II, Napoli, Jovine editore, 1956;

CERBO P., *Leggi idonee a ledere posizioni giuridiche di soggetti individuati o individuabili e responsabilità dei pubblici agenti nell'art.28 della Costituzione: alla ricerca di un equilibrio*, in "Giurisprudenza costituzionale", fascicolo 2, 2009;

CHIAVARIO M., *Assoluzione con formula dubitativa e presunzione di non colpevolezza al vaglio della Corte Costituzionale*, in "Giurisprudenza Costituzionale", 1972;

CHIAVARIO M., *La riforma del processo penale*, Torino, Giappichelli, 1988

CIARDI G., *Istituzioni di diritto penale militare*, II volume, Roma, Edizioni Dell'Ateneo, 1950;

CIARDI G., voce *Uso legittimo delle armi (Diritto penale militare)* in "Novissimo Digesto Italiano", XX volume, Torino, UTET, 1975;

CIRGNOTTA S. e TURRINI-VITA R., *Colloqui e corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati*, in "Diritto penale processuale", 1999;

COLELLA A., *Assoluzione piena dell'Italia nel caso Giuliani: alcune considerazioni critiche a margine della sentenza della grande camera*, in "Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti", 6 luglio 2011;

COLELLA A., *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2009;

CONSO G., *È da rivedere, non da eliminare, l'assoluzione per insufficienza di prove*, in "Giurisprudenza italiana", IV volume, 1967;

CONSORTE F., *La presunzione di proporzione in una prospettiva internazionale: spunti interpretativi*, in "Cassazione penale", fascicolo 7-8, 2006;

D'ANGELO L., *Missioni militari all'estero*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it);

D'ANGELO L., *Missioni militari all'estero, regole di ingaggio e cause di non punibilità codificate nella legislazione comune e militare*, in "Diritto penale sostanziale e processuale", 2005;

D'ANGELO L., *Missioni militari all'estero: il legislatore amplia la possibilità di utilizzo delle armi per le Forze Armate*, in [www.forumcosituzionale.it](http://www.forumcosituzionale.it);

D'ANGELO L., *Ordinamento militare, esimente dello stato di necessità e dovere di rischiare la vita*, in "Diritto Penale sostanziale e processuale", fascicolo 1, 2005;

D'IPPOLITO E., *Kulturformen ed inevitabilità dell'errore sul divieto*, in "Cassazione penale", II semestre, III volume, 2012;

D'IPPOLITO E., *La sentenza Aldrovandi: un eccesso di errori non troppo colposi*, in "Cassazione Penale", fascicolo 9, 2013;

D'IPPOLITO E., *La sentenza sui fatti della scuola Diaz a Genova- La sentenza Diaz, tra pulsioni in malam partem e tipi d'autori simpatici e antipatici: qualche riflessione sulla percezione mediatica del reato*, in "Cassazione penale", fascicolo 6, 2013;

DE FRANCESCO G., *Concorso apparente di norme*, voce del "Digesto delle discipline penalistiche", II volume, Torino, UTET, 1988;

DE FRANCESCO G., *Diritto penale 2, forme del reato*, Torino, Giappichelli Editore, , 2013

DE FRANCESCO G., *Diritto penale mite? Una formula 'bella' e 'infedele'*, in "Diritto penale e processo", fascicolo 8, 2014;

DE FRANCESCO G., *Diritto penale, i fondamenti*, II edizione, Torino, Giappichelli editore, 2011;

DE FRANCESCO G., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1988;

DE FRANCESCO G., *L'enigma del dolo eventuale*, in “Cassazione penale”, I semestre, parte III, 2012;

DE MARSICO A., *Diritto penale, parte generale*, II edizione, Napoli, Jovene, 1969;

DEL VERO G., *Le scriminanti putative- profili problematici e fondamento della disciplina-*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1998;

DELOGU T., *L'uso legittimo delle armi o altri mezzi di coazione fisica*, in “Archivio penale”, I volume, 1972;

DI BENEDETTO S., *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, in “Digesto delle discipline penalistiche”, X volume, 1995;

DI VICO U., *Dell'eccesso nell'uso legittimo delle armi* in “Rivista Penale”, 1933;

DOLCINI E., *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale” 2012;

DOLCINI E., *La rieducazione del condannato: un'irrinunciabile utopia?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it);

DONINI M., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, fascicolo 4, 2009;

DONINI M., *Il diritto penale di fronte al nemico*, in “Cassazione Penale”, fascicolo 2, 2006;

FIANDACA G. e DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, Jovene, 2003;

FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, IV edizione, Milano, Zanichelli, 2004;

FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, VI edizione, Milano, Zanichelli, 2006;

FROSALI R. A., *La giustizia penale* in AA. VV., *Commentario sistematico della Costituzione italiana* a cura di Calamandrei e Levi, volume I, Firenze, 1950;

GALASSO N. e SUCATO G. (a cura di), *Codici penali Militari di Pace e di Guerra commentati*, Roma, ed. Stamperia Reale, 1941;

GALLO M., *L'elemento oggettivo del reato*, ristampato Torino, 1984;

GARINO V., *Manuale di diritto e procedura penale militare*, Bresso, CETIM, 1985;

GHIARA A., *Presunzione d'innocenza, presunzione di non colpevolezza, e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1974;

GIULIANI H. e G., *Un anno senza Carlo*, Milano, Baldini e Castoldi, 2002;

GRANATA L., *Difesa legittima ed estremi giuridici dell'uso legittimo delle armi* in "Giustizia penale", 1952;

GREVI V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Milano, Zanichelli, 1980;

GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, III edizione a cura di F. della Casa, Padova, IV edizione, Cedam, 2011;

ILLUMINATI G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, 1979, Zanichelli, Milano;

LANDI-VEUTRO-STELLACCI-VERRI, *Manuale di diritto e procedura penale militare*, Milano, Giuffrè editore, 1976;

LATTANZI G. e LUPO E. (a cura di), *Codice penale*, Milano, Giuffrè editore, 2005;

LAURO F., *L'uso legittimo delle armi e degli altri mezzi di coazione fisica nell'ordinamento italiano*, La rassegna editrice, Roma, 1977

LO MONTE E., *Osservazioni sulle annunciate modifiche in tema di legittima difesa e uso legittimo delle armi: ebbene sì 'giù le mani dal codice Rocco*, in "Critica del diritto", 2005;

LOI E., MAZZACUVA N., *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in "Il carcere riformato", a cura di F. Bricola, Bologna, Il Mulino, 1977;

LUPONI F., *Irrilevanza della c.d. resistenza passiva, e della fuga in particolare nell'interpretazione della norma di cui all'art.53*, in "Giurisprudenza di merito", 1978;

MAGGIORE R., *Lezioni di diritto e procedura penale*, Palermo, 1973;

MAGLIO M. G. e GIANNELLI F., *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere; uso legittimo delle armi e di altri mezzi di coercizione fisica*, in "Rivista penale," 2004;

MALINVERNI A., *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio* in "Novissimo Digesto Italiano", XIV, 1967;

MALINVERNI, *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1951;

MANACORDA S., *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", II volume, 2012;

MANACORDA S., *Modelli di integrazione penale europea nelle missioni all'estero: analisi e prospettive*, in AA. VV. *Difesa comune europea e spazi giudiziari*, 2004, pubblicazione a cura del Consiglio della magistratura militare;

MANTOVANI A., *Diaz, processo alla polizia*, Roma, Fandango Libri, 2011;

MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme in materia penale*, Bologna, 1966;

MANTOVANI F., *Diritto penale*, VI edizione, Padova, Cedam, 2009;

MANTOVANI F., *Insicurezza e controllo della criminalità*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", fascicolo 3, 2010;

MANTOVANI F., *Pene e misure alternative nel sistema vigente*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico. Atti dell'XI Convegno E. De Nicola*, Milano, 1977;

MANTOVANI F., *Principi di diritto penale*, Padova, Cedam, 2002;

MANZINI V., *I militari e la qualità di pubblico ufficiale*, in “Annali di diritto e procedura penale”, 1940;

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, I edizione, volume II, Torino, Giappichelli editore, Torino, 1933;

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, II edizione, Torino, Utet, 1939;

MARI A., *Uso delle armi, come la Corte inciampò sulle fonti comunitarie*, in “Diritto e giustizia”, fascicolo 20, 2003;

MARINI V., *Uso legittimo delle armi*, in “Novissimo digesto”, XX, 1975, voce 263;

MARINI V., *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in “Enciclopedia del diritto”, XXVIII volume;

MARINUCCI G. e DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, II edizione, Milano, Giuffrè editore, 1999;

MARINUCCI G. e DOLCINI E., *Diritto penale*, Milano, Giuffrè editore, 2002;

MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti, Note dommatiche e politico-criminali*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1983

MARRA G., *Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola licenza d’uccidere*, in “Diritto e giustizia”, 5, 2006;

MARZADURI E., in *Commento al nuovo codice di procedura penale* a cura di M. CHIAVARIO, Torino, Utet, 1991;

MASARONE V., *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, fascicolo 4, 2004;

MASARONE V., *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale, tra scelte politico criminali ed implicazioni dottrinarie*, in "Diritto penale e processo", fascicolo 10, 2014;

MESSINA R., *Elementi di diritto e procedura penale militare*, in Quaderni della "Rassegna di giustizia militare", 1985;

MEZZETTI E., *Giustificanti e scusanti nello schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale della commissione Pisapia*, in "Cassazione Penale", fascicolo 1, 2008;

MEZZETTI E., *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte Internazionale Penale*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2000;

MEZZETTI E., *Uso legittimo delle armi* in "Digesto delle discipline penalistiche", Volume XV, Torino, Utet, 1999;

MILITELLO V., *La proporzione della nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", fascicolo 3, 2006;

MINGHIELLI, *Facoltà di arresto del privato e uso delle armi*, in "Cassazione penale massimario", 1975;

MORETTI L. e TONI B., *Non mi uccise la morte*, Castelvevchi editore, 2011;

MUSACCHIO V., *L'uso legittimo delle armi*, Milano, Giuffrè editore, 2006;

MUSACCHIO V., *Norma penale e democrazia*, Milano, LED edizioni universitarie, 2004;

NUNZIATA M., *Il reato di uso delle armi contro ambulanza e la scriminante della necessità militare*, in "Giurisprudenza di merito", fascicolo 5, 2008;

NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1975;

PADOVANI T., *Alle radici di un dogma*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1983;

PADOVANI T., *Difesa legittima* in “Digesto penale”, III volume, Torino, Giappichelli Editore, 1989;

PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, Giuffrè editore, 1990;

PADOVANI T., *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1989;

PADOVANI T., *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in “Diritto penale e processo”, I volume, 2008;

PADOVANI T., *Promemoria sulla questione della giustizia*, in “Cassazione penale”, IV volume, 2007;

PAGLIARO A., *Concorso di norme (dir. pen.)*, in “Enciclopedia del diritto”, VI, Milano, 1961;

PAGLIARO A., *Diritto penale del nemico: una costruzione illogica e pericolosa*, in “Cassazione penale”, IV volume, 2010;

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale* VI edizione, Milano, Giuffrè 1998;

PALAZZO F., *Corso di diritto penale, parte generale*, V edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2013;

PALAZZO F., *Costituzione e scriminanti*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, fascicolo 3, 2009;

PANNAIN R., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, 1967;

PARODI G., *In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, in “Diritto pubblico”, 1995;

PEDRAZZI C., *Tramonto del dolo?*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, II volume, 2000;

PENONCINI A., *Il rimedio risarcitorio da detenzione inumana tra aspettative costituzionali e svilimenti ermeneutici*, in “Cassazione penale”, fascicolo 5, 2015;

PISA P., *Osservazioni sull’uso legittimo delle armi*, in “Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Genova”, 1971;

PISANI M., *L'assoluzione per insufficienza di prove*, in *Introduzione al processo penale*, Milano, Giuffrè editore, 1988;

POLIDORI C. M., *Uso legittimo delle armi nel diritto penale militare*, in "Digesto delle discipline penalistiche", XV volume, 1999;

PULITANÒ D., *Diritto penale*, II edizione, Torino, Giappichelli editore, 2007;

PULITANÒ D., voce *Uso legittimo delle armi*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXII, 1994;

RAMACCI F., *Corso di diritto penale, II, Reato e conseguenze giuridiche*, Torino, Giappichelli editore, 1993;

RANZATTO F., *Uso delle armi per effettuare un arresto legale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in "Diritto penale e processo", 2004;

RIONDATO S., *Diritto penale militare*, Padova, Cedam, 1998.;

RIZ R., *Lineamenti di diritto penale, Parte generale*, IV edizione, Padova, Cedam, 2002;

ROIATI A., *Caratteristiche dei requisiti della violenza o della resistenza per legittimare l'uso delle armi*, in "Rivista penale", 2004;

ROMANO B., *Cause di giustificazione e regole di ingaggio dell'attività di contrasto alla pirateria*, in "Cassazione Penale", 2013, I volume;

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, II edizione rinnovata, Milano, Giuffrè editore, 1995;

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, volume I, III edizione, Milano, Giuffrè editore, 2004;

ROMANO M., *La Corte di giustizia e gli obblighi di tutela penale*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", I volume, 2008;

ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale* a cura di Moccia, Napoli, Edizioni scientifiche, 1996;

SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, volume I, Roma, Jandi Sapi Editore, 1956;

SANTORO A., *L'ordine del superiore*, Torino, Utet, 1957;

SANTORO A., *Manuale di diritto penale*, Torino, Giappichelli editore, 1958;

SCOLETTA M., *L'irragionevole insindacabilità dell'arbitrio punitivo in bonam partem*, in "Giurisprudenza Costituzionale", fascicolo 1, 2009;

SETTEMBRE R., *Gridavano e piangevano. La tortura in Italia: ciò che ci insegna Bolzaneto*, Torino, Einaudi, 2014;

SIRACUSANO P., *Eccesso colposo*, in "Digesto delle discipline penalistiche", IV volume, Torino, 1990

SPAGNOLO G., *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, Cedam, 1980;

STEIN R., *Uso legittimo delle armi (art.53 c.p.). Considerazioni generali*, in "Rivista Penale", 1936;

STRAMPELLI M., *Regole di ingaggio delle missioni militari all'estero e profili problematici in ordine all'applicabilità delle cause di non punibilità del codice penale comune e militare*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it);

TAMIETTI A., *Un caso di cattiva applicazione della CEDU tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita*, in "Cassazione penale", 2003;

VASSALLI G., *Il fatto negli elementi del reato* in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1984;

VASSALLI G., *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in "Digesto delle discipline penalistiche";

VENDITTI R., *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, Giuffrè editore, 1978;

VENDITTI R., *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, VII edizione, Milano, Giuffrè editore, 1997;

VIGANÒ F., art. 55 c.p., in *Codice penale commentato*, volume I, a cura di Marinucci-Dolcini, Ipsoa edizioni, 2011;

VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo* in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2007;

VIGANÒ F., *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it);

ZAGREBELSKY V. E BRICOLA F., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, II edizione, Torino, Utet, 1996;

ZAGREBELSKY V. e PACILEO V., *Codice penale annotato con giurisprudenza*, Torino, Utet, 1999;

ZIGNANI F., *Autotutela nel diritto penale. I rapporti tra legittima difesa ed uso legittimo delle armi. Compatibilità con la CEDU*, in "Rivista penale", XII volume, 2014;

## **RINGRAZIAMENTI**

A –seconda- conclusione di questa tesi, ritengo necessario (tanto per rimanere nel tono formale dello studio) aggiungere un paio di informazioni.

Il mio cammino, o forse sarebbe meglio dire la mia maratona, nelle aule di questa facoltà è stata travagliata, odiata e amata, come quella di tutti noi. Ed io, da eterna romanticona quale sono, vorrei porgere dei ringraziamenti...

A mio padre Giovanni e a mia madre Maria Chiara, per avermi segretamente insegnato la sede dell'intelligenza: l'umiltà; ad ogni delusione che vi ho potuto dare involontariamente spero sia sempre corrisposto anche un motivo di fierezza.

Ai miei nonni Alfredo e Maria, per il loro sguardo dolce che viene da una dimensione lontana anni luce; ho avuto il vostro sorriso in mente ad ogni risveglio.

Al Prof. De Francesco e al Prof. Notaro, per la cura dei dettagli, per la professionalità e la gentilezza che fanno di due uomini colti due uomini di cultura.

Al mio Chicco Stu, per avermi accudito e per essersi fatta accudire, insegnandomi il gusto dell'accettazione; a lei va probabilmente il ringraziamento più grande e più sentito, e non solo in questo periodo di tesi; per essere sempre stata il mio riparo, come i portici di Bologna.

A Depa, per i consigli paterni, per le sgridate e le risate, per i mojito d'inizio estate, puntuali come le zanzare sul Lungarno; a lui va tutta la riconoscenza che si deve a chi non vuole vederti commettere degli errori.

Alla mia cara Meui, per le conversazioni al telefono che durano da dieci anni, per la spensieratezza, le risate rumorose ed il coraggio silenzioso; a lei va, fra gli altri, il merito di essersi sicuramente

commossa durante la discussione, oltre che ovviamente quello di avermi analizzata e avermi proposto cure e rimedi.

Miei cari compagni di viaggio, saremo sempre fieri gli uni degli altri; sempre come in cima ad Holy Island a sentirci degli eroi.

Ai miei nonni Vincenzo e Lucia, perché anche questa laurea faccia parte della vostra eredità.

Ad Ale, amica fidata e compagna di studio, di pranzi, di cene, ma soprattutto di colazioni, va il ringraziamento per la reciproca sopportazione; che la nostra amicizia dalle scale della Mensa direttamente alla seduta di Laurea, possa giungere a chissà quali futuri lidi; a lei va l'ammirazione per la tenacia che ha avuto nella sua vita personale, e in quella di coppia (con me, in primo luogo).

A Nì, per il bene dato e preso, mai voluto indietro, ma sempre restituito; per il perdono e la condivisione.

Ad Ahmed, coraggioso amico di Mommio Castello e motivo di sorriso sin dal primo giorno di totale smarrimento ed incoscienza pisana; per avermi fatto scrivere il mio "Caro Diario" morettiano per le impervie strade della Toscana.

Ad Andrea, per le schitarrate e le stonature, per le birre e i guanti tagliati, per le chiacchierate politiche sempre contrastanti, mai sorde, per essere stato rifugio di giorno e di notte e per non avermi mai detto le cose a mezza bocca.

A mio fratello Raffaele, per la sua tenacia, per la sua attenzione così spesso confondibile con la distrazione, per essere l'uomo della mia vita. A te, Giulia, e alla tua bontà devo invece la forza di aver affrontato vocalmente questa discussione.

A Greg, perché vorrei fare con te ciò che De Gasperi fece con Calamandrei, parafrasando Neruda.

A Camilla, per la pazienza e la cura che mi ha riservato.

A Giacomo, amico caro e dall'intelligenza delicata ed attenta; per essere il ragazzo che ha sempre qualcosa da dire, senza mai violare i confini.

A mia sorella Irene, lei non lo sa probabilmente, ma ogni sua accoglienza in Calabria è stata per me motivo di rinascita o rinvigorimento.

A mio fratello Lorenzo, non solo per avermi resa Zia della bambina più bella del mondo, ma per avermi salvata nel mio primo giorno pisano da una residenza rovinosa, per avermi protetta come solo un fratello maggiore può fare, per avermi tolto le rotelle dalla bici: senza quell'abilità non mi sarei mai potuta godere certi tramonti.

A Fabio "Cino" Gobbi, per i pranzi a base di pasta, funghi e beat; grazie per aver colorato e messo in musica gli ultimi anni della mia vita.

A Roberta, amica buona e disponibile, per la maternità dei suoi consigli e per le sue parole sempre adeguate.

A Gabriele "Neccio", Lorenzo, Emanuel, Stefano, ai Supino, per aver riportato la musica nella mia vita.

A Isabel, Marco, Pierpaolo, Valentina e a tutto il Caffè dei Cavalieri, per essere sempre stati presenti, fra caffè e chiacchiere, ogni mattina, nella mia vita; per tutti i vostri "buongiorno!" così accoglienti.

Rimarrete sempre il mio posto preferito di questa città.

A Chiara, per avermi seguito da lontano, pronta a bloccarmi agli incroci rischiosi.

A Luca, My Dear, per le birre e l'amore dei ritorni, per la felicità che ti meriti e forse più faticosamente degli altri hai raggiunto.

Alle bibliotecarie e segretarie del dipartimento di diritto pubblico, per la disponibilità, la gentilezza e le chiacchierate; siete donne meravigliose.

Al Prof. Di Martino, che a sua insaputa, mi ha ridato speranza nella conoscenza.

Ad Alessio, Giulia, Paola, Alessia, Imma, Consiglia, Fabio, Sara, Cici, Francesca, Dario, Adele, Leo, Sofia, Nicolò, Sonia, Martina, e ai numerosi amici che almeno una volta, che si sia trattato di esami o di serate vagabonde per Pisa, mi hanno causato una risata o una gioia, e per una persona che così facilmente cede alle lusinghe della tristezza è di fondamentale importanza.

Alla mia famiglia, nel corpo e nello spirito, sparsa per il mondo; strano che ogni vostra parola di incoraggiamento sia giunta al momento giusto.

A Gigi e Lina, miei secondi genitori; spero possiate essere anche voi fieri di me.

Al Prof. Gigi Guerrieri va il ringraziamento maggiore come studiosa; per le letture critiche del mondo e per l'apertura degli occhi che ci ha voluto regalare, come fossimo figli.

Alla pioggia pisana, per ogni giorno che ti ho maledetta sappi che ti ho anche amata.

A tutte le case, i soggiorni, i divani, i letti, gli stanzini, i vicoli, le piazze e i lungarni che hanno ascoltato i nostri lamenti e le nostre risate in questi anni.

Alla perfetta solitudine che rende una vita sopportabile, ma anche alla perfetta condivisione che rende una vita poetica.

Grazie a tutti.



