



# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

## *Comitato di direzione*

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,  
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,  
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,  
Fausto Giunta, Renzo Orlandi, Michele Papa,  
Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

## *Coordinatore*

Fausto Giunta

## *Comitato di redazione*

Alessandro Corda, Dario Micheletti,  
Daniele Negri, Caterina Paonessa  
Vito Velluzzi

## *Coordinatore*

Dario Micheletti

## *Direttore responsabile*

Alessandra Borghini

**[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)**

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

2014



Edizioni ETS



[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

© Copyright 2015  
EDIZIONI ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

ISBN 978-884674304-6  
ISMN 1972-3857

## INDICE

### **Primo Piano**

MARTA BERTOLINO  
*Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità,  
una relazione da scoprire* 15

MICHELE TARUFFO  
*Aspetti del precedente giudiziale* 37

DIRK VAN ZYL SMIT  
*La pena dell'ergastolo in un mondo globalizzato* 59

THOMAS WEIGEND  
*Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo* 75

### **I grandi temi** *Garanzie e garantismo*

ALBERTO DI MARTINO  
*Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte* 91

LUIGI FERRAJOLI  
*Cos'è il garantismo* 129

FRANCESCO MORELLI  
*Le garanzie processuali nella morsa dell'ambiguità:  
contro la giurisprudenza delle interpretazioni mancate* 143

GIORGIO PINO  
*L'insostenibile leggerezza della legalità penale* 167

**I grandi temi** *Il discorso di Papa Francesco  
all'Associazione internazionale di diritto penale*

FILIPPO MAGGI  
*Una convergenza (laica) tra sacro e profano* 187

LUCIANO VIOLANTE  
*Populismo e plebeismo nelle politiche criminali* 197

**Tavola rotonda**

*Il processo penale italiano a venticinque anni dalla riforma del codice*  
Nota introduttiva di Renzo Orlandi 211

*Ne discutono:*

ANTONELLA MARANDOLA

DANIELE NEGRI

LUCA PISTORELLI

FRANCESCO SBISÀ

FRANCESCO ZACCHÈ

**Opinioni a confronto**

*I molti volti del disastro*  
Nota introduttiva di Alberto Gargani 251

DAVID BRUNELLI  
*Il disastro populistico* 254

STEFANO CORBETTA  
*Il "disastro innominato": una fattispecie "liquida" in bilico tra vincoli  
costituzionali ed esigenze repressive* 275

GAETANO RUTA  
*Problemi attuali intorno al disastro innominato* 293

---

**Il punto su... Problematiche penali della sicurezza sul lavoro**

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC  
*La responsabilità colposa per gli infortuni sul lavoro  
nell'ordinamento penale spagnolo* 307

DARIO MICHELETTI  
*La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio.  
Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo* 323

OSCAR MORALES  
*Questioni fondamentali riguardo al trattamento  
degli infortuni sul lavoro nel diritto penale spagnolo* 365

CARLO PIERGALLINI  
*Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"* 387

CATY VIDALES RODRÍGUEZ  
*I reati contro la sicurezza e l'igiene sul lavoro nella legislazione spagnola* 401

**Il punto su... Segretezza della camera di consiglio e diritto all'informazione**

RENATO BRICCHETTI  
*La segretezza della camera di consiglio tornata d'attualità* 421

MARGHERITA CASSANO  
*Il segreto della camera di consiglio* 425

**Dibattito Il vilipendio al Capo dello Stato, oggi**

ANTONIO GULLO  
*Eguaglianza, libertà di manifestazione del pensiero e tutela differenziata  
dell'onore: un equilibrio ancora sostenibile?* 435

CATERINA PAONESSA  
*Né critiche, né scherzi sul Quirinale? Brevi riflessioni a margine delle  
"offese all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica"* 455

PAOLO VERONESI  
*L'offesa all'onore e al prestigio del Capo dello Stato:  
sui chiaroscuri di una normativa e di una giurisprudenza da ricalibrare* 483

**Diritto vivente** *Il luogo pubblico e aperto al pubblico "virtuale"*

GIULIA CHECCACCI  
*Facebook come un luogo pubblico:  
un caso di "analogia digitale" in malam partem* 503

GIOVANNI TUZET  
*Luoghi, siti, bacheche. Un caso di interpretazione estensiva* 513

**Antologia**

CRISTIANO CUPELLI  
*Equivoci trionfalistici e letture correttive.  
Ancora sulle recenti questioni di costituzionalità in malam partem* 521

OMBRETTA DI GIOVINE  
*A proposito di un recente dibattito su "verità e diritto penale"* 539

FAUSTO GIUNTA  
*Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali  
e regole di giudizio* 561

GIANFRANCO MARTIELLO  
*L'uso delle armi da fuoco da parte della polizia nell'attuale  
esperienza giuridica tedesca* 589

RENZO ORLANDI  
*Il metodo della ricerca. Le istanze del formalismo giuridico e  
l'apporto delle conoscenze extranormative* 619

MICHELE PAPA  
*"A chi legge": l'incipit visionario Dei delitti e delle pene* 637

MARIO PISANI  
*La crudeltà: variazioni sul tema* 653



## TABLE OF CONTENTS

### **On the front page**

MARTA BERTOLINO

*From the organisation to the individual: economic crime and personhood,  
a relationship to be discovered* 15

MICHELE TARUFFO

*Some aspects of the judicial precedent* 37

DIRK VAN ZYL SMIT

*Life imprisonment in a globalised world* 59

THOMAS WEIGEND

*Where is the criminal law heading toward?  
Problems and evolutionary trends in the 21st century* 75

### **Big themes** *Guarantees and guarantism*

ALBERTO DI MARTINO

*A principle of legality for two? Statute monopoly, EctHR legality  
and the judge as a source of law* 91

LUIGI FERRAJOLI

*What guarantism really is* 129

FRANCESCO MORELLI

*Procedural guarantees caught in the grips of ambiguity:  
against case law of missed interpretations* 143

GIORGIO PINO

*The unbearable lightness of penal legality* 167

**Big themes** *Pope Francis' speech to the delegation  
of the International Association of Penal Law*

FILIPPO MAGGI  
*A (lay) convergence between sacred and profane* 187

LUCIANO VIOLANTE  
*Populism and proletarianism in penal policies* 197

**Roundtable**

*The Italian criminal trial twenty-five years after the reform  
of the Code of Criminal Procedure*  
Foreword by Renzo Orlandi 211

*Discussants:*

ANTONELLA MARANDOLA

DANIELE NEGRI

LUCA PISTORELLI

FRANCESCO SBISÀ

FRANCESCO ZACCHÈ

**Confronting opinions**

*The many facets of the crime of disaster*  
Foreword by Alberto Gargani 251

DAVID BRUNELLI  
*The populist disaster* 254

STEFANO CORBETTA  
*The "nameless disaster": a "liquid" offence hanging in the balance  
between constitutional restrictions and demands for repression* 275

GAETANO RUTA  
*Current issues regarding the offence of nameless disaster* 293

---

**Focus on...** *Current issues regarding the relationship  
between the criminal law and workplace safety*

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC  
*Liability for criminal negligence regarding workplace accidents  
in the Spanish legal system* 307

DARIO MICHELETTI  
*The exclusive liability of the worker for his own injury.  
A study on 'passive actus reus' in crimes of negligence* 323

OSCAR MORALES  
*Fundamental questions on the treatment of workplace injuries  
in the Spanish criminal law* 365

CARLO PIERGALLINI  
*Criminal negligence and manufacturing activities:  
a laboratory of "collapsing" law* 387

CATY VIDALES RODRÍGUEZ  
*Offences against workplace safety and health in the Spanish legislation* 401

**Focus on...** *The secrecy of the deliberation room and the right to information*

RENATO BRICCHETTI  
*The revamped attention to the secrecy of the deliberation room* 421

MARGHERITA CASSANO  
*The secrecy of the deliberation room* 425

**Opinion exchange on** *Contempt of the Head of State, today*

ANTONIO GULLO  
*Equality, freedom of speech and differentiated protection of honor:  
a still defensible balance?* 435

CATERINA PAONESSA  
*No criticism or joke on the Quirinal? Brief remarks on the criminal offence  
of "contempt of the honor and prestige of the Head of State"* 455

PAOLO VERONESI <i>Contempt of the honor and prestige of the Head of State: on lights and darks of a statutory regulation to be fine-tuned</i>	483
<b>Case law</b> <i>The public space open to the “virtual” public</i>	
GIULIA CHECCACCI <i>Facebook as a public space: a case of extension of the application of the criminal law in malam partem by “digital analogy”</i>	503
GIOVANNI TUZET <i>Sites, websites, and walls. A case of extensive interpretation</i>	513
<b>Anthology</b>	
CRISTIANO CUPELLI <i>Triumphalist misinterpretations and remedial interpretations. Some additional remarks on recent questions of constitutionality in malam partem</i>	521
OMBRETTA DI GIOVINE <i>Observations on a recent debate on “truth and the criminal law”</i>	539
FAUSTO GIUNTA <i>Scientific questions and scientific evidence between categories of substantive criminal law and standards of decision-making</i>	561
GIANFRANCO MARTIELLO <i>The use of firearms by police in the current experience of the German legal system</i>	589
RENZO ORLANDI <i>The research method. The instances of legal formalism and the contribution of extra-legal knowledge</i>	619
MICHELE PAPA <i>“To the reader”: the visionary introduction to On Crimes and Punishments</i>	637
MARIO PISANI <i>Cruelty: variations on the theme</i>	653

# **Antologia**



GIANFRANCO MARTIELLO

L'USO DELLE ARMI DA FUOCO DA PARTE DELLA POLIZIA  
NELL'ATTUALE ESPERIENZA GIURIDICA TEDESCA <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Occasione, contenuto e finalità del presente lavoro. – 2. Delimitazione dell'oggetto. – 3. Uno sguardo d'insieme alla eterogenea disciplina dello «*Schusswaffengebrauch der Polizei (gegen Personen)*». – 4. L'uso dell'arma da fuoco nel «*Verwaltungsrecht*», tra formale frammentazione della normativa e sua sostanziale unità. – 5. (*segue*) La disciplina amministrativa dell'uso dell'arma da fuoco: note interpretative e sistematiche. – 6. La dimensione penalistica del tema: i problemi di perimetrazione verso il diritto di polizia. – 7. Un sintetico confronto tra “modelli” diversi di tipizzazione dell'uso delle armi da parte della forza pubblica.

1. *Occasione, contenuto e finalità del presente lavoro*

I tragici episodi di cronaca che, negli ultimi anni, raccontano del cruento uso della forza da parte dell'apparato di pubblica sicurezza hanno suscitato apprensione ed un vasto dibattito anzitutto in seno alla così detta “società civile”. Ed in quanto parte di essa, anche il giurista, per quanto gli compete, è chiamato ad offrire il proprio contributo. Invero, fatti come ad esempio quello della morte di Carlo Giuliani, ovvero episodi come il decesso, nel corso dello svolgimento di operazioni di polizia, di Federico Aldrovandi, di Stefano Cucchi o di Gabriele Sandri, giusto per citare i più noti, ripropongono all'attenzione dello studioso del diritto anzitutto il problema, quanto mai storicamente dibattuto, dell'individuazione dei limiti che la coazione pubblica incontra di fronte al progressivo emergere dei diritti fondamentali dell'individuo. In questa sede, per la precisione, si intende soltanto raccogliere lo stimolo che dai suddetti fatti di cronaca proviene a riflettere ulteriormente, specie in prospettiva *de iure condendo*, sulla disposizione che forse più di ogni altra riassume l'approccio che il nostro ordinamento penale ha adottato rispetto al tema dell'uso pubblico della forza: l'art. 53 c.p.

Nella consapevolezza che una compiuta riflessione sugli istituti giuridici non possa prescindere quanto meno da uno sguardo alle soluzioni che, rispetto alle

<sup>(\*)</sup> Il presente lavoro è debitore della cortese ospitalità del prof. Bernd Schünemann, direttore dello «*Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik*» presso la LMU di Monaco di Baviera, e della amichevole disponibilità dei dott. Luis Greco, Benjamin Roger, Anselm Reinertshofer e Peter Kasiske.

medesime esigenze che essi cercano di soddisfare, vengono fornite da altri, comparabili ordinamenti, il presente lavoro cercherà anzitutto di ricostruire la disciplina dell'uso dell'arma da fuoco da parte delle forze di polizia nel sistema tedesco, che ormai da tempo, come noto, funge da riferimento privilegiato per il penalista italiano. In sede di conclusioni, poi, si cercherà di effettuare un primo confronto tra le diverse risposte che, a problemi sostanzialmente analoghi, il nostro ordinamento e quello tedesco offrono, così da offrire alla riflessione del giurista italiano ulteriori spunti per auspicabili chiarimenti dell'esistente e future modifiche di una disciplina, come quella dell'art. 53 c.p., che avverte tutto il peso dei propri anni.

## 2. Delimitazione dell'oggetto

Numerosi appaiono i casi che forniscono alla dottrina tedesca l'occasione per interrogarsi sui limiti dell'uso delle armi da fuoco da parte di un soggetto pubblico, di volta in volta designato o come «*Hoheitsträger*» (letteralmente: «detentore dell'autorità») e quindi, per estensione, «detentore di una pubblica funzione») o, più specificamente, come «*Amtsträger*», ossia «pubblico ufficiale»<sup>1</sup>, come definito dal codice penale (v. § 11, n. 2, StGB).

Volendo instaurare un accettabile parallelismo con i contenuti, il campo applicativo tipico e la portata generale del nostro art. 53 c.p., le fattispecie che in questa sede più interessano sono essenzialmente due, tutte relative all'uso dell'arma da fuoco da parte della Polizia («*Schusswaffengebrauch der Polizei*: *S.d.P.*). In primo luogo, infatti, assume rilievo il caso più generale dell'utilizzo dell'arma da fuoco contro le persone, che vanta una disciplina specifica rispetto all'uso della stessa arma contro cose o animali. Non indifferente risulta inoltre, dal punto di vista della disciplina, che il predetto utilizzo dell'arma si diriga su singole persone («*S.d.P. gegen Einzelpersonen*») o contro un assembramento («*S.d.P. gegen Menschenmenge*»). In secondo luogo, si tratterà del caso, più specifico, dell'uso delle armi quale «estremo mezzo di salvataggio» («*finaler Rettungsschuss*») che porta alla morte voluta del soggetto colpito (si parla difatti anche di «*gezielte Töderschuss*» o «*finaler Todesschuss*»)<sup>2</sup>, del quale in Germania molto

<sup>1</sup> La traduzione dei termini tedeschi è stata curata dall'autore. Nella citazione della dottrina, il riferimento va inteso di norma alla pagina, tranne i casi in cui sia specificato il *Randnummer* (Rnd).

<sup>2</sup> Per le diverse sinonimiche terminologie, v. per tutti H. SCHOLLER, B. SCHLOER, *Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 4ª ed., Müller Verlag, Heidelberg, 1993, 343 e J. BENFER, *Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft*, 2ª ed., Beck, München, 2010, Rnd 1636.



si è dibattuto specialmente quando esso si è reso necessario per la liberazione di ostaggi soggetti a sequestro («*Geiselnahme*»).

Come anticipato, ben più numerosi sono però i luoghi tematici ove la dottrina tedesca è adusa discutere problematicamente dello *S.d.P.* Nondimeno, essi ci paiono esorbitare dall'ambito della trattazione a causa, fundamentalmente, o delle assorbenti interferenze che essi mostrano con altre questioni di parte generale, o per il ruolo primario che in essi svolge il diritto speciale. In questa prospettiva, si pensi, ad esempio:

a) all'uso delle armi da parte dei militari impegnati in missioni all'estero, del quale spesso si parla in occasione delle operazioni di «*Peace keeping*»<sup>3</sup>, per non parlare del vasto dibattito suscitato dalla morte di Bin Laden<sup>4</sup>. In questo campo, infatti, l'aspetto prevalente della questione sembra più che altro riguardare problematiche di diritto internazionale, se non addirittura l'opportunità politica;

b) all'uso dell'arma da fuoco da parte dei militari della *ex D.D.R.* posti a guardia del celeberrimo “confine interno” di Berlino. La ritrosia nasce qui non tanto dal timore di scadere in una sorta di localismo giuridico, ma dal fatto che la questione dell'uso dell'arma da fuoco tende in realtà a rifluire nel diverso alveo dell'adempimento di un dovere, ed in specie in un suo precipuo aspetto. Nel contesto appena richiamato, infatti, l'attenzione dello studioso tedesco si è appuntata principalmente sulla validità, e quindi sulla valenza scriminante, della stratificata normativa che nel tempo aveva definito il quadro giuridico dell'impiego delle armi da parte dei così detti “*Mauerschützen*”, ossia i “guardiani del muro”<sup>5</sup>. Non è infatti un caso che il tema sia stato monopolizzato dal dibattito suscitato dal ricorso, da parte delle più alte corti tedesche, alla discussa «*Radbruchsche Formel*»<sup>6</sup>. Ad oggi, la disciplina dell'uso delle armi per la sorveglianza dei confini

<sup>3</sup> Per tutti, sul punto, P. MEINERT, F. STRAUSS, *Amtsshaftung der Bundeswehr für Rechtsverletzungen im Rahmen von UN-Friedenmissionen*, in *Jura*, 2011, 321 ss.; nella nostra dottrina, per tutti, F. VIGANÒ, *Missioni militari all'estero e uso legittimo delle armi alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, 3092 ss.

<sup>4</sup> Al riguardo, v. K. AMBOS, J. ALKATOUT, *Der Gerechtigkeit eines Dienst erwiesen? Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit der Tötung Osama bin Ladens*, in *JZ*, 2011, 758 ss.; H. DE LISLE, “*Die Tötung eines feindlichen Kämpfers ist kein Verbrechen*”, in *DRZ*, 2011, 226; C. BOMMARIUS, “*Tötung im rechtsfreien Raum*”, *ivi*, 227.

<sup>5</sup> Particolare attenzione ha suscitato il § 27 della «legge sui confini di stato della D.D.R.» («*Gesetz über die Staatsgrenze der Deutschen Demokratische Republik*») del 25.3.1982 dedicato proprio all'impiego delle armi da fuoco. Sul tema v. comunque ampiamente, e per tutti, H. ROSENAU, *Tödliche Schüsse in staatlichen Auftrag*, 2<sup>a</sup> ed., Nomos Verlag, Baden-Baden, 1998, 37 ss.

<sup>6</sup> Per un quadro di tale orientamento seguito sia dal BGH che dal BVerfGE, v. H. ROSENAU, *Tödliche Schüsse*, cit., 117 ss. e H. OTTO, *Diskurs über Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte*, in *JZ*, 2005, 479. Critico su tale uso della formula di Radbruch, oltre a H. ROSENAU, *op. ult. cit.*, 129 ss., è H. DREIER, *Gustav Radbruch und die Mauerschützen*, in *JZ*, 1997, spec. 428 s. Il dibattito è noto anche da noi: per tutti, v. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note*

trova collocazione nel § 11 della «legge sulla coazione diretta nell'esercizio della forza pubblica da parte degli impiegati con compiti esecutivi del Governo federale» del 10 marzo 1961 («Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes»: UZwG), che però non sembra discostarsi molto dai principi che regolano la materia qui in rilievo<sup>7</sup>;

c) all'uso delle armi da fuoco, riservato alla Polizia federale, per il mantenimento della sicurezza del trasporto aereo, posto che dal duemilacinque il tema risulta oggetto di una specifica disciplina legislativa<sup>8</sup>, che peraltro non è risultata improntata a tutti i principi che governano, come si vedrà, l'uso "ordinario" delle armi da fuoco da parte della Polizia. Riprova ne sia che il Tribunale costituzionale tedesco ha dichiarato illegittima, principalmente al cospetto del diritto alla vita, quella parte della disciplina che prevedeva la possibilità di abbattere l'aereo dirottato ragionevolmente destinato ad essere utilizzato come arma, non avendo affatto il legislatore considerato la presenza a bordo di persone innocenti<sup>9</sup>;

d) all'uso della tortura («Folter») o comunque alla sua minaccia al fine di prevenire gravi reati o determinare la cessazione del loro svolgimento. La questione ha suscitato un ampio dibattito dottrinale a seguito del noto «Fall Daschner», che aveva visto il dirigente di polizia Wolfgang Daschner condannato ex § 240 StGB per avere minacciato un soggetto sottoposto ad interrogatorio, e sospettato di aver rapito un bimbo che si riteneva in pericolo di vita, di infliggergli sofferenze fisiche se non gli avesse rivelato il luogo dove il piccolo era segregato<sup>10</sup>. La possibile pertinenza del caso al tema qui in discussione potrebbe rinvenirsi non tanto nel fatto, invero solo eventuale, che la ventilata tortura fisica possa poi attuarsi con l'uso di armi da fuoco, quanto nella circostanza che parte della dottrina tende in certi casi emergenziali, e con evidenti intenti legittimanti, ad assimilare l'uso della tortura alla costellazione del *finaler Rettungsschuss*, anch'esso consentito, come si dirà, in casi di estremo pericolo per la vita o l'incolumità personale, par-

sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista (2001), ora in Giuliano Vassalli, *Raccolta di scritti*, a cura di F. Palazzo, Laterza, Bari, 2010, 29 ss.

<sup>7</sup> Sull'argomento, v. per tutti L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, vol. II, V.D.P., Hilden/Rhld, 2005, 282.

<sup>8</sup> V. specialmente i §§ 12.3 e 14.3 della «legge sulla sicurezza del volo» del 11.1.2005 («Luftverkehrsgesetz»), sui quali, pur brevemente, v. per tutti T. FISCHER, *StGB und Nebengesetze*, 62<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2015, § 34, Rnd 20.

<sup>9</sup> V. BVerfG, 15.2.2006, n. 357/05, in *NJW*, 2006, 751, §§ 118 ss., nonché W.R. SCHENKE, *Die verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG*, ivi, 736; D. KUGELMANN, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2006, 306; B. HIRSCH, *Diritto all'uccisione di innocenti? La lotta sulla sicurezza aerea* (trad. it. di D. Siciliano), in questa *Rivista*, 2009, 189 ss. La vicenda non era peraltro sfuggita, in Italia, a D. SICILIANO, «Non si possono fare con una scavatrice tenere carezze». *Sulla giustificazione dell'uso della forza militare contro aerei civili*, in *Pol. dir.*, 2008, 353 ss.

<sup>10</sup> Tale citatissimo caso, noto anche come «Fall Gägner» dal nome del sequestratore, è stato deciso nel senso del testo da LG Frankfurt a.M., 20.12.2004 – 5/27 KLS 7570 Js 203814/03, che può leggersi in *NJW*, 2005, 692.

lando evocativamente di «*Rettungsfolter*»<sup>11</sup>. È tuttavia probabile che la trattazione, qui, di un tale argomento sarebbe avvertita dal giurista nazionale come un “fuor d’opera”, in quanto tema senz’altro estraneo al tradizionale ambito applicativo e contenutistico dell’art. 53 c.p. Peraltro, proprio nel momento in cui si scrive il Parlamento sta ultimando l’approvazione di un disegno di legge che, pur con notevole ritardo, darà effettiva attuazione alla Convenzione Onu sulla tortura del 1984 ed al relativo protocollo opzionale del 2002, introducendo anche il reato di tortura, aggravato se commesso da un p.u.<sup>12</sup>

Così circoscritti gli ambiti tematici di rilevanza dello *S.d.P.* ai fini del presente lavoro, si tratterà anzitutto di dare conto della normativa in proposito vigente nell’ordinamento tedesco, non trascurando ovviamente di segnalare, seppure con la necessaria agilità, i contributi che la dottrina e la giurisprudenza hanno offerto in proposito.

### 3. *Un sguardo d’insieme alla eterogenea disciplina dello* *«Schusswaffengebrauch der Polizei (gegen Personen)»*

Già da un primo sguardo emerge come l’assetto normativo dell’istituto qui in rilievo sia nell’ordinamento tedesco diverso da quello nostrano a partire dalle fonti normative coinvolte. Vanamente, infatti, l’interprete italiano cercherebbe nello StGB una disposizione dai contenuti comparabili a quelli del nostro art. 53 c.p. Ed invero, la specifica disciplina dello *S.d.P.* risulta collocata non già all’interno

<sup>11</sup> Danno conto del dibattito, E. HILGENDORF, *Folter im Rechtsstaat?*, in *JZ*, 2004, spec. 337 ss. e K. HOFFMANN-HOLLAND, *Strafrecht, A.T.*, 2<sup>a</sup> ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, 109. In particolare, per una tale assimilazione v. W. BRUGGER, *Vom unbedingten Verbot del Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, in *JZ*, 2000, spec. 168-169 e, più cautamente, V. ERB, *Nothilfe durch Folter*, in *Jura*, 2005, spec. 29; per la prevalente opinione, contraria all’assimilazione di tali istituti e convinta del valore assoluto del divieto di tortura, v. F. JESSBERGER, “*Wenn Du nicht redest, füge ich Dir grosse Schmerzen zu*”, *ivi*, 2003, spec. 713 s.; K. ELLBOGEN, *Zur Unzulässigkeit von Folter (auch) im präventiven Bereich*, *ivi*, 2005, spec. 342; F. SALINGER, *Absolutes im Strafprozeß? Über das Foltverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung*, in *ZstW*, 2004, spec. 47; L. GRECO, *Die regeln hinter der Ausnahme. Gedanken zur Folter in sog. Ticking time bomb-Konstellationen*, in *GA*, 2007, 642 s.; M. MÖHLENBECK, *Das absolute Folterverbot*, P. Lang Verlag, Fankfurt am Main, 2008, 72 s.; C. MOMSEN, § 32, in *AA.VV.*, *StGB Kommentar*, a cura di B. Heintschel-Heineg, Beck, München, 2010, 289; FAHL, *Notwehr und Tabu*, in *JR*, 2011, spec. 341.

<sup>12</sup> Sul travagliato percorso attuativo della normativa interna di recepimento degli strumenti internazionali firmati dall’Italia in materia, v. di recente A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c’è*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014, 129 ss.; F. PERSANA, *L’adesione dell’Italia al protocollo opzionale del 18 dicembre 2002 alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 713 ss.; M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013, 85 ss.

del codice penale, bensì nell'ambito del «*Verwaltungsrecht*», il diritto amministrativo. Ciò peraltro non significa, ovviamente, che la tematica qui in discorso presenti un interesse trascurabile per il diritto penale tedesco, non fosse altro per il rilievo dei beni giuridici potenzialmente esposti a pericolo dall'uso di armi da fuoco; anzi, il tema dell'uso della violenza nell'ambito dei rapporti tra forze dell'ordine e cittadino appare tutt'altro che esangue nel dibattito scientifico e normativo, posto che, se da un lato non mancano veri e propri "libri neri" che denunciano l'uso indiscriminato – e spesso letale – delle armi da fuoco da parte della Polizia<sup>13</sup>, dall'altro vi è anche chi avverte invece l'esigenza di innalzare il livello di protezione penale dei «*Polizeibeamten*» (i funzionari di polizia), come testimonia, ad esempio, l'ampia discussione sollevata da un recente progetto di legge governativo teso a rinvigorire la cornice edittale del reato di resistenza a pubblico ufficiale del § 113 StGB<sup>14</sup>. Come meglio si vedrà in seguito, comunque, proprio la mancanza di una normativa penale giustificante *ad hoc* l'uso delle armi da parte della Polizia, unitamente al rifiuto culturale di attribuire in materia al diritto penale un ruolo servente rispetto a quello amministrativo, ha alimentato sia in dottrina che in giurisprudenza un nutrito dibattito sulla possibilità di ricondurre comunque i casi di *S.d.P.* nell'alveo della legittima difesa («*Notwehr*»), del soccorso difensivo («*Nothilfe*») o dello stato di necessità («*Notstand*»). Si può quindi già sin d'ora anticipare come l'individuazione della disciplina dello *S.d.P.* costituisca il luogo di incontro-scontro di norme eterogenee, che origina un problema di interferenza tra due diversi settori dell'ordinamento giuridico, che da tempo si contendono il monopolio normativo sullo *S.d.P.* Non si pensi, però, che la questione sia solo accademica, attinente cioè al ruolo di maggiore o minore ancillarità che in materia si voglia riconoscere all'una o all'altra branca dell'ordinamento: come infatti si vedrà, dalle scelte interpretative che si ritengono di privilegiare derivano effetti tutt'altro che trascurabili sulla perimetrazione dell'area di liceità dell'agire armato del poliziotto.

#### 4. *L'uso dell'arma da fuoco nel «Verwaltungsrecht»: tra formale frammentazione della normativa e sua sostanziale unità*

Come appena detto, la disciplina dello *S.d.P.* è contenuta nel diritto amministrativo. Ciò detto, due appaiono fondamentalmente le tipologie di fonti che qui

<sup>13</sup> V. ad esempio G. SCHUNMANN, *Schwarzbuch. Die Polizei*, Weltkries-Verlag, Dortmund, 1982, spec. 29 ss. e R. GÖSSNER, *Polizei im Zwielicht. Gerät der Apparat außer Kontrolle?*, Campus, Frankfurt-New York, 1996, spec. 188 ss. V. anche le statistiche riportate in [www.schusswaffeneinsatz.de/Statistiken\\_files/Statistiken.pdf](http://www.schusswaffeneinsatz.de/Statistiken_files/Statistiken.pdf).

<sup>14</sup> V. infatti, tra gli altri, C. BRAUNBECK, *Parlamentarier stärken Polizeibeamten den Rücken*, in *DRiz*, 2011, 282 e S. CASPARI, *Der Wolf im Schafspelz*, *ivi*, 2011, 126.

interessano, ognuna delle quali vanta un proprio campo applicativo. In primo luogo, ed a livello centrale, viene in rilievo anzitutto la già richiamata «legge sulla coazione diretta nell'esercizio della forza pubblica da parte degli impiegati con compiti esecutivi del Governo federale» (UZwG), la quale si riferisce espressamente e soltanto ai dipendenti dell'amministrazione federale (v. il § 6), nel cui ambito è poi la stessa legge a circoscrivere la cerchia di coloro che possono fare uso dell'arma da fuoco, quali, tra gli altri, i poliziotti federali, i pubblici ufficiali in servizio di vigilanza ai confini e alle dogane, quelli deputati all'amministrazione delle acque e della navigazione, ecc. (v. in dettaglio il § 9)<sup>15</sup>; principi generali sull'agire della Polizia federale, che si ripercuotono anche sull'oggetto della trattazione, sono inoltre contenuti nella «legge sulla Polizia federale» del 1994 («*Gesetz über die Bundespolizei*»: BPolG). In secondo luogo, ed a livello periferico, occorre considerare i «diritti di Polizia» dei singoli *Länder*, ognuno dei quali, forte della specifica competenza in materia, si è dotato nel tempo di una propria normativa, applicabile ovviamente soltanto ai rispettivi organi di polizia («*Landespolizei*»)<sup>16</sup>.

A tutta prima una siffatta frammentazione dello scenario normativo parrebbe rendere laboriosa già la mera ricognizione del diritto vigente, senza poi contare, da un lato, la necessità quanto meno di distinguere la trattazione dello statuto normativo del *S.d.P.* nel suo duplice livello federale e locale, e dall'altro, e con riferimento a tale ultimo ambito normativo, la non trascurabile difficoltà di individuare le effettive direttrici di siffatta, parcellizzata disciplina. Sotto il profilo ordinamentale, è chiaro che ad una tale pluralità di potestà legislative concorrenti potrebbe corrispondere una congerie eterogenea di discipline, con le conseguenti – e comprensibili – preoccupazioni per la salvaguardia della parità di trattamento dei medesimi fatti e per le diverse aree di tutela del cittadino, tanto più giustificate ove si consideri la rilevanza dei beni giuridici che l'uso dell'arma da fuoco può compromettere. Nella pratica, però, tali preoccupazioni sono destinate a ridimensionarsi notevolmente.

Anzitutto, occorre considerare che le normative dei sedici *Länder* in tema di *S.d.P.* tendono ad uniformarsi, almeno nelle parti più connotative, alle direttive tracciate da un unico modello di riferimento, che tra il 1974 ed il 1977 i Ministri dell'Interno dei *Länder* elaborarono proprio al fine di unificare i diversi diritti di

<sup>15</sup> La legge è agevolmente reperibile in rete, tuttavia, anche per un suo commento, v. G. WACKE, B. DREWS, *Allgemeines Polizeirecht der Länder und des Bundes*, C. Heymanns Verlag, Berlin-Köln-München-Bonn, 1961, 376 ss., B. WALTER, §§ 1-20 UZwG, in M. DREWES, K. MAGNUS MALBERG, B. WALTER, *Bundespolizeigesetz (BPolG)*, 4ª ed., R. Blomberg Verlag, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, 2010, 736 ss.

<sup>16</sup> Per un ampio quadro della disciplina dello *S.d.P.* nel diritto di polizia dei vari *Länder*, v. D. NEUWIRTH, *Polizeilicher Schusswaffengebrauch gegen Personen*, 2ª ed., V.D.P., Hilden/Rhld, 2006, 20 ss.

polizia allora vigenti nella R.F.T.<sup>17</sup> Ebbene, tale progetto, noto come «Progetto per una legge di polizia unitaria» («*Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes*»: MEPolG)<sup>18</sup>, sebbene poi non tradottosi in una legge formale recepita da tutti i *Länder*, da un canto raccolse le linee qualificanti comuni ai vari *Polizeirechte* allora vigenti<sup>19</sup>, e dall'altro è servito, nei fatti, da modello di riferimento per lo sviluppo delle legislazioni "locali" di polizia ad esso successive<sup>20</sup>. Dal canto proprio, la richiamata UZwG, peraltro precedente al Progetto, non sconvolge a livello federale la sostanziale unità di disciplina dello *S.d.P.* nell'ordinamento, sebbene – come non si mancherà di evidenziare – non sempre le due normative coincidano perfettamente.

##### 5. (segue) *La disciplina amministrativa dell'uso dell'arma da fuoco: note interpretative e sistematiche*

Sopra delimitato il novero delle fonti di diritto amministrativo qui rilevanti, si tratta adesso di osservare più da vicino le disposizioni che disciplinano strettamente lo *S.d.P.* contro le persone, rinviando al prosieguo l'analisi delle problematiche "norme di collegamento" con il diritto penale (v. *infra* § 6). Prima di proseguire, va tuttavia premesso che l'attenzione sarà concentrata sul vero e proprio «uso dell'arma da fuoco», implicante lo sparo del colpo in chiave tanto di avvertimento quanto propriamente lesiva, che va distinto dalla «azione con l'arma da fuoco»: formula verbale, questa, che invece abbraccia tutte le condotte connesse

<sup>17</sup> Sulla storia della formazione del Progetto, v. F.L. KNEMEYER, *Mustergesetzentwürfe als Mittel der Rechts- und Verfahrensvereinheitlichung*, in ZG, 1987, 228 ss.

<sup>18</sup> La prima versione del testo, risalente al maggio 1976, può leggersi, con un primo commento, in *Die Polizei*, 1976, n. 3 (appendice), III ss. La versione definitiva del novembre 1977, alla quale ci riferiremo d'ora in poi, può essere reperita, con note esplicative, in G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes mit Begründung und Anmerkungen*, 2ª ed., R. Boorberg, Stuttgart-München-Hannover, 1978. Come già accaduto per il progetto organico di riforma dello StGB, anche a quello in oggetto è stato contrapposto uno "alternativo" di matrice dottrinale, lo «*Alternativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und der Länder*» (AE PolG), che può leggersi in E. DENNINGER, M. DÜRKOP, W. HOFFMANN-RIEM, U. KLUG, A. PODLECH, H. RITTSTIEG, H.P. SCNEIDER, M. SEEBODE, *Alternativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und der Länder*, Luchterhand, Neuwied, 1979.

<sup>19</sup> Si noti, infatti, che nei primi commenti al Progetto, citati nella nota precedente, capita molto spesso che gli autori sottolineino come la norma/le norme analizzate «corrisponda/no al diritto vigente» («*entspricht geltendem Recht*»), «*entspricht bisherigem Recht*», «*entsprechen den bestehenden gesetzlichen Regelungen*», ecc.).

<sup>20</sup> Cfr. per tutti D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 31 ss., che collega i singoli casi di uso dell'arma da fuoco sostanzialmente previsti nel Progetto con le disposizioni del diritto di polizia dei vari *Länder*.

all'arma, quindi anche l'impiego psicologico e tattico della stessa insito nel suo semplice porto, ossia le condotte di "non sparo"<sup>21</sup>.

Lo *S.d.P.* appartiene sistematicamente a quel delicato settore del diritto di polizia che è l'utilizzo della c.d. «coazione diretta» («*unmittelbarer Zwang*»), che, in qualità di estremo mezzo disponibile (v. § 33), serve all'esecuzione degli atti amministrativi, specialmente dei provvedimenti di polizia<sup>22</sup>, e di talune misure del diritto processuale penale, là ove la legge ne permetta espressamente l'utilizzo<sup>23</sup>. Sia il *MEPolG* che i *Polizeirechte*, sia, a livello federale, la *UZwG* prevedono infatti uno specifico intitolato normativo che si occupa di tale invasiva forma di azione della Polizia, fornendone una definizione e fissandone i limiti. Secondo quanto dispongono i §§ 2.1 *UZwG* e 36.1 *MEPolG*, la coazione diretta è «l'azione su persone o cose attraverso la forza fisica, i suoi strumenti sussidiari o attraverso le armi». Parimenti descritti (v. §§ 2, commi 2, 3, 4, *UZwG* e 36, commi 2, 3, 4, *MEPolG*) sono anche i concetti di: «forza fisica», che consiste in «ogni diretta azione fisica su persone o cose»; «strumenti sussidiari della forza fisica», dovendosi per tali intendere «specialmente manette, idranti, sbarramenti tecnici, cani di servizio, cavalli di servizio e mezzi di servizio»; «armi»<sup>24</sup>, che ricomprendono «quelle contundenti, da punta, da fuoco, sostanze irritanti, esplosivi, autorizzate nel servizio». Sebbene, quindi, la coazione diretta possa estrinsecarsi attraverso diverse modalità, non stupisce che sia all'uso delle armi da fuoco che la normativa guardi con maggiore attenzione. Ed invero, pur non esimendosi né il *MEPolG* né la *UZwG* dal fornire prescrizioni circa l'esecuzione dell'ordine legittimo di fare uso della coazione diretta («*Handeln auf Anordnung*»), la prestazione di soccorso in caso di lesioni («*Hilfeleistung für Verletzen*»), la necessità, di regola, della previa minaccia di fare uso di strumenti coattivi («*Androhung*») e l'uso delle manette («*Fesselung von Personen*»)<sup>25</sup>, è in tema di uso delle armi da fuoco

<sup>21</sup> Sulla distinzione tra «*Schusswaffengebrauch*» e «*Schusswaffeneinsatz*» v. A. BORS DORF, *Schusswaffengebrauch*, in AA.VV., *Wörterbuch der Polizei*, a cura di M.H.W. Möllers, 2<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2010, 1703, ma cenni anche in F. RACHOR, *Das Polizeihandeln*, in AA.VV., *Handbuch des Polizeirechts*, a cura di H. Liskén, E. Denninger, 4<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2007, Rnd 971, che ritiene non "uso" l'utilizzare l'arma da fuoco come oggetto contundente.

<sup>22</sup> Precisa tuttavia D. KUGELMANN, *Polizei*, cit., 305, che ove il poliziotto agisca su ordine del superiore, quest'ultimo non dovrà tuttavia essere ubbidito se detto ordine urti contro la dignità dell'uomo, persegua scopi non previsti dal servizio o la sua esecuzione costituisca reato.

<sup>23</sup> Sulla funzione, la residualità e la necessità di espressa copertura legislativa della coazione diretta, v. H. SCHOLLER, B. SCHLOER, *Grundzüge*, cit., 341; D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 23 ss.; F.L. KNEMEYER, *Polizei- und Ormungsrecht*, 11<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2007, Rnd 369 ss.; D. KUGELMANN, *Polizei*, cit., 305.

<sup>24</sup> Il concetto di «arma» è recato dal § 1, commi 2 e ss. della «legge sulle armi» («*Waffengesetz*») dell'11.10.2002, sul quale sia sufficiente il rinvio a G.D. GADE, E. STOPPA, *Waffengesetz. Kommentar*, Beck, München, 2011, 23 ss.

<sup>25</sup> Cfr. i §§ 37-40 *MEPolG* e 5-7 e 8 *UZwG*.

che gli articolati si fanno più estesi e dal contenuto maggiormente dettagliato e restrittivo rispetto ai precedenti, considerata l'intensità dell'interferenza sui diritti soggettivi di coloro che l'azione armata subiscono<sup>26</sup>. Punto di partenza non può che essere l'esposizione del dato normativo, consistente, fondamentalmente, nei §§ 41 e 42 MEPolG<sup>27</sup>, dei quali si propone una libera traduzione<sup>28</sup>:

«§ 41 Presupposti generali per l'uso delle armi da fuoco

(1) L'uso delle armi da fuoco è permesso soltanto quando altre misure di coazione diretta sono applicate senza successo o non promettono all'evidenza alcun risultato. Contro le persone il loro uso è permesso soltanto quando lo scopo non può essere conseguito con l'uso delle armi da fuoco contro le cose.

(2) L'uso delle armi da fuoco contro le persone è permesso soltanto per rendere taluno inabile all'aggressione o alla fuga. Un colpo, che con sicura probabilità ha effetto mortale, è permesso soltanto quando esso costituisca l'unico mezzo per respingere un pericolo attuale per la vita o un pericolo attuale di una grave lesione dell'incolumità fisica.

(3) Contro coloro che da una esteriore impressione non abbiano ancora 14 anni, le armi da fuoco non possono essere utilizzate. Ciò non vale quando l'uso delle armi da fuoco costituisca l'unico mezzo per respingere un attuale pericolo per la vita o l'incolumità.

(4) L'uso delle armi da fuoco non è permesso, quando per il poliziotto è conoscibile che il terzo estraneo con alta probabilità verrà esposto a pericolo. Ciò non vale, quando l'uso delle armi da fuoco costituisce l'unico mezzo per respingere un pericolo attuale per la vita».

«§ 42 Uso delle armi da fuoco contro persone

(1) Le armi da fuoco possono essere utilizzate contro le persone soltanto:

<sup>26</sup> In questo senso, v. J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1634 e F. RACHOR, *Das Polizeihandeln*, cit., Rdn 954.

<sup>27</sup> Si consideri, comunque, che di massima le medesime prescrizioni si ritrovano anche nei §§ 9 ss. della UZwG.

<sup>28</sup> Occorre avvertire che la contrapposizione tra «*Verbrechen*» e «*Vergehen*» prevista dal § 12 StGB, che altri in dottrina hanno reso parlando di “crimini” e “delitti” (v. AA.VV., *Il codice penale tedesco*, a cura di S. Vinciguerra, Cedam, Padova, 2003, 59), è stata qui tradotta impiegando le categorie del “delitto” e della “contravvenzione”, che ovviamente vanno intese in senso atecnico, servendo esse soltanto ad avvertire il lettore della maggiore gravità sanzionatoria dei primi rispetto ai secondi. Il discorso è simile quanto al riferimento del § 42.2 alla fuga «*aus einer offenen Anstalt*», ossia alla fuga da un “istituto aperto”, richiamando quest'ultimo la contrapposizione tra «*offener und geschlossener Vollzug*» (esecuzione “aperta o chiusa” della pena) del § 10 della legge di esecuzione penale («*Strafvollzugsgesetz*»: *StVollzG*): anche in tal caso, infatti, pur nella consapevolezza della non sovrapponibilità degli istituti, si è preferito tradurre il riferimento con quello, più familiare, alla semilibertà.



1. per respingere un pericolo attuale per l'incolumità fisica o la vita;
  2. per impedire la imminente commissione o prosecuzione di un delitto o di una contravvenzione mediante l'uso o il porto di armi da fuoco o mezzi esplosivi;
  3. al fine di catturare una persona che tenta di evitare l'arresto o l'identificazione mediante la fuga, quando essa:
    - a) è gravemente sospettata di un delitto;
    - b) è gravemente sospettata di una contravvenzione e le circostanze di fatto giustificano la supposizione che essa porti con sé armi da fuoco o mezzi esplosivi.
  4. per frustrare la fuga o per catturare una persona, che è da tenere in pubblica custodia o ad essa è da condurre:
    - a) a causa di una decisione giudiziaria relativa a un delitto o a causa di un grave sospetto di delitto;
    - b) a causa di una decisione giudiziaria relativa ad una contravvenzione o a causa del grave sospetto di una contravvenzione, purché le circostanze di fatto giustificano la supposizione che la persona porti con sé armi da fuoco o esplosivi;
  5. per impedire la violenta liberazione di una persona dalla custodia pubblica.
- (2) L'uso delle armi da fuoco ai sensi del comma 1, nr. 4, non è consentito quando si tratta dell'esecuzione dell'arresto di un giovane, o di un militare o quando deve essere impedita la fuga dalla semilibertà».

Al fine di conferire un certo ordine sistematico all'affastellato elenco di ipotesi del § 42.1 (e del § 10.1 UZwG), è stato proposto di distinguere queste ultime in base al criterio della funzione, preventiva o repressiva, che in esse l'uso delle armi da fuoco è chiamato a svolgere<sup>29</sup>. In tale prospettiva, al primo di tali obiettivi sembrano guardare i casi di:

a) *respingimento di un pericolo attuale per l'incolumità fisica o la vita* (§ 42.1, n. 1). Premesso che secondo l'interpretazione prevalente il pericolo è «attuale» quando la verifica del danno è da attendersi in qualunque istante<sup>30</sup>, occorre precisare che, pur nel silenzio della norma, il principio di proporzione comunque impone di commisurare la prognosi di pericolo per i beni della vita e dell'incolumità dell'innocente con la considerazione delle conseguenze dannose che l'uso dell'arma da fuoco può recare al soggetto passivo<sup>31</sup>. Non è espressamente richiesto, diversamente da quanto ad esempio si vedrà nel caso seguente, che l'aggressore porti con sé armi da fuoco od esplosivi o voglia utilizzarli, sebbene parte della dottrina richieda, per il motivo ora esposto, che questi se ne possa

<sup>29</sup> Per tale distinzione, v. D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 29 e 31 ss. Critico sulla reale valenza classificatoria «pura» del criterio è tuttavia F. RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 969.

<sup>30</sup> Cfr. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280.

<sup>31</sup> Cfr. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280.

comunque servire<sup>32</sup>. In ogni caso, essendo il riferimento normativo direttamente ai beni finali da salvaguardare e non a fattispecie penali, l'uso dell'arma appare consentito anche ove il fatto non dovesse integrare previsioni criminose direttamente poste a protezione degli stessi, come nel caso in cui ci si trovasse di fronte a meri reati di pericolo (rispetto a tali beni) come l'incendio doloso, l'attentato alle infrastrutture ferroviarie, marittime, aeree o stradali, ecc.<sup>33</sup>. Non meno importante è precisare che, almeno secondo qualcuno, il pericolo attuale per l'incolumità e la vita può riguardare qualsiasi persona e quindi anche lo stesso poliziotto<sup>34</sup>: il che dovrebbe almeno in parte ridimensionare la rilevanza pratica del divieto per il poliziotto di ricorrere, nell'esercizio del proprio ufficio, ai §§ 32 e 34 StGb, come affermato – lo si vedrà – da una parte della dottrina amministrativa. Giova infine sottolineare che la previsione qui in commento non è riprodotta nella UZwG, il che, considerato il riconosciuto carattere tassativo delle autorizzazioni all'uso delle armi da fuoco, riduce gli spazi di intervento armato della polizia federale rispetto a quella dei *Länder* che tale previsione hanno invece riprodotto<sup>35</sup>.

*b) impedimento della imminente commissione di un delitto o di una contravvenzione perpetrata con il porto o uso di armi o esplosivi (§ 42.1, n. 2).* A tale riguardo sarà sufficiente precisare che, secondo una condivisibile opinione, il «porto» dell'arma non è da intendersi in modo esclusivamente materiale, ossia quale oggettivo portare con sé un'arma, come nel caso del furto a mano armata di cui al § 244.1, n. 1, StGB: prescindere completamente dalla (manifestata) intenzione del suo uso, infatti, significherebbe autorizzare il poliziotto ad una risposta armata in aperto contrasto con il generale principio di proporzione<sup>36</sup>. Per lo stesso motivo, si è inoltre ritenuto che tra il fatto criminoso ed il porto di armi da fuoco o di esplosivi debba sussistere un intimo collegamento, che viene meno allorquando il porto siffatto risulti ad esempio del tutto fortuito: si pensi al possesso dell'arma di servizio di un poliziotto che conduce un automezzo in stato di ebbrezza, commettendo così il reato del § 316 StGB<sup>37</sup>. Siccome, a differenza, come si dirà, delle ipotesi previste dai nn. 3 e 4, la norma non fa alcun riferimento a circostanze di fatto che possano lasciar supporre che il reo porti con sé un'arma, il

<sup>32</sup> Cfr. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280, ma in senso contrario v. F. RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 968, che lo ammette anche contro il delinquente disarmato in quanto estremo mezzo per evitare l'offesa descritta dalla norma.

<sup>33</sup> Per tale precisazione, v. F. RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 981.

<sup>34</sup> Cfr. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280.

<sup>35</sup> Sul punto, v. per tutti B. WALTER, §§ 1-20 UZwG, cit., 765.

<sup>36</sup> Cfr. sul punto L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 279 e D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 36. In questa prospettiva, secondo F. RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 988 e 969, in tale caso, ed in quelli simili di cui si dirà, la vera ragione che giustifica l'impiego dell'arma da fuoco sarebbe allora la pericolosità del soggetto passivo.

<sup>37</sup> Così, L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 279 e D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 37.

poliziotto dovrà avere la «sicura conoscenza» («*sichere Wissen*») di tale circostanza<sup>38</sup>. Non alludendo, infine, la norma ad alcuna specifica tipologia di reato, l'uso dell'arma può essere funzionale anche alla protezione di beni materiali, sebbene il suo porto esponga a pericolo i beni della persona, portando così a possibili interferenze applicative con il caso precedente<sup>39</sup>;

c) *impedimento della violenta liberazione di chi si trova in pubblica custodia* (§ 42.1, n. 5). Premesso che del concetto di «custodia pubblica» diremo *sub d*), basterà qui precisare che, diversamente proprio da quest'ultima, l'ipotesi qui in evidenza: da un lato, non richiedendo che la custodia sia stata disposta giudizialmente, comprende anche i casi in cui essa sia stata disposta dalla stessa Polizia, come nel caso di “arresto provvisorio” previsto dal § 127.2 StPO; dall'altro, prende in considerazione quale soggetto passivo della condotta armata della Polizia non già colui che si trova in custodia, bensì il c.d. “liberatore violento” («*gewalttätig Befreier*»), che quindi utilizza la propria forza fisica o mezzi tecnici che abbiano lo stesso effetto (e non ad esempio l'astuzia, l'inganno o la minaccia) per vincere la resistenza altrui e conseguire l'obbiettivo<sup>40</sup>.

Allo scopo repressivo, in quanto con l'uso delle armi si intende garantire la pretesa punitiva dello Stato<sup>41</sup>, sembrano invece protese le ipotesi di:

d) *impedimento della fuga o cattura di una persona che è da mantenere o condurre in pubblica custodia per decisione giudiziaria relativa alla commissione, o ad un grave sospetto di commissione, di un delitto o di una contravvenzione qualificata* (§ 42.1, n. 4). La generica espressione «custodia pubblica» («*amtliche Gewahrsam*») si riferisce, infatti, a tutti i casi in cui un soggetto subisce la privazione della libertà a causa di un provvedimento dell'Autorità che è legittimata a disporla<sup>42</sup>. L'ipotesi qui normativamente considerata riguarda anzitutto quelle “custodie” che conseguono ad una decisione giudiziaria («*auf Grund richterlicher Entscheidung*»). L'ordine del giudice è di norma emanato o in forma di mandato di ricerca e cattura ai sensi dei §§ 112-114 StPO, o in forma di decisione giudiziaria penale di condanna a pena detentiva o ad una misura di miglioramento e di sicurezza *ex* § 61 ss. StGB, così come su autorizzazione giudiziaria opera l'ordine di esecuzione del 457 StPO o l'arresto in fase esecutiva che può essere ordinato dall'Istituto per l'esecuzione delle pene ai sensi del § 87 StVollzG<sup>43</sup>. Le circostanze ulteriormente indicate dalla disposizione in esame, tuttavia, si riferiscono an-

<sup>38</sup> In questo senso, precipuamente, L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280.

<sup>39</sup> Cfr. G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 124; L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280.

<sup>40</sup> Cfr. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 281-282; D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 54; RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 989.

<sup>41</sup> Così, G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 124.

<sup>42</sup> Cfr. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 281 e D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 49.

<sup>43</sup> Per tali casi, v. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 281.

che alla condotta di chi si sottrae alla custodia disposta dalla Polizia (es.: § 127 StPO) o alla custodia in fase di iniziata esecuzione (es.: l'autorizzazione all'uso delle armi da fuoco del § 100.1 StVollzG)<sup>44</sup>. Più precisamente, la facoltà di uso dell'arma da fuoco è riconosciuta contro il fuggitivo od il catturando da condurre in custodia allorquando, ai sensi del § 42.1, n. 4, si tratti: ( $\alpha$ ) di un soggetto che abbia commesso un delitto; ( $\beta$ ) di un soggetto che sia «gravemente sospettato» di averlo commesso («auf Grund des dringenden Verdachts»), dovendosi qui intendere tale presupposto nel senso del § 112.1, StPO, il che richiama la necessità di un alto grado di probabilità di colpevolezza in considerazione dello stadio raggiunto dalle relative indagini<sup>45</sup>; ( $\gamma$ ) di un soggetto che abbia commesso, o sia gravemente sospettato di aver commesso, una contravvenzione, allorquando, però, «le circostanze di fatto giustifichino la supposizione» («sofern Tatsachen die Annahme rechtfertigen») che egli porti con sé armi o esplosivi, con il che la norma autorizza il poliziotto ad agire in base alle circostanze conoscibili *ex ante* con l'impiego di tutti i sensi (anche l'udito) entro il (minimo) tempo di decisione che egli operativamente di norma possiede<sup>46</sup>. Va infine precisato che nelle ipotesi appena viste l'arma da fuoco non è mai utilizzabile nei casi precisati dal § 42.2<sup>47</sup>.

e) *cattura di chi tenta di sottrarsi all'arresto o all'identificazione personale allorquando abbia commesso o sia gravemente sospettato di aver commesso un delitto o una contravvenzione qualificata* (§ 42.1, n. 3). Posto quanto già detto *sub d*), basterà qui sottolineare che il novero delle misure alle quali il soggetto tenta di sottrarsi è limitato dall'espresso richiamo all'«arresto» («Festnahme») ed alla «identificazione personale» («Identitätsfeststellung»). Dunque, soltanto le facoltà del §§ 127, 163b.1, ovvero 111 StPO possono rilevare, sì che altre forme di intromissione nella libertà personale, come quelle dei §§ 81a, 81b e 102 StPO (visita psichiatrica obbligatoria, esame ematico, raccolta delle impronte digitali, ecc.), non possono essere considerate<sup>48</sup>.

Qualche delucidazione richiedono anche le importanti prescrizioni del § 41. Esso difatti anzitutto reca il criterio direttivo che deve guidare la Polizia nell'utilizzo dell'arma da fuoco, e che appare riassumibile nel canone di *extrema ratio*, ovverosia, come si esprimono i commi 2, 3 e 4, dell'«unico mezzo» («einziges Mittel»). In particolare, leggendo il § 41.1 si comprende come tale residualità del ricorso all'arma da fuoco, se diretta contro persone, sia duplice. A ben vedere, infatti, il

<sup>44</sup> Cfr. G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 124 e L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 281.

<sup>45</sup> In questo senso, v. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 281 e D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 46.

<sup>46</sup> In proposito, v. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280.

<sup>47</sup> Per un collegamento con le norme della StVollzG, v. G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 124.

<sup>48</sup> Cfr. G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 124, e più ampiamente L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280-281.

giudizio che porta a ritenere indispensabile per il poliziotto l'azione armata consta in due distinti momenti valutativi: il primo, che giudica la residualità dell'impiego dell'arma da fuoco rispetto a tutti gli altri strumenti di coazione diretta sopra richiamati, che devono o essere già stati applicati «senza successo» («*erfolglos*»), ovvero non promettere all'evidenza alcun risultato («*offensichtlich keinen Erfolg versprechen*»)<sup>49</sup>; il secondo, che deve concludere per l'indispensabilità dell'azione armata contro le persone dopo aver scartato la possibilità di pervenire al medesimo risultato dirigendo l'arma contro cose o animali: si pensi al caso di una persona da catturare che scappi servendosi del proprio veicolo, la cui fuga dovrebbe essere impedita anzitutto utilizzando l'arma contro l'automezzo in modo da arrestarne il moto<sup>50</sup>. Il compito del poliziotto risulta perciò difficile da assolvere, poiché in pochi secondi egli dovrà valutare se il ricorso all'arma da fuoco sia «appropriato», «adeguato», «necessario» e «proporzionato»<sup>51</sup>.

Di rilievo sistematico appare anche il divieto dell'uso delle armi da fuoco contro persone che non abbiano ancora compiuto i 14 anni. Tale divieto, espressione di un'intuibile norma di civiltà e proporzione giuridica, risulta tuttavia attenuato da una duplice circostanza normativa. Da un canto, infatti, va considerato l'implicito temperamento, probabilmente riconducibile al fatto che il poliziotto deve prendere decisioni in tempi molto ristretti<sup>52</sup>, che il comma 3 introduce nella parte in cui ritiene decisiva non già l'età effettiva della vittima bensì quella che traspare dalla sua «apparenza esteriore», che il poliziotto apprezzerà *ex ante* in modo soggettivo, sebbene doverosamente con grande cura<sup>53</sup>. Dall'altro viene in rilievo l'espressa deroga dell'ultimo periodo della medesima norma, che, seppure nel rispetto del citato principio dell'«estremo mezzo», autorizza l'uso dell'arma da fuoco finalizzato a proteggere un soggetto da un attuale pericolo per la vita o l'incolumità, senza peraltro specificarne l'entità. Parte della dottrina ha spiegato la deroga in considerazione della sempre crescente violenza dei giovani criminali<sup>54</sup>, ma il dato più rilevante da cogliere è la prevalenza riconosciuta ai diritti dell'innocente su quelli dell'aggressore, che in quanto tale, sebbene non adulto, perde il *favor* tradizionalmente riservato dall'ordinamento al criminale minorene, come ad esempio si può notare nella disposizione del comma 2 del § 42.

<sup>49</sup> Di «evidente inutilità» delle altre misure parla infatti F. RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 957.

<sup>50</sup> L'esempio è riportato da L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 278.

<sup>51</sup> Testualmente, H. SCHOLLER, B. SCHLOER, *Grundzüge*, cit., 342.

<sup>52</sup> L'ipotesi è avanzata da L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 278.

<sup>53</sup> Sui termini di tale giudizio, v. J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1647; L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 278.

<sup>54</sup> V. infatti J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1648. Di «limite necessario» parlano G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 121.

A principî di fondo analoghi si ispira anche la disciplina del comma 4, che reca il divieto di uso delle armi da fuoco allorquando per il poliziotto sia conoscibile la circostanza che «con alta probabilità» («*mit hoher Wahrscheinlichkeit*») metterà in pericolo un terzo estraneo («*Unbeteiligt*»), da intendersi come colui che non ha alcun collegamento con l'oggetto dell'intervento della Polizia<sup>55</sup>. L'espressa prevalenza riconosciuta all'incolumità fisica del terzo – sebbene condizionata dal soggettivo apprezzamento del poliziotto circa l'alta riconoscibilità del pericolo per lo stesso – sui fini ordinamentali perseguiti dall'agente con l'uso dell'arma da fuoco dovrebbe portare, secondo qualcuno, alla rinuncia all'impiego di quest'ultima quanto meno in due casi: ove l'arma debba essere rivolta contro automezzi, almeno allorquando la prognosi di esposizione a pericolo dell'innocente non possa essere formulata nei confronti di *ogni* occupante il veicolo; più in generale, in contesti spaziali «movimentati» («*belebten*»), ove chiaramente il rischio di compromettere il terzo è alto<sup>56</sup>. Al solito, tuttavia, le ragioni dell'innocente risultano sacrificate ove l'uso dell'arma da fuoco sia «l'ultimo mezzo» per proteggere (un altro innocente) da un pericolo attuale per la vita.

Non è tuttavia difficile comprendere come sia l'ipotesi del colpo “probabilmente mortale” del comma 2 la fattispecie più problematica di uso dell'arma da fuoco, come testimoniano, anzitutto, i sostanziali cambiamenti che in sede di redazione del Progetto subirono le prescrizioni ad essa dedicate, le quali, nel corso del tempo, si fecero in modo altalenante ora più restrittive ed ora più permissive<sup>57</sup>. Ma la più evidente riprova della problematicità del caso è data dal fatto che, diversamente da quanto accade per la gran parte delle altre disposizioni del ME-PolG, la disciplina contenuta nel suo § 41.2, secondo periodo, non è riproposta nel diritto di polizia di tutti i *Länder*, così che la legittimità di tale pratica d'intervento non risulta ad oggi pacifica. Invero, se da un canto vi è largo consenso nel ritenere l'autorizzazione alla stessa contenuta – e come sopra delimitata – nelle varie leggi di polizia compatibile con il riconoscimento del diritto alla vita degli artt. 2, comma 2, della «legge fondamentale» tedesca («*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*»: GG) e 2 CEDU<sup>58</sup>, dall'altro la legittimità dell'uso

<sup>55</sup> Così L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 279, che quindi esclude dalla qualifica coloro che «che aiutano i destinatari delle misure assunte dalla Polizia o le cui agevolmente conoscibili condotte mettono in conto».

<sup>56</sup> Cfr. J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1650-51.

<sup>57</sup> Si passò, infatti, dall'autorizzare il colpo mortale quando esso fosse «l'ultimo mezzo per la salvaguardia da un attuale pericolo di vita», al permesso del suo utilizzo quando esso fosse «l'ultimo mezzo per la salvaguardia da un attuale pericolo di vita o per l'incolumità fisica», sino a passare alla formula attuale: sul punto, v. infatti H. SCHOLLER, B. SCHLOER, *Grundzüge*, cit., 344.

<sup>58</sup> In questo senso, tra gli altri, v. W. LANGE, *Der neue MEPolG – Fragwürdiges Schßwaffengebrauch*, in *MDR*, 1977, 13; H.G. SUNDEMANN, *Polizeiliche Befugnisse bei Geiselnahmen*, in *NJW*, 1988, 3193; D. KUGELMANN, *Polizei*, cit., 306-307.

del colpo mortale è da molti contestata quando non coperta da un'espressa autorizzazione legislativa, che risulta comunque guardata con sospetto. È pur vero che non manca chi, specie all'indomani di drammatici fatti di cronaca, ha cercato di dedurre implicitamente una tale autorizzazione già dalla regola generale, riportata come visto anche nel primo periodo del § 41.2 MEPolG, secondo cui l'uso dell'arma da fuoco deve mirare a rendere l'aggressore incapace all'aggressione o alla fuga<sup>59</sup>; tuttavia, l'opinione prevalente ritiene siffatta operazione ermeneutica impraticabile, mancando tale previsione normativa della necessaria determinatezza sufficiente a giustificare, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, una così grave aggressione ai fondamentali diritti dell'uomo, che deve essere coperta da una espressa ed inequivoca previsione normativa<sup>60</sup>. In ogni caso, rimangono forti dubbi sulla legittimità del colpo mortale sparato dalla Polizia, posto che non si manca comunque di sottolineare come il compito di quest'ultima non sia l'eliminazione dei devianti ma piuttosto la difesa dal pericolo, sì che l'uso dell'arma da fuoco dovrebbe anzitutto essere finalizzato a ridurre la capacità d'agire del reo e non già alla sua morte, che di principio non dovrebbe mai costituire l'effetto principale dell'intervento armato della Polizia ma, al limite, solo una sua conseguenza indesiderata<sup>61</sup>. Resta il fatto che il colpo mortale trova espressa previsione nel § 41.2, secondo periodo, che ne vincola il ricorso al rispetto di un duplice principio: quello dell' «unico mezzo» per perseguire gli scopi di polizia, già più volte richiamato, e quello di proporzione (tra i beni giuridici), i cui termini, dal lato del soggetto soccorso, sono esplicitati normativamente dal riferimento all'attuale pericolo di vita o di una grave lesione dell'incolumità fisica di un uomo, da intendersi nei termini del reato di «lesioni personali gravi» («*schwere Körperverletzung*») di cui al § 226 StGB<sup>62</sup>.

Fornite, almeno nelle intenzioni, le minime coordinate interpretative entro le quali leggere il dato testuale, si tratta adesso di emarginare i principî di fondo, già

<sup>59</sup> In questo senso, v. ad esempio A. VON WINTERFELD, *Der Todesschuß der Polizei*, in NJW, 1972, 1883 s. e H.G. SUNDEMANN, *Polizeiliche*, cit., 3193-94, che scrive poco dopo il tragico e clamoroso sequestro di Gladbeck, che non a caso è comunemente conosciuto come «*gladbecker Geiseldrama*».

<sup>60</sup> Cfr. D. KUGELMANN, *Polizei*, cit., 307; J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1643; F. RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 1012. Del resto, che il secondo periodo del § 41, comma 2, MEPolG fosse da intendere come «norma speciale» rispetto al primo periodo, che uscirebbe perciò limitato nella sua portata, era apparso chiaro sin dai primi commenti al progetto: v. W. LANGE, *Der neue*, cit., 12-13; G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 121.

<sup>61</sup> V., quasi testualmente, D. KUGELMANN, *Polizei*, cit., 306 e J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1640.

<sup>62</sup> In questo senso, v. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 278, e sostanzialmente, sebbene alludano all'ipotesi non circostanziata del § 224, anche G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 121, che precisano comunque l'esclusione di altri beni giuridici (ad es. patrimoniali) dall'alveo applicativo della disposizione.

peraltro emersi nel discorso, che animano la disciplina extrapenale dello *S.d.P.* così come la dottrina tedesca li ha individuati, sebbene essa non abbia riconosciuto loro il medesimo grado di realizzazione nell'ambito della normativa in questione. Proprio tale ultima precisazione ben si attaglia al primo dei principî che qui rilevano, ossia quello di legalità (*id est*: determinatezza). Se infatti, da un canto, l'unanime dottrina esprime la necessità che, in quanto fortemente lesivo dei più rilevanti beni individuali, l'intervento armato della Polizia venga disciplinato con scrupolo nei suoi presupposti e nelle sue modalità di esercizio, dall'altra non sono poche le voci che, in tale prospettiva, si sono espresse negativamente sulla normativa dianzi esposta, giudicata «opaca e poco determinata», figlia di un «compromesso» che avrebbe sacrificato chiarezza e precisione, se non addirittura afflitta da una tale «mancanza di chiarezza» sì da poter svolgere «appena una funzione orientativa della condotta dei poliziotti»<sup>63</sup>. A prescindere dalla fondatezza di tali critiche, occorre comunque considerare che ogni tentativo di precisa codificazione dell'agire armato della Polizia, rispondente allo scopo anzitutto di orientamento comportamentale proprio del principio di determinatezza, deve in ogni caso fare i conti – com'è stato osservato – con la necessità che l'operatore ha di prendere le proprie decisioni di intervento in tempi il più delle volte assai ristretti, ciò che spesso gli preclude complesse opere di sussunzione alle quali una normativa complessa potrebbe astrattamente richiamarlo<sup>64</sup>. Da qui, probabilmente, l'esistenza di un limite quasi “ontologico” al *quantum* di determinatezza che si può ragionevolmente esigere dalle norme in materia.

Maggior forza penetrativa – e non poteva essere diversamente – è invece generalmente riconosciuta al canone di *extrema ratio*, che trova infatti nella disciplina dello *S.d.P.* espressa affermazione e coerenti applicazioni. In effetti, come si ricorderà, nel descrivere il contenuto dei §§ 41 e 42 MEPolG (e 10 UZwG) più volte è emerso come la normativa fosse esplicita nell'orientare l'agire armato della Polizia anzitutto al canone del c.d. «ultimo mezzo» necessario al perseguimento dei suoi scopi istituzionali, che vuole l'utilizzo del colpo d'arma da fuoco doppiamente sussidiario: sia in senso oggettivo, con riguardo cioè agli altri mezzi di coazione diretta utilizzabili; sia in senso soggettivo, con riguardo al bersaglio (umano, animale o reale) da colpire.

Non v'è dubbio, tuttavia, che l'impronta più vistosa sulla normativa *de qua* sia quella impressa dal canone di proporzione, al quale la dottrina unanimemente

<sup>63</sup> V., in questi termini, H. SCHOLLER, B. SCHLOER, *Grundzüge*, cit., 345 e RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 966.

<sup>64</sup> Così, RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 966.



riconosce, in materia, il ruolo di vero e principio informatore<sup>65</sup>. Del resto, esso risulta storicamente affermato sin dagli albori del diritto di polizia, prima prussiano e poi tedesco, per divenire nel tempo principio generale del diritto pubblico, in quanto portato garantista dello Stato di diritto posto a presidio delle garanzie individuali, ed infine principio di riconosciuto rango costituzionale<sup>66</sup>. Non è forse un caso, allora, che al «*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*» sia espressamente dedicato già il § 2 del MEPolG (ed il § 4 UZwG, di contenuto in larga misura analogo), che così recita:

«(1). Tra i possibili ed idonei provvedimenti, la Polizia deve adottare quelli che al singolo ed alla collettività prevedibilmente nuocciono di meno.

(2). Un provvedimento non può portare ad un danno che in modo conoscibile risulta sproporzionato rispetto all'evento avuto di mira.

(3) Un provvedimento è consentito soltanto sino a che il suo scopo è raggiunto o si appalesa che esso non può più essere conseguito».

Nella sua evocata codificazione, il principio in parola mostra all'evidenza un contenuto assai ampio, che abbraccia, com'è stato osservato, non solo la proporzionalità in senso stretto cui accenna il comma 2 (c.d. «*Angemessenheit*» – adeguatezza – ossia «*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*»), ma anche la necessità («*Erforderlichkeit*»), della quale sopra si è detto, e la idoneità («*Geeignetheit*») dell'agire della Polizia<sup>67</sup>. In questa sede, basterà esplicitare come nello specifico campo dello *S.d.P.* “preventivo” la proporzione in senso stretto trovi plastica rappresentazione nel significativo richiamo dei §§ 41 e 42 MEPolG (e 10 UZwG) all'esistenza di un pericolo attuale per la vita e l'incolumità fisica – che ragionevolmente diviene pericolo attuale di una «grave» lesione dell'incolumità fisica in caso di colpo mortale – quale necessaria situazione “controbilanciante” il corrispondente (ed accettato) rischio al quale i medesimi beni della vita e dell'incolumità fisica dell'aggressore sono esposti dall'impiego dell'arma da fuoco. Nel confronto, quindi, tra beni di medesimo rango, il legislatore tedesco opera una scelta di prevalenza a favore di quelli del soggetto che subisce la condotta antiggiuridica di colui che verrà colpito dall'intervento armato della Polizia. Peraltro, tale *favor* risulta accentuato nei casi in cui la salvaguardia dei primari beni del

<sup>65</sup> Cfr., tra gli altri, i continui richiami di H. SCHOLLER, B. SCHLOER, *Grundzüge*, cit., 342, J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1626, 1635, 1646; L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 277, 279; A. BORSODORF, *Schusswaffengebrauch*, cit., 1703; RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 957.

<sup>66</sup> Sulla storia ed attuale valenza del principio, v. in breve M. JAHN, *Das Strafrecht des Staatnotstandes*, V. Klosterman, Frankfurt am Main, 2004, 336 ss. e D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 103.

<sup>67</sup> Per una tale ricognizione contenutistica del principio, v. D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 103 ss.

soggetto “innocente” prevale: in primo luogo, sui diritti del (parimente innocente) terzo estraneo ai fatti, che come visto possono essere ad essa consapevolmente sacrificati; in secondo luogo, sulla considerazione della giovane età dell’aggressore, che invece, ad esempio nell’applicazione del § 32 StGB, costituisce ancora una remora, che, se non preclude del tutto la legittima difesa, di certo impone una sua valutazione in termini più rigorosi del solito, visto che la tenera età dell’aggressore costituisce un’indiscussa ipotesi di quei limiti «etico-sociali» che da tempo vengono contrapposti al diritto di difesa<sup>68</sup>. Da segnalare, parimenti, è la valutazione di proporzione che il legislatore tedesco ha operato nei casi di *S.d.P.* “repressivo”, posto che in tali frangenti la natura degli interessi posti in bilanciamento risulta disomogenea. Se, infatti, nei casi in cui il reo risulti sospettato di portare con sé armi o esplosivi vi è ancora la possibilità di scorgere nella vicenda la contrapposizione tra beni di medesimo rango, posto che il porto di tali strumenti offensivi determina di per sé l’insorgenza di un pericolo per la vita e l’incolumità dell’agredito, il discorso cambia nei casi in cui, invece, il poliziotto è autorizzato ad usare l’arma da sparo per soddisfare la pretesa punitiva dello Stato. In tali casi, infatti, la scelta “valoriale” operata appare ancora più evidente ed è senz’altro da segnalare.

6. *La dimensione penalistica del tema:  
i problemi di perimetrazione verso il diritto di polizia*

Sebbene il diritto di polizia contempra una disciplina specifica ed assai articolata dello *S.d.P.*, la dottrina tedesca molto discute circa l’eventuale ruolo regolativo che, in materia, potrebbero comunque svolgere le cause di giustificazione previste dallo StGB. In particolare, il problema più dibattuto è quello del “confine esterno” della disciplina penale applicabile allo *S.d.P.* nei suoi luoghi di tangenza con quella amministrativa. Come si anticipava, ciò porta in pratica a far coincidere il nucleo più problematico dello *S.d.P.* con una questione di interferenza normativa tra *Polizeirecht* e *Strafrecht*, il che richiama la complessa questione, mai del tutto sopita in Germania, della efficacia extrapenale delle cause di giustificazione. Solo alla luce di una tale problematica premessa, infatti, è possibile comprendere il perché delle molteplici e contrastanti teorie, di cui si dirà, che ricostruiscono in modo assai diverso il reciproco operare degli ambiti normativi di liceità ed illiceità dello *S.d.P.* previsti, rispettivamente, dal diritto penale e dal diritto di polizia, e

<sup>68</sup> Sulla nota teorica dei «sozialistischen Einschränkungen des Notwehrrechts», basti il riferimento a H. FRISTER, *Strafrecht, A.T.*, 5ª ed., Beck, München, 2011, 211 ss. e P. KASISKE, *Strafrecht I: Grundlagen und allgemeiner Teil*, Kohlhammer, 2011, Rnd 111 ss.

la cui stessa esistenza, altrimenti, il lettore italiano stenterebbe a spiegarsi. Ed invero, secondo un noto insegnamento, da tempo consolidatosi sia in Italia che in Germania, il giudizio di antiggiuridicità non avrebbe natura esclusivamente penale, risolvendosi esso piuttosto nell'affermata contrarietà del fatto all'intero ordinamento giuridico, la cui "unità" verrebbe così riaffermata. Ne dovrebbe perciò derivare: in primo luogo, che l'illiceità penale di un fatto è esclusa dalla presenza di una norma che prevede, permettendolo o rendendolo obbligatorio, il compimento di quello stesso fatto, a prescindere dal settore dell'ordinamento nel quale essa risulta collocata; in secondo luogo, che l'avvenuto accertamento, in sede penale, della liceità di un certo fatto comporta, automaticamente, la liceità dello stesso in tutto l'ordinamento giuridico, che non potrà il medesimo fatto sanzionare in diverso modo; in terzo luogo, che la condotta vietata in un settore dell'ordinamento diverso da quello penale non potrà essere dichiarata penalmente non illecita<sup>69</sup>. Orbene, una tale concezione che potremo qui definire "forte" della valenza delle scriminanti non sembra così pacificamente condivisa dalla dottrina tedesca; non è un caso, infatti, che nel trattare il rapporto tra antiggiuridicità ed unità dell'ordinamento giuridico uno dei più noti manuali di parte generale anzitutto si interroghi prevalentemente sulla rilevanza penale del giudizio di liceità/illiceità extrapenale di un fatto, offrendo peraltro conclusioni elastiche, e passando all'esame del caso opposto, proprio portando l'esempio del poliziotto che agisca in modo giustificato ai sensi del § 32 StGB, riconosce la possibilità che il fatto rimanga nondimeno illecito per il diritto pubblico, che rimarrebbe libero di riconnettervi proprie sanzioni<sup>70</sup>. Se così non fosse, del resto, il problema dei rapporti tra disciplina amministrativa e penale dello *S.d.P.* non sarebbe insolubile: se per il diritto penale un certo impiego dell'arma è lecito, tale qualificazione si dovrebbe mantenere in tutto l'ordinamento, compreso nel diritto di polizia; coerentemente, se per quest'ultimo un certo utilizzo dell'arma è lecito, tale dovrebbe essere anche in sede penale. Ma le cose non appaiono così lineari.

Formalmente, la disputa si appunta sul modo di intendere il § 35.2 MEPOlG, che allude al rapporto tra rilevanza amministrativa e penale della condotta del poliziotto. La disposizione, ripetuta con varianti lessicali in quasi tutti i *Polizeirechte*, e che la dottrina denomina «riserva dei diritti di necessità» («*Notrechtsvorbehalt*»)<sup>71</sup>, recita: «Le disposizioni relative alla legittima difesa ed allo stato di ne-

<sup>69</sup> Basti qui il riferimento, anche per la dottrina tedesca più tradizionale, a G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, Milano, 1984, spec. 802 ss., nonché, più di recente, sebbene con alcune precisazioni, a F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, Giuffrè, 2000, 332 ss.

<sup>70</sup> Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, A. T., 4ª ed., Beck, München, 2006, § 14, spec. Rdn 31-34.

<sup>71</sup> La fortunata espressione risale a H. BLEI, *Probleme des polizeilichen Waffengebrauchs*, in JZ, 1955, 625 ss.

cessità rimangono impregiudicate» («*Ungerührt bleiben die Vorschriften über Notwehr und Notstand*»)<sup>72</sup>. L'evidente trasversalità della clausola ha richiamato l'attenzione sia dei cultori del diritto penale che di quelli del diritto amministrativo (e di polizia), dando peraltro spesso l'impressione che il latente oggetto del confronto fossero i reciproci "rapporti di forza" tra i citati settori dell'ordinamento, anche se la questione mantiene un enorme significato pratico, dato che, in materia, le norme del diritto di polizia sono generalmente valutate come più restrittive di quelle del diritto penale<sup>73</sup>. Non stupisce, perciò, il proliferare di svariate ricostruzioni<sup>74</sup>, che volendo tuttavia semplificare possono ricondursi fondamentalmente a tre orientamenti<sup>75</sup>:

a) quello c.d. «giuspubblicistico puro», detto anche «del diritto di polizia», secondo cui l'autorizzazione ad agire dei soggetti pubblici, quale è proprio quella che consente lo *S.d.P.*, non potrebbe essere ampliata dalle cause di giustificazione generali del diritto penale, così che i pubblici ufficiali non potrebbero mai avvalersi, almeno nell'esercizio delle loro funzioni, di queste ultime<sup>76</sup>. A favore di tali conclusioni si fa anzitutto notare come ogni intervento intromissivo della pubblica autorità nella sfera giuridica dei privati cittadini richieda, per il principio di legalità, una specifica autorizzazione normativa, che non può rinvenirsi nelle generiche clausole che incorporano le scriminanti; in caso diverso, infatti, l'intera – e soprattutto più scrupolosa – regolamentazione che il *Polizeirecht* ha dato all'uso delle armi da fuoco verrebbe agevolmente elusa con il comodo ricorso a disposizioni assai più generiche ed elastiche. Si verrebbe così in pratica a creare una sor-

<sup>72</sup> Tale clausola è contenuta anche nel § 10, comma 3, UZwG, che indubbiamente richiama le citate *Notrechtsvorbehalte* sebbene con una formula linguistica più generica: sul punto, v. infatti B. WALTER, §§ 1-20 UZwG, cit., 784 s.

<sup>73</sup> Su tale valutazione, v. per tutti K. KÜHL, *Strafrecht, A.T.*, 6<sup>a</sup> ed., Franz Wahlen, München, 2008, § 7, Rnd 148 e K. HOFFMANN-HOLLAND, *Strafrecht, A.T.*, 2<sup>a</sup> ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, Rnd 276.

<sup>74</sup> Per un più ampio quadro delle teorie proposte e delle argomentazioni portate, v. M. JAHN, *Das Strafrecht*, cit., 273 ss.; T. HILLERKAMP, *32 Probleme aus dem Trafrecht, A.T.*, 13<sup>a</sup> ed., Franz Wahlen, München, 2010, 38 ss.; B. HEINRICH, *Strafrecht, A.T.*, 3<sup>a</sup> ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2012, Rnd 396 ss.

<sup>75</sup> È questa, infatti, l'esemplificazione più diffusa tra i penalisti ed i cultori del diritto di polizia: v. ad es. H.L. GÜNTHER, § 32, in AA.VV., *Systematischer Kommentar zum StGB*, a cura di H.J. Rudolphi, E. Samson, E. Horn, vol. I, 8<sup>a</sup> ed., Luchterland, Köln, (1999), Rnd 15 ss.; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., § 7, Rnd 151 ss.; J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1641 ss.; K. HOFFMANN-HOLLAND, *Strafrecht*, cit., Rnd 276.

<sup>76</sup> La tesi è ovviamente diffusa anzitutto tra i cultori del *Polizeirecht*: v. H. SCHOLLER, B. SCHLOER, *Grundzüge*, cit., 343-344; J.C. PIELOW, *Der sog. Todes- oder Rettungsschuß*, in *Jura*, 1991, spec. 487 s.; F. RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 1013; L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280. Non mancano tuttavia i penalisti, anche autorevoli: v. H. BLEI, *Probleme*, cit., 626 ss.; K. SEELMANN, *Grenzen privater Nothilfe*, in *ZstW*, 1977, spec. 50 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht, A.T.*, 2<sup>a</sup> ed., de Gruyter, Berlin-New York, 1993, cap. 2, sez. 12, Rnd 41 ss. e sez. 13, Rnd 42; M. JAHN, *Das Strafrecht*, cit., 417 ss.

ta di «diritto di necessità dello Stato» («*Staatsnotrecht*») del tutto incontrollabile, ulteriore e diverso da quello già esaustivamente disciplinato dalla Costituzione, che tiene conto di valutazioni politiche di ampio respiro che la norma penale non può contenere, anche in relazione al rapporto tra stato centrale e *Länder*. Né varrebbe obiettare che così stando le cose, e muovendo dal presupposto che il diritto di polizia è più restrittivo del diritto penale in tema di *S.d.P.*, il poliziotto che si imbattersse in una situazione fattuale di legittima difesa o di stato di necessità si troverebbe in una condizione ben peggiore di quella del cittadino, “libero” di invocare i §§ 32 e 34 StGB. Una tale eventualità, infatti, non è eccezionale, poiché, a causa del proprio ufficio, il poliziotto è istituzionalmente tenuto ad esporsi ad un pericolo maggiore rispetto a quello tipicamente corso dal privato, anche perché egli possiede un addestramento ed una preparazione tecnica tale che quest'ultimo ovviamente di norma non ha. Una variante di tale orientamento (c.d. “teoria pubblicistica limitata” o “della autodifesa”), pur ribadendo che di principio le pubbliche autorizzazioni ad agire dello Stato non possono essere ampliate attraverso le cause di giustificazione penali, ammette tuttavia un'eccezione ove il pubblico ufficiale agisca soltanto per autodifesa<sup>77</sup>. Tale eccezione sarebbe motivata principalmente con due argomenti, peraltro contigui. Il primo sostiene che in caso di autodifesa il poliziotto può sì operare formalmente nel servizio ma sostanzialmente non certo nella percezione di stare adempiendo uno specifico compito dell'ufficio di polizia, che tuttavia è l'unico che il *Polizeirecht* può considerare: in tali frangenti, quindi, la collisione tra diritti di necessità penali e regolamentazione del diritto di polizia non vi sarebbe. Il secondo interpreta la sopra citata *Notrechtsvorbehalt* come riferita logicamente al caso di autodifesa poiché quest'ultima costituisce un diritto naturale del poliziotto in quanto essere umano, e quindi soggetto autonomo rispetto al suo essere (anche) pubblico ufficiale: ne deriva che le aggressioni antiggiuridiche ai danni della persona-poliziotto potrebbero essere legittimamente respinte anche oltre i restrittivi regolamenti di servizio.

Peraltro, si deve per completezza aggiungere che la tesi in discorso dovrebbe comunque garantire al poliziotto l'impunità, considerato che la stessa, prevalente dottrina penalistica ritiene che il catalogo delle fonti giuridiche («*rechtsquellen*») idonee a produrre cause di giustificazione non abbia affatto natura “chiusa”, potendo esso infatti arricchirsi con disposizioni provenienti, ad esempio, sia dal codice civile che dal diritto pubblico; anzi, pur non contemplando lo StGB “clausole aperte” come quella in pratica recata del nostro art. 51 c.p., si ritiene che anche i

<sup>77</sup> V. K. AMELUNG, *Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten*, in *Jus*, 1986, spec. 332 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentar*, in *GA*, 1985, spec. 365 ss.; R. MAURACH, H. ZIPF, *Strafrecht*, A.T., tomo 1, 8ª ed., Müller Verlag, Heidelberg, 1992, § 26, Rnd 34; K. HOFFMANN-HOLLAND, *Strafrecht*, cit., Rnd 276.

«*Dienstrechte*» (o «*Amtsrechte*»), ossia le norme di servizio che disciplinano l'attività istituzionale degli organi pubblici, possano originare situazioni scriminanti<sup>78</sup>.

b) quello c.d. «penalistico puro», secondo il quale anche i pubblici ufficiali possono di norma ricorrere alle cause di giustificazione generali nell'esercizio delle loro mansioni, così che la condotta da essi tenuta nei confronti del soggetto leso, se conforme ai §§ 32 e 34 StGB, risulterebbe conforme non soltanto al diritto penale ma anche al diritto di polizia<sup>79</sup>. Ed invero, si sostiene anzitutto che il pubblico ufficiale non può, in quanto «cittadino in uniforme», essere trattato in modo più svantaggioso rispetto al privato, senza contare che nessuno dubita, al contrario, che ad esempio le cause di giustificazione previste dai §§ 193 StGB e 127 StPO siano applicabili anche al pubblico ufficiale, il che renderebbe ancora più incomprensibile l'eventuale divieto per questi di avvalersi dei §§ 32 e 34 StGB. Ampliando il discorso – e sempre muovendo implicitamente dall'assunto che il diritto di polizia sia meno permissivo di quello penale – si osserva che se al poliziotto fosse ridotto il margine di lecito intervento a favore del cittadino aggredito, non riconoscendogli la possibilità di invocare il soccorso difensivo o di necessità, il tradizionale principio di sussidiarietà della difesa privata davanti alla tempestiva difesa pubblica statale risulterebbe superato, con la conseguenza che la difesa civica e l'autorganizzazione privata assumerebbero più vaste proporzioni: uno sviluppo, questo, che nessuno potrebbe auspicare. Del resto, il timore che riconoscendo al poliziotto i diritti dei §§ 32 e 34 StGB questi inizi a sparare senza criterio dovrebbe comunque essere escluso dalla circostanza che il poliziotto è addestrato proprio ad un uso efficace ma parco dell'arma da fuoco. In opposizione alle altre ricostruzioni, si fa infine notare: che anche nel diritto di polizia esistono clausole autorizzatorie di un determinato agire non meno generali ed ampie di quelle dei §§ 32 e 34 StGB; che il pubblico funzionario, allorquando si trova in una situazione di legittima difesa, debba agire, in base alla situazione che muta, a momenti come soggetto pubblico ed a momenti come privato è il frutto di una

<sup>78</sup> Cfr. anzitutto H. FRISTER, *Strafrecht, A.T.*, 5<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2011, cap. 13, Rnd 10 e T. FISCHER, *StGB und Nebengesetze*, cit., vor § 32, Rnd 6, ma anche, più in generale, R. MAURACH, H. ZIPF, *Strafrecht*, cit., § 25, Rnd 11 ss.; B. HEINRICH, *Strafrecht*, cit., Rnd 327 ss.; V. KREY, R. ESER, *Deutsches Strafrecht, A.T.*, 5<sup>a</sup> ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2012, Rnd 453 ss.;

<sup>79</sup> Cfr., anche per ulteriori riferimenti di dottrina, J. WESSELS, W. BEULKE, *Strafrecht, A.T.*, 39<sup>a</sup> ed., Müller Verlag, Heidelberg, 2009, Rnd 289; P. BOCKELMANN, *Strafrecht, A.T.*, 4<sup>a</sup> ed., Beck, München, 1987, 95 s.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., § 15, Rnd 112 ss., § 16, Rnd 103 s.; G. STRATENWERTH, L. KUHLEN, *Strafrecht, A.T.*, 6<sup>a</sup> ed., Franz Vahlen, München, 2011, § 9, Rnd 94; F. HAFT, *Strafrecht, A.T.*, 9<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2004, 70; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., § 7, Rnd 153 ss.; W. PERRON, § 32, in AA.VV., *StGB Kommentar*, a cura di A. Schönke, H. Schröder, 28<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2010, Rnd 42c; C. JÄGER, *Examens-Repetitorium. Strafrecht, A.T.*, 5<sup>a</sup> ed., Müller Verlag, Heidelberg, 2011, 96; R. RENGIER, *Strafrecht, A.T.*, 4<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2012, § 18, Rnd 95 s. In giurisprudenza, v. BGH 23.9.1977 -1 Bjs 55/75, in NJW, 1977, 2172; Id., 30.6.2004-2 StR 82/04, in NSZ, 2005, n. 1, 31.

deformata assimilazione dello stesso al camaleonte, che appare assolutamente irrealistica; che la teoria differenziante – della quale si dirà *sub c)*, ma comprensibile già dalla sua stessa denominazione – porta ad un risultato contraddittorio, ossia che il poliziotto sarebbe giustificato penalmente e civilmente, ma per i danni che egli avrebbe inferto all'aggressore sarebbe comunque chiamato a rispondere in regresso dallo Sato.

c) quello c.d. «differenziante», o della «scissione», che volendo trovare una sintesi tra i due precedenti orientamenti afferma che le generali cause di giustificazione penali non fondano alcuna ulteriore facoltà di intervento della Polizia secondo il diritto pubblico, limitandosi semplicemente a sollevare il pubblico ufficiale da una sua eventuale responsabilità penale<sup>80</sup>. Evidente presupposto di siffatta tesi è il riconoscimento di una netta crasi tra diritto pubblico (e di polizia) e diritto penale: il primo, infatti, giudicherebbe la liceità dei comportamenti “pubblici” dei poliziotti, mentre il diritto penale, al contrario, verrebbe in rilievo la sola rilevanza (penale) delle condotte del pubblico ufficiale quale “privato cittadino”. Il diverso contenuto delle regole pubblicistiche e penalistiche, frutto di un differente scopo funzionale delle stesse, spiegherebbe senza alcuna contraddizione logica il perché la medesima condotta possa essere illecita in un ramo dell'ordinamento e lecita nell'altro. Si avverte, infatti, che chi volesse preservare l'unità dell'ordinamento riconoscendo prevalenza alla di volta in volta più ampia norma autorizzatoria, in realtà dimentica le specificità di ogni settore giuridico e procura il mancato rispetto del riparto delle competenze legislative. Ne risulta, così, che un poliziotto che consapevolmente, in casi estremi, si determinasse a prestare soccorso a terzi oltre gli stretti confini delle sue facoltà d'ufficio dovrebbe essere pronto ad accettare per ciò le conseguenze disciplinari, sebbene rimanga fermo il fatto che per quanto attiene alle conseguenze civili e penali egli non possa essere trattato in modo peggiore rispetto ad un normale cittadino che prestasse il soccorso.

## 7. *Un sintetico confronto tra “modelli” diversi di tipizzazione dell'uso delle armi da parte della forza pubblica*

I meccanismi normativi che il legislatore potrebbe in astratto utilizzare per sancire la non punibilità di condotte penalmente rilevanti commesse nell'esercizio

<sup>80</sup> Cfr. P. KIRCHHOF, *Polizeiliche Eingriffsbefugnisse und private Nothilfe*, in *NJW*, 1978, spec. 972 s.; G. BEAUCAMP, §§ 32, 34 *als Ermächtigungsgrundlagen für polizeiliches Eingreifen*, in *JA*, 2003, spec. 404 s.; D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 25; A. ENGLÄNDER, *Grund und grenzen der Nothilfe*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, 233; W. JOECKS, *StGB Studienkommentar*, 10<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2012, § 32, Rnd 60; R. SCHMIDT, *Strafrecht, A.T.*, 9<sup>a</sup> ed., Schmidt Verlag, Grasberg bei Bremen, 2010, Rnd 333; H. FRISTER, *Strafrecht*, cit., cap. 16, Rnd 34 ss., cap. 17, Rnd 31.

della funzione coercitiva pubblica sono riconducibili, fondamentalmente, a tre modelli<sup>81</sup>: il primo, ad esempio adottato dal codice Zanardelli ed attualmente recepito in molti Paesi, non prevede alcuna disciplina specifica della materia, che viene perciò lasciata alla copertura eventualmente offerta dalle cause scriminanti generali; il secondo, tipico dell'ordinamento tedesco, non contemplerebbe, al pari del primo, una precipua causa di giustificazione, ma lascerebbe alla normativa extrapenale il compito di regolamentare i casi nei quali l'uso pubblico delle armi è consentito; il terzo, infine, sarebbe il modello prescelto (unicamente) dal codice Rocco, e fondato, come noto, sulla previsione di una scriminante *ad hoc*. A fronte di tale modellistica, è stato affermato che «in un ordinamento democratico sembra [...] preferibile – così si procede in talune democrazie occidentali – introdurre una previa minuziosa disciplina extrapenale dei poteri-doveri della forza pubblica», la quale, si conclude, dovrebbe legittimare «l'impiego dei mezzi di coazione fisica (e ovviamente soprattutto le armi) esclusivamente come assoluta *extrema ratio*[...]»<sup>82</sup>. Sebbene non espressamente richiamata, è quindi all'esperienza tedesca che la nostra dottrina guarda con più attenzione<sup>83</sup>.

Più che al modello in sé, è chiaro che i *desiderata* sopra riportati guardano alle “prestazioni regolative” che il sistema d'Oltralpe è in grado – o supposto tale – di offrire. A ben vedere, infatti, nell'auspicato recepimento del sistema normativo dello *S.d.P.* è implicita l'esigenza di non affidare più, come oggi accade, la regolamentazione di una così delicata materia ad una clausola generale del codice penale, che allo stesso tempo fonda e disciplina, in modo generico, l'uso delle armi da parte della forza pubblica, così scriminando *ex ante* la condotta dell'operatore a prescindere dal risultato della stessa<sup>84</sup>. Al contrario, il risultato al quale si mira è chiaramente quello di pervenire ad una «minuziosa disciplina» dell'uso delle armi che funga da dettagliato (e restrittivo) presupposto autorizzatorio dello stesso, rispetto alla quale il codice si dovrebbe limitare a fornire la “copertura” dell'impunità; il che potrebbe avvenire, se non ci inganniamo, semplicemente ponendo in relazione applicativa l'invocata disciplina extrapenale con una scriminante aspecifica in grado di recepirne i contenuti regolativi, come potrebbe essere quella recata dall'attuale art. 51 c.p.

<sup>81</sup> Per questa tripartizione, v. E. MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, 126.

<sup>82</sup> Testualmente, M. ROMANO, *Commentario sistematico del c.p.*, vol. I, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2004, 563-564.

<sup>83</sup> Si pongono infatti sulla scia di Romano gli auspici di E. MEZZETTI, *Uso*, cit., 142; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, P.G., 5<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2013, 418-419; V. MUSACCHIO, *L'uso legittimo delle armi*, Giuffrè, Milano, 2005, 139; D. BRUNELLI, *L'uso delle armi del pubblico agente tra giustificazione e scusa*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Jovene, Napoli, 2011, 811.

<sup>84</sup> Sulla peculiare struttura scriminante della fattispecie dell'art. 53 c.p., v. infatti D. BRUNELLI, *L'uso*, cit., 789 s.



Il fatto è, però, che nessuno dei più noti progetti di riforma del codice penale ha seguito tale via. La strada più battuta è stata invece quella o del mantenimento dell'autonoma scriminante sulla falsariga dell'art. 53, tuttavia assoggettato ad un processo di "democratizzazione" contenutistica (si vedano gli artt. 16, lett. f, del "progetto Pagliaro", 38 del "progetto Grosso" e 31 del "progetto Nordio")<sup>85</sup>, ovvero della sua considerazione come specifica ipotesi di adempimento del dovere (v. l'art. 15 del "progetto Pisapia")<sup>86</sup>. Al più, sono rinvenibili echi del sistema tedesco – ammesso che ad esso si fosse guardato – in quelle proposte che, ad esempio, vietano l'uso dell'arma allorquando «a realizzare l'obiettivo è sufficiente l'impiego di un altro mezzo di coazione fisica meno pericoloso», o quando si «determini un concreto pericolo per la vita o per l'incolumità fisica di persone estranee» (art. 38, "progetto Grosso"), oppure subordinano il suo utilizzo alla necessità di «impedire la consumazione dei reati contro la vita, l'incolumità o [sic] la libertà» (art. 31, "progetto Nordio"). Viene perciò da chiedersi se tali soluzioni regolative, per di più reiterate durante un lungo arco di tempo, siano il frutto di un pigro adagiamento culturale su quella che ormai ci si è rassegnati a vedere come tradizione vincolante, o se invece esse abbiano (anche) una diversa ragione d'essere.

Orbene, non v'è dubbio che, come visto, la regolamentazione che il *Polizei-recht* dà all'uso delle armi sia formalmente molto articolata, ricca di ipotesi e sotto ipotesi di legittimazione all'intervento armato. Tuttavia, si è anche ricordato come la stessa dottrina tedesca ammetta una duplice circostanza (v. *supra*, § 5). Da un lato, infatti, è stato riconosciuto come alcune di tali previsioni normative fondino la reazione armata più sulla percepita (*ex ante*) pericolosità del soggetto passivo che sul concreto rischio per la vita o l'incolumità fisica che la situazione alla quale l'agente si oppone oggettivamente dimostra, il che solleva non pochi dubbi sulla loro agevole trasmigrazione oltre i confini meridionali della Germania. Dall'altro, si constatava come, nella pratica, l'operatore non abbia comunque tempo per complesse operazioni di sussunzione, per quanto la normativa possa in astratto richiederle, tanto che si è giunti espressamente ad ammettere che «*in der Praxis der Verhaltensmaßstab des einzelnen Polizeibeamten in erster Linie an den strafrechtlichen Bestimmungen über Notwehr und Nothilfe ausgerichtet ist*»<sup>87</sup>: co-

<sup>85</sup> Una tale via di riforma era stata peraltro autorevolmente suggerita sin dai primi anni duemila: v. infatti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 4<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2001, 286 (e ad oggi confermata nella 8<sup>a</sup> ed., 2013, 278).

<sup>86</sup> I testi dei progetti sono reperibili sul sito del Ministero della Giustizia ([www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)), nella sezione «pubblicazioni, studi, ricerche».

<sup>87</sup> Testualmente, F. RACHOR, *Das Polizeihandeln*, cit., Rdn 966. Similmente, C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., § 15, Rnd 113, ritiene che le discipline extrapenalistiche dello *S.d.P.* «riassumano in forma comoda e concreta» i requisiti tipici della legittima difesa.

me a dire, che alla fine si torna pur sempre operativamente alle (più intuitive) regole della legittima difesa e del soccorso difensivo, le quali del resto, ed a dispetto del dettato normativo, anche in Germania non disconoscono del tutto i principî informatori della disciplina extrapenale dello *S.d.P.*<sup>88</sup>

A tale ultimo proposito, occorre ricordare come più volte si sia evidenziato come la quasi totalità delle più specifiche – e da noi “invidiate” – ipotesi di uso dell’arma codificate dal MEPolG e dalla UZwG altro non costituiscano se non la coerente concretizzazione dei principî di proporzione tra beni e di “ultimo mezzo” ai quali tale disciplina dichiara espressamente di ispirarsi. Ma a ben vedere, tali canoni non sono poi così dissimili da quelli che, di fatto, attualmente presiedono alla concreta applicazione dell’art. 53 c.p. Ed invero, oggi può dirsi assolutamente consolidato in dottrina e giurisprudenza l’assunto che vuole l’intervento armato della forza pubblica coperto dall’art. 53 c.p. soltanto alla duplice condizione che: l’agente non disponesse di altro strumento utilizzabile e, tra quelli disponibili ed ugualmente efficaci, egli abbia impiegato quello meno lesivo per la vittima (necessità); che l’intervento sia proporzionato alla situazione concreta, così che lo scopo dell’agente risulti conseguito con il minor sacrificio possibile del contrapposto interesse della vittima<sup>89</sup>. Certo, è comprensibile dubitare che le dichiarazioni di principio dimostrino poi la medesima capacità tipizzante di un’autorizzazione comportamentale specifica, ma va anche detto che alla fine l’entità dell’incertezza dipende in larga misura dal tipo di “sensibilità giuridica” diffusa tra i protagonisti del sistema. Del resto, per onestà va pure ricordato che quando con l’art. 14 della l. n. 152 del 1975 il legislatore intervenne – forse in modo discutibile – per dettagliare i casi in cui l’uso delle armi doveva ritenersi “più speditamente” consentito ai sensi dell’art. 53 c.p., le reazioni in dottrina furono tiepide se non apertamente critiche, e foriere poi di ulteriori problematiche applicative<sup>90</sup>. Si torna quindi al dilemma non nuovo se, pur nel quadro del canone

<sup>88</sup> Il riferimento è alla «intollerabile», «estrema» o «crassa» sproporzione tra beni aggrediti e difesi, che comunemente viene annoverata tra i già richiamati «limiti etico-sociali» della legittima difesa: v. tra gli altri T. FISCHER, *StGB und Nebengesetze*, cit., § 32, Rnd 39; A. ENGLÄNDER, *Grund*, cit., 356 ss.; H. FRISTER, *Strafrecht*, cit., cap. 16, Rnd 25.

<sup>89</sup> Per la dottrina, basti il rinvio a G. RIPAMONTI, *Art. 53*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, vol. I, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, 3<sup>a</sup> ed., Ipsoa, Milano, 2011, 842 ss. In giurisprudenza, tra le più recenti v. Cass. pen., sez. V, 2.10.2014, Vasta, in *Guida dir.*, 2014, n. 42, 90; Id., sez. IV, 17.2.2011, Serafino, in *Cass. pen.*, 2012, spec. 1372 s.; Id., 15.11.2007, Saliniti, in *Giust. pen.* 2009, II, 260.

<sup>90</sup> V., già tra i primi commentatori della legge, F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell’ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Quest. crim.*, 1975, 258 ss.; P. NUVOLONE, *Nota alla legge 22 maggio 1975, n. 152*, in *Ind. pen.*, 1975, 249; G. PECORELLA, *La legge Reale: un attentato alla costituzione*, in AA.VV., *Ordine pubblico e criminalità*, Mazzotta editore, Milano, 1975, 92 s.; R. SPIZUOCO, *La coazione del pubblico ufficiale e la rapina aggravata*, in *Riv. pol.*, 1976,

di determinatezza, sia più opportuna una legislazione (tendenzialmente) casistica o sintetica<sup>91</sup>.

In conclusione, si può osservare che la divergenza reale tra la disciplina tedesca e quella italiana dell'uso dell'arma da fuoco da parte della forza pubblica è nei fatti minore di quella che *prima facie* si potrebbe ritenere. Invero, sebbene alcune precipe disposizioni del MEPolG possano destare forti perplessità al giurista italiano, senz'altro refrattario ad infiltrazioni del diritto penale d'autore o all'affermazione "a tutti i costi" della prevalenza dei beni dell'agredito su quelli dell'aggressore, che in parte sono presenti, come visto, nel progetto tedesco<sup>92</sup>, è pur vero che i principi direttivi ai quali le disposizioni in materia dei due Paesi si ispirano non sembrano di certo antitetiche, pur nella diversità delle cornici normative generali di riferimento, che comunque continuerebbero a fare da contorno alle eventuali norme d'importazione. Ciò che in ogni caso è opportuno avere sempre ben presente è che, qualsiasi sarà la futura disciplina – penale o extrapenale – che di tale scivolosa materia si voglia auspicare, essa dovrà fungere, prima che da regola di giudizio, da regola di comportamento riconoscibile e governabile dall'operatore: ciò che infatti più conta non è tanto implementare, nel processo, le condanne per uso illegittimo delle armi, ma fornire, "nella strada", regole (poche ma) chiare che tale uso il più possibile scongiurino.

315 ss.; M.A. COLACCI, *Problemi vecchi e nuovi a proposito dell'art. 53 cod. pen.*, in AA.VV., *Studi in memoria di Ugo Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, 150 ss.; E. MEZZETTI, *Uso*, cit., 137 s.

<sup>91</sup> Sull'ampio dibattito, v. per tutti M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 50 s. e F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979, 296 ss., nonché, riassuntivamente, D. PETRINI, *Il principio di determinatezza*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale*, P.G., Giuffrè, Milano, 2013, 126 ss.

<sup>92</sup> Emblematiche, ad esempio, le ampie discussioni suscitate in dottrina dalle disposizioni della legge ex Cirielli sulla recidiva e dall'introduzione della legittima difesa domiciliare.



## HANNO COLLABORATO AL VOLUME

MARTA BERTOLINO – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

RENATO BRICCHETTI – Presidente di Sezione della Corte di Appello di Milano

DAVID BRUNELLI – Professore ordinario nell’Università di Perugia

MARGHERITA CASSANO – Consigliere della Corte di Cassazione

GIULIA CHECCACCI – Perfezionata presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

STEFANO CORBETTA – Magistrato del Tribunale di Milano

ALESSANDRO CORDA – Post-Doctoral Research Fellow presso la University of Minnesota Law School (USA)

EMANUELE CORN – Research fellow nell’Università di Antofagasta (Cile)

CRISTIANO CUPELLI – Ricercatore nell’Università di Roma “Tor Vergata”

OMBRETTA DI GIOVINE – Professore ordinario nell’Università di Foggia

ALBERTO DI MARTINO – Professore straordinario nella Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

LUIGI FERRAJOLI – Professore emerito nell’Università di Roma Tre

ALBERTO GARGANI – Professore ordinario nell’Università di Pisa

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC – Professore nell’Università di Valencia (Spagna)

ANTONIO GULLO – Professore associato nell’Università di Messina

ALESSANDRA MACILLO – Dottoranda di ricerca nell’Università di Trento

FILIPPO MAGGI – Cultore della materia nell’Università di Ferrara

ANTONELLA MARANDOLA – Professore ordinario nell’Università LUM Jean Monnet

GIANFRANCO MARTIELLO – Ricercatore nell’Università di Firenze

DARIO MICHELETTI – Professore associato nell’Università di Siena

OSCAR MORALES – Avvocato presso lo Studio legale Uría Menéndez

FRANCESCO MORELLI – Ricercatore nell’Università di Ferrara

DANIELE NEGRI – Professore associato nell’Università di Ferrara

RENZO ORLANDI – Professore ordinario nell’Università di Bologna

CATERINA PAONESSA – Dottore di ricerca nell’Università di Firenze

MICHELE PAPA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

CARLO PIERGALLINI – Professore ordinario nell’Università di Macerata

GIORGIO PINO – Professore associato nell’Università di Palermo

MARIO PISANI – Professore emerito nell’Università di Milano

LUCA PISTORELLI – Consigliere della Corte di Cassazione

GAETANO RUTA – Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di  
Milano

FRANCESCO SBISÀ – Avvocato del Foro di Milano

MICHELE TARUFFO – Professore nell’Università di Girona (Spagna)

GIOVANNI TUZET – Professore associato nell’Università Bocconi di Milano

DIRK VAN ZYL SMIT – Professore nell’Università di Nottingham (Regno Unito)

PAOLO VERONESI – Professore associato nell’Università di Ferrara

CATY VIDALES RODRÍGUEZ – Professore nell’Università Jaume I di Castellón de  
la Plana (Spagna)

LUCIANO VIOLANTE – Professore nell’Università di Camerino

THOMAS WEIGEND – Professore nell’Università di Colonia (Germania)

FRANCESCO ZACCHÈ – Professore associato nell’Università di Milano “Bicocca”

## Criteria per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato di direzione di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni ai quali sono inviati, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Ogni scritto pubblicato è stato valutato favorevolmente da due Revisori che lo hanno giudicato l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) i contributi richiesti a studiosi o esperti di comprovata competenza e pubblicati nelle rubriche intitolate "*Opinioni a confronto*", "*Tavola rotonda*" o similari.  
La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata all'unanime parere positivo del Comitato di Direzione.
3. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di Direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

## Revisori

Elio R. Belfiore	Giulio Illuminati	Vania Patanè
Marta Bertolino	Gaetano Insolera	Paolo Patrono
Alberto Cadoppi	Sergio Lorusso	Massimo Pavarini
Giampaolo Demuro	Vincenzo Maiello	Davide Petrini
Alberto di Martino	Ferrando Mantovani	Carlo Piergallini
Vittorio Fanchiotti	Luca Marafioti	Tommaso Rafaraci
Giovanni Fiandaca	Enrico Marzaduri	Lucia Risicato
Giovanni Flora	Oliviero Mazza	Placido Siracusano
Luigi Foffani	Nicola Mazzacuva	Luigi Stortoni
Désirée Fondaroli	Alessandro Melchionda	Paolo Veneziani
Gabriele Fornasari	Sergio Moccia	
Roberto Guerrini	Vito Mormando	

Edizioni ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di settembre 2015