

Gianfranco Martiello

I limiti penali
dell'uso della forza pubblica:
una indagine di parte generale

anteprima

vai alla scheda del libro su www.edizioniets.com



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

*Volume realizzato grazie al contributo del MIUR, linea di finanziamento FFABR
(Fondo di Finanziamento delle Attività Base di Ricerca) 2017,
prevista dall'art. 1, commi 295 ss., legge 11 dicembre 2016, n. 232.*

© Copyright 2019

EDIZIONI ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675628-2

ISSN 2283-5296

*A mia moglie,
compagna di tante avventure, questa non esclusa,
ed a mio padre,
esempio di rettitudine
e perseveranza*

Art. 7. [...] Coloro che promuovono, trasmettono, eseguono o fanno eseguire ordini arbitrati debbono essere puniti; ma ogni cittadino, chiamato o arrestato in forza della legge, deve obbedire all'istante. Egli si rende colpevole resistendo.

Art. 12. La garanzia dei diritti dell'uomo e del cittadino rende necessaria una forza pubblica; questa è dunque istituita per il vantaggio di tutti, e non per l'utilità particolare di coloro ai quali è affidata.

[Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789]

INDICE

<i>Premessa</i>	
Ragioni e delimitazione della ricerca	15
<i>Capitolo I</i>	
I limiti statici e situazionali all'utilizzo della forza pubblica	17
1. La disciplina dell'uso della forza pubblica come baricentro dell'equilibrio tra Autorità e Libertà: ambito della trattazione	17
2. Il profilo "statico" della legittimazione alla coazione pubblica: i soggetti autorizzati a farne uso ed i compiti di istituto che possono richiederne l'impiego	21
2.1. L'attività di polizia e le sue fondamentali partizioni	28
2.2. Il potere di «coazione diretta» come attribuzione tipica connessa all'esercizio dell'attività di polizia: alcune distinzioni	32
3. Il profilo "dinamico-situazionale" del ricorso alla violenza pubblica	39
3.1. La violenza da respingere	43
3.2. La resistenza da vincere	49
3.3. L'impedire comunque la consumazione di determinati delitti	54
4. I limiti statici e situazionali all'uso della forza pubblica: un primo riepilogo	57
<i>Capitolo II</i>	
I limiti modali nell'uso degli strumenti di coazione fisica	59
1. Le «armi» e gli «altri mezzi di coazione fisica»: una prima delimitazione categoriale	59
2. Il piano dell'indagine: le regole operative per l'impiego di alcuni tipici strumenti individuali di coazione fisica	64
3. Lo « <i>Use of Force Continuum</i> » ed il ricorso all'arma da fuoco	66
4. Le moderne « <i>Less Than Lethal Weapons</i> » a disposizione della Forza pubblica: la pistola « <i>Taser</i> » e lo « <i>spray O.C.</i> »	70
4.1. L'ingresso di tali strumenti di coazione fisica nell'ordinamento italiano	71
4.2. I rischi per la salute umana e le regole prudenziali per il loro impiego	75
5. Gli strumenti da impatto	81
6. La procedura di ammanettamento ed il pericolo di morte da asfissia posturale	83

Capitolo III

I modelli codicistici di disciplina dell'uso pubblico della forza: uno sguardo storico-comparatistico	89
1. Oggetto dell'indagine	89
<i>Sezione I. Il modello liberale del codice Zanardelli</i>	
2. Diritti dell'individuo e limiti del potere pubblico nell'ideale del liberalismo: minime coordinate teoriche	91
2.1. La pratica attuazione dei principî, ossia del così detto "autoritarismo liberale"	94
2.2. Le attribuzioni e le guarentigie del pubblico ufficiale nel modello napoleonico ed i temperamenti degli artt. 192 e 199 del codice Zanardelli	99
2.3. Il riferimento all'«eccesso» nell'esercizio della «forza pubblica» nei codici piemontesi	104
2.4. Il trattamento penale del ricorso alla violenza da parte degli agenti della pubblica forza nel codice Zanardelli	108
2.5. (<i>Segue</i>) L'uso della violenza pubblica tra adempimento della legge e necessità di difendersi del pubblico ufficiale	110
2.6. (<i>Segue</i>) La «necessità di respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta»	115
2.7. (<i>Segue</i>) Il ridotto ruolo della provocazione	119
<i>Sezione II. Il modello tedesco</i>	
3. La disciplina dello « <i>Schusswaffengebrauch der Polizei</i> »: uno sguardo d'insieme	121
3.1. L'uso dell'arma da fuoco nel « <i>Verwaltungsrecht</i> »: note sistematiche	123
3.2. (<i>Segue</i>) La disciplina amministrativa dell'uso dell'arma da fuoco	124
3.3. La dimensione penalistica del tema ed i problemi di perimetrazione verso il « <i>Polizeirecht</i> »	135
<i>Sezione III. Il modello originario del codice Rocco</i>	
4. La "rivoluzione" fascista ed il rapporto Stato-individuo: il pensiero politico di Alfredo Rocco	140
4.1. La tutela penale codicistica del pubblico ufficiale di fronte al cittadino	142
4.2. L'inserimento dell'art. 53 c.p. nel sistema di giustificazione penalistica dell'uso della forza pubblica	145
4.3. La così detta "garanzia amministrativa" dell'art. 16 c.p.p. abr.	149
5. Un primo tentativo di sintesi	152

Capitolo IV

L'uso della forza pubblica nella cornice delle odierne norme apicali	161
1. Libertà ed Autorità nel quadro delle norme di vertice dell'ordinamento giuridico: l'oggetto dell'indagine	161
2. La posizione dell'individuo nella Carta costituzionale: tra diritti, doveri, libertà e limiti	162

2.1. L'approccio della dottrina penalistica al rapporto Stato-individuo: il pensiero di Ferrando Mantovani	163
2.2. «Diritti inviolabili» dell'uomo e prerogative dello Stato democratico: la necessità di una lettura storicamente orientata del loro rapporto	166
2.3. Il collegamento tra «diritti inviolabili» e «doveri inderogabili»: in specie, gli obblighi solidaristici previsti dall'art. 53, comma 1, Cost.	170
2.4. Sicurezza ed ordine pubblico nella Costituzione: rilievi preliminari	177
2.5. (<i>Segue</i>) Sicurezza ed ordine pubblico come limiti alle libertà della persona	182
3. L'uso della forza pubblica come atto amministrativo esecutivo: le direttive di principio	186
3.1. Potere di coazione diretta ed «esecutorietà» degli atti di polizia	186
3.2. I principî di riferimento dell'azione di polizia alla luce del diritto amministrativo costituzionalmente orientato	189
3.3. (<i>Segue</i>) La responsabilità diretta dell'agente pubblico e la vicenda della garanzia amministrativa	195
4. Uso della forza pubblica e diritto alla vita nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo	200
4.1. L'art. 2 CEDU e l'obbligo di «adeguatezza» della disciplina nazionale in materia di uso della forza pubblica con effetti potenzialmente letali	201
4.2. Il legittimo ricorso alla forza mortale: il paragrafo secondo dell'art. 2 CEDU ed il limite della «assoluta necessità»	205
4.3. Le potenziali ricadute dei <i>desiderata</i> convenzionali sull'art. 53 c.p.: cenni alle opinioni sorte in dottrina	210

Capitolo V

La giustificazione dell'uso della forza pubblica: i limiti sistemici	217
1. Limiti «statici», limiti «situazionali», limiti «modali» e limiti «sistemici» all'uso della forza pubblica	217
2. La «necessità» di ricorrere alla forza nell'esercizio della pubblica funzione	218
3. L'uso «proporzionato» della forza pubblica	223
3.1. La progressiva emersione della proporzionalità quale limite assiologico effettivo all'uso della forza pubblica	227
3.2. Dalla «proporzione» al «giudizio di proporzione»: i problematici oggetti da porre in bilanciamento	231
3.3. (<i>Segue</i>) L'irriducibile fluidità della «regola di prevalenza» tra gli interessi	235
4. Una problematica e provvisoria chiusa	239

<i>Per concludere</i>	243
-----------------------	-----

<i>Bibliografia</i>	253
---------------------	-----

Premessa

RAGIONI E DELIMITAZIONE DELLA RICERCA

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, ovviamente dall'ambito prospettico che gli si addice, è chiamato ad offrire il proprio contributo. Invero, fatti come il decesso, nel corso dello svolgimento di ordinarie operazioni di polizia, di Federico Aldrovandi, di Stefano Cucchi, di Gabriele Sandri o di Riccardo Magherini, giusto per citare casi ai quali i *media* hanno dato ampio risalto, ripropongono all'attenzione dello studioso del diritto, sebbene da angolazioni in parte differenti, anzitutto il problema quanto mai storicamente dibattuto della individuazione dei limiti che l'uso della coazione pubblica incontra di fronte ai diritti fondamentali dell'individuo. In questa sede, si intende perciò raccogliere lo stimolo che dai suddetti fatti di cronaca proviene a riflettere ulteriormente sulla disciplina generale che sovrintende all'esercizio di tale incisiva forma di espressione dell'*imperium* pubblico, prendendo a filo conduttore del discorso l'art. 53 c.p. Per vero, la presente ricerca non intende strutturarsi né come precipuo ed analitico studio di tale disposizione codicistica, alla quale, del resto, la dottrina ha nel tempo già dedicato significative trattazioni di stampo monografico¹, né come viatico per un più generale studio delle cause di giustificazione, campo, anch'esso, ormai profondamente arato, anche di recente². Il riferimento costante alla suddetta disposizione nondimeno si impone sia perché – o non fosse altro perché – essa ha più volte fornito l'*occasio* per riflettere più ampiamente sul variabile punto di equilibrio tra esercizio dell'Autorità e rispetto della Libertà che essa concorre innegabilmente ad individuare, sia perché il quadro di sistema nel quale essa si trova oggi ad operare ne autorizza una lettura distaccata dalle originarie matrici autoritarie ed in grado invece di coglierne – forse non senza alimentare un certo paradosso storico – persino gli effetti delimitativi che essa parrebbe potere imporre all'agire violento del pubblico ufficiale. Della fattispecie recata dall'art. 53 c.p., infatti, si è cercato qui di valorizzare le indicazioni che da essa

¹ Il riferimento è, in particolare, ad ALIBRANDI, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, 1979; LAURO, *L'uso legittimo delle armi e degli altri mezzi di coazione fisica nell'ordinamento italiano*, V^a ed., Roma, 1999; MUSACCHIO, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, 2006; CARUSO DE CAROLIS, CONTINIELLO, *L'uso legittimo delle armi*, Bergamo, 2016; SARTARELLI, *Uso legittimo della violenza pubblica e diritto penale*, Bari, 2018.

² Sia sufficiente, per tutti, il richiamo al recentissimo ed ampio lavoro di CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino, 2018, *passim*, ed all'ampia bibliografia che *ivi* si rinviene.

parrebbero potersi utilmente trarre per la ricostruzione “in positivo” dei presupposti legittimanti l’uso della forza pubblica, ovviamente nel collegamento con tutto il sistema penale (e non solo).

In specie, la ricerca si propone di evidenziare, nei suoi primi due capitoli, anzitutto quali siano i soggetti pubblici titolari del potere di utilizzare la forza nei confronti dei cittadini e le situazioni di fatto al cui ricorrere essi ne possono fare praticamente uso, nonché le modalità operative con le quali l’utilizzo dei (più comuni) mezzi di coazione deve avvenire. Nel terzo e quarto capitolo si esploreranno i presupposti politici e normativi che sovrintendono all’uso della forza da parte dell’apparato pubblico, e quindi fissano il delicato punto di equilibrio tra la forma di espressione più rappresentativa ed incisiva dell’Autorità, ed il rispetto dei diritti dei cittadini, *in primis* di quelli alla vita ed alla incolumità fisica. In particolare, nel terzo capitolo si cercherà di definire quali siano state le cornici politico-istituzionali entro le quali il rapporto Autorità-individuo deve essere inquadrato nel passaggio dallo Stato liberale a quello autoritario, simboleggiato, sul piano interno, dal subentro del codice Rocco a quello firmato da Giuseppe Zanardelli e, sul piano esterno, dal confronto del primo con le soluzioni adottate – allora come oggi – dallo *StGB* tedesco. Nel quarto capitolo, invece, l’attenzione si concentrerà sulle coordinate di principio entro le quali il suddetto rapporto deve essere oggi correttamente inquadrato. In tale ultima ottica, il riferimento non potrà che essere, dal punto di vista interno, alla nostra Costituzione e, da quello sovranazionale, alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, che non solo, come del resto altri strumenti internazionali, riserva una specifica considerazione al tema che qui interessa, ma, come noto, è continuamente vivificata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Nel quinto capitolo, e sempre con attenzione alle indicazioni provenienti dall’art. 53 c.p., si cercheranno di evidenziare quei criteri che nella sostanza – almeno così ci pare – rendono definitivamente lecito l’agire violento del pubblico ufficiale, ovverossia il rispetto, nella situazione operativa concreta, dei limiti sistemici della necessità e della proporzione nell’uso della forza.

Non mancheranno, infine, alcuni rilievi conclusivi, ove si cercherà di tirare le fila del discorso sino a lì intrapreso, anche alla luce di ulteriori spunti.

Capitolo I

I LIMITI STATICI E SITUAZIONALI ALL'UTILIZZO DELLA FORZA PUBBLICA

SOMMARIO: 1. La disciplina dell'uso della forza pubblica come baricentro dell'equilibrio tra Autorità e Libertà: ambito della trattazione. – 2. Il profilo “statico” della legittimazione alla coazione pubblica: i soggetti autorizzati a farne uso ed i compiti d'istituto che possono richiederne l'impiego. - 2.1. L'attività di polizia e le sue fondamentali partizioni. - 2.2. Il potere di «coazione diretta» come attribuzione tipica connessa all'esercizio dell'attività di polizia: alcune distinzioni. – 3. Il profilo “dinamico-situazionale” del ricorso alla violenza pubblica. - 3.1. La violenza da respingere. - 3.2. La resistenza da vincere. - 3.3. L'impedire comunque la consumazione di determinati delitti. – 4. I limiti statici e situazionali all'uso della forza pubblica: un primo riepilogo.

1. *La disciplina dell'uso della forza pubblica come baricentro dell'equilibrio tra Autorità e Libertà: ambito della trattazione*

Probabilmente, è anzitutto la logica comune, piuttosto che il puntuale e pletorico richiamo di una letteratura pressoché sterminata¹, ad accreditare l'affermazione secondo cui la possibilità di fare uso della forza in modo lecito costituisce l'attributo più vistoso che connota l'idea comune di «pubblica Autorità», di «pubblico potere», di «sovranità pubblica», ovvero, in una sola e riassuntiva parola, di «Stato»².

¹ Nondimeno, ineludibile appare il richiamo alla nota teoria weberiana che individua lo Stato proprio in virtù del «monopolio» che esso detiene, all'interno del proprio territorio, «dell'uso legittimo della forza fisica»: v. infatti WEBER, *Politik auf Beruf* (1919), trad. it. di COCCIA, *La politica come professione*, con introduzione di CAVALLI, Roma, 1997, 32 s., nonché in modo più esteso, nella logica della triplice distinzione del potere legittimo in «razionale» (legale, e che si avvale di un apparato amministrativo burocratico), «tradizionale» (per consuetudine) e «carismatico» (religioso), a secondo della fonte della sua legittimità, v. ID., *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), trad. it. coordinata da ROSSI, *Economia e società*, I, Milano, 1961, 210 s. La persistenza di un tale monopolio è peraltro ancora oggi confermata nel nostro ordinamento dal divieto penalmente sanzionato di farsi giustizia da sé usando la violenza e dalla eccezionalità delle ipotesi nelle quali il privato è ammesso a fare uso di quest'ultima (v. artt. 392, 393, 571 e 52 c.p.).

² Valgano per tutte, al riguardo, le riassuntive definizioni di Stato quale «forma storica di organizzazione del potere politico, che esercita il monopolio della forza legittima in un determinato territorio e si avvale di un apparato amministrativo», ovvero, secondo altra prospettiva, quale «ordinamento giuridico originario, in quanto i suoi poteri non derivano da altri soggetti, e «sovrano», poiché dotato di «una capacità di agire senza altri limiti che quelli posti da se stesso [...]»: v. infatti, rispettivamente, BIN, PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, X^a ed., Torino, 2012, 6, e BARILE, CHELI, GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, XV^a ed., Padova, 2016, 7-8 (corsivi nel testo). Per una più ampia ricostruzione storica della elaborazione dottrinale del concetto di Stato-istituzione e delle sue principali caratteristiche, si veda comunque, e per tutti, BOBBIO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 43 s.

Ed invero, «Stato», «potere», «autorità», «forza» e «violenza» sono concetti che la pubblicistica più tradizionale – ma forse ancora prima la Storia sul piano empirico – ritiene legati da un quanto mai visibile *fil rouge*³. D'altra parte, è sempre ed anzitutto il medesimo buon senso a suggerire come sia proprio il dispiegarsi di una tale forza, coazione o violenza, che dire si voglia⁴, a costituire, molto più di quanto faccia l'esercizio di altre attribuzioni tipiche della pubblica Autorità, lo strumento in grado di incidere in modo più profondo sui diritti e sulle libertà di coloro che ad essa risultano soggetti. Tanto più, infatti, i presupposti legittimanti l'uso della coazione pubblica si riveleranno laschi, quanto più, intuitivamente, saranno ad immediato rischio i beni primari della persona, a partire da quelli della vita e dell'incolumità individuale; e quanto più, ulteriormente, risulteranno di facile compressione – a ben vedere – anche le altre libertà delle quali il cittadino dovesse formalmente godere, il cui esercizio, infatti, sarebbe costantemente sottoposto alla spada di Damocle della reazione pubblica.

Non deve stupire, perciò, che alla stessa affermazione dello Stato moderno, e quindi alla teorizzazione del concetto di «sovranità», che ne coglie l'essenza, abbia corrisposto il problema della definizione dei limiti di esercizio delle prerogative che tale sovranità compongono⁵, tra le quali, *in primis*, quella di fare uso della forza, essendo stata sin dall'inizio particolarmente avvertita la necessità di «evitare una trasformazione dello strumento di coazione in strumento di repressione» del tutto incontrollato⁶. Del resto, che la riserva dell'utilizzo (legittimo) di quest'ultima costituisca la più connotativa attribuzione della sovranità statale, pur non esaurendola⁷, ovvero, secondo una diversa prospettiva, che le norme poste dallo Stato siano per antonomasia coercitive, quindi esigibili con l'uso della forza⁸, sembra confermato dal fatto che, nel distinguere

³ A tale proposito, sia sufficiente il richiamo all'ampia e classica trattazione di PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, III^a ed., Torino, 2008, 19 s., 31 s., 113 s., 225 s., nonché, sebbene in termini non sempre coincidenti, l'agile saggio di ARENDT, *On violence* (1970), trad. it. di D'AMICO, *Sulla violenza*, Parma, 1996, spec. 39 s.

⁴ Pur essendo consapevoli che i lemmi «forza», «coazione» e «violenza» non sono perfettamente sinonimi, tanto più nell'ambito del diritto penale, al fine di evitare fastidiose ripetizioni nel discorso essi verranno utilizzati in modo promiscuo, salvo diversa specificazione, essendo comunque sottinteso che la presente trattazione intende focalizzarsi sull'uso della violenza personale fisica sul cittadino da parte dell'Autorità.

⁵ Mette chiaramente in luce tale dato storico, tra gli altri, TOSATO, *Stato (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 768.

⁶ V. icasticamente D'AMBROSI, ADORNATO, *L'uso legittimo degli strumenti di coazione fisica nei servizi a tutela dell'ordine pubblico*, Milano, 2006, 6.

⁷ Per una agile ricostruzione storica del concetto di «sovranità», legato all'opera di razionalizzazione di Jean Bodin, e delle sue componenti, v. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna, 1989, 101 s. e GIANNINI, *Stato (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 224 s.

⁸ La nota prospettiva è quella normativistica di Hans Kelsen, il quale, ricondotta l'essenza del fenomeno statale ad «un ordinamento nel senso di un *sistema di norme*», vede l'elemento che distingue tale ordinamento da quello di altre comunità sociali nel suo carattere «coercitivo», dato che le norme che lo compongono si caratterizzerebbero «per il fatto di sancire uno specifico atto coercitivo che, a determinate condizioni, dev'essere posto da un essere umano contro un altro essere umano»; nella prospettiva del giurista austriaco, la sovranità

le così dette «forme di Stato», si ricordi come sia proprio la diversità della disciplina che regola il «potere di usare legittimamente la coercizione» nei confronti dei cittadini⁹, e quindi il «modo in cui è risolto il rapporto tra autorità e libertà»¹⁰, a dare principalmente ragione alle diverse categorie concettuali dello «Stato assoluto», dello «Stato liberale», dello «Stato totalitario» e via dicendo.

Se perciò si muove dall'idea che l'uso della forza costituisce, ad un tempo, la più vistosa espressione esteriore della sovranità dello Stato e lo strumento di compressione maggiormente penetrante delle libertà personali, sarà difficile non riconoscere alle norme che tale *potestas* disciplinano una rilevanza sistematica assolutamente centrale, apparendo queste come una sorta di “manifesto” del modo di intendere il rapporto dialettico tra Autorità e Libertà che un certo ordinamento esprime in un determinato momento storico¹¹. «Poco importa che in un paese non esista la pena di morte», sostiene ad esempio Luigi Ferrajoli, se poi, tra le altre cose, «il monopolio penale e giudiziario dell'uso della violenza può essere vanificato dai poteri paralleli più o meno estesi in tema di libertà conferiti dalle stesse leggi alle forze di polizia»¹². Ed è proprio su tali «leggi», *lato sensu* intese, che si vuole qui soffermare l'attenzione.

A tale proposito, occorre da subito avvertire che, in ordinamenti complessi come quelli attuali, la ricognizione delle disposizioni che regolano l'uso della forza da parte dell'Autorità pubblica è opera che non solo appare di intuitiva difficoltà ma che pure risente, almeno in una certa qual misura, delle scelte discrezionalmente operate da colui che la intraprende. Va difatti tenuto presente che il riferimento alla “regolamentazione” – ovviamente da intendersi in senso giuridico – di un certo fenomeno si presta ad essere interpretato con ampiezza assai diversa, il che richiede ulteriori precisazioni. Così, ad esempio, occorrerebbe chiarire se in tale riferimento si intenda comprendere anche le eventuali norme che attribuissero ad una determinata Autorità il potere od il dovere di ricorrere alla forza in determinate circostanze, ovvero se, dando per presup-

dello Stato, invece, consisterebbe nell'essere tale ordinamento «supremo», cioè «non derivabile, nella sua validità, da alcun ordinamento superiore», dipendendo tale validità da una norma «presupposta» e «ultima», in quanto «non più bisognevole di alcuna ulteriore legittimazione o derivazione» (così detta «norma fondamentale» o *Grundnorm*): v. infatti KELSEN, *Lineamenti di teoria generale dello stato*, a cura di CARRINO, I, Torino, 2004, rispettivamente 5 s., 19 s. e 33 s. (corsivi nel testo).

⁹ Secondo VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, IV^a ed., Torino, 2010, 5 s., infatti, la forma di Stato alluderebbe all'«insieme dei principi e delle regole fondamentali [...] che disciplinano i rapporti tra lo Stato, inteso [...] come apparato titolare del potere di usare legittimamente la coercizione, da un lato, e la comunità dei cittadini, singoli o associati, dall'altro».

¹⁰ Così, da ultimo, CARETTI, DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, II^a ed., Torino, 2014, 20, ed in precedenza, per tutti, v. autorevolmente MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, IX^a ed., Padova, 1975, 135 e BOBBIO, *Stato*, cit., 95.

¹¹ Invero, osserva condivisibilmente LAVAGNA, *Autorità (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 483, che sul piano giuridico «la libertà non è un *præius* rispetto all'autorità, ma sorge con essa, in virtù del medesimo sistema normativo», con la conseguenza, tra le altre, che «il rapporto autorità-libertà è un rapporto valutabile in termini esclusivamente giuridici; cioè alla stregua di un qualche ordinamento (positivo o anche ipotetico o utopistico)».

¹² Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, IX^a ed., Roma-Bari, 2008, 795-796.

posto tale aspetto, si voglia focalizzare l'attenzione su quelle regole che disciplinano poi in concreto l'esercizio della violenza pubblica in siffatti frangenti. Si dovrebbe inoltre chiarire sino a quale livello regolativo si intende spingere la ricognizione normativa, che in tale ambito risulta anzitutto perimetrata dalle disposizioni costituzionali e comunitarie, da un lato, e da quelle della legge ordinaria statale, dall'altro: fonti, tutte queste, che senz'altro restituiscono un'immagine significativa della regolamentazione della materia, ma che di certo non la esauriscono, risultando non meno rilevanti, quanto meno agli effetti pratici, le discipline amministrative di natura operativa. Ancora, e sottintendendo che il ricorso alla forza importa di per sé l'uso di una violenza nei confronti di altri, si dovrebbe specificare a quale forma di quest'ultima si voglia estensivamente o limitatamente alludere, considerato il carattere polisemantico che il termine «violenza» ha ormai assunto nell'ambito giuridico, e precipuamente nel settore penale, come si avrà modo in seguito di ricordare. Se poi la suddetta "regolamentazione" volesse ricomprendere anche le conseguenze giuridiche che un eventuale uso distorto della forza pubblica può comportare, l'indagine dovrebbe allora inoltrarsi in molti dei diversi rami che compongono l'ordinamento giuridico, e di certo nel diritto penale, nel diritto civile, nel diritto amministrativo ed in quello disciplinare, a tacere d'altro.

Da qui, la necessità di chiarire preliminarmente ciò che si intende precipuamente trattare dell'ampia disciplina che ad oggi regola, sotto numerosi ed eterogenei profili, l'uso della forza pubblica, il che, come bene si comprende, dà la forma all'intero studio intrapreso. Orbene, il profilo che qui interessa evidenziare è quello dei "limiti penali" all'esercizio pubblico della forza, ossia l'esistenza di quegli specifici confini che, laddove oltrepassati, possono procurare al pubblico ufficiale delle conseguenze penali per l'uso che egli abbia fatto della violenza. Non si tratta certo qui, ovviamente, di indugiare sulle quelle fattispecie di parte speciale che si prestano a reprimere con la pena fatti di uso non legittimo della forza pubblica, da intendersi in prima battuta come esercizio di violenza fisica sull'individuo; al contrario, l'intento è quello di compiere un'indagine di parte generale della materia, che si è scelto di articolare idealmente in due fasi distinte, sebbene strettamente collegate.

Nella prima fase della ricerca, comprendente idealmente i primi due capitoli, si è scelto di procedere anzitutto alla identificazione per categorie dei soggetti pubblici propriamente titolati ad usare la forza nei confronti dei privati, e quindi alla specifica individuazione, entro la più ampia area delle attribuzioni che l'ordinamento loro riconosce, di quelle che in astratto possono comportare l'uso della forza, nonché alla ulteriore perimetrazione – ove legalmente prevista – delle più specifiche situazioni di fatto che legittimamente l'agente pubblico può fronteggiare ricorrendo alla medesima. Seguirà, quindi, una indagine sui più comuni strumenti di coazione fisica che la stessa normativa, come si constaterà, individua e consente a determinati pubblici ufficiali di utilizzare per l'assolvimento dei compiti istituzionali in precedenza emarginati. In tale prospettiva, particolare attenzione verrà riservata alla disciplina "secondaria" che specifica i criteri operativi di impiego di tali strumenti, la cui rilevanza ai fini dell'even-

tuale rimprovero penale per l'improprio esercizio della forza pubblica emergerà nel prosieguo del lavoro.

Al termine di questa prima fase, apparirà invero chiaro come le norme richiamate, se da un lato – ed in positivo – individuano come detto le condizioni che legittimano in astratto l'uso della forza, dall'altro – ed in negativo – dischiudono pure, per conseguente differenza, l'area dell'illegittimo ricorso alla stessa. È tuttavia da precisare, sotto il primo versante, che le norme vigenti non consentono di ritenere conclusivamente lecito il ricorso alla forza per il solo fatto che esso risulti rispettoso dei criteri autorizzativi formali e delle regole operative di impiego degli strumenti di coazione fisica ai quali si sarà fatto cenno sino a quel momento. Ed invero, proprio la seconda fase dell'indagine, alla quale sono dedicati, seppure da prospettive diverse, gli ulteriori tre capitoli, dimostrerà che il sistema subordina la piena liceità penale del ricorso alla violenza pubblica al rispetto di ulteriori canoni “di sistema” che risultano riferiti alla concreta dinamica di svolgimento del fatto storico, e che si uniscono idealmente ai limiti in precedenza esplorati nella definizione dello spazio giuridico-penale entro cui il pubblico ufficiale autorizzato può legittimamente (in astratto ed in concreto) fare uso della violenza.

2. Il profilo “statico” della legittimazione alla coazione pubblica: i soggetti autorizzati a farne uso ed i compiti di istituto che possono richiederne l'impiego

Che non tutti coloro che esercitano pubbliche funzioni possano fare legittimamente uso della forza per adempiere ai doveri del proprio ufficio è cosa che dovrebbe apparire chiara, e ciò sia per intuitivi motivi giuridici che per comprensibili ragioni pratiche. Quanto ai primi, non si può qui non evidenziare come una generalizzata autorizzazione dei pubblici ufficiali ad utilizzare mezzi di coazione fisica per l'adempimento dei compiti di istituto rischierebbe di compromettere irrimediabilmente quel tendenziale primato delle libertà individuali sull'*imperium* pubblico che traspare, a tacere d'altro, dagli artt. 2 e 13 della Costituzione e, comunque, dall'intera intonazione personalistica della stessa. Sotto un diverso ma convergente punto di vista, che in seguito occorrerà nuovamente assumere ed approfondire, si deve puntualizzare come il ricorso all'uso della forza per il soddisfacimento in concreto di interessi pubblici altro non costituisca se non una forma di (auto)esecuzione diretta dei provvedimenti amministrativi che tale interessi intendono perseguire, laddove, come noto, il generale principio di separazione dei poteri prevederebbe di regola che a sindacare la legittimità della pretesa amministrativa, ed eventualmente ad autorizzarne l'esecuzione coattiva, fosse l'Autorità giudiziaria e non già direttamente la stessa Amministrazione, a meno che – e questo è il punto – ciò non sia (eccezionalmente) previsto dalla legge: garanzia, questa, tanto più indispensabile ove si consideri che, nell'ambito di cui si discorre, l'esecuzione dell'atto ammini-

Capitolo III

I MODELLI CODICISTICI DI DISCIPLINA DELL'USO PUBBLICO DELLA FORZA: UNO SGUARDO STORICO-COMPARATISTICO

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine. – *Sezione I. Il modello liberale del codice Zanardelli.* – 2. Diritti dell'individuo e limiti del potere pubblico nell'ideale del liberalismo: minime coordinate teoriche. - 2.1. La pratica attuazione dei principî, ossia del così detto "autoritarismo liberale". - 2.2. Le attribuzioni e le guarentigie del pubblico ufficiale nel modello napoleonico ed i temperamenti degli artt. 192 e 199 del codice Zanardelli. - 2.3. Il riferimento all'«eccesso» nell'esercizio della «forza pubblica» nei codici piemontesi. - 2.4. Il trattamento penale del ricorso alla violenza da parte degli agenti della pubblica forza nel codice Zanardelli. - 2.5. (*Segue*) L'uso della violenza pubblica tra adempimenti della legge e necessità di difendersi del pubblico ufficiale. - 2.6. (*Segue*) La «necessità di respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta». - 2.7. (*Segue*) Il ridotto ruolo della provocazione. – *Sezione II. Il modello tedesco.* – 3. La disciplina dello «*Schusswaffengebrauch der Polizei*»: uno sguardo d'insieme. - 3.1. L'uso dell'arma da fuoco nel «*Verwaltungsrecht*»: note sistematiche. - 3.2. (*Segue*) La disciplina amministrativa dell'uso dell'arma da fuoco. - 3.3. La dimensione penalistica del tema ed i problemi di perimetrazione verso il «*Polizeirecht*». – *Sezione III. Il modello originario del codice Rocco.* – 4. La "rivoluzione" fascista ed il rapporto Stato-individuo: il pensiero politico di Alfredo Rocco. - 4.1. La tutela penale codicistica del pubblico ufficiale di fronte al cittadino. - 4.2. L'inserimento dell'art. 53 c.p. nel sistema di giustificazione penalistica dell'uso della forza pubblica. - 4.3. La così detta "garanzia amministrativa" dell'art. 16 c.p.p. abr. – 5. Un primo tentativo di sintesi.

1. Oggetto dell'indagine

Come già anticipato, la disciplina dell'uso della forza pubblica vigente all'interno di un determinato ordinamento costituisce una sorta di "cartina di tornasole" per comprendere dove quest'ultimo ha inteso collocare il punto di equilibrio tra le ragioni dell'Autorità, chiamata a tutelare interessi generali, e le prerogative dell'individuo, che alla stessa chiede il rispetto delle proprie libertà. A sua volta, come parimenti accennato, è proprio alla concreta collocazione di questo delicato punto di equilibrio che la dottrina giuspubblicistica si è più di tutto riferita al fine di distinguere le varie forme di stato che, seppure in modo largamente convenzionale, vengono usualmente identificate nell'ambito dell'evoluzione storica che i diversi ordinamenti statuali hanno vissuto nel tempo.

Se, quindi, in precedenza si è cercato di ricostruire la disciplina che attualmente autorizza e regola l'uso della forza pubblica, pur rinviando oltre la trattazione più

Capitolo V

LA GIUSTIFICAZIONE DELL'USO DELLA FORZA PUBBLICA: I LIMITI SISTEMICI

SOMMARIO: 1. Limiti «statici», limiti «situazionali», limiti «modali» e limiti «sistemic» all'uso della forza pubblica. – 2. La «necessità» di ricorrere alla forza nell'esercizio della pubblica funzione. – 3. L'uso «proporzionato» della forza pubblica. - 3.1. La progressiva emersione della proporzionalità quale limite assiologico effettivo all'uso della forza pubblica. - 3.2. Dalla «proporzione» al «giudizio di proporzione»: i problematici oggetti da porre in bilanciamento. - 3.3. (*Segue*) L'irriducibile fluidità della “regola di prevalenza” tra gli interessi. – 4. Una problematica e provvisoria chiusa.

1. *Limiti «statici», limiti «situazionali», limiti «modali» e limiti «sistemic» all'uso della forza pubblica*

Già si è avuto modo di constatare come l'uso della forza pubblica risulti circoscritto sotto diversi versanti, e ciò a causa dell'esistenza di vincoli, aventi natura composita, che l'ordinamento ha posto in materia. Si è difatti a tale proposito parlato – lo si ricorderà – anzitutto di limiti «statici», volendo con ciò alludere alla presenza di norme che circoscrivono sia il novero dei pubblici ufficiali che possono legittimamente utilizzare la forza, sia l'ambito, per vero assai più genericamente circoscritto, delle attività d'istituto nel cui esercizio essi possono fare ricorso a tale prerogativa; si è poi riferita l'esistenza di limiti «situazionali» all'uso della forza, i quali si riferirebbero invece alle concrete condizioni di fatto nelle quali la legge autorizza l'impiego di quest'ultima; si è infine parlato di limiti «modali» all'uso pubblico della forza, sotto i quali sono state raccolte alcune delle invero numerose prescrizioni che l'ordinamento contempla tanto in ordine agli strumenti tecnici di offesa utilizzabili dal pubblico ufficiale per esercitare il potere di coazione fisica, quanto ai concreti modi di impiego dei medesimi, così che, entro il possibile, il ricorso alla forza pubblica non produca ai danni del cittadino degli indesiderati effetti ultra-lesivi.

Si è tuttavia appena avuto modo di constatare come, nel perseguire l'obbiettivo di un ottimale equilibrio tra Libertà ed Autorità, le norme poste all'apice del sistema convergano, infine, nel subordinare ulteriormente la legittimità dell'*an* e del *quomodo* dell'intervento coattivo pubblico – per definizione idoneo ad impattare sui diritti più preziosi del cittadino – alla sua «necessità» ed alla sua «proporzionalità»¹. Non può

¹ V. *retro* Cap. quarto e, con riferimento più generale alla tutela penale, e per tutti, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 163 s. e 216 s.

Jura

L'elenco completo delle pubblicazioni
è consultabile sul sito

www.edizioniets.com

alla pagina

<http://www.edizioniets.com/view-Collana.asp?Col=Jura>. Temi e problemi del diritto



Pubblicazioni recenti

STUDI

discipline penalistiche

- Gianfranco Martiello, *I limiti penali dell'uso della forza pubblica: una indagine di parte generale*, 2019
- Rosa Palavera, *Scienza e senso comune nel diritto penale. Il ricorso problematico a massime di esperienza circa la ricostruzione della fattispecie tipica*, 2017
- Guido Casaroli, Fausto Giunta, Roberto Guerrini, Alessandro Melchionda (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci ed ombre del diritto vivente*, 2015
- Kolis Summerer, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorosi causali ipotetici nel diritto penale*, 2013
- Giulio De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, 2012
- Giulio Paoli, *Fare l'avvocato (con l'arringa nel processo Majorana e scritti vari)* a cura di Mario Pisani, 2011
- Cristina de Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, 2010
- Gabrio Forti, Maurizio Catino, Francesco D'Alessandro, Claudia Mazzucato, Gianluca Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, 2010
- Caterina Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, 2009
- Stefano Canestrari, Fausto Giunta, Roberto Guerrini, Tullio Padovani, *Medicina e diritto penale*, 2009
- Costanza Bernasconi, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, anti giuridicità, colpevolezza*, 2008

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com - www.edizioniets.com

Finito di stampare nel mese di settembre 2019