

L'INDICE PENALE

Rivista fondata da
PIETRO NUVOLONE

Diretta da
ALESSIO LANZI

Tra l'altro in questo numero:

- ◇ **La nuova legittima difesa**
- ◇ **Il cyberbullismo**
- ◇ **L'autoriciclaggio**
- ◇ **La castrazione farmacologica**



Nihil difficile volenti

«LA NUOVA LEGITTIMA DIFESA»*

1. Si è inteso affermare: “la violenza della comunicazione politica sopravanza ogni riflessione tecnica e replica ragionata”¹.

È di certo un dibattito – quello apertosi sul tema della legittima difesa – affetto da «pre-comprensioni» ed «ideologismi», ma al contempo viziato da inaccettabili «semplificazioni».

Il «richiamo all’ordine» o, se più piace, il ragionevole ed autorevole invito alla riflessione formulato da Marcello Gallo va, dunque, attentamente e puntualmente soppesato: “Il coro di critiche che si è levato mi ha confermato nell’opinione che a noi italiani la legittima difesa proprio non piace. Chi agisce in istato di auto-tutela corre il rischio di apparire come un pistolero del West. Che si sia trovato nella necessità di sostituirsi, nella salvaguardia di diritti propri o altrui, ad uno Stato che, nel caso concreto, non poteva intervenire, è ritenuta circostanza di poco conto, sulla quale si può agevolmente sorvolare. Quello che disturba è il singolo che provvede alla difesa di sé o di terzi con le proprie mani, quasi usurpando una prerogativa dei poteri giuridicamente organizzati. C’è quasi l’idea che, ove lo Stato non possa interporre, sia opportuno lasciar correre: tutto sommato, meglio un’ingiustizia che un disordine. E si badi: una siffatta diffusa mentalità non resta confinata a sentimenti più o meno confusi e, spesso, contraddittori. La ritroviamo in non poche decisioni, anche della Suprema Corte. Il rigore con il quale si procede all’accertamento del requisito della proporzione tra offesa e difesa, l’oblio del vecchio, saggio ammonimento che *agreditus non habet staderam*, il frequente ricorso alla eventualità del *commodus discessus* per limitare *contra legem* (all’art. 52 c.p. non è fatta menzione, a differenza di quanto avviene per lo stato di necessità, della inevitabilità della reazione) il diritto di difesa, stanno tutti a dimostrare quanto faccia fatica ad af-

* Testo – arricchito della bibliografia essenziale – della relazione svolta al seminario di studi su «La nuova legittima difesa», tenutosi il 21 maggio 2019 presso il Dipartimento di Giurisprudenza – Dottorato di ricerca in Diritto pubblico – dell’Università degli Studi di Roma «Tor Vergata».

¹ F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 cp*, in *Giurispr. pen.*, 5 maggio 2019, il quale soggiunge: “Anche da questo punto di vista, sia detto per inciso, si sconta l’attuale sostanziale irrilevanza, per il legislatore, della dottrina penalistica”.

fermarsi il convincimento che, a certe condizioni, ci si può – si faccia attenzione: non è che si debba – aggiustare da soli”².

È dato, poi, cogliere in dottrina – atteggiamento non inusuale – molto «conformismo» e, per tale via, l’evidenziarsi di alcuni «paradossi».

Una volta di più, sono in linea con la voce – che rischia, per vero, di risultare sempre più isolata – di Pulitanò, secondo il quale “i profili di garanzia e di *extrema ratio*, con riguardo alla difesa che si sia estrinsecata in reazioni *penalmente tipiche*, non sono (forse) considerati a sufficienza dalla dottrina penalistica. Forse siamo stati condizionati dall’esigenza prioritaria di contrastare impostazioni strumentali a interessi di *politique politicienne*, e di criticare le cadute di razionalità che normalmente accompagnano lo sfruttamento politico delle questioni del contrasto alla criminalità”³, e per tale via si è finito per non cogliere il «problema reale».

Va indubbiamente contrastata l’idea che la difesa dalla criminalità passi dall’armarsi dei privati cittadini: la difesa del cittadino dalla criminalità è e deve restare esclusivamente in capo al Leviatano.

Va in modo ancora più forte contrastato il sentimento passionale che vede nella reazione contro un aggressore una componente punitiva, che la difesa privata non ha, né può avere: reazione all’aggressione illegittima riservata allo Stato e con limiti, anche di proporzione, più stringenti di quelli fissati per la riconoscibilità della difesa privata.

C’è al contempo, tuttavia – prosegue Pulitanò – un’esigenza di «maggior protezione» (forse meglio, di recupero di una almeno sufficiente protezione) alimentata da tante ragioni, fondate o infondate che siano; ci sono risposte di varia provenienza a tali ragioni – «sentimenti caldi» rispetto ad esposizioni drammaticamente reali ad aggressioni criminali – confuse o sbagliate che siano sui limiti di legittimità delle reazioni difensive.

Di ciò la politica non può non tener conto, deve tener conto, operando le scelte di politica criminale attribuite, ed in via esclusiva, al legislatore.

Ora, tra i principi di «democrazia liberale» v’è quello della «lotta per il diritto», anche allorquando essa sia costretta a passare attraverso una difesa necessitata; diritto della persona di matrice individualistica ed a valenza liberale.

Senza infingimenti: è un diritto che può arrivare a esporre l’aggressore al rischio di morte anche in ordinamenti giuridici in cui la pena di morte sia bandita; è un diritto che esige uno «spazio di obiettiva giustificazione», i cui «confini», di necessità, vanno *precisamente e ragionevolmente* individuati.

Come spesso avviene in materia penale, il problema dinanzi a noi, ancor prima che tecnico-giuridico, è essenzialmente «culturale».

Dunque, cercherò di illustrare in modo telegrafico alcuni «punti concettuali».

2. Si assiste ad una accresciuta sensibilità sociale per gli «atti devianti»; è evidente il concentrarsi dell’attenzione e dell’azione pubblica sulle «questioni di sicurezza».

² M. GALLO, *Due o tre cose sul nuovo volto della legittima difesa*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, p. 1 s.

³ D. PULITANÒ, *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017, n. 4, p. 262 s.

Fenomeno «culturale» il primo aspetto, fenomeno «politico» il secondo.

In tale quadro le proposte di legge hanno assunto la veste di messaggi tesi a riscuotere e mantenere consenso politico, messaggi tesi a soddisfare «sentimenti di giustizia» repressiva, non infrequentemente vendicativa. Non può, tuttavia, essere trascurato che, al contempo, sono messaggi volti a vincere «paure».

La «sicurezza», latamente intesa, diviene così il terreno privilegiato della politica. Si cavalcano le emozioni per convertirle in consensi: l'ormai tristemente noto «giustizialismo» per la captazione del consenso.

A questo fenomeno – è altrettanto notorio – è venuto generalmente ad associarsi il diverso ma concorrente fenomeno del «populismo giudiziario», proprio del caso in cui il magistrato pretende di “assumere un ruolo di autentico rappresentante o interprete dei reali interessi e delle aspettative di giustizia del popolo: al di là della mediazione formale della legge e, altresì, in una logica di supplenza, se non addirittura di aperto conflitto, con il potere politico”⁴. Si staglia la figura del «giudice di scopo», quello della «lotta» alla mafia, della corruzione «avvertita» e delle distorte prassi applicative (vecchie e nuove) in materia, del rifiuto della prescrizione (la consumazione prolungata e la vicenda «Taricco»), per citare alcune criticità.

In tema di difesa legittima questi due fenomeni vengono, singolarmente, a contrapporsi. Per dirla con la sagacia di Flora, “anche la paura ha i suoi diritti”⁵; la giurisprudenza, tuttavia, con la prevalente dottrina, sul riconoscimento della possibilità di difendersi e respingere aggressioni – in particolare, al patrimonio – esprime il proprio dissenso.

Il politico legislatore ha inteso estendere l'ambito di operatività della scriminante, l'area della non punibilità. E qui si profila il contrasto, ma anche il primo paradosso: il «penalista» *contrario* – in argomento, direi, in linea di principio – alla contrazione dell'area della punibilità.

3. È assolutamente chiaro che nello Stato di diritto l'autotutela individuale debba incontrare «limiti».

Si è inteso recisamente affermare al riguardo che l'assestamento di istanze emotivo-populistiche ha finito per incentivare “l'*indiscriminato e potenzialmente criminogeno ampliamento* dei poteri di autotutela del cittadino”⁶.

Si assume, fra l'altro:

– *la legittima difesa individua una norma «eccezionale» che, in quanto tale, non consente «estensioni» in chiave analogica*⁷. È proprio questa la natura dell'art.

⁴ In argomento v. R. RAMPIONI, *Le modifiche al sistema penale fra «giustizialismo» e «populismo giudiziario»*, in *questa Rivista*, 2019, p. 145 s.

⁵ G. FLORA, *Quale diritto penale sostanziale nella prossima legislatura?*, in *Parola alla difesa*, 2018, n. 5-6, p. 357 s.

⁶ F. BACCO, *Il «grave turbamento» nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Dir. pen. contemp.*, 2019, n. 5, p. 53 s., il quale rileva, al contempo “l'insufficiente presa in carico di richieste della collettività che, sfrondate dall'alone di emotività, possono evidenziare problemi meritevoli di considerazione”.

⁷ F. CONSULICH, *op cit.*, p. 3.

52 cp.? E ciò che si propone comporta, davvero, un ampliamento della portata applicativa di simile norma?⁸

- *il monopolio dell'uso della forza da parte dello Stato discende, ineluttabilmente, dalla impostazione codicistica autoritaria*. Un secondo paradosso: è, ora, gradito, piace il codice Rocco da sempre ritenuto ideologicamente «compromesso»? In realtà, puntualizza Palazzo: nel 1930 si introduce sì il requisito della proporzione, ma della legittima difesa si estende al contempo la possibile area di operatività, prevedendo l'autotutela anche per i diritti patrimoniali.⁹ Apprezzata una volta di più la caratura di quel legislatore, al di là di simile sterile discussione, cosa si intende comparare? Una medesima realtà fenomenica o realtà storico-fattuali diverse proprie di un ben diverso contesto storico? La «sicurezza» e la «paura» di allora sono le stesse di oggi?
- *lo Stato, con la novella, finirebbe per ammettere la propria assenza o incapacità di intervento*. In realtà, lo Stato (anche su tale fronte) non c'è da tempo e, comunque sia di ciò, se mai presente, un problema di legittima difesa ovvero di eccesso colposo neppure si porrebbe. È, piuttosto, mutata la percezione sociale dei rapporti tra «individuo» ed «autorità» per l'affermarsi di una logica securitaria. Il resto proviene dalla insoddisfazione per gli esiti applicativi in sede giudiziale della causa di giustificazione.
- *lo Stato in una simile situazione lascerebbe una delega in bianco al cittadino; e, per giunta, con minori vincoli rispetto all'azione consentita al pubblico agente*¹⁰. In verità, ove non si intenda dar vita ad un patente errore di prospettiva, "l'autotutela privata ha una ragione d'essere là dove l'intervento del leviatano sia in concreto impossibile: la tutela *affidata* all'autorità statale *ritorna* nelle mani dell'avente diritto quando, in concreto, non sia dato attendere l'intervento della pubblica autorità senza pregiudizio per il diritto aggredito". Nell'ottica dello Stato liberale di diritto, per lo stesso fondamento contrattualistico, "la difesa *necessitata* da aggressioni in atto è un diritto della persona che l'ordinamento non può negare": "un eventuale patto-impegno a non difendersi dalla forza colla forza sarebbe nullo", anche per Hobbes¹¹.

⁸ M. GALLO, *op. cit.*, p. 2: "Al Legislatore del febbraio 2006 premeva di correggere più che la norma, la prassi che su di essa, e intorno ad essa, si era venuta creando. L'art. 52 non è toccato. Rimane nella sua interezza e definisce i tratti essenziali dell'istituto. Così anche la legge del 2019: quasi la consapevolezza che il testo del 52, come è stato scritto nel 1930, dice, in proposito, tutto quello che bisognava dire. La regola, però, va interpretata e applicata e, a questo punto, le cose si fanno meno soddisfacenti: nei fatti si instaura una prassi poco rispondente alla logica della tutela privata. Da qui il proposito di stringere, per così dire, la dizione della norma acciocché non ne fosse consentita lettura irragionevolmente restrittiva del perimetro".

⁹ F. PALAZZO, *Audizione* del 19 settembre 2018, Senato della Repubblica, Commissione 2 Giustizia, p. 1 s.

¹⁰ R. BARTOLI, *Verso la «legittima offesa»?», in Dir. pen. contemp.*, 2019, 1, p. 17 s.

¹¹ Così D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 263. In argomento v. anche G. Insolera, *Audizione* del 19 settembre 2018, Senato della Repubblica, Commissione Giustizia, p. 9 s., il quale sottolinea: "Penso che questa logica...a sostegno di una rigida applicazione di criteri oggettivistici, basata esclusivamente

In tale prospettiva, la legittima difesa viene ad assumere una non impropria funzione «diffusa» di difesa sociale, di mantenimento della sicurezza, senza smarrirsi nella anglosassone «*Castle Doctrine*» per la quale «ogni cittadino è re della propria abitazione».

4. Sul piano strettamente tecnico-giuridico almeno parte delle critiche formulate hanno in effetti fondamento: dal carattere ingannevole del messaggio circa la «presunzione di proporzione» alla idea, bislacca, della «liberazione *dal* processo»¹².

E tuttavia:

- il requisito della «necessità» non è in discussione: la difesa deve risultare necessitata da un'aggressione in atto in assenza dello Stato; come rileva Pulitanò, “una ragionevole interpretazione della nuova legge esclude che il presupposto della necessità sia stato toccato. La *necessità* della reazione, per la difesa del diritto aggredito, è elemento della definizione del concetto stesso di difesa. La reazione per la quale si pone il problema della giustificazione è la difesa in una situazione di necessità, dice la tradizione giuridica della quale è figlio il nostro ordinamento. La legittima difesa è *Notwehr*, difesa necessitata. *Necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta*, dice il codice Rocco nel 1° comma dell'art. 52, che *non è modificato* ed è espressamente richiamato nel 2° comma introdotto nel 2006, a sua volta richiamato nel nuovissimo quarto comma. Paradigma della difesa legittima, chiaramente espresso nell'art. 52, è dunque *la difesa necessitata da un pericolo attuale*. Uscire da questo paradigma significherebbe andare verso la *legittima offesa*, come segnalato, con punto interrogativo, nel titolo di interventi critici sul testo in discussione poi divenuto legge”¹³;

sul confronto tra beni aggrediti e beni lesi in situazione di difesa, manifestasse una solo apparente assonanza con i fondamenti di un diritto penale conforme all'essenza della filosofia liberale, riconducibile all'individualismo e al contrattualismo: la tutela dei diritti civili dell'individuo contro gli abusi dello Stato, delle maggioranze, dei gruppi. Anche nel paradigma contrattualistico hobbesiano, ancora oggi più che mai utile per cogliere l'essenza del potere penale, diritto di resistenza e di autodifesa restano nelle mani del singolo quando lo Stato non sia in grado di proteggere la sua vita, protezione che costituisce la causa stessa del consenso prestato alle limitazioni della sua libertà. Un concetto che discende dalla tradizione del diritto internazionale. Quale l'equivoco allora, spesso riscontrabile nella posizione che confina il problema nel truce reazionarismo pistolero? Quello di cadere in una concezione statualista che attribuisce allo Stato l'esclusiva di difendere beni fondamentali, ciò anche quando questo non riesce a realizzarsi, immolando così il diritto dell'aggredito ad una finalità di prevenzione generale simmetrica a quella di cui vuole si possa “sparare sul ladro che fugge”: una concezione aperta ad una interpretazione della scelta fatta del codice Rocco attraverso gli artt. 52 e 53, che conferma la ricorrente ibridazione, realizzatasi in quel corpo normativo, tra ideologie autoritarie e connotazioni penalistiche liberali”.

¹² Cfr., per tutti, in argomento G. L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in *Dir. pen. contemp.*, 1 aprile 2019.

¹³ D. PULITANÒ, *Legittima difesa, ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. pen. contemp.*, 2019, n. 5, p. 206, il quale soggiunge: “La lettera del Presidente Mattarella aggiunge l'argomento, di per sé decisivo, del fondamento costituzionale: ciò che fonda è il paradigma della difesa

- il punto controverso è quello relativo al requisito della «proporzione» della difesa; ed è innegabile che già con la riforma del 2006 si sia inteso reagire alla rigida, a volte radicale (bene vita-integrità fisica, bene patrimonio), applicazione di criteri oggettivistici basata sul confronto fra interessi; come è innegabile che la giurisprudenza successiva alla riforma abbia in modo improprio «valorizzato» il requisito della necessità (che, appunto, concerne ben altro) per disinnescare gli effetti dell'asserito venire meno del requisito della proporzione¹⁴. Che così sia lo dimostrano le diverse (per crescente gravità) etichettature date, al fenomeno: «reazione fisiologica del sistema»¹⁵, «giuri-

necessitata, quello che tutti gli argomenti d'interpretazione – testuali, teleologici e sistematici – leggono nell'art. 52: nella norma base del codice Rocco e nelle novelle del 2006 e 2019 che ad essa hanno fatto espresso riferimento. La legittimità della reazione difensiva presuppone – oggi come ieri – la attualità dell'aggressione (la nuova norma non autorizza una difesa anticipata) e la necessità di difesa. Soltanto una difesa necessitata, non sostituibile con reazioni meno lesive, sarà valutata secondo il metro introdotto dalle novelle del 2006 e del 2019, nei casi cui esse si riferiscono. La legittimità della *difesa necessitata* si inserisce in modo coerente nel quadro in cui, in via generale, le necessità di difesa da aggressioni future sono affidate allo Stato, il grande Leviatano detentore del monopolio della forza. Con le parole del presidente Mattarella: la prevenzione e difesa dalla criminalità è *primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini, esercitata e assicurata attraverso l'azione generosa ed efficace delle Forze di Polizia: una responsabilità che la nuova normativa non indebolisce né attenua*”.

¹⁴ Cass. pen., Sez. I, 27 maggio 2010, Grande, in *CED Cass.*, n. 23221: “In tema di legittima difesa, le modifiche apportate dalla legge 13 febbraio 2006, n. 59 all'art. 52 cod. pen. hanno riguardato solo il concetto di proporzionalità, al dichiarato scopo di rafforzare il diritto di autotutela in un privato domicilio o in un luogo ad esso equiparato, fermi restando i presupposti dell'attualità dell'offesa e della inevitabilità dell'uso dell'arma come mezzo di difesa della propria o dell'altrui incolumità”. In termini Cass. pen., Sez I, 8 marzo 2007, Grimoli, in *CED Cass.*, n. 16677: “Ai fini del riconoscimento della causa di giustificazione della legittima difesa, il requisito della necessità della difesa, anche a seguito delle modifiche apportate all'art. 52 cod. pen. dalla l. n. 59 del 2006, va inteso nel senso che la reazione deve essere, nelle circostanze della vicenda apprezzate “*ex ante*”, l'unica possibile, non sostituibile con altra meno dannosa egualmente idonea alla tutela del diritto”. Rileva, peraltro, R. Bartoli, *op cit.*, p. 19: “A dire il vero, una parte della giurisprudenza di merito aveva anche proposto una lettura in parte diversa e meno dirompente della normativa emergente dai commi 2 e 3 dell'art. 52 c.p., ricostruendola come ipotesi speciale di eccesso colposo non punibile, ma la Cassazione [Sez. V, 13 febbraio 2014, Bonuslav, in *CED Cass.*, n. 11806] non ha avallato nemmeno questa interpretazione”. Sul punto v. M. SPINA, *La Cassazione considera (già) inutile quel che la politica promette di eliminare. Il paradosso dell'eccesso colposo di legittima difesa (art. 55 cp)*, in *Dir. contemp.*, 2018, n. 2, p. 21 s.

¹⁵ G. L. GATTA, *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il Presidente della Repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019*, in *Dir. pen. contemp.*, 6 maggio 2019, p. 1 s., il quale precisa: “La reazione fisiologica del sistema alla riforma del 2006 – imposta dal rispetto della Legge fondamentale e realizzata con il sinergico apporto della dottrina e della giurisprudenza, in particolare della Cassazione – ne ha ridimensionato fortemente la portata. È infatti oggi pacifico che la presunzione di proporzione tra difesa e offesa, nel domicilio, opera in relazione all'aggressione a beni patrimoniali solo in presenza di un contestuale pericolo di offesa alla persona. Questa non si estende agli altri requisiti ordinari della legittima difesa – a partire dal carattere necessario della difesa (i.e.: inesistenza di alternative lecite o meno lesive) – ha fatto sì che, a dispetto del tenore letterale dell'art. 52, co. 2 c.p. e della volontà storica del legislatore, la riforma del 2006, lungi dal concedere una licenza di uccidere e consentire paventati scenari da *Far west*, ha avuto ricadute pratiche quasi nulle. A conti fatti, l'unico ampliament-

sprudenza correttiva»¹⁶, «boicottaggio applicativo»¹⁷. Come rileva Marcello Gallo, il requisito della proporzione tra offesa e difesa continua a porsi quale “pietra angolare dell’istituto”, è connaturato “alla particolarità di una certa situazione”: il manifestarsi di un pericolo attuale e concreto in un determinato contesto ambientale. E precisa l’Autore: “sono convinto che a questo intento di dimostrarsi, con gli oppositori della riforma, ragionevolmente arrendevoli sia dovuta anche una peculiarità del disposto della lett. b), II co.. Allorché in pericolo sono beni, propri o altrui, la proporzione tra offesa e difesa sussiste quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione. Pienamente accettabile quest’ultima condizione. Se l’attacco al patrimonio non sconfinava nel pericolo di aggressione personale, la scriminante dovrà rispettare i principi generali di cui al I co. dell’art. 52. Quello che desta sorpresa è il fatto che si sia sentito il bisogno di precisare che la legittima difesa, *ex* lett. b), ricorre a patto che non vi sia desistenza. Ma che l’offesa sia in atto è caratteristica essenziale della legittima difesa. Quando l’aggressore desiste, non si parla più di autotutela, bensì di rappresaglia”¹⁸. L’inversione della corretta prospettiva appare, dunque, evidente; come puntualmente è stato osservato quello di proporzione individua “un *limite di tollerabilità etico-sociale*” che, al contempo, “comporta un *costo etico-sociale*: la limitazione del diritto di difendere propri diritti, che il criterio della proporzione introduce, in certi casi preclude di fatto la possibilità di una difesa legittima”¹⁹. Così come si rivela paradossale – per quanto oggi, nella prassi, avviene – l’affermazione secondo cui il legislatore, così facendo, si dimostrerebbe “insofferente per il ruolo del giudice e, dunque, per la divisione dei poteri”²⁰;

- condivisibile l’apertura sulla modifica dell’art. 55 cp. con l’introduzione di una scusante soggettiva: in particolare, quella del cd. «grave turbamento psichico». Una scusante che opera sul piano soggettivo del fatto-reato, che propone una tipologia di agente-modello meno rigida e che si iscrive nella categoria della inesigibilità: una situazione di conflitto motivazionale, uno stato di alterazione motivazionale che comporta una inesigibilità che appare ragionevole e giustificabile sul piano dei valori in giuoco (anomalia della situazione, non del soggetto). Un qualcosa auspicato in diversi progetti di riforma del codice e già

to delle maglie della legittima difesa, che residua dopo la lettura conforme a Costituzione dell’art. 52, co. 2 c.p., riguarda la presunzione di proporzione in caso di pericolo di offesa all’incolumità personale: la difesa di chi, aggredito nel domicilio, eviti una percossa o una lesione personale uccidendo l’aggressore, è considerata dalla legge proporzionata; senonché il requisito generale della necessità della difesa rende ben difficile giustificare l’omicidio. Di assoluzioni pronunciate per effetto dell’art. 52, co. 2 c.p., a conti fatti, non se ne ha notizia”.

¹⁶ F. PALAZZO, *op. loc. cit.*

¹⁷ A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l’art. 2 CEDU*, in *Legisl. pen.*, 14 febbraio 2019.

¹⁸ M. GALLO, *op. cit.*, p. 3.

¹⁹ D. PULITANÒ, *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali, cit.*, p. 264.

²⁰ F. CONSULICH, *op. cit.*, p. 14 s.

normativamente previsto nel codice penale tedesco (par. 33)²¹. Segnala Pulitanò: “la non punibilità dell’eccesso di difesa conseguente a grave turbamento psichico era prevista nel testo approvato dalla Camera (in prima lettura) da una maggioranza diversa nella XVII legislatura. Era stata collegata all’art. 59 (errore sulla situazione scriminante): ciò avrebbe portato alla non punibilità dell’eccesso colposo anche in danno di un supposto aggressore. L’aggancio all’art. 55 significa *non punibilità di una reazione eccessiva contro un vero aggressore*: un bilanciamento d’interessi più equilibrato²². La nuova disposizione ha inteso

²¹ In argomento v. G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 14 s. Rileva M. Gallo, *op. cit.*, p. 6: “Il senso della disposizione è chiaro. A differenza – non voglio dire: contrariamente – di come hanno deciso numerose sentenze si dà riconoscimento allo stato d’animo del soggetto che pone in essere la difesa privata dell’incolumità propria o altrui”.

²² Sul punto sia consentito il rinvio a R. RAMPIONI, *Brevi osservazioni sulla configurabilità dell’eccesso colposo nella legittima difesa putativa*, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1977, p. 1053 s., che da tempo ha osservato criticamente sul punto: “Così puntualizzata la sfera di operatività dell’art. 55 c.p., si tratta di risolvere la prospettata ipotesi in tema di legittima difesa, di un errore che incida senza colpa sulla esistenza del pericolo, ma colposamente sulla sua entità: si può addebitare al soggetto, pur avendo egli agito nella rappresentazione incolpevole di un pericolo inesistente, un eccesso colposo nella reazione? Qualcuno ritiene applicabile il solo comma 3° dell’art. 59, 2ª parte, c.p., perché, essendo la reazione sproporzionata rispetto al pericolo supposto, si esce dalla giustificazione putativa invocabile. E giustifica tale asserzione affermando che nel nostro sistema la disciplina di tutte le cause di giustificazione, reali e putative, è simmetrica; «ed all’eccesso nella legittima difesa reale, che la legge disciplina nell’art. 55, corrisponde l’eccesso in quella putativa disciplinato, con uguale richiamo alle norme sui reati colposi, nell’ultima parte dell’art. 59». Si comprende, però, che un simile ordine di idee, pur se accettabile nelle conclusioni, non può trovare conforto nell’apodittica affermazione che è punito a norma dell’art. 59, ult. cpv., c.p. non solo chi reputi per errore colpevole di essere aggredito ingiustamente e di trovarsi conseguentemente in pericolo, ma anche chi, in tale quadro, ritenga colposamente che la sua condotta reattiva sia «necessaria», come chi colpevolmente non si renda conto della «sproporzione» della reazione stessa. Un simile modo di ragionare è infatti tautologico, perché in omaggio alla invocata simmetria, il legislatore, così come ha previsto l’eccesso per le cause di giustificazione reali, lo avrebbe dovuto disciplinare anche per quelle putative. In realtà, è sul piano psicologico che ci si avvede del carattere di logica astratta dell’indirizzo giurisprudenziale che prevede, per così dire, un errore in due tempi, il primo scusabile ed il secondo inescusabile. Psicologicamente l’errore è simultaneo: il soggetto indotto in errore dalle false apparenze, si rappresenta come esistente una situazione di legittima difesa che non esiste; ma se la rappresenta già in termini tali che la sua reazione gli appare proporzionata. Nel quadro della giustificazione putativa non c’è, dunque, posto per l’eccesso colposo: se è scusabile la supposizione erronea della causa di giustificazione, tale deve essere anche l’eccesso. Così come nel dolo, anche nella colpa l’elemento psichico non si esaurisce nel rapporto evento-soggetto agente, ma deve investire anche le circostanze nelle quali si è agito. Ed allora, mentre nell’ipotesi di cui all’art. 55 c.p. si è di fronte ad un solo errore che è colposo per essere il soggetto venuto meno a quel dovere di «esatta conoscenza», di «migliore valutazione» della reale situazione di difesa legittima nella quale agiva, l’errore colposo sui limiti non può, invece, dissociarsi dall’errore sull’esistenza della causa di giustificazione. Credere che il soggetto possa prima ritenere che esista un pericolo di offesa ingiusta e poi valutare il *quantum* di reazione, con la eventualità di un errore comprensibile nel primo momento ed incomprensibile nel secondo, è un nonsenso psicologico. L’erronea supposizione della sussistenza di una scriminante inficia così in profondità quel processo psichico da incidere necessariamente sulla valutazione delle sue modalità. Tutta la percezione del reale è viziata nella sua globalità ed è assurdo scusarla come non colposa per una metà ed incriminarla come colposa per l’altra”.

escludere la punibilità in casi in cui l'eccesso di difesa sarebbe colposo (anche per colpa grave) secondo i parametri ordinari di valutazione, e quindi punibile *ex art. 55, 1° comma*. Ciò che è stato spostato non è il confine della giustificazione obiettiva. Porre in chiaro questo punto serve a evitare fraintendimenti in cui sono incorsi anche intellettuali non giuristi: non è vero che secondo la nuova legge «*la legittimità si misurerebbe in ordine al vissuto soggettivo della paura*». Il confine che è stato spostato (ristretto) non è il confine della obiettiva legittimità, ma della responsabilità penale, per ragioni relative al profilo soggettivo: si tiene conto della difficoltà di reagire in modo corretto in situazioni di minorata difesa, e/o della condizione di grave turbamento psichico derivata dalla situazione di pericolo in atto»²³

5. Sono stati, altresì, segnalati profili di contrasto della nuova disciplina con la Carta costituzionale e con le fonti sovranazionali.

Si rimarca in dottrina “l’assetto etico di un istituto che è la ricaduta più immediata dei rapporti fra autorità punitiva e autotutela privata, rapporti i quali si giocano su piani sovraordinati al legislatore”. «L’automatismo legale» che si è inteso delineare – si osserva criticamente – «inverte l’ordine gerarchico tra i beni costituzionali in conflitto»²⁴. La novella dovrà, dunque, «fare i conti» con i principi costituzionali in tema di facoltà di autodifesa e ricorso alla «forza letale»²⁵.

Dalle aule di giustizia – si auspica – emergerà, nuovamente, una “lettura conforme a Costituzione” e la «sfida lanciata al giudice» risulterà perdente.

Ora, il «diritto alla vita», pur non espressamente riconosciuto dalla Carta, viene concordemente ricavato dall’art. 2 Cost; in più occasioni il giudice delle leggi ha individuato nella vita il primo dei diritti inviolabili dell’uomo. Ed, appunto, ope-

²³ D. PULITANÒ, *Legittima difesa, ragioni, cit.*, p. 207.

²⁴ F. CONSULICH, *op cit.*, p. 12.

²⁵ G. L. GATTA, *op. ult. cit.*, p. 3, il quale rileva, fra l’altro: “Introdurre poi nel nuovo quarto comma dell’art. 52 c.p. una nuova presunzione assoluta tanto di proporzione, quanto, addirittura, di necessità della difesa, significa quasi sfidare il giudice, al quale si presenta ora una, a me pare, un’alternativa: a) estendere alla nuova disciplina l’interpretazione conforme a Costituzione elaborata dopo la riforma del 2006, quanto al requisito della proporzione, e prospettare, quanto alla necessità, un’interpretazione conforme a Costituzione che vanifichi la relativa presunzione (contraria al principio di uguaglianza/ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* e, in rapporto ai casi di omicidio, all’art. 117, co. 1 Cost., in relazione all’art. 2 Cedu); b) ritenere che la riformata lettera dell’art. 52 c.p. impedisca un’interpretazione conforme a Costituzione e, pertanto, che si imponga il sindacato della Corte costituzionale. Entrambe le strade sono a mio avviso percorribili: scegliere l’una o l’altra dipende da un’opzione politico-giudiziaria. Senonché, se è vero che l’interpretazione conforme incontra un limite nella lettera della legge, che la impedisca, a me pare che questo sia il caso, oggi. È però anche vero che, dopo la riforma del 2006, la giurisprudenza ha dovuto forzare non poco la lettera dell’art. 52, co. 2, lett. b) per pervenire a un’interpretazione conforme a Costituzione, che sola ha evitato di sollevare la questione di legittimità costituzionale. A fronte di un legislatore che ora batte il pugno sul banco del giudice, per quanto ho detto, a me pare allora che la via fisiologica per affrontare i problemi di legittimità costituzionale sia quella di investire dei problemi di legittimità costituzionale sia quella di investire dei problemi stessi la Corte costituzionale”.

rando in chiave puramente oggettivistica un «bilanciamento» tra i beni che si ipotizzano a confronto – vita, da un lato, e patrimonio, dall’altro –, la «proporzione» della reazione dell’aggredito rischia di venire pregiudizialmente esclusa.

Alcuni casi addotti in via esemplificativa (come detto, non in linea col disposto, vecchio e nuovo, dell’art. 52 cp):

- “se un soggetto minaccia di rubarmi una mela è evidente che io non posso reagire, colpendolo con un colpo di arma da fuoco”;
- “io non posso sparare da casa mia quando il ladro è già a 500 mt. di distanza e si allontana”; né allorquando è ancora al cancello del giardino prospiciente²⁶.

In realtà, le fattispecie concrete riportabili alla nuova disciplina sono, appunto, ben diverse dalle datate, tristemente superate, ipotesi di scuola così descritte:

- il gioielliere, non più assicurato, e l’ennesima rapina realizzata con armi;
- il tentativo di introduzione violenta in abitazione condotta da persona anziana ovvero in residenze isolate in tempo di notte.

Questi, fra gli altri, i casi reali che ci consegna la cronaca e qui la pretesa di una soluzione in chiave semplicisticamente oggettivistica, soluzione che non tenga pregiudizialmente conto sul piano soggettivo della anormalità delle circostanze in cui il soggetto aggredito reagisce, oltre che hobbesianamente illiberale, si rivela del tutto estranea all’odierno «problema reale».

Peraltro, e in questo forse sta il nodo: la proprietà trova ancora effettiva tutela costituzionale?

Un bene «forte» come quello della vita è effettivamente afflitto, come afferma Palazzo, da «relativismo» nello schema della legittima difesa personale?²⁷

E, contraddittoriamente, al contempo: se – come sempre più di frequente si afferma – i beni giuridici sono “strumenti buoni a tutto”, “arnesi concettualmente ambigui”, come potremmo «pesarli» in termini oggettivi?

Non va, del resto, trascurato l’ammonimento che proviene dal giudice costituzionale, a valle della nota sentenza della Corte EDU «de Tommaso» in materia di misure di prevenzione:

- “... i diritti di proprietà e di iniziativa economica sono tutelati, oltre che a livello costituzionale (artt. 41 e 42) a livello convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU);
- “ogni possibile restrizione ai diritti in questione, per essere legittima, deve risultare in linea colle *garanzie* sancite dalla stessa CEDU²⁸”; e come si è rimarcato, “garanzie [queste] non così lontane” da quelle poste a tutela del patrimonio²⁹.

²⁶ In argomento v. F. MINISCI, *Audizione* del 10 gennaio 2019, Camera dei Deputati, Commissione Giustizia.

²⁷ F. PALAZZO – F. VIGANÒ, *Diritto penale-Una conversazione*, Bologna, 2018, p. 20.

²⁸ C. cost., sent. n. 24 del 2019, secondo cui: “Pur non avendo natura penale, sequestro e confisca di prevenzione restano peraltro misure che incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU). Esse dovranno, pertanto, soggiacere al combinato disposto delle garanzie cui la Costituzione e la stessa CEDU subordinano la legittimità di qualsiasi restrizione ai diritti in questione”.

²⁹ F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto*, p. 634

Si assume, peraltro, che sussisterebbe un vincolo convenzionale scaturente dall'art. 2 Convenzione EDU: il diritto alla vita nel quadro della Convenzione³⁰.

Senonché, attualmente è impossibile procedere, in via analogica, ad una equiparazione tra pubblico e privato nella tutela della vita.

Solo per l'agente pubblico la Convenzione detta i limiti della «assoluta necessità» e della «stretta proporzione» nel ricorso alla «forza letale».

Come esattamente rileva Gargani, “leggendo l'art. 2 CEDU in una prospettiva avulsa dal piano applicativo e proiettata assiologicamente all'affermazione della primazia della vita umana rispetto al patrimonio, si corre il rischio di un'interpretazione apodittica, non aderente alle conclusioni della Corte di Strasburgo. Se è vero che quest'ultima ha condannato in varie occasioni gli Stati membri in relazione all'eccessiva latitudine di talune scriminanti che rendano non punibili fatti lesivi della vita o dell'integrità fisica, in violazione degli artt. 2 e 3 CEDU, è indubbio che le prese di posizione della Corte EDU abbiano finora riguardato esimenti correlate all'uso della forza pubblica (l'uso legittimo delle armi da parte delle forze dell'ordine). Anche l'affermazione dell'obbligo – *ex art. 2 CEDU* – a carico dell'autorità pubblica di garantire una protezione generale dei consociati avverso gli eventuali comportamenti criminosi di individui condannati per crimini violenti solo in apparenza attiene ai rapporti intersoggettivi privati, trattandosi, in vero, del rapporto trilaterale tra autorità pubblica, soggetto pericoloso e vittima potenziale”³¹.

Il riferimento alla Convenzione sollecita un ultimo richiamo al diritto penale tedesco e configura un ulteriore paradosso. Siamo usi scopiazzare simile ordinamento, ma ora neppure se ne cita in via comparativa la disciplina normativa che, appunto, non prevede il requisito della «proporzione» e calibra il requisito della «difesa necessaria» sul «respingimento dell'aggressione»: nulla, dunque, a che vedere col nostro limite della «necessità» di difendere un diritto, proprio o altrui, per l'assenza dello Stato³².

³⁰ G. L. GATTA, *La nuova legittima difesa, cit.*, p. 6, il quale rileva: “Se anche si volesse ritenere ragionevole la presunzione di necessità della difesa, quella presunzione, in rapporto all'uso della forza letale a fini di difesa, sarebbe comunque contraria a Costituzione: all'art. 117. co 1 Cost., in rapporto all'art. 2, co. 2, lett. a) CEDU. Il diritto alla vita (piaccia o meno all'odierno legislatore) appartiene anche all'intruso, la cui uccisione non si considera contraria all'art. 2 Cedu “se è il risultato di un ricorso alla forza reclusi assolutamente necessario...per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale”. Rispetto alla legittima difesa con esito letale, pertanto, il requisito della necessità è convenzionalmente imposto e non può essere oggetto di alcuna presunzione legale. D'altra parte, anche in rapporto ad esiti dell'azione difensiva che non comportino la morte dell'intruso, a me pare che una presunzione di legittima difesa nel domicilio, sganciata dai requisiti della proporzione e della necessità, sia incompatibile con il modello di Stato delineato dalla Costituzione: uno Stato che si fa carico della sicurezza dei cittadini (art. 117, co. 2, lett. h), che riconosce la legittima difesa come facoltà eccezionale, che non riconosce il diritto alla difesa armata (diversamente, ad es., da quanto avviene nella Costituzione americana) e che garantisce i diritti fondamentali di tutte le persone, comprese la vita e l'integrità fisica degli autori di furti o rapine, senza considerare il domicilio un luogo extraterritoriale”.

³¹ A. GARGANI, *op. cit.*, p. 10.

³² I paragrafi 32 e 33 del codice penale tedesco così recitano: (§ 32) “*Legittima difesa*. Chi com-

Né si fa riferimento alla prassi applicativa in quell'ordinamento. La Corte federale di giustizia ritiene, invero, ammissibile l'uso della forza «letale» da parte di privati in difesa di beni patrimoniali di valore significativo; nel che il riconoscimento di una valenza assolutoria al diritto di autotutela, fondata sull'idea della legittima difesa quale lotta contro l'illecito³³.

E che dire del fatto che in più di un ordinamento in ambito europeo manca la previsione espressa del requisito della proporzionalità della reazione difensiva³⁴. Un aspetto questo che accomuna la conformazione giuridica della *Notwehr* alla disciplina convenzionale.

Conclusivamente. Ferma restando l'inviolabilità della vita umana, si tratta di verificare entro quali limiti, in sede di autotutela privata di beni patrimoniali, possa risultare legittimato il ricorso alla forza contro diritti pur fondamentali dei consociati.

ROBERTO RAMPIONI

mette un fatto imposto dalla legittima difesa non agisce antiggiuridicamente. La legittima difesa è la difesa necessaria per respingere da sé o da altri un'aggressione attuale ed antiggiuridica"; (§ 33) "Eccesso di legittima difesa. Non è punito l'autore che eccede i limiti della legittima difesa a causa di turbamento, paura o panico".

³³ Cfr., ad es., BGH, 12 febbraio 2003, StR 430/32, BGHSt 48, 207.

³⁴ *Cod. pen. olandese*: "Art. 41. 1. Non è punibile chi commette un fatto, imposto dalla necessità di difendere il corpo, il pudore ovvero un bene proprio o altrui, contro un'aggressione immediata e illegittima. 2. Non è punibile il superamento dei limiti della legittima difesa, se esso è stato la conseguenza immediata di un'emozione violenta provocata dall'aggressione"; *Cod. pen. portoghese*: "Art. 32 *Legittima difesa*. Costituisce legittima difesa il fatto commesso in quanto mezzo necessario per respingere un'aggressione attuale ed illecita ad interessi dell'agente o di un terzo giuridicamente protetti. Art. 33 *Eccesso di legittima difesa*. 1. In caso di eccesso nei mezzi impiegati nella legittima difesa il fatto è antiggiuridico, ma la pena può essere specialmente attenuata. 2. L'agente non è punito se l'eccesso deriva da uno stato, non rimproverabile, di turbamento, paura o spavento"; *Cod. pen. croato*: "*Difesa indispensabile*. Articolo 29. (1) Non v'è reato quando l'autore agisca per difesa indispensabile. (2) La difesa indispensabile è la difesa strettamente indispensabile che l'autore usa per respingere da sé o da altri un attacco antiggiuridico attuale o imminente. (3) L'autore che ecceda i limiti della difesa indispensabile può essere punito in modo più mite, mentre, qualora l'eccesso avvenga a causa di una forte ira o di uno spavento causato da un'aggressione, gli può essere rimessa la pena".

€ 40,00

