

QUESITI

VITO PLANTAMURA

La difesa armata e/o letale tra Costituzione e Convenzione EDU*

Le scriminanti della legittima difesa e dell'uso legittimo delle armi possono contrastare con la Costituzione e con la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo. L'articolo studia entrambe le scriminanti per verificare la possibilità di modifiche che le rendano compatibili con tali Carte o per proporre l'abrogazione.

Armed and/or lethal defense between the Constitution and the Convention.

Legitimate defense and the legitimate use of weapons may conflict with the Constitution and the European Convention on Human Rights. The paper studies both norms to verify the possibility of changes that make them compatible with these Charters or to propose their abrogation.

SOMMARIO: 1. Introduzione: diritto penale d'autore *versus* diritto penale del fatto. – 2. La legittima difesa domiciliare armata come esempio di diritto penale d'autore: primi profili di illegittimità costituzionale. – 3. Gli ulteriori profili di illegittimità costituzionale sorti a seguito della riforma del 2019. – 4. Difesa privata armata di beni patrimoniali, violazione espressa del divieto di uccisione intenzionale di cui all'art. 2 CEDU, ed esclusione dalla relativa eccezione della difesa. – 5. Gli argomenti, anche testuali, che negano la possibilità di una violazione dell'art. 2 CEDU, *sub specie* di divieto di uccisione intenzionale, con riferimento all'attività dei privati, limitandola all'uso della forza pubblica per difendere. – 5.1. La conferma di tali argomenti contenuta nella stessa guida ufficiale all'art. 2 CEDU. – 6. L'uso legittimo delle armi e la sua possibile incostituzionalità, diretta e "derivata". – 7. Le ragioni a favore dell'abolizione dell'art. 53 c.p. – 8. L'abolizione della legittima difesa domiciliare, il riequilibrio del requisito della proporzione e la scissione della difesa privata in legittima difesa (altrui) e autodifesa (propria).

1. *Introduzione: diritto penale d'autore versus diritto penale del fatto.* Al fine di affrontare la questione della difesa armata e/o letale, anche in relazione a come la stessa è stata declinata dal legislatore italiano in sede di (duplice) integrazione e riforma dell'istituto della legittima difesa, risulta utile partire dal confronto, più generale, tra due modelli di diritto penale. Nel diritto penale moderno in generale, infatti – e in quello contemporaneo in particolare –, in Italia come negli altri Paesi, si è assistito e tutt'ora si assiste a una contrapposizione tra due possibili paradigmi penalistici¹, tra loro non solo diversi, ma addirittura

* Il presente lavoro è frutto delle ricerche svolte nell'ambito del progetto di ricerca PRIN PNRR P20223XF78 - Reforming Police Accountability in Italy (REPOLITY) finanziato dal Ministero dell'Università e della Ricerca presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

¹ Trattasi di una distinzione che non si contrappone, ma si accorda a quella, tripartita, tra diritto penale dell'oppressione, del privilegio e delle libertà, riferita da MANTOVANI, *Principi fondamentali del diritto*

antitetici, e che tuttavia “pacificamente” convivono nei medesimi ordinamenti, con disposizioni di parte sia generale che speciale le quali, di volta in volta, possono essere ricondotte o all’uno o all’altro paradigma.

Da un lato abbiamo il diritto penale del tipo d’autore, se non d’autore *tout court*, di natura eticizzante, perché trova la sua giustificazione in sé, ed è diretto alla punizione della disobbedienza allo Stato, se non, proprio, della volontà prava. Questo modello di diritto penale tende a criminalizzare tipi personologici più che fatti tipici, o, comunque, a criminalizzare ulteriormente la commissione di taluni fatti tipici, qualora siano commessi da un particolare tipo d’autore e, al contrario, a criminalizzarli di meno, nel caso in cui l’autore appartenga ad una categoria sociale ritenuta apprezzabile, caratterizzandosi, in quest’ultimo caso, come un diritto penale del privilegio. In tale modello, inoltre, anche il tipo di vittima, più o meno meritevole di tutela, risulta affatto rilevante, rappresentandone il “rovescio della medaglia”².

Dall’altro lato, invece, abbiamo il diritto penale del tipo di fatto, o del fatto *tout court*, in cui diviene del tutto indifferente chi sia l’autore del fatto costitutivo di reato e chi ne sia la vittima, perché si tratta di un diritto penale che non si giustifica in sé, ma, innanzitutto, per la sua finalità general-preventiva, diretta alla tutela di beni giuridici, e quindi risulta parametrato, sia nell’*an* che nel

penale delle libertà, in *Revista Derecho Penal y Criminología*, 1992, 13 ss., e, spec. 14, secondo cui il diritto penale delle libertà si distingue per le seguenti caratteristiche: “1) il fondamento, poiché si incentra sul principio personalistico, cioè sul primato dell’uomo come valore etico in se (uomo-valore, uomo-persona, uomo-fine), con conseguente divieto di ogni strumentalizzazione di qualsiasi essere umano in funzione di alcun interesse extrapersonale (anche di politica criminale). Personalismo, che si contrappone -nella perenne dialettica sul modo di concepire l’essere umano all’utilitarismo (collettivistico, maggioritario o individualistico), che concepisce l’essere umano come mera entità biosocial-economica (uomo-cosa, uomo-massa, uomo-mezzo), strumentalizzabile in funzione dell’interesse pubblico -collettivo, della felicità dei più o dell’egoismo privato-individuale; 2) la funzione, operando esso non più e soltanto come limite alla libertà, ma come strumento di libertà: in funzione cioè di difesa -senza discriminazione- di quei diritti di libertà, che attualmente il pensiero umano è in grado di concepire e che non sono più soltanto “libertà di”, ma anche “libertà da”; e contro le offese di chiunque; soggetti privati e soggetti pubblici: delinquenza privata e “delinquenza di Stato”; 3) la premessa socioeconomica, poiché il diritto penale della libertà postula una sottostante omogeneizzazione della società, senza la quale anche il diritto penale costruito in termini garantisti non diventa per ciò solo un “diritto penale giusto”, in quanto la “giustizia del diritto penale” non è soltanto giustizia in sé, ma dipende anche dal contesto sociale in cui gli istituti di diritto penale (il reato e la pena), data la loro polivalenza, vengono calati e si trovano ad operare”.

² Cfr. PLANTAMURA, *Lo Stalker, il Pervertito e il Clandestino: il ritorno del tipo d’autore nel diritto penale del terzo millennio*, in *Ind. pen.*, 2012, 371 ss.

quantum della punizione, solo in relazione all'offesa, quantomeno *sub-specie* di messa in pericolo, a dei beni giuridici, e dunque alla rilevanza degli stessi (disvalore d'evento) e alle relative modalità lesive (disvalore di condotta), senza che rilevi la categoria personale o sociale a cui appartiene il soggetto che tali beni offende o, al contrario, la categoria personale o sociale a cui appartiene quello che, degli stessi beni, è il titolare.

Almeno in Italia, tuttavia – con l'avvento della Costituzione repubblicana “rigida” del '48 –, non v'è dubbio che l'unico paradigma penalistico accettabile, appunto perché costituzionalmente legittimo e compatibile, è divenuto quello del tipo di fatto, e questo non solo e non tanto in virtù dell'art. 25, co. 2, Cost. – se si vuole anche inteso, “alla Bricola”, in combinato disposto con l'art. 13 Cost.³ –, ma anche e soprattutto per la necessità di rispettare, ancor prima, i principi supremi della nostra Costituzione, secondo la stessa Corte neppure passibili di modifica *ex art.* 138 Cost.⁴, tra cui quello di uguaglianza, *ex art.* 3, per cui tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche e, pure, di condizioni personali e sociali: specie quest'ultime, invece – come chiarito –, sono normalmente prese in considerazione da parte del diritto penale del tipo di autore e di vittima.

Di primo acchito, quindi, si potrebbe essere portati a ritenere che il codice Rocco, in quanto pre-repubblicano e, per giunta, elaborato ed entrato in vigore durante la dittatura fascista, sia tutto sbilanciato sul diritto penale d'autore; fortunatamente, invece, così non è. L'Italia fascista, infatti, era pur sempre storicamente “figlia” di quella liberale, e gli intellettuali chiamati dal regime a operare le varie riforme nei diversi ambiti – compreso quello giuridico e, specificatamente, penalistico –, per quanto, ovviamente, aderenti al regime stesso, e

³ Cfr. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, 1973, vol. XIX, 7 ss.

⁴ «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana», così Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146.

dunque inevitabilmente compiacenti rispetto alle sue logiche autoritarie, erano nati e cresciuti, però – in definitiva, si erano formati –, non nell'Italia fascista, che evidentemente ancora non esisteva, ma appunto in quella liberale. In diverse sue scelte, dunque, il diritto penale delineato dal nostro Codice penale, che pure ben conosceva il diritto penale d'autore (si pensi all'abitudine, alla professionalità e, addirittura, alla tendenza a delinquere), sin dalla sua originaria formulazione, si caratterizzava, almeno in prevalenza, come un diritto penale del fatto, e non dell'autore. Secondo chi scrive, del resto – anche in ragione del pieno riconoscimento del principio di legalità –, il volto autoritario del Codice Rocco si esprimeva – certo non solo, ma soprattutto –, mediante l'ampio ricorso alla responsabilità oggettiva, che infatti lo innervava per intero, a livello di parte sia generale che speciale: forma di responsabilità penale fortunatamente bandita, poi, dal nostro ordinamento, ma solo con la storica sentenza Dell'Andro del 1988⁵.

Dal punto di vista della prevalenza del diritto penale del fatto, nella formulazione originaria del nostro Codice penale, invece, senza addentrarsi in indagini troppo impegnative e non direttamente rilevanti in questa sede, per esigenze di agilità della trattazione, si farà solo riferimento ad alcune previsioni significative, come quelle sul reato erroneamente supposto, sul reato impossibile, sull'accordo e l'istigazione per commettere un reato e, se si vuole, pure sul delitto tentato, almeno finché, come in questa sede si ritiene doveroso, s'intenda l'idoneità in concreto, e non in astratto, aderendo alla tesi del giudizio prognostico su base totale, e non parziale.

Paradossalmente, però – anche limitandosi al solo diritto penale codicistico –, si può notare che, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, il legislatore, non solo non ha eliminato le norme più controverse – ivi compreso, appunto, il succitato art. 108 c.p., fortunatamente negletto dalla giurisprudenza –, ma ha provveduto sia a inasprire alcune previsioni, già esistenti, improntate al diritto penale d'autore, che a inserirne di nuove. A tal proposito, in relazione alla parte generale, si deve innanzitutto fare riferimento alla legge c.d. *ex Cirielli* del 2005,

⁵ Cfr. Corte cost., 24 marzo 1988, in *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss., con nota di FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/1988.*

tanto perché, seguendo il paradigma nord-americano del “*three strikes and you are out*” (per altro, già in crisi “in Patria”)⁶, ha notevolmente inasprito il ruolo e la portata di un istituto decisamente orientato al diritto penale d’autore, cioè quello della recidiva, appunto specie se reiterata, quanto perché è giunta fino a conferire allo stato di incensuratezza (o, al contrario, di a quello di recidivo o, peggio, di recidivo reiterato), un ruolo – del tutto inedito a livello sia storico che comparato e, soprattutto, radicalmente irrazionale – in tema di prescrizione del reato: ruolo che, per altro, in modo piuttosto sorprendente, ha tenacemente resistito ai successivi numerosi – e, almeno secondo chi scrive, forse anche per questo infruttuosi – tentativi di rendere di nuovo equilibrata e funzionale la disciplina di tale fondamentale istituto⁷.

Avendo riguardo alla previsione della parte speciale, invece, si può fare riferimento, innanzitutto, al delitto di *stalking*, introdotto in Italia solo nel 2009, il quale, infatti, si basa molto di più sul binomio autore-vittima, che non sulla descrizione di un fatto determinato, sconfinando, addirittura, in una velata – e quindi non immediatamente percepibile, ma non per questo meno grave – forma di responsabilità penale per fatto altrui. Per quanto, infatti, tale ultimo aspetto non sia emerso nella pur penetrante critica dottrina⁸, e neanche nella – per altro, com’è noto, ritenuta infondata – prospettata questione di legittimità costituzionale dell’art. 612*bis* c.p., le criticità dello *stalking* “all’italiana” non risiedono solo nell’indeterminatezza dei tre eventi costitutivi di reato⁹, ma

⁶ Cfr. DELLA BELLA, *Three strikes and you’re out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 832ss.

⁷ Cfr.: PECCIOLI, *La prescrizione del reato. Un istituto dall’incorreggibile polimorfismo*, Torino, 2019; L. SIRACUSA, *Oblio e memoria del reato nel sistema penale*, Torino, 2022.

⁸ Cfr. MANNA, *Il nuovo delitto di atti persecutori e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di Vinciguerra-Dassano, Napoli, 2010, 469 ss.

⁹ «Quanto al «perdurante e grave stato di ansia e di paura» e al «fondato timore per l’incolumità», trattandosi di eventi che riguardano la sfera emotiva e psicologica, essi debbono essere accertati attraverso un’accurata osservazione di segni e indizi comportamentali, desumibili dal confronto tra la situazione pregressa e quella conseguente alle condotte dell’agente, che denotino una apprezzabile destabilizzazione della serenità e dell’equilibrio psicologico della vittima. A questo proposito, del resto, anche la giurisprudenza di legittimità (*ex plurimis*, Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza n. 14391 del 2012) ha precisato che la prova dello stato di ansia e di paura può e deve essere ancorata ad elementi sintomatici che rivelino un reale turbamento psicologico, ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall’agente, nonché dalle condizioni soggettive della vittima, purché note all’agente, e come tali necessariamente rientranti nell’oggetto del dolo.

anche nella violazione del divieto di responsabilità penale per fatto altrui che caratterizza, in particolare, il terzo ed ultimo di tali eventi, cioè l'alterazione delle proprie abitudini di vita.

Chi altera le proprie abitudini di vita, infatti, è la vittima del reato, e non il suo autore; né, avverso tale considerazione, vale obiettare che la vittima è costretta a tale alterazione dalla condotta dell'autore, come avviene nella condotta della vittima che integra i reati (commessi mediante minaccia, ovviamente, non tramite violenza) di estorsione, di concussione (in cui, tuttavia, il momento consumativo è anticipato alla promessa del comportamento della vittima), e anche di violenza privata: nel quale pure, infatti – nonostante la lettera della norma non lo espliciti –, il comportamento posto in essere dalla vittima a seguito della minaccia ricevuta, perché il reato possa ritenersi integrato, dev'essere specifico¹⁰ e, soprattutto, corrispondente a quanto richiesto dall'autore del reato, secondo lo schema “se tu non fai questo, io farò quest'altro”.

A meglio osservare, infatti, in tutti i casi summenzionati, quanto realizzato dalla vittima del reato deve appunto corrispondere a quanto richiestole dall'autore dello stesso, ed è quindi normale e comprensibile che sia quest'ultimo a risponderne; non diversamente, del resto, da quanto avviene nelle varie ipotesi di c.d. autore mediato. Se Tizio, cioè, minaccia di sfregiare Caia, che fa la collaboratrice domestica in casa di gente facoltosa, se quest'ultima non sottrae i gioielli della sua datrice di lavoro e glieli consegna, far rispondere Tizio – *ex art. 54, co. 3, c.p.* – del reato di furto commesso da Caia non è certo una violazione del divieto di responsabilità penale per fatto altrui, perché il fatto di furto in questione è, in realtà, proprio di Tizio, di cui Caia è solo uno strumento:

Anche sotto questo profilo, dunque, è dimostrato che l'enunciato legislativo di cui all'art. 612-bis cod. pen., pur richiedendo un'attenta considerazione di dati riscontrabili sul piano dei comportamenti e dell'esperienza, consente al giudice di appurare con ragionevole certezza il verificarsi dei fenomeni in esso descritti e, pertanto, non presenta vizi di indeterminatezza, ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost.», così Corte Cost., 11 giugno 2014, n. 172.

¹⁰«È configurabile il concorso tra il delitto di violenza privata e quello di atti persecutori, non sussistendo tra di essi un rapporto strutturale di specialità unilaterale ai sensi dell'art. 15 c.p., dal momento che il delitto di cui all'art. 612-bis c.p., diversamente dal primo, non richiede necessariamente l'esercizio della violenza e contempla un evento - l'alterazione delle abitudini di vita della vittima - di ampiezza molto maggiore rispetto alla costrizione della vittima ad uno specifico comportamento, che basta ad integrare il delitto previsto dall'art. 610 c.p.», così Cass., Sez. V, 18 aprile 2019, n. 22475, Rv. 276631.

quest'ultima, infatti, agisce in ossequio e in aderenza alla volontà dell'autore mediato.

Nello *stalking*, invece, la vittima cambia le proprie abitudini di vita, non già in esecuzione di quanto richiestole dall'autore, ma facendo l'esatto contrario di quanto da quest'ultimo voluto e auspicato, cioè sottraendosi alla sua sfera di influenza, eliminando o, comunque, diminuendo, le occasioni di incontro e di contatto, e così realizzando (la vittima, non l'autore) l'evento costitutivo di reato.

Questa circostanza, per altro, può dare luogo pure a comportamenti meramente strumentali, anche in connessione al livello, non necessariamente significativo, di alterazione delle proprie abitudini di vita richiesto dalla giurisprudenza per integrare il reato: Tizia, ad es., molesta reiteratamente Caio nella palestra che entrambi frequentano, e allora quest'ultimo, per ripicca o, magari, in prospettiva, per lucrare un risarcimento, cambia la palestra in cui si allena (o, magari, il bar dove consuma la prima colazione la mattina), appunto in modo da far integrare, grazie alla sua condotta, il reato.

Soprattutto, però, tale circostanza implica in ogni caso una responsabilità dell'autore per un comportamento della vittima da lui non richiesto e anzi sicuramente contrario alla sua volontà, al quale comportamento, quindi, non si può applicare in alcun modo il meccanismo di traslazione che rende proprio il fatto altrui costitutivo di reato, come nelle varie ipotesi del c.d. autore mediato o in quelle di estorsione, *etc.*, che, per la loro integrazione, si basano sì su quanto fatto dalla vittima, ma in collaborazione, se si vuole in complicità soggiacente, con l'autore, cioè ponendo in essere una condotta corrispondente alle sue richieste.

Allo stesso modo, sempre a livello di parte speciale, il diritto penale d'autore è alla base, ad es., del delitto di pedopornografia virtuale, in cui, a ben vedere, mancando il minore "in carne e ossa" (per l'interpretazione giurisprudenziale, sono rilevanti anche i fumetti, se realistici perché ottenuti con tecniche digitali di alta qualità)¹¹, manca lo stesso bene giuridico tutelato o, se si vuole, tale bene è, appunto, solo virtuale, e questo avviene non tanto perché il legislatore ha

¹¹ Cfr. Cass., Sez. III, 13 gennaio 2107, n. 22265, in www.questionegiustizia.it.

voluti accedere ad un'anticipazione estrema della tutela prevedendo una sorta di reato ostacolo (in quanto il produttore/detentore di pedopornografia virtuale sarebbe un potenziale, futuro, produttore/detentore anche di pedopornografia reale), ma perché, in effetti, ciò che si vuole criminalizzare è un modo di essere, senza dubbio alcuno assolutamente abominevole, ma non per questo criminalizzabile in sé, almeno fino a quando non si concretizza in fatti materiali offensivi: il pensiero, del resto, rileva solo per “il peccato”, e non certo per “il reato”, da cui il noto brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*.

Nella prospettiva diametralmente opposta, invece, il diritto penale del tipo d'autore, *sub specie* di privilegio, fa capolino nella previsione di cui all'art. 590-sexies c.p.¹², sulla causa di non punibilità – alle determinate, ben note, condizioni – dell'imperizia sanitaria, in connessione ai fatti di omicidio colposo o lesioni personali colpose. Tale disposizione, infatti, oltre e prima rispetto a qualsivoglia intenzione del legislatore, pur effettivamente presente, di disincentivare il deprecabile fenomeno della c.d. medicina difensiva, senza dubbio si basa sulla considerazione sociale positiva del relativo tipo d'autore, cioè del soggetto esercente una professione sanitaria.

2. *La legittima difesa domiciliare armata come esempio di diritto penale d'autore: primi profili di illegittimità costituzionale.* Analogamente al caso summenzionato, la legittima difesa domiciliare introdotta nel 2006 – e riveduta, corretta e implementata nel 2019¹³ – rappresenta un'ipotesi di diritto penale del tipo di

¹² Cfr. SALCUNI, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l'art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen. web*, 2017, 2.

¹³ In argomento, com'è noto, vi è una vasta produzione dottrinale. Allora, però, anche per una ricostruzione particolarmente completa della normativa, pure in chiave storica e comparata, della giurisprudenza e, appunto, soprattutto delle varie interpretazioni e considerazioni dottrinali, in questa sede sia consentito il rinvio sintetico a INFANTINI, *La legittima difesa domiciliare tra due riforme*, Milano, 2023, nonché a NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, 2020 e a DIAMANTI, *Appunti sulla legittima difesa. Una questione politica*, Torino, 2020. Risulta di particolare interesse anche una “triplice recensione”: SBARRO, *Tradizioni, ideologie e violenza di genere: la legittima difesa come spazio, limite e soluzione. Alcune riflessioni sui contributi di Siciliano, Della violenza nel diritto penale fascista. Il caso della legittima difesa a tutela del patrimonio*, Bari, 2023; *La legittima difesa delle donne. Una lettura del diritto penale oltre pregiudizi e stereotipi*, a cura di Pecorella, Milano, 2022; NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, 2020, in *Arch. pen. web*, 2024, 3.

autore, *sub specie*, però, non di maggiore, ma di minore criminalizzazione, nei confronti di una particolare categoria di persone, perché oggetto di una valutazione sociale positiva (come l'incensurato o, appunto, il soggetto esercente una professione sanitaria), ottenuta mediante la creazione di una nuova causa di non punibilità o, comunque, tramite l'estensione dell'ambito operativo di una causa di non punibilità, di una scriminante, preesistente, a favore delle sole "persone perbene" o, in ogni caso, dei "cittadini che rispettano le regole".

Tale ultimo aspetto, che, almeno secondo chi scrive, rappresenta quello più "odioso" della nuova scriminante - e, comunque, quello che più direttamente collide con la nostra Costituzione, per violazione del principio di uguaglianza - non è sfuggito alla dottrina italiana¹⁴ che, tuttavia, ha preferito concentrare i propri strali, in una prospettiva sia costituzionale che, soprattutto, convenzionale, maggiormente su di un'altra circostanza, certamente, in sé, pure controversa, ovvero quella della possibilità di una difesa armata dei beni propri o altrui, di cui alla lettera b) del nuovo comma secondo dell'art. 52 c.p., nonostante l'evidente impossibilità di una proporzione tra il bene incolumità personale e, *a fortiori*, vita, dell'originario aggressore, e quello patrimoniale difeso dal soggetto che usa l'arma. Vista l'assoluta eterogeneità dei beni in gioco, infatti, un rapporto di proporzione puro tra gli stessi, pur affermato normativamente («sussiste...il rapporto di proporzione di cui al primo comma»), in realtà non può mai esservi; ma ciò, come si dimostrerà nel proseguo, in certi precisi limiti che si chiariranno, non pone alcuna questione di legittimità costituzionale o convenzionale.

Al contrario, non vi è alcun dubbio che, nonostante il doppio ricorso all'avverbio legittimamente presente nella legittima difesa domiciliare ("*legittimamente presente*" e "*legittimamente detenuta*"), il diritto di difendersi di un soggetto che, ad es., vive in una casa che ha occupato abusivamente o per la quale ha

¹⁴ «Il requisito della legittima detenzione dell'arma è, in verità, del tutto estraneo alla ratio della scriminante, a meno che non lo si intenda come espressivo della logica da "tipo d'autore" - palesemente affiorante dagli interventi in Parlamento dei promotori della riforma - del favor per il cittadino "onesto" nel conflitto con il "delinquente": favor che si giustificerebbe soltanto quando il cittadino abbia per primo adempiuto gli obblighi che l'ordinamento gli impone (tra cui quello di munirsi di regolare autorizzazione per il possesso di armi), mostrando così di essere un buon cittadino», così VIGANÒ, *Sulla nuova legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 189 ss., e, spec., 206.

smesso di pagare la pattuita pigione al legittimo proprietario, e, magari, ha già ricevuto lo sfratto per morosità, è il medesimo di quello che, sempre ad es., è il diritto di difendersi di chi è proprietario della propria abitazione: qui, per altro, a ben vedere siamo di fronte a una discriminazione, ancora una volta, particolarmente grave, perché basata, nella maggior parte dei casi, semplicemente sul censo delle persone coinvolte.

Anche la legittima detenzione dell'arma detenuta, inoltre, rileva solo nella discriminazione, nella contrapposizione, tra l'archetipo del soggetto rispettoso delle regole, del "cittadino modello" (magari, "che paga le tasse") che dir si voglia, a cui deve corrispondere chi si difende, e il soggetto invece irrispettoso, irregolare (eventualmente, "immigrato clandestino"), che in tale archetipo non rientra, e anzi costituisce il tipo dell'aggressore. Riflettendo meglio, tuttavia, appare chiaro che, a rigore di logica, la distinzione summenzionata non implica in alcun modo un cambiamento nell'ampiezza del diritto di difesa, tra il privato che detiene legittimamente un'arma e quello che la detiene, invece, illegittimamente. Tal ultima circostanza, per altro – forse, in sé, perfino auto-evidente, e che comunque non necessita di soverchie spiegazioni –, è stata dimostrata in modo paradigmatico anche dall'esito di quello che forse è il più noto processo per legittima difesa armata della nostra epoca, svoltosi negli USA negli anni '80 del secolo scorso, a cui è stato pure dedicato un apposito volume¹⁵, ampiamente citato anche dalla dottrina italiana.

Nella vicenda di cui trattasi, infatti, un informatico abituale frequentatore della *subway* di New York – che, avendo subito diverse rapine in quella sede, aveva richiesto il porto d'armi, che però gli era stato rifiutato –, alla reiterata richiesta di denaro da parte di un gruppo di afroamericani (poi, del resto, risultati pluri-pregiudicati per reati contro il patrimonio), rispondeva facendo fuoco con la sua pistola illegittimamente detenuta. Ebbene, in tal caso, che al tempo divise l'opinione pubblica americana, l'imputato venne assolto per le lesioni, anche gravissime (un soggetto rimase immobilizzato a vita, sulla sedia a rotelle), da lui

¹⁵ Cfr. FLECHTER, *A Crime of Self-defence. Bernhard Goetz and the Law on Trial*, 1988, trad. it., *Eccesso di difesa*, Milano, 1995.

causate con la sua pistola illegittimamente detenuta, e invece, senza che in ciò vi sia alcuna contraddizione, condannato per porto abusivo d'armi.

In questa sede, quindi, si ritiene di poter concludere che, pure senza alcun bisogno di riferirsi – come si dimostrerà, per altro, in modo non esatto – a una pretesa violazione diretta della lettera dell'art. 2 della CEDU (*sub specie* di divieto di uccisione intenzionale, in quanto la relativa eccezione della difesa è riferita ai soli beni personali), e quindi affermare l'incostituzionalità della legittima difesa domiciliare per violazione dell'art. 117 Cost., si può affermarne, invece, l'incostituzionalità “diretta”, quantomeno nella parte in cui esclude dal suo ambito di operatività i soggetti illegittimamente presenti in uno dei luoghi ivi indicati e/o che usano un'arma illegittimamente detenuta.

Una relativa pronuncia d'incostituzionalità in tal senso, del resto, non comporterebbe neppure questioni di metodo, perché è vero che si tratterebbe di una sentenza che riguarderebbe una norma scriminante, ma con un effetto restrittivo, e non ampliativo, della sfera del punibile¹⁶. Sotto uno speciale punto di vista, poi, si potrebbe sostenere che una sentenza che dichiarasse l'incostituzionalità dell'art. 52, co. 2, c.p. nel senso qui suggerito, sarebbe parzialmente “già scritta”. Questo nel senso e nella misura in cui, per scriverla, si potrebbero mutuare stralci di una ben nota sentenza della Consulta, a sua volta assunta nel solco della giurisprudenza precedente, secondo la quale:

«Il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti «del tutto estranei al fatto-reato», introducendo così una responsabilità penale d'autore «in aperta violazione del principio di offensività [...]» (sentenza n. 354 del 2002, id., 2003, I, 2923).

Con riferimento al caso specifico, si deve ricordare che le «condizioni personali e sociali» fanno parte dei sette parametri esplicitamente menzionati dal 1° comma dell'art. 3 Cost., quali divieti direttamente espressi dalla Carta costituzionale, che rendono indispensabile uno scrutinio stretto delle fattispecie

¹⁶ Sui casi in cui una pronuncia della Consulta può produrre effetti *in malam partem* delle pronunce della Consulta, si veda Corte cost., 22 aprile 2022, n. 105, in *Giur. cost.*, 2022, f. 3, 1710 ss., con nota di CUPELLI.

sospettate di violare o derogare all'assoluta irrilevanza delle «qualità» elencate dalla norma costituzionale ai fini della diversificazione delle discipline.

Comportamenti pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza - indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale - ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero «segno distintivo» delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini»¹⁷.

3. *Gli ulteriori profili di illegittimità costituzionale sorti a seguito della riforma del 2019.* La giurisprudenza, per altro, in via interpretativa ha giustamente provveduto a neutralizzare la principale, potenziale novità della legittima difesa domiciliare, nella sua versione del 2006, e cioè quella di cui alla lettera b) dell'introdotta comma 2 dell'art. 52 c.p., che infatti, evidentemente, almeno secondo la volontà del legislatore storico, prevedendo che la proporzione tra difesa e offesa sussiste quando il soggetto agisce al fine di difendere «i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione», avrebbe dovuto riguardare l'affermazione della sussistenza una pretesa, perfetta proporzione, in realtà, come chiarito, sempre impossibile, tra beni patrimoniali (oggetto dell'originaria aggressione) e personali (lesi a seguito dell'azione difensiva).

Tale “*interpretatio abrogans*” che, in definitiva, rende la lettera b) un doppione della a) - la quale, a sua volta, consente la difesa armata nel caso di pericolo per l'incolumità, così non innovando più di tanto rispetto allo stesso primo comma dell'art. 52 c.p. - è stata possibile anche in virtù della mancata specificazione, appunto alla lettera b), dell'oggetto del pericolo dell'aggressione. La portata innovativa della disposizione in commento, infatti, muta del tutto, a seconda che il pericolo dell'aggressione si interpreti come riferito sempre ai beni patrimoniali di cui all'*incipit* della disposizione stessa o, ancora una volta, a beni personali. Proprio in tal ultimo senso, però, sembra essersi orientata la giurisprudenza maggioritaria:

¹⁷Così Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1349, con nota di MASERA.

«La legittima difesa dei beni con armi, pur nell'ambito del concetto di proporzionalità ora normativamente stabilito, è legittima solo se vi è anche un pericolo concreto di un pregiudizio attuale (se non vi è desistenza) per la incolumità fisica dell'agredito o di altri¹⁸».

La maggiore novità della legittima difesa domiciliare del 2006, tuttavia – visto che non v'è dubbio che la previsione di cui alla citata lettera a) non risultava particolarmente innovativa –, così interpretata si risolve in ben poca cosa e, in particolare, in una mera presunzione di proporzione, non assoluta, ma, come subito chiarito da autorevole dottrina, *iuris tantum* – e, per altro, non priva di vincoli, come quello di attuare comunque la difesa meno lesiva per l'offensore¹⁹ –, della risposta difensiva armata. In definitiva, cioè, entrambe le – come chiarito, a questo punto sovrapponibili – lettere che compongono l'art. 52, co. 2., c.p. risultano espressive, più che altro, di un'inversione dell'onere della prova, per giunta con riferimento a un solo, per quanto centrale, elemento della fattispecie scriminante. Questo nel senso in cui, nell'ipotesi di legittima difesa domiciliare, sarà la Pubblica Accusa a dover provare il requisito della sproporzione; il che rappresenta, appunto, una novità, rispetto al c.d. onere di allegazione che normalmente grava, invece, sulla difesa dell'imputato, che voglia far valere la sussistenza di una scriminante, e quindi la sussistenza di tutti i suoi elementi, e dunque, nel caso della legittima difesa, anche di quello della proporzione tra difesa e offesa.

La situazione normativa, però, è peggiorata con la riforma del 2019²⁰, con la quale, infatti, da un lato si è aggiunto l'avverbio «sempre» all'interno del secondo comma dell'art. 52 c.p., per cui, ora, «sussiste sempre il rapporto di

¹⁸ Così Cass., Sez. I, 8 marzo 2007, *Giur. it.*, 2007, 2827.

¹⁹ Cfr. FORTE, *I nuovi confini della legittima difesa*, in *Cass. pen.*, 2006, 3066 ss., che sottolinea come l'originario disegno di legge prevedeva un art. 52-bis c.p. in cui era presente l'inciso «in ogni caso», poi eliminato nella versione divenuta legge. Analogamente, CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. «sproporzionata» o «allargata»): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 435 ss., e, spec., 437 ss., secondo il quale la presunzione di proporzione non implica che il difensore possa ricorrere indifferentemente a qualsiasi difesa, anche letale, e –il che poi è il rovescio della stessa medaglia– a qualsiasi arma di difesa, come invece, a livello comparatistico, risulta indubbio che il difensore possa fare, contro il ladro introdottosi nell'abitazione, ad es., nel codice dello Stato di New York e in quello ucraino.

²⁰ Cfr. RUGGIERO, *Difesa legittima e legittimità della difesa: fragile equilibrio di un'evoluzione discutibile*, in *Arch. pen. web*, 2020, 3.

proporzione», e inoltre si è aggiunto un quarto comma secondo il quale, nei casi di legittima difesa domiciliare, agisce «sempre» in stato di legittima difesa chi si difende da un'intrusione posta in essere con violenza o minaccia di uso di armi, così creando una norma intimamente contraddittoria, in quanto il «sempre» collide col requisito della necessità²¹.

Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, il legislatore si è dimenticato di specificare se deve trattarsi necessariamente di violenza contro le persone – per difendersi dalla quale, tuttavia, forse sarebbe bastato anche solo il primo comma dell'art. 52 c.p. –, o se rientrano nell'ambito della scriminante anche i casi di violenza contro le cose (il ladro che, per introdursi in casa, forza la porta o rompe la finestra), con un notevole e, per le ragioni fin qui chiarite, controverso effetto ampliativo.

Da un punto di vista della legittimità costituzionale, tuttavia, secondo chi scrive i problemi principali e, in effetti, insormontabili, si pongono: da un lato, per l'introduzione dell'avverbio sempre al secondo comma, che, nonostante opposte interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali²² – davvero forzate, e

²¹ «In tema di legittima difesa, la presunzione di proporzionalità tra offesa e difesa nei casi previsti dall'art. 52, secondo comma, c.p. presuppone comunque la sussistenza delle precondizioni costituite dalla necessità difensiva a fronte di un pericolo in atto non altrimenti contenibile. (Nella specie, in applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto che legittimamente fosse stata esclusa la sussistenza della scriminante in questione in un caso in cui l'agente, a fronte del tentativo di intrusione in un'area di pertinenza della propria abitazione da parte di un soggetto disarmato che aveva però manifestato intenzioni aggressive nei confronti suoi e dei suoi familiari, nel quadro di una risalente situazione di conflittualità familiare, aveva preferito esplodere al suo indirizzo due colpi di fucile che ne cagionavano la morte, piuttosto che ritirarsi all'interno dell'abitazione, munita di porta e di inferriate alle finestre, per quindi chiedere da lì, telefonicamente, l'intervento della forza pubblica)», così Cass., Sez. V, 23 giugno 2020, n. 19065, in *Riv. pen.*, 2020, 9.

²² «In tema di legittima difesa cd. domiciliare, l'uso di un'arma, legittimamente detenuta, costituisce una reazione sempre proporzionata nei confronti di chi si sia illecitamente introdotto, o illecitamente si trattenga, all'interno del domicilio o dei luoghi a questo equiparati, a condizione che il pericolo di offesa sia attuale; che l'impiego dell'arma sia, in concreto, necessario a difendere l'incolumità, propria o altrui, ovvero i beni presenti in tali luoghi; che non siano praticabili condotte alternative lecite o meno lesive e che, con riferimento, in particolare, alle aggressioni a beni, ricorra altresì un pericolo di aggressione personale. (In motivazione, la Corte ha precisato che l'inserimento dell'avverbio “sempre”, ad opera della legge 26 aprile 2019, n. 36, nell'art. 52, comma secondo, cod. pen. non ha il significato di porre una presunzione assoluta di proporzionalità della difesa armata all'offesa perpetrata nel domicilio o in luoghi equiparati, ma semplicemente di rafforzare la presunzione di proporzione già prevista dalla norma a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 13 febbraio 2006, n. 59)», così Cass., Sez. I, 29 aprile 2020, 13191, in *Foro plus*.

chiaramente formulate solo per “salvare” o, comunque, “normalizzare” la previsione in questione –, trasforma la relativa presunzione di cui da relativa ad assoluta, riservando così il medesimo trattamento a casi diversi, in violazione del principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost.; e, ancor di più, dall’altro, per la presenza del medesimo avverbio sempre pure nell’ultimo comma dell’articolo, in cui il legislatore, evidentemente in polemica col potere giudiziario, di cui “non si fida”, crea una norma del tutto irrazionale, e quindi con violazione del principio di ragionevolezza – sempre di cui all’art. 3 Cost. –, secondo la lettera della quale sembrerebbe che la risposta armata sarebbe consentita addirittura anche al di fuori dei casi in cui il soggetto agisca costretto dalla necessità di evitare un pericolo²³.

4. *Difesa privata armata di beni patrimoniali, violazione espressa del divieto di uccisione intenzionale di cui all’art. 2 CEDU, ed esclusione dalla relativa eccezione della difesa.* Per quanto la tesi dell’illegittimità convenzionale – e quindi, ex art. 117 Cost., costituzionale – della legittima difesa (domiciliare) armata dei beni patrimoniali, in base alla violazione del diritto alla vita, per via, da un lato, della previsione del divieto di uccisione intenzionale, di cui al secondo periodo del primo comma dell’art. 2 CEDU, e, dall’altro, della mancata inclusione di tale specifico tipo di difesa tra le eccezioni al summenzionato divieto – eccezioni tra cui, pure, vi è appunto quella della difesa –, sia nota agli studiosi, per ragioni espositive, in questa sede, prima di provare a confutarla, appare opportuno ricapitolarne brevemente gli estremi.

A tal proposito, il punto di partenza dev’essere l’esatta lettera dell’art. 2 CEDU, rubricato Diritto alla vita, secondo il quale:

²³ «Ciò posto, occorre chiedersi quali spazi possa avere in questo scenario il paradigma dell’interpretazione conforme, in particolare ispirata alla Carta fondamentale, sul modello di quel che è accaduto dopo la riforma del 2006. A nostro parere, lo diciamo apertamente, nessuno. Di fronte a tante e tali criticità come quelle che abbiamo fin qui enucleato, pare impossibile un intervento esegetico sulle nuove disposizioni (in particolare con riferimento al quarto comma dell’art. 52 c.p.): le mutazioni rispetto all’impianto originario della scriminante sono così estese e chiaramente ispirate a principi antagonisti rispetto a quelli costituzionali da non lasciare spazio di manovra all’interprete», così CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, 1 ss., e, spec., 17 s.

1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena.

2. La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario:

(a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale;

(b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta;

(c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione.

Come si riferiva, quindi, dall'espresso divieto di privare intenzionalmente qualcuno della propria vita, di cui al secondo periodo del primo comma dell'art. 2 CEDU, e dalla tassatività delle relative eccezioni - e cioè dei casi in cui l'intenzionale privazione della vita si ritiene, tuttavia, non violativa del relativo divieto, *ex art. 2, co. 2, CEDU* -, autorevole dottrina ha dedotto l'illegittimità testuale, espressa per esclusione da ciò che è consentito, di una previsione, quale quella della legittima difesa *sub art. 52, co. 2, lett. b), c.p.* (almeno, secondo la *voluntas legislatoris*), che invece consentisse, da parte dei privati, una risposta difensiva armata - e dunque, almeno potenzialmente, mortale - pure nel caso di un'aggressione a beni patrimoniali.

Non a caso, del resto - così si argomenta -, la lettera a), del secondo comma, dell'art. 2 CEDU riferisce l'eccezione della difesa, che appunto esclude la violazione del divieto di uccisioni intenzionali, alle ipotesi di violenza contro le persone, e non a quella di aggressione ai beni patrimoniali:

«...il comma 2 di tale disposizione stabilisce una serie di eccezioni al divieto di causazione intenzionale della morte di un uomo - con ciò stabilendo implicitamente la illiceità di sacrifici della vita umana al di fuori di questi casi. Una di queste (tassative) ipotesi in cui il diritto alla vita può legittimamente soccombere è quella in cui l'intenzionale causazione della morte di un uomo sia «determinata da un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario [...] per difendere una (*nella norma, però, non è scritto "una", ma "ogni", n.d.r.*) persona da una

violenza illegittima» (art. 2, lett. a) CEDU): espressione che non sembra ragionevolmente interpretabile se non come riferita ad una aggressione alla vita o – almeno – all’integrità fisica o alla libertà personale del soggetto aggredito, con esclusione delle aggressioni rivolte esclusivamente contro il patrimonio»²⁴.

Ma è veramente così? Secondo chi scrive, no. La tesi qui riportata, infatti – nella parte in cui si baserebbe sul dato testuale del divieto di uccisione intenzionale e delle relative eccezioni, e non su una sempre possibile interpretazione evolutiva ed estensiva dell’obbligo di tutela della vita –, risulta affatto suggestiva ma, a un suo più attento esame, altrettanto infondata. L’Autore della tesi in oggetto, viceversa, nei confronti della dottrina (in particolare, tedesca) che pure non riteneva sussistente tale espressa, testuale contraddizione (con riferimento, beninteso, all’ampia previsione della legittima difesa di cui allo *StGB*, che consentirebbe, addirittura, di sparare al ladro che fugge²⁵), a suo tempo si espresse nei seguenti termini:

«A dir poco imbarazzanti sono gli escamotages di volta in volta elaborati dalla dottrina tedesca per sfuggire alla conclusione della radicale incompatibilità della norma tedesca con l’art. 2 CEDU. Così, del tutto infondato appare l’argomento secondo cui la CEDU porrebbe limiti soltanto all’azione dei pubblici poteri, e non già dei privati; e ciò alla luce della costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che pacificamente deduce dal riconoscimento di un diritto fondamentale un obbligo positivo a carico dello Stato di tutelare efficacemente il diritto medesimo anche contro violazioni compiute dai privati a danno dei privati».

Sta di fatto, però, che, a distanza di ormai quasi vent’anni dalla sua pubblicazione, la tesi della contraddizione testuale fin qui esposta non è stata accolta,

²⁴ Così, testualmente, VIGANÒ, *Spunti per un «progetto alternativo» di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, Milano, 2006, vol. II, *Teoria della pena – Teoria del reato*, 2001 ss., e, spec., 2039, che continua: «In sostanza, l’art. 2 CEDU opera direttamente il bilanciamento tra il diritto alla vita dell’aggressore e i contrapposti diritti dell’aggredito nelle ipotesi di legittima difesa, optando per la legittima soccombenza del primo nelle (sole) ipotesi in cui siano in gioco diritti personali dell’aggredito, e confermando invece implicitamente la (necessaria) prevalenza del diritto alla vita dell’aggressore in tutte le restanti ipotesi (tra cui quella, che qui rileva, in cui l’aggressione sia rivolta contro il mero diritto di proprietà)».

²⁵ Cfr. SICILIANO, *Das Leben des fliehenden Diebes: Ein strafrechtliches Politikum?*, Francoforte sul Meno, 2013.

non solo e non tanto dalla dottrina tedesca, ma, ciò che più conta, dalla giurisprudenza della Corte EDU, come dimostrato dalla circostanza che non risulta neppure un caso in cui tale Corte, che pure più volte si è pronunciata sulle eccezioni al divieto di uccisione intenzionale, appunto di cui comma 2 dell'art. 2 CEDU e, specificatamente, pure sull'eccezione della difesa di cui alla relativa lettera a), abbia riscontrato una contraddizione tra quegli ordinamenti europei che consentono ai privati una difesa armata dei propri beni patrimoniali – come avviene, in modo paradigmatico, appunto nell'ordinamento tedesco – e il combinato disposto, da un lato, del divieto di privare intenzionalmente taluno della propria vita e, dall'altro, della relativa eccezione della difesa non estesa ai beni patrimoniali.

Questo, per altro, è avvenuto a dispetto del fatto che sicuramente tale eccezione – su questo, infatti, non si può non convenire con l'autorevole formulatore della tesi di cui trattasi –: da un lato, per dato letterale, effettivamente si riferisce alle sole aggressioni contro le persone, e non contro il patrimonio; e, dall'altro, per necessità logico-giuridica, come ogni eccezione a una regola, può essere interpretata solo tassativamente, e non estensivamente e/o analogicamente.

In Italia, viceversa, la tesi dell'incompatibilità, con l'art. 2 CEDU, della difesa privata armata di beni patrimoniali, ha ricevuto un notevole e, a volte, pienamente adesivo consenso²⁶; ma non senza che sia mancato anche chi, in chiave più problematica, abbia sottolineato come non si possa sottovalutare l'assenza, almeno fino ad allora (2019) – e, si aggiunge, fino a oggi (2025) –, di pronunce

²⁶ «L'art. 2 CEDU, sia nel primo che nel secondo comma, individua – così come la rubrica “Right to life” o “Droit à la vie” riesce a riassumere magistralmente – il diritto degli esseri umani alla vita (!). Si tratta di una disposizione che per oggetto (il bene fondamentale per eccellenza, la vita), collocazione generale (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) e speciale (Titolo I, art. 2), non può in alcun modo fornire protezioni parziali che dipendono dalla qualità del singolo che reagisce: privato cittadino o pubblico ufficiale che sia. Ogni riferimento alla tutela della vita da offese ingiuste (e indesiderate) è, per antonomasia, universale; almeno con riferimento alle fonti del pericolo e ai soggetti attivi. Una Carta dei diritti dell'uomo al cui interno fosse lasciata volutamente scoperta la protezione della vita in casi tutt'altro che infrequenti (come la legittima difesa) non sarebbe una buona Carta dei diritti. Sostenere che un articolo come il 2, primo e secondo comma, CEDU non si riferisca (anche) ai casi di autotutela privata significa errare nella sua interpretazione: l'articolo in discussione è generalissimo; tanto da ricomprendere azioni non direttamente lesive per la vita, ma anche solo pericolose; tanto da concretizzarsi in un obbligo positivo di protezione», così DIAMANTI, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1369.

in tal senso da parte della Corte EDU, pur formulando l'auspicio, in una prospettiva di futura interpretazione evolutiva, di un'estensione del diritto alla vita, e del connesso obbligo positivo di tutela gravante sugli Stati - di cui al primo periodo, del primo comma, dell'art. 2 CEDU -, fino all'esclusione - pare di capire, sempre e comunque - della possibilità di una difesa armata del patrimonio²⁷.

5. *Gli argomenti, anche testuali, che negano la possibilità di una violazione dell'art. 2 CEDU, sub specie di divieto di uccisione intenzionale, con riferimento alla difesa privata, limitandola all'uso della forza pubblica per difendere.* Chi scrive, già in suo precedente lavoro²⁸, aveva provato a confutare la tesi della possibile violazione del divieto di uccisione intenzionale, di cui al secondo periodo del primo comma dell'art. 2 CEDU, da parte di una norma sulla legittima difesa privata, che esorbitasse dai limiti dell'eccezione della difesa prevista dalla lettera a), del secondo comma, dell'art. 2 CEDU. Ancora una volta a distanza di parecchi anni, tuttavia, pare di poter rilevare che, sicuramente per un difetto nella loro esposizione, gli argomenti che a quel tempo si addussero hanno dato luogo a taluni fraintendimenti. Adesso, quindi, risulta opportuno esporli in maniera più precisa e completa.

²⁷ «La tesi secondo cui la Convenzione implicherebbe effetti espansivi dell'area del penalmente rilevante, in relazione a norme interne che dilatino eccessivamente i confini di liceità di condotte lesive del diritto alla vita, deve fare i conti con il silenzio finora serbato dalla Corte di Strasburgo in ordine all'estensibilità dell'art. 2 CEDU all'ambito dell'autotutela privata di beni patrimoniali. A prescindere dalle criticità di carattere generale sottese ad un eventuale riconoscimento - da parte della Corte di Strasburgo - della contrarietà della disciplina di una data scriminante al principio di cui all'art. 2 CEDU, l'idea secondo cui sul versante dell'autotutela privata sarebbero configurabili obblighi positivi di tutela penale o di interpretazione conforme all'art. 2 CEDU si traduce, allo stato attuale, in una forzatura: se la giurisprudenza della Corte di Strasburgo deve essere ritenuta parte integrante della Convenzione, è su quest'ultima come interpretata dalla Corte, che possono essere fondati obblighi di interpretazione conforme ed eventuali effetti espansivi del penalmente rilevante. Fino a prova contraria, se obblighi convenzionali di tutela e di interpretazione restrittiva della norma scriminante in riferimento all'art. 2 CEDU sono ipotizzabili nei limiti e in conformità dell'interpretazione data a tale disposizione dalla giurisprudenza di Strasburgo, si deve concludere nel senso dell'attuale infondatezza dei predetti effetti espansivi dell'area del penalmente rilevante», così GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 CEDU*, in www.la legislazione penale.eu, 14 febbraio 2019, 14.

²⁸ Cfr. PLANTAMURA, *L'omicidio per legittima difesa (Parte I)*, in *Arch. pen. web*, 2014, 3, e ID., *L'omicidio per legittima difesa (Parte II)*, *ivi*, 2015, 1.

Il punto di partenza è che, per evidenti ragioni anche storiche e fondative, la CEDU in generale, il suo art. 2 in particolare e, ancora più specificatamente, il relativo divieto di uccisione intenzionale e le connesse eccezioni, riguardano sempre i rapporti tra Stato/Autorità e cittadini, e non i rapporti tra privati, come avviene nella legittima difesa di cui all'art. 52 c.p. Questo, tuttavia - e sul punto, evidentemente, sarebbe stato preferibile spiegarsi meglio a suo tempo -, ovviamente non implica in alcun modo che uno Stato non possa essere condannato dalla Corte EDU, sia in generale per violazione di un suo qualsivoglia articolo, che, in particolare, per violazione dell'art. 2 CEDU, in base a un fenomeno di triangolazione²⁹, in connessione a una vicenda storica consistente in un conflitto o, comunque, un rapporto tra privati. Ciò, però, avviene sempre per violazione di una norma che si indirizza direttamente agli Stati, e non ai privati. Per ovvi motivi logico-giuridici, infatti, uno Stato può essere condannato, per violazione della CEDU:

1. per la violazione di un divieto di offendere un diritto tutelato dalla Convenzione, in base a qualcosa che è stato compiuto dallo stesso Stato, tramite i suoi agenti, e le sue emanazioni, *etc.*;
2. per la violazione di un obbligo di tutelare un diritto previsto dalla Convenzione, a seguito dell'omissione diretta, da parte dello Stato, della sua salvaguardia;
3. sempre per la violazione di un obbligo di tutelare un diritto previsto dalla Convenzione, ma per qualcosa che è stato commesso da un privato, e non dallo Stato, qualora tale Stato non sia dotato di una normativa adeguata a disincentivare il comportamento tenuto dal privato, oppure qualora, pur essendone dotato, nel caso specifico non si sia attivato efficacemente per prevenirlo (e/o punirlo) - in definitiva, volendo scomodare una nota formula penalistica, in tali eventualità lo Stato risponde per omesso impedimento dell'evento.

²⁹ «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, invero, del rapporto trilaterale tra autorità pubblica, soggetto pericoloso e vittima potenziale», così GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali*, cit., 10.

Sono solo le norme comando, quindi, quelle che impongono l'obbligo positivo della tutela di un bene/diritto che - in base al succitato fenomeno di interazione a tre, tra Stato, autore e vittima - possono portare alla condanna di uno Stato, da parte della Corte EDU, per qualcosa commesso da un privato. Le norme divieto, viceversa, possono essere violate solo direttamente dallo Stato, e le relative eccezioni al divieto riguardano sempre, e non solo nel caso dell'art. 2 CEDU, quanto lo Stato tramite i suoi agenti, può commettere senza violare il relativo divieto: come, ad es., le varie eccezioni al divieto di privare taluno della propria libertà personale, di cui all'art. 5 CEDU, che pure si rivolgono tutte ad attività dello Stato, e non certo dei privati.

Quando si sostiene che la difesa privata armata di beni patrimoniali sia testualmente, ovvero sia per esclusione espressa da ciò che è consentito, violativa dell'art. 2 CEDU, tuttavia, non lo si fa certo in relazione all'obbligo positivo di cui al primo periodo del primo comma dello stesso articolo (obbligo, infatti, del tutto generico, la determinazione dei cui confini è interamente rimessa alla giurisprudenza della Corte EDU), ma al divieto previsto dal secondo periodo dello stesso primo comma.

È solo rispetto a tale puntuale divieto (o, se si preferisce, obbligo negativo), infatti, che sono previste espresse eccezioni, tra le quali vi è quella della difesa, per cui si può sostenere, poi, che ciò che non è previsto come lecito in tali eccezioni, come appunto la difesa armata e, quindi, eventualmente mortale, di beni patrimoniali, risulta oggettivamente, testualmente - e non in base ad un'interpretazione evolutiva, estensiva o, comunque, a seguito di una decisione *lato sensu* politica dell'interprete - vietato, per espressa esclusione dalla relativa eccezione al divieto.

Viceversa, «L'art. 2 CEDU, pur aprendosi con un generico obbligo di protezione del diritto alla vita sul piano legislativo, fondamentalemente pone un obbligo negativo destinato agli Stati contraenti, ossia l'obbligo in capo agli organi statali di astenersi da atti (in particolare nell'uso della forza pubblica) che possano causare intenzionalmente la morte delle persone soggette alla giurisdizione dello Stato»³⁰.

³⁰ Così BESTAGNO, *Art. 2*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura

La circostanza che, col secondo periodo del primo comma, l'art. 2 CEDU vieta le uccisioni intenzionali compiute dagli Stati attraverso la forza pubblica (e non certo quelle commesse dai privati), per altro, è confermata proprio da quanto previsto nelle ben quattro (*rectius*: cinque) eccezioni al divieto, e dai relativi destinatari: dato, cioè, che le eccezioni in questione sono tutte destinate allo Stato, all'Autorità pubblica, evidentemente anche il divieto, rispetto a cui le eccezioni devono logicamente essere in rapporto di corrispondenza, avrà lo stesso destinatario.

La prima di tali eccezioni, del resto, è contenuta nello stesso primo comma in questione, ed è relativa all'esecuzione (ovviamente, da parte degli Stati, dell'apparato pubblico, e non certo dei privati) di una sentenza pronunciata da un Tribunale, di applicazione della pena capitale, per un reato punito con tale pena. Oltre quello della pena di morte di cui al primo comma, poi, il secondo comma dell'articolo in questione prevede altri due casi, oltre a quello della difesa di cui alla lettera a), che fanno eccezione al divieto previsto dal secondo periodo del primo comma. Si tratta delle due ipotesi in cui, rispettivamente, si debbano reprimere sommosse o insurrezioni, oppure eseguire arresti e impedire evasioni, tutte attività che sono svolte dall'Autorità pubblica, e non certo dai privati, e che confermano l'eccentricità di un'interpretazione che invece voglia riferire l'eccezione della difesa prevista dalla lettera a), unica tra tre e, considerando l'eccezione dell'esecuzione della sentenza di morte, di cui al primo comma, unica tra quattro, e anzi tra cinque (perché un'altra espressa eccezione al divieto di cui all'art. 2 CEDU, è prevista all'art. 15 CEDU, con riferimento alle uccisioni intenzionali nell'ambito dei legittimi atti di guerra), all'attività difensiva dei privati.

Paradossalmente, poi, per individuare i reali destinatari del divieto di uccisione intenzionale, basterebbe anche solo concentrarsi sul dato testuale, ma che sia riportato/tradotto esattamente, proprio della relativa eccezione della difesa. Allora, infatti, ci si renderebbe facilmente conto che è solo lo Stato che, tramite le forze di polizia, agisce per garantire la difesa, non di "una" specifica persona, secondo il paradigma della legittima difesa, ma di "ogni" persona, cioè di "*any*

di Bartole-De Sena-Zagrebelky, Padova, 2012, 36 ss., e, spec., 45.

person” o di “*toute personne*”, stando ai due testi ufficiali della Convenzione, rispettivamente in inglese e francese, che fanno entrambi fede.

La legittima difesa, viceversa, è prima di tutto un'autodifesa propria e dei propri interessi, e poi, in seconda battuta, può essere la difesa, da parte di un privato, sì di un'altra persona, ma sempre determinata, e dei suoi interessi; mentre non è mai un'attività diretta a difendere la generalità delle persone, che è palesemente un'attività di prevenzione/repressione della criminalità, e di tutela dell'ordine pubblico, tipica dell'Autorità pubblica.

5.1. *La conferma di tali argomenti contenuta nella stessa guida ufficiale all'art. 2 CEDU.* Siccome, poi, *quod abundat non vitiat*, nonostante si ritenga di aver già ampiamente dimostrato che la questione di una contraddizione tra una norma che consente la difesa privata armata di beni patrimoniali e l'art. 2 CEDU non si pone in maniera attuale, diretta e testuale, in connessione al divieto, per gli Stati, di compiere, tramite i propri agenti, uccisioni intenzionali e la relativa eccezione della difesa di soli beni personali, ma potrebbe solo eventualmente porsi, in maniera interpretativa, potenziale ed evolutiva, in connessione all'obbligo, per gli Stati, di proteggere la vita, si deve evidenziare che la conferma dell'esattezza di quanto fin qui sostenuto emerge chiaramente dalla stessa guida ufficiale all'art. 2 CEDU³¹.

Tale guida, infatti, si divide in quattro parti, la prima introduttiva, contenente considerazioni generali, l'ultima sulle questioni procedurali, e due di mezzo, principali, di diritto sostanziale, che considerano in maniera separata e distinta, da un lato, l'obbligo generale di protezione della vita e, dall'altro, il divieto di uccisioni intenzionali e le relative eccezioni:

«Article 2 contains two substantive obligations: the general obligation to protect by law the right to life, and the prohibition of intentional deprivation of life, delimited by a list of exceptions»³².

³¹ Il riferimento è alla *Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights - Right to life*, nella sua versione aggiornata al 31 agosto 2024, reperibile sulla piattaforma online ufficiale di “*Knowledge Sharing*” della Corte EDU.

³² Così *Guide*, cit., 6.

Per quanto riguarda l'obbligo positivo, gli Stati, ad es., nel contesto della Sanità, sono tenuti a dotarsi di una normativa adeguata ad obbligare gli ospedali a proteggere la vita dei pazienti, e vi è anche la possibilità che gli atti e le omissioni delle Autorità nel contesto delle politiche sanitarie pubbliche possano, in determinate circostanze, determinare una responsabilità degli stessi Stati per violazione dell'art. 2 CEDU. In adempimento del medesimo obbligo, gli Stati devono dotarsi di una normativa idonea ad assicurare la sicurezza dei luoghi pubblici e a evitare la morte delle persone, ad es., per via di attività private industriali, magari inquinanti o in altro modo pericolose, e conseguenti possibili disastri.

Sempre all'interno della violazione dell'obbligo, poi, e non certo del successivo divieto, rientrano, a seguito di una triangolazione, le ipotesi di uccisione intenzionale («*lethal use of force*»), ma da parte di «*non-State actors*». È solo il simmetrico paragrafo intitolato, invece, *Use of lethal force by State agents* a essere incluso nella parte del Guida dedicata al divieto di uccisione intenzionale; ed è solo in relazione all'uso letale della forza da parte dell'Autorità pubblica, e non certo dei privati, che nella guida vengono illustrate le varie eccezioni, tra cui quella della difesa.

Senza insistere oltre sul punto, quindi, si può definitivamente concludere che la difesa armata privata di beni patrimoniali non si pone in contrasto diretto, attuale e testuale con l'art. 2 CEDU, il relativo divieto di uccisione intenzionale - e le connesse eccezioni da cui sarebbe esclusa -, che infatti non si rivolge ai privati, ma che comunque tale difesa, come ogni altro uso letale della forza da parte di privati, in astratto, potenzialmente, può porsi in contrasto con l'obbligo di protezione della vita, i cui confini sono determinati dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Per completezza, poi, si deve riferire che, nel caso in cui si arrivasse a tanto partendo dal previsto obbligo positivo di tutela, si tratterebbe di una - beninteso: sempre possibile - interpretazione nuova ed evolutiva dell'obbligo in questione, che infatti, allo stato attuale, in relazione all'uso letale della forza letale da parte dei privati, nella Guida (e nella giurisprudenza della Corte EDU) viene

riferito solo alla necessità di misure preventive «*to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual*».

Gli Stati, cioè, sono tenuti ad assumere, - ovviamente, nei limiti del possibile, e senza la pretesa che nessuno possa morire a causa di altrui azioni criminali - misure adeguate a contenere il rischio di morte a seguito di attività criminali di privati³³. Per questa ragione, ad es., di recente l'Italia è stata condannata, in un caso di uccisione di un minore da parte del padre violento con lui non convivente. Questo è avvenuto, ovviamente, non perché nel nostro ordinamento non ci siano diverse norme, incriminatrici e non, che avrebbero potuto essere applicate in chiave preventiva, per evitare o, comunque, ridurre il rischio, della produzione di tale evento, ma in quanto i reiterati comportamenti aggressivi tenuti in precedenza dal padre, e denunciati dalla madre convivente col minore, erano stati sottovalutati dall'Autorità. Si era creata, così, nel padre violento, un'aspettativa d'impunità, e comunque non erano state applicate le misure (pur sollecitate dai Carabinieri, ma con inerzia dei PM procedenti), presenti nell'ordinamento italiano, per evitare, nel caso specifico, l'*escalation* di violenza poi verificatosi³⁴.

³³ «Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, tale disposizione non impone solamente agli Stati firmatari di astenersi dal compiere azioni che mettano a rischio la vita degli individui, ma richiede altresì la predisposizione di adeguate misure di protezione rispetto ai pericoli per la loro integrità fisica,3 anche in relazione ad eventuali comportamenti criminali di terze persone. Questo, in ogni caso, non significa dover predisporre ogni forma di tutela rispetto ad ogni possibile rischio, onere di per sé eccessivo per lo Stato alla luce anche dell'imprevedibilità dell'agire umano, ma impone tuttavia un'obbligazione positiva volta all'attivazione tutte le misure ragionevolmente disponibili di fronte ad un rischio certo ed immediato per la vita di uno o più individui. Tale tutela, comunque, comporta non solo, sul piano sostanziale, la predisposizione di adeguate misure legislative e amministrative in grado di prevenire ed evitare rischi per la vita dei singoli individui, ma anche, sul piano procedurale, la previsione di un sistema giudiziario efficace in grado di accertare le responsabilità in merito ad azioni o attività lesive del diritto alla vita», così GIUPPONI, *Diritto alla vita, uso legale della forza e gestione nazionale della sicurezza pubblica: i più recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino, 2011, 227 ss.

³⁴ «87.Elle estime que, si les carabiniers ont procédé à une évaluation du risque autonome, proactive et exhaustive indépendamment de la plainte de la requérante (voir paragraphe 94 ci-dessous) et en tenant dûment compte du contexte particulier des affaires de violence domestique, en sollicitant, à la lumière de l'existence présumée d'un risque réel et immédiat pour la vie de la requérante et de ses enfants, des mesures conservatoires (paragraphe 14 ci-dessus) ainsi que des mesures privatives de liberté (paragraphe 36 ci-dessus), les procureurs qui avaient pour mission d'apprécier ces propositions n'ont pas fait preuve de la diligence particulière requise dans leur réaction immédiate aux allégations de violence domestique

Proprio tale sentenza, per altro, è stata citata in un recente convegno sulla legittima difesa³⁵, per confutare la tesi, qui sostenuta, che il divieto di uccisioni intenzionali e le relative eccezioni, tra cui appunto quella della difesa, si riferiscono solo all'uso letale della forza da parte dei pubblici agenti, perché in base a tale sentenza bisognerebbe concludere che, tanto il divieto quanto le eccezioni, valgono anche per i privati e, conseguentemente, la difesa privata armata di beni patrimoniali sarebbe in contrasto con la lettera dell'art. 2 CEDU, essendo esclusa dal tipo di difesa ivi consentita; mentre, a tal proposito, la sentenza di cui trattasi risulta del tutto inconferente, perché riguarda, invece, la violazione dell'obbligo positivo degli Stati di prevenire il rischio che, da azioni criminali dei privati, consegua la morte; che però è cosa affatto diversa.

Ciò non esclude, tuttavia, lo si ribadisce, che, a seguito di una sempre possibile interpretazione ulteriormente estensiva dell'obbligo positivo in questione, pure nell'oggettiva assenza di un dato testuale vincolante al proposito, la Corte EDU non possa un domani giungere a valutare, da un punto di vista generale dell'assetto normativo – e non, come nel caso da ultimo riportato, di quello speciale di un'applicazione negligente della normativa esistente – che, non solo la mancanza di una norma incriminatrice sull'omicidio (che ovviamente è presente in tutti gli ordinamenti) o, in maniera più realistica, la mancanza di norme incriminatrici e non che impediscano l'*escalation* di violenza fino alla morte, ma anche, al contrario, la presenza di una scriminante (anche, potenzialmente, di un omicidio) troppo ampia, risulti violativa dell'obbligo stesso.

A quel punto, per individuare i limiti entro i quali la difesa privata letale non contrasterebbe con l'obbligo di tutela della vita, si potrebbe anche essere tentati di applicare, in via analogica, quelli presenti nell'eccezione della difesa diretta ai pubblici agenti, magari in base al ragionamento secondo il quale, se tali limiti sono stati espressamente previsti per i pubblici agenti, allora gli stessi, *a fortiori*, devono valere per l'uso letale della forza letale da parte dei privati.

formulées par la requérante», così Corte EDU, Sez. I, *Landi v. Italy*, 7 aprile 2022, in www.hudoc.echr.coe.int.

³⁵ Il riferimento è al convegno “*La legittima difesa domiciliare tra due riforme*”, tenutosi il 16 febbraio 2024 presso la Corte d'Assise di Foggia.

Si tratta di un argomento che, senza dubbio, contiene spunti di interesse, ma anche di criticità – soprattutto in relazione all’idea che la limitazione di una scriminante e, conseguentemente, l’estensione della punibilità, possa avvenire in sede giurisprudenziale, mediante un meccanismo analogico –, che è comunque preferibile affrontare dopo che si sarà trattata la scriminante presente nel nostro ordinamento a cui il divieto di uccisione intenzionale e la relativa eccezione della difesa, invece, si applica – e si applica direttamente, in base al dato testuale, non per estensione analogica –, ovvero sia quella dell’uso legittimo delle armi, di cui all’art. 53 c.p.

6. *L’uso legittimo delle armi e la sua possibile incostituzionalità, diretta e “derivata”*. Com’è noto, nel nostro ordinamento la questione dell’uso legittimo della forza pubblica, anche armata – e, quindi, potenzialmente letale, soprattutto con riferimento alle armi da fuoco –, non si esaurisce certo nell’art. 53 c.p. – il cui ultimo comma, del resto, prevede espressamente che possano esservi altri casi di legge –, riguardando anche ulteriori previsioni come, ad es., quelle in tema di contrabbando, di passaggio delle frontiere, di gestione dei detenuti all’interno delle carceri, *etc.*, che tuttavia non è possibile esaminare compiutamente in questa sede³⁶, in cui si preferisce concentrare il discorso sulla norma codicistica, sia per la sua portata generale che per la sua valenza simbolica, politica e di orientamento culturale.

Già lo stesso art. 53 c.p., per altro, risulta in sé duplice, nel senso che qui si ritiene che l’integrazione di tale articolo – operata, com’è noto, dall’art. 14 della c.d. legge Reale del 1975 – abbia dato luogo a un nuovo, distinto e ulteriore paradigma della scriminante dell’uso legittimo delle armi, che del resto, a sua volta, già nella sua formulazione originaria, rappresentava un passo in avanti rispetto al passato – e, in particolare rispetto alle previsioni, nel senso della mancanza, tanto del codice Zanardelli³⁷ quanto di quelli pre-unitari –, come

³⁶ Anche per un approfondimento di tali disposizioni, si rinvia a SARTARELLI, *Uso legittimo della violenza pubblica e diritto penale*, Bari, 2018, 41ss.

³⁷ Lo stesso dicasi per i codici pre-unitari e per lo stesso codice napoleonico del 1810. Cfr. FORTE, *Uso legittimo delle armi*, in *Trattato di diritto penale, Parte generale II, Il reato*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Torino, 2013, 425 ss.

dimostrato chiaramente dallo stesso *incipit* dell'art. 53 c.p., “*fermo restando le disposizioni di cui agli articoli precedenti*”, che infatti indica chiaramente che l'uso delle armi è scriminato, per i pubblici agenti di cui trattasi, almeno nell'intenzione del legislatore, anche oltre i casi di adempimento del dovere e di legittima difesa.

Francamente, non si ritiene di dover insistere troppo sul carattere autoritario della norma, che si inserisce naturalmente nell'ambito del più ampio ripensamento del rapporto tra Stato e cittadino, in senso asimmetrico a favore del primo termine, caratteristico del regime fascista, come risulta sia dai succitati riferimenti storici che da quelli comparati, visto che trattasi, appunto sia nel tempo che nello spazio, di una norma peculiare del codice Rocco che, come già sottolineato da autorevole dottrina, in tal senso si evidenziava per una pluralità di norme di oltraggio e vilipendio, nonché, appunto, per un «riconoscimento quanto mai ampio dell'uso legittimo delle armi»³⁸.

Si tratta, d'altronde, dello stesso codice in cui, in modo del tutto corrispondente, era stata eliminata la scriminante della reazione legittima agli atti arbitrari del pubblico ufficiale, rispetto ai reati previsti dall'apposito Capo dei delitti di violenza e resistenza all'Autorità, prevista, invece, nel precedente codice liberale, all'artt. 192³⁹. Tale disposizione è oggi contenuta all'art. 393*bis* c.p., ma, com'è noto, era stata immediatamente reintrodotta, a guerra ancora in corso, nell'ordinamento italiano *post*-fascista, dall'art. 4 del dlgs.lgt. n. 288/44, proprio per il suo elevato valore politico e simbolico, poi ribadito anche dalla Consulta, in occasione di una sentenza interpretativa di rigetto – che, se pur non riguardava direttamente tale norma, ne implicava la necessità di una disamina –, secondo la quale:

«Le vicende storiche della causa di giustificazione della reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale sono dunque sintomatiche della diversa disciplina dei rapporti tra cittadino e autorità rispettivamente negli ordinamenti liberal-democratici e nei regimi totalitari: in particolare, riflettono le garanzie e le

³⁸ Così MANTOVANI, *Libertà ordine e disordine*, ora in ID., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, 173 ss., e, spec., 176.

³⁹ Art. 192 - Quando il pubblico ufficiale abbia dato causa al fatto, eccedendo, con atti arbitrari, i limiti delle sue attribuzioni, non si applicano le disposizioni degli articoli precedenti.

forme di tutela che i primi riconoscono ai privati in caso di comportamenti abusivi dei pubblici ufficiali. Rientra perciò nei poteri-doveri dell'interprete tenere conto dello sviluppo storico dell'istituto che egli é chiamato ad applicare, attribuendogli il significato più consono alla struttura complessiva dell'ordinamento vigente, alla luce dei principi e dei valori espressi dalla Costituzione»⁴⁰. Nonostante la sua ispirazione autoritaria – e il suo essere il rovescio della medaglia dell'esclusione della succitata scriminante, pur reintrodotta, come chiarito, già nell'Italia *pre*-repubblicana –, che si pone in contrasto con l'impostazione personalistica della nostra Costituzione – per cui è lo Stato ad essere visto in funzione del cittadino, e non il contrario –, la norma sull'uso legittimo delle armi è stata fin qui ritenuta costituzionalmente legittima – e anzi, nei suoi confronti, non è stata mai sollevata la relativa questione: che comunque comporterebbe, riguardando una scriminante, interessanti problemi metodologici, che però esulano dai confini di questo studio –, fondamentalmente in base all'interpretazione restrittiva che ne ha offerto la giurisprudenza. Tale interpretazione restrittiva, nello specifico, si è mossa fondamentalmente secondo due direttrici, per altro tra loro sinergiche:

- la prima è quella di limitare il concetto di resistenza alla sola resistenza attiva, con esclusione, quindi, di quella passiva (a meno che non si tratti dell'uso della mera forza muscolare per spostare chi si oppone⁴¹), con eccezione della fuga spericolata, magari in automobile, che possa mettere a repentaglio vite altrui (a tal proposito, però, si può segnalare una giurisprudenza di legittimità piuttosto "eccentrica", e comunque rimasta isolata, che, nel riformare la sentenza d'Appello di condanna per omicidio, paradossalmente ha utilizzato l'art. 2 CEDU come ampliativo della sfera della scriminante, visto che il carabiniere aveva

⁴⁰ Così Corte cost., 20 aprile 1998, n. 140.

⁴¹ «Il rifiuto opposto da taluno alla richiesta, da parte di un ufficiale o agente di polizia, di dichiarare le proprie generalità legittima l'accompagnamento coattivo del soggetto negli uffici di polizia e giustifica l'uso di un mezzo di coazione fisica, come la forza muscolare, ove a tale accompagnamento venga opposta resistenza, anche meramente passiva; l'uso della forza deve però essere rigorosamente proporzionato al tipo ed al grado della resistenza opposta. (In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto corretta la condotta di agenti di Polizia i quali avevano accompagnato coattivamente presso i propri uffici il soggetto richiesto di declinare le proprie generalità, dopo che lo stesso, in un contesto di persone in atteggiamento ostile alle Forze dell'Ordine, si era limitato alla "fugace" esibizione di un documento di identità)», così Cass., Sez. VI, 28 maggio 2015, n. 22529, Vieider, in *Foro plus*.

sparato contro il soggetto per compiere un regolare arresto di un rapinatore in fuga⁴²);

- la seconda è quella di inserire il requisito della proporzione, tra il bene leso e quello difeso, che pure la norma in questione non richiede - diversamente da quello della necessità, in cui però la proporzione non si esaurisce⁴³ -, e che infatti viene spesso richiamato, non come requisito della proporzione, ma quale principio di proporzionalità, forse proprio per affermare la sua operatività, anche in assenza di una previsione letterale.

È interessante notare, per altro, che il principio di proporzionalità lavora non solo in sinergia con l'interpretazione restrittiva del concetto di resistenza, ma anche in sua sostituzione, nel senso che vi è anche giurisprudenza secondo la quale, una volta che sia riconosciuto il principio di proporzionalità, e nei limiti rigorosi del suo rispetto, la distinzione tra resistenza passive e attiva perderebbe di rilevanza:

«Ai fini dell'operatività della scriminante dell'uso legittimo delle armi (art. 53 c.p.), è irrilevante la distinzione tra resistenza attiva e resistenza passiva, dovendosi invece attribuire rilievo (pur in assenza di espressa previsione), al criterio della necessaria proporzione fra i contrapposti interessi...In particolare, quando l'uso dell'arma sia finalizzato a bloccare la fuga di malviventi, la suddetta proporzione dev'essere ritenuta sussistente ove, per le specifiche modalità con le quali i fuggitivi cercano di sottrarsi alla cattura, siano ragionevolmente prospettabili, oltre all'avvenuta commissione di reati al cui accertamento essi cerchino di sottrarsi, anche rischi attuali per l'incolumità e la sicurezza di terzi. (Nella specie, essendo risultato in fatto che gli occupanti di un veicolo, di cui era poi stata accertata la provenienza furtiva, avevano reagito all'intimazione di alt da parte di una pattuglia di carabinieri tentando di speronare l'autovettura di servizio, per poi darsi a spericolata fuga per strade urbane, mettendo a

⁴² Cfr. Cass., Sez. V, 6 febbraio 2003, in *Foro it.*, 2003, II, 435, con nota giustamente critica di ALBEGGIANI. Com'è noto, tuttavia, la giurisprudenza della Corte EDU è nel senso contrario, cioè in quello di ritenere che l'uccisione del fuggitivo possa essere considerata lecita solo quando la sua fuga metta in pericolo la vita o, comunque, l'incolumità di altre persone, e lo stesso fuggitivo e sospettato di aver commesso un crimine violento. Cfr. Corte EDU, seconda Sezione, 29 marzo 2011, Alikaj c. Italia.

⁴³ Cfr. G. MARTIELLO, *I limiti penali dell'uso della forza pubblica*, Pisa, 2019, 227ss.

repentaglio l'incolumità dei passanti, la S.C., in applicazione dei suddetti principi, ha ritenuto che fosse da escludere ogni responsabilità a carico di un sottufficiale dei carabinieri il quale, nel corso dell'inseguimento intrapreso a seguito della condotta sopra descritta, aveva esploso una raffica di mitraglietta che, pur diretta alle ruote del veicolo inseguito, aveva, per un sobbalzo del veicolo inseguitore, raggiunto e ferito mortalmente uno dei fuggitivi)⁴⁴.

La proporzione, al contrario, può portare anche all'esclusione della scriminante in casi di resistenza attiva, qualora la condotta del pubblico ufficiale - in modo, appunto, ritenuto sproporzionato - abbia causato, non solo la morte, ma anche solo una lesione grave:

«Per l'operatività dell'esimente prevista dall'art. 53 c.p. occorrono due condizioni strettamente interdipendenti tra loro, vale a dire l'uso legittimo dell'arma o di altro mezzo di coazione fisica, dettato dalla necessità di respingere una violenza o vincere una resistenza attiva, e un rapporto di proporzione, di modo che, qualora altri mezzi siano possibili per soddisfare detta necessità, il pubblico ufficiale non è autorizzato a usare armi o mezzi di coazione fisica sproporzionati in eccesso, salve le eccezioni previste da specifiche disposizioni di legge (Nella specie, in applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto insussistente il requisito della proporzionalità, e giustificata, quindi, l'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, a titolo di eccesso colposo ai sensi dell'art. 55 c.p., in un caso in cui l'agente, all'atto di effettuare un arresto in flagranza di un soggetto che opponeva resistenza con spintoni e divincolamenti, lo aveva colpito con un violento pugno alla tempia cagionandogli, anche a causa della presenza di un oggetto metallico presente sulla mano con la quale il pugno era stato sferrato, lesioni personali gravi)⁴⁵.

Per quanto riguarda, invece, il paradigma emergenziale, del tutto nuovo in quanto, almeno secondo la lettera della legge, svincolato dal presupposto cardine della scriminante originaria, ovvero sia dalla necessità di respingere una violenza o respingere una resistenza all'Autorità, come dimostrato dal suo stesso *incipit* ("*e comunque*"), è sicuramente da accogliere l'interpretazione

⁴⁴ Così Cass., Sez. IV, 22 settembre 2000, 9961, in *Riv. pen.*, 2000, 1140.

⁴⁵ Così Cass., Sez. IV, 1 marzo 2005, 7649, in *Riv. pen.*, 2005, 836.

restrittiva, ma in ogni caso compatibile con la lettera della norma, secondo la quale l'espressione "*per impedire la consumazione*", dev'essere intesa con riferimento agli atti che siano andati oltre la mera preparazione, così varcando la soglia del tentativo punibile. Tale interpretazione restrittiva, tuttavia, non basta, se non connessa con l'elemento *extra*-legale della proporzione, a farle assumere un volto davvero costituzionalmente compatibile alla norma, *a fortiori* in considerazione del fatto che, anche in questo caso, siamo di fronte a un esempio di diritto penale d'autore, per giunta da un duplice punto di vista:

- del punire di meno un tipo di autore giudicato positivo (diritto penale del privilegio), cioè il pubblico ufficiale che, invece, non vi è ragione che possa usare le armi difensivamente in maniera più ampia dei privati e, per gli altri casi, risulta scriminato *ex art. 51 c.p.*;

- del punire di più un tipo di autore giudicato negativo (nel senso di rendere maggiormente possibile che una violenza nei suoi confronti sia scriminata), visto che i delitti di cui si può impedire la consumazione mediante l'uso delle armi non sono stati di certo scelti a caso dal legislatore, ma con evidente riguardo a quelli compiuti dai terroristi, come delitti scopo dell'associazione (strage, disastro) o, per così dire, come "delitti mezzo", cioè per finanziare l'associazione (sequestri e rapine).

Soprattutto con riferimento alla rapina, poi, che, per quanto pluri-offensivo, rimane innanzitutto un delitto contro patrimonio, il contrasto della lettera dell'art. 53 c.p. con la Costituzione e, *a fortiori*, con il divieto di uccisione volontaria previsto dall'art. 2 CEDU, che proprio per queste ipotesi è pensato, risulta evidente e, per altro, non privo di ricadute giurisprudenziali, almeno - trattandosi di disposizione che non affolla i repertori giurisprudenziali - in riferimento a un caso in cui l'uccisione dell'ostaggio (evidentemente, a causa di un errore nei mezzi di esecuzione: rispetto alla quale, però, si applica l'art. 82 c.p.), di cui i rapinatori si facevano scudo, è stata sì punita, ma a titolo di eccesso colposo nella scriminante:

«L'uso legittimo delle armi può avere esplicazioni di varia gravità fino all'uccisione degli aggressori; deve, però, cessare quando questi si facciano scudo dell'ostaggio: la vita dell'ostaggio è un bene preminente da tutelare». (Nella

specie, relativa ad affermazione di responsabilità dell'imputato per avere cagionato la morte dell'ostaggio per eccesso colposo nell'uso legittimo delle armi utilizzate per impedire la consumazione dei delitti di rapina a mano armata e di sequestro di persona, la S.C. ha osservato che, in quel momento, il metro-notte non correva un imminente grave pericolo non altrimenti evitabile; che non vi era dubbio che sussistesse la necessità di impedire la rapina, ma il diritto dell'ostaggio alla vita non poteva in alcun modo essere pretermesso)⁴⁶.

7. *Le ragioni a favore dell'abolizione dell'art. 53 c.p.* Sono metodologicamente accettabili, in ogni caso - e, quindi, risolutive -, le interpretazioni "normalizzanti" dell'art. 53 c.p., dirette a renderlo costituzionalmente (e convenzionalmente) compatibile⁴⁷, di cui si è fin qui riferito? Secondo chi scrive, no. E questo, appunto, non certo per una questione di merito - nel senso che, nel diritto vivente, nonostante tali interpretazioni restrittive, l'art. 53 c.p. assumerebbe una portata troppo ampia -, perché il fantomatico principio di proporzionalità, invece, può giungere, nella giurisprudenza di legittimità, addirittura a non consentire di scriminare chi abbia aperto il fuoco contro chi aveva estratto e puntato la pistola contro di lui:

«Perché possa riconoscersi la scriminante dell'uso legittimo delle armi, quale prevista dall'art. 53 c.p., occorre, nell'ordine: che non vi sia altro mezzo possibile; che tra i vari mezzi di coazione venga scelto quello meno lesivo; che l'uso di tale mezzo venga graduato secondo le esigenze specifiche del caso, nel rispetto del fondamentale principio di proporzionalità, da ritenersi operante, pur in difetto di espresso richiamo, anche con riguardo alla suddetta scriminante. Solo ove risultino soddisfatte tali condizioni è poi da escludere che si possa porre a carico dell'agente il rischio del verificarsi di un evento più grave rispetto a quello da lui perseguito. (Nella specie, in applicazione di tali principi, la Corte ha ritenuto che correttamente fosse stata affermata la responsabilità a titolo di eccesso colposo nei confronti di un agente di polizia il quale, in ora notturna

⁴⁶ Così Cass., 15 luglio 1991, n. 7583, in *Riv. pen.*, 1992, 259.

⁴⁷ Cfr. MARTIELLO, *Violenza pubblica potenzialmente letale e diritto alla vita ex art. 2 CEDU: a proposito dell'art. 53 c.p. "convenzionalmente riletto"*, in *Criminalia*, 2018, 681 ss.

ed in zona poco frequentata, a fronte del gesto di un soggetto che aveva estratto e puntato contro la pattuglia di cui detto agente faceva parte una pistola, rimanendo quindi fermo in tale atteggiamento, con un ginocchio a terra, nel mezzo della strada, aveva esploso contro costui, dopo essersi portato a distanza di sicurezza, al riparo dell'autovettura di servizio, i cui fari abbagliavano l'antagonista, alcuni colpi di pistola che ne avevano cagionato la morte)»⁴⁸.

Le ragioni a favore dell'abolizione dell'art. 53 c.p., quindi - nonostante abbia resistito, in modi diversi e con altre formulazioni, pure all'interno dei noti Progetti di riforma del codice penale che si sono succeduti⁴⁹ -, sono essenzialmente di metodo. Per completezza, tuttavia, prima di esporle, si ritiene di riferire di un'articolata ipotesi dottrina, invece, di riforma dell'art. 53 c.p., secondo la quale ci si potrebbe muovere secondo due direttrici⁵⁰.

La prima, «muovendosi entro il solco tracciato dalla dottrina maggioritaria e dalla Corte EDU», dovrebbe consistere:

- *de iure condito*, in una rinnovata sensibilità che dovrebbe portare l'operatore a comprendere che ciò che è da giustificare *ex art. 53 c.p.* è maggiore di ciò che è da giustificare *ex art. 52 c.p.*, perché, tramite le azioni scriminate *ex art. 53 c.p.*, si riafferma la legalità;

- *de iure condendo*, introducendo delle presunzioni di proporzione, e commisurando la proporzione in modo sbilanciato a favore del pubblico ufficiale.

La seconda, invece, «fuoriuscendo dal solco dell'ortodossia», consisterebbe, se si comprende bene, nel ritorno all'originaria logica dell'art. 53 c.p., dunque senza il requisito della proporzione, in quanto il pubblico ufficiale non agisce solo per difendere se stesso o in soccorso difensivo, ma anche «su beni ulteriori ed a più ampio spettro (a partire dalla stessa legalità dei comportamenti individuali e di massa), dei quali l'odierno contesto storico sembra richiedere nuove forme di mediazione con i diritti individuali, sebbene ciò non possa e non debba significare la aprioristica prevalenza dei primi sui secondi».

⁴⁸ Così Cass., Sez. IV, 10 gennaio 2008, n. 854, in *Riv. pen.*, 2008, 504.

⁴⁹ Anche per una ricostruzione dei quali, si rinvia a SARTARELLI, *Uso legittimo della violenza pubblica e diritto penale*, cit., 109 s.

⁵⁰ Cfr. MARTIELLO, *I limiti penali dell'uso della forza pubblica: una indagine di parte generale*, cit., 246 ss.

Francamente, però, chi scrive non potrebbe essere in maggiore disaccordo con quanto sostenuto in tali proposte che, in definitiva, per quanto finemente argomentate e scevre da eccessi, sembrano non riuscire a sfuggire completamente alla tentazione di riconoscere una primazia del pubblico ufficiale sul cittadino, dello Stato sull'individuo. Allora, che fare?

Anche il mantenimento dello *status quo*, come si accennava, non appare una soluzione soddisfacente. L'ortopedia interpretativa delle scriminanti in senso restrittivo, infatti – mediante aggiunta di requisiti ulteriori non presenti nella lettera della legge –, non appare in nessuna misura meno grave dell'*interpretatio abrogans* di requisiti costitutivi delle norme incriminatrici: si tratta, in entrambi i casi, di analogia in *malam partem*, violativa del principio di tassatività. Ma la legalità, qui, è scossa in maniera anche più profonda (e pure se convenzionalmente intesa, nonostante la legalità convenzionale sia compatibile con la creazione giurisprudenziale del diritto⁵¹), in quanto, come si è visto dalla giurisprudenza citata, se pur tutta di legittimità, il requisito della proporzione in sede giurisprudenziale con riferimento all'art. 53 c.p. è ritenuto in sensi e modi ogni volta diversi, tanto da minare la stessa prevedibilità dell'esito giudiziario, così, comportando, ovviamente, anche una lesione del principio di colpevolezza.

Sarebbe proprio il caso, quindi, di liberarsi finalmente di questo “residuo bellico”, per altro sempre pronto ad esplodere – o, se si preferisce, ad essere ricondotto alla sua logica autoritaria originaria (e, almeno a livello legislativo, anche sopravvenuta) – qualora il clima sociale e politico muti:

«Delle due l'una: o, con un “coraggioso” slancio di politica-criminale, il legislatore decide di poter fare a meno della “coperta di Linus” rappresentata dall'art. 53 c.p., in quanto norma concepita e recepita come “valvola di sicurezza”, in senso propriamente e seccamente letterale, oppure continuiamo a tenerla così com'è, con i paletti esegetici che ci derivano dalle attività delle Giurisprudenze (in senso costituzionalmente e convenzionalmente orientato); una sua modifica a fini di ripristino non è concepibile. Vero è che, nel continuare a tenerla nel nostro Codice, si potrebbe annidare il rischio di un suo utilizzo al primo

⁵¹ Cfr. PLANTAMURA, *Legalità costituzionale e convenzionale: tra misure di prevenzione e concorso esterno*, in *Arch. pen. web*, 2018, 3.

cambiamento politico-ordinamentale, ma perché ciò accada, sarebbe necessario che il cambiamento fosse davvero “epocale”, a quel punto, però, la questione della sopravvivenza o meno della disposizione in esame sarebbe l’ultimo dei problemi»⁵².

8. *L’abolizione della legittima difesa domiciliare, il riequilibrio del requisito della proporzione e la scissione della difesa privata in legittima difesa (altrui) e autodifesa (propria)*. Se, come chiarito, la scriminante dell’uso legittimo delle armi merita certamente di essere abolita, anche perché espressione di una logica autoritaria e, comunque, di un diritto penale d’autore, senza che le interpretazioni giurisprudenziali correttive possano ritenersi altro che un rimedio peggiore del male, *quid iuris* circa quella della legittima difesa?

Ebbene, come illustrato, l’ampliamento di tal ultima scriminante, operato con le sue due successive riforme – e, quindi, anche con riferimento alla difesa domiciliare armata di beni patrimoniali –, pur non potendosi porre in conflitto con il divieto di uccisione intenzionale di cui all’art. 2 CEDU, per espressa esclusione dalla relativa eccezione della difesa che è limitata ai beni personali – essendo, infatti, tanto il divieto che le relative eccezioni, indirizzati ai pubblici agenti –, è da ritenersi incostituzionale sotto altri, molteplici, profili: innanzitutto, rappresentando un esempio piuttosto eclatante di diritto penale d’autore, in violazione dell’art. 3 Cost., che invece non consente alla legge distinzioni in base alle condizioni personali e sociali, e anche, a *fortiori* dopo la modifica del 2019, di quello di ragionevolezza, sempre di cui all’art. 3 Cost., pure da un punto di vista della c.d. “razionalità pratica”⁵³.

Allora, però, anche a prescindere dalla problematica – in sé, per altro, affatto interessante, ma che non è opportuno approfondire in questa sede – della praticabilità, o meno, di una questione di legittimità costituzionale che abbia come oggetto una scriminante – e, in particolare, di una pronuncia a seguito della quale si produca un ampliamento della sfera del punibile –, tale circostanza sicuramente può essere apprezzata, e anzi assume una notevole rilevanza, in

⁵² Così SARTARELLI, *Uso legittimo della violenza pubblica e diritto penale*, cit., 112.

⁵³ Cfr. Corte cost., 31 maggio 1996, n. 172.

chiave *de iure condendo*, suggerendo l'abolizione *tout court* della legittima difesa domiciliare.

In una prospettiva di riforma, quindi, si potrebbe essere tentati di concludere nel senso di un ritorno alla legittima difesa nella sua originaria formulazione prevista dal codice Rocco⁵⁴, ma ciò porrebbe il nostro Paese, secondo una prospettiva sia storica che comparata, in una posizione piuttosto eccentrica nel panorama occidentale, e comunque affatto restrittiva, per quanto concerne il diritto di difesa dei privati⁵⁵ e, soprattutto, dei loro beni patrimoniali: posizione che, almeno secondo chi scrive, si fonda su di una serie di malintesi.

Il primo di tali malintesi è quello per cui il requisito della proporzione richiederebbe un confronto alla pari – che tuttavia, per definizione, risulta possibile solo tra beni omogenei –, tra il bene difeso e quello leso dal soggetto che si difende. Bisogna considerare, tuttavia, che, a parte casi statisticamente così infrequenti da risultare irrilevanti, mentre i beni posti in pericolo dall'originario aggressore possono essere i più diversi, il bene leso da chi si difende è sempre lo stesso o, per la precisione, sono sempre i due beni contigui dell'incolumità individuale e della vita (dell'originario aggressore). In definitiva, che l'originario aggressore ponga in pericolo il bene della libertà sessuale, del domicilio, dell'incolumità personale, della vita, del patrimonio, della libertà personale, *etc.*, dell'agredito, ciò che farà il soggetto che si difende dall'originaria aggressione sarà colpire l'aggressore, a mani nude o utilizzando un'arma, causandogli una lesione personale e/o uccidendolo: circostanza che, ad es., nel codice Zanardelli, comportava la presenza della scriminante della legittima difesa (anche) nella parte speciale, all'art. 376 c.p., quale scriminante specificamente dei delitti

⁵⁴ Proprio in questo senso, del resto, si esprime parte della dottrina, appunto auspicando un ritorno alla previsione originaria, per quanto riguarda l'art. 52 c.p., e limitando la possibilità di riforma all'istituto dell'eccesso colposo, limitandolo alla colpa grave. Cfr. DIAMANTI, *Appunti sulla legittima difesa*, cit., 115.

⁵⁵ «Piuttosto, mi preme qui segnalare riassuntivamente che sia la storia del diritto penale che il diritto penale comparato, per quanto possa esse utile il loro insegnamento – ma io credo che lo sia, e molto! – mostrano di avere una particolare comprensione per chi si trova costretto a difendersi da un'aggressione *contra ius* da lui non provocata. E che – pur prevedendo nella sua definizione generale i requisiti classici della legittima difesa – prescindono da taluno di essi (e in specie da quelli dell'attualità e/o della proporzione) in certe ipotesi, in cui è particolarmente comprensibile che l'agredito abbia ecceduto nella difesa», così CADOPPI, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, cit., 1377 ss., e, spec., 1394.

previsti nei due capi precedenti, che erano appunto quelli di omicidio e lesioni personali.

L'idea che ci si possa difendere, quindi – e cioè, in definitiva, che si possa colpire un aggressore –, solo se quest'ultimo pone in pericolo un bene personale, ovvero se l'aggressore, a sua volta, rischia di attingere la sfera fisica di chi si difende, di fatto lascia tutti gli altri beni al di fuori della possibilità difensiva, appunto perché chi si difende lo fa colpendo l'aggressore, e non ledendo altri beni di cui l'aggressore stesso è titolare.

Che sia possibile difendersi contro chi usa violenza contro una persona, tuttavia, è una circostanza auto-evidente, in realtà sicuramente operativa perfino in assenza di una previsione espressa, per cui, anche storicamente, il punto è sempre stato comprendere in quali casi, e fino a che punto, si potesse colpire chi aggredisce altri beni, non rientranti strettamente nella sfera fisica di chi si difende, come il domicilio e, soprattutto, il patrimonio. Con un confronto paritario tra bene difeso e bene leso da chi si difende, però, la risposta è semplice: in nessun caso e fino a nessun punto. Perché è chiaro che un confronto “alla pari” tra il bene patrimonio e il bene, non solo vita, ma anche solo incolumità personale, non è mai possibile, vista la loro eterogeneità.

Altrettanto impossibile, quindi, è diventata la difesa dei beni patrimoniali nella giurisprudenza di legittimità, visto che, in tali casi, bisognerebbe difendersi, non solo senza uccidere il ladro o, comunque, senza sparargli, ma proprio senza neppure “fargli male”:

«Ai fini della configurabilità dell'esimente della legittima difesa, il requisito della proporzione tra offesa e difesa deve essere valutato con giudizio “ex ante”, ponendo a confronto i mezzi usati e quelli a disposizione dell'aggredito nonché i beni giuridici, personali o patrimoniali in conflitto, con la conseguenza che tale proporzione viene comunque meno nel caso di beni eterogenei in conflitto, quando la consistenza dell'interesse leso, quale la vita e l'incolumità della persona, sia enormemente più rilevante, sul piano della gerarchia dei valori costituzionali e di quelli penalmente protetti, dell'interesse patrimoniale difeso. (Nella specie la Corte ha escluso la sussistenza dell'esimente in relazione alla condotta dell'imputato che aveva reagito al tentativo di sottrazione di un

dispositivo elettronico dall'abitacolo della sua autovettura chiudendo più volte lo sportello sul petto, sulla spalla e sulla mano della vittima)»⁵⁶.

Con questo, beninteso, non si vuole sostenere che il requisito della proporzione debba essere espunto a livello legislativo dalla legittima difesa, come pure avviene in altri ordinamenti, ma che esso debba essere ivi rettamente inteso e riequilibrato. Ciò implica sì il mantenimento, già a livello legislativo e senza bisogno di una correzione giurisprudenziale, di un confronto tra bene difeso e quello offeso dall'azione difensiva. Tale confronto, tuttavia, per elementari ragioni del rispetto del principio costituzionale di uguaglianza, per cui non si possono trattare in modo diverso situazioni uguali, ma anche non si possono trattare in modo uguale situazioni diverse – è il punto, alla fine, è tutto qui: la situazione dell'originario aggressore e di chi si difende sono diverse –, dev'essere asimmetrico.

Di base, infatti, è il rapporto aggressore-agredito a non essere simmetrico, ma fortemente asimmetrico, e non tenere conto di tale asimmetria di partenza – riequilibrandola con un'asimmetria uguale e contraria –, quando si confrontano il bene posto in pericolo dall'originario aggressore e quello offeso da chi si difende, rappresenta una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. La proporzione nella legittima difesa, dunque, non può essere intesa in senso assoluto, come dev'esserlo, invece, nello stato di necessità – in cui, infatti, il soggetto che invoca la scriminante e quello che è stato da lui leso sono sullo stesso piano –, ma dev'essere corretta, riequilibrata, e intesa in senso relativo, tendo conto dell'asimmetria di partenza insita nel rapporto aggressore-agredito. Rimane escluso, quindi, che, nella legittima difesa, il confronto tra il bene difeso e quello offeso possa essere su di una bilancia paritaria; per poter essere equo, piuttosto, tale confronto deve partire dal presupposto che una sproporzione ci possa essere, ma che non debba essere eccessiva: “sempre che la difesa non sia eccessivamente sproporzionata rispetto all'offesa”.

Tale ultima proposta, del resto, non ha pretese di originalità⁵⁷. Trattasi, in definitiva – beninteso: *mutatis mutandis* –, della posizione già a suo tempo

⁵⁶ Così Cass., Sez. V, 18 novembre 2020, n. 32414, in *Arch. giur. circ. ass. e resp.*, 2021, 2.

⁵⁷ In senso analogo, d'altronde – pure ricordando l'insegnamento di Delitala –, si è espresso nel suo

espressa, affatto più autorevolmente, da Giacomo Delitala, in sede di lavori preparatori, in rappresentanza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, proprio in base alla considerazione che un confronto alla pari non è mai possibile tra la vita e il patrimonio; ma, se è per questo – giustamente, aggiunse il Maestro –, a ben vedere, neanche tra la vita e la libertà sessuale, per cui, considerando la proporzione in senso assoluto (o paritario), non si dovrebbe ritenere scriminata una donna che uccidesse l'uomo che la sta violentando:

«...perché il parlare semplicemente di proporzione può fare pensare che tale proporzione vada trattata con un criterio di precisione aritmetica. E ciò sarebbe non solo impossibile (in quanto l'individuo necessitato ad agire dalla minaccia di un male ingiusto ed imminente, male può procedere ad un'indagine precisa sul valore dei beni in contrasto), ma anche impolitico, perché si finirebbe per lasciare senza difesa beni giuridici della primaria importanza. (...) La mancanza di ogni proporzione dà eccessiva considerazione unilaterale dell'interesse offeso, l'esigenza di una proporzione assoluta viene all'opposto a dare un'importanza eccessiva alla considerazione, ugualmente unilaterale, dell'interesse dell'aggressore. Il problema consiste quindi nel trovare una giusta via di mezzo. E a me sembra che basterebbe richiedere che il danno cagionato dalla reazione difensiva non sia eccessivamente sproporzionato al danno minacciato»⁵⁸.

Considerato, poi, che il delitto di lesioni personali è gradato, in una scala di quattro (lievi e lievissime di cui all'art. 582 c.p. e, poi, gravi e gravissime *ex art.* 583 c.p.), e anche il danno patrimoniale è gradato in una scala di tre (danno di rilevante gravità, di cui all'art. 61 c.p., né aggravato né attenuato, e di speciale tenuità, *ex art.* 62 c.p.), si potrebbe anche specificare, in un nuovo secondo comma dell'art. 52 c.p., quando la sproporzione non è ritenuta eccessiva. Si

volume, tra le varie opzioni ivi proposte e qui già citate, anche Gianfranco Martiello. Solo che tale Autore sosteneva, tra le altre, una simile prospettiva, non per la legittima difesa, come fatto dal Maestro, ma per l'uso legittimo delle armi, in modo da distinguere e incrementare l'ambito operativo di tal ultima scriminante, rispetto a quello della prima, seguendo un paradigma che in questa sede non si condivide nemmeno in parte.

⁵⁸ Così DELITALA, *Relazione all'art. 54*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, a cura del Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto, vol. III, *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Parte 1^a, Articoli 1 - 80, Roma, 1928, 404.

potrebbe ritenere, ad es., che la sproporzione dell'azione difensiva non è eccessiva quando:

- per evitare il pericolo attuale di un danno patrimoniale di lieve entità, si è commesso il delitto di percosse o quello di lesione personale da cui deriva una malattia non superiore ai venti giorni;

- per evitare il pericolo attuale di un danno un danno patrimoniale né lieve né grave, si è commesso il delitto di percosse o quello di lesione personale da cui deriva una malattia anche superiore ai venti giorni, ma non superiore ai quaranta (si consideri, del resto, che trattasi di lesioni di competenza del Giudice di Pace⁵⁹);

- per evitare il pericolo attuale di un danno patrimoniale grave si è commesso il delitto percosse o quello di lesione personale anche grave.

Con esclusione, quindi, in ogni caso – per quanto grave, cioè, possa essere il danno patrimoniale il cui pericolo attuale l'azione difensiva è diretta a neutralizzare –, dal paradigma scriminante della legittima difesa, tanto dell'omicidio quanto delle lesioni personali gravissime. E' chiaro, poi, che questa previsione crea comunque una certa corrispondenza tra un bene personale e uno patrimoniale, ma si tratta di una corrispondenza intesa in senso di proporzione non assoluta, ma relativa, che in ogni caso non deve “scandalizzare”, anche in base alla semplice constatazione, sempre espressa dal Delitala nella sede suindicata, che, a ben vedere, una corrispondenza tra patrimonio e beni della vita o dell'incolumità personale è normalmente prevista in sede di risarcimento del danno. Chiarito questo primo passaggio, è ora giunto il momento, però, di “chiudere il cerchio” del discorso relativo all'art. 2 CEDU. Sul punto, infatti, si era concluso che, nonostante la dimostrazione che il divieto di uccisione intenzionale

⁵⁹ «In tema di lesioni personali di durata superiore a venti giorni e non eccedente i quaranta, divenute procedibili a querela per effetto dell'art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, sussiste la competenza per materia del giudice di pace, dovendo il mancato coordinamento di tale disposizione con quella di cui all'art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, essere risolto riferendo quest'ultima disposizione alle ipotesi di lesioni personali procedibili a querela indicate nello stesso art. 4 cit., con l'eccezione delle ipotesi riservate al tribunale in forza della sentenza n. 236 del 2018 della Corte costituzionale», così Cass., Sez. V, 11 ottobre 2023, n. 41372, in *Foro plus*; per la permanenza, però, anche dopo il citato d.lgs., della competenza del Tribunale, si veda Cass., Sez. V, 6 ottobre 2023, n. 40719, in *Foro plus*.

ivi previsto e le relative eccezioni – tra cui quella della difesa, che tuttavia non si estende ai beni patrimoniali – non è diretto ai privati, ma agli Stati e ai suoi pubblici agenti, non era esclusa la possibilità di un’interpretazione ampliativa dell’obbligo, incombente sempre sugli Stati, di proteggere la vita, che potesse estendersi fino a ritenere violativa della Convenzione una scriminante della legittima difesa che consentisse ai privati l’uccisione intenzionale dell’originario aggressore, nel caso di tutela di beni patrimoniali. Nel ricercare i limiti, convenzionalmente accettabili, della scriminante difensiva dei privati, infatti, il primo pensiero potrebbe essere quello di mutuarli proprio dall’eccezione della difesa relativa ai pubblici agenti, perché, così si potrebbe ragionare, se il limite della possibilità di scriminare un’uccisione intenzionale difensiva compiuta dai pubblici agenti è costituito dalla difesa dei soli beni personali, tale limite deve valere pure nei confronti delle azioni difensive poste in essere dai privati:

«Non sarebbe certo l’unico inconveniente: come è stato autorevolmente osservato, quest’ultima soluzione ermeneutica comporterebbe, infatti, il rischio di un’indiscriminata “privatizzazione” della difesa armata di beni patrimoniali (mediante, ad es., il ricorso a società private di vigilanza), strumentale alla possibilità di beneficiare dell’immunizzazione da conseguenze penali, derivante dall’inapplicabilità della disciplina convenzionale a tutela della vita umana. Una ragione in più per estendere alle attività di polizia privata i medesimi standard di tutela dei diritti umani contemplati per l’ambito della forza pubblica»⁶⁰.

Su quest’ultima affermazione non si può non convenire. Risulta davvero opportuno, infatti, che la difesa privata (di beni e diritti altrui) e la difesa pubblica (dei beni e dei diritti della generalità delle persone) siano sottoposte agli stessi limiti: per cui, da un lato, si ritiene necessaria l’abolizione dell’art. 53 c.p., e dall’altro, però, si considera altrettanto necessaria una riformulazione della scriminante della legittima difesa, che in fine consenta espressamente la difesa anche di beni patrimoniali, e che quindi scrimini le percosse e, in diretta proporzione alla gravità del danno patrimoniale di cui chi si difende corre il pericolo, anche le lesioni, perfino gravi, ma con esclusione della possibilità, in ogni caso,

⁶⁰ Così GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali*, cit., 13s.

di scriminare l'omicidio, e, come suesposto, anche le lesioni gravissime, pure se non rientranti nel paradigma di tutela dell'art. 2 CEDU.

Quanto fin qui proposto, tuttavia, rischia di risultare ancora parziale, se non si arriva anche alla radice della legittima difesa, e, alla sua radice, la legittima difesa non è né una difesa privata (di beni e diritti altrui) né una difesa pubblica (dei beni e dei diritti della generalità delle persone), ma è una forma di autodifesa. L'autodifesa, cioè la difesa dei beni/diritti propri e/o dei propri prossimi congiunti (o comunque, per usare una formula che ormai è entrata a far parte del lessico del nostro legislatore penale, delle persone legate da relazioni affettive), infatti, è sì, ovviamente, un tipo di difesa privata, ma è un tipo affatto speciale di difesa privata, a cui devono applicarsi criteri altrettanto speciali, più ampi. E questo, beninteso, ancora una volta non nel senso in cui il requisito della proporzione, tra bene difeso e bene offeso, nell'autodifesa non debba essere considerato, per cui tale attività possa ritenersi sempre e comunque lecita, ma in quello di dover tarare ed equilibrare in modo diverso, in tali ipotesi, il requisito in questione.

Si deve considerare, infatti, che nell'autodifesa entra in gioco pure un altro diritto, oltre a quello difeso e a quello leso: appunto l'autonomo diritto di autodifesa, di cui ogni persona è titolare, che non dev'essere sottovalutato, perché rappresenta un *inherent right*, un diritto "intrinseco", qualcosa di istintivo e inalienabile, che solo l'etica pura può pretendere che non sia esercitato dal suo titolare, pur di non ledere l'originario aggressore; ma, per dirla con Aldo Moro, il diritto penale è etico, ma di un'etica scevra da quegli eroismi sublimi che solo l'etica pura può pretendere⁶¹.

Come già ampiamente chiarito in altra sede⁶², infatti, non ogni legittima difesa, ma solo la vera e propria autodifesa, come da definizione della Carta delle Nazioni Unite - espressamente riferita, non solo all'autodifesa collettiva, ma anche a quella individuale⁶³ -, è un diritto naturale, o, stando al testo ufficiale,

⁶¹ Cfr. CONTENTO, *Il volto umano del diritto penale di Aldo Moro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1151 ss., oggi in ID., *Scritti (1964-2000)*, a cura di Spagnolo, Bari, 2002, 31 ss., e, spec., 38.

⁶² Cfr. PLANTAMURA, *L'omicidio per legittima difesa (II parte)*, cit., 11s.

⁶³ Art. 52 «*Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence...*».

appunto un *inherent right*, in quanto manifestazione dell'istinto di sopravvivenza dell'individuo (se stessi) o della specie (familiari); e, per estensione, è tale anche con riferimento alla difesa del domicilio e perfino dei beni, che infatti servivano alla sopravvivenza (e ciò è valido tuttora, almeno nella misura in cui ci si riferisca a beni di notevole rilevanza in relazione alle condizioni economiche della vittima). Inoltre, appunto *inherent right* sono definiti, sempre dall'ONU, pure gli stessi diritti umani, inviolabili ed inalienabili, per cui l'autodifesa privata può trovare un suo referente costituzionale proprio all'art. 2 Cost., così saldando la concezione naturale e quella costituzionale di tale diritto. In un'apposita scriminante sull'autodifesa, quindi, e cioè relativa alla difesa dei diritti propri, dei prossimi congiunti e delle persone legate da relazioni affettive, il requisito della proporzione andrebbe rimodulato nel modo seguente: "sempre che l'autodifesa non sia eccessivamente sproporzionata rispetto all'offesa". Si potrebbe esplicitare, poi, in un secondo comma, che nella specie la sproporzione non è eccessiva quando:

- per autodifendersi dal pericolo attuale di un danno patrimoniale che, in relazione alle condizioni economiche del soggetto difeso (questa specificazione sarebbe necessaria, perché, nell'interpretazione della gravità⁶⁴ o tenuità⁶⁵ del danno patrimoniale, la giurisprudenza arriva a considerare tali condizioni solo per ritenere grave un danno oggettivamente lieve, ma mai per fare il contrario,

⁶⁴ «Nel valutare l'applicabilità della circostanza aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità, può farsi riferimento alle condizioni economico-finanziarie della persona offesa solo qualora il danno sofferto, pur non essendo di entità oggettiva notevole, può essere qualificato tale in relazione alle particolari condizioni della vittima, che sono invece irrilevanti quando l'entità oggettiva del danno è tale da integrare di per sé un danno patrimoniale di rilevante gravità. (Nella fattispecie, la S.C. ha ritenuto sussistente l'aggravante con riferimento ad un danno indicato nel capo di imputazione per il reato di truffa nell'importo di euro 71.000, a prescindere dalle condizioni economiche della parte offesa)», così Cass., Sez. II, 17 novembre 2016, n. 48734, in *Foro plus*.

⁶⁵ «La concessione della circostanza attenuante del danno di speciale tenuità, presuppone necessariamente che il pregiudizio cagionato sia lievissimo, ossia di valore economico pressoché irrisorio, avendo riguardo non solo al valore in sé della cosa sottratta, ma anche agli ulteriori effetti pregiudizievoli che la persona offesa abbia subito in conseguenza della sottrazione della "res", senza che rilevi, invece, la capacità del soggetto passivo di sopportare il danno economico derivante dal reato. (In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto inammissibile il ricorso con il quale l'imputato invocava la configurabilità della predetta circostanza attenuante in una fattispecie di furto di merce del valore commerciale di 82 euro, sul presupposto che tale somma fosse irrilevante rispetto alla capacità economica del supermercato vittima del reato)», così Cass., Sez. IV, 13 febbraio 2017, n. 6635, in *Foro plus*.

come invece sarebbe necessario in tema di autodifesa), risulta di lieve entità, si è commesso il delitto di percosse o quello di lesione personale da cui deriva una malattia anche superiore ai venti giorni, ma non ai quaranta;

- per autodifendersi dal pericolo attuale di un danno patrimoniale che, in relazione alle condizioni economiche del soggetto difeso, risulta né lieve né grave, si è commesso il delitto di percosse o quello di lesione personale anche grave;

- per autodifendersi dal pericolo attuale di un danno patrimoniale che, in relazione alle condizioni economiche del soggetto difeso, risulta di grave entità, si è commesso il delitto di percosse o di lesione personale anche gravissima o di omicidio con dolo non intenzionale.

Chiaramente, poi, il dolo non intenzionale risulta l'atteggiamento psicologico normale nell'ipotesi di omicidio difensivo, ma la specificazione sarebbe comunque utile, per l'eventualità remota, ma comunque astrattamente possibile, di pregressi contrasti tra l'originario aggressore e chi si autodifende *aut similia*, che, in mancanza di tale specificazione, potrebbero essere utilizzati strumentalmente, da chi si autodifende, per ottenere una patente di impunità. Non si deve ritenere, infatti, che il riferimento al dolo non intenzionale sia qui inserito per sfuggire ai limiti dell'art. 2 CEDU, che infatti, come chiarito, vieta le uccisioni intenzionali; perché, invece, è suggerito solo per questioni di giustizia e, appunto, di proporzione, onde evitare il rilascio di strumentali "licenze di uccidere".

Per quanto riguarda, del resto, la previsione di tale articolo, e sempre rimanendo ferme tutte le riserve metodologiche sulla possibilità di comprimere una scriminante, e quindi ampliare l'effetto delle norme incriminatrici, in base ad un procedimento analogico in sede giurisprudenziale, foss'anche di Corte EDU - nella specie, mediante la ricostruzione dell'obbligo positivo di proteggere la vita incombente sugli Stati, in relazione alla delimitazione del paradigma difensivo privato, estendendogli analogicamente i limiti previsti nell'eccezione della difesa al divieto di uccidere indirizzato ai pubblici agenti -, il punto essenziale da chiarire e ribadire è che, anche ove tale procedimento analogico - in definitiva, *in malam partem* - si ritenesse ammissibile nel metodo, nel merito, però, i due casi analoghi dovrebbero essere ritenuti solo quelli, da un lato,

dell'attività difensiva dei pubblici agenti e, dall'altro, quello dell'attività difensiva delle vigilanze private o, comunque, di chi interviene a difesa di un soggetto terzo; mentre l'analogia con la difesa pubblica, in ogni caso, viene meno, nelle ipotesi dell'esercizio del diritto "inerente", primordiale e, se si vuole, ancestrale, di autodifesa⁶⁶.

⁶⁶ «Lunghi periodi di pace favoriscono l'insorgere di alcune illusioni ottiche. Fra queste la convinzione che l'inviolabilità del domicilio si fonda sulla Costituzione, che di essa si farebbe garante. In realtà, l'inviolabilità del domicilio si fonda sul capofamiglia che, attorniato dai suoi figli, si presenta sulla soglia di casa brandendo la scure. Ma non sempre questa verità è evidente, né dev'essere invocata come pretesto per attaccare la Costituzione», così JUNGHER, *Der Waldgang, Frankfurt am Main*, 1951, trad. it., *Trattato del ribelle*, Milano, 2004, 104.