

## La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.

di *Federico Consulich*

**Sommario:** 1. Fatto e diritto nella riforma della difesa legittima. – 2. Ambientamento politico criminale: lo Stato debole e la funzione prevenzionistica della norma penale. – 3. I nuclei tematici della riforma – 3.1. La ‘moltiplicazione’ della legittima difesa domiciliare. – 3.1.1. Precisazioni sparse in ordine alla presunzione di proporzione applicata alla scriminante della legittima difesa. – 3.1.2. Sulla presunzione ‘allargata’ di cui all’art. 52 comma 4 c.p. – 3.2. L’esclusione della colpevolezza: la scusante dell’eccesso colposo ma incolpevole. – 3.3. L’esclusione o limitazione della responsabilità civile. – 3.4. L’esenzione processuale per l’agredito: dalla *probatio* alla *praesumptio*. – 4. I vizi costituzionali, tra presunzioni irragionevoli e insofferenza per la divisione dei poteri. – 5. Osservazioni conclusive: separazione dei poteri e sofferenza dello Stato di diritto.

### 1. Fatto e diritto nella riforma della difesa legittima.

E così, dopo lustri passati ad innalzare sanzioni e introdurre nuovi reati, il legislatore si è dedicato ora alle scriminanti e peraltro alla più emblematica tra queste, la difesa legittima<sup>1</sup>.

Certo, ci aveva già provato nella scorsa legislatura, con la bizzarra conformazione per fasce orarie che era balenata tra le aule parlamentari, ma presto aveva abbandonato il proposito.

Ora però il tentativo è giunto a consumazione, tramite l’edificazione di una disciplina che vorrebbe essere assoluta, immune da verifiche processuali, in un frangente storico in cui il diritto penale è più che mai *strumento di consenso*, impiegato per cavalcare le più retrive pulsioni populistiche della società contemporanea.

Sia ben chiaro, il populismo penale, inteso come approccio politico-criminale orientato a fini elettorali più che alla produzione di concreti risultati in termini di

---

<sup>1</sup> Sulla legislazione penale compulsiva si veda, a mero titolo esemplificativo, un recente contributo criminologico in argomento, Bianchetti, *Sentimenti, risentimenti e politica criminale: un’indagine quali-quantitativa in tema di legislazione penale compulsiva*, in *Archivio penale on line*, 1/2019, 1 ss. che evidenzia come l’inasprimento delle pene edittali sia il tipo di risposta ricorrente nelle riforme di parte speciale dagli anni Settanta ad oggi, dimenticando completamente insegnamenti risalenti a Beccaria e Tommaso Moro; si legga, inoltre, Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 marzo 2019, 246 ss.

tutela di interessi socialmente meritevoli<sup>2</sup>, è un fenomeno assai risalente; ciò non di meno raramente ha raggiunto intensità tali da superare di slancio ogni possibile obiezione fondata su vincoli di realtà.

La corretta constatazione, da parte della dottrina, dei possibili effetti *rebound* che la riforma è in grado di innescare in termini di diminuzione *concreta* del livello di sicurezza collettiva<sup>3</sup>, di degrado socioculturale, nonchè, al contempo, in ordine alla ridotta frequenza statistica dei casi che si propone di disciplinare, si pone su un piano che la novella omette programmaticamente di considerare, quello dei fatti. Come ogni norma simbolica, essa è geneticamente *effecto absoluta*<sup>4</sup>.

Non serve dunque elencare i problemi pratici posti dalla riforma: troppi e troppo evidenti, per chi vuole considerarli, i dati di realtà che confliggono con le ragioni dell'introduzione di tale rinnovata disciplina.

Anche da questo punto di vista, sia detto per inciso, si sconta l'attuale sostanziale irrilevanza, per il legislatore, della dottrina penalistica<sup>5</sup>: la violenza della comunicazione politica sopravanza ogni riflessione tecnica e replica ragionata<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Per un'analisi in questo senso del populismo penale si veda, da tempo, Roberts-Stalans-Indermaur-Hough, *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*, New York, 2003, 5.

<sup>3</sup> La narrazione politica del concetto di sicurezza ha del tutto trascurato l'accezione del termine riferita alla certezza dei diritti del singolo rispetto all'ordinamento; il discorso pubblico, sempre più semplificato, ha scelto da tempo di concentrarsi sul fronte della tutela da offese criminali, rinunciando quello attinente alla garanzia dei diritti verso le autorità. Gli esiti sono gli occhi di tutti coloro che siano disposti a vederli nella vicenda della disciplina penitenziaria della cd. legge spazzacorrotti, sulla quale si vedano le riflessioni di Manes, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2019, 118 ss.

Sulla natura bifronte del termine sicurezza si vedano le riflessioni di Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, cit., 236 e in precedenza Id., *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 547 ss. Per un'articolata riflessione sulla diade *sicurezza e populismo penale*, di recente, Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 73 ss.

<sup>4</sup> Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 438 ss.

<sup>5</sup> Non si può che rinviare in proposito alle osservazioni, davvero condivisibili, di Sotis, *Il diritto penale tra scienza della sofferenza e sofferenze della scienza*, in *Archivio penale web*, 17 aprile 2019.

<sup>6</sup> Analoghe considerazioni in Brunelli, *Introduzione ad un confronto di idee su: «Diritto penale di lotta versus diritto penale di Governo: sconfiggere l'incomunicabilità o rassegnarsi all'irrilevanza»*, in *Archivio penale*, 2019, 2 ss. Si potrebbe molto riflettere sul rapporto tra populismo e diritto penale, come peraltro già da tempo si fa in dottrina, basti pensare ai contributi, tra i molti, di Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss; Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *ivi*, 123 ss.; Brunelli, *Il disastro populistico*, in *Criminalia*, 2015, 252 ss.; in prospettiva comparata si veda Roberts-Stalans-Indermaur-Hough, *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*, cit., 3 ss. Sull'ascesa di logiche securitarie nelle agende politiche occidentali e l'irruzione dei populismi Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populism pénal*, Paris, 2005, 40 ss., 53 ss.; Pratt, *Penal populism*, London, 2007 e Prats, *Los peligros del populismo penal*, Santo Domingo, 2016. Si vedano altresì gli interventi di Carlo Sotis, Domenico Pulitanò, Sergio Bonini, Tommaso Guerini, Gaetano Insolera, Antonino Sessa, Adelmo Manna, Lucia Risicato, Nicola Mazzacuva, nell'ambito

Più utile forse attivare un'interlocuzione con altri formanti del diritto, quello giudiziario *in primis*, nell'ottica di una verifica della validità costituzionale della riforma della difesa legittima.

Occorre dunque concentrarsi sul piano, tutto normativo, dei principi e delle regole di sistema previste dall'ordinamento in tema di scriminanti per accertare se a tali parametri si conformino i nuovi commi 2 e 3 dell'art. 52 c.p., il comma 2 dell'art. 55 c.p. e il comma 2 dell'art. 2044 c.c

## **2. Ambientamento politico criminale: lo Stato debole e la funzione prevenzionistica della norma penale.**

Preliminarmente può essere di qualche interesse la constatazione di una componente decettiva della riforma<sup>7</sup>. Quest'ultima è tutta orientata a veicolare un messaggio di uno Stato forte e comprensivo, che si pone a fianco del cittadino, senza imporgli la sottoposizione a processi volti a verificare la legittimità della sua condotta<sup>8</sup>, ma la replica della realtà pare ben diversa.

La legittima difesa ha sempre rappresentato nel nostro ordinamento una normativa eccezionale rispetto al monopolio dell'uso della forza spettante all'Autorità, come tale da disciplinare ricorrendo ad un tipo rigido e dettagliato, che non lasciasse spiragli a tentazioni analogiche dell'interprete.

Impostazione sicuramente autoritaria, non di meno certa nella delimitazione dei rispettivi ruoli tra lo Stato, che pretende di essere tendenzialmente onnipotente, e il privato: al primo e solo al primo competevano i fondamentali compiti, con annesse responsabilità in caso di fallimento, del mantenimento di un'ordinata e pacifica convivenza tra i cittadini, della prevenzione e repressione delle offese criminali a interessi penalmente protetti. Al privato non rimaneva che la 'reazione ultima', qualora non vi fosse possibilità di evitare lo scontro con l'aggressore, ovunque e in qualunque occasione dovesse verificarsi il pericolo imminente.

---

del dibattito, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 dicembre 2016. Il tema della costruzione della insicurezza pubblica come strumento di controllo sociale è ben indagato in Robin, *Paura. La politica del dominio*, Milano, 2005, per una riflessione criminologica recente nel panorama italiano Bianchetti, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, 2018, 335 ss. e 415 ss.; in ambito strettamente penalistico, imprescindibile il rinvio a Paliero, *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467 ss.; e Palazzo, *Mezzi di comunicazione e giustizia penale*, in *Pol. dir.*, 2009, 193 ss.; nonché, più di recente, Schiaffo, *La creazione dell'insicurezza in Italia e negli USA: gli esiti istituzionali tra effetti simbolici e disastri reali*, in *Crit. dir.*, 2012, 52 ss.

<sup>7</sup> A proposito, prima della approvazione della riforma, si vedano le osservazioni di Pulitanò, *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2017, 262 ss.

<sup>8</sup> L'enfasi posta su una norma codicistica come la legittima difesa da parte delle forze politiche di governo, anche nella scorsa legislatura, comprova la maggiore efficacia propagandistica degli interventi sul diritto penale sostanziale rispetto a quello processuale, come rilevato da Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 6.

La rinnovata legittima difesa si pone in un'ottica completamente opposta. Ampliando gli spazi dell'agire lecito per il singolo, lo Stato ammette la propria assenza, o comunque l'incapacità di un intervento tempestivo. Portando a conseguenze ulteriori la constatazione, la contrazione della competenza *pubblica* lascia *al cittadino* una sorta di delega (come vedremo *infra*, pressoché in bianco) al contrasto dell'aggressione subita nel proprio domicilio e a infliggere, se ne è capace, una pena *privata*, quale è quella del rinnovato *eccesso colposo incolpevole* disegnato al secondo comma dell'art. 55 c.p.<sup>9</sup>.

Peraltro, come si dirà, l'azione del cittadino si avvia ad essere, se non illimitata, certamente astretta da minori vincoli di quella consentita al pubblico agente, avviando un percorso dagli esiti non prevedibili. Lo Stato, nell'esercizio delle sue prerogative, è, infatti, costantemente tenuto al rispetto del principio di proporzione, come testimoniano le vicende applicative dell'art. 53 c.p. (l'uso legittimo delle armi) e della scriminante reattiva dell'art. 393 *bis* c.p. (reazione legittima ad atti arbitrari del pubblico ufficiale e assimilati). L'esercizio della forza legittima, costituzionalmente limitato entro precisi confini, si ritrova invece *legibus solutus* quando viene restituito, occasionalmente, al cittadino aggredito<sup>10</sup>.

Che la legittima difesa, nella forma domiciliare, abbia assunto la consistenza di un *munus publicum* è per inciso confermato dalla disciplina introdotta all'art. 115 *bis* del testo unico sulle spese di giustizia<sup>11</sup>. Tra tutte le ipotesi in cui un cittadino venga

<sup>9</sup> Non a caso il Presidente della Repubblica ha rilevato, all'atto della promulgazione della legge, che «*Va preliminarmente sottolineato che la nuova normativa non indebolisce né attenua la primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini, esercitata e assicurata attraverso l'azione generosa ed efficace delle Forze di Polizia*». Effettivamente il combinato disposto del quarto comma dell'art. 52 c.p. e del secondo comma dell'art. 55 c.p. disegna una sorta di congegno parapunitivo nelle mani del cittadino; per analoghe riflessioni si veda Gargani, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 Cedu*, in *Legislazione penale on line*, 14 febbraio 2019, 2.

<sup>10</sup> In questo senso vanno anche le riflessioni di Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, cit., 10; e Bartoli, *Verso la "legittima offesa"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 gennaio 2019, 19. Inquadra i tentativi di riforma della legittima difesa in una prospettiva di progressiva privatizzazione dei compiti di mantenimento della sicurezza Gargani, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 Cedu*, cit., 1.

<sup>11</sup> Oltre alle molteplici presunzioni sparse tra le nuove previsioni, per completezza deve rilevarsi che il legislatore ha agito anche sul piano delle spese processuali, introducendo l'art. 115 *bis* nel testo unico in materia di spese di giustizia, che pone a carico dello Stato l'onorario e le spese del difensore, dell'ausiliario del magistrato e del consulente tecnico per i soggetti che abbiano agito nelle condizioni di cui ai capoversi dell'art. 52 e all'art. 55 comma 2 c.p. Si noti peraltro che il precedente più prossimo (oltre ad analoghe previsioni di altre Regioni, dichiarate incostituzionali perché ritenute invasive delle competenze statali) è rappresentato dal regolamento regionale della Lombardia n. 1, del 14 gennaio 2016, che stabilisce i criteri e le modalità per l'accesso al patrocinio a spese della Regione per la difesa dei cittadini, residenti o domiciliati in Lombardia che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, siano accusati di aver commesso un delitto per eccesso colposo, ovvero siano assolti per la sussistenza dell'esimente.

assolto per la ricorrenza di una scriminante, il legislatore ha infatti scelto di provvedere ad un integrale rimborso delle spese legali proprio in questo caso: ciò può dipendere solo dal presupposto normativo che si sia in presenza dell'esercizio di un potere pubblico.

Non solo.

La giustificazione, quanto meno quella disegnata dal comma 4 dell'art. 52 c.p., ha ad oggetto un comportamento che non è più meramente *reattivo* rispetto ad un pericolo di offesa, ma può spingersi anche verso condotte *preventive* di quest'ultimo. L'ultimo comma dell'art. 52 c.p. possiede, infatti, una *ratio* 'anticipatoria': prescindendo da attualità del pericolo, necessità della difesa e proporzione, consente di *agire in prevenzione* rispetto all'aggressione ingiusta, legittimando un'azione lesiva della persona altrui, prima ancora che l'offesa a propri interessi (non importa nemmeno se personali o patrimoniali) sia incombente.

D'altra parte, la vocazione prevenzionistica è un tratto del controllo sociale contemporaneo che non poteva che rifrangersi prima o poi sulle scriminanti: il timore del danno spinge, solo per fare due esempi, a ricorrere ai *dirty tricks* di agenti provocatori ben al di là dei ristretti limiti in cui originariamente erano stati confinati, per sollecitare, *al fine di impedirne la consumazione*, una molteplicità di fattispecie criminose, ora anche in materia di corruzione dopo la l. 3 del 2019. Per non parlare della proliferazione delle misure di prevenzione, al netto dei tentativi della Corte costituzionale di ricondurle entro minimi principi di garanzia<sup>12</sup>.

### 3. I nuclei tematici della riforma.

Addentrandoci nelle modifiche normative, deve innanzitutto rilevarsi che il legislatore ha ostinatamente perseguito la creazione di una ampia zona di privilegio penale per un tipo di agente ben individuato, il cittadino entro il proprio domicilio personale o professionale. È a costui e non più allo Stato che spetta *in primis* il compito di tutelare la propria sfera di signoria.

Si è inteso dunque schermare siffatto agente tipo da ogni censura giuridica, operando su più fronti:

---

Il patrocinio è concesso ai soggetti nei cui confronti l'azione penale sia esercitata a decorrere dal 1° gennaio 2015 ed è corrisposto, relativamente al singolo procedimento penale, a rimborso delle parcelle emesse dal legale, nel limite massimo complessivo di 30.000 euro. Da notare, a riprova della natura puramente propagandistica di questo tipo di discipline, che i fondi messi a bilancio con la legge regionale del 2015 per la prevenzione e il contrasto alla criminalità, destinati al patrocinio degli imputati per eccesso colposo (50.000 euro) sono infatti rimasti tutti nelle casse della Regione, fino al 14 dicembre 2018, allorchè la Regione ha rimborsato le spese legali ad un cittadino lodigiano che aveva fatto fuoco contro un malintenzionato all'interno del proprio esercizio commerciale. Si tratta dell'unico caso finora noto di applicazione della disciplina regionale.

<sup>12</sup> Per una più ampia argomentazione in proposito sia consentito il rinvio a Consulich, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in *Legislazione penale on line*, 19 marzo 2019 e *Le operazioni sotto copertura. profili di diritto sostanziale*, in Della Ragione-Insolera-Spangher (a cura di), *I reati in materia di sostanze stupefacenti*, Milano, 2019, 799 ss.

- a) esclusione dell'antigiuridicità;
- b) esclusione della colpevolezza;
- c) esclusione/riduzione della responsabilità civile;
- d) neutralizzazione dell'accertamento processuale della scriminante.

Sia detto solo per inciso, non essendo questa la sede per un'esegesi di dettaglio, che tutte le nuove disposizioni presentano un comune denominatore: la vaghezza.

La riforma potrebbe porre una molteplicità di problemi esegetici in ordine agli elementi costitutivi delle previsioni introdotte: sono infatti più d'uno i termini ambigui che implicheranno incertezze interpretative; dal concetto di *turbamento psicologico grave* di cui all'art. 55 comma 2 c.p. a quello di *intrusione*, al generico riferimento a *mezzi di coazione fisica* e all'elemento della *violenza*, non altrimenti definita, che legittimano la difesa ai sensi del quarto comma dell'art. 52 c.p.

### 3.1. La 'moltiplicazione' della legittima difesa domiciliare.

Principiando dalla struttura della fattispecie giustificante, va detto che il legislatore ha agito sul terreno della *dimostrazione processuale* dei requisiti della scriminante, sterilizzando la necessità *della prova* della loro ricorrenza nel caso concreto.

Ha, in primo luogo, rafforzato la presunzione attinente alla sola *proporzione* tra difesa e offesa presente al secondo comma dell'art. 52 c.p., inserendo l'avverbio di tempo "*sempre*" che mirerebbe a bandire ogni interpretazione restrittiva successiva alla riforma del 2006: si ricorderà infatti che, come in una sorta di rapporto tra vasi comunicanti, al diminuire del peso della proporzione, era cresciuto nella giurisprudenza di legittimità quello della necessità e dell'attualità dell'offesa<sup>13</sup>.

In secondo luogo, è stata introdotta, nel nuovo quarto comma, una presunzione estesa a tutti i requisiti nodali della fattispecie scriminante: proporzione, attualità del pericolo e necessità.

In quest'ultimo caso, il giudice dovrebbe limitarsi a constatare che il fatto di omicidio o lesione sia stato commesso dal titolare dello *ius excludendi* a seguito di violazione di 'domicilio'. Presto detto quali sono gli unici dati che rimangono oggetto di accertamento: se vi sia stata dunque una "*intrusione*", se sia stata

---

<sup>13</sup> Si pensi, ad esempio, a quanto affermato da Cass., I, n. 23221 del 27 maggio 2010 Ud. (dep. 16 giugno 2010), Rv. 247571, secondo cui: «*In tema di legittima difesa, le modifiche apportate dalla legge 13 febbraio 2006, n. 59 all'art. 52 cod. pen. hanno riguardato solo il concetto di proporzionalità, al dichiarato scopo di rafforzare il diritto di autotutela in un privato domicilio o in un luogo ad esso equiparato, fermi restando i presupposti dell'attualità dell'offesa e della inevitabilità dell'uso dell'arma come, mezzo di difesa della propria o dell'altrui incolumità*». Nello stesso senso già Cass. I, n. 16677 del 8 marzo 2007 Ud. (dep. 2 maggio 2007) Rv. 236502. In precedenza, sul requisito della necessità, Cass., V, n. 25635 del 14 maggio 2008 Ud. (dep. 24 giugno 2008), Rv. 240447: «*Ai fini del riconoscimento della causa di giustificazione della legittima difesa, il requisito della necessità della difesa, anche a seguito delle modifiche apportate all'art. 52 cod. pen. dalla l. n. 59 del 2006, va inteso nel senso che la reazione deve essere, nelle circostanze della vicenda apprezzate "ex ante", l'unica possibile, non sostituibile con altra mena dannosa egualmente idonea alla tutela del diritto*». Sul punto sia consentito rimandare all'analisi che avevamo svolto in Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino, 2018, 51 ss.

realizzata “*con violenza*” oppure con “*minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica*”.

Ciò posto, di fronte ad un’ipotesi così strutturata, sono subito evidenti i problematici rapporti tra la previsione di nuova introduzione e il comma 2 dell’art. 52 c.p. Come già rilevato dai primi commentatori, è presente un elemento differenziale: al quarto comma si legge che l’intrusione deve essere stata realizzata *violentemente*<sup>14</sup>.

Non essendo specificato l’oggetto della violenza, deve ritenersi che questa possa essere indifferentemente rivolta alle persone e alle cose, comprendendo dunque ad esempio lo scasso della porta di ingresso, di una finestra e così via. Quel che conta è comunque che il carattere violento della violazione di domicilio implica che, per ‘attivare’ il quarto comma dell’art. 52 c.p., l’aggressore deve aver già integrato il delitto *aggravato* di cui all’art. 614 comma 4 c.p.

Ben diverso il presupposto dell’art. 52 comma 2 c.p. che, nel riferirsi alla violazione di domicilio, richiama solo l’ipotesi semplice di cui al primo e secondo comma dell’art. 614 c.p.

All’interno del ‘micromondo’ della legittima difesa domiciliare si sono dunque sviluppate per partenogenesi una ipotesi di presunzione *di proporzione*, quella di cui al comma 2, che ha come presupposto una violazione di domicilio non violenta e un’ipotesi di presunzione *di legittima difesa tout court*, al comma 4, valida nei casi di violazione di domicilio aggravata<sup>15</sup>.

Se questa, come pare, debba essere l’interpretazione della novella, ne emerge un profilo ingannevole; si è criticato nel tempo il carattere troppo complesso dell’art. 52 c.p., che implicava per l’agredito la irrealistica necessità di compiere una serie di valutazioni in ordine ai requisiti costitutivi della scriminante nel bel mezzo di un’aggressione, ma lo scenario normativo impone comunque a chi si veda in pericolo un’analisi articolata, dovendosi ora effettuare un’operazione di sussunzione della situazione concreta entro il primo o il quarto comma dell’art. 614 c.p., al fine di determinare se la difesa debba essere ricondotta entro la cornice del secondo comma dell’art. 52 o in quella del quarto.

### **3.1.1. Precisazioni sparse in ordine alla presunzione di proporzione applicata alla scriminante della legittima difesa.**

L’intervento normativo in commento rappresenta un momento di rottura nell’universo della giustificazione.

Esiste una propensione strutturale verso la proporzione quando si parla di legittima difesa e in generale di scriminanti: non vi può essere giudizio di liceità senza bilanciamento di interessi e quest’ultimo si pratica ricorrendo al criterio della proporzionalità. Come noto, anche laddove il legislatore fascista ne aveva volutamente omissa la menzione per sottrarre il sindacato al giudice, la proporzione

---

<sup>14</sup> Offre questa possibile interpretazione Gatta, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 1 aprile 2019, § 5.2.

<sup>15</sup> Nello stesso senso Gatta, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, cit., § 5.2.

è stata inserita in via interpretativa dalla giurisprudenza e oggi rappresenta un elemento implicito essenziale di ragionevolezza della disposizione: è il caso dell'uso legittimo delle armi di cui all'art. 53 c.p., fattispecie altrimenti incostituzionale<sup>16</sup>.

Oggi, il legislatore si è invece mosso in direzione ostinata e contraria. Con l'aggiunta dell'avverbio di tempo "sempre" ha inteso scansare ogni possibile equivoco in ordine alla pretermissione della proporzione dall'alveo della legittima difesa domiciliare. Ha dunque riservato a sè, astraendolo nell'ambito di una formulazione legislativa priva di eccezioni, il nucleo fondamentale della valutazione di liceità.

L'estromissione definitiva della proporzione dalla fattispecie finisce in definitiva per privare tale ipotesi della qualità di giustificazione, trasformandola, a parere di chi scrive, in una *causa personale di non punibilità*, irragionevolmente applicabile, senza possibilità di modulazioni, su situazioni assai differenziate. Essa, infatti, dovrebbe giovare indistintamente sia a colui che, di fronte ad una aggressione che lo ponga in minimo pericolo, reagisca con il mezzo meno offensivo possibile, sia a colui che invece, scientemente, impieghi una forza letale proprio allo scopo di arrecare il massimo danno all'intruso, pur disponendo di strumenti meno aggressivi.

### 3.1.2. Sulla presunzione 'allargata' di cui all'art. 52 comma 4 c.p.

Ancor più anomala la fattispecie di cui al comma 4 dell'art. 52 c.p. La previsione estende la presunzione alla necessità difensiva e all'attualità dell'offesa; in base alla lettera della disposizione, dunque, sono venuti meno proprio quei requisiti che erano stati valorizzati dalla giurisprudenza dopo il 2006 per disinnescare i rischi connessi alla mancanza di proporzione in concreto.

La logica del quarto comma dell'art. 52 c.p. è davvero autonoma rispetto non solo a quella del primo, ma altresì, in parte, a quella del secondo: si è registrata la trasfigurazione della scriminante in una fattispecie a tutela del domicilio *tout court*. Ogni tipo di azione diviene, infatti, *di per sé* legittima nel momento in cui il terzo con violenza leda la 'proiezione spaziale della personalità dell'agredito': lo *specifico ius excludendi* prende dunque il posto del concetto 'di genere' del *diritto proprio o altrui*<sup>17</sup>.

Come detto *supra* (§ 2), anche la logica reattiva della *scriminante* è stata abbandonata e sostituita con una impostazione *anticipatoria*: in assenza di un'aggressione *attuale*, la condotta del titolare del domicilio appare *preventiva* rispetto ad una violenza illegale da respingere e non a caso in dottrina si è già evidenziato che, se fosse stato ancora necessario un pericolo attuale generato

<sup>16</sup> In tal senso la giurisprudenza più recente, cfr. Cass., V, n. 41038 del 16 giugno 2014 Ud. (dep. 2 ottobre 2014), Rv. 260771; Cass., IV, n. 6719 del 22 maggio 2014 Ud. (dep. 16 febbraio 2015), Rv. 262237 e la dottrina maggioritaria, tra gli altri e rimanendo alla manualistica, Mantovani F., *Diritto penale, p.te gen.*, Padova, 2017, 267; in senso contrario, Pisa, *Osservazioni sull'uso legittimo delle armi*, in *Ann. giur. Genova*, 1971, 145 ss.

<sup>17</sup> Evidenzia come sia saltato il legame tra aggressione e reazione in questa sottofattispecie Bartoli, *Verso la "legittima offesa"?*, cit., 21. Per un parallelismo tra la nuova disposizione e la *defense of habitation* del diritto statunitense, Gatta, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, cit., § 5.2.



dall'aggressore, non si sarebbe messo mano ad un quarto comma dell'art. 52 c.p. essendo più che sufficiente allo scopo il comma 2<sup>18</sup>.

Ai fini della applicazione della norma ciò che conta è solo il *contesto* in cui trova concretizzazione l'azione lesiva, senza alcuna connessione storico-sistemica con il contenuto del primo comma originario. Ben poteva dunque erigersi una nuova fattispecie *ad hoc*, senza tentare di coordinarla con una scriminante tradizionale, poichè poco ha in effetti a che vedere con essa.

In breve, la riforma segna una balcanizzazione della legittima difesa, con contemporaneo tramonto di un modello monista di questa giustificazione.

### **3.2. L'esclusione della colpevolezza: la scusante dell'eccesso colposo ma incolpevole.**

La riforma ha operato anche sul fronte dell'eccesso colposo sulla causa di giustificazione, per il tramite dell'aggiunta di un secondo comma all'art. 55 c.p., che pare una scusante<sup>19</sup>.

Da oggi non è punibile chi agisca nei casi indicati ai capoversi dell'art. 52 c.p., ma abbia ecceduto i limiti delineati da tali previsioni, se si sia trovato in condizioni di minorata difesa ex art. 61 n. 5 c.p. o in stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo.

La portata della scusante è più ristretta di quel che sembra: in entrambi i casi il fatto dell'agredito deve essere stato commesso non genericamente per difendere un proprio diritto, anche meramente patrimoniale, ma solo per salvaguardare la propria o altrui incolumità.

In secondo luogo, come detto, deve ricorrere una delle due diverse situazioni descritte al comma 2 dell'art. 55 c.p.

Quanto alla *minorata difesa*, il legislatore ha richiamato la circostanza aggravante comune di cui all'art. 61 n. 5 c.p. per descrivere sinteticamente la situazione in cui un soggetto aggredito che versi in uno stato di particolare debolezza per condizioni proprie (fisiche o psichiche), di tempo o luogo.

Di nuovo però si imporrà il tanto temuto (dal legislatore) giudizio discrezionale da parte del magistrato, che dovrà valutare se ci sia stato un approfittamento dell'aggressore di condizioni, oggettive o soggettive, che abbiano effettivamente ostacolato l'azione difensiva e se ciò abbia determinato l'eccesso di difesa; solo in questo caso potrà escludersi la colpevolezza dell'agredito per il fatto illecito commesso.

Più complessa la decrittazione della seconda eventualità considerata dal secondo comma dell'art. 55 c.p.

<sup>18</sup> Bartoli, *Verso la "legittima offesa"?*, cit., 22.

<sup>19</sup> Se la dogmatica ha ancora un senso di fronte a siffatte norme, ci sia concesso di ricondurre l'ipotesi in analisi alla categoria delle scusanti, poichè il legislatore ha ritenuto inesigibile una condotta diversa da quella tenuta in concreto, benchè la stessa non sia rispettosa di regole cautelari proprie dell'agire difensivo nel domicilio. Nello stesso senso Gatta, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, cit., § 5.3.

Il fulcro della scusa è rappresentato dal concetto di *grave turbamento* psicologico. Si segnalano sin d'ora alcuni profili critici in relazione ad esso<sup>20</sup>.

- i) È una condizione vaga, idoneo ad abbracciare situazioni alquanto eterogenee: dal disagio al panico, passando per l'ansia e la paura, con una infinita serie di sfaccettature intermedie.
- ii) Sconta tutte le incertezze connesse alla prova dei fatti psichici, rispetto ai quali un compiuto statuto probatorio è ben di là da venire. Si impone senz'altro che il turbamento lasci segni di sé nello scenario concreto<sup>21</sup> e si collochi nell'alveo di un articolato rapporto causale, dovendo conseguire alla situazione di pericolo in atto e determinare a sua volta l'eccesso di difesa.
- iii) Non è chiaro in cosa consista la soglia di rilevanza del turbamento inserita dal legislatore, poichè non ogni alterazione del processo psicologico dell'agente può assumere valore esimente, ma solo quello "grave", senza altre specificazioni. Si può comunque ritenere che non debba giungere a viziare l'imputabilità dell'agredito.

Davvero singolare come nel contesto di una legge tutta protesa a vincolare il giudice, conculcandone la discrezionalità, uno dei punti qualificanti della riforma – il grave turbamento appunto – implichi nuovamente una delega in bianco dell'interprete, in assenza di fattori tipizzanti in grado di guidarne la definizione e l'accertamento<sup>22</sup>.

Al netto di tali profili pratici, vi è certamente da registrare una discontinuità tra la disciplina precedente e quella attuale, che segna un deciso indebolimento dell'imperatività della legge.

---

<sup>20</sup> Non a caso su questo aspetto si sono appuntate le perplessità del Presidente della Repubblica all'atto della promulgazione della legge, cfr. in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 26 aprile 2019: si legge nella lettera ai presidenti delle Camere «l'art.2 della legge, modificando l'art. 55 del codice penale, attribuisce rilievo decisivo "allo stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto": è evidente che la nuova normativa presuppone, in senso conforme alla Costituzione, una portata obiettiva del grave turbamento e che questo sia effettivamente determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta».

<sup>21</sup> Vale un parallelismo con la fattispecie di atti persecutori, che contempla, quale evento del reato, un estremo assai simile al grave turbamento di cui all'art. 55 comma 2 c.p., vale a dire il grave e perdurante stato di ansia e paura. Si veda di recente Cass., V, n. 17795 del 2 marzo 2017 Ud. (dep. 7 aprile 2017), Rv. 269621 – 01, secondo la quale: «In tema di atti persecutori, la prova dell'evento del delitto, in riferimento alla causazione nella persona offesa di un grave e perdurante stato di ansia o di paura, deve essere ancorata ad elementi sintomatici di tale turbamento psicologico ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente ed anche da quest'ultima, considerando tanto la sua astratta idoneità a causare l'evento, quanto il suo profilo concreto in riferimento alle effettive condizioni di luogo e di tempo in cui è stata consumata».

<sup>22</sup> Sulla natura 'metagiuridica' del concetto di turbamento, di cui si sottolineano la intrinseca incertezza e l'inevitabile accertamento, per quanto arduo, da parte della magistratura, Minisci, *Una riforma rischiosa: ecco perché l'Associazione Nazionale Magistrati è contraria a cambiare la legittima difesa*, Trascrizione dell'audizione davanti alla commissione giustizia della Camera dei Deputati del 10 gennaio 2019, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 25 gennaio 2019, 5.

Sollevandosi per un momento dalla esegesi, corre l'obbligo di notare una caduta della tensione general preventiva che da sempre caratterizza il nostro diritto penale a proposito della sfera affettiva irrazionale: colui che si trova in casa viene di fatto esonerato dal generale obbligo, gravante su tutti i consociati, di governare i propri stati emotivi e passionali, in deroga all'art. 90 c.p.

Anche da questo punto di vista si manifesta dunque un indebolimento del diritto penale a favore di una privatizzazione della reazione alle aggressioni domiciliari.

Tornando alla lettera della previsione di cui al secondo comma dell'art. 55 c.p., è poi difficile comprendere come possa verificarsi un eccesso rispetto ad una legittima difesa che, soprattutto al comma 4 dell'art. 52 c.p., appare davvero priva di limiti superabili. Delle due l'una: o ricorre la legittima difesa domiciliare (sempre legittima, infatti, nella narrazione politica di questi mesi) oppure non ricorre, senza che vi possa essere spazio per una legittima difesa eccessiva e dunque meramente scusante.

Un margine applicativo potrebbe residuare allora solo in relazione al secondo comma dell'art. 52 c.p., che difetta della *proporzione* rispetto al primo comma, ma mantiene i requisiti della *necessità e attualità* del pericolo<sup>23</sup>.

### 3.3. L'esclusione o limitazione della responsabilità civile.

Non solo diritto penale. Il legislatore, con una disposizione pleonastica, ha esplicitato, al secondo comma nell'art. 2044 c.c., che non sussiste responsabilità (civile) anche nel caso della legittima difesa domiciliare.

Al terzo comma dell'art. 2044 c.c. vengono regolati i profili risarcitori dell'eccesso colposo di difesa nel domicilio, di cui all'art. 55 comma 2 c.p.: si prevede l'obbligo di corrispondere al danneggiato "*una indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice*".

Regola analoga a quella prevista dall'art. 2045 c.c. per lo stato di necessità dunque<sup>24</sup>. Da notare due momenti di irragionevolezza della nuova disciplina civilistica:

- i) il secondo comma dell'art. 2044 c.c. equipara chi ha agito in una condizione di *effettiva* legittima difesa e chi invece ha agito in una condizione in cui questa è stata semplicemente *presunta* ai sensi dei capoversi dell'art. 52 c.p.;

<sup>23</sup> Secondo Bartoli, *Verso la "legittima offesa"?*, cit., 23, quello di cui al secondo comma dell'art. 55 c.p. potrebbe costituire un meccanismo di salvaguardia introdotto a bella posta dal legislatore, ben consapevole della incostituzionalità della riforma. Tramite la minorata difesa o il turbamento a fronte di un'aggressione nel domicilio potrà comunque assicurarsi l'impunità dell'autore di gravi reati che ecceda i limiti della legittima difesa, eventualmente (re)introdotti dal giudice ordinario, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata, ovvero dalla Corte costituzionale a seguito dell'accoglimento della questione di costituzionalità di cui abbiamo detto.

<sup>24</sup> Disciplina ritenuta anche di recente applicabile, per analogia, in caso di legittima difesa putativa colpevole; cfr. Cass., IV, n. 29515 del 20 giugno 2018 Ud. (28 giugno 2018), Birolo, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 ottobre 2018, con nota di Gatta, *Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*.

- ii) dal combinato disposto del terzo comma dell'art. 2044 c.c. e dell'art. 2045 c.c. emerge una parificazione del trattamento risarcitorio assicurato al *terzo incolpevole* che patisca un'azione dannosa indotta da una situazione di stato di necessità (di cui all'art. 54 c.p.) a quello garantito all'*aggressore domiciliare* che si trovi a subire una difesa eccessiva da parte dell'agredito.

### **3.4. L'esenzione processuale per l'agredito: dalla *probatio* alla *praesumptio*.**

Infine, la riforma si è mossa sul piano del processo. Al di là dello *slogan* (*id est*: “*la difesa è sempre legittima*”) esibito in occasione della approvazione della legge e, ancora prima, degli snodi più importanti dell'*iter* parlamentare, non è stato possibile sottrarre al giudice la verifica dei fatti suscettibili di integrare la fattispecie di legittima difesa domiciliare. Rimangono da accertare, oggi come ieri, i rapporti tra agredito e aggressore, le condizioni del luogo in cui si è realizzato il fatto e le modalità della condotta delle persone coinvolte nella vicenda.

Non è però negabile una vera e propria neutralizzazione dell'accertamento giudiziale rispetto ai punti focali della scriminante: come detto, lo strumento elettivo per il raggiungimento dell'obiettivo è stato l'impiego a mani basse della *presunzione* come modello di accertamento a risultato vincolato.

Il diritto penale populista riscopre qui, probabilmente involontariamente, un tratto tipico del diritto medioevale, nel quale la presunzione rappresentava la manifestazione processuale di una condizione di privilegio di una delle parti in causa; qui è il titolare dello *ius excludendi* dal domicilio<sup>25</sup>.

## **4. I vizi costituzionali, tra presunzioni irragionevoli e insofferenza per la divisione dei poteri.**

Di fronte a questo scenario, occorre comprendere come si ponga la nuova disciplina rispetto ai referenti costituzionali e convenzionali rilevanti nella materia.

A destare più di un sospetto è innanzitutto la presunzione assoluta di proporzione di cui alla rinnovata formulazione del comma 2 dell'art. 52 c.p., che non pare conforme alla Costituzione per plurimi aspetti:

- i) l'automatismo legale inverte l'ordine gerarchico tra i beni costituzionali in conflitto e di fronte a una lettera normativa così univoca pare impossibile un'interpretazione ortopedica<sup>26</sup>;
- ii) vi è un irragionevole trattamento identico per situazioni differenziate se non opposte, quali sono la reazione proporzionata e quella sproporzionata, ma presuntivamente ritenuta adeguata dalla legge;

<sup>25</sup> In argomento, in prospettiva storica, si veda Patti, *Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 487 ss.; Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medioevale e moderna*, Milano, 1995

<sup>26</sup> Segnala la rigida alternativa tra tentativo di interpretazione conforme e proposizione di una questione di legittimità costituzionale Gatta, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, cit., § 5.1. Per Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, cit., 9 s., la sostanziale eliminazione della necessità difensiva, in uno con la proporzione, è difficilmente compatibile con i principi del nostro ordinamento.

Si tratta di evidenti discontinuità assiologiche rispetto al paradigma dell'uguaglianza-ragionevolezza, per come conformato dall'evoluzione interpretativa fornita nel tempo dalla Corte delle leggi. Senza voler accennare a temi così vasti, basti qui rilevare che il nostro sistema rifugge tendenzialmente da modelli di accertamento presuntivi e dal conseguente automatismo applicativo delle disposizioni che li contengano, a meno che non siano empiricamente fondati, sostenuti da ragionevoli esigenze preventive e sempre relativi, aperti cioè alla possibilità di essere contraddetti da chi ne abbia interesse: anche di fronte ad una presunzione ragionevole, infatti, deve essere sempre lasciata aperta la possibilità di una prova contraria<sup>27</sup>.

Si tratta, all'evidenza, di requisiti davvero impossibili da riscontrare nella rinnovata formulazione dei capoversi dell'art. 52 c.p.

Meno stringente, almeno per il momento, il vincolo convenzionale, rappresentato in particolare dall'art. 2 della Convenzione Edu.

Anche se, per alcuni Autori, da esso si potrebbe già far discendere il dovere per il legislatore nazionale di prevedere norme che contengano i limiti della assoluta necessità e della stretta proporzione sia quando a ricorrere alla "forza letale" siano gli agenti statali, sia quando siano i comuni cittadini<sup>28</sup>, siffatto referente normativo

---

<sup>27</sup> In dottrina si ritiene peraltro che la possibilità di una prova liberatoria in ordine alla sussistenza del pericolo nel caso concreto dovrebbe intendersi come condizione di legittimità della fattispecie di pericolo astratto. Si vedano, in argomento, le riflessioni di Parodi Giusino, *I reati di pericolo tra dommatica e politica criminale*, Milano, 1990, 414; Catenacci, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in Dolcini-Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 1415 ss.; Romano M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 344 s.; Mantovani F., *Diritto penale, p.te gen.*, cit., 218 s. Assai istruttiva anche la giurisprudenza costituzionale, ad esempio in materia di recidiva, cfr. sentenza n. 183 del 2011. Si veda altresì Corte cost., sent. n. 213 del 2013; ancor prima Corte cost., sent. n. 139 del 1982, ove si ritiene acquisita dalla Corte la doverosità di un controllo sulla presunzione di pericolosità, finalizzato a verificare se essa "non abbia fondamento nell'id quod plerumque accidit", con la conseguenza di dare luogo a indiscriminate applicazioni rispetto a "situazioni che differiscono fra loro proprio negli aspetti cui la misura ragionevolmente può riferirsi". Si ricordi poi Corte cost., sent. n. 291 del 2010, secondo cui l'id quod plerumque accidit verrebbe meno quando sia "agevole formulare ipotesi di accertamenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa". Anche Corte cost., sent. n. 185 del 2015, ha rilevato che la presunzione è inficiata quando "ben possono ipotizzarsi accadimenti reali contrari alla generalizzazione presunta". Per non parlare dei casi in cui la Corte ritenne priva di ogni fondamento la presunzione della pericolosità sociale del minore di anni quattordici, per il quale, anzi, varrebbe forse la presunzione opposta (Corte cost., sent. n. 1 del 1971, confermata da sent. n. 139 del 1982). Si consideri, infine, la presunzione di adeguatezza della misura cautelare della custodia in carcere: come noto tale disciplina è stata via via demolita dalle pronunce di illegittimità che hanno colpito l'art. 275, comma 3, c.p.p. La Corte costituzionale (si vedano le sent. n. 213 del 2013 e n. 231 del 2011) ha constatato che la medesima fattispecie di reato presa in considerazione come presupposto dell'automatismo potesse in realtà assumere le più disparate connotazioni concrete, a molte delle quali ben potevano corrispondere esigenze cautelari esaudibili con misure meno afflittive del carcere.

<sup>28</sup> In questo senso Bartoli, *Verso la "legittima offesa"?*, cit., 20. Benchè già dopo la riforma del 2006 si fosse ritenuta costituzionalmente e convenzionalmente illegittima una norma che

non riguarda, almeno ad oggi, i rapporti tra privati, bensì si rivolge allo Stato, gravandolo di un obbligo positivo di protezione della vita.

In un recente contributo, anche in chiave di analisi comparata, si è, infatti, rilevato come l'estensibilità alle relazioni tra privati della garanzia di cui all'art. 2 venga proposta in dottrina non operando direttamente su questa norma, ma 'per analogia' rispetto all'applicazione di una diversa e successiva previsione, ovvero l'art. 3 (divieto della tortura). Benchè si debba tenere conto delle indubbie potenzialità evolutive del diritto alla vita nello specchio della Convenzione, allo stato non è possibile procedere ad una equiparazione automatica del piano privato e pubblico della tutela della vita, proprio perchè la Corte, la cui giurisprudenza forma un corpo unitario con la lettera delle disposizioni che di volta in volta interpreta, non ha ancora avviato un'interpretazione evolutiva dell'art. 2<sup>29</sup>.

### **5. Osservazioni conclusive: separazione dei poteri e sofferenza dello Stato di diritto.**

A noi pare comunque che, al netto del potenziale valore dell'art. 2 Cedu per il futuro scrutinio della rinnovata versione degli artt. 52 e 55 c.p., possa fin d'ora senza dubbio rilevarsi un ulteriore e, se possibile, più grave punto di crisi della riforma, attinente al rapporto tra legislatore e giudice.

Le presunzioni di cui al comma 2 e al comma 4 dell'art. 52 c.p. sovvertono la distribuzione delle competenze tra Poteri dello Stato disegnati dalla Costituzione repubblicana; ricorrendo ad esse, infatti, il *legislatore* tende a sostituire una volta per tutte il *giudice*, privandolo della possibilità di accertare segmenti decisivi della fattispecie scriminante e svalutandone platealmente il ruolo nella regolazione dei conflitti sociali.

Anche nella narrazione della riforma, più volte gli esponenti politici della maggioranza hanno manifestato diffidenza verso un'eccessiva acribia della magistratura nella valutazione delle situazioni in cui si ipotizzava la ricorrenza della legittima difesa, rispetto alle quali sarebbe stata sufficiente una delibazione ben più sommaria.

In questo frangente tornano utili alcuni passaggi di un noto documento, stilato agli inizi degli anni Ottanta in seno alla sottocommissione per la prevenzione delle discriminazioni e la protezione delle minoranze all'interno della Commissione dei diritti Umani dell'Onu, il cd. rapporto Questiaux; si tratta di uno strumento prezioso,

---

consentisse l'uccisione di un uomo quando quest'ultimo si limitasse ad attentare al patrimonio altrui, poichè tale condotta ancora non integrava la violenza illegittima di cui all'art. 2 comma 2, lett. a) Cedu, tra i molti Autori, Viganò, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 215, per altri Autori, appartenenti ad una dottrina minoritaria, invece, l'art. 2 riguarderebbe esclusivamente l'azione dei poteri pubblici, posto che la norma fonda obblighi generali solo per gli Stati contraenti e dunque anche le eccezioni da questo stesso articolo contemplate non possono che avere i medesimi destinatari, cfr. Plantamura, *L'omicidio per legittima difesa, Il parte*, in *Archivio penale*, 2015, 7.

<sup>29</sup> Gargani, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 Cedu*, in *Legislazione penale on line*, cit., 10 ss.

poichè fornisce una sorta di ‘manuale diagnostico dell’autoritarismo’ in grado di decrittare i sintomi dell’involuzione antidemocratica di un ordinamento a partire dalla conformazione del suo diritto penale. Ebbene, nell’analizzare i prodromi della degradazione dello Stato di diritto, la relazione pose come indicatore della salute di una democrazia la libertà del giudice rispetto agli altri poteri dello Stato, che devono essere considerati tutti equiordinati<sup>30</sup>.

La deriva autoritaria si manifesta sul fronte giudiziario con una pluralità di segnali, tutti allarmanti: dall’alterazione dei diritti dell’imputato, alla soppressione, di fatto o di diritto, dell’*habeas corpus*; dalla comparsa di fattispecie indeterminate, all’estensione delle ipotesi di complicità nel reato altrui; dalla negazione o limitazione del principio di irretroattività, alla subordinazione dell’autorità giudiziaria ad uno degli altri poteri dello Stato (in particolare a quello Esecutivo).

Sia chiaro, la riforma della legittima difesa è ben lontana dagli scenari descritti nel rapporto, ma deve essere altrettanto chiaro, come quest’ultimo evidenzia bene che la crisi dello Stato di diritto è un fenomeno graduale, i cui sintomi si manifestano progressivamente e spesso in modo silente, almeno in un primo momento. La Costituzione democratica di uno Stato si può degradare nella iniziale indifferenza dei cittadini e delle stesse istituzioni di garanzia.

Se è vero che ci troviamo di fronte ad una legge del Parlamento e non ad un intervento *extra ordinem* da parte del Governo, l’approccio che ne traspare, insofferente per il ruolo del giudice e dunque per la divisione dei poteri, esprime un *deficit* di cultura della giurisdizione e una tendenza alla ricerca esasperata di consenso (con qualche sfumatura plebiscitaria) davvero preoccupanti<sup>31</sup>.

La riforma della legittima difesa, oltre ad essere una pessima legge da un punto di vista tecnico, è dunque un sintomo politico-criminale da non sottovalutare a livello di sistema.

---

<sup>30</sup> Lo studio della Commissione sui Diritti Umani costituita all’interno del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite risale ormai a quasi quaranta anni fa (1982) ma mantiene una sorprendente attualità trattando di indicatori tipici pressoché immutabili di degenerazione dello stato di diritto; per quel che riguarda i rapporti tra Giurisdizione ed Esecutivo si vedano § 168 s. Il documento è denominato per esteso *Study on the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency* (U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15) e prende il nome dalla relatrice, all’epoca ministro francese della solidarietà nazionale.

<sup>31</sup> La riforma della legittima difesa rientra a pieno titolo nella modellistica della *legislazione penale compulsiva*, che, come da tempo evidenziato, non si cura della dogmatica, né tantomeno dei principi tanto cari alla dottrina. Si pone su binari ben distanti da questi sofismi, bensì su quelli dell’autopromozione della maggioranza politica di turno e si propone con modalità sgargianti, spesso scomposte se non volgari, ma soprattutto prive di spessore. Quel che ne deriva è un diritto volutamente ambiguo, non comprensibile con le categorie degli scienziati del diritto. Sull’assimilazione della legge, anche penale, ad un bene di consumo dalla politica contemporanea Sgubbi, *Presentazione*, in Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, XI-XII.