

Dalla legittima difesa all'offesa legittimata?

Ragioni a confronto sulle proposte di modifica all'art. 52 c.p.

Convegno organizzato il 5 ottobre 2018 a Venezia-Zelarino da Giuristi democratici, Magistratura democratica, Ordine giornalisti del Veneto.

Relazione di Gaetano Insolera

1. Tra i temi contenuti nel “contratto” stipulato dalle attuali forze di governo in materia penale, quello della legittima difesa è quello che manifesta in modo evidente la costruzione di una emergenza e di una retorica disancorate da razionali considerazioni volte a contemperare la molteplicità delle situazioni fattuali e la ponderazione degli interessi in gioco con la rigidità di un dato normativo. La retorica adottata corrisponde invece ad opzioni viscerali, estreme, riducibili alla logica semplificata della *Castle Doctrine* nordamericana: il cittadino è re nella propria casa libero di fare fuoco su chiunque senza invito vi faccia ingresso¹.

Si preannunciano così interventi anche in tema di normativa sulle armi. Una prima provvisoria conclusione: la riforma della legittima difesa è entrata nel *menu* del “governo del

¹ E. Grande, *La legittima difesa armata negli USA: un buon modello per l'Italia?*, in <http://temi.repubblica.it/micromega-online>, 28 giugno 2018

cambiamento”, al servizio di un *marketing* elettorale che si vuole permanente: un’ ascesa al potere attraverso le istituzioni della democrazia liberale, ma con progetti che sono in palese conflitto con i suoi fondamenti. Il controllo dei *media* alimenta le paure quotidiane – in termini paralleli opera l’ equivalenza immigrazione/criminalità².

E anticipo la mia opinione: non condivido proprio posizioni che colgono comunque limiti eccessivi nella attuale disciplina scriminante della legittima difesa cd. domiciliare, tali da imporre con urgenza modifiche normative. Opinione confermata dall’esiguità dei casi problematici rinvenibili esaminando la giurisprudenza³

Un *marketing* permanente, dicevo, per due ragioni

a) la metastatica devastazione della democrazia liberale-realizzata con un’irresistibile ascesa attraverso le sue istituzioni rappresentative - è in pieno svolgimento, non si è ancora compiuta: deve perfezionarsi uno *spoil system* finalizzato a fare un deserto di qualsiasi voce di opposizione. Si tratti di ottenere dalla proprietà la liquidazione di direttori di testate sgraditi, di maramaldeggiare sulle nomine RAI, infischiandosene delle regole.

2 ² Si veda l’ intervista al criminologo M. Barbagli, “Non basta dare i numeri giusti sugli immigrati per fermare la paura” in *Il Foglio*, 29 agosto 2018.

3 ³ Si veda, ad esempio, Ilaria Proietti, *Lega e legittima difesa, tanti tweet per nulla: solo 2 processi l’ anno*, in *Il fatto quotidiano*, 7 ottobre 2018.

b) non si confidi poi su una dialettica esistente tra le due forze al governo: altro non è che un gioco delle tre carte [giocato dall'azzimato e telegenico presidente del consiglio e dalle truci, onnipresenti, quotidiane esternazioni di un vicepresidente e da quelle sardoniche dell'altro]. Dovrebbe seguirne una mediazione tra il sovranismo reazionario, da una parte, e il declamato afflato sociale, pauperistico, nel solco messianico della “tradizione degli oppressi”⁴, dall'altra, con la mediazione competente di un professore. Accidenti, allora possiamo stare tranquilli!

Il messaggio è giustizialista e vittimologico – tutto il popolo è vittima, cioè tutti quelli che ci hanno votato⁵, noi, *leader* al governo, ne siamo la voce, siamo lo Stato. Anche questo si è sentito.

2.La riforma del 2006. La questione di una riforma dell'art. 52 c.p. occupò un vivace dibattito politico e giuridico alla metà del primo decennio di questo secolo, che produsse la L. n. 59/2006 e l'introduzione di un secondo comma, con una disciplina speciale della cd. legittima difesa domiciliare. Come visto anche oggi è questo l'aspetto al centro dell'attenzione.

4 [®] B. De Giovanni, *Kelsen e Schmitt*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 21 ss.; un ingrediente fondamentale delle retoriche populiste e presupposto della loro trasformazione totalitaria, rimando alla efficacissima descrizione della evoluzione del populismo russo ad opera di I. Berlin, in *Il riccio e la volpe*, Milano, 1986, 343 ss.

5 [®] “Il populismo prevede un' argomentazione *pars pro toto* e la rivendicazione di una rappresentanza esclusiva, entrambe intese in senso morale, anziché empirico. In altre parole, non ci può essere populismo senza qualcuno che parli a nome del popolo nel suo insieme.” Un popolo immaginario. Ben si intende, ci avverte J-W Mueller, *Cos' è il populismo?*, Milano, UBE, 2017, 26 ss. Lettura da consigliare a chi ha visto analogie tra il popolo (e il populismo) di Dostoevskij e l' elettorato giallo-verde. Anche a questo proposito con l' aiuto di I. Berlin, *op.cit.*, 71 ss.

Una prima osservazione: se quel dibattito, in sede politica, vide l'utilizzo di argomenti e di spunti polemici di cui oggi ancora troviamo traccia, esso comunque si svolse con maggiore approfondimento e consapevolezza, sia tra i penalisti, sia nel discorso pubblico: anche a questo proposito bisogna notare come, sui nostri temi, il confronto, anche aspro, tra centro destra (*i.e.* Berlusconi) e centro sinistra, abbia conservato una grammatica accettabile.

Certo l'istanza di cambiamento dei limiti, ritenuti, nel caso di difesa domiciliare, troppo angusti, si iscriveva anche nella insofferenza nei confronti di un potere giudiziario in generale ritenuto troppo invasivo, troppo "all'opposizione" rispetto al potere legislativo espresso dai governi di centro destra: già allora si stigmatizzava il rigorismo giudiziario, autorizzato dalla interpretazione dominante, nei confronti di omicidi o lesioni provocati in difesa dei propri beni, nel contesto domiciliare o dell'attività lavorativa e di impresa.

Del pari il contrapposto schieramento politico si opponeva ad interventi in materia, più che sulla base di una ragionata rivisitazione del tema alla luce di dati di esperienza e di analisi della casistica giudiziaria, nella logica di un generale e permanente testa a testa rispetto ai provvedimenti legislativi in tema di giustizia penale: fu questo un *leit motiv* del confronto politico nella seconda Repubblica.

D'altra parte si può notare come la riforma del 2006 abbia costituito il catalizzatore dell'ingresso nel discorso pubblico di un tema – quello più generale della difesa legittima, ricco di implicazioni politiche e di concezioni di fondo – così da farlo uscire dagli spazi angusti della sola riflessione dogmatica.

Una apertura si poteva già cogliere per altro nei testi prodotti nella stagione delle progettazioni di riforma del codice penale, almeno, in alcuni casi, meno condizionati dalla polemica politica contingente.

Così l'elaborato di legge delega della “commissione Pagliaro” (1991) se da un lato lasciava spazio ad una considerazione della proporzionalità in base a “tutti gli elementi significativi dell'aggressione”, dall'altro prevedeva cause soggettive di esclusione della responsabilità nei casi di pericolo attuale non evitabile di morte o di danno grave all'incolumità fisica o alla libertà personale o sessuale purché l'interesse salvato presenti una sostanziale equivalenza rispetto a quello offeso.

Orientato ad una conservatrice concezione oggettivistica della scriminante l'elaborato della commissione Grosso (2001), con l'affermazione della necessaria valutazione della proporzionalità alla stregua dei beni contrapposti e della scelta della reazione meno lesiva per l'aggressore.

Nel testo della commissione Nordio si esplicitava come il giudizio di proporzionalità, oltre che ai beni, dovesse essere

riferito ai mezzi a disposizione della vittima e alle modalità concrete dell'aggressione.

Al 3° comma dell'art. 30, dedicato all'uso legittimo delle armi, compariva poi la previsione speciale della legittimità dell'uso delle armi "perché costretto dalla necessità di difendere l'inviolabilità del domicilio contro l'intromissione ingiusta, violenta o clandestina e tale da destare ragionevole timore per l'incolumità o la libertà delle persone presenti nel domicilio". E' così, in quel contesto che ritroviamo il collegamento tra scriminante ed uso delle armi⁶.

Infine nell'elaborato della commissione Pisapia (2006), da un lato, si riprendeva la formulazione della commissione Pagliaro, dall'altro, era prevista una causa di esclusione della responsabilità in caso di "eccesso dai limiti della legittima difesa per grave turbamento psichico, timore o panico, in situazioni oggettive di rilevante pericolo per la vita, per l'integrità fisica, per la libertà personale o per la libertà sessuale di un soggetto aggredito in luoghi isolati o chiusi o comunque di minorata difesa".

In sintesi.

⁶ Occorre poi ricordare come in quell' elaborato (in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.* 2005, 244 ss.), nell' art. 27, punto 3, si prevedesse che "in presenza di una scriminante, il fatto di reato si considera insussistente". L' irruzione di un' opzione dogmatica esplicita in punto natura delle scriminanti, esclusa in altre esperienze progettuali, mi parve, e continua a sembrarmi, un modo per corrispondere alla volontà di esentare dalle indagini, anche in caso di omicidio o di lesioni, chi potesse accampare una difesa legittima. Idea quanto meno bizzarra e pericolosa: è infatti impensabile che a fronte dei fatti di cui ragioniamo difetti una *notitia criminis*.

In alcuni casi cogliamo l'allentamento della proporzionalità valutata con il troppo rigido parametro oggettivistico della sola ponderazione dei beni in conflitto, in altri vediamo l'esplicita configurazione di una scusante sulla base della concretezza del caso, ovvero la specialità dell'uso delle armi nella difesa domiciliare.

3. Dai progetti di riforma del codice penale ad oggi. Nel procedere dei progetti di riforma era tuttavia già possibile cogliere i nodi che caratterizzano l'exasperazione mistificatoria della questione precipitata nell'attuale dibattito.

Cosa è presentato come inammissibile agli occhi del “popolo”?

La sottoposizione a indagini per omicidio volontario di chi abbia reagito all'aggressione domiciliare, ovvero, nella ipotesi frequente, ricondotta infine alla previsione dell'art. 55 c.p. (eccesso colposo), comunque una - seppure più mite- condanna penale, con il risarcimento dei danni patiti dall' “aggressore/vittima”. Nell'era di Trump, il tema si interseca con quello dell'uso delle armi e, quindi, con quello del rigore della connessa disciplina amministrativa in materia di detenzione e porto⁷.

Ma torniamo ora alla riforma del 2006.

⁷ Sui rapporti tra il ministro degli interni e il “Comitato Direttiva 477” (associazione che tutela i cittadini possessori di armi) con la sottoscrizione, in campagna elettorale, di un documento che impegna a coinvolgere i produttori di armi nei provvedimenti che riguardano il settore Si veda, Mensurati –Tanucci, “*Gli Italiani devono difendersi*” *E il patto pro armi diventa un caso*, in *La Repubblica* 17/7/2018, 6.

Si è già detto delle componenti che animarono il serrato dibattito politico, ad esso corrisposero le prese di posizione di gran parte dei penalisti.

Sia prima, sia dopo, il varo della legge, il *mainstream* fu critico nei confronti della stessa idea di intervenire sull'originale testo del codice: si temeva che l'invocato superamento del requisito della proporzione con l'uso legittimo delle armi nel caso di aggressioni domiciliari conducesse al *far west*, ad una licenza di uccidere concessa indiscriminatamente nella difesa di interessi di natura patrimoniale.

In alcuni casi il tema fu affrontato con particolare approfondimento ponendo in evidenza come esso andasse circoscritto ad una casistica limitata di situazioni di difficile valutazione e problematiche nell'intento, comunque da perseguire, di definirne una maggiore precisione normativa. Fermo comunque il rifiuto di strumentalizzazioni in chiave di prevenzione generale dell'inflizione privata della pena di morte sulla base di presunzioni di proporzionalità. Non condivisa anche la eventualità di una fattispecie scusante capace di escludere l'eccesso colposo in considerazione di una ponderazione della reazione inesigibile da parte della vittima dell'aggressione⁸.

⁸ F. Viganò, *Spunti per un "progetto alternativo" di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 2001 ss.

Mostrava invece maggiore attenzione per gli argomenti a sostegno della riforma, altro autore, con una accurata ricerca sul piano sia storico, sia comparatistico, volta a dimostrare come, al di là, delle strumentalizzazioni politiche, sia le soluzioni che facciano riferimento alle incursioni nel domicilio, sia quelle soggettive, riferibili alla inesigibilità di un diverso comportamento della vittima, non possano ritenersi affatto una eccezione⁹.

Successivamente all'entrata in vigore della nuova norma non mancarono poi voci critiche per la cattiva formulazione, per le sue incoerenze e irragionevolezza¹⁰.

Le ragioni di allarme, anche da parte di chi aveva contrastato a spada tratta l'iniziativa governativa, parvero attenuarsi¹¹, rispetto agli scenari drammatici che l'avevano preceduta: un ridimensionamento dell'allarme a cui mi sembra abbia corrisposto l'evoluzione della giurisprudenza, fermo restando, forse, il nodo problematico dell'eccesso colposo¹².

4. Qualche osservazione sulla riforma del 2006.

9 ⁹ A. Cadoppi, *"Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto"*. *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1378.

10 ¹⁰ Posizioni molto diffuse, ricordo in particolare quella di M. Gallo, *Diritto penale italiano*, I, Torino, 2014, 320 ss.

11 ¹¹ F. Viganò, *Sulla "nuova" legittima difesa*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2006, 189 ss.

12 ¹² Proprio alla luce delle attuali posizioni governative, M. Spina, *La Cassazione ritiene (già) inutile quel che la politica promette di eliminare. Il paradosso dell'eccesso colposo in legittima difesa (art. 55 C.P.)* in www.penalecontemporaneo.it, 7/2018; G. Gatta, *sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 Ottobre, 2018.

a) Come sappiamo essa fu osteggiata dal fronte politico “progressista”, i suoi allarmi, colti dalla maggior parte dei penalisti, forse contribuirono ad evitare sgangherate soluzioni estremistiche. D'altra parte la ricorrente affermazione circa il fatto che qualsiasi modifica avrebbe provocato una generalizzata licenza di uccidere, ebbe il paradossale effetto di diffondere questo convincimento nell'immediatezza dell'entrata in vigore della legge¹³. Un effetto indesiderato prodotto dal trascinarsi di quell'argomento da parte di alcuni media.

b) La cattiva formulazione del nuovo art. 52.

Condivido tutte le critiche. Ma, quanto meno dalla fine della prima Repubblica, credo che non vi sia stato prodotto legislativo, anche in campo penale, che ne vada esente. E qui il discorso si farebbe assai complesso riguardando, solo per citare alcuni aspetti, le caratteristiche assunte dalla nostra democrazia parlamentare, il suo rapporto con la cultura giuridica, il peso e l'ascolto di essa nel discorso pubblico e, perché no, i suoi meriti e la sua autorevolezza¹⁴.

c) La precisa tipizzazione dei limiti della difesa nei casi difficili, da un lato, è probabilmente obiettivo utopistico, dall'altro, per le soluzioni forse già ci si poteva basare sul

13 [▣] Cfr. A. Bevere, *Pistolieri fatti in casa*, in *Il Manifesto*, 1 marzo 2006 a proposito del tabaccaio salernitano che, appena entrata in vigore la legge, aveva freddato chi gli stava rubando le *chicas* piantate davanti al suo locale.

14 [▣] Qualche considerazione in proposito in G. Insolera, *Oltre il giardino*, in *Indice pen.*, 2018, 1 ss.

testo originario degli artt. 52 e 55 c.p., attraverso l'interpretazione dei requisiti di attualità del pericolo, di proporzione, di costrizione, di eccesso, di colpa.

Diviene quindi un campo inevitabilmente percorso da valutazioni giudiziarie casistiche, fortemente influenzate da precomprensioni assiologiche, dalle ideologie giudiziarie.

- d) E' sulla base di queste considerazioni che ritengo, più che mai, che la questione della riforma della legittima difesa sia oggi posta esclusivamente nel contesto dei patteggiamenti tra le due anime del governo, accomunate tuttavia da più generali progetti rozzi e liberticidi a proposito dei fondamenti di uno Stato costituzionale di diritto¹⁵.

5. Il ruolo della riforma della legittima difesa nel grande gioco per distruggere lo Stato costituzionale di diritto.

Queste conclusioni non valgono però a sdrammatizzare la questione di un atteso “potenziamento” della legittima difesa, ma solo ad assegnarle un ruolo limitato, come detto, nel contesto della programmata demolizione del diritto penale liberale, ma anche in quello, più vasto, degli scambi tra le due forze di governo: penso in particolare a due diverse retoriche a proposito delle questioni economiche.

15 ¹⁵ Una sintesi efficace di quello che ci attende in E. Antonucci, *Il governo della forza*, in *Il Foglio*, 20 agosto, 2018.

Sicurezza e giustizia penale costituiscono però temi sui quali non è dato cogliere sostanziali distinzioni tra i due schieramenti: le leggi in materia costano poco o nulla, vellicano e gratificano gli istinti e l'immaginazione semplificatrice più crudele del *populace* che frequenta bar, stadi e social network e, in generale, di un ceto medio conservatore che si ritiene troppo impoverito per colpa dei precedenti governi, dell'Europa, della globalizzazione, delle élites, dei poteri forti, e chi più ne ha più ne metta.

E' questo l'elettorato che i due *leaders* si contendono, certo, ma di una tenzone in cui possa giocare un'anima garantista dei 5Stelle non è proprio il caso di parlare, nonostante gli sforzi di qualcuno, non si sa bene se ingenuo o in malafede.

Ho parlato di equivoci che già caratterizzarono il dibattito a metà dello scorso decennio.

Essi riguardavano la filosofia che animò larga parte dello schieramento che si opponeva a qualsiasi intervento volto a dare rilievo a quei casi nei quali le interpretazioni consolidate dei requisiti della scriminante potevano portare ad immolare il diritto di autodifesa dell'agredito. In questo modo la questione veniva consegnata alle sole, brutali, rozze, inaccettabili ideologie reazionarie.

Penso che questa logica – ho parlato, in modo di certo impreciso, di un fronte progressista – a sostegno di una rigida applicazione di criteri oggettivistici, basata esclusivamente sul

confronto tra beni aggrediti e beni lesi in situazione di difesa, manifestasse una solo apparente assonanza con i fondamenti di un diritto penale liberale.

Quale l'equivoco spesso riscontrabile nella posizione che confina il problema nel truce reazionarismo pistolero?

Quello di cadere in una concezione statualista che attribuisce allo Stato l'esclusiva di difendere beni fondamentali, ciò anche quando questo non riesce e realizzarsi, immolando così il diritto dell'aggredito ad una finalità di prevenzione generale simmetrica a quella di chi vuole si possa "sparare sul ladro che fugge"¹⁶: una concezione aperta ad una interpretazione della scelta fatta del codice Rocco attraverso gli artt. 52 e 53, che conferma la ricorrente ibridazione, realizzatasi in quel corpo normativo, tra ideologie autoritarie e connotazioni penalistiche liberali.

Questa riflessione è suggerita, con la consueta lucidità, da Marcello Gallo¹⁷ all'indomani della riforma del 2006, e penso che debba orientarci su questo argomento.

16 ¹⁶Rinvio al bel saggio di D. Siciliano, *Sull' omicidio per legittima difesa a tutela del patrimonio nel diritto penale tedesco ovvero: la rimozione dell' illuminismo e le sue conseguenze*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2001, 579 ss.

17 « La l. 13 febbraio 2006, ha aggiunto due commi all'art. 52 c.p.: "Nei casi previsti dall'art. 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione. La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale". Il coro di critiche che essa ha suscitato mi ha confermato nell'opinione che a noi italiani la legittima difesa proprio non piace. Chi agisce in istato di auto-tutela corre il rischio di apparire come un pistolero del West. Che si sia trovato nella necessità di sostituirsi, nella salvaguardia di diritti propri o altrui, ad uno Stato che, nel caso concreto, non poteva intervenire, è ritenuta circostanza di poco conto, sulla quale si può agevolmente sorvolare. Quello che disturba è che il singolo abbia

Ma lo faremo quando verranno tempi migliori, con interlocutori politici che conoscano la grammatica dello stato di diritto.

La facile scoperta della strumentalità mercantilistica di un “potenziamento” della legittima difesa (e la figura del “contratto” di governo la dice lunga in proposito!) nel convulso – tra loro competitivo - arrembaggio al potere delle attuali forze al governo, mi suggerisce un’ opposizione generale alle loro proposte su giustizia e sicurezza.

PS. Il 23 ottobre il Senato ha approvato il testo definito dalla Commissione Giustizia, che ora, senza sorprese sarà confermato dalla Camera. Non entro nel merito della legge che ci attende: le nuove formule dovrebbero “azzerare” la valutazione del giudice¹⁸, il nuovo quarto comma dell’art. 52 anticiperebbe le possibilità di difesa domiciliare armata, già previste, ad ulteriori, preliminari, fasi di pericolo. Si interviene

provveduto alla difesa di sé o di terzi con le proprie mani, quasi usurpando una prerogativa dei poteri giuridicamente organizzati. Altrettanto poco sembra, poi, contare il fatto che presupposto della facoltà di autoprotezione sia l’impossibilità di intervento di chi è, per legge, deputato alla difesa della società. Sembra, in un certo senso, che vi sia il convincimento che, ove lo Stato non possa interporre, sia opportuno lasciar correre: tutto sommato, meglio un’ingiustizia che un disordine. E si badi: una siffatta diffusa mentalità non resta confinata a sentimenti più o meno confusi e, spesso, contraddittori. La ritroviamo in non poche decisioni giudiziarie, anche della Suprema Corte. Il rigore con il quale si procede all’accertamento del requisito della proporzione tra offesa e difesa, l’oblio del vecchio, saggio ammonimento che *adgreditus non habet staderam*, il frequente ricorso alla eventualità del *commodus discessus* per limitare *contra legem* (all’art. 52 c.p. non è fatta menzione, a differenza di quanto avviene per lo stato di necessità, della inevitabilità della reazione) il diritto di difesa stanno tutti a dimostrare quanto faccia fatica ad affermarsi l’idea che, a certe condizioni, ci si può – si faccia attenzione: non è che si debba – aggiustare da soli. Il legislatore del 13 febbraio 2006 ha cercato di correggere non tanto la norma, quanto la prassi che su di essa, e intorno ad essa, si era venuta creando » *op. cit.*, 320. Sul tema l’ autore era intervenuto in due precedenti occasioni nella rubrica *Moralité* della rivista *Critica del diritto*. Quei saggi [*Due cose che non piacciono (troppo)* e *La legittima difesa continua a piacer poco agli italiani*] ora sono raccolti in M. Gallo, *Moralité*, Napoli, 2011.

18 ¹⁸ G. Negri, *La legittima difesa azzerata la valutazione del giudice*, in *24Ore*, 25 Ottobre 2018.

per escludere l'eccesso colposo in presenza di "grave turbamento": si recepisce, come detto, un'idea non nuova e, forse, condivisibile. Ciò che non convince proprio è l'equiparazione alla situazione, oggettiva, descritta dall'art. 61, 1°, n. 5. Altre norme raccolgono spunti presenti nei vari progetti a proposito delle spese di difesa, risarcimento della vittima dell'eccesso colposo etc. Confermata la folle corsa agli aumenti di pena per violazione di domicilio e furti aggravati.