

ROBERTO PARADISI^(*)

SE LA LEGITTIMA DIFESA È SCOLPITA NEL CUORE

ABSTRACT: The essay analyzes the historical and legal profiles of the self-preservation: the victim of an attack is an *innocent person to be protected*, even when, due to the natural and fundamental instinct of the innocent to defend himself. From this point of view, the only viable way is that of recovering the Western legal tradition, betrayed by the criminal ideology that merged into the *Rocco* code: expanding the boundaries of legitimate defense in a legal framework that does not belong to the legal and philosophical culture of one Liberal rule of law is a false solution, as the principle of subjective law inherent in human nature, even if still the subject of debate in doctrine and jurisprudence, deserves to be carefully examined.

SOMMARIO: 1. Le origini del diritto alla difesa: la tradizione occidentale. – 2. L'attuale art. 52 del codice penale: un istituto ereditato dal fascismo. – 3. L'anomala resistenza ad ogni modifica della legittima difesa: nostalgia di uno Stato "etico"? – 4. Una nuova e antica rotta: ripensare all'agredito come ad una vittima "innocente".

1. — *Le origini del diritto alla difesa: la tradizione occidentale.*

Quando si parla di legittima difesa, gli animi si scaldano immediatamente. Per riaccendere la discussione pubblica e le polemiche, è bastata recentemente la notizia riportata dalle cronache nazionali di un uomo che, trovatosi faccia a faccia con il ladro che gli stava rubando la macchina e, a suo dire, lo aveva minacciato con un coltello, ha esploso un colpo di fucile ferendo il criminale. L'epilogo: un macellaio della provincia di Padova, di 39 anni, è finito in carcere dove sconta una condanna a 4 anni e 11 mesi; il malvivente che si introdusse clandestinamente nella sua proprietà cercando di rubare l'auto è a piede libero con una condanna più blanda a 3 anni e 8 mesi. Non solo. Il pri-

^(*) Università degli Studi di Perugia.

mo dovrà risarcire la somma di 25 mila euro al malvivente. Come sottolinea Mauro Ronco, al cittadino comune «si offre non raramente un'esperienza giuridica contraddittoria, che mette a dura prova la sua fiducia nel diritto e nelle istituzioni, concernente l'effettivo significato della legittima difesa»⁽¹⁾.

A tutto voler concedere, senza ovviamente farsi coinvolgere in una diatriba che rischia di diventare ideologica, un simile quadro pone quantomeno una serie di riflessioni non tanto sull'opportunità o meno di sbilanciamenti sanzionatori che, almeno a prima vista, sembrerebbero finanche evidenti, ma proprio sull'ontologia dell'istituto della legittima difesa.

Proviamo allora, per un attimo, a dimenticare i casi di cronaca (che tante legittime passioni suscitano) e a focalizzarci sul fondamento ontologico del "diritto" forse più controverso della nostra contemporaneità.

Se dovessimo chiedere ad una platea generalista di interlocutori (esperimento più volte eseguito ottenendo sempre il medesimo risultato) se ritenessero che la legittima difesa sia o meno un diritto dell'individuo, la totalità della platea risponderebbe sempre in termini affermativi. Eppure, quantomeno nel nostro ordinamento, non è affatto così.

Ma è davvero ignoranza diffusa della collettività? Oppure il singolo individuo, magari a digiuno di nozioni giuridiche, avverte dentro di sé prerogative che non è disposto a negoziare, così cogliendo, con il cuore prima che con il ragionamento, la natura profonda di alcuni diritti fondamentali?

Torniamo allora, per un istante, alla classicità dove il diritto ha preso vita e forma e dove affondano le origini della nostra cultura giuridica.

L'istituto della legittima difesa compare in un testo normativo (scritto) per la prima volta con la legge di Draconte nel VII secolo a.c. Qui veniva delineata l'ipotesi dell'omicidio legittimo (φόνος δίκαιος). E se purtroppo non è giunto sino a noi il corpo normativo integrale di Draconte, è però possibile, attraverso la logografia giudiziaria, attestare l'esistenza dell'istituto risalente proprio alla legge draconiana che si applicava in casi specifici. «Secondo Demostene (*Contro Aristocrate*, 53) – spiega Eva Cantarella – vi erano quattro casi di φόνος δίκαιος: 1) l'uccisione involontaria di un avversario durante le

⁽¹⁾ Così M. RONCO, *La vittima nel diritto penale e la legittima difesa*, in *L'Ircocervo*, 2006, n. 1.

gare; 2) l'uccisione in guerra (di un commilitone) per errore; 3) l'uccisione di un brigante in caso di assalto; 4) l'uccisione del *μοιχός* [...] sorpreso con la propria moglie, madre, sorella figlia e concubine di stato libero»⁽²⁾. Quindi lo stesso oratore ateniese spiegava come fosse legittimo uccidere un "brigante" in caso di assalto per difendere se stessi. Ma non solo. Aggiunge Cantarella: «Secondo l'interpretazione corrente, questa legge avrebbe concesso l'impunità a chi uccideva in difesa del suo patrimonio [...]. La legge riportata da Demostene, pertanto, se questo è vero, concedeva l'impunità sia a chi aveva ucciso in difesa dei suoi beni, sia a chi lo aveva fatto per difendersi da un tentativo di sequestro di persona sempre che sussistessero tre condizioni: a) la ingiustizia dell'azione alla quale aveva reagito con l'uccisione; b) la violenza della medesima; c) la immediatezza della reazione»⁽³⁾. Presupposti molto simili a quelli richiesti dal nostro attuale istituto della legittima difesa, ontologicamente diverso però nella sua strutturazione di fondo.

Di "legittima difesa" aveva espressamente parlato Platone. Nelle *Leggi*, l'Ateniese spiega: «Se un cittadino uccide uno straniero, o uno straniero un cittadino, per legittima difesa, allo stesso modo siano ritenuti puri»⁽⁴⁾. E ancora: «Se un tale, di notte, scopre ed uccide un ladro che si è introdotto in casa sua per rubare dei soldi, sia puro; e se un tale uccide per legittima difesa un malvivente, sia puro [...]. Se un uomo per caso scopre la propria moglie mentre viene violentata, dopo aver ucciso il violentatore, sia puro come prevede la legge»⁽⁵⁾.

Anche in Platone, pertanto, la legittima difesa si presenta come un diritto naturale e chi lo esercita resta puro (laddove la condizione di purezza dispensava il soggetto che aveva agito per legittima difesa dal sottoporsi alle ritualità di espiazione previste invece per chi si macchiava di delitti).

Un concetto chiarissimo anche per i giuristi romani. «La giurisprudenza romana – spiega Francesco Sini – considerava la legittima difesa una esplica-

⁽²⁾ E. CANTARELLA, *Corso di diritto greco*, 2^a ed., Milano, 1994, p. 236.

⁽³⁾ E. CANTARELLA, *Corso di diritto greco*, cit., p. 237 s.

⁽⁴⁾ PLATONE, *Leggi*, in ID., *Tutte le opere*, trad. it. E. Pegone, Roma, 1997, IX, 869d, p. 451.

⁽⁵⁾ PLATONE, *Leggi*, cit., IX, 874b-874c, p. 459.

zione giuridica delle facoltà naturali dell'uomo; un'azione estrema ma necessaria per salvaguardare la propria integrità fisica a fronte di altrui violazioni di quei principi generali dello *ius naturale* universalmente riconosciuti come tali»⁽⁶⁾. Lo stesso *Digesto* giustiniano, ricorda Sini (che accenna al principio del *vim vi repellere licet* evocato da Ulpiano), riconosce la non punibilità di chi reagisce ad un'azione violenta proprio in virtù di una adesione concettuale ad un diritto iscritto nella natura dell'uomo⁽⁷⁾.

Se vi è un passaggio che ha lasciato alla storia del pensiero giuridico occidentale una simile impostazione (o, meglio, una “verità” conservata nell'animo di ogni uomo) questo va individuato in una delle più suggestive arringhe di Cicerone nel foro romano. Evocando la legittima difesa, l'Arpinate si rivolge ai giudici: «Esiste, dunque, giudici, questa legge non scritta ma insita in noi, che non abbiamo letto o imparato sui banchi di scuola né ereditato dai padri: al contrario, l'abbiamo desunta dalla natura [...] non ce l'hanno insegnata, ce la siamo presa ed è ormai connaturata in noi».

L'occasione di questa orazione è la difesa di Milone. Nel 52 a.c. Clodio e Milone, da anni avversari politici, accompagnati dai rispettivi sostenitori, si incontrano presso la via Appia. Nasce uno scontro al termine del quale Clodio ha la peggio e viene ferito a morte da Milone⁽⁸⁾. Nella medesima

⁽⁶⁾ F. SINI, *Notazioni (e/o rimediazioni) su diritto romano e Carta de Logu de Arborea*, in *Diritto@Storia*, 2013, n. 11, p. 3.

⁽⁷⁾ Per approfondire i principi dello *ius naturale* romano cfr C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937. Ma anche G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, 2^a ed., Torino, 1967.

⁽⁸⁾ CICERONE, *Difesa di Milone*, in ID., *Difesa di Archia. Difesa di Milone*, 7^{ma} ed., trad. it. A. Burlando, Milano, 2014, pp. 35-37. Ecco il passaggio completo dell'arringa: «Tra le tante occasioni in cui ci può capitare di uccidere un uomo ed avere la ragione dalla nostra parte, una è davvero giusta e ineluttabile: la legittima difesa, quando cioè si risponde alla violenza con la violenza. Un tribuno militare, che prestava servizio nell'esercito di Caio Mario, di cui peraltro era nipote, aveva tentato di fare violenza sessuale su un semplice soldato. L'onesto giovane, ribellatosi, lo uccise, preferendo reagire a proprio rischio e pericolo piuttosto che rassegnarsi a subire le voglie altrui. E Mario, mosso da un vivo senso di giustizia, lo scagionò da ogni colpa e lo lasciò libero. Ma come si può chiamare ingiusta la morte inferta a chi ci tende insidie e ruba le nostre sostanze? [...]. Esiste, dunque, giudici, questa legge non scritta ma insita in noi, che non abbiamo letto o imparato sui banchi di scuola né ereditato

orazione, Cicerone ricorda che già le prime norme sulla legittima difesa si trovano addirittura scolpite nelle XII Tavole (*Lex duodecim tabularum*) risalenti alla metà del V secolo a.c. e quindi rappresentando un patrimonio genetico del popolo romano⁽⁹⁾.

Ma di diritto naturale alla legittima difesa è intriso anche il pensiero cristiano tradizionale che si innesta, quasi in termini simbiotici, nel percorso aristotelico laddove individua l'esistenza di uno scopo nella natura perfettamente perseguibile dall'uomo capace (perché dotato di *logos*) di percepire il bene e il male, il giusto e l'ingiusto⁽¹⁰⁾. E così San Tommaso, secondo la quale l'uomo può rettamente operare rispettando il volere di Dio attraverso l'uso della ragione che appartiene alla sua stessa natura, può certamente cogliere ciò che è giusto e "desumere" una norma, per utilizzare l'espressione di Cicerone, dalla natura stessa. Anche San Tommaso, nella *Summa*, ritiene la legittima difesa connaturata alla razionalità dell'uomo: «Perciò dall'azione della difesa personale possono seguire due effetti, il primo dei quali è la conservazione della propria vita, mentre l'altro è l'uccisione dell'attentatore. Ora, questa azione non può essere considerata illecita per il fatto che con essa si intende conser-

dai padri: al contrario, l'abbiamo desunta dalla natura, assimilata completamente e fatta nostra: non ce l'hanno insegnata, ce la siamo presa ed è ormai connaturata in noi. Così, se dovessimo subire un agguato, una violenza, magari anche armata, per opera di un brigante da strada o di un avversario politico, ogni mezzo per salvare la nostra vita sarebbe lecito».

⁽⁹⁾ CICERONE, *Difesa di Milone*, cit., p. 35. Ecco il passaggio dell'orazione: «Anche le dodici Tavole hanno stabilito che si può uccidere in qualunque modo, senza timore di incorrere in sanzioni penali, il ladro sorpreso a rubare di notte; quello che, invece, agisce in piena luce del sole, solo se prova a difendersi con un'arma. C'è ancora qualcuno, quindi, che continua ad essere convinto della punibilità di ogni omicidio, in qualunque circostanza commesso, quando sono proprio le leggi che talvolta ci forniscono l'arma per agire?». Non sfugga il richiamo di tale norme ad una esigenza che può apparire di sconvolgente attualità. Il riferimento è ovviamente al dibattito (e alla riforma di cui poi si parlerà) della legittima difesa domiciliare.

⁽¹⁰⁾ Cfr. ARISTOTELE, *Politica 1253 a 9-19*, in ID., *Politica e Costituzione di Atene*, a cura di M. Zanatta, Torino, 2006, p. 66 s. Scrive il Nostro: «La natura non fa nulla invano e l'uomo è l'unico animale che abbia la favella [...]. La parola serve a indicare l'utile e il dannoso, e perciò anche il giusto e l'ingiusto. E questo è proprio dell'uomo rispetto agli altri animali: essere l'unico ad avere nozione del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto e così via».

vare la propria vita: poiché è naturale ad ogni essere conservare per quanto è possibile la propria esistenza. Tuttavia, un atto che parte da una buona intenzione può diventare illecito se è sproporzionato al fine. Quindi se uno nel difendere la propria vita usa maggiore violenza del necessario, il suo atto è illecito. Se invece reagisce con moderazione, allora la difesa è lecita: infatti il diritto stabilisce che “è lecito respingere la violenza con la violenza nei limiti di una difesa incolpevole”. Quindi non è necessario per la salvezza dell’anima che uno rinunci alla legittima difesa per evitare l’uccisione di altri: poiché un uomo è tenuto a provvedere più alla propria vita che alla vita altrui»⁽¹¹⁾.

Non si tratta di un insegnamento ancorato ad un cristianesimo tradizionale superato. La visione cristiana dei diritti non negoziabili, ivi compreso il diritto naturale all’auto-difesa, non ha mai ceduto alle sollecitazioni della secolarizzazione. Lo stesso pontefice Giovanni Paolo II ha ribadito l’antico insegnamento di San Tommaso affidando alla enciclica *Evangelium Vitae* la posizione della Chiesa contemporanea sulla legittima difesa evocando «il diritto a proteggere la propria vita» sul presupposto che l’amore verso se stessi non può essere minore rispetto all’amore verso il prossimo⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, II-II 64, 7.

⁽¹²⁾ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Lettera Enciclica Evangelium Vitae*, Milano, 1995, pp. 96-98. Ecco le parole di Karol Wojtyła: «uccidere l’essere umano, nel quale è presente l’immagine di Dio, è peccato di particolare gravità. Solo Dio è padrone della vita! Da sempre, tuttavia, di fronte ai molteplici e spesso drammatici casi che la vita individuale e sociale presenta, la riflessione dei credenti ha cercato di raggiungere un’intelligenza più completa e profonda di quanto il comandamento di Dio proibisca e prescriva. Vi sono, infatti, situazioni in cui i valori proposti dalla Legge di Dio appaiono sotto forma di un vero paradosso. È il caso, ad esempio, della legittima difesa, in cui il diritto a proteggere la propria vita e il dovere di non ledere quella dell’altro risultano in concreto difficilmente componibili. Indubbiamente, il valore intrinseco della vita e il dovere di portare amore a se stessi non meno che agli altri fondano un vero diritto alla propria difesa. Lo stesso esigente precetto dell’amore per gli altri, enunciato nell’Antico Testamento e confermato da Gesù, suppone l’amore per se stessi quale termine di confronto: ‘Amerai il prossimo tuo come te stesso’ (Mc 12, 31). Al diritto di difendersi nessuno potrebbe rinunciare per scarso amore alla vita o a se stesso [...]. Accade purtroppo che la necessità di porre l’aggressore in condizione di non nuocere comporti talvolta la sua soppressione. In tale ipotesi, l’esito mortale va attribuito allo stesso aggressore che vi si è esposto con la sua azione, anche nel caso in cui egli non fosse moralmente responsabile per mancanza dell’uso della ragione».

Su questa linea di frontiera, che non è di ispirazione meramente religiosa (certamente non di ispirazione dogmatica), si dispone il pensiero laico e razionale della cultura occidentale. Una apparente “stranezza” che un altro Pontefice, Benedetto XVI, ha ben spiegato al *Bundestag* di Berlino quando ha sottolineato che, contrariamente alle altre grandi religioni, il cristianesimo non ha mai imposto allo Stato e alla società un diritto rivelato, mai un ordinamento giuridico derivante da una rivelazione. «Ha invece rimandato – ha spiegato Ratzinger – alla natura e alla ragione quali vere fonti del diritto, ha rimandato all’armonia tra ragione oggettiva e soggettiva, un’armonia che però presuppone l’essere ambedue le sfere fondate nella Ragione creatrice di Dio»⁽¹³⁾. Una posizione, quella dei teologi cristiani di mettersi dalla parte della filosofia prendendo le distanze dal diritto religioso dogmatico, già assunta da San Paolo. In particolare, Benedetto ha ricordato la lettera ai romani dell’apostolo evocando, esattamente come Cicerone nel foro romano, la legge del cuore: «Questa scelta – si legge nell’intervento di Ratzinger al *Bundestag* – l’aveva già compiuta San Paolo quando, nella sua lettera ai romani, afferma: ‘Quando i pagani, che non hanno la Legge, per natura agiscono secondo la Legge, essi [...] sono legge a se stessi. Essi dimostrano che quanto la legge esige è scritto nei loro cuori, come risulta dalla testimonianza della loro coscienza’ (Rm 2,14s)»⁽¹⁴⁾. Secondo Ratzinger, proprio l’incontro tra i teologi cristiani e la filosofia stoica (definito laicamente da Benedetto un «legame precristiano tra diritto e filosofia») ha permesso la nascita della cultura giuridica occidentale «che è stata ed è tuttora di un’importanza determinante per la cultura giuridica dell’umanità»⁽¹⁵⁾. Un lungo filo rosso – secondo il

⁽¹³⁾ Così BENEDETTO XVI, *Discorso al Bundestag, Berlino 22 settembre 2011*, in *Ius Ecclesiae*, 2012, XXIV, p. 165. A proposito di tale intervento, e in generale della posizione assunta a più riprese da Ratzinger sui rapporti tra cristianesimo e diritto, Marta Cartabia e Andrea Simoncini hanno scritto: «Nel pensiero di Benedetto XVI vi è una esaltazione della ragione umana che si radica nella comprensione del cristianesimo come religione del *logos*, legata sin dall’Antico Testamento [...] con la cultura greca, con la filosofia e con il ‘devoto illuminismo’ di Socrate che era al tempo stesso alla ricerca di Dio e illuminista»; così M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *La legge di re Salomone*, Milano, 2013, p. 9 s.

⁽¹⁴⁾ BENEDETTO XVI, *Discorso al Bundestag, Berlino 22 settembre 2011*, cit., p. 165.

⁽¹⁵⁾ BENEDETTO XVI, *Discorso al Bundestag, Berlino 22 settembre 2011*, loc. ult. cit. Di parere

Pontefice tedesco - unisce questa alleanza di pensiero al percorso che, attraverso il Medioevo cristiano, porta allo sviluppo giuridico dell'Illuminismo fino alla Dichiarazione dei Diritti Umani.

E proprio seguendo passo passo questo “filo rosso” che filosofi come Hobbes, Grozio, Locke⁽¹⁶⁾, che fondano le moderne teorie del diritto e dello Stato su base meramente razionale, si ritrovano – e non solo sul terreno della legittima difesa – in perfetta asse concettuale con il pensiero tradizionale classico e cristiano⁽¹⁷⁾. Ed in alcuni passaggi, sembrano ricalcare finanche le stesse espressioni utilizzate sia dai pensatori greci e romani che dai filosofi cristiani. «Il diritto di natura – scrive Hobbes – che gli scrittori comunemente chiamano ‘ius naturale’, è la libertà che ogni uomo ha di usare il suo potere come egli vuole per la preservazione della propria natura, vale a dire, della propria vita e, per conseguenza, di fare qualunque cosa nel suo giudizio e nella sua ragione egli concepirà essere il mezzo più atto a ciò [...]. Una legge di natura (*lex naturalis*) è un precetto o una regola generale scoperta dalla ragione, che vieta ad un uomo di fare ciò che è lesivo della sua vita o che gli toglie i mezzi per preservarla»⁽¹⁸⁾.

Hobbes parla di legge di natura come di una regola non posta ma “scoperta”. Una simile affermazione fatta dal teorico più acuto della giustificazione dello stato moderno di creare un autentico monopolio del diritto – rappre-

completamente diverso, ed è bene darne conto, è Guido Fassò il quale ritiene che la lettera ai romani di San Paolo non può essere interpretata in termini giusnaturalistici e che non vi è continuità tra il diritto naturale cristiano e il giusnaturalismo su base razionale che connota la seicentesca “Scuola del diritto naturale”. Fassò, nonostante la dicitura letterale delle espressioni utilizzate dall’Apostolo, sostiene infatti che San Paolo si volesse riferire non a tutti i Gentili, e quindi non a tutti gli uomini, ma solo a coloro che credevano nel Cristo, poiché solo questi avrebbero avuto la legge di Dio scritta nei cuori (cfr. G. FASSÒ, *La legge della ragione*, Milano, 1999, p. 29 ss.).

⁽¹⁶⁾ Sulle similitudini e le contraddizioni della c.d. “Scuola del diritto naturale” si v. E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, 2^a ed., Padova, 1999, p. 101 ss.

⁽¹⁷⁾ Sulla naturalità del diritto alla difesa tra gli esponenti della “Scuola del diritto naturale” si veda: U. GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace*, I, Firenze, 2002 (rist. anast. trad. it. A. Porpora, Napoli, 1777), p. 107 ss.; S. PUFENDORF, *Il diritto della natura e delle genti*, a cura di N. Bobbio e F. Todescan, Milano, 2018, p. 207 ss.

⁽¹⁸⁾ T. HOBBS, *Leviatano*, trad. it. G. Micheli, Firenze, rist. 1988, p. 124.

sentando quindi, l'antesignano del giuspositivismo e, in particolare, del formalismo giuridico – tale asserzione acquista ancora più straordinarietà perché arriva a fondare l'assunto secondo il quale esiste un diritto che resiste persino di fronte al potere del sovrano assoluto: il diritto naturale a preservare la propria vita e, di conseguenza, il diritto naturale alla legittima difesa.

E John Locke, per cui lo stato di natura, diversamente da quanto ritenuto da Hobbes, non rappresenta il regno dell'insicurezza e del conflitto ma «uno stato di perfetta libertà di regolare le proprie azioni e di disporre dei propri beni e persone come meglio credono, entro i limiti delle leggi di natura»⁽¹⁹⁾, individua diritti innati dell'uomo che gli appartengono per il solo fatto di esistere. L'uomo, nello stato di natura gode illimitatamente di tutti i diritti e privilegi della legge di natura (la vita, la libertà, i beni materiali, la proprietà). Non escludendo però l'ingerenza possibile del male e il pericolo di degenerazione, Locke ritiene necessario realizzare la società civile e quindi lo Stato. Ma esso non solo non priva il cittadino dei suoi diritti naturali, ma anzi li rafforza e li protegge svolgendo una funzione di garanzia. L'uomo non entra nello Stato spogliato di tutti i propri diritti e privilegi (come invece era per Hobbes, ad esclusione del diritto alla vita), ma li porta con sé come patrimonio innato indisponibile. E dunque i diritti fondamentali del cittadino quali il diritto alla vita (e, conseguentemente, il diritto a difenderla), il diritto di proprietà, i diritti di libertà che appartengono alla natura stessa dell'uomo e che pre-esistono allo Stato, non solo non possono essere negati o messi in discussione dell'autorità politica ma devono essere da quest'ultima difesi contro ingerenze o attacchi. Il diritto positivo trova dunque la sua giustificazione in quanto recepisce il diritto naturale dell'individuo. Che è poi la tesi fondante del liberalismo moderno.

Tra i diritti che pre-esistono allo Stato, senza dubbio, vi è il diritto alla legittima difesa di cui Locke parla espressamente paragonando l'aggressione di un malintenzionato ad una situazione di “stato di guerra”.

«Lo stato di guerra è uno stato di inimicizia e distruzione. E perciò chi dichiara con parole o azioni un proposito non passionale e precipitoso, ma

⁽¹⁹⁾ J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, 9ª ed., trad. it. A. Gialluca, Milano, 2017, p. 65.

meditato, riguardo la vita di un altro uomo, si pone in uno stato di guerra contro colui al quale ha dichiarato una tale intenzione, e di conseguenza, espone la sua vita al potere che l'altro, o chiunque si unisca a lui in sua difesa o ne sposi la causa, ha di portargliela via; essendo ragionevole e giusto che io abbia il diritto di distruggere chi mi minaccia di distruzione. Infatti, in base alla legge fondamentale di natura, dovendosi l'uomo preservare quanto più possibile, quando non possono essere salvaguardati tutti è da preferirsi la sicurezza degli innocenti. Ciascuno può distruggere un uomo che gli faccia guerra o abbia manifestato ostilità contro il suo essere per la stessa ragione per cui può uccidere un lupo o un leone»⁽²⁰⁾.

Locke, inoltre, si esprime in termini netti anche sulla difesa del patrimonio dell'agredito, legittimando, di fatto, un'azione che definiremmo oggi (con gli strumenti giuridici attuali) priva del requisito di proporzionalità. L'argomentazione del padre del liberalismo ha però una sua logica perfettamente coerente con le premesse del suo pensiero. Locke sostiene infatti che l'agredito non possa correre il rischio di mettersi nelle mani di siffatti uomini i quali, anche in assenza di un intento esplicito di attentare alla vita altrui, se riuscissero però a privare l'onesto cittadino della libertà, non essendo guidati da retta ragione, potrebbero disporre della vita degli inermi anche per semplice capriccio⁽²¹⁾. Da qui l'assunto: «Ciò rende legittimo per un uomo uccidere un ladro che non gli ha minimamente recato danno, né dichiarato alcun proposito riguardante la sua vita, se non per l'uso della forza diretto a porlo in suo potere per sottrargli il denaro o quant'altro gli piaccia. Infatti, usando la forza per pormi in suo potere senza averne il diritto, quali che siano le sue pretese, ho motivo di supporre che chi vuole togliermi la libertà voglia togliermi, una volta che mi abbia in suo potere, ogni altra cosa. È perciò lecito trattarlo come uno che si sia posto in stato di guerra con me, vale a dire ucciderlo se posso; poiché a questo rischio giustamente si espone chiunque dà inizio a uno stato di guerra nel quale sia aggressore»⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, cit., p. 83.

⁽²¹⁾ J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, loc. ult. cit.

⁽²²⁾ J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, cit., p. 85.

2. — *L'attuale art. 52 del codice penale: un istituto ereditato dal fascismo.*

Non sempre gli operatori del diritto, che quotidianamente frequentano i nostri Tribunali, prestano attenzione ad un particolare: il nostro codice penale (tecnicamente, uno dei migliori codici al mondo, tanto da resistere ad ogni logorio del tempo) reca tre firme: «Vittorio Emanuele, Mussolini, Rocco». D'altra parte, parliamo di un codice del 1930. E se l'architettura del codice ancora è sorprendentemente in grado di rispondere alle esigenze dell'ordinamento (oltre che alle aspettative sociali), vi sono parti in cui l'impostazione ideologica degli ispiratori e firmatari del codice sembra aver ampiamente fatto il proprio tempo. Perché non vi è dubbio, limitando le nostre considerazioni all'istituto della legittima difesa, che l'ideologia fascista, che pur si richiama – almeno formalmente – alla tradizione giuridica romana arriva a capovolgere, in una sorta di contro-rivoluzione copernicana, la natura giuridica della legittima difesa. Non più diritto innato dell'uomo, principio scolpito nel cuore di ogni individuo e quindi riconosciuto dallo Stato - ma mera concessione dello Stato. Il codice Rocco, come fin troppo evidente per chi non si ferma ad una lettura tecnicistica delle norme, risente in termini preponderanti dell'idealismo neo-hegeliano rappresentato da Giovanni Gentile.

L'architettura giusfilosofica dello Stato fascista, ed in modo particolare la filosofia del diritto penale, è fortemente influenzata dalle suggestioni dello “Stato etico” di hegeliana memoria. Non più l'idea dell'uomo che fa il suo ingresso nello Stato portando con sé i propri diritti innati ma l'idea astratta che l'individuo, inteso in termini “universali”, diventa esso stesso Stato⁽²³⁾. Una sorta di “finzione” spirituale, prima ancora che giuridica, che sconta la visione hegeliana secondo la quale, nello Stato, l'individuo, per dirla con

⁽²³⁾ Per un approfondimento dei rapporti tra individuo e Stato cfr. G. GENTILE, *Genesi e struttura della società*, Firenze, 2002. Si veda anche, per indagare il rapporto tra il pensiero di Gentile e l'esperienza fascista, ID., *Origini e dottrina del fascismo*, Firenze, 2020. Per una prospettiva differenziale tra lo Stato come delineato da Gentile e poi realizzatosi con il fascismo e il modello hegeliano, si veda F. D'AGOSTINO, *Lezioni di teoria del diritto*, Torino, 2006, p. 47 ss.

Guido Fassò, «perderà ogni autonomia, si annullerà in un'eticità assoluta; e, anche se questa sarà intesa come sintesi di universale e di particolare realizzazione perfetta dell'individuale nell'assoluto, tutti gli aspetti della vita dell'individuo [...] saranno assorbiti nella vita di quell'Assoluto che nello Stato si incarna»⁽²⁴⁾. Nel momento stesso in cui l'individuo viene cioè innalzato (con una operazione tanto teoretica quanto virtuale) fino a fondersi con l'Assoluto, esso viene nella realtà concreta schiacciato dalla ragione collettiva di Stato. Nell'idea di Gentile, ragion di Stato e ragione individuale si fondono in un comune sentire di cui solo lo Stato si fa interprete.

Muovendo da tali premesse, Giovanni Gentile, il filosofo del fascismo, consumando uno strappo irreversibile con l'orizzonte giusnaturalista e quindi con la tradizione classica, confina i diritti individuali nei limiti strettissimi che offre l'autorità statale (che pur, nell'ottica idealista, non si contrappone all'individuo)⁽²⁵⁾. Era stato d'altra parte Arturo Rocco, già nel 1910, a prendere le distanze dalla scuola classica del diritto criticando l'idea di un diritto eterno, sovratemporale e razionale⁽²⁶⁾. Colpendo al cuore le ragioni più pro-

⁽²⁴⁾ G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, *Ottocento e Novecento*, Roma-Bari, 2006, p. 88 s. Fassò spiega come, per Hegel, lo Stato sia l'organismo etico assoluto, l'*ethos* che si fa autocosciente come spirito di un popolo: il "razionale in sé e per sé". Per Hegel lo Stato è "l'ingresso di Dio nel mondo". Il che, peraltro, significa che ogni norma emanata dallo Stato è di per sé "etica" per il sol fatto di essere stata da esso emanata. Proprio partendo del pensiero hegeliano, Gentile struttura la concezione "attualista" (o "idealismo attuale") che si innesterà nella dottrina dello Stato etico. Si veda per un approfondimento sull'"idealismo attuale" di Gentile: G. GENTILE, *Teoria generale dello spirito come atto puro*, Firenze, 2003.

⁽²⁵⁾ Eppure, le stesse premesse del pensiero filosofico di Gentile, farebbero in realtà ritenere un esito concettuale diverso in ordine alle libertà individuali. È infatti lo stesso Gentile ad esprimersi in questi termini intorno all'idea di libertà: «Così la libertà si può dire la pietra di scandalo di tutte le filosofie. La disputa dura da millenni e non pare conclusa [...]. Eppure chi nega in generale la libertà, nel suo stesso giudizio negativo, compie un atto di libertà [...]. E ogni uomo è legato alle proprie idee, al proprio modo di pensare, e di sentire e al mondo quel egli se lo rappresenta e lo concepisce quale suo modo di sentire e di pensare: l'unico che abbia valore per lui: quel valore che sarebbe assurdo attribuirgli se egli non fosse quell'essere libero che è»: così G. GENTILE, *Introduzione alla filosofia*, Brindisi, 2015, p. 16 s.

⁽²⁶⁾ Cfr. A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1910, p. 497 ss. Rocco, in realtà, prende le distanze anche dalla scuola positiva del diritto accusata di dissolvere il diritto in una mera scienza empirico-causale.

fonde della ricerca del fondamento del diritto in un'ottica di perseguimento del "giusto", in particolare Rocco evidenzia come «la discussione filosofica, morale, sociale economica, politica, storica e perfino biologica e psicologica circa il fondamento, la giustificazione, la bontà, la convenienza generica e specifica di un istituto, soffoca e seppellisce lo studio giuridico di esso, quando pure non serve addirittura ad escluderlo»⁽²⁷⁾.

Su tale linea già tracciata dal giurista Rocco (che aderirà al fascismo), Gentile teorizza con estrema nitidezza la fine dell'idea dell'esistenza giusnaturalistica di diritti iscritti nel cuore dell'uomo: «C'è lo Stato; e c'è la sua volontà; la sua legge. Nella quale il cittadino, dalla nascita alla morte, trova il suo *limite*, presupposto della sua esistenza, condizione della sua libertà. La volontà dello Stato, con cui egli deve fare i conti, è volontà non in atto, ma già posta, già voluta»⁽²⁸⁾.

Il corollario di una simile impostazione conduce a ritenere ogni decisione assunta dallo Stato, e quindi ogni decisione "politica", pura morale. Come spiega Massimo Donini, Gentile vede solo nello Stato una vera moralità «che è però sintesi della dialettica tra diritto astratto e volontà individuale»⁽²⁹⁾.

In tale quadro concettuale Gentile esclude ogni riferimento etico all'infuori dello Stato così da non lasciare spazio né agibilità per i diritti naturali o innati che pre-esistono allo Stato. Una preclusione esplicitata da Edoardo Massari, uno dei redattori del codice Rocco. «Massari – scrive Donini – declinerà l'istanza giuspositivista, se possibile, in forma anche più radicale affermando perentoriamente che non esiste altro diritto penale al di fuori di quello raccolto nella legislazione dello Stato e bollando come 'semplice astrazione' ogni elaborazione derivata dai principi filosofici, ideali, razionali, naturali»⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., p. 314.

⁽²⁸⁾ G. GENTILE, *Genesi e struttura della società*, cit., p. 64.

⁽²⁹⁾ Così M. DONINI, *Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2018, 9, p. 117 ss.

⁽³⁰⁾ M. DONINI, *Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica*, cit., p. 121. Non sfugga però che tanto nelle intenzioni di Gentile quanto di Arturo Rocco vi è l'esigenza di allontanarsi sia dalle istanze giusnaturalistiche che da quelle positiviste in cerca di una sorta di "terza via" della filosofia del diritto.

Per Gentile è lo Stato, immedesimato nell'individuo nella sua universalità, che attua dunque la volontà di quest'ultimo ed è ancora lo Stato, in tale accezione, che assume in via esclusiva la tutela, l'educazione e la difesa dell'individuo singolo. L'idea, in questa prospettiva, che solo ed esclusivamente lo Stato detenga il monopolio della forza, è idea squisitamente autoritaria. In questa visione, perfino le distinzioni tra pubblico e privato vengono meno.

È in questo contesto culturale ed in questa visione dello Stato, che nasce il codice Rocco. E basti leggere le prime pagine dei lavori preparatori al codice, redatte proprio dall'allora Guardasigilli e autore dell'opera Alfredo Rocco (fratello di Arturo), per rendersi conto di quale sia la prospettiva culturale e giuridica del codice: «In perfetta antitesi con la concezione dello Stato liberale o demo-liberale, lo Stato fascista non può consentire che energie individuali spieghino in alcuna guisa, e per qualsiasi motivo, un'attività contrastante con i suoi interessi politici. Sotto i regimi precedenti, a base individualista, come quelli che ripetevano la propria origine dai principi della Rivoluzione francese, codesta attività non solo era tollerata ma, almeno entro certi confini, era considerata come normale, ritenendosi che rientrasse nell'orbita delle libertà individuali. È noto che, nel nome di codeste libertà, fraintese nella loro essenza e praticate senza freno, ogni individuo si riteneva autorizzato a insorgere contro lo Stato»⁽³¹⁾.

Rocco, che certamente riesce ad esprimere in termini chiari la filosofia del diritto penale del tempo, spiega anche come ai fini e agli interessi dello Stato (inteso quale "organismo etico-religioso") devono essere subordinati, nel caso di eventuali conflitti, tutti gli altri interessi individuali e collettivi⁽³²⁾. La conseguenza, come spiega Giuseppe Maggiore, penalista e filosofo di formazione gentiliana, è una concezione per cui il reato, superando la tradizione illuministica, non offende l'individuo ma lo Stato stesso (che l'individuo lo rappresenta nella sua astrattezza e nella sua universalità)⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ A. ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, p. 39.

⁽³²⁾ A. ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., p. 39 ss.

⁽³³⁾ Cfr G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 149. Maggiore si spinge ancora più in là spiegando come, a suo dire, ogni reato raffiguri

In tale brodo culturale, si colloca l'istituto della "legittima difesa" nel codice Rocco. Che non riconosce, per le ragioni ora spiegate e delineate dallo stesso Guardasigilli del tempo, diritti individuali tutelati dallo Stato. Non dunque la positivizzazione di diritti naturali, (con onere in capo allo Stato di garantire il diritto pre-statale dell'individuo alla reazione difensiva), ma il dispiego di un articolato sistema finalizzato a "giustificare" (o "scriminare") il comportamento del singolo che, pur costituendo fatto illecito per l'ordinamento, non deve essere punito a fronte del verificarsi di determinate circostanze. L'*incipit* dell'art. 52 del nostro codice penale (il primo comma è rimasto immutato rispetto alla originaria formulazione di Alfredo Rocco) recita: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro un pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa».

Più che una serie di facoltà in capo all'agredito, emerge un complesso di limiti alla sua reazione (meramente tollerata). E ciò in ragione del presupposto culturale e giuridico di fondo del regime autoritario del tempo (impregnato dell'idealismo gentiliano e quindi orientato a realizzare lo Stato etico). Non a caso, nel nostro ordinamento penale, che ha perfettamente conservato la struttura del codice Rocco, si inquadra la legittima difesa nella categoria delle "scriminanti" o "cause di giustificazione"⁽³⁴⁾. Le quali operano, in generale, rendendo giustificato o non punibile un comportamento che l'ordinamento ritiene illecito. Di fatto, le "scriminanti" lasciano quindi intatta la illiceità oggettiva del fatto facendo venire meno soltanto la possibilità di muovere un rimprovero al suo autore⁽³⁵⁾. In altri termini, la reazione

un *crimen laesae maiestatis*, un atto cioè che arreca pregiudizio all'ordine etico-giuridico e all'onore dello Stato stesso (p. 155).

⁽³⁴⁾ Per un approfondimento sulle cause di giustificazione nel nostro ordinamento, cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018.

⁽³⁵⁾ Così in G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 267 ss. Secondo gli Autori, in presenza dei requisiti richiesti dalla "scriminante" viene meno il requisito dell'*antigiuridicità* nella condotta pur oggettivamente illecita dell'agredito (nel caso

dell'agredito viene tecnicamente classificata essa stessa come fatto delittuoso, fatto però che l'ordinamento rinuncia a punire in presenza di determinate circostanze la cui esistenza va sempre verificata con onere della prova, peraltro, a carico di chi si è difeso da un'azione illecita.

Molta parte della la dottrina penalistica, evidentemente consequenziale ai presupposti dogmatici in cui nasce il nostro sistema penale, quando individua il fondamento della legittima difesa, lungi dall'evocare il diritto naturale dell'individuo all'auto-difesa, sposta l'attenzione sulla comunità sociale (mancanza di danno sociale), sull'interesse prevalente e sul bilanciamento delle ragioni in ballo o, ancora, sul principio di *non contraddizione* interno all'ordinamento che non può, allo stesso tempo, vietare la lesione degli altrui diritti e, contestualmente, vietare la difesa dell'individuo di quegli stessi diritti che si vogliono aggredire⁽³⁶⁾. In altre parole, il fondamento della legittima

della difesa personale), nel senso che tale condotta è resa facoltativa da norma diversa da quella incriminatrice e tale norma è desumibile dall'intero ordinamento giuridico.

⁽³⁶⁾ La posizione che individua il fondamento delle scriminanti sulla mancanza di danno sociale è di Francesco Antolisei (cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 14^{ma} ed., Milano, 1997, p. 268 ss.). Altra parte della dottrina propende per un modello di spiegazione di tipo pluralistico che individua il fondamento delle scriminanti in principi diversi tutti interni, comunque alle ragioni dell'ordinamento stesso. In questa prospettiva, il Consulich, sideralmente lontano dall'individuare nella reazione difensiva un diritto naturale, descrive le cause di giustificazione in generale come «norme produttive di un impatto pratico non inferiore a quello delle incriminazioni, quanto meno perché impedendo l'attivazione della reazione sanzionatoria, legittimano l'offesa di interessi sociali solitamente protetti dall'ordinamento. Si tratta dunque – continua Consulich – di strumenti che consentono un controllo sociale [...]. Che siano o meno qualificabili come norme penali, le scriminanti sono inesorabilmente capaci di provocare effetti pratici e, dunque, per questo possono essere impiegate in chiave strumentale in vista del conseguimento di obiettivi di politica del diritto più o meno legittimi»: così F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, cit., p. 5 s.). Per Fiandaca e Musco, il fondamento della legittima difesa è ravvisato nella prevalenza attribuita dall'ordinamento all'interesse di chi sia ingiustamente aggredito rispetto all'interesse di chi si è posto fuori dalla legge (cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, in *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 295). Per Marinucci e Dolcini, il fondamento viene individuato nella necessità dell'ordinamento di risolvere il conflitto tra due norme antinomiche: «la norma che incrimina il fatto e l'antitetica norma che ne facoltizza o impone la realizzazione». Conflitto che viene risolto nell'ordinamento italiano assegnando la prevalenza alla norma che facoltizza o impone la realizzazione del fatto (così

difesa (anche per la maggior parte della dottrina moderna), in sostanziale coerenza con le dottrine che hanno rappresentato l'universo concettuale in cui è nato il codice Rocco, è ben individuato all'interno dell'ordinamento statale (o della comunità sociale che è parte dello Stato) e risponde a logiche interne all'ordinamento stesso. Le ragioni dell'individuo (l'aggredito) restano estranee ad ogni teorizzazione.

Il corollario di tale impostazione, ancora in coerenza con i presupposti con cui era nato il codice Rocco, è evidente: la legittima difesa è una mera concessione dello Stato. Su tutti Fiandaca e Musco, che non potrebbero essere più espliciti: «la legittima difesa rappresenta un residuo di auto-tutela che lo Stato concede al cittadino, nei casi in cui l'intervento dell'Autorità non può risultare tempestivo»⁽³⁷⁾. È lo Stato dunque, che, ancora oggi, ci “concede” l'autodifesa.

3. — *L'anomala resistenza ad ogni modifica della legittima difesa. Nostalgia di uno Stato “etico”?*

D'altra parte, la legittima difesa, nel contesto del codice del 1930 e nell'idea dominante della odierna dottrina penalistica che ha sempre difeso l'impostazione (etica) del codice a firma Vittorio Emanuele, Mussolini, Rocco, non è mai stata considerata un diritto individuale. Una posizione largamente dominante anche oggi, con rarissime eccezioni tra le quali è il caso di annoverare quelle (piuttosto isolate) di Carlo Nordio⁽³⁸⁾ o di Mauro Ronco che, con estrema nettezza, scrive che «il diritto alla legittima difesa

in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, p. 222 s.). Per una ricognizione generale delle teorie sul fondamento delle scriminanti in generale, cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale e speciale*, 4^a ed., Molfetta, 2018, p. 173 ss.

⁽³⁷⁾ Così G. FIANDACA, E. MUSCO, in *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 294 s.

⁽³⁸⁾ Cfr. C. NORDIO, *Prefazione* a F. SARNO, M. SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa*, Milano, 2008, p. VIII ss. Il magistrato ha spiegato come l'impostazione neo-hegeliana di cui è permeato l'istituto della legittima difesa si sarebbe dovuta dissolvere con la caduta del fascismo e l'avvento della Costituzione rimanendo invece immutata.

esprime un'idea nobile dell'uomo, come ente intrinsecamente capace di giustizia, portatore di un valore attivo, inteso alla realizzazione della giustizia nella società»⁽³⁹⁾.

Per comprendere quanto la dottrina sia sbilanciata a favore dell'impostazione originale dell'istituto, basti leggere il comunicato (non scevro da una certa *vis* polemica) dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale alla vigilia della riforma della legittima difesa del 2019 voluta dal primo Governo Conte e che, di fatto, si è limitata ad ampliare gli ambiti della reazione consentita, anche in riferimento alla fattispecie dell'eccesso colposo⁽⁴⁰⁾. A parte il titolo del contributo, già emblematico («La riforma della legittima difesa deve essere conforme ai principi costituzionali e sovranazionali e non può ingannare i cittadini. Nessuna riforma potrà impedire indagini e processi, che si svolgono anche quando si uccide il cane del vicino»), ciò che induce una riflessione è un passaggio passato quasi sottotraccia. Ecco: «L'idea di introdurre un 'diritto di difesa' che prenda il posto della legittima difesa – come vorrebbe la proposta di legge n. 580 – stravolge quindi il significato della causa di giustificazione, poiché introduce una licenza di uccidere ancorata semplicemente a un rapporto cronologico tra aggressione e difesa»⁽⁴¹⁾. In buona sostanza, in termini chiarissimi, l'Associazione dei penalisti, ricordando (correttamente, da un punto di vista tecnico) che la legittima difesa è, nel nostro ordinamento, altra cosa rispetto ad un diritto soggettivo, ha stigmatizzato la sola idea di poter qualificare come un “diritto” la legittima difesa individuale. Con ciò peraltro connotando negativamente, in tale contesto, il concetto stesso di “diritto” individuale. Esattamente come aveva fatto il guardasigilli Rocco.

⁽³⁹⁾ Cfr. M. RONCO, *La vittima nel diritto penale e la legittima difesa*, cit., p. 1.

⁽⁴⁰⁾ Per un approfondimento sulla riforma del 2019, si veda: A. CONZ, L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, Roma, 2019.

⁽⁴¹⁾ Cfr. il comunicato della Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale del 24 luglio 2018, *La riforma della legittima difesa deve essere conforme ai principi costituzionali e sovranazionali e non può ingannare i cittadini. Nessuna riforma potrà impedire indagini e processi, che si svolgono anche quando si uccide il cane del vicino*, in archiviodpc.dirittopenalenomo.org.

Non è un caso che alcuni autori abbiano, di fatto o anche esplicitamente (è il caso di Marco Pellissero⁽⁴²⁾), espresso “rimpianto” per la struttura del codice Rocco (comunque non scalfita, in realtà, dalla riforma del 2019 del primo Governo Conte che non ha modificato l'impostazione di fondo). Scrive Pellissero: «Il Codice penale Rocco, permeato dai presupposti dello Stato autoritario, aveva configurato la legittima difesa in termini equilibrati, partendo dall'assunto che il potere di tutelare i beni giuridici spetta allo Stato, mentre ai singoli sono consentiti spazi di auto-tutela in casi estremi»⁽⁴³⁾.

Sarebbe fin troppo scontato rispondere che la strutturazione giuridica della legittima difesa nel codice Rocco era (ma dovremmo dire è) sì, onestamente, ideata in termini equilibrati e lineari, ma lo era contestualmente e, soprattutto, consequenzialmente ad un quadro fortemente autoritario, con compressione dei diritti individuali, imposto da uno Stato “etico” in cui quella soluzione “equilibrata” era l'unica possibile per non calpestare del tutto le facoltà di reazione dell'individuo vittima di aggressione.

Alcuni autori, nel corso del dibattito sull'ampliamento dei margini della “legittima difesa” alla vigilia della riforma del 2019, hanno parlato di “populismo penale” o di «sviluppo securitario del diritto penale»⁽⁴⁴⁾. Addirittura, di un primo passo verso una possibile «involuzione anti-democratica»⁽⁴⁵⁾. E

⁽⁴²⁾ Cfr. M. PELLISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, in *Osserv. cost.*, 2019, 5, p. 106 ss. Tra le altre cose, scrive Pellissero: «A fronte della progressiva stratificazione della legittima difesa, non resta che rimpiangere la linearità e l'equilibrio della soluzione adottata dal codice Rocco» (p. 131).

⁽⁴³⁾ M. PELLISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 108.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019. Tra gli altri, di “sviluppo securitario” del diritto penale ha parlato Marco Pellissero in M. PELLISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 110.

⁽⁴⁵⁾ Così F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, p. 19. L'Autore rievoca il c.d. *rapporto Questiaux*, un documento licenziato negli anni ottanta dalla sottocommissione per la prevenzione delle discriminazioni e la protezione delle minoranze all'interno della Commissione dei diritti umani dell'Onu. Partendo dal presupposto che la riforma della legittima difesa limiti il potere discrezionale del Giudice, scrive: «Si tratta di uno strumento prezioso – scrive Consulich – perché for-

così anche il dibattito sul tema ontologico della natura del diritto (al netto ovviamente di certi dibattiti politici privi di argomentazioni giusfilosofiche) ha subito un autentico paradosso: evocare il “diritto individuale” alla legittima difesa (pur rientrando nell’alveo del rispetto della tradizione della nostra civiltà occidentale e pur rappresentando un punto di rottura con l’impostazione gentiliana e fascista), ha significato di fatto partecipare alle pulsioni “populiste” o securitarie, se non invocare logiche da *far west* e pistole per tutti.

Un paradosso che ne richiama un altro. Nello stesso tempo in cui certa dottrina rifugge ogni teorizzazione dogmatica incentrata sul diritto naturale all’auto-difesa dell’individuo, invoca però il diritto (individuale) alla vita dell’aggressore, diritto presidiato dal requisito della “proporzionalità”, elemento necessario alla configurazione della legittima difesa, individuandone il fondamento non più all’interno di logiche formali ed ordinamentali ma nel diritto umanitario. È il caso, tra i tanti, di Consulich che, richiamando e criticando la riforma del 2006 al nostro codice penale in relazione alla legittima difesa domiciliare⁽⁴⁶⁾, la definisce «come una vera e propria eccezione nel sistema delle cause di liceità poiché è programmaticamente priva dell’elemento della proporzione, tipico delle più note scriminanti» fino ad arrivare

nisce una sorta di manuale diagnostico dell’autoritarismo in grado di decifrare i sintomi della involuzione anti-democratica di un ordinamento a partire dalla conformazione del suo diritto penale. Ebbene, nell’analizzare i prodromi della degradazione dello Stato di diritto, la relazione pome come indicatore della salute di una democrazia la libertà del giudice rispetto ad uno degli altri poteri dello Stato» (p. 19).

⁽⁴⁶⁾ Nel 2006 è stata introdotta nel nostro ordinamento una novella all’art. 52 (l. 59 del 2006), in particolare il legislatore ha aggiunto due nuovi commi che hanno reso proporzionata, in termini presuntivi la reazione dell’aggredito, anche con l’uso di un’arma legittimamente detenuta o altro strumento offensivo, rispetto ad una aggressione anche a contenuto patrimoniale. Recitano il secondo e terzo comma dell’art. 52, così come novellato dalla riforma del 2006: «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 di 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».

a sentenziare che detta riforma collide “con i principi fondanti dell’ordinamento” ed in particolare collide – ed è questo il punto in cui l’attenzione del giurista si sposta sui diritti individuali dell’aggressore – con il principio di tutela della vita umana «anche alla luce della Convenzione europea dei diritti dell’uomo che, all’art. 2, prevede che la morte di un uomo può essere cagionata solo allorché sia assolutamente necessaria per assicurare la difesa di una persona da una violenza illegale, per eseguire un arresto o impedire una evasione o per reprimere una sommossa o insurrezione»⁽⁴⁷⁾. Ciò che colpisce in questa visione è che, di fatto, ci si trovi di fronte, a quelli che Bobbio definisce «diritti privilegiati»⁽⁴⁸⁾ non ravvedendosi però in capo all’aggredito, nemmeno la sussistenza di altri diritti (quale, a nostro avviso, quello alla difesa), pure essi fondamentali, da mettere in concorrenza.

Insomma, mentre per giustificare la legittima difesa dell’aggredito il fondamento continua ad essere cercato, non tra i diritti fondamentali, ma fuori dall’individuo e rinvenuto nelle logiche formali dell’ordinamento che concede al cittadino “un residuo di autotutela”, per difendere il presidio della “proporzionalità”, certa dottrina (ma anche parte della giurisprudenza) evoca quale suo fondamento il diritto individuale dell’aggressore sancito dalle norme di diritto umanitario. In altri termini, mentre non viene riconosciuto in

⁽⁴⁷⁾ F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, cit., pp. 53-55. L’A. cita peraltro una pronuncia della Corte di Cassazione (la sentenza della I sezione numero 16677 del 8 marzo 2007) che spiega come la “nuova” legittima difesa sia contrastante con i principi di tutela della vita umana espressi dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo se non corretta in sede interpretativa con la necessità di un pericolo per l’incolumità fisica dell’aggredito.

⁽⁴⁸⁾ N. BOBBIO, *Il problema della guerra e della pace*, Bologna, 1979, p. 125. Scrive il Nostro: «Anzitutto, tra i diritti umani, come è stato più volte osservato, vi sono diritti con *status* molto diversi tra loro. Ve ne sono alcuni che valgono in ogni situazione e per tutti gli uomini indistintamente [...]. Questi diritti sono privilegiati, perché non vengono posti in concorrenza con altri diritti pure essi fondamentali. Ma anche tra i cosiddetti diritti fondamentali, quelli che non vengono sospesi in qualche circostanza o negati per qualche categoria di persone, sono ben pochi: in altre parole, sono ben pochi i diritti ritenuti fondamentali che non vengono in concorrenza con altri diritti ritenuti pur essi fondamentali, e che non impongono pertanto, in certe situazioni e con riguardo a particolari categorie di persone, una scelta» (p. 125).

alcun modo il diritto naturale all'auto-difesa pre-esistente all'ordinamento, viene invece riconosciuto quale pre-esistente all'ordinamento statale (tanto da invocare il diritto umanitario), il diritto alla vita (ma anche alla integrità fisica) dell'aggressore.

Da una parte, dunque, la stigmatizzazione anche formale (emblematica quella dell'Associazione dei penalisti) della legittima difesa quale "diritto" individuale. Dall'altra, il riconoscimento pieno (e, si badi bene, condivisibile) del diritto alla vita in capo all'aggredito.

Difficile non scorgere però, in tale impostazione dottrinale, quantomeno uno sbilanciamento concettuale. Da una parte (quando si parla del fondamento della legittima difesa), una stringente logica a circuito chiuso che finisce per ripercorrere i sentieri del logicismo giuridico di stampo positivista o quelli dello Stato etico gentiliano autoritario; dall'altra (quando si parla del requisito della proporzionalità nell'ottica di porre un argine alla reazione difensiva), una logica che diventa "giusnaturalista" nella misura in cui evoca diritti non statuali ma posti dall'umana ragione (il diritto umanitario appunto, che non rappresenta altro che la moderna frontiera del diritto naturale)⁽⁴⁹⁾.

4. — *Una nuova e "antica" rotta: ripensare all'aggredito come ad una vittima "innocente"*.

Difendersi (nel senso di reagire ad una aggressione) è oggi tecnicamente un delitto, come anche la giurisprudenza formatasi sul codice Rocco ha sempre confermato⁽⁵⁰⁾. Non può sottacersi l'ambiguità di fondo, presente

⁽⁴⁹⁾ Per approfondire il passaggio evolutivo dalla Scuola del diritto naturale al diritto umanitario cfr. F. DAL POZZO, *Note introduttive di filosofia del diritto*, Torino, 1994, pp. 71-121. In relazione al dibattito filosofico sulla natura dei diritti umani cfr. M. MANCINI, *Problemi di argomentazione e giustificazione dei diritti umani*, in *Saggi sull'argomentazione giuridica*, a cura di M. Mancini, Torino, 2017, p. 89 ss.

⁽⁵⁰⁾ L'art. 52, come si è visto, si limita a prevedere la non punibilità di un "fatto" evidentemente costituente reato (proprio in virtù del fatto che la reazione difensiva è una mera concessione dello Stato). A tal proposito è emblematica una storica pronuncia della Corte di Cassazione del 1960 in cui si delinea addirittura la sussistenza del dolo nella reazione

all'interno del nostro ordinamento, che sovrappone – fino, almeno tecnicamente, a confonderli – il ruolo della vittima con quello del criminale. E ciò avviene anche nei casi più evidenti di reazioni difensive necessitate, attesa l'automaticità dell'iscrizione nel registro degli indagati dell'agredito dovuta non tanto e non solo al principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale sancita dall'art. 112 Cost., ma proprio alla natura “delittuosa” dell'azione difensiva così come concepita nel nostro ordinamento. Vista tale costruzione giuridica con occhi non tecnicistici (tale è la platea generalista di interlocutori a cui si è fatto riferimento nell'*incipit* dell'articolo), la sensazione è quella di un ribaltamento di valori di giustizia. Ma attenzione: non è l'ignoranza a fornire tale sensazione. Sono invece le ragioni del “cuore”, quelle stesse che Cicerone evocava nel foro romano. Ragioni che, per usare le espressioni dell'Arpinate, non sono fondate sullo studio dei libri o dei tecnicismi giuridici, ma sono desunte dalla stessa natura umana. Una posizione che non è inquadrabile come espressione di un rozzo “populismo” a cui contrapporre una visione “illuminata” del diritto penale. Piuttosto si ha la sensazione di trovarsi, per usare una felice espressione di Bruno Leoni, di fronte ad una «rivolta del senso comune»⁽⁵¹⁾. È la spontaneità dell'animo umano a ribellarsi di fronte alla oggettiva “criminalizzazione” di un atto difensivo. «Il problema del cosiddetto diritto naturale (già sollevato dai greci quando essi parlavano del cosiddetto ‘giusto per natura’) – scrive da posizioni liberali Bruno Leoni – sorge da un atteggiamento che si potrebbe chiamare spontaneo delle persone»⁽⁵²⁾.

Ancora una volta, nel campo della legittima difesa, si ripropone l'eterno insoluto conflitto: ciò che è “giusto” si contrappone a ciò che è “posto” senza l'incantesimo di un diritto, per parafrasare un'espressione di Amato

difensiva: «La difesa legittima non esclude il dolo, in quanto la difesa repressiva necessitata postula in ogni caso la precisa intenzione dell'agente diretta a cagionare un fatto penalmente illecito. Non il dolo, elemento costitutivo del reato viene meno pertanto, ma la punibilità del reato»: così Cass. pen., 24 febbraio 1960, in *Giust. pen.*, 1960, II, p. 861.

⁽⁵¹⁾ B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, 2003, p. 174.

⁽⁵²⁾ B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 174.

Mangiameli, che si riconcilia con la giustizia⁽⁵³⁾. Ma in questo caso, il sacrificio della vera vittima è oltremodo evidente.

Ha colpito tutti, recentemente, il caso di Debora, una giovane ragazza di Tivoli, che nel tentativo estremo di difendere se stessa, la mamma e la nonna dall'ennesima violentissima aggressione fisica di un padre ubriaco e violento (che da anni vessava e picchiava le donne di casa), il 19 maggio del 2019, reagiva ferendo quest'ultimo con un coltello provocandone poi la morte. La diciannovenne, all'esito delle prime sommarie informazioni raccolte dai carabinieri nell'immediatezza, veniva tratta in arresto in "quasi flagranza" del reato di omicidio volontario. Dopo il primo shock particolarmente intenso per ciò che era appena accaduto, la ragazza subiva un secondo shock. Da vittima, era appena diventata, per lo Stato, tecnicamente una "criminale". È emblematico ciò che scrive lo stesso pubblico ministero presso il Tribunale di Tivoli nella richiesta di archiviazione del 5 settembre 2019 (accolta dal Gip di Tivoli solo il 14 maggio 2020): «Fin da subito, grazie ai primi racconti raccolti sul posto dalla voce dei presenti, le indagini si concentrano sulla giovane D., figlia di L., che, nel corso di aggressioni ai danni dei presenti in casa, incominciate fin dalle prime ore del mattino, verso le 5 di quel giorno, e poi degenerata fuori dal palazzo, aveva colpito il padre con un coltello in difesa della madre A.A., aggredita violentemente dal genitore [...]. Dalle prime dichiarazioni rese ai carabinieri da A.C., madre di D. e compagna di L.S., nonché da S.N. sorella di L. e dalla stessa D. (nella forma delle spontanee dichiarazioni), tutte convergenti e pienamente credibili, anche perché rese nell'immediatezza, si è in grado di ricostruire gli accadimenti della mattina dei fatti»⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Arte e/o tecnica. Sfide giuridiche*, Padova, 2012, p. 252. Questo il passaggio integrale dell'Autrice: «Il giurista deve quindi ripensare il rapporto diritto, politica, religione. E naturalmente, egli è chiamato a svolgere questo compito da *giurista*, cioè coltivando l'incantesimo di un diritto [...] finalmente riconciliato con la giustizia, perché il *diritto alla giustificazione* spetta al laico, così come al credente».

⁽⁵⁴⁾ Cfr. la richiesta di archiviazione *ex art.* 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p. del P.M. dott. Guerra al Gip presso il Tribunale di Tivoli del 5 settembre 2019, allegato a C. PECORELLA, *Violenza domestica e legittima difesa, un interessante provvedimento del Tribunale di Tivoli*, in *www.sistemapenale.it*, 21 settembre 2020.

Da tali dichiarazioni (come emerge dalla stessa richiesta di archiviazione del pubblico ministero che dà poi conto nel dettaglio delle dichiarazioni raccolte sul posto dai militari), immediatamente appare, da una parte la figura di un uomo violento, degradato psicologicamente, incapace di frenare i propri istinti aggressivi che, quella mattina, stava per uccidere la moglie a suon di colpi pugilistici dopo che questa, insieme alle altre donne di casa, era fuggita per la strada; dall'altra la figura di una ragazzina terrorizzata (aveva implorato il padre più volte di smetterla ed appena consumato il fatto si era ricoverata ancora in pigiama e in stato di shock in casa di una vicina) che aveva agito per salvare la nonna dalle botte e la mamma da morte imminente.

Dunque, nell'immediatezza dei fatti, gli inquirenti avevano già di fronte il quadro di una vicenda tanto drammatica quanto però chiara e inoppugnabile, tanto che lo stesso pubblico ministero scrive senza esitazione che le dichiarazioni che confermavano l'aggressione violentissima del padre e la difesa disperata della figlia erano "tutte convergenti e pienamente credibili". Tutti i primi elementi di prova raccolti, in altre parole, deponevano fin dalle prime ore di quello stesso giorno per un caso emblematico di legittima difesa. Nonostante ciò, la giovanissima Debora è stata tratta in arresto.

Non certo una forzatura degli inquirenti, con tutta evidenza. Ma una necessaria conseguenza dell'impostazione giuridica del nostro ordinamento. Se difendersi è tecnicamente un delitto (così come voluto dal codice del 1930), a fronte della morte di un uomo, l'immediata iscrizione nel registro degli indagati e l'arresto di chi ha reagito diventano inevitabili. Come anche il consumarsi di una profonda ingiustizia tanto che nessuno può mettere in discussione che la giovane Debora ha di fatto subito un processo che nulla ha di diverso dalla c.d. vittimizzazione secondaria⁽⁵⁵⁾. Nonostante il giusto epilogo della vicenda (con il Gip presso il Tribunale di Tivoli che ha archiviato il procedimento penale condividendo integralmente le argomentazioni fornite dal pubblico ministero), emerge una considerazione: per 12 lunghi mesi la giovane Debora (che era già stata tratta in arresto lo stesso giorno

⁽⁵⁵⁾ Per un approfondimento sulla c.d. vittimizzazione secondaria si veda G. FANCI, *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Riv. crim., vittim. e secur.*, 2011, V, n. 3.

del delitto) ha improvvisamente conosciuto l'angoscia di un procedimento giudiziario, trovandosi indagata per omicidio di un ascendente (ipotesi per la quale, secondo l'art. 577 c.p., è prevista astrattamente la pena dell'ergastolo), subendo un procedimento penale dai risvolti emotivi psicologicamente devastanti e dovendo ricorrere, con oneri a proprio carico, ad avvocati, esperti e consulenti per sostenere ragioni già evidenti a chiunque dalle prime ore dopo l'evento. Inquirenti in testa.

Il caso di Tivoli dimostra come l'inquadramento dell'istituto della legittima difesa (non si sottovaluti il fatto che, se pure il pubblico ministero è tenuto a ricercare prove anche in favore dell'indagato, l'aggredito che invoca la legittima difesa sopporta anche il carico dell'onere della prova per far valere la scriminante) porta necessariamente a "dimenticare" la vittima sostanziale, in questo caso peraltro un soggetto particolarmente "vulnerabile"⁽⁵⁶⁾, che non può invocare un autonomo diritto soggettivo alla difesa e che rischia di trovarsi stritolata da un meccanismo tecnico (ma, purtroppo, con un fondamento di precisa scelta di campo) che inverte le ragioni di giustizia.

«Se si dimentica la vittima – scrive Mauro Ronco – la distinzione tra giustizia e ingiustizia si affievolisce via via sempre più e il carnefice primeggia sulle rovine di una società priva di rettitudine e di energia morale. La memoria della vittima innerva la reazione vitale di un popolo che custodisce al suo centro la distinzione tra il giusto e l'ingiusto e rivendica il primato della giustizia contro ogni sopraffazione, da qualunque parte essa provenga»⁽⁵⁷⁾. Una considerazione che appare suggestivamente correlata a quello che Sergio Cotta definisce un "imperativo" giustificato dalla coesistenza umana: «il rispetto dell'innocente è necessario all'esserci dell'esistenza umana»⁽⁵⁸⁾. Cotta ritiene detto principio "universalizzabile" spiegando che il rispetto

⁽⁵⁶⁾ Il diritto alla legittima difesa, come il caso di Debora dimostra, non è sovrapponibile al "diritto" ad armarsi, ma è un presidio giuridico a tutela e garanzia innanzitutto dei soggetti più deboli, ossia "vulnerabili". Vedi sul punto, in particolare, AA.VV., *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, a cura di T. Casadei, con prefazione di G. Zanetti, Torino, 2012.

⁽⁵⁷⁾ Così M. RONCO, *La vittima nel diritto penale e la legittima difesa*, cit., p. 5.

⁽⁵⁸⁾ Così S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981, p. 114.

dell'innocente non è solo necessario per l'esistenza individuale ma anche per la "coesistenza" poiché «nella misura in cui tale rispetto viene a mancare, fino a scomparire del tutto, non è colpita soltanto la persona dell'innocente, bensì è posta in pericolo la vita di tutti e quindi la coesistenza fino a renderla, al limite, impossibile»⁽⁵⁹⁾.

Ora, a parere di chi scrive, proprio per salvaguardare il principio di "coesistenza", occorre avere "memoria", per usare l'espressione di Ronco, che la vittima di un'aggressione è un innocente da tutelare. Anche quando, per il naturale e fondamentale istinto di autoconservazione, l'innocente cerca di difendersi. Ecco perché, in questa ottica, l'unica via percorribile è quella del recupero della tradizione giuridica occidentale, tradita dall'ideologia penale confluita nel codice Rocco. Ampliare (come pure è stato fatto) i confini della legittima difesa in un quadro giuridico che non appartiene alla cultura giusfilosofica di uno Stato liberale di diritto, appare più che una soluzione, una scorciatoia. L'auspicio è che si superi, nel campo della legittima difesa, il pregiudizio che porta, come nel caso dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, a equiparare l'espressione "diritto alla difesa" ad una cinematografica "licenza di uccidere". Il principio del diritto soggettivo connaturato alla natura umana, pur certamente oggetto di dibattito, merita un diverso rispetto.

⁽⁵⁹⁾ S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, cit., p. 114 s. Se, da una parte, per Sergio Cotta, la tutela dell'innocente è dunque un imperativo universale la cui "verità" è giustificata dalla "coesistenza", dall'altra il Nostro non trascura il fatto che detto enunciato teorico («il rispetto dell'innocente è necessario all'esserci della *coesistenza* umana») può, in concreto, essere messo in dubbio «dato che assai diverso è il significato esistenziale conferito al termine 'innocenza' nelle diverse culture o situazioni» (p. 115). Così, anche nella legittima difesa, a parere di chi scrive, se è vero che occorrerebbe universalmente ribadire il diritto naturale alla difesa, ciò non significa che, in concreto, ogni situazione debba essere certamente analizzata affinché un diritto naturale innato non sfoci mai nell'abuso consapevole.

