

DIRITTO ALLA VITA E AUTOTUTELA PRIVATA DI BENI PATRIMONIALI: IL PROBLEMATICO CONFRONTO CON L'ART.2 CEDU (*)

di Alberto Gargani

(Professore ordinario di diritto penale, Università di Pisa)

SOMMARIO: 1. Riforma della legittima difesa: criticità. - 2. Il diritto alla vita tra Costituzione e CEDU. - 3. La compatibilità della c.d. legittima difesa "allargata" rispetto alla disciplina convenzionale. 3.1. La tesi dell'applicabilità dell'art. 2 CEDU ai rapporti intersoggettivi privati. 3.2. La tesi che limita l'operatività dell'art. 2 CEDU alle sole condotte degli agenti pubblici. 3.3. La problematicità di entrambe le soluzioni. - 4. Diritto all'autodifesa e diritti umani nel prisma del diritto internazionale. 4.1. La controversa legittimità delle azioni omicidarie volte a neutralizzare attentati alla proprietà. - 5. Considerazioni conclusive.

1. In uno scritto del 2009 su Costituzione e scriminanti, Francesco Palazzo – cui sono dedicate queste brevi osservazioni – sottolinea la necessità di una nuova attenzione ai profili di compatibilità costituzionale delle cause di giustificazione, avuto riguardo, in particolare, ai riflessi negativi sull'area di tutela garantita ai diritti fondamentali¹.

Si tratta di un profilo di indubbia complessità, meritevole di essere approfondito alla luce del processo di revisione che investe da tempo la disciplina di talune delle più significative cause di giustificazione, in direzione dell'ampliamento dell'area della non punibilità².

Le istanze dottrinali di contenimento e di delimitazione dell'ambito della giustificazione assumono una particolare attualità e rilevanza in rapporto ai reiterati tentativi di allargare i confini della legittima difesa, nel contesto di una funzione – per così dire – "diffusa" di difesa sociale, incentrata sull'idea della delega al privato di compiti di mantenimento della "sicurezza".

L'attuale dibattito in tema di legittima difesa appare, da un lato, affetto da precomprensioni e ideologismi, dall'altro, da indebite semplificazioni e 'strabismi': il

(*) Il testo riproduce la comunicazione contenuta nel volume collettaneo "La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà", Atti del convegno per Francesco Palazzo (Pisa, 12 ottobre 2018), in corso di pubblicazione presso Giappichelli editore.

¹ V. F. Palazzo, *Costituzione e scriminanti*, in *RIDPP* 2009, 1033 ss.

² Sulla crescente domanda di giustificazione, v. F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino 2018, 23 ss.

dato dominante è un'istanza di 'flessibilizzazione' della declinazione legislativa, giudiziale e, persino, dogmatica, della causa di giustificazione e dei profili di colpevolezza correlati all'errore o all'eccesso.

A fronte dell'irrigidimento disciplinare e del "livellamento" dei paradigmi conflittuali sottesi all'originaria formulazione di cui all'art. 52 Cp, nel 2006 si è cercato di limitare la discrezionalità giudiziale in sede di valutazione della proporzione della reazione difensiva e di gestione delle 'zone d'ombra' di cui agli artt. 55 e 59 co.4 Cp attraverso la previsione di una farraginoso fattispecie di c.d. legittima difesa domiciliare (art. 52 co.2 e 3 Cp), destinata a fronteggiare la crisi del modello monistico di legittima difesa: un tentativo vanificato dal sostanziale riduttivismo (se non boicottaggio) applicativo, che spiega il persistente anelito alla "settorializzazione" spazio-temporale della scriminante, avuto riguardo, in particolare, alla tutela del privato domicilio³.

Una simile esigenza è, da un lato, il riflesso della cangiante percezione sociale dei rapporti tra individuo e autorità, conseguente all'affermarsi di una logica securitaria e individualistica, implicante l'implicita e generosa delega al privato cittadino di funzioni di contrasto della criminalità, per molti versi distonica rispetto alla visione giuspositivistica ed autoritaria dell'autotutela privata quale ipotesi strettamente sussidiaria rispetto alle potestà pubbliche di polizia; dall'altro, l'istanza di maggior elasticità applicativa è l'indice della larga insoddisfazione rispetto agli esiti applicativi in tema di autodifesa (si pensi, ad es., all'anomala finalità para-punitiva non di rado svolta nella prassi dall'eccesso nella scriminante) e dell'aspirazione utopistica a forme di presunzione di legittimità della difesa idonee a immunizzare *ab origine* colui che si sia autotutelato dal rischio di subire iniziative giudiziarie.

Le maggiori criticità riguardano, come è ben noto, la valutazione della proporzione nel caso di autotutela di beni patrimoniali: un requisito – innovativamente introdotto nell'art. 52 Cp proprio per controbilanciare l'estensione di tale causa di giustificazione all'ambito delle offese di natura patrimoniale – che risente del precario equilibrio tra visione statualistico-istituzionale e declinazione individualistico-privatistica che caratterizza lo stesso fondamento della scriminante (autotutela privata sussidiaria *versus* lotta contro l'illecito).

Le tensioni appena descritte si traducono, dunque, nella ricerca di forme disciplinari suscettibili di assicurare l'espansione applicativa della scriminante e, al contempo, la riduzione della discrezionalità e del rigorismo palesati dall'applicazione giudiziale, tradizionalmente tendente a minimizzare le differenze tra pubblica e

³ Sulla legittima difesa domiciliare, *ex multis*, v. D. Notaro, *La legittima difesa domiciliare: una scriminante 'sensibile' ad istanze scusanti?*, in Aa. Vv., *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di G.A. De Francesco ed E. Marzaduri, Torino 2016, 159 ss. e, da ultimo, F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 51 ss.

privata difesa, assumendo, ad es., che l'agredito si debba fare carico delle stesse esigenze di cautela ipoteticamente gravanti sugli agenti della forza pubblica nel caso in cui questi ultimi fossero chiamati a respingere l'aggressione di specie (dando luogo ad un'accentuata normativizzazione e standardizzazione del c.d. "difensore modello").

La relazione tra difesa pubblica e autodifesa privata costituisce, in effetti, non solo a livello interno, un profilo cruciale: l'interprete è chiamato, infatti, a valutare di volta in volta i tratti di omogeneità e di discontinuità che caratterizzano i due ambiti (si pensi, ad es., al delicato accertamento del carattere colposo dell'eccesso), evitando sia indebiti livellamenti e omologazioni, sia aprioristiche contrapposizioni.

Per lungo tempo, i margini di "flessibilizzazione" applicativa sono rimasti confinati all'interno della gestione giurisprudenziale delle disposizioni in tema di errore ed eccesso nella causa di giustificazione, con giudizi di rado controllabili e sovente pencolanti tra equità ed arbitrio.

Parallelamente alle proposte volte a introdurre presunzioni di proporzionalità⁴, sul piano dogmatico si registra la crescente propensione al superamento della valutazione meramente obbiettiva dei requisiti della scriminante e del bilanciamento di interessi, in direzione di una maggiore considerazione della percezione del pericolo da parte dell'agredito e, in genere, della 'subbiettivizzazione' delle componenti strutturali, in linea con consolidati indirizzi giurisprudenziali tendenti a fondare l'accertamento della legittima difesa su di un giudizio "ex ante", calato all'interno delle specifiche e peculiari circostanze del caso concreto, comprensivo dello stato di concitazione emotiva e di oggettivo timore sotteso all'atto di autotutela.

Ne consegue un'indebita commistione tra dati oggettivi e reali ed elementi soggettivi, che rende più difficile distinguere il piano della giustificazione da quello della "scusabilità": nel tentativo di ridurre l'area della punibilità, molteplici progetti di riforma hanno di recente finito con l'equiparare reazioni sproporzionate a una legittima difesa obbiettivamente accertata, sulla base di presunzioni di giustificazione acriticamente volte ad assecondare 'diffuse' istanze di certezza e di sicurezza, con evidenti cedimenti populistici.

A fronte di tali indebite sovrapposizioni, in dottrina è possibile registrare due ordini di rilievi critici.

Per un verso, si ribadisce l'opposizione nei confronti di soluzioni volte ad incidere sugli esiti del giudizio di proporzionalità della reazione difensiva, evidenziandone ora l'illegittimità costituzionale, ora l'incompatibilità rispetto alla disciplina sovranazionale e convenzionale. Per altro verso, i principali 'nodi' da cui prendere le mosse per orientare correttamente il processo di riforma sono individuati

⁴ Per una recente e lucida analisi critica, v. R. Bartoli, [Verso la "legittima offesa"? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa](#), in www.penalecontemporaneo.it, 1 ss.

nell'incontrollabilità della valutazione giudiziale in punto di errore e di eccesso e nell'insufficienza del generico e laconico riferimento ai connotati della colpa: se si vuole che il discrimine tra eccesso colpevole ed eccesso incolpevole assuma caratteri di maggiore riconoscibilità e determinatezza e che la valutazione della colpevolezza non sia fatalmente rimessa ad una penetrante quanto disorientante *processualizzazione*, non si può, in effetti, prescindere da nuove e puntuali regole di giudizio, in grado di soddisfare ineludibili esigenze di garanzia emergenti dal piano sociale (le stesse che alimentano le irragionevoli e strabiche soluzioni manipolative, cui si è fatto poc'anzi riferimento).

In questa sede, l'attenzione sarà rivolta, in particolare alle obiezioni che vengono comunemente rivolte nei confronti di progetti di riforma tendenti ad ampliare l'ambito di legittimazione dell'autotutela privata, avuto riguardo al problematico e cruciale caso in cui, al fine di difendere il patrimonio, sia cagionata la morte o sia lesa l'incolumità fisica del ladro che abbia violato l'altrui domicilio⁵. È, infatti, assai ricorrente l'affermazione secondo cui, in tal caso, eventuali presunzioni di proporzionalità della reazione difensiva si porrebbero in contrasto – oltre che con la Carta fondamentale – con specifiche disposizioni di fonte internazionale, poste a tutela del diritto alla vita e alla dignità dell'individuo.

2. In ambito interno, sul piano costituzionale, il diritto alla vita non è espressamente riconosciuto, ma, come è noto, viene fatto pacificamente discendere dalla clausola generale di cui all'art.2 della Carta fondamentale (oltre che dal divieto della pena di morte, di cui all'art. 27 co.4 della stessa Carta): in più occasioni la Consulta ha, in effetti, individuato nella vita il primo dei diritti involabili dell'uomo⁶. La tutela della vita umana viene, altresì, assicurata a livello di legislazione primaria attraverso un complesso eterogeneo di norme, tra le quali, in chiave preventiva e repressiva, assumono un ruolo primario le disposizioni di cui agli artt. 575 e ss. Cp.

Sul piano internazionale e sovranazionale, il diritto alla vita – proclamato, *in primis*, nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea generale dell'O.N.U. nel 1948 (art.3) – viene consacrato espressamente – sotto l'identica rubrica ("*Right to life*") – sia dall'art.2 CEDU, quale capostipite del catalogo

⁵ V. D. Siciliano, *Das Leben des fliehenden Diebes. Ein strafrechtliches Politikum*, in *Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien* 2002, *passim*.

⁶ V., ad es., C. cost. 10.2.1997, n.35, in *FI* 1997, I 653.

dei diritti fondamentali dell'essere umano⁷, sia dall'art.2 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., quale corollario e sostrato materiale della dignità umana⁸.

In rapporto all'oggetto della presente indagine, ha assunto, peraltro, particolare importanza la prima delle due disposizioni poc'anzi richiamate⁹, il cui co.1 prevede che «*everyone's right to life shall be protected by law*» e che «*no one shall be deprived of his life intentionally*»; l'eccezione a tale divieto, inerente alla pena di morte («*save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law*»), è superata sia dai Protocolli n.6 e 7 della CEDU, sia dallo stesso art.2 della Carta di Nizza, che hanno formalizzato l'abolizione della pena di morte.

L'art. 2 co. 2 CEDU precisa che la privazione della vita non deve essere considerata in contrasto con il divieto di cui al co.1, quando sia la conseguenza del ricorso alla forza resosi assolutamente necessario per proteggere una persona da una violenza illegittima, al fine di effettuare un arresto legale o di prevenire la fuga di una persona legittimamente detenuta o, di reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione («*deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary: (a) in defence of any person from unlawful violence; (b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained; (c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection*»)¹⁰.

Tenuto conto del fatto che le norme convenzionali, nell'interpretazione sviluppata dalla Corte di Strasburgo, fungono da “norme interposte”, ossia da referenti del giudizio di legittimità ex art.117 co.1 Cost. (in collegamento con la violazione di obblighi internazionali) e al contempo vincolano l'interprete alla ricerca di un'interpretazione conforme¹¹, si tratta di valutare l'influenza che l'art.2 CEDU è,

⁷ In tema, *ex multis*, v. S. Zirulia, *Art.2. Diritto alla vita*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino 2016, 39 ss.

⁸ Article 1 *Human dignity. Human dignity is inviolable. It must be respected and protected.* Article 2 *Right to life. 1. Everyone has the right to life. 2. No one shall be condemned to the death penalty, or executed*; sul punto, v. M.E. Gennusa, L. Violini, *Dignità umana e diritto alla vita*, in *Aa.Vv., I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. Gianniti, Bologna 2013, 449 ss.

⁹ Nel senso che senza l'art.2, a tutela del diritto alla vita, il godimento di qualunque altro diritto sarebbe illusorio, v. C EDU, 24.4.2002, *Pretty c. Regno Unito.*; sulla tutela “convenzionale” del “diritto alla vita”, v. A. Esposito, *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino 2008, 162 ss.;

¹⁰ Traduzione italiana: 2. *La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: (a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; (b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; (c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione”.*

¹¹ G.A. De Francesco, *Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 96.

effettivamente, in grado di esercitare – anche *de jure condendo* – sulla disciplina interna in materia di autotutela privata.

Quello della compatibilità tra art.2 CEDU e disciplina della legittima difesa è, come è noto, un profilo che è stato particolarmente approfondito nell'ambito della dottrina tedesca¹², divisa tra coloro i quali hanno sostenuto l'inapplicabilità *tout court* della norma convenzionale aldilà della sfera di attività dei pubblici poteri e coloro i quali, negando la fondatezza di tale assunto, hanno cercato di valorizzare il riferimento alla *intentional deprivation of one's life* per postulare la legittimità convenzionale della giustificazione di reazioni difensive omicidiarie poste in essere con dolo eventuale¹³. Il dato comune appare l'intento di ridimensionare o ridurre la distanza che intercorre tra la tutela del diritto alla vita e gli spazi di liceità che l'ordinamento tedesco sembra schiudere all'uccisione del ladro in legittima difesa, in difetto della previsione espressa del requisito di proporzionalità della reazione difensiva. Un aspetto quest'ultimo che accomuna la conformazione giuridica della *Notwehr* alla disciplina convenzionale (che, come è noto, non prevede la necessaria proporzionalità della reazione difensiva).

3. Parzialmente diversi sono gli sviluppi che sul punto si registrano in un ordinamento – come quello italiano – in cui la necessaria valutazione della proporzionalità della reazione difensiva ha rappresentato (per lungo tempo) un dato ineludibile e imprescindibile.

A partire, almeno, dalla riforma della legittima difesa operata nel 2006, ci si è interrogati sulla compatibilità con l'art. 2 CEDU sia dell'art. 52 co.2 e 3 Cp¹⁴, sia dei molteplici progetti di riforma in varia guisa volti ad allargare l'ambito di applicazione della scriminante in esame, attraverso la previsione di presunzioni di proporzionalità della reazione difensiva (oppure ad incidere sulla disciplina in tema di errore o di eccesso).

In sede di verifica di tale conciliabilità, è stato adottato un duplice orientamento ermeneutico.

3.1. Il primo, maggioritario, ritiene che – operando «direttamente il bilanciamento tra il diritto alla vita dell'aggressore e i contrapposti diritti dell'agredito nelle ipotesi

¹² In tema, v., ad es., P. Bockelmann, *Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main 1969, 468 ss,

¹³ V. C. Roxin, *Le 'limitazioni etico-sociali' del diritto di legittima difesa*, in Id., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli 1996, 274 ss.

¹⁴ V., ad es., F. Consorte, *La presunzione di proporzione in una prospettiva internazionale: spunti interpretativi*, in *CP 2006*, 2653 ss.; sui profili di incostituzionalità dell'art.52 Cp nel testo riformato dalla l.59/2006 per violazione delle disposizioni CEDU in tema di legittima difesa, v. M. Bonfiglio, *"Nuova" legittima difesa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *IP 2009*, 686 ss.

di legittima difesa» – l'art. 2 CEDU sancisca la «legittima soccombenza del primo nelle (sole) ipotesi in cui siano in gioco diritti personali dell'agredito» e, implicitamente, la (necessaria) prevalenza del diritto alla vita dell'aggressore in tutte le restanti ipotesi (compresa quella di aggressione al patrimonio)¹⁵. Da tale assetto di tutela del diritto fondamentale alla vita discenderebbe, dunque, l'illegittimità convenzionale e costituzionale (artt. 2 e 117 Cost.) di norme che dispongano la liceità dell'uccisione di chi si limiti ad attentare al patrimonio altrui, anche nel caso in cui il ladro sia sorpreso all'interno del domicilio del proprietario, non integrando ancora tale situazione gli estremi della «violenza illegittima» di cui all'art. 2 co. 2 lett. a) CEDU¹⁶. In base a questo indirizzo, sul piano delle modalità di difesa e, in particolare, in punto di proporzione, «limiti legati alla garanzia della vita sono posti dall'art.2 della Convenzione»¹⁷, con la conseguente limitazione della discrezionalità del legislatore e del giudice interno, vincolati alle sole eccezioni alla tutela del diritto alla vita tassativamente contemplate dal co.2 di predetta disposizione¹⁸.

La conclusione secondo cui il sacrificio del diritto alla vita sarebbe ammissibile in caso di difesa da una violenza illegittima, presuppone, dunque, che l'art.2 CEDU sia applicabile a tutti i casi di difesa, compresi quelli di autotutela privata: sul presupposto secondo cui l'oggetto della protezione non può dipendere dal soggetto che la offende, si ritiene che la «tutela della vita da offese ingiuste (e indesiderate) è, per antonomasia, universale; almeno con riferimento alle fonti del pericolo e ai soggetti attivi»¹⁹; la portata «generalissima» della disposizione in esame sarebbe confermata dal fatto che essa ricomprende «azioni non direttamente lesive per la vita, ma anche solo pericolose²⁰, tanto da concretizzarsi in un obbligo positivo di protezione²¹, tanto da generare dubbi addirittura sull'esistenza di un diritto opposto, quello di morire»²².

Si tratta di un orientamento che valorizza i c.d. obblighi convenzionali di tutela penale, ossia l'assunto secondo cui l'osservanza della Convenzione si traduce non soltanto in obblighi di tutela effettiva della vita (sotto il profilo sostanziale e procedurale), bensì anche in specifici «vincoli di penalizzazione per il legislatore domestico», suscettibili di assumere la forma ora dell'introduzione o estensione di

¹⁵ F. Viganò, *Spunti per un 'progetto alternativo' di riforma della legittima difesa*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano 2006, II, 2039.

¹⁶ F. Viganò, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, in *RIDPP* 2006, 215.

¹⁷ D. Pulitanò, *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, in *Diritto penale contemporaneo* 4/2017, 264.

¹⁸ V. F. Viganò, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *RIDPP* 2007, 42 ss. e, in particolare, 92 s.

¹⁹ F. Diamanti, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *RIDPP* 2016, 1369.

²⁰ C. EDU, 23.10.2012, Yotova c. Bulgaria.

²¹ C. EDU, 28.6.2016, Kiliç c. Turchia.

²² F. Diamanti, *Il diritto incerto, cit.*, 1369.

fattispecie incriminatrici, ora la delimitazione di talune cause di giustificazione²³. A quest'ultimo proposito, sulla scia della pronunzia n.394/2006 in tema di norme penali di favore, si è ipotizzato che la Corte Costituzionale italiana possa «intervenire a dichiarare l'illegittimità costituzionale di eventuali norme esimenti» che sottraggano alla sfera di punibilità «un sottoinsieme di fatti altrimenti riconducibili alla previsione generale di una norma incriminatrice contemporaneamente vigente», creando indebite «lacune nella repressione di condotte lesive di diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU», per le quali sia richiesta dalla Corte di Strasburgo un'idonea tutela di carattere (anche) penale²⁴. Se, da un lato, tra gli obblighi di adeguamento gravanti sul legislatore interno rientrerebbe anche quello di non estendere l'ambito di applicabilità delle scriminanti oltre le eccezioni al diritto alla vita stabilite dall'art.2 co. 2 CEDU, dall'altro, il giudice interno sarebbe tenuto ad una «interpretazione restrittiva e convenzionalmente orientata», in grado di porre la causa di giustificazione al riparo da possibili censure di illegittimità costituzionale²⁵.

3.2. Un secondo indirizzo, minoritario, ritiene, invece, che l'art. 2 CEDU riguardi esclusivamente l'azione dei pubblici poteri, con esclusione delle ipotesi attinenti alla legittima difesa esercitata dai privati cittadini. Tale tesi si fonda sull'idea secondo cui «pur aprendosi con un generico obbligo di protezione del diritto alla vita sul piano legislativo», l'art. 2 CEDU fondamentalmente porrebbe un obbligo negativo destinato agli Stati contraenti, ossia «l'obbligo in capo agli organi statali di astenersi da atti (in particolare nell'uso della forza pubblica) che possano causare intenzionalmente la morte delle persone soggette alla giurisdizione dello Stato»²⁶. Se le c.d. eccezioni di cui all'art. 2 co. 2 lett. b) e c) non possono che essere riferite «ad attività tipiche dell'Autorità di pubblica sicurezza (reprimere sommosse o insurrezioni, eseguire

²³ V. V. Manes, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i 'nuovi' vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in A.a. Vv., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes e V. Zagrebelsky, Milano 2011, 52 s.; sull'influenza 'riduttiva' della Convenzione sulla disciplina interna in tema di cause di giustificazione, sotto il profilo dell'erosione dei margini di applicazione di previsioni scriminanti nazionali, in caso di contrasto tra diritti (quello tutelato dalla legge e il diritto fondamentale previsto nella Convenzione), v. F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, op. cit., 403 ss., in riferimento alla c.d. *marital immunity* e al "reasonable chastiment".

²⁴ F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in A.a. Vv., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 290 s., secondo il quale "la dichiarazione di illegittimità costituzionale" avrebbe l'effetto di "far riespandere la disciplina generale dettata dalla già vigente norma incriminatrice".

²⁵ F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 292; nel medesimo senso, dello stesso autore, v. *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli 2011, 2678 ss.

²⁶ F. Bestagno, *Sub Art. 2*, in *Commentario breve alla C.e.d.u.*, diretto da S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova 2012, 36 s.

arresti, impedire evasioni)», altrettanto dovrebbe ritenersi per il disposto di cui alla lett. a) («per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale»), in quanto si tratterebbe sempre di «un'eccezione ad una regola che si rivolge solo agli Stati – e la logica impone che un'eccezione non possa avere destinatari diversi e più ampi della regola – quanto poiché la stessa eccezione non può che essere analoga a quelle contemplate alle altre lettere»²⁷.

La conclusione secondo cui la disposizione in esame si applicherebbe unicamente ai rapporti tra Stato/Autorità e cittadini sarebbe confermata sul piano della *voluntas legislatoris*, sul piano extra-sistematico (nessuno degli Atti internazionali, antecedenti e conseguenti, in tema di diritti umani si richiama all'autodifesa privata, riferendosi esclusivamente alle uccisioni intenzionali compiute dall'Autorità pubblica)²⁸, sia, infine, sul piano pratico-applicativo. Se si rivolge lo sguardo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ci si avvede facilmente del fatto che le sentenze pronunziate finora – ex art. 2 CEDU – riguardano esclusivamente fatti correlati all'azione dei pubblici poteri (attività di prevenzione/repressione della criminalità comune, organizzata e terroristica, e di tutela dell'ordine pubblico, svolte dalle forze dell'ordine)²⁹ e, in nessun caso, situazioni di autotutela privata³⁰.

3.3. A ben vedere, per ragioni diverse, nessuna delle due tesi, in sé considerata, assume carattere risolutivo.

Non la prima, nella misura in cui si confronta con la disciplina convenzionale, prescindendo dalla fondamentale funzione ermeneutica svolta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in accordo al modello di c.d. “interpretazione autonoma” delle disposizioni convenzionali alla quale la stessa informa il proprio operato³¹.

Se è vero che le sentenze della Corte di Strasburgo svolgono una fondamentale funzione di enunciazione *erga omnes* del contenuto attuale delle norme convenzionali in tema di diritti umani e che il giudice nazionale è tenuto a interpretare le leggi penali interne alla stregua delle norme CEDU, così come interpretate dalla Corte di

²⁷ V. V. Plantamura, *L'omicidio per legittima difesa (II parte)*, in AP 2015, 7.

²⁸ V. l'art. 3 della *Dichiarazione universale dei diritti umani* (1948) e il successivo art. 6 del c.d. *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (1966).

²⁹ V., ad es., C. EDU, Gr. Cam., 27.9.1995, Mc Cann ed altri c. Regno Unito; Id., Gr. Cam., 15.5.2007, Ramsahai ed altri c. Paesi Bassi; Id., 2.9.2010, Vlaevi c. Bulgaria; Id., 7.10.2010, Karandja c. Bulgaria; Id., 9.11.2010, Ölmez e altri c. Turchia; Id., Gr. Cam., 24.3.2011, Giuliani e Gaggio c. Italia; Id., 29.3.2011, Alikay c. Italia; Id., 12.3.2013, Aydan c. Turchia.

³⁰ V. Plantamura, *L'omicidio per legittima difesa*, cit., 8.

³¹ V., ad es., F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017, 1 s.

Strasburgo³², allora la tesi secondo cui – *rebus sic stantibus* – il giudice interno dovrebbe procedere all'interpretazione conforme della disciplina interna in tema di autotutela privata, si traduce nella riduzione del processo di adeguamento del diritto interno, che verrebbe riferito esclusivamente alle previsioni convenzionali in sé, a prescindere dal fondamentale passaggio ermeneutico-applicativo che qualifica il ruolo della Corte EDU.

Come viene sottolineato in dottrina, la Corte costituzionale e il giudice ordinario sono tenuti, infatti, a confrontarsi non già con il mero dato testuale delle disposizioni CEDU, bensì con la lettura che di quelle disposizioni ha fornito la Corte EDU alla cui giurisprudenza occorrerà fare riferimento per individuare il significato delle disposizioni convenzionali, secondo quanto affermato dalla C. cost nelle sentenze nn. 348 e 349/2007³³.

Leggendo l'art.2 CEDU in una prospettiva avulsa dal piano applicativo e proiettata assiologicamente all'affermazione della primazia della vita umana rispetto al patrimonio, si corre il rischio di un'interpretazione apodittica, non aderente alle conclusioni della Corte di Strasburgo. Se è vero che quest'ultima ha condannato in varie occasioni gli Stati membri in relazione all'eccessiva latitudine di talune scriminanti che rendano non punibili fatti lesivi della vita o dell'integrità fisica, in violazione degli artt.2 e 3 CEDU³⁴, è indubbio che le prese di posizione della Corte EDU abbiano finora riguardato esimenti correlate all'uso della forza pubblica (ad es., l'uso legittimo delle armi da parte delle forze dell'ordine)³⁵. Anche l'affermazione dell'obbligo – ex art.2 CEDU – a carico dell'autorità pubblica di garantire una protezione generale dei consociati avverso gli eventuali comportamenti criminosi di individui condannati per crimini violenti³⁶ solo in apparenza attiene ai rapporti intersoggettivi privati, trattandosi, invero, del rapporto trilaterale tra autorità pubblica, soggetto pericoloso e vittima potenziale.

L'estensibilità dei limiti convenzionali all'ambito delle relazioni tra privati viene argomentata sulla base di analoghe opzioni ermeneutiche fatte proprie dalla Corte, ma che, a ben vedere, hanno, ad oggetto le garanzie sottese ad una diversa disposizione, ossia l'art.3 CEDU (in rapporto ad una causa di giustificazione prevista

³² Come osservato in dottrina, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo viene ad assumere essa stessa il rango di fonte del diritto (v., ad es., G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna 2014, 78).

³³ Cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VI ed., aggiornata da E. Dolcini e G.L. Gatta, Milano 2017, 59.

³⁴ Cfr. F. Viganò, *Il diritto penale sostanziale*, in *Speciale Europa e Giustizia penale*, in *DPP* 2011, 30 s.

³⁵ V., ad es., C. EDU, 20.12.2004, Makaratzis c. Grecia; Id., Gran Camera, 6.6.2005, Nachova c. Bulgaria.

³⁶ Cfr. ad es., C. EDU, P. e A. Edwards c. Regno Unito, 14.3.2002; Id., 15.1.2009, B. Tomasic c. Croazia; Id., 9.6.2009, Opuz c. Turchia.

nell'ordinamento inglese in tema di *jus corrigendi*, dai confini così ampi da integrare la fattispecie di trattamenti inumani o degradanti)³⁷.

Passando al secondo orientamento, si può osservare che se ci si limita a costatare l'attuale difetto di applicazione dell'art.2 CEDU all'ambito delle relazioni intersoggettive private, si rischia di perdere di vista le indubbe potenzialità evolutive ed euristiche connesse ai possibili sviluppi ermeneutici in tema di obblighi positivi - gravanti sullo Stato - di protezione del diritto alla vita, suscettibili di veder esteso l'oggetto della funzione di contrasto alle misure legislative volte a dilatare eccessivamente (o, comunque, arbitrariamente) la sfera di legittimità della reazione difensiva in caso di aggressione a beni patrimoniali.

4. Ai fini della corretta impostazione del problema, appare opportuno considerare da una diversa angolazione le indicazioni emergenti da entrambi gli orientamenti sinteticamente illustrati. In un'ottica maggiormente aderente alle dinamiche ermeneutiche del diritto internazionale, è possibile sia registrare le criticità e le incertezze attualmente sottese al tema in esame, sia valutare meglio le linee di tendenza e le prospettive evolutive del delicato rapporto tra diritto all'autotutela privata e salvaguardia del diritto alla vita.

L'aspetto da cui prendere le mosse - e che imprime alla questione in esame una peculiare (e notevole) problematicità di fondo - è dato dalla tensione, ravvisabile sul piano dello *jus* internazionale, tra diritto all'*autodifesa*, quale principio di carattere generale, riconosciuto in tutti gli ordinamenti giuridici nazionali (e di cui occorre tenere conto nell'interpretazione delle norme di diritto internazionale), e *diritti umani*, quali limiti eteronomi alla discrezionalità degli Stati in ordine alla latitudine del diritto di autodifesa tra privati. Al dovere di riconoscere e rendere effettivo il diritto all'autotutela privata corrisponde, infatti, l'obbligo di regolare e circoscrivere in modo ragionevole i confini di tale diritto, al fine di evitare eccessi o abusi in violazione dei diritti umani fondamentali, e, *in primis*, del diritto alla vita che, in base a plurime Convenzioni internazionali (oltre a quelle già richiamate in precedenza, la Convenzione americana dei diritti dell'uomo e la Carta araba dei diritti umani), deve essere protetto "by law" ed è pregiudicato ogni qual volta i privati pongano in essere un'autodifesa omicidiaria³⁸. Dunque, l'obbligo di disciplinare e delimitare la legittima difesa in ambito privato trova fondamento proprio nel diritto alla vita: gli Stati sono tenuti ad evitare che il riconoscimento del diritto all'autodifesa assuma una tale

³⁷ F. Viganò, *Spunti per un 'progetto alternativo' di riforma*, cit., 2040, nt. 72.

³⁸ Cfr. J. A. Hessbruegge, *Human Rights and Personal Self-Defense in International Law*, Oxford 2017, 242.

latitudine da ridurre irragionevolmente (e correlativamente) lo standard di tutela di tale diritto fondamentale.

In questa direzione, si tratta, allora, di capire se gli standard di tutela dei diritti umani inerenti all'uso della forza da parte degli agenti pubblici possano (*mutatis mutandis*) essere estesi anche all'ambito della autodifesa privata o se, al contrario, l'ordinamento internazionale degli "human rights" garantisca agli Stati un'ampia discrezionalità in ordine alla disciplina interna della legittima difesa. A tal riguardo, è stata opportunamente sottolineata la necessità di distinguere preliminarmente tra standard di tutela specificamente ritagliati sugli agenti della forza pubblica (si pensi, ad es., alla necessità che quest'ultimi siano dotati di equipaggiamento non letale, così da minimizzare l'uso della forza difensiva) e standard di tutela di carattere generale³⁹.

4.1. Nell'ordinamento internazionale dei diritti umani si registra una crescente sensibilità nei confronti dell'istanza di delimitazione dell'autodifesa privata: in alcuni recenti Rapporti di Comitati e Organismi delle Nazioni Unite viene, infatti, sottolineata l'esigenza che gli Stati subordinino la liceità dell'autotutela al rispetto dei requisiti di necessità e proporzionalità⁴⁰.

Una delle tematiche direttamente correlata a tali criteri di valutazione è, senz'altro, quella delle restrizioni all'uso della forza letale in caso di difesa di beni patrimoniali.

Volgendo l'attenzione al contesto europeo, si deve rilevare il fatto che, pur non essendosi la Corte di Strasburgo ancora esplicitamente pronunciata in ordine alla liceità dell'uso della forza letale da parte di agenti pubblici a difesa dell'altrui proprietà, l'opinione nettamente dominante in dottrina giunge ad escludere la legittimità di azioni omicidarie volte a neutralizzare attentati all'altrui proprietà, sulla base dell'interpretazione letterale e logico-sistematica dell'art.2 della Convenzione.

Non è, invece, chiaro se, nell'ambito dell'ordinamento internazionale dei diritti umani, la medesima restrizione valga anche in riferimento all'autodifesa privata di beni patrimoniali. Si tratta di un profilo di particolare importanza se solo si considera il fatto che, per molti aspetti, la tutela internazionale dei diritti umani finisce per imporre limiti più ampi e penetranti all'autodifesa privata rispetto a quelli previsti per la difesa pubblica: basti pensare, ad es., al diverso regime inerente alla possibilità di fuga.

³⁹ J. A. Hessbruegge, *Human Rights and Personal Self-Defense*, cit., 244.

⁴⁰ Cfr. U.N. *Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, 2011 *Annual Report*, par. 61; Id., 2014 *Annual Report*, par. 72; *Human Rights Committee, Draft general comment No.36-Article 6: Right to life*, U.N. doc. 2015, par. 18.

In ambito europeo, alla mancata presa di posizione sul punto da parte della Corte di Strasburgo fa da problematico contraltare l'eterogeneità di impostazioni e di soluzioni che caratterizza gli ordinamenti giuridici nazionali.

Da un lato, in Germania, la Corte federale di giustizia (BGH) ha ritenuto ammissibile l'uso della forza letale da parte di privati in difesa di beni patrimoniali di valore significativo⁴¹, in consonanza con una parte della dottrina tedesca che - valorizzando l'interpretazione letterale dell'art. 2 CEDU (e, in particolare, il riferimento alla privazione *intenzionale* della vita, che viene *inflitta*) e il tenore del co. 2 lett. b) e c), pacificamente riferibile al solo uso della forza pubblica - ritiene che l'ipotesi di omicidio del ladro da parte del privato sia o estranea alla sfera di operatività di predetta disposizione o, comunque, *in toto* o in parte (ad es., se l'omicidio difensivo è compiuto con dolo eventuale), compatibile con la disciplina convenzionale. Si tratta di impostazioni debitorie, da un lato, della risalente tendenza tedesca ad attribuire al diritto di autotutela una valenza assoluta, fondata sull'idea della legittima difesa quale lotta contro l'illecito, come tale svincolata dal rispetto di limiti di proporzionalità, dall'altro, dell'iniziale resistenza opposta all'idea che la Convenzione in esame potesse comportare limitazioni all'autodifesa di beni patrimoniali, sul presupposto che tale disciplina producesse effetti esclusivamente sul piano delle relazioni interstatuali e non potesse interferire con l'ordinamento interno (con esclusione, dunque, delle posizioni individuali).

Dall'altro lato, la Corte suprema spagnola ha, invece, in più occasioni invocato l'art.2 co.2 lett. a) CEDU per circoscrivere alla difesa della persona da una violenza illegale la liceità dell'uso letale della forza, con la conseguente affermazione dell'illegittimità di esiti omicidiari correlati alla difesa di beni patrimoniali⁴².

A tale conclusione aderisce, altresì, la dottrina dominante che, repute formalistiche o non persuasive le argomentazioni addotte a sostegno del primo orientamento ermeneutico, sottolinea come la considerazione dell'oggetto e della finalità dell'art.2 co.2 lett. a) CEDU costituisca la conferma definitiva dell'estensibilità del divieto anche alla sfera privata, nel quadro di un'affermazione di valore - i beni patrimoniali non possono essere difesi a spese della vita umana - che subirebbe un gravissimo *vulnus* in termini di effettività e di credibilità se fosse - contraddittoriamente - circoscritta al solo rapporto tra autorità pubblica e cittadini⁴³.

Non sarebbe certo l'unico inconveniente: come è stato autorevolmente osservato, quest'ultima soluzione ermeneutica comporterebbe, infatti, il rischio di un'indiscriminata "privatizzazione" della difesa armata di beni patrimoniali (mediante,

⁴¹ V., ad es., *Bundesgerichtshof*, 12.2.2003, BGH 1 StR 403/32, BGHSt 48, 207.

⁴² V., ad es., Tribunal Supremo, 20.12.1986, n. STS 7246/1986; 19.4.1988, n.2792/1988; 11.4.1995, n. STS 2148/1995, tutte reperibili in www.poderjudicial.es/search/.

⁴³ Cfr. J. A. Hessbruegge, *Human Rights and Personal Self-Defense*, cit., 257.

ad es., il ricorso a società private di vigilanza), strumentale alla possibilità di beneficiare dell'immunizzazione da conseguenze penali, derivante dall'inapplicabilità della disciplina convenzionale a tutela della vita umana⁴⁴. Una ragione in più per estendere alle attività di polizia privata i medesimi standard di tutela dei diritti umani contemplati per l'ambito della forza pubblica.

5. Com'è possibile costatare, il rapporto tra diritto di autotutela privata di beni patrimoniali e diritto alla vita si inserisce in un quadro *in fieri*, complesso e non privo di contraddizioni ed incertezze. In attesa di una specifica presa di posizione della Corte di Strasburgo, la valutazione dei profili di compatibilità convenzionale di interventi legislativi volti a dilatare i confini della legittima difesa e a introdurre presunzioni di liceità di ogni livello di forza cui si ricorra avverso coloro i quali violino l'altrui domicilio con l'intento di sottrarre beni patrimoniali, rischia di risultare meramente teorica o fine a sé stessa.

La tesi secondo cui la Convenzione implicherebbe effetti espansivi dell'area del penalmente rilevante, in relazione a norme interne che dilatino eccessivamente i confini di liceità di condotte lesive del diritto alla vita, deve fare i conti con il silenzio finora serbato dalla Corte di Strasburgo in ordine all'estensibilità dell'art.2 CEDU all'ambito dell'autotutela privata di beni patrimoniali. A prescindere dalle criticità di carattere generale sottese ad un eventuale riconoscimento – da parte della Corte di Strasburgo – della contrarietà della disciplina di una data scriminante al principio di cui all'art. 2 CEDU⁴⁵, l'idea secondo cui sul versante dell'autotutela privata sarebbero configurabili obblighi positivi di tutela penale o di interpretazione conforme all'art. 2 CEDU si traduce, allo stato attuale, in una forzatura: se la giurisprudenza della Corte di Strasburgo deve essere ritenuta parte integrante della Convenzione, è su quest'ultima come interpretata dalla Corte, che possono essere fondati obblighi di interpretazione conforme ed eventuali effetti espansivi del penalmente rilevante. Fino a prova contraria, se obblighi convenzionali di tutela e di interpretazione restrittiva della norma scriminante in riferimento all'art.2 CEDU sono ipotizzabili nei limiti e in conformità dell'interpretazione data a tale disposizione dalla giurisprudenza di Strasburgo, si deve concludere nel senso dell'attuale infondatezza dei predetti effetti espansivi dell'area del penalmente rilevante.

⁴⁴ Cfr. C. Roxin, *Le "limitazioni etico-sociali"*, cit., 275 s.

⁴⁵ Nel senso che in tale ipotesi si verificherebbe un 'cortocircuito' con i principi fondamentali del nostro ordinamento e che, per evitare la violazione della competenza esclusiva del legislatore nazionale in ordine all'applicazione della sanzione penale ai propri cittadini dovrebbe trovare applicazione il paradigma dei c.d. contro-limiti, v. F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 404 ss.

Il “trapianto” nel nostro ordinamento di modelli di autotutela “allargata” o, addirittura, “illimitata” di matrice nordamericana – si pensi, ad es., all’emblematica c.d. “dottrina del castello” (“*a man’s home is his castle*”) oppure alla previsione dell’esonero *a priori* dalla *prosecution* del soggetto che si sia avvalso del diritto di autodifesa – produrrebbe risultati in evidente contraddizione con la disciplina convenzionale dei diritti umani, sul piano testuale. Fino a quando, però, la Corte di Strasburgo non si sarà pronunciata e avrà chiarito i molteplici profili di incertezza sinora evidenziati, l’attuale situazione favorirà, inevitabilmente, la tentazione di plasmare in senso populistico-securitario la disciplina dell’autotutela privata.

Il carattere, per certi aspetti, ancora “virtuale” e potenziale della violazione dell’art. 2 CEDU, produce, in definitiva, l’effetto di indebolire le difese immunitarie degli ordinamenti nazionali nei confronti delle derive “*law and order*”.

In attesa che il nesso virtuoso tra obblighi positivi di tutela della vita umana e disciplina della legittima difesa sia attivato in sede applicativa, non si dovrebbe trascurare il fatto che la tutela del “diritto alla vita” implica – a carico dell’ordinamento statale – il delicato bilanciamento tra l’obbligo di assicurare il diritto individuale all’autodifesa della vita e l’obbligo di protezione della vita. È in questo contesto che dovrà essere ulteriormente approfondito il significato “restrittivo” della disposizione convenzionale secondo cui l’omicidio non può essere scriminato se non per difendere interessi personali. In definitiva, ferma restando l’inviolabilità della vita umana, si tratta di verificare entro quali limiti, in sede di autotutela privata di beni patrimoniali, possa essere legittimata la forza contro i diritti fondamentali dei consociati⁴⁶.

Allo stato attuale, è, dunque, auspicabile che la Corte di Strasburgo possa presto avere l’occasione di avviare e sviluppare un’interpretazione evolutiva della disciplina di cui all’art. 2 CEDU, tale da superare la “parzialità” e “incompletezza” della portata sinora assunta da tale disposizione e rendere, così, possibile la protezione della vita umana contro forme di autodifesa privata che eccedano il limite di cui all’art. 2 co.2 lett. a) CEDU. In tal modo, si darebbe nuova linfa alla stessa tutela costituzionale del diritto alla vita: l’esplicita affermazione – da parte dei giudici di Strasburgo – della rilevanza dell’art.2 CEDU nell’ambito dei rapporti intersoggettivi privati ⁴⁷ assumerebbe, infatti, un significato politico, civile e culturale di alto profilo, destinato a trascendere l’ambito della legittima difesa e a conferire una nuova luce e intensità espressiva alla tutela della vita, nella più ampia cornice valoriale della protezione della dignità umana.

⁴⁶ Cfr. le osservazioni di R. Bartoli, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *RIDPP* 2010, 598.

⁴⁷ Sulla rilevanza della disposizione nell’ambito dei rapporti intersoggettivi privati, v. M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano 1969, 145 s.