

INTRODUZIONE

Il presente elaborato, quale dissertazione conclusiva del ciclo di studi in Giurisprudenza, ha lo scopo di approfondire l'istituto della legittima difesa secondo due ordini di prospettive: da un lato verrà dato risalto all'evoluzione giuridica della scriminante in prospettiva storica e normativa; dall'altro, all'interno della stessa, verranno approfonditi i singoli requisiti della legittima difesa secondo il punto di vista di ciascuno dei tre formanti (legislativo, dottrinale, giurisprudenziale), il tutto sotto la lente delle garanzie stabilite dalla Carta costituzionale e dal diritto sovranazionale, considerati come limiti invalicabili a tutela del diritto alla vita, della proprietà e dell'ordine sociale.

Nel corso del primo capitolo, dopo l'inquadramento dell'istituto e la definizione del suo ruolo all'interno dell'ordinamento italiano, si tratterà della legittima difesa cd. "classica", gettando quindi le basi per la trattazione e l'approfondimento delle successive leggi di riforma che su di essa poggiano inevitabilmente la propria struttura. Ancora nel capitolo di apertura, verrà dedicato spazio alle figure dell'eccesso colposo e della legittima difesa putativa, le quali, sulla base di autorevoli opinioni di seguito segnalate, possono trovare un ruolo nella soluzione di molte problematiche di fatto che ad oggi infiammano l'opinione pubblica e il dibattito giuridico.

Il secondo capitolo vedrà invece protagonista l'introduzione, per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano, della legittima difesa cd. "domiciliare"; dopo un rapido sguardo comparatistico alle soluzioni adottate nei principali ordinamenti di civil law, verranno approfondite le caratteristiche della scriminante "allargata", le differenze testuali e applicative dei suoi requisiti specifici con quelli della legittima difesa "classica", nonché l'orientamento della dottrina. A conclusione di ciò, sarà dedicato spazio anche all'analisi di un caso

specifico la cui soluzione ha illuminato la strada verso una possibile soluzione alternativa al problema della difesa legittima nel privato domicilio.

Il terzo e ultimo capitolo si propone di introdurre la recentissima riforma della legittima difesa domiciliare riflettendo, allo stesso tempo, sulle prime critiche sorte in relazione al dato testuale: il problema della compatibilità delle modifiche con i principi costituzionali e con la *ratio* stessa della legittima difesa, la quale, da strumento di auto-tutela per il privato cittadino, rischia di trasformarsi in uno strumento di “legittima offesa¹”.

Infine, nella parte conclusiva, verrà dedicato spazio per riassumere le principali questioni e le relative soluzioni individuate e/o prospettate, seppur in diversi punti, nel corso dell’intero elaborato al fine di fornirne una prospettiva d’insieme. Come già evidenziato all’inizio di questa introduzione, lo scopo del presente lavoro è quello di approfondire l’evoluzione della difesa legittima nell’ordinamento italiano da un punto di vista storico-normativo; dunque, ci si limiterà a fornire un panorama il più possibile chiaro, coerente e conciso delle problematiche giuridiche (e inevitabilmente quelle politiche ad esse sottese) affrontate nel corso della presente tesi e delle possibili soluzioni alternative a quelle fino ad oggi adottate in sede legislativa.

¹Si veda a cura di R. BARTOLI, *Verso la "legittima offesa"? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 gennaio 2019.

CAPITOLO 1

LA LEGITTIMA DIFESA “CLASSICA”

Sommario: 1. Inquadramento storico e normativo. – 2. L’art. 52 c.p. e i requisiti della legittima difesa. – 2.1 La necessità di difendere un diritto proprio o altrui. – 2.2 L’attualità del pericolo e l’anticipazione del momento utile per l’esercizio della scriminante. – 2.3 Il requisito della proporzione. – 3. L’eccesso colposo e la legittima difesa putativa (artt. 55 e 59, c.4 c.p.).

§1. Inquadramento storico e normativo

L’istituto della legittima difesa, come noto, appartiene alla categoria delle cause che escludono la pena (dette anche “cause di giustificazione” o “scriminanti”), presentandosi, in particolare, come quella più rilevante e storicamente più problematica e risalente al brocardo latino *vim vi repellere licet*, espresso nel Digesto giustiniano quale principio di diritto naturale².

Un approfondimento sulla *ratio* dell’istituto appare opportuno, come convincentemente assume la dottrina, al fine sia di inquadrare meglio i suoi requisiti sia per poter effettuare un’applicazione analogica della scriminante a tutte le fattispecie che, in prima battuta, espressamente non vi rientrano³.

In estrema sintesi e senza alcuna pretesa di esaustività⁴, si può avanzare l’opinione⁵ secondo cui il fondamento dell’istituto della difesa legittima si

² D. 43.16.1.27: “*Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur: apparet autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere*”.

³ A. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, Padova, 2003 p. 74 la quale a sua volta cita in virgolettato Fiandaca – Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 1989, p. 194.

⁴ A. SZEGÖ, *ibidem*, pp. 73 e ss., effettua un’indagine approfondita, che si cercherà di riassumere, alla ricerca della *ratio* della legittima difesa: l’A. espone chiaramente le difficoltà a ricondurre ad un ordine sistematico le varie teorie circa la giustificazione dell’istituto in esame. Queste, infatti, costituiscono una vera e propria “giungla” sia per il loro numero sia per la “scarsa precisione dei loro profili”.

⁵ Nell’indagine di Szegö segnalata, si individua una possibile “doppia natura” della legittima difesa:

a) una di tipo monistico, nella quale il soggetto aggredito è posto al centro dell’interesse nel rapporto con i pubblici poteri. A sua volta la concezione monistica può avere natura “individualista”, facendo leva sulla psiche dell’individuo e sul suo istinto di auto-conservazione, anche e non solo in una prospettiva pre-giuridica; oppure può avere natura “pubblicista” dunque porre l’accento sull’autorità pubblica e dunque sulla legittima difesa come metodo di risoluzione di contrasti “*siano essi reali*” tra un soggetto aggressore e un aggredito, siano invece “*astratti*,

nasconde all'interno di più concezioni circa la sua funzionalità: da una parte, consiste nel permettere ad un soggetto di rispettare quello che altro non è che un ancestrale ed irrinunciabile principio di auto-conservazione; dall'altra, quella di permettere al soggetto aggredito non solo di difendere, ma di *esercitare* un proprio diritto di fronte ad una ingiusta lesione dello stesso⁶.

In questo senso, si permetterebbe all'istituto di svolgere un ruolo di prevenzione speciale (dato dalla possibilità di auto-conservazione) tale che l'aggressore si aspetti presumibilmente di incontrare ostilità nella realizzazione del proprio disegno criminoso; inoltre, non sfuggirebbe a tale conclusione il ruolo della prevenzione generale, così che si dimostrerebbe alla generalità dei consociati i possibili rischi che si corrono nell'offendere ingiustamente un diritto altrui.

Se si vuol fare accenno all'inquadramento dogmatico della legittima difesa, accogliendo la concezione tripartita del reato, dove gli elementi costitutivi dello stesso sono ricondotti al fatto tipico, all'antigiuridicità e alla colpevolezza⁷, le scriminanti sono cause di esclusione dell'antigiuridicità, a differenza di quanto varrebbe se ci si adeguasse alla concezione bipartita, laddove le cause di giustificazione sarebbero elementi negativi del fatto che devono mancare affinché il reato (composto, appunto, da elementi oggettivi positivi ed elemento soggettivo) sussista⁸.

Secondo i sostenitori della teoria tripartita, le scriminanti sarebbero “*norme generali dell'intero ordinamento giuridico dotate di efficacia infrasistemica che rende legittimo il fatto in qualsiasi settore dell'ordinamento*”, mentre per i

che si instaurano cioè tra Diritto oggettivo e la sua negazione”.

b) un'altra, invece, di tipo pluralistico, che incarna in sé la funzione general-preventiva della pena e di tutela dell'individuo minacciato.

⁶ Ancora in occasione dell'analisi della recentissima riforma sulla legittima difesa, viene specificato da autorevole dottrina che la *ratio* stessa della scriminante in esame non può, nella sua prospettiva individualistica, consentire un illimitato diritto all'autotutela così da creare una sorta di totale immunità dal diritto penale; dall'altra, qualora si ritenga che il cittadino stia esercitando un “*potere reattivo*” su delega dell'autorità, risulterebbe del tutto irrazionale che tale conferimento risulti “*in bianco e senza limiti*”, atteso che la reazione del cittadino su delega dello Stato deve risultare proporzionata a quella che verrebbe operata dagli stessi pubblici poteri.

⁷ C.F. GROSSO, M. PELLISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2017, p. 175.

⁸ *Ibidem*, pag. 174

sostenitori della teoria bipartita le scriminanti costituiscono “*elementi negativi del fatto in quanto l’antigiuridicità non è da questi considerata una categoria autonoma ma integra l’essenza stessa del reato*”⁹.

Ciò posto per dovere di esaustività sulla natura delle cause di giustificazione e dunque anche dell’istituto della legittima difesa, viene rilevato¹⁰ come nella prassi applicativa e nel diritto vivente venga concesso ben poco spazio alla costruzione dogmatica del reato e, di conseguenza, alla reale collocazione delle scriminanti all’interno dello stesso. Risulta invece fondamentale non confondere le scriminanti dalle mere cause di non punibilità essendo queste ultime “*situazioni nelle quali il legislatore stabilisce la non punibilità di un soggetto per semplici ragioni di opportunità*”¹¹, a differenza delle cause di giustificazione che invece si fondano sostanzialmente sul bilanciamento di contrapposti interessi giuridici.

Nel nostro ordinamento, la legittima difesa risale all’art. 49, comma 2, del codice penale per il Regno d’Italia del 1889 (codice Zanardelli) il quale prevedeva che non fosse punibile colui che ha commesso il fatto “*per esservi stato costretto dalla necessità di respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta*”; tale formulazione risulta indubbiamente interessante sia per meglio comprendere l’evoluzione della legittima difesa sia per apprezzare appieno le caratteristiche essenziali della stessa come concepita nell’attuale codice penale.

Nella versione del codice Zanardelli, come si evince dal dato testuale, non è presente alcun riferimento alla proporzionalità tra difesa e offesa: i requisiti per

⁹ *Ibidem*, pag. 176

¹⁰ Per un approfondimento di questo aspetto: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, Milano, 2014, pp. 192-193. Ad avviso degli Autori, l’atteggiamento del formante giurisprudenziale è di tradizionale esclusione delle scriminanti dalla struttura del reato. Ciò consentirebbe di evitare che anche solo un eventuale dubbio sull’esistenza di una causa di giustificazione non consenta al reato di perfezionarsi in tutti i suoi elementi, facilitando eccessivamente le sentenze assolutorie; qualora, invece, le scriminanti fossero considerate “*cause esterne*” alla struttura del reato, l’indagine sulla loro esistenza dovrebbe essere condotta alla stregua di quella per qualsiasi altro elemento integrante il fatto di reato. Questo “*espedito concettuale*”, ad avviso degli autori, perde tuttavia di significato nel momento in cui operi il disposto dell’art. 530, comma 3, c.p.p. il quale testualmente dispone “*Se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull’esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del comma 1*”.

¹¹ *Ibidem*, pag. 281

l'esercizio della scriminante erano costituiti, infatti, dalla necessità di respingere una violenza con le caratteristiche dell'attualità e dell'ingiustizia. Dalla formulazione della norma, dunque, si può notare come la legittima difesa, nella vigenza del codice Zanardelli, “operasse entro un margine più ristretto di quello attuale”¹²: il margine applicativo della norma risultava infatti più circoscritto, non essendo sufficiente il pericolo di un'offesa¹³ ma richiedendosi che fosse in atto l'offesa stessa; inoltre, la scriminante in questione non era espressamente invocabile per la difesa di ogni diritto patrimoniale, al contrario di quanto previsto oggi *ex art. 52 c.p.* laddove vien fatto riferimento alla necessità di difendere un diritto proprio o altrui (dunque anche un diritto di natura patrimoniale).¹⁴

È con il codice Rocco del 1930 che verranno rivedute le scelte espresse dal codice precedente¹⁵. Con il primo comma dell'art. 52 c.p. verrà poi allargato il margine applicativo della scriminante prevedendo la possibilità, da un lato, di difendere un diritto proprio o altrui – permettendo al soggetto di invocare la scriminante, dunque, anche per tutelare un diritto patrimoniale¹⁶ – dall'altro, di reagire non più ad un'offesa attuale e ingiusta, bensì dal pericolo (purché attuale) della stessa; è infine introdotto testualmente il requisito della proporzione tra difesa e offesa (i.e. tra il bene aggredito e quello pregiudicato dalla reazione).

§2. L'art. 52 c.p. e i requisiti della legittima difesa “classica”

L'odierno primo comma dell'art. 52 del codice penale stabilisce: “*non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di*

¹² A. DI TULLIO D'ELISIIS, *La nuova legittima difesa*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 32

¹³ Si veda in tal senso il paragrafo 2.2 del capitolo 1.

¹⁴ Il codice Zanardelli, tuttavia, non era del tutto sprovvisto di una forma di tutela dei beni patrimoniali a fronte di un'offesa ingiusta: l'art. 376 disponeva, al primo comma, che non era punibile chi avesse commesso fatti integranti l'omicidio e la lesione personale per esservi stato costretto dalla necessità di difendere i propri beni contro gli autori di reati quali saccheggio, rapina, estorsione o ricatto.

¹⁵ Si veda il paragrafo 2.

¹⁶ Si veda A. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 67. Viene innanzitutto eliminata l'ipotesi speciale di non punibilità di cui all'art. 376 con la conseguenza che la scriminante risulta adesso estesa ad ogni bene, dunque anche strettamente patrimoniale. Secondo l'Autrice, in tal modo “*si consuma l'ultimo atto di una progressiva spersonalizzazione che porterà ad un'unica fattispecie, generale ed astratta, dalla quale è stato ormai rimosso ogni ricordo delle forme tipiche del conflitto originario*”.

difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa".

Lasciando ai paragrafi successivi la disamina del contenuto dei singoli requisiti della scriminante, possiamo notare, in linea generale, come sia ormai pacifico in giurisprudenza che l'esercizio della scriminante sia ormai concesso nei confronti di tutti i diritti, personali e patrimoniali; inoltre, i requisiti essenziali affinché la scriminante sia integrata sono costituiti da una reazione legittima ad un'ingiusta aggressione, cosicché mentre la prima deve riguardare la necessità di difendersi, l'inevitabilità del pericolo e la proporzione tra difesa e offesa, la seconda deve concretarsi in un pericolo attuale di un'offesa che se non tempestivamente neutralizzata sfocia nella lesione di un diritto¹⁷.

La legittima difesa, in accordo con la giurisprudenza costante della Corte di Cassazione,¹⁸ rappresenta la tutela di un bene ingiustamente aggredito e risponde ad un'esigenza naturale. Come autorevolmente spiega l'Antolisei, la reazione è autorizzata dall'ordinamento giuridico perché l'interesse protetto *"ha per la comunità un valore superiore a quello dell'aggressore"* derivandone dunque la *"mancanza nel fatto di quel danno sociale che giustifica l'intervento dello Stato con la sanzione punitiva"*¹⁹. In tale formulazione riecheggia chiaramente il principio di diritto menzionato all'inizio del presente paragrafo (*vim vi repellere licet*)²⁰. Ed è proprio con l'antico brocardo che si intende concludere per evidenziarne il ruolo di *ratio*, giustificativa dell'intero istituto.

2.1 La necessità di difendere un diritto proprio o altrui

Come anticipato, la difesa deve essere necessaria: tale requisito implica che sia impossibile sottrarsi al pericolo senza commettere un fatto di reato nei confronti del soggetto aggressore. La necessità della reazione, secondo questo

¹⁷ Cass. pen., sez. I, 13 aprile 1984, in *Giust. Pen.*, 1984, II, 713. Viene altresì specificato che gli ultimi requisiti citati, peraltro, devono essere accertati nell'ordine indicato nel senso che la mancanza dell'antecedente rende superflua la verifica del successivo.

¹⁸ Cass. pen., sez. I, 27 maggio 2010, n. 23221 e Cass. pen., sez. I 8 marzo 2007, n. 16677 in *CED Cass. pen.*: tali sentenze individuano la *ratio* nella *"prevalenza accordata dallo Stato all'interesse del soggetto ingiustamente aggredito rispetto a quello del soggetto che si è volontariamente posto contro la legge [...]"*.

¹⁹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2010, p. 293.

²⁰ Si veda pag. 3.

ordine di idee, si presta ad essere un elemento fondamentale nel concetto stesso di “difesa”: agli occhi dell’ordinamento, non esiste reazione difensiva qualora questa non si presenti, “*nelle circostanze della vicenda, apprezzata ex ante, non sostituibile con altra meno dannosa, egualmente idonea alla tutela del diritto*”²¹.

La portata perentoria del requisito della necessità, insieme con l’obbligata assenza di un *commodus discessus* (ossia di una “comoda ritirata”), porta con sé una importante conseguenza concernente la questione della fuga, presente in numerosi manuali di diritto penale²²: qualora sia possibile sottrarsi al pericolo, non è giustificata la ricerca dello scontro con l’aggressore.

L’idea che la fuga costituisca un atto di viltà, lesivo dell’onore di una persona, è ormai abbandonata²³; cionondimeno, si deve ritenere che il discessus non debba a sua volta costituire un pericolo in base alle circostanze del caso specifico (ad es. la fuga porterebbe il soggetto aggredito a voltare le spalle al proprio aggressore in possesso di un’arma da fuoco oppure implicherebbe esporsi al rischio di lesioni)²⁴. La giurisprudenza di legittimità ha precisato con sentenza che la scelta di un *commodus discessus* non debba essere vincolante al punto da diventare una scelta obbligata anche se preventiva alla manifestazione concreta, consistente, del pericolo²⁵. Alla luce di tutte queste considerazioni,

²¹ Cass. pen., sez. V, 24 giugno 2008 n. 25653 in CED Cass. pen. 2008, Cass. pen. 2009, 6, 2451, nella massima, la fattispecie è così riassunta: “*In applicazione di tale principio la S.C. ha censurato la decisione con cui il giudice di appello ha ritenuto insussistente detto requisito nei confronti di un soggetto - ricacciato nella propria abitazione dal suo dirimpettaio e ivi colpito insieme alla figlia con un bastone - senza spiegare adeguatamente in che modo la dinamica degli eventi e la loro progressione concreta consentissero o meno all'imputato - che a quel punto dell'aggressione si era procurato un coltello da pesca, con il quale aveva ferito il vicino di casa - di porre in essere senza pericolo per sé e per la figlia, una iniziativa qualificabile come “commodus discessus”.*”

²² C.F. GROSSO, M. PELLISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., pp. 300-301.

²³ La stessa giurisprudenza immediatamente successiva all’entrata in vigore del codice Rocco sosteneva, in un’ottica di bilanciamento dei “valori” in gioco, che la fuga dovesse essere un’opzione obbligatoria solamente quando non avrebbe comportato un giudizio di viltà agli occhi dei consociati.

²⁴ Si veda nota 16.

²⁵ Secondo Cass. pen. sez. I, 7 luglio 1992 in Cass. pen., 1994, 1519 non deve essere richiesto “*un commodus discessus preventivo, da attuare prima che il pericolo assuma una qualche consistenza; invero un’aggressione ancora ipotetica, che si ha il semplice timore di dover subire, non realizza, prima dell’imminenza del suo sorgere, un’alternativa nella quale possa identificarsi un altrimenti evitabile modo di ovviare ad un pericolo che, appunto, ancora non*”

dunque, sembra opportuno affermare che occorre effettuare caso per caso un bilanciamento degli interessi in gioco, ritenendo la fuga non obbligata quando questa causerebbe a sé o ad altri un danno uguale o superiore rispetto a quello che cagionerebbe all'aggressore.

Allo stesso modo, la giurisprudenza è concorde nel ritenere caducato il requisito della necessità laddove il soggetto aggredito abbia volontariamente causato il pericolo, con conseguente non invocabilità della scriminante. La Corte di Cassazione ritiene infatti che se colui che reagisce ad un'ingiusta aggressione abbia determinato volontariamente la causa che lo ha messo in condizione di pericolo, allora la spinta alla difesa "proviene dal fatto proprio e non dalla necessità"²⁶. Deve però rimanere fermo, secondo i giudici di legittimità, che tale ipotesi non si verifichi quando "ci si limiti semplicemente ad esporsi a possibili (ma non assolutamente certe) iniziative aggressive altrui (come ad es. attraversare un quartiere a rischio in ora notturna), senza essere a propria volta animati da alcun intento aggressivo"²⁷.

La difesa deve essere orientata alla tutela di un "diritto proprio o altrui". Come già abbiamo avuto modo di notare²⁸, rispetto al previgente codice Zanardelli viene operata fin da subito una scelta di più ampio respiro: dati il tenore letterale e la ratio stessa della scriminante, non c'è ragione di dubitare che il diritto minacciato possa essere di natura patrimoniale. Secondo la dottrina, poi, la norma può ricomprendere situazioni giuridiche soggettive diverse dal diritto così come interessi legittimi²⁹.

2.2 L'attualità del pericolo e l'anticipazione del momento utile per l'esercizio della scriminante

Il concetto stesso di "difesa" presuppone la necessità di reagire ad un'azione violenta o minacciosa: il requisito dell'attualità del pericolo rappresenta in questo senso un pilastro fondamentale dell'intera scriminante. Da una parte,

sussiste e che potrebbe anche non manifestarsi".

²⁶ Cass. pen. sez. V, 8 ottobre 1992, in *Giust. pen.* 1993, II, 500.

²⁷ Cass. pen. sez. V, 7 giugno 2007, n. 27008.

²⁸ Si veda paragrafo 1.

²⁹ C.F. GROSSO, M. PELLISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit.

infatti, l'ordinamento non può concedere ai privati la possibilità di commettere un fatto di reato avverso un pericolo ormai non più sussistente (perché ad es. cessato in tempo) oppure semplicemente mai concretizzato; come è facile intuire, verrebbe in un sol colpo scalzata l'intera operatività della legittima difesa per aprire le porte alla giustizia privata ed ottenere un effetto diametralmente opposto al bilanciamento degli interessi in gioco. Un problema simile, invece, si manifesterebbe laddove l'autorizzazione alla commissione di un reato fosse prevista per un pericolo ancora troppo lontano: autorizzando una difesa preventiva si rischierebbe di allargare le maglie del requisito della necessità, svuotandola di significato. E infatti la stessa giurisprudenza ha affermato che il pericolo inteso come attuale consente di distinguere la legittima difesa sia dalla vendetta privata sia dalla mera difesa preventiva “sicché con la locuzione ‘pericolo attuale’ si deve intendere un pericolo ‘presente’, ‘in atto’, ‘in corso’, ‘incombente’, con esclusione, cioè, del pericolo già esauritosi e di quello ancora futuro”.³⁰

La scelta di permettere l'autodifesa dal “pericolo” (anche se attuale) di una offesa ingiusta, poi, pare esprimere l'intenzione del legislatore di fugare ogni dubbio in ordine all'opportunità per il soggetto minacciato di anticipare il momento utile per l'esercizio della difesa legittima; non si rende necessario dunque attendere che l'offesa sia in atto essendo sufficiente la sua incombenza. Dal confronto fra la formulazione del codice Rocco – che si riferisce ad una situazione di un pericolo attuale di una offesa – e quella adottata dal codice Zanardelli – nel quale si parlava di respingere una violenza attuale – emergerebbe la maggiore ampiezza della nuova previsione, essendo stato anticipato il momento utile per l'esercizio della difesa legittima: non è necessario, infatti, che sia in atto l'offesa, ma solo il pericolo dell'offesa. “Pare”, appunto, poiché secondo alcuni autori l'innovazione del codice Rocco sarebbe “più apparente che reale”³¹: viene fatto notare che, da una parte, la dottrina

³⁰ Cass. pen. sez. I, 19 gennaio 1984, n. 2771 (rv 163332).

³¹ Cit. da A. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 348. L'A., infatti, premette a queste osservazioni che il singolo requisito dell'“attualità” sia apparentemente caratterizzato da una maggiore stabilità rispetto al requisito della proporzione. “Ciò dipende, in parte,” – spiega – “dal fatto che il suo significato si evince direttamente dalla realtà fattuale [...]”, mentre la proporzione sarebbe ricavabile in seguito alla risoluzione di “un'equazione con termini variabili

risalente allo Zanardelli era pacifica nell'attribuire ampio respiro al concetto di "violenza" cosicché vi rientrassero anche situazioni di mero pericolo; inoltre, il concetto di legittima difesa stabilito nel comma 2 dell'art. 49 del previgente codice comprendeva le aggressioni ai soli beni personali e ciò giustificerebbe il ricorso letterale al termine "violenza"³².

2.3 Il requisito della proporzione

Uno dei requisiti più controversi nella storia della legittima difesa nel nostro ordinamento è sicuramente quello della proporzione. Esso costituisce "*un limite di tollerabilità etico-sociale che comporta una costo etico-sociale*"³³. In particolare, la proporzionalità come limite si presta alla difficoltà di individuarne l'effettivo ambito di operatività; nella storia giurisprudenziale non sono sporadici, infatti, i casi in cui il comando, generale ed astratto, che impone al soggetto minacciato l'obbligo di moderare la sua reazione in ragione del bene giuridico minacciato e del danno procurabile all'aggressore, si scontra ineluttabilmente con un panorama eterogeneo di situazioni particolari e delicate, caratterizzate oltretutto da imprevedibili evoluzioni dinamiche. Queste e altre problematiche verranno meglio approfondite nei due capitoli successivi, quando si fornirà una panoramica delle evoluzioni legislative che principalmente sul requisito della proporzione hanno cercato di costruire delle risposte soddisfacenti.

Per quel che qui interessa, da un punto di vista della disciplina generale, il requisito della proporzione concerne innanzitutto i mezzi a disposizione dell'agente aggredito e quelli effettivamente adoperati: si rileva infatti che la legittima difesa possa essere riconosciuta a colui che, reagendo, provochi un danno maggiore rispetto a quello messo in pericolo dall'aggressore, purché gli strumenti impiegati per impedire l'azione offensiva fossero gli unici a lui

e talvolta indifferenti alle stesse indicazioni legislative". L'attualità della violenza, perché possa effettivamente parlarsi di difesa, dunque, presupporrebbe non solo una aggressione in atto, ma anche imminente.

³² *Ibidem*.

³³ Cit. da D. PULITANÒ, *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 2017, p. 264. In particolare, l'Autore specifica che il limite che viene introdotto attraverso il requisito della proporzione riduce di fatto, inevitabilmente, il ventaglio di possibilità di operare una difesa legittima.

disponibili in quel momento³⁴. Tuttavia, intervengono forti obiezioni alla “pura” teoria dei mezzi nella proporzione tra difesa e offesa: spicca fra tutte, quella che pone l’accento su una scala assiologica di valori, espressi sia nella Costituzione che nella Convenzione Europea dei diritti dell’uomo che, all’art. 2, esclude la violazione del diritto alla vita solo qualora questa si sia resa assolutamente necessaria “*per garantire la difesa di ogni persona contro una violenza illegale*”³⁵.

Non si può dunque trascurare il rapporto tra il bene aggredito e quello pregiudicato dalla reazione difensiva, cosicché è pacifico che non integri la fattispecie di omicidio la condotta di chi, minacciato da una condotta aggressiva potenzialmente letale, reagisce uccidendo il proprio aggressore. Coerentemente, dunque, si può affermare che non sia invocabile la scriminante ex art. 52 c.p. qualora si cagioni danno ad un bene assiologicamente sovraordinato a quello

³⁴ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, cit.

³⁵ In relazione a questa specifica problematica risulta di sicuro interesse il contributo di A. GARGANI in *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l’art.2 CEDU*, in *Legislazione Penale Web*, 14 febbraio 2019, con il quale si illustrano le principali criticità emergenti dal raffronto dell’art. 2 CEDU con la disciplina dell’ordinamento interno in materia di legittima difesa, accentuate già dopo la prima riforma dell’art. 52 c.p. ad opera della l. l. 13 febbraio 2006, n.59. Per questo si rimanda infra Capitolo 2, par. 1,2 e Capitolo 3, paragrafo 2.3.

Di indubbio interesse anche l’intervento di L. RISICATO in *Legislazione Penale Web*, 28 giugno 2019, p.8, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, secondo cui l’obbligo di rispetto delle norme della Convenzione EDU non avrebbe solamente l’effetto di impegnare gli Stati a previsioni che tutelino direttamente, in modo “effettivo” la vita umana, ma anche quella di contribuire a determinare l’ampiezza dell’area del penalmente rilevante, attraverso l’estensione o la delimitazione dell’operatività tanto delle fattispecie incriminatrici quanto delle cause di giustificazione. Infine, anche se l’argomento risulta di tipo comunitario-costituzionalistico, per quel che concerne il rapporto tra Convenzione EDU e ordinamento giuridico interno, sul punto si veda E. ALBANESI nella sua ricerca *Pluralismo costituzionale e procedura d’infrazione dell’Unione Europea*, Torino, 2018, p. 108. L’A. ricorda che per la Corte Costituzionale le norme della CEDU assumono un ruolo di interposizione fra quelle interne e sovranazionali: ogni contrasto tra norma dell’ordinamento giuridico interno e CEDU deve, dopo un vano tentativo di interpretazione conforme della norma interna alla Convenzione, essere sottoposta al vaglio del Giudice delle leggi tramite questione di legittimità costituzionale in via incidentale, ex. Art 117, co.1, Cost. Per un approfondimento sul ruolo della Convenzione EDU nei rapporti tra diritto interno e diritto euro-unitario si vedano C. Cost., nn. 348 e 349 del 2007 (cd. “sentenze gemelle”) nonché, per una conferma di questa soluzione, C. Cost., sentenza 11 marzo 2011, n. 80 e C. Cost. n. 49 del 2015, reperibili integralmente su giurcost.org.

minacciato con l'aggressione, i.e. nel caso di beni eterogenei³⁶: si dà il caso del soggetto che faccia fuoco sul ladro, intento al furto della sua autovettura.

Possiamo quindi concludere che, in prima battuta, al centro dell'indagine giudiziale si trovi il rapporto fra il male inflitto all'aggressore e il male incombente sull'agredito, in modo tale che si pervenga a stabilire se esso sia bilanciato o sbilanciato e, in quest'ultimo caso, se ci si trovi davanti ad una sperequazione accettabile anche alla luce del principio della necessità della difesa³⁷.

In questo senso, dunque, la proporzionalità dell'azione difensiva deve essere apprezzata *ex ante* e, secondo la Cassazione, il giudizio deve essere di tipo qualitativo, in relazione non solo, come appena visto, ai beni giuridici in conflitto³⁸ (oltre che "*all'evoluzione dinamica dei fatti*"³⁹) anche ai mezzi effettivamente adoperati e a quelli a disposizione dell'agredito.

³⁶ La giurisprudenza di legittimità, in particolare, specifica che "il requisito della proporzione viene comunque meno nel caso di conflitto fra beni eterogenei, allorché la consistenza dell'interesse leso (la vita o l'incolumità della persona) sia enormemente più rilevante, sul piano della gerarchia dei valori costituzionali, di quello difeso (il patrimonio), ed il danno inflitto (morte o lesione personale) abbia un'intensità di gran lunga superiore a quella del danno minacciato (sottrazione della cosa)", Cass. pen., Sez. I, n. 45407 del 10/11/2004. In quella fattispecie concreta, il proprietario di un ovile aveva esploso due colpi di fucile all'indirizzo di un uomo, rimasto gravemente ferito, sorpreso nell'atto di commettere un furto; l'esclusione dell'operatività della scriminante era perciò da intendere *in re ipsa*, attesa la palese non omogeneità tra il bene patrimoniale che l'agente aveva ritenuto di difendere e l'integrità fisica dell'autore del fatto presupposto, per quanto ingiusto.

³⁷ A proposito dei mezzi che il soggetto aggredito aveva effettivamente a disposizione nel concitato momento dell'aggressione, la Cassazione ha ritenuto che sia integrato il requisito della proporzione in una azione difensiva perpetrata per mezzo di un'arma da taglio, come un normale coltello, se questo rappresenti l'unico mezzo possibile per impedire al soggetto aggressore, anche se disarmato, (data la mole e l'aggressività di quest'ultimo) di sopraffare l'agredito, fatto salvo ovviamente il caso in cui la reazione sia sproporzionata in modo evidente, manifesto: "*In tema di legittima difesa (art. 52 cod. pen.), è regola di esperienza che colui che è reiteratamente aggredito reagisce come può, secondo la concitazione del momento, e non è tenuto a calibrare l'intensità della reazione, finalizzata ad indurre la cessazione della avversa condotta lesiva, salva l'ipotesi di eventuale manifesta sproporzione della reazione*" (Cass. pen., sez. V, n. 25608 del 24/02/2011, FARACI, Rv 250396). Per una conferma di questi orientamenti si veda Cass. pen., sez V, n.36987, 2016 in CED Cass., pen.

³⁸ Cass. pen., sez I, 20 giugno 2017, n. 6979, Cass., 27 novembre 1984; Cass. pen., sez. I, 20 novembre 2004, n. 45407; citate da A. DI TULLIO D'ELISIIS, *La nuova legittima difesa*, cit., p. 55, cui si rimanda. L'Autore riporta accuratamente, sotto il profilo prevalentemente nomofilattico, come venga accertata in sede giudiziale la sussistenza della legittima difesa.

³⁹ Così specificato in *ibidem* di nota 29 da P. Pisa che riporta l'esempio di chi si trovi vittima di una rapina: ebbene, l'Autore sottolinea giustamente come nella rapina a mano armata venga in

§3. *L'eccesso colposo e la legittima difesa putativa (artt. 55 e 59, c.4 c.p.)*

Prima di analizzare la fattispecie dell'eccesso colposo di cui all'art. 55 c.p. è bene premettere che anch'esso ha subito significative modificazioni: con l. 26 aprile 2019 n.36⁴⁰ è stato aggiunto un secondo comma che introduce, a detta dello stesso, una causa di non punibilità relativa alla legittima difesa domiciliare⁴¹. Per questi motivi, l'analisi della recentissima modifica viene rimandata in sede successiva⁴².

Dal punto di vista concettuale, il primo comma dell'art. 55 c.p. sancisce che *“quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo”*.

Secondo l'Antolisei, si ha eccesso quando, pur esistendo i presupposti della causa di giustificazione, *“ne vengono oltrepassati i limiti stabiliti”*⁴³. Il primo comma dell'art. 55 c.p., in particolare, fa riferimento ad un eccesso che deve essere sorretto dall'elemento soggettivo della colpa. Nel caso specifico tuttavia, l'elemento soggettivo in questione non inerisce all'evento causato, bensì alla condotta stessa, in quanto “eccessiva” o eccedente i limiti stabiliti dalla causa di giustificazione⁴⁴. Viene altresì specificato dalla dottrina come il requisito della

gioco non solo il bene “patrimonio” ma anche “l'incolumità stessa della vittima”.

⁴⁰ Si veda *infra* Capitolo 3 di questo elaborato.

⁴¹ Il testo di legge fa riferimento ai *“casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 52”* escludendo appunto la punibilità del soggetti in presenza di specifici requisiti.

⁴² Si veda, *infra* Capitolo 3, paragrafo 3. Tuttavia, si può sin da ora segnalare il contributo di F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 5.

⁴³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, cit., p. 316. L'Autore illustra degli esempi che già abbiamo incontrato: il soggetto aggredito che, pur potendo difendersi efficacemente con un bastone, utilizza un'arma da fuoco; ancora, il soggetto aggredito che, pur avendo la possibilità di fuggire in sicurezza, agisce cagionando la morte di un compagno.

⁴⁴ A questo proposito, risulta utile la precisazione che viene fatta dallo stesso Antolisei relativa alla differenza tra colpa *propria* ed *impropria*: i casi di eccesso colposo nell'esercizio di una scriminante farebbero parte della seconda categoria, formata da *“casi eccezionali, contemplati dal nostro ordinamento giuridico, nei quali l'evento è voluto, ma l'agente risponde di reato colposo”*. Alla prima categoria, invece, ineriscono *“i casi nei quali si riscontra quella che è una caratteristica normale della colpa: la mancanza di volontà dell'evento”*. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, cit., p. 316. Tuttavia, è opportuno evidenziare come

colpa debba essere accertato in conformità della disciplina penale di riferimento, ossia secondo la disposizione dell'art. 43 c.p.⁴⁵.

Proprio per questi motivi, la Cassazione ha specificato la non rilevanza, ai fini della sussistenza dell'applicabilità dell'art. 55, comma 1, dell'eccesso consapevole e volontario, i.e. il caso in cui il soggetto aggredito travalichi volontariamente e con coscienza i limiti stabiliti per l'esercizio della scriminante⁴⁶.

Per accertare l'eccesso colposo in rapporto ad una fattispecie specifica di legittima difesa la Corte di Cassazione ha coerentemente specificato che si debba prima indagare sulla correttezza della reazione difensiva in relazione agli strumenti utilizzati dall'aggredito, tenuto conto altresì di quelli che aveva a disposizione *hic et nunc* ovvero nella contingenza del contesto spazio-temporale in cui si ritrova a difendersi per poi passare a comprendere se l'eccesso è dovuto a difetto di valutazione oppure a volontarietà e coscienza⁴⁷.

Infine, il primo comma dell'art. 55 non opera come causa di giustificazione, bensì comporta la riqualificazione del fatto addebitato all'imputato come reato

non sia oggi pacifico che l'art. 55 ricomprenda necessariamente responsabilità per colpa: in particolare si veda il contributo di M. SPINA in *“La Cassazione considera (già) inutile quel che la politica promette di eliminare. Il paradosso dell'eccesso colposo di legittima difesa (art. 55 c.p.)”* il quale ricorda la distinzione tra errore percettivo-valutativo, derivato da una condotta che oltrepassa i confini della situazione reale (cd. errore motivo); e l'errore di tipo esecutivo-attivo, originato da un eccesso nell'utilizzo dei mezzi esecutivi. Ebbene, in quest'ultimo caso, la natura colposa della responsabilità sarebbe *“pacifica”*; non così nel caso di errore motivo, in cui l'evento mortale che si verifica sarebbe una *“conseguenza volontaria dell'azione offensiva”*.

⁴⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, cit., p. 274. Gli Autori specificano infatti che la sperequazione sussistente tra la condotta lesiva e difensiva qualifica l'eccesso colposo in dipendenza di *“difetto inescusabile di conoscenza della situazione concreta da parte dell'agente, ovvero da altre forme di inosservanza di regole di condotta a contenuto precauzionale relative all'uso dei mezzi o alle modalità di realizzazione del comportamento”*.

⁴⁶ Si veda Cass. pen., sez. I, 5 luglio 1991, n. 8133 in A. Di Tullio D'Elisiis, *La nuova legittima difesa*, cit., p. 60. *“La scelta deliberata di una condotta reattiva supera, in tal caso, i limiti imposti dalla necessità della difesa e non per precipitazione, imprudenza od errata valutazione, bensì per consapevole determinazione”*.

Ancora, G. FIANDACA, E. MUSCO in *Diritto Penale, Parte generale* cit., p.275, spiegano come nel caso di cui all'art. 55 *“l'eccesso si riferisce non già ai mezzi ma agli stessi fini dell'agire”* tale che la volontà che esclude l'applicazione dell'eccesso colposo *“risulta diretta alla realizzazione di un fine criminoso”* e non al compimento del gesto difensivo autorizzato dall'ordinamento, per cui l'autore deve rispondere a titolo di dolo.

⁴⁷ Cass. pen., sez. I, 11 dicembre 2013, n. 6118, in *DeJure.it* che rimanda a *Diritto e Giustizia* 2014, 11 febbraio.

colposo; ciò comporta quindi l'applicazione di tutte le disposizioni previste per il delitto colposo in questione⁴⁸.

La scriminante della legittima difesa può essere invocata anche da chi, per errore, ritenga di aver agito in presenza dei suoi requisiti specifici (cd. legittima difesa putativa); a differenza dell'eccesso colposo, dunque, dove ci troviamo di fronte ad un errore valutativo circa l'intensità dell'azione difensiva necessaria, nel caso della legittima difesa putativa il soggetto agente cade in errore (di fatto) circa la sussistenza stessa dell'esimente. Il comma 4 dell'art. 59 stabilisce che *“Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo”*.

Anche in questo caso, ci troviamo di fronte ad una norma relativa alle cause di giustificazione in generale; per questo motivo, come già operato per l'eccesso colposo, si cercherà di accennare brevemente all'istituto da un più ampio punto di vista per poi vedere, nello specifico, la sua applicazione all'esimente che a noi interessa.

Come precisato da autorevole dottrina⁴⁹, dalla formulazione della norma deriva che, in applicazione del comma 4 dell'art. 59, sia in ogni caso escluso l'elemento soggettivo del dolo, operando invece quello della colpa, laddove il fatto sia previsto come delitto colposo.

⁴⁸ Secondo Cass. pen., sez. V., n. 11806 /2014 in CED Cass. pen., infatti, “L'art. 55 c.p. infatti [...] non configura alcuna fattispecie scriminante o altrimenti esimente, ma si limita a ribadire nella materia delle cause di giustificazione (tanto da essere stata definita in dottrina "norma superflua") la disciplina generale dell'errore e della colpa dettata dagli artt. 43 e 47 c.p.”.

⁴⁹ Si veda F. ANTOLISEI *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, cit., p. 422. L'Autore specifica che “... occorre tenere ben presente che [...] quello che conta è l'errore di fatto, giacché altrimenti sarebbe in pratica svuotata di ogni contenuto la norma fondamentale dell'art. 5 del codice [penale], e cioè il principio di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale”. Ma anche C.F. GROSSO, M. PELLISSERO, D. PETRINI, P. PISA, in *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., evidenziano come vi siano due orientamenti: il primo vuole che l'errore in queste ipotesi *“si risolverebbe sempre in errore sulla legge penale”* e pertanto dovrebbe applicarsi l'art. 5 c.p. a meno che l'errore stesso non sia inevitabile; il secondo orientamento, che agli Autori pare preferibile, pone l'accento sull'interpretazione analogica dell'art. 59, c.4 prevalente in quanto *in bonam partem*. *“Solo tale soluzione”*, concludono, *“consente di rispettare appieno il principio di colpevolezza, dal momento che tiene nel debito conto l'esigenza di punire in base ad un rimprovero del disvalore del fatto che sia proporzionato e concreto atteggiamento doloso dell'agente”*.

Viene rilevato che la disciplina suesposta sembra ricalcare quella prevista dall'art. 47 c.p. riguardo all'errore di fatto sul fatto: ed infatti, credere che una azione delittuosa sia in realtà "facoltizzata"⁵⁰, per un errore di fatto, non risulta molto distante dall'ipotesi di chi commette un errore valutativo o percettivo sull'esistenza di uno o più presupposti del reato: "*in entrambi i casi, infatti, l'agente si rappresenta la realizzazione di un fatto non corrispondente alla fattispecie tipica*"⁵¹. A tal proposito, la Corte di Cassazione ha specificato più volte⁵² che l'errore (scusabile) deve essere adeguatamente sorretto da un elemento fattuale che possa ragionevolmente far ritenere al soggetto agente la possibilità che la propria condotta sia scriminata.

Coerentemente con quanto sopra evidenziato, la S.C. nel rapporto tra l'art. 59, c.4 e la legittima difesa, ha postulato che la legittima difesa putativa preveda i medesimi presupposti della scriminante reale; la differenza fondamentale si trova nella situazione di pericolo, non sussistente in modo oggettivo nel primo caso poiché è invece erroneamente rappresentata dal soggetto agente a causa di un errore valutativo sui fatti⁵³. Come già visto per i requisiti della legittima difesa reale⁵⁴, in sede nomofilattica è stato pacificamente specificato che il giudizio circa la sussistenza della legittima difesa putativa debba essere effettuato *ex ante*, tenuto conto delle specifiche circostanze di fatto affinché l'apprezzamento delle stesse sia concretamente localizzato in quel momento e non invece in astratto o "a posteriori"⁵⁵.

⁵⁰ Cit. da A. MONTAGNI, *La divergenza tra rappresentazione e volontà*, in *Giur. merito*, 2004, pag. 1905.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Cass. pen., sez. I, 26/03/2014, n. 28224 in *Diritto e Giustizia*, 2014, 2 luglio; conformemente Cass. pen., sez. I, 21/02/2017, n. 46567 in *Diritto e Giustizia*, 2017, 12 ottobre.

⁵³ Cass. pen., sez. I, 18/02/1997, n. 3898 in Cass. pen. 1998, 807 così come Cass., pen., sez. I, 15/04/1999, n. 9695 in Cass. pen. 2000, 1951 ("*La difesa legittima putativa postula i medesimi elementi di fatto di quella reale, dalla quale differisce per l'erronea supposizione dell'esistenza di tali elementi, fondata su una situazione tale da far sorgere nell'agente la convinzione di trovarsi di fronte al pericolo attuale di una offesa ingiusta, senza alcun rilievo di stati d'animo meramente soggettivi*").

⁵⁴ Si veda *supra* (paragrafi 2.1 e 2.3).

⁵⁵ Cass. pen., sez. V, 04/11/2009, n. 3507 in *Cass. pen.* 2010, 4227; più recentemente e in modo conforme Cass. pen., sez. IV, 28/02/2018, n. 24084, in *Cass., pen.*, 2019, 732: "*L'accertamento relativo alla scriminante della legittima difesa reale o putativa e dell'eccesso colposo deve essere effettuato con un giudizio ex ante calato all'interno delle specifiche e peculiari circostanze concrete che connotano la fattispecie da esaminare, secondo una valutazione di*