

INTRODUZIONE

Ogni manuale di diritto introduce la materia di cui tratterà con un fondamentale richiamo al profilo sociale e fattuale. Si dice, in tali occasioni, che il diritto regola i conflitti, che attribuisce posizioni di vantaggio a uno o un altro soggetto, che garantisce e tutela l'individuo, la persona umana, contro aggressioni ingiustificate. Il diritto, ancora, regola il godimento dei beni in regime rivale, l'utilizzo della cosa comune, protegge e tutela valori e principi che governano (*rectius*, che nascono e scaturiscono da!) la società. Insomma, a dirla in una sintesi estrema, il diritto parte dall'elemento sociale, dalla realtà fenomenica e, sulla base delle dinamiche e dei problemi che via via si possono manifestare e dei valori che dalla società emergono, disciplina, come meglio crede e può, i rapporti umani e giuridici. Il diritto non deve essere astrazione, non può, in altri termini, elaborare teorie che non siano attinenti alla realtà e che da essa non promanino, in nome di una ricerca scientifica e di un ragionamento filosofico puro, che solo apparentemente ne giustifichino la forza e la stessa esistenza.

È da respingere quell'idea, che a volte emerge in letteratura, di un diritto che cerca una sistematicità, una coerenza, una ragion d'essere al proprio interno, senza confrontarsi col mondo reale, con le sue dinamiche e le sue esigenze, a volte poco scientifiche o al limite della razionalità, ma pur sempre rappresentative delle scelte e dei valori umani e, dunque, dell'anima stessa del diritto.

Si dice poi che il diritto si evolva, che cambi col passare del tempo e col mutare della società. A parere di chi scrive, invece, la locuzione "*il diritto si evolve*" non coglie nel segno. Sarebbe più opportuno affermare che il diritto si adatta, si adegua, risponde alle evoluzioni della società, nel rispetto dei suoi nuovi indirizzi. La società dirige, il diritto segue. È la realtà che si evolve, è l'uomo che progredisce, è la società che modifica e crea i propri valori. Il diritto è, o dovrebbe essere, ancillare rispetto al mondo fenomenico. Del resto, parafrasando il famosissimo quesito aristotelico, esiste un'unica risposta alla domanda "*è nato prima l'uomo o il diritto?*", e non vale neanche la pena di enunciarla, tanto è scontata. Il diritto è letteralmente una creazione dell'uomo, della società. Dunque, il diritto non si evolve, ma risponde e si adatta ai mutamenti sociali e culturali

della collettività, che può, in alcuni casi estremi, cambiare radicalmente idea e prospettiva rispetto al passato. Un diritto, che in nome di principi e valori astratti, seppur scientifici, etici e ben argomentati, dovesse opporsi e contrastare questi cambiamenti, sarebbe un diritto 'ingiusto', privo di legittimazione, autorità e forza, al limite del diritto di uno Stato etico.

Questa lunga premessa è utile per delineare il quadro che governerà l'elaborato. In ogni studio di diritto l'elemento fattuale, sociale, psicologico e umano non solo è importante, ma dovrebbe guidare ogni ragionamento dogmatico. Forse tra i tanti settori del diritto, quello penale gode più di tutti di una strettissima connessione con la realtà fenomenica, con la psicologia, con la sociologia, coi comportamenti, sentimenti ed emozioni umane. E forse, all'interno del diritto penale, il tema della propria difesa contro aggressioni ingiuste sta al vertice assoluto di questo ragionamento. Parte della dottrina, in un'ottica giusnaturalista e assolutamente condivisibile, afferma che "la difesa legittima sarebbe *'non scripta, sed nata lex'*"¹. In questa prospettiva la difesa personale viene considerata un diritto innato della persona, scaturente da un istinto primordiale di autoconservazione.

La legittima difesa, tuttavia, oltre ad essere un fatto naturale è un istituto giuridico. Con essa il legislatore ha ritenuto che il soggetto al quale l'esimente sia riconosciuta, all'esito del bilanciamento di interessi contrapposti, debba andare esente da sanzione penale. Per quale ragione si afferma ciò? La sanzione penale, come noto, è la conseguenza di un atto di rimprovero. Inoltre, per espresso dettame costituzionale, la pena deve avere una funzione rieducativa². Si aggiunga poi che, sulla base delle elaborazioni dottrinali via via sviluppatesi nel tempo, al rimprovero penale è attribuita una precipua finalità.

Dunque, rimprovero, funzione rieducativa e finalità della pena rappresentano i 3 vertici di un triangolo equilatero; vanno letti insieme e coordinati al fine di risolvere la complessa equazione penale sottesa all'istituto qui oggetto di studio.

¹ G. DE SANTIS, *La nuova legittima difesa intra moenia: una lettura*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 1, 2020, pag. 3.

² Art. 27 co. 3 Cost.: "*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*".

Muovendosi all'interno dell'area di questo triangolo, si cercherà di fornire una risposta ad alcuni importanti quesiti. Si proverà, ad esempio, a mettere in luce la logicità di un trattamento differenziato, a parità di evento lesivo, tra colui che eccede i limiti della legittima difesa e colui che agisce per scopi meramente offensivi, proprio sulla base del concetto di rimprovero e della funzione rieducativa della pena.

Più nel dettaglio, il presente lavoro sulla legittima difesa ordinaria e *intra moenia*, suddiviso in quattro capitoli, cercherà di illustrare lo stato dell'arte dell'istituto, per come visto in dottrina e in giurisprudenza, soffermandosi al contempo ad analizzare ambiti poco battuti e ragionamenti minoritari.

Nel *Capitolo Primo* verranno esaminati i principi e i requisiti classici della legittima difesa comune, con attenzione agli orientamenti maggioritari, ma evidenziando anche le ulteriori letture. Ci si concederà di discostarsi criticamente da alcune interpretazioni, con ragionamenti in chiave sistematica, argomentazioni e punti di vista debitamente motivati, senza la pretesa di condivisione o approvazione, ma con lo sforzo di attribuirvi organicità e logicità. Dopo una breve introduzione sulla natura socio-giuridica della legittima difesa, dove verrà fatto cenno alla visione giusnaturalistica dell'istituto, saranno analizzati nel dettaglio gli elementi costitutivi in ordine logico – i diritti difendibili, la necessità di difesa, il concetto di offesa ingiusta, l'attualità del pericolo – e ci si soffermerà con particolare attenzione su quello più controverso: la proporzionalità. Proprio rispetto a quest'ultimo argomento il capitolo cercherà di offrire, in chiusura, alcuni spunti di riflessione, provando a rispondere ad alcune domande quali, ad esempio, se, alla luce delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, sia ancora corretto leggere i due requisiti di necessità e proporzione in termini autonomi e indipendenti, oppure se i due presupposti tendano oggi a sovrapporsi; e ancora, se, da una prospettiva fattuale, esista realmente il conflitto tra beni eterogenei nell'ambito del dualismo offesa-difesa.

Il *Capitolo Secondo* e il *Capitolo Terzo* saranno rivolti allo studio delle due forme di legittima difesa domiciliare, così come introdotte nel 2006 e nel 2019. L'esame dei lavori preparatori sarà di fondamentale importanza, al fine di superare alcune tendenze di critica politica sviluppatesi negli anni nel corso del

dibattito dottrinale. A tal proposito si cercherà di confutare le affermazioni volte a denunciare come, con le due riforme oggetto di studio, il legislatore abbia voluto mettere in contrapposizione “*onesti contro delinquenti*”³. Allo stesso modo si proverà a mettere in evidenza come non fosse nelle intenzioni del legislatore introdurre alcuna “*licenza di uccidere*”⁴.

A ben vedere, dai lavori preparatori, in entrambi i casi, traspare la serietà e l’ampia condivisione, tra le forze politiche e la società civile, delle motivazioni che hanno spinto il legislatore ad approvare le due riforme.

Fornito un quadro generale sulla *ratio* e sull’*intentio legis* e sgombrato il campo da ulteriori argomentazioni tendenziose emerse nel dibattito dottrinale (quale, ad esempio, il rischio di *far west*⁵), nei rispettivi capitoli sarà affrontato l’esame dei requisiti e degli ambiti applicativi delle due scriminanti, con l’attenzione rivolta alle elaborazioni dottrinali e alla prassi giurisprudenziale sviluppatasi nel tempo. Anche questi due capitoli si concluderanno con spunti di riflessione e ragionamenti critici rivolti ai criteri di applicabilità della legittima difesa adottati, in alcuni casi, dalla giurisprudenza. Ci si interrogherà sulla legittimità dell’imposizione di un dovere di assunzione di rischio (probabilistico) nella valutazione del pericolo, sul rapporto tra tutela dell’agredito e tutela dell’aggressore, cercando di fornire risposte in chiave sistematica e nel rispetto dei valori della società. Verranno illustrati, infine, alcuni dati empirici estratti da fonti ufficiali, cercando di trarre conclusioni aderenti alla realtà fenomenica.

Il *Capitolo Quarto* affronterà il tema dell’eccesso di legittima difesa di cui all’art. 55 c. p., soffermandosi sulla disciplina generale, accennando all’eccesso doloso e al rapporto con la scriminante putativa, passando quindi ad analizzare

³ V. PLANTAMURA, *L’omicidio per legittima difesa*, in *Archivio penale*, 2014, pag. 20; G. L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, pag. 12; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, op. cit., pag. 314; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, XI ed., Giuffrè, Milano, 2022, pag. 353.

⁴ M. LEPERA, *Il requisito della proporzione tra difesa e offesa nella legittima difesa domiciliare: tra interpretatio abrogans e illegittimità costituzionale*, in *Cass. penale*, fasc. 3, 2016, pag. 4; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Ibidem*, pag. 308; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Ibidem*, pag. 352.

⁵ *Ex multis*, A. CADOPPI, “*Si nox furtum faxit, si im occisit iure caesus esto*”. *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, pag. 35; L. ROSSI, *La legittima difesa domiciliare all’esame di vent’anni di giurisprudenza di legittimità*, in *Sistema Penale*, 2021, pag. 23; F. VIGANÒ, *Sulla ‘nuova’ legittima difesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, pag. 10; G. INSOLERA, *Dalla legittima difesa all’offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica all’art. 52 c.p.*, op. cit., pag. 4.

più nel dettaglio l'eccesso di legittima difesa *domiciliare* introdotto con la Legge n. 36 del 2019. Come emergerà in fase di trattazione, l'elemento specializzante e al contempo più controverso del novellato istituto è rappresentato dal concetto di "*grave turbamento*" (art. 55 co. 2 c. p.). Di grande interesse, in tal senso, è la distinzione, di cui si farà cenno in un paragrafo di approfondimenti ad essa dedicato, tra emozioni steniche ed emozioni asteniche, nonché il dibattito sviluppatosi sull'opportunità di introdurre l'elemento soggettivo e psicologico del grave turbamento, emersa, verosimilmente, all'esito di analisi e valutazioni in chiave di diritto comparato.

Quel che è certo è l'estremo interesse che l'argomento suscita, sia all'interno del dibattito specialistico che nel contesto della società civile. Per certi versi, vista la difficoltà di pervenire a una unitarietà e concordanza di vedute, è possibile affermare che, con ogni probabilità, la diatriba non si sopirà mai. Ma crediamo sia giusto così. È difficile, ai limiti del possibile, prevedere una disciplina della legittima difesa che contemperi perfettamente gli interessi e i beni giuridici in gioco, spesso molto importanti, quali l'integrità fisica e psichica, sino alla stessa vita, e fornisca al contempo una risposta che sia sempre soddisfacente⁶. Ma è giusto provarci, anche se, purtroppo, questa insoddisfazione investe spesso gli ambiti del diritto, il quale, come tutte le creazioni dell'uomo, è fallibile nonché perfettibile, e, proprio perché tale, l'insoddisfazione è in esso connaturata.

⁶ Sull'obiettivo definito "utopistico" di pervenire a una definizione scrupolosamente tipizzata dei limiti e dei requisiti della legittima difesa, G. INSOLERA, *Dalla legittima difesa all'offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica all'art. 52 c.p.*, op. cit., pag. 5.

Capitolo Primo

La legittima difesa comune

Esegesi dell'istituto anteriforma

1. Il fondamento socio-giuridico della legittima difesa

In base a una ricostruzione giusnaturalista, basata anche su indagini storiche, il diritto alla difesa sarebbe uno stato naturale, di origine ancestrale, riconducibile all'istinto di conservazione¹. Gli autori che sostengono questa lettura affermano che si tratterebbe di un'esigenza esistenziale, insopprimibile, di un diritto fondamentale della persona e in quanto tale riconosciuto dallo Stato, che dovrebbe trovare tutela costituzionale ai sensi dell'art. 2 Cost². Il fondamento dell'autodifesa, dunque, non discenderebbe da alcuna norma giuridica, essendo conseguenza di un impulso innato di reazione contro un attacco che metta in pericolo la propria vita. Questo pensiero di origine primordiale ha tuttavia incontrato un limite nella società moderna, dovuto al contrasto con l'esigenza di evitare l'insorgere di guerre private tra soggetti in conflitto³.

Nella società moderna, secondo un orientamento oramai consolidato, la legittima difesa rappresenta una facoltà eccezionalmente concessa dallo Stato al privato di utilizzo della forza al fine di tutelare in prima persona il proprio (e l'altrui) diritto contro un'offesa ingiusta, in deroga al principio del monopolio statale dell'uso della forza⁴. Tale facoltà, tuttavia, è soggetta a limitazioni, talune esplicitate nella norma giuridica, altre implicite. Rimandando al prosieguo la trattazione dei requisiti espressamente indicati dal legislatore, preme qui segnalare che l'utilizzo della forza privata non ha carattere concorrente a quello

¹ A. CADOPPI, *"Si nox furtum faxit, si im occisit iure caesus esto"*. Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa, in *Studi in onore di G. Marinucci*, op. cit., pag. 1382; R. SCEVOLA, *'Vim vi repellere licet': configurabilità, struttura ed evoluzione della difesa reattiva in diritto romano*, in *Arch. giuridico*, 2022, pag. 794; L. DELPINO, *Diritto Penale, parte generale*, VI ed., Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2016, pag. 329.

² G. DE SANTIS, *La nuova legittima difesa intra moenia: una lettura*, op. cit., pag. 3.

³ R. SCEVOLA, *'Vim vi repellere licet': configurabilità, struttura ed evoluzione della difesa reattiva in diritto romano*, op. cit., pag. 792.

⁴ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, op. cit., pag. 299; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, op. cit., pag. 300; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, IX ed., op. cit., pag. 320.

della forza statale, ma tutt'al più sussidiario, potendo la prima essere utilizzata legittimamente solo in caso di oggettiva impossibilità di intervento tempestivo della forza pubblica. Invero, a parere della dottrina e della giurisprudenza, nella valutazione degli interessi in gioco il legislatore ha deciso di dare prevalenza a quelli del soggetto ingiustamente aggredito, ritenendo sacrificabili gli interessi di colui che, volontariamente, si pone *contra legem*⁵. Tale lettura, che si basa sul concetto di "preferenza", presenta, tuttavia, degli aspetti non pienamente condivisibili.

Va comunque dato atto di un'interpretazione minoritaria, anch'essa attualmente diffusa tra gli interpreti, a parere della quale la legittima difesa sarebbe in grado di svolgere un'attività quasi suppletiva rispetto a quella dello Stato, in nome della lotta alla repressione degli illeciti e della tutela dell'ordinamento giuridico. Il soggetto che agisce in stato di legittima difesa, dunque, parrebbe difendere, oltre ai propri interessi, anche quelli dell'intero sistema di regolamentazione della vita sociale e civile⁶. In quest'ottica, dunque, il cittadino che agisca in stato di legittima difesa sarebbe soggetto autorizzato a comminare una vera e propria sanzione, in nome o per delega dello Stato, nei confronti del soggetto che si pone contro la legge⁷. Detto altrimenti, l'azione del soggetto che in tale condizione difensiva arrechi un'offesa a un bene giuridico dell'aggressore sarebbe equiparata a una sanzione comminata in nome dello Stato, sanzione che tuttavia sarebbe assai peculiare, in quanto rappresenterebbe una sanzione penale *per delega*, priva di alcun previo giudizio da parte di un organo terzo e imparziale, poiché comminata appunto dalla stessa persona offesa

⁵ A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, pag. 4; L. DELPINO, *Diritto Penale, parte generale*, op. cit., pag. 329; C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2020, pag. 326; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, XI ed., Wolters Kluwer, Milano, 2020, pag. 272; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Ibidem*, pag. 300; Cass. pen., Sez. I, 27/05/2010, (ud. 27/05/2010, dep. 16/06/2010), n. 23221, in *Cass. pen.*, 2011, 5, pag. 1781.

⁶ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, II ed., op. cit., pag. 325; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XIII ed. Giuffrè, Milano, 2023, pag. 207.

⁷ G. DE SANTIS, *La nuova legittima difesa intra moenia: una lettura*, op. cit., pag. 4; F. CINGARI, *Per una riforma della disciplina dell'eccesso di legittima difesa*, in *Archivio penale*, 2018, pag. 13; G. FORTE, *I nuovi confini della legittima difesa*, in *Cass. penale*, 2006, pag. 8; G. RUGGIERO, *Difesa legittima e legittimità della difesa: fragile equilibrio di un'evoluzione discutibile*, in *Archivio penale*, 2020, pag. 2; L. DELPINO, *Diritto Penale, parte generale*, op. cit., pag. 329.