

Introduzione

I continui casi di cronaca al centro dell'attenzione mediatica, soprattutto nell'ultimo decennio, hanno portato alla ribalta una questione molto dibattuta: quella relativa alla tematica della legittima difesa.

Le questioni riguardano la sua applicabilità, l'ampliamento della sua portata, la modifica dei requisiti, l'attenzione e la tutela nei confronti di un soggetto che si ritrovi ad essere aggredito in una situazione in cui egli stesso non avesse intenzione di cagionare un pericolo, la componente etica che porta a chiedersi se sia moralmente giusto o sbagliato consentire ad un soggetto di poter arrecare un'offesa più o meno grave ad un altro, pur di difendere sé stesso od altri.

Si tratta di aspetti oggetto di lunghi dibattiti e di opinioni totalmente contrastanti, decisamente meritevoli di approfondimento e oggetto di riflessione di molti autorevoli giuristi.

La disciplina in esame è la risultante di numerosi progetti di legge, sottoposti al vaglio di Camera e Senato, e soprattutto di due riforme, la prima intervenuta nel 2006, la seconda nel 2019, che hanno totalmente rivisitato i confini della materia.

La questione è apparsa particolarmente rilevante, nello specifico, riguardo l'impatto che essa ha avuto ed avrà nei prossimi anni sull'opinione pubblica e la capacità dei consociati di leggerla e interpretarla nel modo più legittimo.

Tale contesto rappresenta il quadro nel quale i consociati possano dimostrare la propria capacità di partecipazione alla vita pubblica e istituzionale tramite contributi, riflessioni, idee, proposte per la produzione della legge e soprattutto per la modifica della

stessa, nel tentativo di renderla più efficiente possibile rispetto alla realtà nella quale trovi applicazione.

Il nocciolo della nuova legittima difesa trova consacrazione nell'espressione "difesa sempre legittima", tanto tautologica quanto priva di concreta disciplina normativa.

Da questo deriva infatti che essa consenta un'interpretazione da parte del destinatario che la riceva, la riempia di significato, stabilisca sulla base di essa il comportamento da ritenere corretto a differenza di quello da considerare sbagliato.

D'altro canto è chiaro che si tratti in primo luogo di uno slogan posto in essere a fini propagandistici, una formula retorica che mira ad attirare l'attenzione del destinatario della disciplina, che in questo modo sia portato ad apprezzarla, non rendendosi effettivamente conto del fatto che l'espressione si risolva in un contenuto vuoto e banale, che non considera il concreto problema di cosa possa rientrare nella disciplina della rinnovata legittima difesa e cosa, invece, no.

<<Del resto, riportata la questione all'impatto sull'opinione pubblica, è agevole comprendere che il riferimento a certe vicende di cronaca, specie se "condito" da commenti debitamente orientati, incontra diffusi sentimenti di solidarietà nei confronti di queste categorie di soggetti e di riprovazione nei confronti di chi osa indagare su di loro o addirittura processarli. A riprova di ciò, quando in appositi test o sondaggi vengono proposti all'opinione pubblica quesiti che chiedono, a un dipresso, "sei favorevole o no a un'ulteriore – o addirittura a una generalizzata - estensione della legittima difesa?", è scontato che l'ampliamento dell'istituto riscuota vasti consensi. E questo, ovviamente, ha una notevole

valenza manipolatoria, nei riguardi di cittadini ed elettori, da parte di alcuni politici ed opinion makers¹.>>

¹ G. PAVICH e A. BONOMI, *La nuova legittima difesa, tra istanze securitarie e valori costituzionali*, in *Diritti fondamentali*, f. 1/2019, 21 maggio 2019, p. 4.

CAPITOLO I

LEGITTIMA DIFESA

1. Reato e cause di giustificazione

Ogni fatto umano, qualora contrario alle disposizioni imposte dall'ordinamento di appartenenza, comporta diverse tipologie di conseguenze di ordine sia civile che penale.

Il diritto penale interviene proprio a disciplinare le ripercussioni di un atto che, in quanto *contra ius*, abbia leso l'interesse pubblico a tutela del quale l'ordinamento avesse posto delle specifiche disposizioni.

Infatti, da questo punto di vista, l'ordinamento si pone come sommo garante dell'interesse del singolo cittadino a condurre una vita sociale, civile, pacifica, in relazione e collaborazione con i propri consociati.

È chiaro che, presupposto del rispetto delle disposizioni imposte dall'ordinamento, non possa che essere la volontà di ognuno dei destinatari di tali precetti di adempiere ad essi e porli in essere nella maniera più confacente possibile rispetto a ciò che viene loro imposto.

Qualora ciò non dovesse avvenire, è il soggetto autore del fatto di reato a macchiarsi di detta colpa e a dover rispondere delle relative conseguenze, che all'uopo vengono apprestate direttamente dall'ordinamento giuridico e che si connotano per la loro natura sanzionatoria (inevitabilmente anche deterrente).

Al concetto di reato sono date diverse definizioni a seconda del punto di vista secondo il quale tale fenomeno giuridico è preso in considerazione:

- il primo è quello meramente formale, che si identifica per il tipo di approccio, che pone l'accento sull'elencazione tassativa di fatti ed atti che ogni ordinamento positivo qualifica come illeciti penali, imponendo la persecuzione del colpevole al fine di infliggere allo stesso una particolare conseguenza, che è la sanzione penale²;
- il secondo è quello sostanziale, elaborato diversamente dai vari orientamenti dottrinali susseguitisi nel tempo, che talvolta lo hanno ravvisato nella lesione, messa in pericolo od aggressione di uno o più beni giuridici meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico e i principi costituzionali, identificandolo, in particolare, in quest'ultimo caso (quello dell'aggressione) con la pericolosità e l'atteggiamento interiore in generale dell'autore del fatto di reato; altre volte nell'aggressione di <<un bene giuridico ritenuto meritevole di protezione da un legislatore che si muove nel quadro dei valori costituzionali, sempreché la misura dell'aggressione sia tale da far apparire inevitabile il ricorso alla pena e sanzioni di tipo non penale non siano sufficienti a garantire un'efficace tutela³.>>

In merito alla legge penale, il nostro ordinamento pone un espresso divieto, che non vige in quasi nessuno dei restanti campi

² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Bologna, 2014, p. 157.

³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 160.

della legislazione italiana: il divieto di applicazione analogica della legge penale stessa⁴. Da tale limite deriva, dunque, il principio di tipicità dei fatti di reato, come recita l'art. 1 c.p. <<Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite>>. Dalla lettera della norma si evince come tale tassatività abbracci non soltanto il reato come fatto in sé ma anche la conseguenza penale ad esso comminata.

Una seconda imprescindibile caratteristica del reato è la responsabilità personale da imputarsi al colpevole, soggetto attivo del reato, ovvero colui il quale pone in essere un fatto concreto che corrisponda alla fattispecie astrattamente prevista dal legislatore come illecito penale.

Tale responsabilità presuppone:

- la capacità penale, intesa come predisposizione del soggetto in generale a concretizzare un fatto che si riveli inerente al diritto penale;
- l'imputabilità, considerata come capacità di intendere e volere⁵, che è specificatamente richiesta come requisito dall'art. 85, co. 2, c.p.: <<È imputabile chi ha la capacità di intendere e volere>>. L'autore del fatto di reato deve necessariamente essere consapevole del fatto che stia compiendo, agire con cognizione di causa, avere nozione e percezione della realtà e del momento che stia vivendo,

⁴ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit.; cfr. M. BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955.

⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 345 e ss.

perché possa essere perseguito in modo da scontare la pena prevista e ristabilire il regolare ordine di interessi tra le parti⁶.

L'essenza della sanzione è proprio quella di prevenire e reprimere i fatti di reato. Una teoria accreditata in passato attribuiva ad essa una funzione retributiva, il cui fine è quello di punire il colpevole per avere trasgredito le disposizioni imposte dall'ordinamento e avere cagionato un danno (di qualsiasi entità) ad un proprio consociato⁷.

Oggi la funzione principale è quella di carattere preventivo: una prevenzione che è definita generale⁸ nella misura in cui alla sanzione venga assegnato l'onere di fungere da deterrente, da intimidazione, al fine di far desistere chiunque dalla commissione di un fatto di reato; più in generale per attenuare e, secondo le più rosee aspettative, reprimere la criminalità.

Tale prevenzione è invece indicata come speciale quando il destinatario è specificamente un soggetto già reo, per evitare che possa nuovamente, in un secondo momento, compiere il medesimo

⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit.; cfr. D. PULITANÒ, *L'imputabilità come problema giuridico*, in AA. VV., *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Milano, 1988.

⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 751. Una visione di questo tipo è senz'altro legata alla dottrina cattolica e protestante, anche se oggi le teorie dominanti non riconoscono più tale aspetto come dominante da un punto di vista religioso. In proposito, F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA. VV., *Laicità, problemi e prospettive. Atti del XLVII corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica*, Milano, 1977, p. 316: <<C'è voluto il preminente influsso di teologi come Barth e Rahner per farne vacillare i fondamenti, e per aprire la strada a una concezione autenticamente laica del diritto penale (...) respinto il tabù retribuzionistico, ed ancorata la ragione di esistenza del diritto penale all'esigenza di proteggere i beni giuridici, ossia ad una esigenza di prevenzione generale, il pensiero teologico contemporaneo offre, per chi indaghi sulla portata del principio di laicità, altri preziosi spunti di riflessione: riconoscendo per un verso che la funzione di prevenzione generale deve trovare un limite nella colpa soggettiva del reo (Gründel, Rahner); e sottolineando per l'altro verso che la pena deve servire, oltre che alla protezione di beni giuridici, alla risocializzazione dell'autore del reato.>>

⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 750.

o un diverso fatto di reato, proprio nel timore di una nuova sanzione⁹.

L'ordinamento mira, dunque, a creare un sistema molto articolato e completo di controllo della vita sociale dei consociati tra loro¹⁰, nell'intenzione di dissuadere ognuno di essi dalla commissione di fatti di reato, ma essendo anche costantemente presente nel momento successivo alla inflizione della sanzione. Infatti, il reo ha sempre diritto al reinserimento nella società, dopo un'opera di rieducazione e correzione, che è insita nello stesso concetto di sanzione, anche se della stessa è un risultato eventuale. Tale diritto del condannato è garantito anche dalla Costituzione, che all'art. 27 recita: <<Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.>>

Un tale percorso richiede anche una collaborazione da parte del condannato, che comprenda l'antisocialità della propria condotta, la necessità di un rientro nei confini della giuridicità del sistema, in modo da rendere sé stesso responsabile e consapevole delle conseguenze delle proprie azioni. Tale dottrina ha una matrice illuminista, poi evolutasi e modificatasi fino a giungere ai giorni nostri, consacrata nella Costituzione e sancita in quanto principio fondamentale del nostro ordinamento.

Del resto, una materia che ha ad oggetto la limitazione, in svariati modi, della libertà personale, non può che essere corredata da tutte le garanzie costituzionali del caso.

⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 754 e ss.

¹⁰ Cfr. HEBBERECHT, *La nuova politica federale belga di prevenzione della criminalità*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998; VAN SWANNINGER, *Quale politica per una città sicura?*, 1998.

Proprio per questo la sanzione inflitta deve essere innanzitutto prevista espressamente dalla legge ed inderogabile (non può essere concesso a nessun giudice di consentire un'applicazione diversa della legge in ordine al medesimo fatto di reato), non può che essere personale e dunque destinata esclusivamente a colui che sia accertato che abbia commesso effettivamente il fatto di reato e soprattutto deve sussistere un nesso di proporzione tra il fatto commesso e la pena inflitta, in modo che sia percepita come giusta, apparendo diversamente come una sterile vessazione.

Le varie funzioni assegnate alla sanzione, così come evidenziate, sono considerate degli aspetti cumulabili tra loro, non esclusivi, piuttosto inscindibili e che si completano vicendevolmente.

Perché la sanzione possa essere inflitta, oltre che accertare in modo definitivo e incontrovertibile la commissione del fatto di reato, il soggetto attivo dello stesso deve avere quella condizione necessaria che consente di attivare il meccanismo giurisdizionale che fa discendere in capo a lui, nella sua sfera giuridica, tutte le conseguenze relative all'illecito.

Il punto focale non può che essere, dunque, l'imputabilità, requisito essenziale, la cui presenza è richiesta nel momento in cui è commesso il fatto di reato. Così il soggetto diventa centro di imputazione di posizioni soggettive di ordine penale.

In realtà, il concetto stesso di imputabilità è molto ampio e i confini tracciati abbastanza labili, trattandosi di una nozione puramente empirica¹¹, che la legge si è premurata di definire

astrattamente nei margini normativi. Il comportamento umano, infatti, in tutte le sue infinite sfaccettature, non può essere a priori definito in ogni sua sfumatura dalla legge. È per questo che ogni caso concreto è inevitabilmente connotato dalle proprie specifiche peculiarità, anche nell'aspetto dell'imputabilità.

Le cause di esclusione dell'imputabilità che il legislatore prende in considerazione non sono elencate tassativamente; piuttosto si tratta di ipotesi indicate anche a titolo esemplificativo, lasciando poi al giudice, nella totalità del caso concreto, il compito di valutare le circostanze dalle quali evincere la presenza o meno dell'imputabilità¹², stante il fatto che in ogni caso la sanzione è imposta anche e soprattutto perché il destinatario ne comprenda la portata e il significato, apparendo inutile e immotivato infliggerla ad un soggetto che non sarebbe in grado di comprenderne la concreta finalità.

Il nocciolo duro è di certo la presenza contemporanea delle due componenti: la capacità di intendere, da un lato, e quella di volere, dall'altro:

- la prima postula l'attitudine del soggetto a rapportarsi alla realtà, avendone una visione effettiva e non falsata od alterata, la facoltà di discernere il giusto dall'illecito, di avere percezione di fatti ed atti posti in essere e in generale dell'eventuale pregiudizio che questi possano arrecare ad un terzo estraneo. È chiaro che tale aspetto non possa che

¹¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 345.

¹² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 346.

mancare in tutti quei casi in cui il soggetto presenti dei deficit di carattere cognitivo, intellettuale e similari¹³;

- la seconda, invece, si atteggia come l'abilità di tenere a freno gli istinti, gli impulsi, di agire secondo un motivo che è stato ponderato rispetto ad un altro contrapposto, ritenuto evidentemente sacrificabile sulla base di un giudizio di valore. Tale specifico aspetto nella prassi procedimentale è davvero molto difficile da verificare e dimostrare e genericamente necessita dell'intervento di esperti periti, che possano addurre delle prove scientifiche dello stato psichico del soggetto coinvolto.

Indubbiamente appaiono come due aspetti legati l'uno all'altro, tanto che la mancanza anche di uno solo dei due non consente di procedere nei confronti dell'imputato¹⁴.

Ma come già premesso, appare come un concetto notevolmente difficile da definire, non solo per il fatto che i due elementi siano tra loro sostanzialmente sovrapponibili, ma anche perché l'agire umano si caratterizza non solo per l'aspetto puramente razionale ed intellettuale, insito nella condotta, ma anche e soprattutto per quello emozionale e sensoriale. Sono due aspetti che si completano l'un l'altro e che inevitabilmente si influenzano a vicenda, tanto da non potere più essere in alcun modo separati.

Per tale motivo, il requisito dell'imputabilità può essere sicuramente meglio compreso nel suo momento applicativo, che non in quello puramente teorico.

¹³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 347.

¹⁴ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 346.