

Dipartimento di
Giurisprudenza

Diritto penale 1

La legittima difesa domiciliare: un'analisi dei percorsi di riforma tra teoria e prassi

Prof. Maurizio Bellacosa

RELATORE

Prof. Antonino Gullo

CORRELATORE

Laura Paterno' Matr. 138173

CANDIDATO

La legittima difesa domiciliare: un'analisi dei percorsi di riforma tra teoria e prassi

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO I

RICOSTRUZIONE STORICA DELL'ISTITUTO DELLA LEGITTIMA DIFESA

1. Origini: la naturalità della difesa nella cultura giuridica greca	4
1.2 La difesa privata nell'Impero Romano.....	8
1.3 Periodo Bizantino in Italia	18
2. L'influenza del cristianesimo: la vita come dono indisponibile di Dio	19
3. Il diritto statuario dei comuni ed il periodo dei principati e delle monarchie.....	22
4. Grozio e l'inizio del Giusnaturalismo: la legittima difesa come “regola di equità”.....	25
4.2 Hobbes e Locke: diritto naturale, autoconservazione e legittima difesa.....	27
4.3 Samuel Pufendorf: La legittima difesa tra autoconservazione e socievolezza dell'uomo.....	31
5. Verso la codificazione della legittima difesa: una introduzione	39
6. La dottrina liberale del «moderamen inculpatae tutelae».	41
6.2 Il Codice penale Toscano del 1853	41
6.3 Il codice sardo del 1859	46
6.4 Il contributo della dottrina.....	47
7. L'approdo al Codice Zanardelli.	53
8. Il superamento del «moderamen inculpatae tutelae».....	72

9.	La pronuncia della Corte di Cassazione sugli offencicula	89
10.	Il progetto Ferri e l'inizio del ventennio fascista	91
11.	Il Codice Rocco	97

CAPITOLO II

L'ISTITUTO DELLA LEGITTIMA DIFESA NEL CODICE PENALE ITALIANO

1.	Gli elementi del reato: cenni.....	102
1.2	Il fatto.....	107
1.3	L'antigiuridicità.....	114
1.4	La colpevolezza	115
1.5	La punibilità	118
2.	Le cause di giustificazione	120
3.	L'istituto della legittima difesa – art. 52 c.p.	131
3.2	Il pericolo attuale	136
3.3	L'offesa ingiusta	140
3.4	I requisiti della difesa: necessità e proporzionalità.....	143
4.	I vari progetti di riforma dell'istituto in analisi nella loro prospettiva storica	149
4.2	Il progetto Pagliaro del 1991.....	151
4.3	La legge Riz e il progetto Grosso.....	153
4.4	Il progetto Nordio e l'emendamento Finocchiaro – Fanfani del 2005.....	159
4.5	Il progetto Pisapia.....	165
5.	L'introduzione della l. 13 febbraio 2006 n. 59.....	167
6.	Legittima difesa e stato di necessità (art 54 c.p.).....	184
7.	Legittima difesa ed uso legittimo delle armi (art 53 c.p.)	186
8.	La proposta di modifica del disegno di legge n. 3785 del 2017	188
9.	La legittima difesa nel diritto internazionale: art. 51 della Carta delle Nazioni Unite.....	192
10.	La difesa tecnica nei casi di legittima difesa	198
11.	Indagini difensive ed opzioni di rito	202

CAPITOLO III

LA RIFORMA DEL 2019 SULLA LEGITTIMA DIFESA DOMICILIARE

1. La nuova riforma dell'istituto della legittima difesa: una introduzione.....	204
1.2 L'iter legislativo della riforma.....	206
2. La legge 26 aprile 2019 n. 36: quadro dei contenuti della novella.....	212
3. L'introduzione della «presunzione di legittima difesa».....	220
4. La nuova disciplina dell'eccesso colposo.....	228
5. L'intervento legislativo sui delitti di violazione di domicilio, furto in abitazione e rapina	241
6. I profili civilistici della riforma: la modifica all'art. 2044 c.c.....	253
7. Le modifiche di natura processuale.....	259
7.2 Le priorità processuali, modifica all'art. 132-bis, disp. att. c.p.p.....	259
7.3 Modifiche in tema di accesso al patrocinio a spese dello Stato	264
8. Profili di incostituzionalità della riforma	267
9. Comparazione con i codici penali francese e statunitense.....	276
CONCLUSIONI.....	286
BIBLIOGRAFIA	291

INTRODUZIONE

La legittima difesa, considerato uno dei più antichi istituti giuridici, affonda le sue origini in un passato talmente remoto che ne rende impossibile la datazione, ciò nonostante essa solleva interrogativi e alimenta problematiche mai veramente risolte e, comunque, di assoluta attualità tanto da essere stata ancora di recente presente nell'agenda politica del Parlamento italiano con una peculiare capacità di accendere il dibattito tra opposti schieramenti e, non di rado anche all'interno della medesima parte politica.

Studiare l'evoluzione di un istituto giuridico così antico è, quindi, per un verso un compito arduo perché impone un'accurata ricostruzione dell'evolversi dell'approccio alla questione.

In questo lavoro, quindi, ci si è dati l'obiettivo di ripercorrere le tappe che nei vari contesti storici e sin dagli albori della civiltà l'istituto ha percorso analizzandone le dinamiche evolutive fortemente legate ai contesti politici, culturali e religiosi che via via si sono concretizzate nella società umana, fino ad arrivare ai giorni nostri in Italia, caratterizzati dalla innovativa riforma del 2019.

L'elaborato è stato condotto con l'obiettivo di approfondire la scriminante della legittima difesa attraverso due ordini di prospettive: da un lato si è voluto porre in evidenza l'evoluzione giuridica dell'istituto, studiandolo sia da un punto di vista normativo che storico; dall'altro, si è cercato approfondire la legittima difesa ponendo l'attenzione sui singoli requisiti della stessa, prendendo, soprattutto, in considerazione l'interazione tra la *ratio* ispiratrice del legislatore, la copiosa elaborazione dottrinale e la giurisprudenza della Suprema Corte.

Il percorso sviluppato in queste pagine si propone, quindi, di seguire la linea del tempo, con la finalità di analizzare l'evoluzione della legittima difesa per poter constatare come l'istituto sia non solo da sempre presente in ogni tipo di ordinamento giuridico, ma come questo sia considerato un vero e proprio atto di naturalità in quanto manifestazione del supremo diritto di autoconservazione dell'uomo.

La trattazione si apre con un'analisi dell'istituto condotta da un punto di vista storico, ponendo l'attenzione sulla cultura giuridica di antiche civiltà come quelle greche e romane.

Dall'indagine storica, come vedremo, emerge una costante, rappresentata da un ampliamento delle facoltà reattive dell'agredito dinanzi ad aggressioni alla propria incolumità.

Il primo capitolo del lavoro ha proprio l'obiettivo innanzitutto di porre in rilievo le prove che testimoniano la presenza di tale istituto giuridico sin dalle più remote civiltà.

Si avrà quindi modo di poter constatare la presenza di un sentimento di naturalità della legittima difesa presente nell'antica Grecia e l'evoluzione dell'istituto durante l'Impero Romano, dove si vede affermarsi il concetto di legittima difesa domiciliare.

L'analisi storica prosegue poi nel corso dei secoli, con gli sviluppi della legittima difesa durante il libero fiorire dei Comuni in Italia, fino all'assetto conferito alla fattispecie durante il periodo dei Principati e delle Monarchie.

Lo studio dello sviluppo della legittima difesa non poteva, poi, prescindere dall'analisi della sua natura dell'istituto e del perché fosse costatemenente presente in tutte le culture e ordinamenti della storia, ciò evidenziando le principali rielaborazioni in materia emerse in letteratura.

L'attenzione è stata poi rivolta agli sviluppi normativi dell'istituto, analizzando la disciplina prevista dai vari codici preunitari, che risentivano dell'influenza del grande codice Napoleonico del 1810, fino ad arrivare al primo codice penale italiano, il codice Zanardelli del 1889.

Si vedrà infine come il ventennio fascista abbia influenzato la normativa in esame e come sia stata addirittura introdotta la c.d. "legittima difesa di Stato".

La legittima difesa è oggi disciplinata dall'art. 52 del codice penale, al quale è dedicato il secondo capitolo dell'elaborato, la cui prima parte, come necessaria premesse metodologica, è incentrata anzitutto sul concetto di "reato" e sulla sua struttura.

Si procede poi ad analizzare l'istituto della legittima difesa nelle versioni dell'istituto precedenti alla più recente riforma. Ci si è pertanto soffermati non solo sulla formulazione normativa di cui all'art. 52 comma 1 del codice Rocco del 1930 e sulla sua qualificazione giuridica, ma sono stati anche analizzati, nello specifico, i progetti di modifica culminati poi nella riforma di cui alla legge n. 59 del 2006.

Tale riforma ha sicuramente avuto un'enorme rilevanza sia giuridica che mediatica e, come si vedrà, costituisce il punto di arrivo di un mutato contesto sociale e criminale che secondo alcune impostazioni avrebbe reso la vecchia norma insufficiente a fronteggiare la minaccia per la sicurezza dei cittadini, rappresentata dalle aggressioni nei domicili privati e nei luoghi di lavoro.

Ci si è, da ultimo, soffermati sull'analisi del rapporto che sussiste tra la legittima difesa e le altre cause di giustificazione che con la scriminante in esame presentano alcune similitudini. Inoltre, in un contesto di globalizzazione sia sociale che giuridica come quello in cui oggi viviamo, si è fatto riferimento all'atteggiarsi dell'istituto nella dimensione del diritto internazionale.

L'ultima parte del lavoro si sofferma infine sulla riforma della legge n. 36 del 2019.

L'analisi della novella ha l'obiettivo di evidenziare sia le motivazioni alla base della riforma che la sua *ratio* e, a tal proposito, di particolare interesse risulta l'analisi dei lavori preparatori e dell'iter parlamentare della riforma. Oggetto d'attenzione è altresì il dibattito generatosi all'indomani della riforma sui profili di possibile illegittimità costituzionale dell'istituto di nuovo conio.

L'indagine inoltre prende in esame la nuova fisionomia dell'art. 55 c.p. in tema di eccesso colposo.

Obiettivo del lavoro, in definitiva, è quello di ricostruire le diverse elaborazioni teoriche che nel corso del tempo hanno caratterizzato l'evolversi dell'istituto per poi porre in rilievo, avuto riguardo al novellato assetto legislativo, le problematiche politico criminali e interpretative poste dalla riforma da ultimo entrata in vigore, avuto riguardo sia alla legittimità costituzionale delle nuove previsioni sia all'ammissibilità o meno di alcuni indirizzi da ultimo emersi nella prassi applicativa nel tentativo di collocare l'istituto, come si vedrà, in una cornice

costituzionalmente e convenzionalmente compatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico multilivello.

CAPITOLO I

RICOSTRUZIONE STORICA DELL'ISTITUTO DELLA LEGITTIMA DIFESA

1. Origini: la naturalità della difesa nella cultura giuridica greca

L'istituto della legittima difesa ha origine in un passato molto remoto la cui analisi consente allo studioso di comprendere come la nostra cultura moderna trovi profonde radici in culture antiche mai dimenticate e che oggi ci lasciano in eredità la maggior parte dei nostri istituti giuridici.

Uno dei primi scritti che rappresenta la legittima difesa come al tempo concepita, è l'*Edipo Re* di Sofocle. L'opera, presumibilmente scritta intorno al 430 – 420 a.C., narra la storia di Edipo figlio di Laino, re di Tebe e di Giocasta sua moglie¹.

Secondo il racconto di Sofocle Edipo, giunto ad un crocevia si imbatté in un carro dove a bordo vi era Laino insieme a delle guardie². Le guardie tentarono di cacciare il giovane dalla strada rivendicando forse un diritto di passaggio; Edipo venne aggredito prima da una guardia e poi dallo stesso Laino, che Edipo non conosceva e non sapeva essere in realtà suo padre. La reazione fu immediata: prima Edipo colpì la guardia che lo spintonava violentemente e subito dopo, per difendersi da un colpo alla testa sferzato dallo stesso Laino, colpì quest'ultimo a morte con un bastone. Infine, aggredito dalle altre guardie, Edipo ebbe ancora una volta la meglio uccidendole tutte tranne una che riuscì a fuggire.

Sofocle in questa affascinante tragedia illustra l'evento del crocevia come un evidente caso di legittima difesa. Edipo agì infatti d'istinto facendo ciò che riteneva più appropriato per salvare la propria vita, non gli fu infatti mai contestata

¹ SOFOCLE, *Edipo Re*, in *Sofocle*, Tutte le tragedie, trad. di F.M. Pontani, Roma, 1991.

² Con parole di Sofocle: «Per timore che la rea profezia si avverasse, abbandonai Corinto e, lasciandomi guidare dalle stelle giunsi qui (a Tebe). Ero appena entrato in un trivio quando all'opposta mia direzione si fece avanti preceduto dall'araldo, un cocchio in cui era un vegliardo. Il vecchio e l'auriga pretendevano che lasciassi libero il passo; sdegnato percossi l'auriga e il vecchio a tradimento, mi colpì in testa con una sferza a due punte: non identica fu la pena che egli ebbe, un colpo di mazza infertagli da questa mia mano lo fece precipitare dal cocchi».

l'illeceità del plurimo omicidio, semmai l'unica colpa di questo mitologico personaggio è quella di aver sfidato gli Dei. A conferma della dinamica difensiva dell'accaduto, il grande studioso della mitologia greca Jean - Pierre Vernant scrisse: «Edipo, considerando l'accaduto come un semplice incidente di percorso, pensa che sia stata solo legittima difesa, quindi prosegue la sua strada»³.

Dalla vicenda emerge come nella cultura della Grecia classica fosse radicato l'istituto della legittima difesa; lo si deduce proprio dalle parole di Sofocle che nella tragedia esprimono implicitamente la mancanza di colpa di Edipo nella vicenda di sangue facendo al contrario emergere la necessità naturale della reazione dell'agredito. D'altra parte, la cultura greca aveva cristallizzato anche in termini legislativi la natura e i presupposti di un istituto sempre conosciuto dalla nostra civiltà giuridica e che fin dall'inizio della nostra codificazione appare improntato non solo a principi di ragionevolezza, ma soprattutto ai principi di giustizia naturale.⁴

Di fondamentale importanza è distinguere l'istituto della legittima difesa degli albori della nostra civiltà dall'arcaica vendetta, anche quest'ultima codificata con precisi rituali e mai lasciata al libero arbitrio dei privati. La vendetta privata era infatti considerata un dovere sociale di ogni uomo di valore (*l'agathos*), l'omicida in questi casi aveva a disposizione due alternative per aver salva la vita: prendere spontaneamente la strada dell'esilio o in alternativa offrire pubblicamente un risarcimento ai parenti della vittima (*la poinè*); tale rituale ci viene svelato dal grande poeta Omero, dove nel XVIII canto dell'Iliade nella descrizione della scena raffigurata sullo scudo di Achille sono scolpite le sequenze di un processo vero e proprio⁵. Il processo aveva la finalità di evitare una "doppia sanzione": che la vendetta privata si sommasse al risarcimento (*poinè*) e non vi era invece lo scopo da parte dello stato di punire l'assassino; infatti autorevoli studiosi⁶ ci spiegano che accertando che il risarcimento non fosse stato pagato, i *gerontes* (il consiglio degli anziani) riconoscevano che la vendetta era legittima e autorizzavano chi aveva dato

³ J.P. VERNANT, *L'universo, gli Dei, gli uomini*, trad. it. di I. Babboni, Torino, 2000, 164.

⁴ R. PARADISI, *Il diritto negato: Alle origini della legittima difesa: l'eterno conflitto tra Antigone e Creonte*; Torino, 2019, 3.

⁵ La vicenda processuale scolpita sullo scudo di Achille è descritta da Omero nell'Illiade, Canto XVIII, 497 ss.

⁶ E. CANTARELLA, *Corso di diritto greco*, Milano, 1994, 236.

inizio alle ostilità a proseguirle, con la conseguenza che colui che compiva la vendetta ritenuta legittima non agiva più come vendicatore privato ma era implicitamente investito del compito di far giustizia⁷.

Tale sistema sarà poi destinato a subire delle modifiche con l'emanazione nel VII secolo a.C. della Legge di Draconte con la quale l'omicidio verrà definitivamente sottratto alla vendetta privata diventando un delitto esclusivamente perseguibile dallo stato. Ed è proprio grazie alla Legge di Draconte che riusciamo oggi a comprendere con quale consapevolezza e quale precisione i primi giuristi greci si posero il problema non già dell'atto ritorsivo delle vittime nei confronti dei colpevoli ma della legittimità della reazione immediata a un'offesa⁸.

Le fonti di diritto classico ci mostrano come l'istituto della legittima difesa appartenga alla cultura giuridica greca, ed a dimostrazione di ciò il testo normativo del VII secolo a.C. delinea una triplice ripartizione di omicidi: gli omicidi volontari, gli omicidi colposi ed infine gli omicidi legittimi. Ad oggi è possibile, infatti, evidenziare che secondo Demostene vi erano quattro casi di omicidio legittimo: 1) l'uccisione involontaria di un avversario durante le gare; 2) l'uccisione in guerra; 3) l'uccisione di un brigante in caso di assalto; 4) l'uccisione di μοιχός (adultero) sorpreso con la propria moglie, madre, sorella, figlia e concubine di stato libero [...] ⁹. In dottrina si aggiunge che, secondo l'interpretazione corrente, questa legge avrebbe concesso l'impunità a chi uccideva in difesa del suo patrimonio. La legge riportata da Demostene, pertanto, concedeva l'impunità sia a chi aveva ucciso in difesa dei suoi beni, sia a chi lo aveva fatto per difendersi da un tentativo di sequestro di persona sempre che sussistessero tre condizioni: a) l'ingiustizia dell'azione alla quale aveva reagito con l'uccisione; b) la violenza della medesima; c) l'immediatezza della reazione¹⁰.

È agevole rilevare come tali presupposti vigenti nella cultura della Grecia antica non siano poi così distanti da quelli richiesti oggi dall'istituto della legittima difesa presente nel nostro codice penale, ma al contrario rappresentino dei degni antenati dell'attuale articolo 52 c.p.

⁷ R. PARADISI, *Il diritto negato*, cit. 4.

⁸ *Ibidem*.

⁹ E. CANTARELLA, *Corso di diritto greco*, cit. 236.

¹⁰ E. CANTARELLA, *Corso di diritto greco*, cit. 237s.

L'istituto della legittima difesa viene anche ripreso e analizzato dal grande filosofo Platone. Questi nella sua ultima opera risalente al IV secolo a.C. analizza il c.d. omicidio legittimo con particolari considerazioni destinate a sopravvivere nei secoli. Nelle Leggi, infatti, il filosofo Ateniese spiega in modo limpido e non equivocabile che: "Se un cittadino uccide uno straniero, o uno straniero un cittadino, per legittima difesa, allo stesso modo siano ritenuti puri."¹¹ Ed ancora aggiunge: "Se un tale, di notte, scopre e uccide un ladro che si è introdotto in casa sua per rubare dei soldi, sia puro; e se un tale uccide per legittima difesa un malvivente, sia puro [...]. Se un uomo per caso scopre la propria moglie mentre viene violentata, dopò avere ucciso il violentatore, sia puro come prevede la legge"¹². Emerge quindi come secondo Platone l'atto di uccidere per legittima difesa sia considerato un atto giusto e naturale ed è dunque pura e quindi giusta l'anima di chi compie un atto al solo scopo difensivo.

La legittima difesa va intesa qui sia come difesa della propria incolumità, sia come difesa del proprio patrimonio, sia come difesa del diritto alla inviolabilità sessuale, a dimostrazione di quanto già il maestro dell'occidente fosse dotato di una sensibilità giuridica.¹³ Platone evidenzia come la legittima difesa venga riconosciuta dall'ordinamento del tempo come un diritto di natura con l'unica conseguenza che chi lo esercita è destinato a rimanere puro, in armonia con la legge degli dei ed il cosmo. Le considerazioni di Platone vengono logicamente influenzate dalla cultura e la tradizione dell'epoca: la *polis* greca era infatti una proiezione dell'ordine cosmico dove le leggi civili non potevano che trovare origine dalle leggi divine e cosmiche; l'uomo che agisce secondo le leggi cosmiche poste dagli Dei non potrà quindi compiere alcun delitto riconosciuto dalle leggi civili. Lo Stato, di conseguenza, ha il compito di riconoscere la legittima difesa nel diritto positivo proprio perché essa rappresenta un'immutabile legge non-umana, superiore e non modificabile dalle leggi dell'uomo; in altre parole, lo stato non concede il diritto di difendersi, ma, essendo questo un diritto naturale e di derivazione cosmica, ha il solo ruolo di doverlo riconoscere. Il pensiero di Platone

¹¹ PLATONE, *Leggi di Platone*, Tutte le opere, Trad. it. di E. Pegone, Roma, 1997, libro IX, 869d, 451.

¹² PLATONE, *Leggi di Platone*, cit. libro IX, 874b – 874c, 459.

¹³ R. PARADISI, *Il diritto negato*, cit. 6.

sulla natura delle leggi emerge anche in un'altra straordinaria opera del filosofo Ateniese: *Minosse*. Qui viene messo in luce come la legge sia in realtà la scoperta del vero e con più precisione “la legge vuole essere la scoperta di ciò che è [...] è scoperta della realtà.”¹⁴ Anche qui sembra venir confermata la tesi secondo cui il diritto posto dallo stato è legittimo solo quando risulta conforme al diritto naturale che coincide con le leggi divine; il giusto e quindi il diritto sono rivelazioni del vero. La legittimità della difesa è dunque “scoperta” di ciò che è vero e giusto per natura¹⁵.

1.2 La difesa privata nell'Impero Romano

Il diritto penale all'epoca dell'Impero Romano presenta intuizioni talvolta pienamente aderenti alla nostra mentalità giuridica; in tale contesto l'istituto della legittima difesa può essere ricostruito in tutti i suoi elementi ricercandoli a partire dalle leggi delle dodici tavole, fino ai frammenti del Digesto Giustiniano, passando, ovviamente, attraverso le orazioni Ciceroniane.

L'istituto della legittima difesa si ritrova nelle varie legislazioni di cui è rimasta memoria: in particolare in quelle ebraica, romana, greca, germanica, canonica, fino ad arrivare alla legislazione odierna¹⁶. Il fatto che tutte le leggi di diversi popoli nei vari periodi storici abbiano ammesso la legittima difesa conferma che quelle norme non hanno fatto altro che regolare un fenomeno proprio della natura umana; d'altronde, la legge non è che una codificazione di precetti derivati dagli imperativi e dalla coscienza giuridica di un popolo in un determinato momento della sua storia¹⁷.

Nei primi tempi all'offesa dell'individuo si contrapponeva unicamente la reazione istintiva dell'agredito o del leso, che scaturiva dalla stessa legge naturale di conservazione, secondo cui chi si vede o si sente minacciato tende ad allontanare da sé il pericolo con tutti i mezzi che ha a disposizione; non di rado accadeva che

¹⁴ PLATONE, *Minosse*, in Platone, *Tutte le opere*, trad. it. di S. Rubatto, Roma, 1997, 315a, 31.

¹⁵ R. PARADISI, *Il diritto negato*, cit., 9.

¹⁶ Sulle origini della legittima difesa in epoca protostorica si veda P. PEVERATI, *Considerazioni sulla legittima difesa*, Torino, 1942. 32 ss.

¹⁷ *Ibidem*.

qualora l'agredito o il leso non potesse difendersi autonomamente, a lui si sostituiva la sua famiglia o la *gens*. La difesa, quindi, in origine presentava connotati molto disordinati e sfociava spesso nella vendetta in quanto era affidata alla discrezionalità dei singoli individui, cioè alla loro valutazione soggettiva o al massimo a quella della famiglia o della *gens*¹⁸.

In età arcaica l'ordinamento cittadino lascia uno spazio non indifferente all'esercizio della vendetta privata; la *civitas* interviene soprattutto per regolamentare la vendetta, in modo che la pace sociale non risulti turbata da eccessi incontrollati o da intollerabili omissioni¹⁹.

Successivamente la funzione di prevenzione e di repressione dell'illecito ledente interessi privati o pubblici della popolazione fu sottratta al singolo minacciato o danneggiato e attribuita solo e unicamente allo Stato, che la attuò attraverso i suoi organi di polizia e giudiziari; ma nonostante ciò, non di rado possono verificarsi casi in cui l'imminenza del pericolo o della lesione sia tale che ricorre allo Stato, o, meglio, ai suoi organi, pregiudicherebbe il soggetto minacciato o aggredito con un irreparabile danno: sarebbe politicamente irrazionale che il soggetto vittima dell'azione scorretta altrui debba subire supinamente la minaccia, il torto e il danno per l'impossibilità momentanea di sollecitare e di avere tempestivamente l'assistenza degli organi dello Stato.

In questo senso, si parla di una delega o di un mandato che lo Stato conferirebbe al soggetto passivo della minaccia o del pericolo di un'offesa di reagire, a suo nome e per suo conto, per impedire la minaccia o la lesione del diritto di cui è titolare il soggetto stesso per il riconoscimento avuto dallo Stato²⁰.

Lo Stato, quindi, non ha mai disconosciuto il fondamento logico della reazione difensiva all'ingiusta aggressione altrui; al contrario, tale reazione viene invece riconosciuta, come ci suggerisce Cicerone, sulla scia tracciata da Platone²¹,

¹⁸ G. FIORETTI, *Sulla legittima difesa*, Torino, Bocca, 1886, p. 25.

¹⁹ F. AMARELLI, L. DE GIOVANNI, P. GARBARINO, V. MAROTTA, A. SCHIAVONE e M. VINCENTI, *Storia del diritto romano e linee di diritto privato*, a cura di Aldo Schiavone, Torino, 2011. II parte, cap. II. 161ss.

²⁰ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, Torino, 1908, 232; G. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, Perugia, 1910, 38 ss. Per una visione contraria rispetto al concetto di delega o mandato così espresso, si veda P. PEVERATI, *Considerazioni su la legittima difesa*, cit., 13, nota 5.

²¹ L'Arpinate, in una sorta di corrispondenza di comune sentire con Platone, utilizza un'espressione, riferita alla legge naturale della legittima difesa, che colpisce per l'immediatezza e l'impressionante

come un diritto naturale dell'uomo, e tale diritto di difesa trova riconoscimento anche in questo periodo storico, a seguito della constatazione della sua esistenza presso quasi tutti i popoli e in quasi tutti i tempi e viene giustificato o meglio legittimato se esercitato entro certi limiti posti dal legislatore nei vari aggregati umani in un momento cronologico della loro storia a seconda di fattori individuali, sociali e politici.

I romani assegnarono un duplice fondamento all'istituto della legittima difesa: secondo lo *ius naturale*, che era quello comune a tutti gli esseri creati, e secondo lo *ius gentium*, che era il diritto che i Romani avevano in comune con gli altri popoli; da ciò si deduce che già i Romani consideravano l'istituto della legittima difesa comune anche agli altri popoli e agli altri individui.

Il diritto penale romano prevedeva, proprio come l'attuale legislazione, determinati requisiti, la cui sussistenza rendeva legittima la difesa privata: doveva verificarsi un'ingiusta aggressione, una minaccia di violenza o una violenza in atto e un pericolo attuale o presente, ma soprattutto inevitabile, che doveva, inoltre, essere vicino o imminente. In dottrina si è specificato proprio che per configurarsi la *inculpatae tutela*: «deve trattarsi di attacco ingiusto e tale attacco deve essere attuale poiché allora si dovrebbe discorrere di vendetta e non di difesa; non futuro che manca urgenza dell'azione privata»²². Circa i beni difendibili si faceva riferimento non solo alla tutela della vita, ma anche alla tutela dell'integrità fisica, del pudore proprio e altrui; inoltre, dato l'alto sentimento familiare dei Romani, si applicava l'istituto della legittima difesa per la lesione all'onore che derivava al capo famiglia dai delitti di adulterio. Dalla legge delle dodici tavole sino alle *Lex Iulia de adulteriis coercendis*²³ sempre il marito ed il padre avevano diritto all'impunità se avessero ucciso sorprendendo la moglie o la figlia in una illegittima relazione

efficacia del concetto, non a caso espresso durante un'orazione giudiziaria. "Ce la siamo presa ed è ormai conaturata in noi", esclama l'oratore dimostrando dunque di aver scoperto e preso platonicamente una norma desunta dalla natura. R. PARADISI, *il diritto negato*, cit. 10.

²² C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Roma, 1976, 85.

²³ Nel 18 a.C. viene approvata, su proposta di Augusto, la *lex Iulia de adulteriis coercendis*: tale legge, non si limitava a sottoporre ad una nuova regolamentazione la violazione della fede coniugale. Essa stabiliva, in linea assai più generale, che fosse punito come *crimen* (vale a dire come delitto pubblico, perseguibile su iniziativa di qualunque cittadino) qualsiasi rapporto sessuale al di fuori del matrimonio e del concubinato, eccezion fatta per quelli con le prostitute e con donne a queste equiparate, o in ragione del mestiere esercitato, o perché già condannate, in precedenza, per condotta immorale. Il termine adulterio, viene usato da Augusto in senso lato, e comprende anche lo stupro.

sessuale; e quest'ultima legge non distingueva la condizione del padre naturale da quella dell'adottivo, perché entrambi usufruivano egualmente dell'impunità. Inoltre, si ammetteva la legittima difesa anche in caso di attacco alla libertà personale come nel sequestro di persona e nella violenza privata, e si richiedeva anche l'altro elemento della proporzione fra il male minacciato dall'offesa e quello irrogato in reazione della difesa.

Più tardi, il concetto di legittima difesa trovò un'evoluzione, e venne introdotto il concetto di *provocatio*, ne è un esempio illustre il discorso giudiziario di Marco Tullio Cicerone in favore del politico Milone nel 52 a.C., tale orazione viene considerata non solo come l'apice della sua carriera di avvocato e uomo politico, ma grazie all'eleganza dello stile e all'estrema abilità dell'argomentazione, può essere considerata come la migliore in assoluto di tutta la letteratura latina. Tale discorso assume – in tale contesto – un ruolo decisivo in quanto viene considerato uno dei primi esempi di utilizzo in un processo dell'istituto della legittima difesa.

I fatti – ancora oggi – sono ben noti e la loro ricostruzione si deve specialmente all'arringa difensiva di Cicerone, ma non mancano anche altre fonti. Il 18 gennaio del 52 a.C. Clodio e Milone, i due eterni nemici politici, il primo testa calda dei “*populares*”, il secondo uomo di spicco degli “*optimates*”²⁴, si erano casualmente incontrati sulla Via Appia, nei pressi di Boville, poco fuori di Roma. I due viaggiavano scortati dai rispettivi sgherri armati: tra questi non mancavano schiavi e gladiatori i quali erano noti per la loro reputazione violenta, riuscendo a turbare più volte la vita pubblica romana, uccidendo, incendiando, saccheggiando e terrorizzando gli esponenti dei due maggiori partiti che si disputavano il potere nella Repubblica. Lo scontro fisico tra i due politici e i loro seguiti non durò a lungo: non ci volle molto perché i clodiani – non più di una trentina – avessero la peggio²⁵;

²⁴ La fazione dei democratici (*populares*), in contrapposizione a quella degli aristocratici (*optimates*) non era un partito in senso moderno, ma piuttosto un movimento politico d'opinione. I *populares* erano definiti come sostenitori del popolo contro l'oligarchia che pretendeva di detenere il potere per nascita e non per meriti. Erano rappresentati dal ceto equestre e da alcuni membri della nobilitas, plebei, contadini, artigiani, militari che aspiravano a beneficiare della politica imperialista, grazie anche alle alleanze con i municipi. Gli *optimates* venivano definiti sostenitori degli interessi della nobilitas. Erano rappresentati quindi dalle famiglie nobili ma anche da alcune di origini plebee. Sul punto si veda G. GILBERTI, *Elementi di storia del diritto romano*, Torino, 2001, 139ss.

²⁵ Per un quadro di questi fatti si veda K. KUMANIECKI, *Cicerone e la crisi della Repubblica romana*, trad. ital., Roma 1972, 361 ss; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana volume III*, Napoli, 1973, p. 155 ss.; L. FEZZI, *Il tribuno Clodio*, Roma, 2008, 104 ss.

lo stesso Clodio venne ferito e i suoi uomini, nel tentativo di salvarlo lo trasportarono in una taverna poco distante, barricandola nel disperato tentativo di opporre resistenza al nemico; ma Milone, a quel punto, decise di non farsi scappare l'opportunità di chiudere la partita una volta per tutte e diede ordine di assaltare la taverna. Clodio a quel punto non ebbe scampo: venne trascinato fuori e finito, direttamente sulla strada: il suo cadavere inoltre venne abbandonato a terra e trovato, poco più tardi, da un senatore che passava di lì, Sesto Tedio, il quale ebbe cura di riportarlo a Roma, dove il suo arrivo suscitò una immensa agitazione tra la folla. Entrambi Clodio²⁶ che Milone²⁷ si erano candidati, per quell'anno, ad un'alta carica politica: il primo alla pretura, il secondo al consolato. Nel difficile quadro che vedeva opposti gli ottimati ai popolari, Clodio aveva contribuito a rendere ancora più tempestosa la già vivace scena popolata da personaggi come Pompeo, Crasso, Cesare, Antonio e Cicerone²⁸. La notizia di quella morte eccellente si propagò anche al di fuori dell'Italia facendo credere che molte cose sarebbero cambiate²⁹.

²⁶ I. GENTILE, *Clodio e Cicerone. Studio di storia romana*, Pisa 1876; G. GIANNELLI-S. MAZZARINO, *Trattato di storia romana, I. L'Italia antica e la repubblica romana*, Roma 1953, 419 ss.

²⁷ Su Milone, tribuno della plebe nel 57 a.C. e, verosimilmente, pretore nel 55 a.C., vedi E. KLEBS, *Annius*, 67, in PW, I, Stuttgart 1894, coll. 2271 ss.; A.W. LINTOTT, *Cicero and Milo*, in JRS 64, 1974, 62 ss.

²⁸ Per una valutazione del ruolo di Clodio sulla scena politica romana dell'ultima età repubblicana anche alla luce delle informazioni fornite da Cicerone si veda L.G. POCOCK, *Clodius Pulcher and the Acts of Caesar*, in CIQ 18, 1924, p.59 ss.; iD., *A Note on the Policy of Clodius*, in CIQ 19, 1925, p.182 ss.; iD., *Pompeiusve parem*, in CIP, 1927, p. 301 ss.; F.B. MARSH, *The Policy of Clodius*, in CIQ 21, 1927, p.30 ss.; iD., *The Gangsters in Roman Politics*, CJ 28, 1932, 168 ss.; F. CASSOLA, LABRUNA, in *Lineamenti di storia del diritto romano 2*, sotto la direzione di M. TALAMANCA, Milano 1989, 348 ss.; E. LEPORE, *La decisione politica e l'auctoritas senatoria: Pompeo, Cicerone, Cesare*; G. CLEMENTI, F. COARELLI, E.GABBA (a cura di), *Storia di Roma, II. L'impero mediterraneo, 1. La repubblica imperiale*, Torino, 1990, 777 nota. 106.

²⁹ *Caes., bell. gall. 7.1: Quieta Gallia Caesar, ut constituerat, in Italiam ad conventus agendos pro cisca- tur. Ibi cognoscit de Clodii caede [de] senatusque consulto certior factus, ut omnes iuniores Italiae coniurarent, delectum tota provincia habere instituit. Eae res in Galliam Transalpinam celeriter perferuntur. Addunt ipsi et ad ngunt rumoribus Galli, quod res poscere videbatur, retineri urbano motu Caesarem neque in tantis dissensio- nibus ad exercitum venire posse. Hac impulsu occasione, qui iam ante se populi Romani imperio subiectos dolerent liberius atque audacius de bello consilia inire incipiunt rell.*

Poco dopo fu emanato un *senatus consultum ultimum*³⁰ e Pompeo fu nominato *consul sine collega* dall'interrex Servio Sulpicio Rufo³¹ assumendo immediatamente il potere. In questo modo la possibilità che la candidatura di Milone al consolato avesse successo divenne esigua. A pochi giorni dalla sua nomina, Pompeo fece approvare una serie leggi che andavano a toccare il diritto penale: vennero infatti istituiti nuovi processi caratterizzati da una procedura più snella e breve e da pene ben più aspre. In particolare, con la *lex Pompeia de caede in uia Appia*³² venne istituita una procedura *extra ordinem*³³ proprio per giudicare i recenti avvenimenti in cui Clodio aveva trovato la morte. Inoltre, con un'altra legge si reprimeva con valore retroattivo il *crimen ambitus*.

Di lì a poco, Milone fu accusato innanzi ad una giuria posta in essere con la legge *de caede in uia Appia*, e il processo a suo carico si aprì il 4 aprile dello stesso anno³⁴. Milone fu assistito da un collegio difensivo del quale faceva parte anche Cicerone³⁵ e fu proprio in quell'occasione che nacque l'orazione "Pro Milone"³⁶. Il

³⁰ Con il termine di *Senatus Consultum Ultimum* o anche *senatus consultum de re publica defendenda* si suole individuare un provvedimento straordinario con cui il senato romano, dovendo fronteggiare una situazione di emergenza e di impellente pericolo per lo Stato, promanante sia da agenti esterni che interni, affidava ai sommi magistrati in carica il compito di salvare la *res publica*, conferendo loro i più ampi poteri di agire.

³¹ Liv., per. 107; Plut., Pomp. 54.8; Dio Cass., 40.50.4; Asc., in Mil. 37 [Clark 100-101]; App., bell. ciu. 2.23.84. Sulla particolare situazione che si era creata sul piano costituzionale a seguito della violazione del principio della collegialità che caratterizzava il consolato sin dalle sue origini possono consultarsi I. ROSS TAYLOR, *Party Politics in the Age of Caesar*, Los Angeles 1949, p. 149; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, Napoli, 1951, 157 ss.

³² Sulla cosiddetta *lex Pompeia de caede in uia Appia* si veda Cicerone pro Milone 15-17; Asc., in Mil. 39 [Clark 103]: ... Per lata deinde lege Pompeia, in qua id quoque scriptum erat, ut quaesitor suffragio populi ex iis, qui consules fuerant, crearetur, statim comitia habita, creatusque erat L. Domitius Ahenobarbus quaesitor rell.; Schol. Bob. in pro Mil., arg. [Clark 119]: ... Cn. etiam Pompeius, qui tunc sine collega tertium consulatum gerebat, tulit legem, ut de eadem caede extra ordinem quaereretur rell.

³³ Tale procedura presentava profili di illegittimità: secondo quando sostenuto dal tribuno della plebe Marco Celio (cfr. Asc., in Mil. 37 [Clark 101]), la legge istitutiva della quaestio si sarebbe configurata come un *privilegium*, violando così l'antica disposizione delle Dodici Tavole che li vietava. Sul punto si veda R.W. HUSBAND, *The Prosecution of Milo. A Case of Homicide with a Plea of Self-Defense*, in *Classical Weekly* 8, 1915, 148.

³⁴ Sulle date del processo v. A.C. CLARK, *The Date of the Trial of Milo*, in M. Tulli Ciceronis pro T. Annio Milone ad iudices oratio, Oxford 1895 (rist. anast. Amsterdam 1967), 127 ss.

³⁵ Il collegio difensivo era composto anche dal fratello gemello della moglie di Milone, Fausto Cornelio Silla, da Quinto Ortensio Ortalo e da altri oratori. Cfr. Asc., in Mil. 35 [Clark 99]: ... Adfuerunt Miloni Q. Hortensius, M. Cicero, M. Marcellus, M. Calidius, M. Cato, Faustus Sylla rell

³⁶ Cicerone doveva aver pronunciato a braccio la propria arringa, basandosi su alcune parole chiave che era solito memorizzare e sfruttando gli appunti che aveva scritto per i commentari defensionis. Il testo che ci è giunto oggi, invece, è quello rielaborato da Cicerone e forse pubblicato nei primi mesi del 51 a.C.⁴² Come nel caso di altre orazioni ciceroniane, esso fu scritto per fungere da modello nelle scuole di retorica.⁴³ In questa versione all'exordium (pro Mil. 1-6) seguono la confutatio (pro Mil. 7-23), la narratio (pro Mil. 24-31), la confirmatio (pro Mil. 32-71), la tractatio extra causam

famoso discorso difensivo risulta essere in questa sede particolarmente interessante proprio perché vengono messi in luce due diversi aspetti della legittima difesa: quella personale, e quella dello Stato. Non paiono esserci dubbi sul fatto che la linea principale della strategia difensiva sia imperniata sul tema della legittima difesa personale piuttosto che su quello della difesa dello Stato: già dalla lettura delle prime parole dell'orazione³⁷ appare evidente come Cicerone sembri volersi muovere in tal senso. Al termine dell'*exordium*, infatti, l'oratore afferma in modo chiaro che, servendosi della *inlustratio*³⁸, il suo intento principale sarà quello di mostrare agli occhi dei giurati quanto sia evidente che l'uccisione di Clodio per mano di Milone sia stata solo una conseguenza necessaria per consentire a quest'ultimo di potersi salvare dall'agguato che gli era stato teso dallo stesso Clodio. Nella parte iniziale dell'orazione, Cicerone si propone di focalizzare l'attenzione della giuria sullo *status causae*, e cioè sull'aspetto rimesso

(pro Mil. 72-91), e la peroratio, svolta in forma di commiseratio (pro Mil. 92-105). Si veda sulle due versioni della pro Milone F.H. COLSON, *Cicero, Pro Milone. Edited with Introduction and Notes*, London, 1893 (rist. Bristol 1991), xxix-xxxii; J.N. SETTLE, *The Trial of Milo and the Other Pro Milone*, in TAPhA 94, 1963, 268 ss.; A.M. STONE, *Pro Milone: Cicero's Second Thoughts*, in Antichthon 14, 1980, 88 ss. Per la data del testo rielaborato, vi sono più opinioni, in particolare secondo J. HUMBERT, *Les plaidoyers écrits et les plaidoiries réelles de Cicéron*, Paris s.d. (ma 1925; rist. Hildesheim-New York 1972), pp. 189 ss., il testo scritto sarebbe stato redatto negli ultimi mesi del 52 a.C.; in senso contrario vedi E. CIACERI, *Cicerone e i suoi tempi*, II2, Milano, 1941, 155. Secondo M.E. CLARK-J.S. RUEBEL, *Philosophy and Rhetoric in Cicero's «Pro Milone»*, in RhM 127, 1985, 72, si potrebbe pensare al settembre del 52 a.C. Per D.H. BERRY, *Pompey's legal knowledge – or lack of it: Cic. Mil. 70 and the date of Pro Milone*, in Historia 42, 1993, 502 ss., il momento della rielaborazione dell'arringa potrebbe datarsi invece al gennaio del 51 a.C. A giudizio di J.N. SETTLE, *The Trial of Milo*, cit., 273 ss. la pubblicazione deve essere sicuramente avvenuta prima della primavera del 51 a.C., quando Cicerone partì come proconsole per la Cilicia.

³⁷ Cic., pro Mil. 6: Quamquam in hac causa iudices, T. Anni tribunatu rebusque omnibus pro salute rei publicae gestis ad huius criminis defensionem non abutemur. Nisi oculis videritis insidias Miloni a Clodio esse factas, nec deprecaturi sumus ut crimen hoc nobis propter multa praeclara in rem publicam merita condonetis, nec postulari ut, quia mors P. Clodi salus vestra fuerit, idcirco eam virtuti Miloni potius quam populi Romani felicitati adsignetis. Sin illius.

³⁸ Cfr. Quint., Inst. or. 6.2.32: Insequitur ἐνάργεια, quae a Cicerone inlustratio et evidentia nominatur, quae non tam dicere videtur quam ostendere, et adfectus non aliter quam si rebus ipsis intersimus sequentur rell.; 8.3.62: Magna virtus res, de quibus loquimur, clare atque, ut cerni videantur, enuntiare. Non enim satis ef cit neque, ut debet, plene dominatur oratio, si usque ad aures valet, atque ea sibi iudex, de quibus cognoscit, narrari credit, non exprimi et oculus mentis ostendi. Altri esempi di inlustratio si hanno in Cic., pro Mil. 30; 53-54; 72-75. Sul suo impiego nella pro Milone può vedersi A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola, le orazioni di Cicerone*, Palermo, 2007, p. 191 ss.; iD., *Strategie retoriche, emozioni e sentimenti nelle orazioni ciceroniane. Le citazioni storiche nella pro Milone*; pubblicato in HORMOS, Hormos 3, 2011, 140-151., p.148 ss.; iD., *Apparizioni, fantasmi e altre 'ombre' in morte e resurrezione dello Stato. Fictio, allegoria e strategie oratorie nella pro Milone di Cicerone*. In G. Moretti, & A. Bonandini (a cura di), *Persona ficta. La personificazione allegorica nella cultura antica fra letteratura, retorica e iconografia* (pp. 139-169). Trento: Università degli studi di Trento. Dipartimento di Studi Letterari, Linguistici e Filologici, 143 ss.

all'accertamento dei giurati: non si trattava infatti di una *quaestio facti*, ma di una *quaestio iuris*. Ciò comportava che la giuria non doveva solo accertare i fatti ma più che altro, aveva come obiettivo principale quello di stabilire se l'uccisione fosse avvenuta *'iure'* (o *'recte et iure'*). È questo il *thema decidendum*, la *res quae uenit in iudicium*³⁹. Cicerone inoltre fa presente alla giuria la necessità in tale situazione, di indagare sulla causa dell'uccisione piuttosto che sull'uccisione in sé⁴⁰. Ed è proprio questo il punto principale della difesa di Milone, che sarebbe stato oggetto di prova. Per tale ragione, l'oratore rammenta ai giurati il principio non trascurabile, che consentiva di uccidere legittimamente colui il quale avesse teso un'imboscata⁴¹.

Nella seconda parte dell'orazione, però, Cicerone espone anche il secondo piano difensivo, secondo cui l'uccisione di Clodio da parte di Milone sarebbe stata necessaria per salvare lo Stato⁴² dal pericolo imminente costituito dalla possibilità che Clodio esercitasse le funzioni di pretore a briglia sciolta (*praetura soluta*), e

³⁹ L'espressione *'res quae uenit in iudicium'* è impiegata dai giuristi romani dell'età classica per indicare l'oggetto del giudizio anche in relazione all'agere per formulas. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 166.

⁴⁰ Cicerone richiama il contenuto del primo capitolo della *lex Cornelia de sicariis et ueneficis*, che fra le altre cose vietava entro la città di Roma ed entro una cerchia di mille passi da essa il porto d'armi a scopo di omicidio e di furto. Tale legge viene richiamata da Cicerone poichè il dettato normativo si riferiva a chi andasse in giro armato *hominis occidendi furtiue faciendi causa*, ma non a chi circolasse armato a scopo difensivo.

⁴¹ Cic., pro Mil. 11: *Silent enim leges inter arma nec se exspectari iubent, cum ei qui exspectare uelit ante iniusta poena luenda sit quam iusta repetenda. Etsi persapienter et quodam modo tacite dat ipsa lex potestatem defendendi, quae non hominem occidi, sed esse cum telo hominis occidendi causa vetat, ut, cum causa, non telum quaereretur, qui sui defendendi causa telo esset usus, non hominis occidendi causa habuisse telum iudicaretur. Quapropter hoc maneat in causa, iudices; non enim dubito quin probaturus sim uobis defensionem meam, si id memineritis quod obliuisci non potestis insidiatorem interfici iure posse.* Sulla struttura sintattica della prima parte di questo passo vedi F.A. PREUSS, *A Note on Cicero Pro Milone 10*, in *The Classical Bulletin* 24, 1947-1948, 34.

⁴² In Cic., pro Mil. 30 si sottolinea come Milone, uccidendo Clodio, abbia salvato lo Stato e i cittadini, dapprima con una preterizione (*Nihil dico quid res publica rell.*), e una seconda volta, esplicitamente, con l'affermazione che Milone è nato con il destino di salvare la *res publica* e i cittadini (... *Miloni, qui hoc fato natus est ut ne se quidem servare potuerit quin una rem publicam vosque seruaret*). In pro Mil. 34 Cicerone sostiene che la *praetura* di Clodio avrebbe rappresentato un pericolo per lo Stato. In pro Mil. 38 si afferma che Milone ha usato la propria *uis* per evitare che Clodio *'vi oppressam civitatem teneret'*. In pro Mil. 63 si insiste sul motivo che Milone, uccidendo Clodio, ha liberato la patria (*illius morte patriam liberare uoluisse*). In pro Mil. 72-73 Cicerone ribadisce ancora una volta che l'uccisione di Clodio ha salvato lo Stato, ed elenca una lunga serie di gravi misfatti da lui compiuti perfino nei confronti dei suoi congiunti. In pro Mil. 76 il pericolo rappresentato da Clodio per lo Stato è esemplificato con le nefandezze che egli avrebbe potuto compiere se fosse stato eletto pretore: sono pericoli imminenti (*quae aderant iam et impendebant*), non solo a danno dei Romani, ma anche dei provinciali e delle altre nazioni. L'idea che l'uccisione di Clodio ha significato la salvezza dello Stato ricorre anche in Vell. Pat., 22.47.4: *Quo tempore P. Clodius a Milone candidato consulatus exemplo inutili, facto salutari rei publicae circa Bovillas contracta ex occursu rixa iugulatus est rell.*

cioè senza che Milone, come console, gli ponesse alcun freno⁴³. Occorre inoltre evidenziare – per comprendere l’orazione – che in quel periodo storico vigeva il principio in base al quale il tirannicidio era da considerarsi legittimo⁴⁴.

L’autore rileva ancora come «...tra le tante occasioni in cui ci può capitare di uccidere un uomo ed avere la ragione dalla nostra parte, una è davvero giusta e ineluttabile: la legittima difesa, quando cioè si risponde alla violenza con la violenza. Un tributo militare, che prestava servizio nell’esercito di Caio Mario, di cui peraltro era nipote, aveva tentato di far violenza sessuale su un semplice soldato. L’onesto giovane, ribellatosi, lo uccise, preferendo reagire a proprio rischio e pericolo piuttosto che rassegnarsi a subire le voglie altrui. E Mario, mosso da un vivo senso di giustizia, lo scagionò da ogni colpa e lo lasciò libero. Ma come si può chiamare ingiusta la morte inferta a chi tende insidie e ruba le nostre sostanze? [...] Esiste, dunque, giudici, questa legge non scritta ma insita in noi, che non abbiamo letto o imparato sui banchi di scuola ne ereditato dai padri: al contrario, l’abbiamo desunta dalla natura, assimilata completamente e fatta nostra: non ce l’hanno insegnata, ce la siamo presa ed è ormai connaturata in noi punto così, se dovessimo subire un agguato, una violenza, magari anche armata, per opera di un brigante da strada o di un avversario politico, ogni mezzo per salvare la nostra vita sarebbe lecito»⁴⁵.

Cicerone nella sua arringa evoca quindi proprio il principio della legittima difesa a dimostrazione quindi che questo fosse già ben radicato nella cultura del diritto penale romano; e in effetti i primi riferimenti alla legittima difesa sono riconducibili addirittura alle XII Tavole (*Lex duodecim tabularum*).

⁴³ L’immagine ricorre in Cicerone, pro Mil. 34. Cfr. anche Cicerone, pro Mil. 88-89

⁴⁴ Cic., de re publ. 2.29.51: Quare prima sit haec forma et species et origo tyranni inventa nobis in ea re publica, quam auspiciato Romulus condiderit, non in illa, quam, ut perscripsit Plato sibi ipse Socrates [†peripeateto] illo in sermone depinxerit, ut, quem ad modum Tarquinius, non novam potestatem nactus, sed, quam habebat usus iniuste totum genus hoc regiae civitatis everterit; sit huic oppositus alter, bonus et sapiens et peritus utilitatis dignitatisque civilis quasi tutor et procurator rei publicae; sic enim appelletur quicumque erit rector et gubernator civitatis rell. Viene affermato che al tiranno che opprime lo Stato si contrappone il cittadino bonus, sapiens et peritus utilitatis dignitatisque civilis che agisce come tutore e amministratore dello Stato (quasi tutor et procurator rei publicae).

⁴⁵ CICERONE, *Difesa di Milone* in CICERONE, *Difesa di Archia*. Difesa di Milone, trad. it. di A. Burlando, Milano, 1993, VII ed., 2014, 35 ss. Non sfugga il passaggio sulla giustificazione della legittima difesa anche in caso di violenza sessuale, a dimostrazione che già nel diritto romano era ben presente l’importanza della tutela della inviolabilità sessuale alla quale si dava evidentemente un peso equivalente a quello del diritto alla vita.

Nelle sue più remote origini, si consentiva infatti l'uccisione del ladro notturno per il sol fatto che esso tende all'impossessamento della cosa altrui approfittando delle circostanze di tempo, che, agevolandolo, rendono più difficoltosa la difesa. Si afferma dunque un principio di maggiore tutela sociale che ancora oggi trova la sua ripetizione nella legislazione vigente. È proprio la distinzione fra il dato che l'intrusione ladresca o il suo tentativo avvengano di notte piuttosto che di giorno il punto illuminante della vicenda, in quanto i romani ritenevano più pericoloso, più subdolo o più grave il furto perpetrato o tentato di notte piuttosto che quello commesso alla luce del sole⁴⁶. La dottrina prevalente ritiene che in tali disposizioni si abbia un avanzo della vendetta privata.⁴⁷ Cicerone, infatti, proprio in occasione della difesa di Milone evoca i principi di diritto scritti da sempre nelle XII Tavole per ricordare al foro la presenza da sempre nella cultura romana di un diritto naturale ed insopprimibile⁴⁸.

L'autore infatti scrive che «...anche le dodici tavole hanno stabilito che si può uccidere in qualunque modo, senza timore di incorrere in sanzioni penali, il ladro sorpreso a rubare di notte; quello che, invece, agisce in piena luce del sole, solo se prova a difendersi con un'arma. C'è ancora qualcuno, quindi, che continuo ad essere convinto della punibilità di ogni omicidio, in qualunque circostanza commesso, quando sono proprio le leggi che talvolta ci forniscono l'arma per agire?»⁴⁹.

Inoltre, con riferimento alla disposizione appena vista presente sulle XII Tavole, è interessante analizzare la tesi di importante dottrina, che sostiene che la disposizione che consente alla vittima di un furto di uccidere sul fatto il ladro che si difende a mano armata rappresenta di fatto la consegna dell'offensore alla divinità⁵⁰. Santalucia richiama l'istituto dell'*homo sacer*, l'individuo che si è posto contro l'ordinamento giuridico il cui destino viene messo in mano agli Dei e

⁴⁶ P. PEVERATI, *Considerazioni su la legittima difesa*, cit. 13, nota 5.

⁴⁷ P. PEVERATI, *Considerazioni su la legittima difesa*, cit. 16; 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*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, 2006, 1383. Sulla legittima difesa nel diritto penale romano si veda C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano*, in *Enc. Dir.*, a cura di E. Pessina, vol. 1, Milano, 1905, 3ss.

⁴⁸ R. PARADISI, *Il Diritto negato*, 2019, cit. 11 ss.

⁴⁹ CICERONE, *Difesa di Milone*, cit.

⁵⁰ R. PARADISI, *Il diritto negato*, cit. 13.

chiunque, al fine di placare l'ira celeste e non essere contaminato dalla macchia delittuosa che il reo porta con sé, può ucciderlo⁵¹.

1.3 Periodo Bizantino in Italia

Lo schema dell'istituto delineato dal diritto romano rimase per lo più inalterato in Italia durante il periodo bizantino, subendo modificazioni dovute all'influenza del diritto germanico durante l'invasione di quei popoli. Queste modifiche furono determinate dal fatto che gli invasori non comprendevano le leggi romane, che rappresentavano uno stadio molto evoluto di perfezione giuridica per quei popoli che, invece, si trovavano ancora in una fase poco progredita di civiltà, nettamente inferiore a quella romana. Col passare del tempo, i popoli invasori subirono l'attrazione del diritto romano e, infatti, si verificò un fenomeno di interferenza e di vicendevole influsso fra le varie leggi romane e germaniche.

In particolare, in Italia il diritto germanico si svolse in due distinti periodi: il primo comprese il V secolo d.C., quello della caduta dell'Impero Romano d'occidente e fu caratterizzato dalla coesistenza delle leggi romane promulgate dai re barbari e delle leggi del diritto originario germanico; il secondo andò dal VI al XI sec. ed in esso intervennero le leggi longobardiche, le leggi franche e le leggi feudali⁵².

Per i Germani il reato era un fatto che distruggeva la pace: dopo la commissione di reati privati si dava luogo alla faida, cioè, all'inimicizia limitata fra l'offeso e l'offensore o fra le loro famiglie e dalla faida scaturiva poi la vendetta privata, che si perpetuava soprattutto per il manchevole intervento dell'organismo politico regio, allora, assai debole e ancora non in grado di assicurare pienamente la tranquillità individuale e sociale. In queste vendette private si ravvisa un nucleo embrionale della legittima difesa: presso i Germani, quindi, la scriminante era compresa, dato

⁵¹ B. SANTALUCIA, *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, 14 ss. Per un approfondimento su tale istituto del diritto penale romano, si veda A. ZOCCO-ROSA, *L'età preistorica e il periodo teologico - metafisico del diritto penale a Roma*, Catania, 1883, 23.

⁵² Per l'evoluzione del diritto germanico in Italia C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, in *Enc. dir. pen. It.*, a cura di E. Pessina, vol. II, Milano, 1906, 213 ss.; ID.; *Storia del diritto penale italiano dal secolo VI al XIX*, Firenze, 1895, 4 ss.; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, vol. V - *Storia del diritto penale*, Bologna, 1892, 170; F. DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in *Enc.dir.pen.it.*, a cura di E. Pessina. Milano, 1905, 462ss.

che si autorizzava una reazione da esperirsi in un momento di tempo cronologicamente successivo all'offesa patita,⁵³ però, essa non era ammessa come norma generale⁵⁴, infatti, in quest'epoca non ebbe lo sviluppo che aveva avuto sotto il diritto romano. Lo sfavorevole accoglimento che tale istituto trovò presso quei popoli dipende dalla radicata tendenza a perseguire gli eventi esteriori dei fatti umani, senza preoccuparsi di stabilire le cause prime e psichiche che li avevano determinati.

2. L'influenza del cristianesimo: la vita come dono indisponibile di Dio

Un'evoluzione dell'istituto della legittima difesa si ebbe soprattutto grazie all'influenza del diritto canonico. Per i Cristiani la natura umana doveva essere controllata nelle sue naturali tendenze e, qualora occorresse, poteva essere anche contrastata poiché era risaputo che non tutto ciò che è istintivo e naturale merita incoraggiamento e approvazione: pertanto, l'istituto della difesa privata, basato dai Romani sull'istinto di conservazione e sulla natura, fu ancora maggiormente disciplinato. Se la vita è intesa come dono di Dio, la vita è di per sé indisponibile e all'uomo non è dato, nella visione giudaico-cristiana, mettere a repentaglio la propria incolumità e la propria vita, che va invece preservata.⁵⁵ Diversi passaggi richiamati nella Bibbia⁵⁶, sembrano riconoscere la difesa legittima e, quindi, l'impunità per l'uccisione del ladro notturno, ma non per quella del ladro diurno.

La differenza di trattamento si basava sulle concrete possibilità della vittima di capire le reali intenzioni dell'aggressore: la luce diurna, infatti, poteva far intuire e comprendere le intenzioni del delinquente venuto a rubare e non ad uccidere. In tale situazione si pone in risalto come non sia lecito togliere la vita ad un ladro.

Ci accorgiamo quindi di come nella Bibbia sia possibile trovare dei riferimenti relativi a concetti quali la difesa personale, la difesa della propria

⁵³ A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., 111.

⁵⁴ P. PALAZZINI, voce *Difesa legittima*, in *Enc. Cattolica*, Firenze, 1950, vol. IV, coll. 1581 a 1585; G. POSITANO DE VINCENTIIS, voce *Difesa legittima, stato di necessità, disposizione della legge e ordine dell'Autorità*, in *Dig.it.*, vol. IX, parte 2, Torino, 362.

⁵⁵ R. PARADISI, *il diritto negato*, 2019, cit. 14.

⁵⁶ Esodo (22: 2, 3): si legge: «Se il ladro, colto nell'atto di fare uno scasso, è percosso e muore, non c'è delitto d'omicidio». Per poi chiarire meglio: «Se il sole era levato quando avvenne il fatto, vi sarà delitto d'omicidio».

famiglia e dei propri beni. Tanto nell'Antico quanto nel Nuovo Testamento, il tema centrale è orientato sul dovere di preservare il dono della vita, propria e di terzi, in quanto essa è dono di Dio⁵⁷.

Se la vita, dunque, è un dono indisponibile di Dio, essa va preservata in qualunque modo e di conseguenza la difesa legittima non può che essere intesa come un vero e proprio dovere per il credente. Il Salmo fa persino riferimento all'obbligo di proteggere coloro che si trovano in pericolo⁵⁸.

Particolarmente interessanti sono dei brani⁵⁹ presenti nel Nuovo Testamento, nei quali si può infatti cogliere il profondo significato delle parole di Gesù: "Sebbene abbiate diritto di far uso delle nostre spade per difenderci da questo arresto illegale, in questa circostanza noi intenzionalmente rinunciamo a questo legittimo diritto ed io permetto loro di essere arrestato senza opporre resistenza".

Il pensiero cristiano tradizionale, fortemente influenzato anche dalla cultura classica si è basato sul solco tracciato dai testi sacri. In questo contesto non si possono non riportare gli insegnamenti di San Tommaso, secondo il quale l'uomo

⁵⁷ Sul dovere biblico di preservare la vita: Corinzi 6:19-20; Salmo 82,4; Proverbi 24,11; Ezechiele 33,6; Deuteronomio 22,8. Prima lettera ai Corinzi, 6, 19: "O non sapete che il vostro corpo è santuario dello Spirito Santo che è in voi, che avete da Dio e che non è appartenente a voi stessi?"

⁵⁸ Bibbia, Salmo, Dio giudice, 82:4: "Liberate il misero e il bisognoso, salvatelo dalla mano degli empi!"

⁵⁹ Luca 22:25-39: "Poi disse loro: «Quando vi mandai senza borsa, senza sacca da viaggio e senza calzari, vi è forse mancato qualcosa?» Essi risposero: «Niente». Ed egli disse loro: «Ma ora, chi ha una borsa, la prenda; così pure una sacca; e chi non ha spada, venda il mantello e ne compri una. Perché io vi dico che in me dev'essere adempiuto ciò che è scritto: "Egli è stato conteso tra i malfattori". Infatti, le cose che si riferiscono a me, stanno per compiersi». Ed essi dissero: «Signore, ecco qui due spade!» Ma egli disse loro: «Basta!»".

Luca 22:49-53: "Quelli che erano con lui, vedendo ciò che stava per succedere, dissero: «Signore, dobbiamo colpire con la spada?». E uno di loro percosse il servo del sommo sacerdote, e gli recise l'orecchio destro. Ma Gesù intervenne e disse: «Lasciate, basta!» E, toccato l'orecchio di quell'uomo, lo guarì. Gesù disse ai capi dei sacerdoti, ai capitani del tempio e agli anziani che erano venuti contro di lui: «Siete usciti con spade e bastoni, come contro un brigante! Mentre ero ogni giorno con voi nel tempio, non mi avete mai messo le mani addosso; ma questa è l'ora vostra, questa è la potenza delle tenebre»".

Matteo 26:51-56: "Ed ecco, uno di quelli che erano con lui, stesa la mano, prese la spada, la sfoderò e, colpito il servo del sommo sacerdote, gli recise l'orecchio. Allora Gesù gli disse: «Riponi la tua spada al suo posto, perché tutti quelli che prendono la spada, periranno di spada. Credi forse che io non potrei pregare il Padre mio che mi manderebbe in questo istante più di dodici legioni d'angeli? Come dunque si adempirebbero le Scritture, secondo le quali bisogna che così avvenga?». In quel momento Gesù disse alla folla: «Voi siete usciti con spade e bastoni, come contro un brigante, per prendermi. Ogni giorno sedevo nel tempio a insegnare e voi non mi avete preso; ma tutto questo è avvenuto affinché si adempissero le Scritture dei profeti». Allora tutti i discepoli l'abbandonarono e fuggirono".

Giovanni 18:10-11: "Allora Simon Pietro, che aveva una spada, la prese e colpì il servo del sommo sacerdote, recidendogli l'orecchio destro. Quel servo si chiamava Malco. Ma Gesù disse a Pietro: «Rimetti la spada nel fodero; non berrò forse il calice che il Padre mi ha dato?»".

può rettamente operare rispettando il volere di Dio attraverso l'uso della ragione che appartiene alla sua stessa natura.⁶⁰ L'uomo retto può cogliere la *lex naturalis* che è espressione di Dio e rappresenta allo stesso tempo l'immutabile legge della natura umana.⁶¹ In altre parole, secondo San Tommaso il vero diritto è solo quello che si conforma alla legge naturale individuata grazie all'uso della ragione; ciò rende la legge naturale intrinseca in tutti gli uomini e non imposta da chi esercita il potere. Dall'essere, dunque, scaturisce il pensiero umano e quindi il "dover-essere"⁶². La prima legge fondamentale che caratterizza la natura dell'essere umano ed è in essa intrinseca è la legge di conservazione, che connota il principio irrinunciabile di conservazione della vita: nessun essere aspira a non essere. Sono proprio questi principi che conducono San Tommaso nell'affermare l'esistenza di un legittimo diritto di difesa necessario a preservare la propria esistenza ed al tempo stesso irrinunciabile in quanto intrinseco in ogni uomo⁶³.

Dottrina, quella dell'Aquinate, che ebbe poi particolare influenza sul diritto canonico in cui la legittima difesa assunse la fisionomia di vero e proprio istituto giuridico. E sulla scia della filosofia tomistica, il diritto canonico, riconoscendo la legittima difesa quale espressione dello *ius naturale*, ritiene che sia la volontà difensiva sottesa all'azione dell'agredito che rende l'atto difensivo eticamente accettabile. È dunque la natura del movente, eticamente e religiosamente apprezzabile, che acquista la concretezza di un parametro oggettivo per escludere l'antigiuridicità del fatto⁶⁴.

Questa visione dei diritti naturali non negoziabili, ivi compreso il diritto naturale alla difesa legittima, è sopravvissuta nei secoli, essendo tutt'ora di grande attualità, come ci dimostra il pontefice Giovanni Paolo II, che con le sue profonde

⁶⁰ R. PARADISI, *il diritto negato*, 2019, cit. 15

⁶¹ Ibidem

⁶² R. PIZZORNI, *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 1999, 59 ss.

⁶³ SAN TOMMASO, *Summa, Theologiae*, II – II 64,7. «Perciò dall'azione della difesa personale possono seguire due effetti, il primo dei quali è la conservazione della propria vita, mentre l'altro è l'uccisione dell'attentatore. Ora, questa azione non può essere considerata illecita per il fatto che con essa si intende conservare la propria vita: poiché è naturale ad ogni essere conservare per quanto è possibile la propria esistenza. Tuttavia, un atto che parte da una buona intenzione può diventare illecito se è sproporzionato al fine. Quindi se uno nel difendere la propria vita usa maggiore violenza del necessario, il suo atto è illecito. Se invece reagisce con moderazione, allora la difesa è lecita [...]».

⁶⁴ R. PARADISI, *Il diritto negato*, 2019, cit., 16.

parole ribadisce con forza l'antico insegnamento di San Tommaso: uccidere un essere umano è un peccato molto grave, tuttavia il diritto a proteggere la propria vita e il dovere di non ledere quella dell'altro possono risultare in alcune situazioni incompatibili, in tali casi il valore intrinseco della vita e il dovere di portare amore a se stessi non meno che agli altri ammettono un vero e proprio diritto alla difesa⁶⁵.

3. Il diritto statuario dei comuni ed il periodo dei principati e delle monarchie

L'istituto della legittima difesa subì un ulteriore rafforzamento con il libero rifiorire dei Comuni in Italia. Le disposizioni contenute negli statuti dei diversi Comuni ne disciplinavano la vita, tuttavia, il diritto statuario risentiva dell'influenza sia del diritto romano sia del diritto canonico, infatti, in caso di lacune giuridiche, si ricorreva proprio o al diritto romano o al diritto canonico. Sulla base della tradizione romana, anche nel diritto penale statuario, si poneva in evidenza il giusto principio che, osservate le debite proporzioni, fosse lecito all'agredito respingere da sé una violenza attuale ed ingiusta, contrapponendo altra violenza. A questi casi di completa impunità si contrapposero altri statuti, secondo cui i ferimenti e gli omicidi commessi in stato di legittima difesa dovevano essere puniti sia pure mitemente e quasi simbolicamente: in queste rare disposizioni si ravvisa l'influenza del diritto canonico, che sottoponeva gli autori dei fatti lesivi a pene

⁶⁵ GIOVANNI PAOLO II, Lettera enciclica *Evangelium vitae*, Milano, Mondadori, 1995, 96-98. «[...] Uccidere l'essere umano, nel quale è presente l'immagine di Dio e peccato di particolare gravità. Solo Dio è padrone della vita! Da sempre, tuttavia, di fronte ai molteplici e spesso drammatici casi che la vita individuale e sociale presenta, la riflessione dei credenti ha cercato di raggiungere un'intelligenza più completa e profonda di quanto il comandamento di Dio proibisca e prescriva. Vi sono infatti situazioni in cui i valori posti dalla Legge di Dio appaiono sotto forma di un vero paradosso. È il caso, ad esempio della legittima difesa in cui il diritto a proteggere la propria vita e il dovere di non ledere quella dell'altro risulta in concreto difficilmente componibili. Indubbiamente, il valore intrinseco della vita e il dovere di portare amore a se stessi non meno che agli altri sfondano un vero diritto alla propria difesa. Lo stesso esigente precetto dell'amore per gli altri enunciato nell'antico testamento e confermato da Gesù, suppone l'amore per se stessi quale termine di confronto: "amerai il prossimo tuo come te stesso (Mc 12,13). al diritto di difendersi nessuno potrebbe rinunciare per scarso amore alla vita o a se stesso [...]. Accade purtroppo che la necessità di porre l'aggressore in condizioni di non nuocere comporti talvolta la sua soppressione. In tale ipotesi, l'esito mortale va attribuito allo stesso aggressore che vi si è esposto con la sua azione, anche nel caso in cui egli non fosse moralmente responsabile per mancanza dell'uso della ragione».

spirituali, come le penitenze, l'astensione per qualche tempo dal sacramento della comunione, il non poter accedere agli edifici di culto⁶⁶.

I grandi criminalisti italiani del diritto comune non si discostarono dalla tradizione, infatti, stabilirono la legittimità dell'uccisione del ladro notturno anche disarmato e la legittimità dell'uccisione del ladro diurno, solo se questi si difendesse con la spada.⁶⁷

È quindi possibile constatare come il periodo storico antecedente ai Principati e alle monarchie rappresenti il risultato, il frutto di tutti gli studi di diritto affrontati nel periodo Romano ai quali si aggiunsero gli studi e l'influenza della Chiesa e del diritto canonico.

Fra la seconda metà del XIII sec e l'inizio del XIV sec in Italia, l'assetto organizzativo fino a quel momento vigente inizia a vacillare comportando l'abbandono degli ordinamenti comunali e l'istituzione delle Signorie. Queste si caratterizzavano per l'accentramento del potere nelle mani di un unico signore attribuendo alla famiglia di questi un prestigio di non poco conto. Questo fenomeno toccò il nostro paese con modalità e tempistiche diverse.

La signoria rappresentò la soluzione alle crisi interne dei comuni, crisi che erano sfociate in una lotta fra le fazioni comunali, le quali erano giunte a un punto di non ritorno. Nel signore venne quindi identificata una figura pacifista, e cioè colui che mette pace alle guerre interne del paese. Le prime signorie del nord si affermarono già nella prima parte del XIII secolo⁶⁸, mentre nel centro Italia lo sviluppo di tale sistema fu meno rapido.

L'avvento delle signorie chiaramente comportò modifiche anche alla partecipazione politica dei cittadini, infatti in poco tempo si passò da una consistente (almeno per l'epoca) partecipazione popolare al governo cittadino ad una forte restrizione in senso oligarchico del potere.

I signori, infatti, non si sottopongono al controllo delle corporazioni e inoltre limitano il potere degli organi elettivi e delle varie magistrature cittadine.

⁶⁶ Per esempi di punibilità attenuata si veda A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., 116, nota 32; C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale*, cit., 222, nota 2; P. PEVERATI, *Considerazioni su la legittima difesa*, cit., 39 ss.

⁶⁷ V. MANZINI, *Trattato*, cit., 418, nota 1.

⁶⁸ Le principali signorie furono: gli Estensi a Ferrara, i Da Romano nella Marca trevigiana, i Malatesta a Rimini, i Da Polenta a Ravenna e i Medici a Firenze, per citare solo le più significative.

Tutte queste innovazioni comportarono mutamenti significativi e anche le istituzioni comunali che restarono formalmente in vita (come ad esempio a Firenze), persero però quel ruolo decisivo che avevano in passato, proprio in virtù del sistema oligarchico che si era sviluppato volto a concentrare il potere nelle mani dell'esponente più prestigioso di una famiglia aristocratica. Il Comune, infatti, non sparisce del tutto dalla scena politica ma il suo potere diviene molto relativo e le decisioni sottoposte a quelle della famiglia dominante.

Questo sistema pian piano entrò in crisi in virtù del fatto che il signore non aveva una vera e propria legittimazione a governare. Le signorie quindi per continuare a vedere affermato il loro potere iniziarono a ricercare una qualche forma di riconoscimento, il quale non poteva che essere trovato in una delle due massime cariche del mondo cristiano: Papa o Imperatore. Ciò accade perché, in quello che era il quadro europeo, i signori italiani sembravano essere gli unici a mancare di quella legittimazione giuridica che avevano invece i sovrani europei o l'imperatore stesso e che in linea di massima consisteva nel diritto divino dei re.

E fu proprio grazie a questa legittimazione, che tra la fine del XIV sec. e l'inizio del XVI sec. che le signorie si trasformarono in Principati. Questa evoluzione interna alle istituzioni cittadine comportò anche una radicale semplificazione dell'assetto politico della nostra penisola; infatti, fino alla prima metà del XIII sec. il sistema politico della penisola italiana era caratterizzato da un'estrema frammentazione, mentre tra la fine del XIII secolo e la fine del XV secolo si assiste alla nascita di veri e propri stati regionali⁶⁹. In questo periodo storico, soprattutto per quanto riguarda l'ambito culturale ed economico, l'Italia raggiunge uno splendore mai visto nel corso della sua storia medioevale e per tale motivo viene presa come modello culturale da tutta l'Europa. Tuttavia, nel nostro paese si svilupparono in modo graduale anche aspetti di debolezza strutturale e politica che porteranno poi, nel XVI sec, alla perdita dell'indipendenza ed all'inizio delle dominazioni.

Da un punto di vista giuridico, però, la fioritura non arrivò contemporaneamente rispetto a quella sociale, ed in particolare, il diritto penale non

⁶⁹ Da un punto di vista politico, le principali città stato italiane, si svilupparono in stati regionali espandendosi, ma senza mai arrivare alla realizzazione dell'unità nazionale tanto auspicata da Machiavelli.

subì particolari sviluppi rimanendo fermo al periodo dei Comuni. Saranno, invece, i secoli successivi i veri pilastri del diritto penale moderno.

4. Grozio e l'inizio del Giusnaturalismo: la legittima difesa come “regola di equità”

Il Giusnaturalismo viene storicamente definito come una corrente filosofico-giuridica fondata sul presupposto dell'esistenza di un diritto naturale, diritto sul quale dovranno essere modellati i diversi diritti positivi. In particolare, il termine fa riferimento alla corrente di pensiero avviata da Ugo Grozio all'inizio del Seicento, sviluppata successivamente anche da Hobbes, Pufendorf, e assimilata dal pensiero di Locke e di Rousseau. È bene specificare che con il termine Giusnaturalismo non si intende una singola concezione del diritto, piuttosto una molteplicità di dottrine, spesso discrepanti. La cosiddetta scuola del diritto naturale annovera invero tra i suoi esponenti una serie di filosofi che hanno espresso teorie tra loro anche molto contrastanti, tanto da sollevare il dubbio che non si possa nemmeno parlare di una vera e propria scuola⁷⁰. Tali diverse scuole di pensiero hanno tuttavia in comune la duplice tesi secondo cui: 1) accanto al diritto 'positivo', cioè il diritto creato dagli uomini, esiste altresì un diritto non positivo, implicito nella 'natura' ed innato in ciascun uomo; 2) il diritto naturale è un diritto 'giusto', gerarchicamente superiore a quello positivo, in grado di condizionare quest'ultimo; il diritto positivo ha infatti come unico scopo l'obbedienza al diritto naturale e la sua concreta attuazione.

Ugo Grozio viene da tutti ritenuto il fondatore di questa corrente filosofica - giuridica, con due premesse metodologiche che rappresentano l'architrave del giusnaturalismo: l'idea che il diritto sia un principio razionale che ha la funzione di pacificare la società e l'idea che il diritto in quanto tale sia indipendente da ogni riferimento di tipo teologico o morale⁷¹. Per poter capire come Grozio abbia influenzato l'istituto della legittima difesa, occorre analizzare brevemente il suo pensiero. Egli è da tutti considerato autore di una grande frattura con il passato: Grozio, infatti, nonostante fosse di profonda fede cristiana, predica l'esistenza di un

⁷⁰ E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, II ed., Padova, 1999, 101 ss.

⁷¹ R. PARADISI, *Il diritto negato*, 2019, cit. 19.

diritto naturale che prescinde dall'esistenza di Dio e dall'interesse che Dio possa avere delle "cose umane". Egli diventa quindi il primo personaggio nella storia ad ipotizzare una laicizzazione del diritto naturale⁷².

In tale affermazione individuiamo il punto di arrivo e allo stesso tempo il punto di partenza della concezione di diritto naturale: Grozio svincolando il diritto da ancoraggi teologici e metafisici e valorizzazione quindi la mera razionalità umana, dimostra così la piena validità degli antichi insegnamenti dei maestri greci, romani e dei pensatori cristiani sul diritto naturale. Infatti, così facendo si arriva alla conclusione (non scontata) che leggi degli antichi dei, legge di Dio e razionalità umana si ritrovano, per vie diverse, ad affermare le stesse verità⁷³.

Un valore che è stato sempre presente nei secoli e che non ha subito il passare del tempo né i mutamenti di pensiero è stato il valore della vita. La vita, prescindendo da ogni valutazione religiosa, è e rimane la prima verità che il diritto naturale riconosce ed il principio di conservazione strettamente legato ad essa rimane il principio cardine di ogni pensiero giuridico. Partendo da tale convinzione, Grozio, laicamente, ed utilizzando argomentazioni simili sebbene non identiche a quelle utilizzate dai grandi maestri del passato, sembra arrivare alla conclusione che la legittima difesa costituisca un elemento essenziale del diritto naturale, in quanto solo vedendosi riconosciuto il legittimo diritto di difesa l'uomo ha la possibilità di preservare la propria ed altrui vita senza incorrere in sanzioni inflittele dal diritto positivo. Secondo il filosofo olandese quindi, l'istituto della legittima difesa rappresenta una comune regola di equità⁷⁴.

⁷² U. GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace*, Firenze, 2002, tomo I, 107ss. «Questa sociabilità... ovvero questa cura di mantenere la società di una maniera conforme ai lumi dell'intelletto umano è l'origine del diritto propriamente così detto... tutto quello che da noi si è detto, avrebbe in qualche maniera luogo quando anche si accordasse, il che non si può senza somma scelleraggine, che non vi sia affatto Dio o che, se vi è, non si interessi delle cose umane. Ma i lumi della ragione e la perpetua tradizione sparsa per tutto il mondo, ci persuadono fermamente del contrario [...]».

⁷³ R. PARADISI, *Il diritto negato*, 2019, cit., 20.

⁷⁴ U. GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace*, cit., tomo II, 107-108. «Il diritto naturale non condanna dunque generalmente ogni guerra [...] anche dopo lo stabilimento dei tribunali di giustizia. E questo si vede parimente dalla legge degli antichi Giudei [...]. Si deve credere che questa legge, che distingue così esattamente i casi, non importa solo un'impunità semplice, ma racchiude una spiegazione del diritto di natura; e che non è fondata sopra una volontà particolare di Dio, ma sulle regole comuni dell'equità [...]. Da ciò ben anche avviene che dalle legge di tutti i popoli, che a noi son noti, un uomo che si è servito di qualche arma per difendere la sua vita contro un ingiusto assalitore, è dichiarato innocente. Questo evidentemente prova che non vi è cosa in ciò contraria al diritto naturale».

4.2 Hobbes e Locke: diritto naturale, autoconservazione e legittima difesa

Grozio ha indicato la strada da seguire per individuare la fonte del diritto naturale individuata nella razionalità umana; certamente sia Thomas Hobbes (1588-1679) che John Locke (1632-1704) – anche se considerati in termini di filosofia politica agli antipodi – si ritrovano nella filosofia razionale della scuola di diritto naturale fondata dal filosofo olandese⁷⁵.

Le due grandi personalità esaminate in questa sede, nonostante abbiano pensieri differenti sulla visione dello Stato, sembrano essersi ritrovate ad esprimere le medesime considerazioni proprio in tema di legittima difesa.

Thomas Hobbes fu un precursore assoluto dell'idea che l'uomo debba evitare quella condizione di *bellum omnium contra omnes* in cui ciascuno è portato per natura a trovarsi e conseguentemente arriva a predicare la necessità di un ordinamento che garantisca l'esistenza dei consociati. Da qui, il diritto di punire si trovò a coincidere con l'interesse delle monarchie a un mutamento di prospettiva in ordine alla gerarchia dei beni da tutelare: non più la fede religiosa, la Chiesa, la salvezza delle anime, ma il potere sovrano e il buon funzionamento dello Stato. Nota è la teoria di Hobbes sul trasferimento di ogni diritto del singolo al sovrano. L'affascinante teoria hobbesiana parte dalla constatazione che, nello stato di natura, l'uomo vive in una situazione di perenne insicurezza che mette a repentaglio la sua stessa conservazione. In tale condizione l'istinto di conservazione induce l'uomo ad utilizzare la razionalità che suggerisce l'approdo allo "stato civile", vale a dire ad uno stato in cui si trasferiscono tutti i propri diritti ad un sovrano che li gestirà con assoluto arbitrio. Tutti tranne uno però: il diritto alla vita. Persino ovvia, a questo punto, la spiegazione: se l'uomo rinuncia alla sua libertà e ai suoi diritti, trasferendoli al sovrano al fine di tutelare la propria autoconservazione – che è in pericolo nello stato di natura – evidentemente non potrà mai rinunciare a quel diritto

⁷⁵ T. HOBBS, *Leviatano*, trad. it. Di G. Micheli, Firenze, 1976, I ristampa 1988, 124. Hobbes scrive sul diritto naturale: «Il diritto di natura, che gli scrittori comunemente chiamano ius naturale, è la libertà che ogni uomo ha di usare il suo potere come egli vuole per la preservazione della propria natura, vale a dire, della propria vita e, per conseguenza, di fare qualunque cosa nel suo giudizio e nella sua ragione egli concepirà essere il mezzo più atto a ciò [...]. Una legge di natura è un precetto o una regola generale scoperta dalla ragione, che vieta ad un uomo di fare ciò che è lesivo della sua vita o che gli toglie i mezzi per preservarla».

in forza del quale ha scelto di sottoporsi all'autorità dello Stato che dovrà perciò assicurare ordine e pace⁷⁶.

Dall'analisi del pensiero di Hobbes emerge come per questi, la legge di natura rappresenti una "scoperta" per l'essere umano e non una regola posta dal diritto positivo; in particolare, il diritto naturale a preservare la propria vita, è un diritto che resiste persino di fronte al potere del sovrano assoluto e conseguentemente non può che esistere anche un diritto alla legittima difesa⁷⁷.

Il diritto di autodifesa o di resistenza ha perciò un carattere elementare e fondamentale, che lo sottrae alla disponibilità del soggetto: ove se ne volesse privare quest'ultimo impiegherebbe la sua volontà per qualcosa che non è per lui un bene ma un male e questo sarebbe assurdo. Tale diritto è dunque indisponibile⁷⁸.

Giunge a conclusioni sul punto grossomodo identiche, John Locke, padre del liberalismo e da tutti considerato precursore delle moderne dichiarazioni dei diritti dell'uomo. Nonostante i due filosofi arrivino ad alcune conclusioni comuni, è opportuno però distinguere le rispettive posizioni in quanto considerate agli antipodi. Locke ha infatti una visione del diritto di natura molto più "positiva" rispetto a quella di Hobbes: lo stato di natura non è infatti un regno di insicurezza dove vige uno stato di costante guerra di tutti contro tutti, bensì, Locke lo descrive come uno "stato di perfetta libertà" in cui chiunque può regolare le azioni, disporre della propria vita e dei propri beni come meglio crede, ma, sempre ovviamente rimanendo nei limiti delle regole imposte dallo stato di natura.

⁷⁶ R. PARADISI, *Il diritto negato*, 2019, cit.,22, nota 35.

⁷⁷ T. HOBBS, *Leviatano*, cit. p.127. «Il diritto di natura, che gli scrittori comunemente chiamano ius naturale, è la libertà che ogni uomo ha di usare il suo potere come egli vuole per la preservazione della propria natura, vale a dire, della propria vita e, per conseguenza, di fare qualunque cosa nel suo giudizio e nella sua ragione egli concepirà essere il mezzo più atto a ciò (...). Una legge di natura è un precetto o una regola generale scoperta dalla ragione, che vieta ad un uomo di fare ciò che è lesivo della sua vita o che gli toglie i mezzi per preservarla».

Ogni volta che un uomo trasferisce il suo diritto o vi rinuncia, lo fa, in considerazione del fatto che qualche diritto gli viene reciprocamente trasferito, o per qualche altro bene che egli spera di riceverne. infatti, è un atto volontario, e l'oggetto degli atti volontari di ogni uomo è bene per sé stesso. Ci sono perciò alcuni diritti che nessun uomo si può intendere che abbia abbandonato o trasferito mediante parole o altri segni. Così, in primo luogo, un uomo non può deporre il diritto di resistere a coloro che lo assalgono con la forza per togliergli la vita, perché non si può intendere che miri con ciò ad un bene per sé stesso. [...] un uomo non può dire, quando vede che degli uomini procedono contro di lui con violenza, se hanno l'intenzione di ucciderlo o no».

⁷⁸ P. PASQUALUCCI, *Commento al Leviatano*, Perugia, 1989, 276.

Secondo Locke non è quindi necessario chiedere un permesso alle autorità o dipendere dalla volontà di un sovrano; l'uomo sa, che in questa dimensione, la sua stessa ragione lo induce a non recare danno agli altri. Quello di natura, è uno stato di eguaglianza in cui ogni potere ed autorità sono reciproci⁷⁹. Nonostante questa visione dello stato di natura, Locke non esclude a priori la possibilità della presenza del male e del pericolo di degenerazione ed è per questi motivi che egli ritiene comunque necessaria la realizzazione di una società civile; società che si badi bene però, non si deve sostituire allo stato di natura come appunto predicava Hobbes, ma al contrario, deve coesistere con questo. Lo Stato non deve privare il cittadino dei suoi diritti naturali, ma ha l'importante compito di riconoscerli, rafforzarli e di tutelarli con la legge positiva; i diritti fondamentali dell'uomo non sono così messi a rischio da uno Stato che ha il libero arbitrio sui cittadini: lo Stato non può infatti far altro che proteggere tali diritti contro attacchi ed interferenze altrui. È opportuno sottolineare che quando si fa riferimento a possibili attacchi ai diritti fondamentali, non si intendono i soli attacchi derivanti da altri uomini, ma anche quelli provenienti direttamente dallo Stato stesso: nemmeno l'autorità statale infatti potrà interferire o limitare i diritti naturali⁸⁰ del cittadino, che restano quindi una sorta di "tempio" inaccessibile per lo stato⁸¹.

Se i diritti alla vita ed alla libertà del cittadino preesistono allo stato e sono inalienabili in quanto diritti fondamentali, ne consegue l'affermazione del principio di un diritto naturale alla difesa legittima a favore dei diritti esistenti nello stato primordiale. Locke parla della legittima difesa paragonandola ad una situazione di "stato di guerra"⁸².

⁷⁹ J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, trad. it. Di A. Gialluca, Milano, 1998, IX ed., 2017, 65.

⁸⁰ J. LOCKE, *Il secondo trattato*, cit. 245. A tal proposito Locke scrive: «Gli obblighi della legge di natura non vengono meno nella società, ma anzi, in molti casi, diventano più stretti, e le leggi umane vi associano sanzioni tanto note da rafforzarne il rispetto. Così la legge di natura costituisce una norma interna per tutti gli uomini, per i legislatori come per gli altri. Le norme che si danno per le azioni degli altri uomini devono essere conformi alla legge di natura [...]. E poiché la fondamentale legge di natura è la conservazione del genere umano, nessuna umana sanzione può essere buona o valida se in contrasto con essa».

⁸¹ R. PARADISI, *Il diritto negato*, cit., 24.

⁸² J. LOCKE, *Il secondo trattato*, cit., 83. «Lo stato di guerra è uno stato di inamicizia e distruzione. E perciò chi dichiara con parole o azioni un proposito non passionale e precipitoso, ma mediato, riguardo la vita di un altro uomo, si pone in uno stato di guerra contro colui il quale ha dichiarato una tale intenzione, e di conseguenza, espone la sua vita al potere che l'altro, o chiunque si unisca a lui in sua difesa o ne sposi la causa, ha di portargliela via; essendo ragionevole e giusto che io abbia il diritto di distruggere chi mi minaccia di distruzione. Infatti, in base alla legge fondamentale di

Il diritto naturale alla legittima difesa vige sia nello stato di natura, sia nello stato sociale. Locke, seguendo un articolato ragionamento, arriva ad affermare che la difesa può spingersi fino all'uccisione dell'aggressore anche al solo fine di difendere un bene di natura patrimoniale. Partendo infatti dalle premesse che gli uomini spontaneamente si sottomettono a quelli che definisce i "vincoli della comune legge di ragione", legge che appartiene alla natura di ogni uomo, l'esistenza di uomini che rifiutano tale sottomissione "non avendo altra regola che quella della forza della violenza" comporta la conseguenza che tali soggetti rispondono di fatto a una diversa natura così da poter essere trattati come "bestie da preda"⁸³.

Locke sostiene che l'agredito non possa correre il rischio di mettersi nelle mani di siffatti uomini ⁸⁴ i quali, anche in assenza di un intento esplicito di attentare alla vita altrui, se riuscissero però a privare l'onesto cittadino della libertà, non essendo guidati da retta ragione, potrebbero disporre della vita degli inermi anche per semplice capriccio⁸⁵.

Locke, Paltone e Sofocle, sembrano quindi concordare sull'idea che alcuni uomini possano essere inclini al male. La legittima difesa trova quindi applicazione rispetto alle aggressioni che mettano in qualche modo a repentaglio la libertà e la sicurezza altrui. È bene specificare che tale dinamica difensiva è e rimane legittima anche in presenza delle autorità preposte alla difesa ed alla sicurezza del cittadino: se infatti è vero, che il cittadino all'interno dello Stato deve appellarsi alle autorità per difendere i propri diritti, è anche vero che, nel momento dell'aggressione, l'agredito può trovarsi solo o nella condizione di non poter essere assistito in modo utile dalle autorità. In quel momento, si ripropone uno stato di guerra in cui è pieno

natura, dovendosi l'uomo preservare quanto più possibile quando non possono essere salvaguardati tutti è da preferirsi la sicurezza degli innocenti. Ciascuno può distruggere un uomo che gli faccia guerra o abbia manifestato ostilità contro il suo essere per la stessa ragione per cui può uccidere un lupo o un leone».

⁸³ J. LOCKE, *Il secondo trattato*, cit., 83-85.

⁸⁴ J. LOCKE, *Il secondo trattato*, cit., 85. A tal proposito Locke scrive: «Ciò rende legittimo per un uomo uccidere un ladro che non gli ha minimamente recato danno, né dichiarato alcun proposito riguardante la sua vita, se non per l'uso della forza diretto a porlo in suo potere per sottrargli il denaro o quant'altro gli piaccia. Infatti, usando la forza per pormi in suo potere senza averne il diritto, quali che siano le sue pretese, ho motivo di supporre che chi vuole togliermi la libertà voglia togliermi, una volta che mi abbia il suo potere, ogni altra cosa. È perciò lecito trattarlo come uno che si sia posto in stato di guerra con me, vale a dire ucciderlo se posso; poiché a questo rischio giustamente si espone chiunque da inizio a uno stato di guerra nel quale sia aggressore».

⁸⁵ J. LOCKE, *Il secondo trattato*, cit., 83.

diritto naturale dell'agredito reagire istantaneamente e istintivamente, anche uccidendo l'aggressore; e nulla potrà eccepire lo Stato atteso che i diritti innati non sono disponibili e l'uomo non ha mai inteso spogliarsi, né delegare alla loro difesa lo stato in via esclusiva⁸⁶.

È importante sottolineare come l'idea liberale non ha bisogno di disconoscere il potere o l'autorità dello stato per legittimare il diritto all'autodifesa; lo stato liberale gode infatti di una grande razionalità, e riconosce che solo in uno Stato utopistico le autorità sono in grado di intervenire con immediatezza ed efficacia in ogni situazione che si prospetta evitando quindi la commissione di qualunque crimine⁸⁷.

Nel momento dell'aggressione si sospende lo stato sociale e si ripropone con ogni evidenza l'originario stato di guerra. Ed è proprio questo immediato il repentino cambio di prospettiva che legittima l'individuo alla naturale reazione "bellicosa." Non, quindi, un'azione con il quale il singolo si surroga del potere statale che ha il monopolio della forza, ma un'azione difensiva naturale e libera che appartiene alla sfera indisponibile dei diritti dell'individuo⁸⁸.

4.3 Samuel Pufendorf: La legittima difesa tra autoconservazione e socievolezza dell'uomo

Samuel von Pufendorf, giurista sassone, è riconosciuto come uno degli ultimi seguaci della scuola del diritto naturale. Questo grande giurista assume molta rilevanza nel suo contesto storico per la sua accurata ed illuminante analisi sulla legittima difesa.

Pufendorf, contemporaneo di John Locke, struttura il suo pensiero giuridico basandosi proprio sulle premesse di quest'ultimo: partendo infatti dalla visione liberale lockiana, il giurista sassone analizza l'istituto della legittima difesa,

⁸⁶ R. PARADISI, *Il diritto negato*, cit., 29.

⁸⁷ J. LOCKE, *Il secondo trattato*, cit., 87. «[...] Giacché se la legge, che fu fatta al fine della mia conservazione non può intervenire per garantire la mia vita che una volta perduta non è suscettibile di riparazione, nel momento in cui la forza viene usata contro di me mi è permessa l'autodifesa e il diritto alla guerra, e cioè la libertà di uccidere l'aggressore, perché questi non mi concede il tempo di appellarmi per un rimedio né al nostro giudice comune né alla risoluzione della legge, laddove il danno può essere irreparabile».

⁸⁸ R. PARADISI, *Il diritto negato*, cit., 30.

ponendo quest'ultima su di un gradino privilegiato rispetto agli altri diritti che l'uomo può esercitare per tutelarsi ⁸⁹.

Infatti, quello della difesa legittima è un diritto che deriva direttamente dal principio ineludibile dello spirito di conservazione dell'uomo; è evidente quindi come Pufendorf ricalchi la visione sia del pensiero cristiano, sia di quello classico. Ed è proprio il terreno del diritto naturale quello in cui, con leggiadria classica, si muove Pufendorf; il quale in evidente contrapposizione con Hobbes sancisce un vero e proprio ritorno ad Aristotele delineando cioè un approdo naturale dell'uomo allo stato.⁹⁰ A differenza di Hobbes, Pufendorf descrive lo stato civile non in antitesi con lo stato di natura ma, al contrario, come completamento dell'uomo naturale. Norberto Bobbio, grande filosofo e giurista a noi contemporaneo, ci spiega come nella prospettiva del giurista tedesco il passaggio dallo stato di natura allo stato civile si profili come “approdo necessario, conclusione di un certo qual modo quasi predeterminata”⁹¹. Per capire la complessa ricostruzione che Pufendorf effettua per rendere legittima ed accettabile la difesa privata, occorre analizzare il suo pensiero dal principio⁹².

Pufendorf nel ricostruire la necessità e l'origine dello stato civile, si muove con la piena consapevolezza di ripercorrere un sentiero già abbondantemente tracciato. Evidenti sono infatti gli echi Platonici e Aristotelici: l'uomo è portato per natura alla convivenza civile ed al rispetto delle leggi naturali, tuttavia non si può escludere a priori che vi sia qualcuno propenso a violare le leggi naturali impedendo quindi la coabitazione pacifica. Pufendorf specifica che non solo esistono individui che minano la naturale socievolezza dell'uomo, ma anche che detti individui non possono pretendere dagli uomini miti a cui fanno del male di continuare ad essere considerate persone inviolabili; tali individui rappresentano per dirla con le parole

⁸⁹ S. PUFENDORF, *Il diritto della natura e delle genti*, a cura di N. Bobbio e F. Todescan, Milano, 2018.

⁹⁰ R. Paradisi, *Il diritto negato*, cit. 31.

⁹¹ N. BOBBIO e M. BOVERO, *Società e stato nella filosofia politica moderna*, Milano, 1979, 42 s.

⁹² S. PUFENDORF, *Il diritto della natura*, a cura di N. Bobbio e F. Todescan, Milano, 2018, 207 ss. Pufendorf così descrive l'origine dello Stato: « Senza dubbio l'uomo è stato creato per vivere in pace con i suoi simili e tutte le leggi naturali, riguardanti gli altri uomini, tendono in primo luogo stabilire e conservare la pace... l'obbligo di rispettare vicendevolmente le leggi naturali e di comportarci pacificamente è reciproco e vincola in uguale misura a tutti gli uomini: a nessuno spetta per natura il privilegio di poter violare quelle leggi nei confronti di un altro mentre, costui continui invece ad essere tenuto a rispettarle. Un obbligo stringente da ambo le parti impone che debbano essere esercitati reciprocamente i doveri di difendere la pace [...]».

di Platone un “flagello della città” o per dirla con le parole di Locke dei veri e propri lupi⁹³.

La premessa del ragionamento del giurista sassone è il principio di autoconservazione, che rappresenta il fondamento del diritto naturale. Viene in particolare ricordata l’incisione sul tempio di Apollo a Delfi “conosci te stesso”: da questa conoscenza di sé compiuta nei debiti modi l’uomo può risalire alla conoscenza della sua condizione e dei compiti che deve svolgere su questa terra.⁹⁴ L’uomo deve dunque giungere alla consapevolezza delle sue facoltà, sicuramente più sviluppate di quelle appartenenti alle altre specie viventi, e di conseguenza è tenuto alla vita comune ed alla socialità. Ma è importante riconoscere che la vita comune non potrebbe essere esercitata se l’uomo non avesse una piena consapevolezza di sé stesso.

In altre parole, l’uomo per vivere in una comunità non deve sopprimere il principio di autoconservazione, ma deve prendere coscienza che il bene primario, nonché obiettivo è il bene comune. L’autoconservazione è e resta il principio fondamentale della legge naturale ma, essendo l’uomo dotato di un intelletto superiore alle altre creature, egli deve imparare a convivere pacificamente con i suoi simili⁹⁵.

Il giurista sassone fa riferimento alla “socievolezza” dell’uomo, volendo così intendere quella “disposizione dell’uomo verso l’uomo, per la quale l’uomo si intende vincolato all’altro dalla benevolenza, dalla pace, della carità; e perciò da una obbligazione reciproca”⁹⁶.

È proprio nel quadro che vede da un lato l’amore per sé stessi e dall’altro la socievolezza, che si colloca la legittima difesa. A tale istituto Pufendorf dedica il quinto capitolo della sua principale opera. L’incipit è particolarmente illuminante e vale la pena riportarne testualmente alcuni passaggi:

«Alla propria conservazione, [...] è connessa anche la propria difesa, ossia il respingimento dei mali che tendono a danneggiare un uomo da parte di un altro

⁹³ R. PARADISI, *Il diritto negato*, cit. p.33.

⁹⁴ S. PUFENDORF, *Il diritto della natura*, cit. 166.

⁹⁵ S. PUFENDORF, *Il diritto della natura*, cit. 118. «Ciascuno, per quanto dipende da lui, deve promuovere e mantenere con i suoi simili uno stato di socievolezza pacifico, conforme in generale all’indole e alle finalità del genere umano».

⁹⁶ *Ibidem*.

uomo. Questa difesa di sé può essere attuata in due modi: o senza lesione di colui che ordisce il male contro di noi, o con sua lesione e suo danno. Che la prima modalità sia legittima ed esente da qualsiasi colpa, nessuno sano di mente ha mai posto in dubbio. [...] Tuttavia, che la nostra autodifesa possa essere attuata non solo nel primo modo ma, quando questo non sia possibile, anche con lesione dell'aggressore, è dimostrato dalla ragione e approvato dal consenso tanto dei sapienti quanto del popolo. [...] Se uno cominciasse, contravvenendo alle leggi sulla pace, a tenere comportamenti dannosi nei miei confronti, solo spudoratamente potrebbe richiedere a me di continuare a considerarlo persona inviolabile»⁹⁷.

Già da queste parole è possibile capire come Pufendorf inquadri la legittima difesa. Egli, nonostante ritenga che obiettivo primario dell'uomo sia la socievolezza, riconosce che questa non può essere spinta fino al sacrificio di se stessi. Un atto di violenza idoneo a spezzare la pacifica convivenza tra gli esseri umani pone il suo autore nella condizione di non poter appellarsi (se non appunto in modo "spudorato") alla propria incolumità in nome di quello stesso patto da lui stesso sconfessato.

Pufendorf ribadisce: «Se una persona si dimostra poco socievole nei miei confronti rendendosi inadatta a fruire dei miei doverosi comportamenti pacifici, viene meno ogni motivo di preoccupazione di assicurare la sua integrità; poiché la mia non può essere conservata senza la sua lesione, egli dovrà imputare a se stesso di avermi costretto a questa necessità»⁹⁸.

Il giurista, contraddicendo molte teorie sulla non-violenza, ritiene non solo legittima ma anche doverosa la difesa privata poiché se l'individuo dovesse subire sempre le lesioni altrui ripudiando l'uso della forza, l'unico risultato sarebbe la distruzione del genere umano. Pufendorf ritiene che sia semplicemente assurdo in uno stato civile avere una o più leggi che impongono all'uomo di subire supinamente i torti e le lesioni che gli vengono inflitte; al contrario lo Stato e le leggi non solo devono doverosamente disciplinare le fattispecie di difesa privata ma, nel farlo devono anche tenere in considerazione lo stato d'animo dell'agredito, il quale,

⁹⁷ S. PUFENDORF, *Il diritto della natura*, cit. 207 ss.

⁹⁸ S. PUFENDORF, *Il diritto della natura*, cit. 208 ss.

sicuramente profondamente turbato, deve essere autorizzato a reagire e a difendersi in qualsiasi modo anche uccidendo legittimamente il suo aggressore se necessario.

La posizione del giurista si basa soprattutto sulla concezione che sia la lesione, sia le possibili conseguenze che possono derivarvi, compresa la reazione dell'agredito, siano da imputare solo ed esclusivamente all'aggressore il quale non solo ha scelto di rompere la pace sociale e di dar vita ad una lesione o un torto, ma ha anche – in un secondo momento – deciso di perseverare nella sua azione criminosa. È infatti importante ricordare che l'aggressore al contrario dell'agredito ha sempre la facoltà di scegliere e di sottrarsi volontariamente al pericolo dell'azione difensiva arrestando il suo intento criminale⁹⁹.

Si badi bene però: Pufendorf, quando parla della difesa, non intende invocare una “licenza di uccidere” derivante da un diritto innato, ma intende attribuire all'essere umano uno specifico diritto che va esercitato entro certi limiti descritti dal giurista, che ancora oggi godono di particolare attualità.

Primo fra tutti, è quello che oggi comunemente chiamiamo “attualità del pericolo”. Pufendorf mira ad individuare il lasso di tempo consentito all'agredito per difendersi, e lo fa mettendo in luce la profonda differenza che vi è tra la difesa e l'invocare giustizia al sovrano, nonché la differenza tra difesa e vendetta.

Nel primo caso, infatti, il giurista ci spiega come non sia consentito appellarsi alla legittima difesa se si attacca un uomo con la sola consapevolezza che questi si stia preparando ad un torto contro di noi; in questi casi, infatti, la “futura vittima” potrà tutelarsi solo e soltanto denunciando le intenzioni altrui al sovrano e chiedendo quindi una protezione preventiva¹⁰⁰. Nel secondo caso, Pufendorf, spiega come non sia lecito uccidere l'aggressore in un momento successivo, quando cioè l'azione criminosa è terminata. In questo caso, infatti, non si tratterebbe di difesa bensì di vendetta¹⁰¹.

⁹⁹ ISOCRATE, *Contro Callimaco*, in S. PUFENDORF, *Il diritto della natura*, cit. 210. Con parole di Pufendorf: «Come, dunque, non è illogico che cerchi di ottenere pietà da voi in questo frangente, di cui egli stesso è responsabile e nel quale egli stesso si mette, e al quale egli è ancora possibile sottrarsi?»

¹⁰⁰ S. PUFENDORF, *Il diritto della natura*, cit. 225. Riguardo alla richiesta di protezione al sovrano, Pufendorf scrive: «solo se il sovrano me la negherà (la protezione) allora mia sarà lecito provvedere alla mia salvezza, come se vivessi nello stato di natura».

¹⁰¹ S. PUFENDORF, *Il diritto della natura*, cit. 225 ss. «Ma se uno è attaccato con la forza e si trova in tale ristrettezza di tempo da non avere la possibilità di ricorrere all'aiuto del magistrato o di altri suoi concittadini, allora, per allontanare da sé la violenza dell'assalitore, potrà giungere agli estremi

Il secondo criterio delineato da Pufendorf è quello della “proporzionalità.” In particolare, il giurista ricollega la proporzione della difesa al turbamento emotivo (che è sempre presente quando si è aggrediti) derivante dall’aggressione che può certamente rendere difficile alla vittima calibrare le azioni difensive proporzionandole all’aggressione. Per tale ragione viene ritenuto punibile solo chi ha agito in modo manifestamente sproporzionato. Pufendorf spiega la proporzionalità dell’azione difensiva partendo da un corollario affermatosi in quei tempi: «l’uccisione dell’aggressore viene scusata se il pericolo non può essere evitato con qualche altro mezzo». Tale limite pare essere solo astrattamente condivisibile dal giurista, poiché egli sembra ritenere che solo un’interpretazione estensiva di detto principio possa renderlo giusto e veritiero: è necessaria un’interpretazione che presenti qualche larghezza, «giustificata dal turbamento che solitamente nasce dalla presenza di un sì grande pericolo»¹⁰².

Pufendorf prende inoltre posizione riguardo l’utilizzo delle armi a scopo difensivo da parte della vittima, infatti egli si pone in modo critico nei confronti dei suoi contemporanei, i quali invocavano anche una proporzionalità tra le armi dell’aggressore e dell’aggredito. Pufendorf, a costoro così risponde:

«Se perché vi sia legittima difesa, sia richiesta la parità delle armi usate. Come se gli aggressori dichiarassero prima il loro attacco e le armi che useranno, e l’aggredito abbia tutto il tempo di procurarsi le armi adatte; o come se, per questa autodifesa, si dovessero applicare le regole dei giochi dei gladiatori, nei quali chi combatte per dare spettacolo viene dotato di armi uguali o equivalenti»¹⁰³.

Il giurista si sofferma anche sul concetto di “fuga dell’aggredito”, tematica tuttora di grande attualità¹⁰⁴. La fuga per evitare reazioni difensive non può essere

rimedi; non però con l’intenzione di vendicarsi uccidendo, ma in quanto, senza tale uccisione, la sua vita non può essere sottratto al pericolo presente. Allontanato tale pericolo, non gli sarà più lecito inseguire l’assalitore né colpirlo mentre fugge».

¹⁰² S. PUFENDORF, *Il diritto della natura*, cit. 227 ss.,

¹⁰³ S. PUFENDORF, *Il diritto della natura*, cit. 228 ss.

¹⁰⁴ La prima sezione della Corte di Cassazione, con sentenza n. 4890\2008, ribaltando la decisione dei giudici di merito, ha condannato un cittadino il quale, dopo aver subito l’aggressione armata di un tale che esplodeva dei colpi di fucile cercando di colpirlo nei pressi della propria abitazione, si gettava a terra e rientrava in casa per imbracciare, a sua volta, un fucile. Uscito nuovamente di casa armato, vedendo l’aggressore che stava ricaricando l’arma, esplodeva due colpi uno dei quali feriva al fianco il proprio antagonista. Assolto sia in primo grado che in appello, l’aggredito, dopo il ricorso del Procuratore Generale, veniva però condannato nel giudizio di legittimità, per lesioni aggravate con la motivazione che ben avrebbe potuto rifugiarsi senza nessuna difficoltà nella propria

intesa sempre come un vero e proprio obbligo per l'aggredito. La fuga diviene un obbligo solo e soltanto quando essa risulti assolutamente evidente alla vittima ed inoltre, possa essere considerata "comoda." In realtà occorre sottolineare che lo stato di natura non impone mai, ed in nessun caso un vero e proprio obbligo di fuga, ma, nonostante ciò, è doveroso ricordare sempre che l'uomo vive in una società civile, dove le regole impongono di preservare non solo la propria incolumità ma anche quella altrui, quando ciò risulti possibile. Pufendorf afferma con convinzione che «nelle società civili bisogna assolutamente fuggire se lo si può fare comodamente, piuttosto che uccidere l'aggressore»¹⁰⁵.

Merita infine qualche riferimento la difesa legittima a tutela dei beni materiali. Il giurista non sembra essere mai stato indifferente al dibattito – ancora oggi acceso – sulla legittimità o meno di ricorrere all'uccisione dell'aggressore per la difesa di beni materiali. Pufendorf sintetizza la posizione più restrittiva sui limiti fino ai quali può spingersi la difesa legittima.

Si tratta in buona sostanza di due assunti dai quali deriverebbe appunto una forte restrizione dei limiti della difesa privata: a) la giusta pena inflitta deve essere sempre commisurata al delitto commesso; b) il danno inferto all'aggressore rappresenta in realtà già una piena in senso stretto e, come tale, deve essere disciplinata secondo le regole della giustizia punitiva¹⁰⁶.

Il giurista pur riconoscendo l'esistenza di interessi di rango diverso critica fortemente tale orientamento così restrittivo: egli alla base delle sue considerazioni pone in rilievo la differenza di ruolo che vi è tra l'individuo e lo Stato. Deve infatti essere solo ed unicamente lo Stato ad applicare pene proporzionate al delitto e quindi anche al bene giuridico attaccato; al cittadino invece, anche a causa che del turbamento emotivo, non può essere chiesto di effettuare un bilanciamento tra i bene giuridici in gioco e nel momento stesso in cui si verifica l'aggressione; la difesa dell'individuo è una difesa immediata, non ragionata a freddo e tesa esclusivamente all'autoconservazione. La tesi che impone al cittadino aggredito la valutazione ed il bilanciamento degli interessi in gioco sembra essere errata: è certo

abitazione e da qui chiamare i soccorsi o comunque allontanarsi dal luogo della reazione armata. R. PARADISI, *Il diritto negato*, cit. 41 s., nota n.66.

¹⁰⁵ S. PUFENDORF, *Il diritto della natura*, cit. 235.

¹⁰⁶ R. PARADISI, *Il diritto negato*, cit. 43.

auspicabile che il cittadino valuti detti interessi, ma tale auspicio non può tramutarsi in un vero e proprio obbligo, perché se così fosse si finirebbe per confondere il diritto naturale all'autoconservazione con l'applicazione dei principi giuridici ordinamentali, che invece spetta esclusivamente allo Stato¹⁰⁷. In altre parole, un conto è la reazione dell'agredito durante la fase di aggressione, altro conto è la reazione dello Stato che si traduce in un equilibrato processo ed in una pena equa¹⁰⁸.

Quanto detto non deve però trarre in inganno il lettore: Pufendorf, infatti, riconosce il maggior valore della vita umana ma basa le sue tesi appena viste su un esempio paradossale: la guerra. In tutte le guerre, passate, presenti e future, gli uomini combattono, uccidendosi fra di loro, per difendere i propri beni materiali. Il giurista espone la sua tesi nel quinto capitolo della sua principale opera, tesi che essendo particolarmente interessante merita di essere riportata in alcuni suoi importanti passaggi, in quanto secondo l'autore: «...è chiaro quale siano i criteri e la consuetudine dei popoli, che li porta ad ammettere di combattere gli aggressori sino alla loro morte per difendere i propri beni. Anzi, è noto che la maggior parte delle guerre sono fatte per strappare agli altri popoli non la loro vita, ma i loro beni. e farebbe soltanto ridere il nemico che, per evitare una risposta armata, dichiarasse pubblicamente di venire unicamente per prendersi i nostri beni. Pertanto, è certo che non si arrende un torto a colui che viene ucciso mentre si avvicina per rapinare o distruggere i beni in un altro, anche se il valore di questi beni non può essere preparato a quello della vita umana»¹⁰⁹.

Un'affermazione, quest'ultima, che ben chiarisce la portata di assoluta ragionevolezza del punto di vista del Pufendorf il quale non dimostra alcun disprezzo sottovalutazione della vita umana, financo dell'aggressore, ma si pone coerentemente con il principio naturale del carattere innato del diritto alla difesa, nell'ottica dell'individuo aggredito¹¹⁰.

¹⁰⁷ S. PUEFENDORF, *Il diritto della natura*, cit. 246. «Infatti, la vera pena proviene dal superiore ed è diretta al suddito, in base al potere di comandare: il superiore poi ne limita l'ampiezza secondo le esigenze del bene pubblico. Ma la difesa di sé è più antica del potere civile e ha luogo nella maggior parte dei casi tre persone di cui nessuna ha potere sull'altra; inoltre è guidata dalla consapevolezza della propria salvezza e della necessità dell'autoconservazione».

¹⁰⁸ R. PARADISI, *Il diritto negato*, cit. 44.

¹⁰⁹ S. PUEFENDORF, *Il diritto della natura*, cit. 245.

¹¹⁰ R. PARADISI, *Il diritto negato*, cit. 45.

5. Verso la codificazione della legittima difesa: una introduzione

Grazie al contributo non solo di Grozio, Hobbes, Locke e Pufendorf, ma anche di altri numerosi giuristi e filosofi quali Cesare Beccaria, Rousseau, Gaetano Filangieri e Mario Pagano (solo per citarne alcuni), il diritto penale fu in continuo sviluppo e prese le mosse anche l'illuminismo penale italiano; ma fu soprattutto con Francesco Carrara, capostipite della "Scuola Classica" del diritto penale, che ci fu un'ulteriore evoluzione. Nata come reazione alla situazione politica, sociale e giuridica in cui si trovava l'Italia, e nella battaglia contro il sistema penale allora vigente, questa dottrina si base, tra l'altro, sulla teoria secondo cui fine primario della pena è "il ristabilimento dell'ordine esterno della società" e il raggiungimento del "bene sociale, rappresentato nell'ordine che si procaccia mercé la tutela della legge giuridica".

Fu questo il contesto storico in cui nacquero le prime codificazioni in materia penale, che andarono, poi, sempre di più perfezionandosi.

La legislazione italiana, anche in materia di legittima difesa, risente della codificazione napoleonica in Francia e dei suoi successivi perfezionamenti. La codificazione napoleonica francese, infatti, estese ampiamente la sua impronta non solo nell'area europea del sistema romano-germanico, ma anche nei paesi culturalmente lontani, influenzando la codificazione, per esempio, del codice penale giapponese e di quelli dell'Impero ottomano ed egiziano.

In materia di legittima difesa, sia il codice francese del 1791-1792 che quello del 1795 trattano dell'istituto nella parte speciale. Il grande codice napoleonico del 1810 contiene anch'esso disposizioni sulla legittima difesa, non nella parte generale, ma in quella speciale¹¹¹. In sostanza, questo sistema normativo è improntato ad una generale e restrittività funzionale dell'istituto: ne ammette il valore scriminante solo quando la reazione è diretta a proteggere la vita, il pudore o nell'ipotesi di difesa dal ladro notturno e dal rapinatore.

L'istituto della legittima difesa entrò, quindi, in sordina nei moderni codici, nel senso che in origine rivestiva la caratteristica di scriminante riferita a casi specifici: in particolare, nella precedente legislazione, la legittima difesa venne

¹¹¹ Libro III, tit. I.

trattata come una scriminante speciale¹¹² e non come un istituto di parte generale, infatti, se ne ammetteva la compatibilità con i suoi attentati alla vita e all'incolumità e non con la messa in pericolo di ogni altro diritto soggettivo, fra i quali, quelli patrimoniali. Il primo codice penale che inserì nella parte generale l'istituto della legittima difesa fu il codice Bavarese del 1813¹¹³. Contemporaneamente, nell'Italia preunitaria erano in vigore differenti codici penali in corrispondenza della divisione politica del paese¹¹⁴: in genere essi si ispiravano al codice francese, ad eccezione del Regolamento pontificio dei delitti e delle pene, assai ampio nel concetto di legittima difesa, e del codice toscano che ignorava addirittura l'istituto¹¹⁵.

Con l'unità d'Italia venne applicato il codice sardo a tutto il regno. Tale codice venne poi sostituito nel 1889 dal Codice Zanardelli. Il più significativo risultato nella lunga elaborazione legislativa del primo codice penale italiano nei riguardi della legittima difesa fu probabilmente quello di aver trasferito l'istituto nella parte generale¹¹⁶ in base all'esatta considerazione che, per respingere un'ingiusta aggressione alla propria vita o alla propria incolumità, l'agredito potrebbe essere costretto a compiere azioni che, pur configurandosi come reati, non siano necessariamente reati di sangue, ledendo diritti della più varia natura¹¹⁷.

Nel proseguo del lavoro verrà analizzato come si è arrivati a disciplinare la legittima difesa nel codice Zanardelli ripercorrendo l'evoluzione storica non solo di detto codice ma anche del Codice penale Sardo e del Codice penale Toscano.

Doveroso è inoltre analizzare la dottrina che sicuramente ha avuto un ruolo non indifferente nello sviluppo dell'istituto in esame.

¹¹² M. CERASE, *Difesa legittima*, in Lattanzi-Lupo (a cura di), *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. II, t. I, Milano, 2000, 562.

¹¹³ E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, 469.

¹¹⁴ Sulla disciplina dell'istituto contenuta nei codici preunitari A. CADOPPI, *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, cit., 1384 ss. In particolare, sul codice delle Due Sicilie del 1819 A. CADOPPI, *Una «Pompei» del diritto penale. Tradizione romanistica e «origini lombarde» del codice napoletano del 20 maggio 1808*, in VINCIGUERRA (a cura di), *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli (1808)*, Padova, 1998, CLXXV ss.

¹¹⁵ Per un giudizio favorevole sul Codice Penale Toscano del 1853 F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 13.

¹¹⁶ Sul punto, che dimostra la relatività della distinzione fra parte generale e parte speciale nella storia del diritto penale, A. CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, Padova, 2004, 9, sulle orme di quanto già rilevato da T. PADOVANI - A. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale, Il ed.*, Bologna, 2002, 24.

¹¹⁷ P. BELLINI, *La difesa legittima*, cit., 27; A. POSITANO DE VINCENTIIS, voce *Difesa legittima*, cit. 387.

6. La dottrina liberale del «*moderamen inculpatae tutelae*».

L'Italia preunitaria si caratterizzava per la presenza di più codici penali i quali hanno, senza dubbio, tutti influito in un modo o nell'altro nella successiva codificazione unitaria.

In particolare, l'istituto della legittima difesa presenta alcune discontinuità: è infatti importante analizzare il passaggio dalla disciplina del *moderamen inculpatae tutelae*, principio cardine dei codici Preunitari, in particolare il Codice penale toscano del 1853 e il Codice Sardo del 1859 e anche principio ereditato dal primo Codice penale unitario, il Codice italiano Zanardelli del 1889. La dottrina del *moderamen inculpatae tutelae* abbracciava la tesi secondo la quale fosse legittimo uccidere il proprio aggressore solo e soltanto a tutela della vita e dell'incolumità fisica, rendendo invece penalmente rilevante la condotta di chi uccideva il proprio aggressore per difendere i propri beni materiali. Con il Codice Rocco del 1930, che fu il secondo codice unitario adottato in sostituzione dell'ormai antiquato Codice Zanardelli, vi fu una grossa estensione dell'istituto della legittima difesa: si consentiva a determinate condizioni infatti, come si vedrà, l'impunità anche al soggetto che uccideva il proprio aggressore al fine di proteggere dei beni materiali.

L'istituto quindi si evolse: non solo si poteva agire in legittima difesa per difendere la propria vita o più generalmente l'incolumità fisica, ma il Codice Rocco intendeva tale diritto di difesa anche come diritto a difendere con la violenza fisica tendenzialmente tutti i beni, proprietà inclusa. Per capire però come si è giunti alle disposizioni del Codice Rocco è necessario analizzare i suoi antenati, partendo dal Codice Sardo, analizzando il Codice penale toscano che, nonostante l'unità d'Italia rimase in vigore fino a quando non si ebbe l'unificazione normativa sotto il Codice Zanardelli nel 1889 ed infine proprio quest'ultimo. Il punto di partenza è dato dal paradigma del «*moderamen inculpatae tutelae*».

6.2 Il Codice penale Toscano del 1853

Il Codice penale del Granducato di Toscana fu promulgato nel 1853 dal granduca Leopoldo II di Toscana, e rimase in vigore anche dopo l'Unità d'Italia, fino a quando non fu sostituito dal Codice penale italiano del 1889. Sostituiva il

cosiddetto Codice leopoldino del 1786, che fu uno dei testi normativi più avanzati di quell'epoca. Il codice penale Toscano del 1853¹¹⁸ non prevedeva esplicitamente una disciplina né generale né tantomeno speciale sulla legittima difesa distinta dalle altre cause o condizioni di non punibilità. Il solo riferimento esplicito all'istituto della legittima difesa era contenuto nell'art 339 del codice il quale nel titolo VII dei delitti contro la persona, al capo III disciplina l'omicidio e le lesioni personali per eccesso di difesa:

Art. 339: Chiunque, per sottrarsi da un pericolo prodotto da forza maggiore, o per difendersi dall'altrui violenza, ha oltrepassato i limiti della necessità, è punito con la carcere

- a) da sei mesi a tre anni, se ha commesso omicidio; e,
- b) fino ad otto mesi, se ha commesso lesione personale grave o gravissima.

Per ricavare una disciplina della legittima difesa però è necessario leggere tale articolo unitariamente all'articolo 309 che contiene le disposizioni generali in tema di omicidio e con l'articolo 34 contenuto nel titolo del codice che disciplina "le cause che escludono o diminuiscono l'imputazione".

Art. 309: §.1. L'omicidio predeterminato si punisce con la morte.
§.2. Quando per altre circostanze di straordinaria importanza facciano riputare eccessiva la detta pena, il tribunale è autorizzato a decretare in suo luogo l'ergastolo.

§.3. Si punisce sempre come premeditato, l'omicidio che sia derivato da solo impulso d'una brutale malvagità, o che, nella flagranza o quasi flagranza del fatto,

¹¹⁸ Il codice penale Toscano comprendeva 456 articoli suddivisi in due libri, una parte generale ed una speciale: il primo, "Dei delitti e della loro punizione in generale"; il secondo, "Dei delitti e della loro punizione in particolare". Tutti i reati sono riuniti nell'unica categoria dei delitti, superando la bipartizione in delitti criminali e politici di origine austriaca e la tripartizione in crimini, delitti, contravvenzioni di scuola francese. Le contravvenzioni di polizia, infatti, furono disciplinate in un'altra legge emanata lo stesso anno. Il primo libro comprendeva nove titoli, mentre il secondo libro constava di otto titoli: I delitti contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato; contro la religione dello Stato; contro l'amministrazione dello Stato; l'ordine pubblico; la pubblica fede; il pudore e l'ordine delle famiglie; le persone; gli averi. Sul punto si veda M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative dall'Antico Regime al fascismo*, Torino, 2007, 228.

sia stato commesso perché servisse il mezzo della violenza carnale, od al furto, o per procurare l'impunità all'uno o all'altro di questi delitti.

§.4. Dall'autorizzazione concessa nel §.2. resta eccettuato il caso dell'omicidio contro l'ascendente.

Art. 34: Le violazioni della legge penale non sono imputabili, quando chi le commise non ebbe coscienza dei suoi atti, e libertà d'elezione.

Nel suo commento al Codice penale Toscano la dottrina individuò sei categorie di soggetti ricompresi nel dettato della norma. La prima categoria sarebbe quella dei “mentecatti”, dei “dementi”, dei “*furiosi, quia inducio carent*” che abbiano agito nello stato di completa “imbecillità, demenza e furore”¹¹⁹; la seconda, quella dei “dormienti” e dei “sonnambuli a condizione che non possa all'agente rimproverarsi grado alcuno di colpa”¹²⁰; la terza, quella di coloro che sono “completamente ubriachi per ubriachezza furiosa o letargica, che abbia loro tolto affatto la ragione a condizione che la ubriachezza sia involontaria od accidentale”¹²¹; la quarta categoria sarebbe quella di coloro che “si trovano in stato di ignoranza o di errore di fatto involontario, invincibile ed essenziale”, a tali “individui” mancherebbe la coscienza dei loro atti¹²². Quanto alle altre due categorie, quelle degli “inviti” e dei “coatti” a esse si riferirebbe la disposizione laddove parla di mancanza di “libertà di elezione” e quindi della libertà di scelta e di azione. Gli “inviti” sarebbero coloro che “sono stati da una forza fisica, invincibile, ed insuperabile, costretti a delinquere, servendo di materiale istrumento alla malvagità altrui”¹²³.

Quanto ai “coatti”, questi sarebbero coloro “i quali hanno agito sotto l'influenza di un timore grave, di un male o superiore o eguale a quello prodotto dal delitto, timore motivato da causa ingiusta, improvviso, imprevedibile, presente e

¹¹⁹ G. PUCCIONI, *Il codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza, Vol. I* (Art. 1-41), Pistoia, 1855, 305 ss.

¹²⁰ G. PUCCIONI, *Il codice penale toscano*, cit. 306.

¹²¹ Ibidem.

¹²² D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa: da Carrara a Rocco, Quaderni Fiorentini*, 2006, 726.

¹²³ Ibidem.

inevitabile”. All’interno della categoria dei “coatti”, dei soggetti sottoposti a “coazione”, l’autore distingue ulteriormente tre categorie¹²⁴.

La prima è data dal caso in cui “l’uomo oppresso da una forza maggiore irresistibile, indipendente dal fatto umano, che lo minaccia di un imminente pericolo, pe sottrarsene, usa violenza ad altri sottoposti allo stesso pericolo, e che tentano nel medesimo modo di evitarlo, e vincendoli nella lotta, e facendoli vittime di quella forza maggiore, da essa egli scampa illeso a danno degli altri”¹²⁵. La seconda categoria si avrebbe “quando l’uomo minacciato di grave pericolo ad altro uomo onde sottrarsene, incontra in altri affatto innocenti della violenza impostagli, uno ostacolo allo scampo, e non ha altro modo di superarlo, che di sacrificare alla propria salvezza quell’innocente o innocenti”¹²⁶. Accanto a questi due casi di uccisione di un soggetto innocente, troviamo la terza categoria che è appunto quella riconducibile all’esercizio della legittima difesa: “quando l’uomo ingiustamente aggredito reagisce contro l’aggressore, e per salvarsi dal pericolo minacciatogli, imminente, irresistibile, se ne libera, procurando all’aggressore medesimo un male uguale ma non superiore a quello a cui sottostava per la fattagli minaccia”¹²⁷.

Salta subito all’occhio leggendo la terza categoria delineata da tale dottrina, come un criterio essenziale per la scusabilità dell’azione difensiva sia quello della proporzione tra il male minacciato e quello arrecato con la difesa, e più precisamente, la difesa non può mai essere fonte di un male più grave di quello minacciato inizialmente dall’aggressore. La difesa è quindi legittima e non punibile solo se vi è una giusta proporzione tra le azioni dei due soggetti; tale proporzione è possibile sono nel momento in cui il soggetto aggredito – che intende difendersi – effettui prima di agire un bilanciamento tra i beni giuridici in gioco, prediligendo poi la strada meno gravosa ma comunque sufficiente per la propria tutela.

Chi intende difendersi deve sempre basare le sue valutazioni sul concetto del bene “vita umana”: la vita umana rappresenta infatti un bene giuridico di livello

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ G. PUCCIONI, *Il codice penale toscano*, cit. 299.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ G. PUCCIONI, *Il codice penale toscano*, cit. 300.

nettamente superiore e costituisce inoltre un parametro per la valutazione degli altri beni giuridici difesi¹²⁸.

Il Codice penale Toscano è improntato sulla dottrina liberale del *moderamen inculpatae tutelae* in base alla quale è legittimo uccidere il proprio aggressore solo e soltanto a tutela della vita; di conseguenza, nel codice, dall'elenco dei beni difendibili rimangono esclusi sia i beni patrimoniali sia l'onore¹²⁹.

Tale esclusione sembra essere molto significativa: al giorno d'oggi il bene vita ci appare senza alcun dubbio nettamente superiore all'onore, e un commento al codice che ribadisce tale superiorità ci sembrerebbe forse superfluo o addirittura ovvio, ma, in realtà, non è così se si considera l'epoca storica in cui il codice è stato emanato ed il corrispondente valore che veniva attribuito all'onore delle persone; è per questo che tale disposizione rileva particolarmente, perché aiuta a capire come anche nel XVIII secolo si avesse una concezione della tutela della vita particolarmente significativa.

Queste però, si badi bene, erano le conclusioni della dottrina sin qui richiamata, sicuramente autorevoli ma non del tutto indiscusse.

Nel 1854 altro autore, invero, nel suo lavoro sul codice penale toscano aveva espresso opinioni differenti. Sulla legittima difesa tale dottrina evidenzia: «Si è conteso, e si contende tutt'ora se il *moderamen* della incolpata tutela possa utilmente allegarsi da chi ha ucciso per difendere i beni. Se non che basta ricordarsi, che noi non disputiamo di peccati, ma di delitti, per essere persuasi, che anche i beni, purché siano di un'importanza assoluta o relativa, proporzionata all'estensione della difesa, costituiscono un obiettivo giuridico, che senza penale responsabilità, può essere in certi casi assicurato, con il sacrificio della vita dell'ingiusto aggressore»¹³⁰. L'autore intende qui tracciare una differenza tra i

¹²⁸ G. PUCCIONI, *Il codice penale toscano*, cit. 303. A tal proposito Puccioni scrive: «La minaccia di un male maggiore o almeno uguale a quello in che consiste la violazione della legge penale, è necessaria per rendere l'azione coatta, e così non imputabile; infatti gli scrittori di diritto penale vogliono che il male minacciato che si è dal coatto voluto evitare, consista nella perdita della vita, nella mutilazione dei membri del corpo o in altre calamità ammesse a dei tormenti che sembrano più duri della stessa morte, o che consista pur anche nella perdita della pudicizia, ritenuta da tutti come forze più pregevole della stessa via».

¹²⁹ Ibidem. «gli scrittori di diritto penale [...] escludono poi quel male che consiste nella jattura della proprietà o della fama, perché è facile il recupero dell'una e dell'altra».

¹³⁰ F.A. MORI, *Teoria del Codice penale toscano*, Firenze, 1854, 264. «Recte possidendi, ad defendam possessionem, quam sine vitio tenebant, in, culpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet».

peccati e i delitti, mettendo in luce la differenza tra religione e diritto penale; lo scopo è quello di voler svalutare le teorie di chi intende tutelare “eccessivamente” la vita del ladro. A queste argomentazioni, la dottrina in commento aggiunge delle considerazioni, in particolare sull’ipotesi del furto, basate sull’effettiva difficoltà per le istituzioni di ritrovare la refurtiva che quindi andrebbe persa definitivamente¹³¹, contraddicendo quindi la tesi di Puccioni il quale riteneva i beni “facili da recuperare”.

6.3 Il codice sardo del 1859

Il codice fu originariamente emanato da re Carlo Alberto di Savoia nel 1839, fu poi successivamente modificato e promulgato nuovamente nel 1859 da Vittorio Emanuele II, e rimase in vigore (seppur con alcune eccezioni come il codice penale toscano) anche nel neonato Regno d'Italia fino all'emanazione del codice penale italiano del 1889. Il codice sardo piemontese del 1859, al contrario del codice penale toscano, disciplina esplicitamente e in positivo la legittima difesa come causa che esclude la punibilità dell’omicidio o della lesione personale. In particolare, gli articoli nei quali si fa riferimento a tale istituto sono tre:

Art. 559: «Non vi è reato quando l’omicidio, le ferite, o le percosse sono comandate dalla necessità attuale di legittima difesa di sé stesso o di altrui, od anche del pudore in atto di violento attentato».

Art. 560: «Sono compresi nei casi di necessità attuale di legittima difesa i due seguenti:

- a) Se l’omicidio, le ferite, le percosse abbiano avuto luogo nell’atto di respingere di notte tempo la scalata, la rottura di recinti, di muri, o di porte d’entrata in casa o nell’appartamento abitato o nelle loro dipendenze;

¹³¹ F.A. MORI, *Teoria del Codice*, cit. 265. A tal proposito Mori scrive: «né vale opporre, che jattura dei beni è riparabile, in quanto i tribunali sono sempre disposti ad obbligare l’usurpatore a restituire il maltolto; perocchè tutti sanno, quanto sia difficile in fatto convincere l’usurpatore, e quanto più difficile ancora recuperare da lui le cose furtive».

- b) Se hanno avuto luogo nell'atto della difesa contro gli autori di furti o di saccheggio eseguiti con violenza verso le persone»¹³².

Art. 563: «L'omicidio commesso per eccesso nella difesa della vita o del pudore, o per eccesso nell'esercizio della forza pubblica, è punito col carcere. Colla stessa pena è punito l'omicidio che, per eccesso nella difesa, sia commesso di giorno nell'atto di respingere lo scalamento o la rottura di recinti, muri, porte, finestre di una casa, o di un appartamento abitato, o di luoghi dipendenti da abitazione».

Mentre l'articolo 559 ammette in via generale la non punibilità dell'agente con riferimento alla difesa della vita e dell'incolumità fisica (legittima difesa di se stesso o di altri), aggiungendo inoltre la difesa della «pudicizia» e cioè dell'onore “sessuale” della donna minacciata di una violenza sessuale, l'articolo 560 prevede alla prima ipotesi l'uccisione del *'fur nocturnus'* e alla seconda ipotesi l'uccisione del ladro che, esercitando «violenza verso le persone» divenga di per sé un pericolo anche per l'incolumità fisica dell'agredito nella proprietà»¹³³.

6.4 Il contributo della dottrina

La concezione della difesa legittima sostenuta dalla dottrina del “*moderamen inculpatae tutelae*” – sposata dal Codice penale toscano, dal Codice penale sardo ed infine anche dal suo “successore”, il Codice penale Zanardelli – fu avallata da numerosi giuristi, tra i quali spicca Francesco Carrara.

Nello stesso anno della promulgazione del Codice penale sardo Francesco Carrara aprì il suo corso accademico presso l'Università di Pisa con la prolusione

¹³² Si veda ISIDORO MEL (a cura di), *Il diritto penale positivo italiano illustrato per articoli* a cura dell'avv. Isidoro Mel con la giurisprudenza pratica formata dal 1860 al 1885, Napoli 1885, 221s.

¹³³ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 730. Una disciplina simile può essere ricostruita con riguardo al diritto penale del Regno di Napoli e cioè con riguardo alle leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli del 1808 e per il Codice del Regno delle Due Sicilie del 1819. Sul punto D. SICILIANO, *Della violenza nel diritto penale fascista. Il caso della legittima difesa a tutela del patrimonio*; Firenze, 2013, 17 ss.

«diritto della difesa pubblica e privata»¹³⁴. Tra i tanti studi e scritti di Carrara troviamo numerose considerazioni sull'istituto della legittima difesa. Il giurista, infatti, teorizzava l'esistenza di un diritto alla difesa legittima solo in via sussidiaria alla difesa pubblica: là dove la difesa pubblica non arriva, e solo nella misura in cui la difesa pubblica non arriva, in implicita stretta sussidiarietà, vige secondo Carrara la «difesa privata»¹³⁵.

Secondo Carrara «la legge di natura» avrebbe affidato «all'autorità sociale la difesa dell'ordine esterno»¹³⁶. Sorgerebbe quindi il problema del conflitto tra la «difesa pubblica» e la «difesa privata». Il giurista all'inizio della sua analisi si concentra particolarmente sul termine “difesa” attribuendogli due possibili significati o meglio, due possibili “idee” molto differenti tra loro: «esprime la idea semplice del riparo, se si frapponga tra una cosa e gli esseri, o animati o inanimati, che potrebbero nuocerle. Così l'uomo coi panni difende il suo corpo dal freddo; con buoni serrami difende dai rapaci le proprie sostanze. Finché la difesa privata si estrinseca su cotesta linea di operazioni, nessuna collisione può sorgere tra lei e la difesa pubblica; e sarebbe assurdo impedire quella per rispetto di questa»¹³⁷.

Carrara evidenzia inoltre come: «[...] la parola difesa esprime ancora un'idea complessa. Quando l'uomo non la esercita soltanto sopra di se o sopra le cose sue, ma agendo sopra la persona di altri o sopra le cose altrui, la difesa non rappresenta più la semplice idea di *riparo* ma quella è ziancio di *repulsa*. E questa azione ulteriore, ponendo la difesa in urto coi diritti di colui avverso il quale si esercita, non può illimitatamente concedersi; perché dalla giustizia sociale soltanto deve appendersi il regolamento dei rispettivi diritti degli uomini nello scontrarsi tra loro»¹³⁸.

È nella differenza tra “proprio” e “altrui” che viene tracciata la distinzione tra “riparo” e “ripulsa”. Il criterio adottato per la soluzione del conflitto tra «difesa pubblica» e «difesa privata» è dato per Carrara dalla «giusta necessità»¹³⁹. Questa

¹³⁴ F. CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata* (Prolusione al corso accademico dell'anno 1859-1860), in *Opuscoli di diritto criminale del Professore comm. Francesco Carrara*, quarta edizione, Vol. I, Prato 1885, 105 s.

¹³⁵ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 730.

¹³⁶ F. CARRARA, *Diritto della difesa*, cit. 133.

¹³⁷ F. CARRARA, *Diritto della difesa*, cit. 134.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ F. CARRARA, *Diritto della difesa*, cit. 133.

va intesa, da un lato, in termini di sussidiarietà della difesa privata rispetto a quella pubblica e, dall'altro, secondo il principio di proporzione immanente al requisito della necessità. Egli a tal proposito scrive: «[...] evvi però un confine oltre il quale codesta abolizione della difesa repulsiva dei privati deve cessare, perché deve tacere il diritto alla pubblica difesa col sostituirvi la difesa privata. E questo limite viene segnato dalla giusta necessità»¹⁴⁰.

Carrara inoltre per completezza argomentativa, non tarda a fornire una sorta di definizione di giusta necessità; in realtà non si tratta di una definizione vera e propria, bensì di parole che intrinsecamente portano il lettore a comprendere il concetto: «Ogni qual volta il presidio della giustizia sociale sia tardo e impotente ad impedire il male che si minaccia, e la difesa privata può con minor male impedirlo, altrettante volte risorge il diritto della difesa privata; e la necessità del momento porge al tempo medesimo la causa e la misura della legittimità dell'esercizio di lei».¹⁴¹ Carrara si confronta, per confutarle, con le due fondazioni della legittima difesa ovvero del «diritto di propria difesa» dominanti al tempo. Si tratta del principio «della collisione degli uffici» e del principio «di perturbazione»¹⁴².

Occorre analizzare questi due principi. «I pubblicisti si attennero più specialmente al primo; e nella collisione degli uffici ravvisarono la legittimità della privata difesa. L'aggredito ha diritto a uccidere l'aggressore, perché questi violando il dovere che aveva di rispettare l'altrui vita, ha perduto il diritto di mantenere rispettata la sua»¹⁴³.

Il principio della «collisione degli uffici» prevede il conflitto tra i doveri di entrambe le parti: vi è in primo luogo il dovere dell'aggressore di rispettare la vita dell'aggredito, nonché, in secondo luogo, quello speculare dell'aggredito di rispettare la vita dell'aggressore.

La conseguenza che ne deriva è che la vita dell'aggressore cede di fronte a quella dell'aggredito poiché è l'aggressore il primo tra i due ad aver violato il proprio dovere di rispettare la vita altrui. Carrara, il cui scopo è appunto confutare

¹⁴⁰ F. CARRARA, *Diritto della difesa*, cit.134.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 731.

¹⁴³ F. CARRARA, *Diritto alla difesa*, cit. 137.

tale principio, ricorre qui a due argomentazioni per mettere in luce l'inaccettabilità di tale scuola di pensiero, poiché le conseguenze giuridiche che ne deriverebbero non sono plausibili.

La prima argomentazione che il giurista ci presenta è rappresentata da un controesempio: «E ne verrebbe doversi dire legittimo l'atto con cui rubassi a chi aveva rubato a me, purché entro la misura del tolto; potendo io dire che colui violando il dovere di rispettare la roba mia, sciolse me dal dovere di rispettare la roba sua. Conseguenza non accettata, e non accettabile mai»¹⁴⁴.

La seconda argomentazione pone invece le sue radici sul concetto di imputabilità: il giurista evidenzia infatti la difficoltà di inquadramento teorico all'interno della concezione della «collisione degli uffici» della difesa legittima nei confronti dell'aggressione da parte di un soggetto «non imputabile»¹⁴⁵.

Quanto al secondo principio, il principio di «perturbazione», anch'esso viene considerato dal Carrara poco convincente. Secondo tale principio verrebbe meno «la responsabilità penale della violazione costretta dalla necessità di evitare un grave pericolo, perché la presenza di quel pericolo eccita nella mente dell'uomo una tale perturbazione che lo rende incapace di frenare i suoi moti, e di sottoporli al dominio della ragione»¹⁴⁶. Anche in questo caso, per confutare tale scuola di pensiero Carrara ricorre a due argomentazioni:

La prima fa riferimento agli effetti: si verrebbe «a dire scusato un fatto che tutti fin qui chiamarono legittimo. La perturbazione porta ad assolvere il coatto unicamente *ob miserationem humanae imbecillitatis*. Ora gran differenza intercede fra lo scusare un fatto, e il dirlo legittimo. Chi difende la sua vita contro un immeritato pericolo, sdegnava la parola di scusa. Egli ha la coscienza di esercitare un diritto»¹⁴⁷.

La seconda argomentazione è invece di tipo 'empirico' e intende ridurre ad assurdo il principio della «perturbazione». Essa è uno stato d'animo che non

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Ibidem. A tal proposito Carrara scrive: «[...] il principio della collisione degli uffici cessa affatto quando la difesa si eserciti con eccidio di un non imputabile: come nel caso dell'aggressione di un sonnambulo, di altro coatto, o di un pazzo. L'infelice demente che minaccia la mia vita, non viola dovere nessuno [...]. Ei, dunque, non può dirsi aver perduto il diritto alla vita sua: sicché desaparendo qui la collisione degli uffici, dovrebbe seguirne la cessazione della regola».

¹⁴⁶ F. CARRARA, *Diritto della difesa*, cit. 141.

¹⁴⁷ F. CARRARA, *Diritto della difesa*, cit. 142.

colpisce necessariamente ogni persona che si trovi vittima di un'aggressione e di conseguenza non può considerarsi un principio universale¹⁴⁸.

Carrara a questo punto formula un'esigenza fondamentale: «Bisogna dunque ammettere che possa darsi talvolta vera e propria violazione di un diritto altrui, senza che vi sia luogo a punizione del violatore. E bisogna perciò rintracciare tutt'altro principio, che la supposta cessazione del diritto in chi fu passivo della violazione»¹⁴⁹. In altri termini: si avrebbe una situazione di conflitto in cui: 1) l'agredito viola «il diritto altrui»; 2) il diritto altrui viene violato, ma non viene «perduto»; 3) La violazione del diritto altrui non costituisce una scusante, ma l'esercizio di un diritto¹⁵⁰. La soluzione a tali conflitti prospettata da Carrara è «la cessazione del diritto di punire nell'autorità sociale»; tale diritto sembra infatti essere in conflitto con il «diritto di difesa privata» degli uomini. Per comprendere quando si verifichi tale conflitto Carrara nei suoi scritti tenta di dare un contenuto materiale al «gius di punire», al «diritto di punire» grazie al concetto di «legge di natura»¹⁵¹.

Il criterio materiale per il coordinamento è dato dal principio di autoconservazione dell'uomo, rispetto al quale il principio del «mantenimento dell'ordine» e del «gius di punire» stesso è finalizzato. La «contraddizione» tra il diritto alla vita garantito dalla legge di natura e il diritto a punire, anch'esso garantito dalla legge di natura, viene risolta dando prevalenza al primo; questo perché il diritto di punire nasce al solo fine di tutelare la conservazione della vita di tutti gli uomini. In altre parole, risulta inutile e contraddittorio porre un esclusivo diritto di punire in capo alle autorità senza quindi lasciare alcun spazio alla difesa

¹⁴⁸ Ibidem. Con parole di Carrara: «[...] La supposta perturbazione dell'agredito può anche qualche volta non essere. Ed allora [...] ove un processo dimostri che l'agredito serbò in mezzo al pericolo tutta la serenità della mente, ed agì coi calcoli di lucido raziocinio; se il principio scusante è questo unico della perturbazione, dovrà punirsi costui!».

¹⁴⁹ F. CARRARA, *Diritto della difesa*, cit. 139.

¹⁵⁰ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 733 ss.

¹⁵¹ F. CARRARA, *Diritto alla difesa*, cit. 143. «Il *gius di punire* nella società emana dalla legge di natura. Ma la legge di natura ha dato all'uomo, più che il diritto, il dovere di conservare la propria esistenza. Questo è precetto della legge primitiva, come lo è l'associazione degli uomini, la loro subiezione ad un'autorità, e la forza coattiva in mano di questa pel mantenimento dell'ordine. I due precetti primitivi — precetto all'uomo della conservazione di sé stesso — subiezione dell'uomo a una pena qualora turbi l'ordine esterno — non possono non essere coordinati fra loro. Se sono coordinati, il secondo precetto non può essere derogativo del primo; mentre anzi ha questo con quello una esattissima convergenza, perché entrambi tendono alla conservazione dell'uomo. Dunque ove parla il primo precetto deve tacere il secondo».

privata. Il diritto di punire è finalizzato al mantenimento dell'ordine ed alla tutela del cittadino; ma tale tutela perde di significato nel momento in cui il cittadino non può agire per difendersi, violando quindi il principio di autoconservazione che è irrinunciabile e funge da base per tutti gli altri diritti¹⁵².

Secondo Carrara quindi il criterio per la soluzione del conflitto tra il «gius di punire» e il diritto aggredito è ricavabile con un corretto bilanciamento dei due diritti: bisogna quindi analizzare il valore e l'importanza dei diritti facenti capo agli uomini in conflitto. La difesa potrà dirsi legittima solo e soltanto se il diritto dell'aggredito è di valore pari o superiore a quello dell'aggressore.

Alla luce di tali affermazioni, viene subito da chiedersi quale sia la posizione di Carrara in merito alla difesa di beni giuridici diversi dalla vita e dall'incolumità fisica. Per quanto concerne la difesa della proprietà bisogna rilevare che Carrara non fa espressamente menzione al caso in cui vi sia una difesa mortale a tutela di beni materiali; se però si ricollega il principio qui enunciato da Carrara a quanto da lui affermato con riferimento alla legge di natura, si può facilmente sostenere che nella concezione di Carrara implicitamente non vi è spazio per la difesa mortale della proprietà. Solo la messa in pericolo dell'incolumità fisica ovvero della vita dell'aggredito possono dare luogo alla violazione del diritto alla vita del ladro ovvero del rapinatore e quindi far venir meno il 'diritto' dello Stato di punire¹⁵³.

Carrara inoltre fece un passo in più: oltre ad illustrare la legittimità della difesa privata, si pose il problema di individuare dei requisiti in presenza dei quali «un atto violatore dei diritti altrui e materialmente contrario alla legge» possa considerarsi «legittimo». I tre requisiti individuati dal giurista furono quelli della «ingiustizia», della «gravità» e della «inevitabilità» del male minacciato. In particolare, con riferimento al requisito della «gravità» Carrara scrive: «La gravità del male non deve cercarsi nell'assoluta verità, che può essere rimasta occulta

¹⁵² F. CARRARA, *Diritto della difesa*, cit. 144. Con parole di Carrara: «È impossibile che la legge di natura, la quale ha detto all'uomo non ti lasciare uccidere, abbia detto all'autorità, uccidi o punisci quell'uomo perché non si è lasciato uccidere. Dunque, quando l'uomo ha obbedito al precetto naturale della propria conservazione, senza che a lui possa farsi rimprovero o di colpa nelle cagioni, o di eccesso nell'esercizio, non esiste più autorità che lo possa colpire, perché la legge di natura che ha dato all'autorità il diritto di punire non può contraddire se stessa. Laonde con tutta esattezza si deve affermare che il gius di punire è cessato nell'autorità umana, rimpetto all'uomo che altro non ha fatto se non provvedere alla necessità della conservazione di una vita innocente».

¹⁵³ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 736.

all'agredito; ma nella ragionata opinione dell'agredito medesimo [...]. Si considera come *grave* il male che minaccia la *vita*, le *membra*, e la *pudicizia*: non quello che attacca la *roba*: né quello che lede la *fama*; tranne rispetto ad una reazione *correlativa*. E sebbene il commento ufficiale del Codice Bavaro (articolo 129 nota 1); il codice di Assia Harmstadt [*sic!*], e il codice Austriaco, ammettano come *causa dirimente* la difesa della proprietà, la comune dei dottori e dei legislatori le accordano soltanto una efficacia *minorante*, che ha la sua ragione nella giustizia dell'affetto motore: ma non mai, quando è isolata, le accordano forza scriminatrice. Carmignani ha ridotto con molta esattezza scientifica il criterio della gravità del male alla sua irreparabilità ... e questa è la formula più vera così teoricamente come praticamente [...]»¹⁵⁴.

7. L'approdo al Codice Zanardelli.

Il codice penale italiano del 1889, comunemente detto Codice Zanardelli dal nome di Giuseppe Zanardelli, allora ministro di Grazia e Giustizia che ne promosse l'approvazione, fu il codice penale in vigore nel Regno d'Italia dal 1890 al 1930, quando venne sostituito dal Codice Rocco. L'istituto della difesa legittima venne disciplinato nella parte generale del codice sotto il titolo IV «Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono» all'art. 49 che la sanciva in via generale ed all'art. 50 che disciplinava l'eccesso scusabile.

L'art. 49 co. 1 n. 2: «Non è 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».

L'art. 50 : «Colui che, commettendo un fatto nelle circostanze prevedute nell'articolo precedente, ha ecceduto i limiti imposti [...] dalla necessità, è punito con la detenzione per un tempo non inferiore ai sei anni, ove la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato

¹⁵⁴ F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale*, Vol. I, Lucca 1867, 173 s. Si vedano però le osservazioni di Carrara sul furto commesso nel «tempo notturno». Id., *Programma del Corso di diritto criminale*, Vol. IV, 5^a ed., Prato 1889, 297 ss.

medesimo ridotto a misura non inferiore a un sesto e non superiore alla metà, sostituita la detenzione alla reclusione e l'interdizione temporanea dai pubblici uffici all'interdizione perpetua».

Importante sottolineare che l'art. 49 co.1 n. 2 richiedeva espressamente come requisito la sussistenza di una «violenza», ciò comportava che l'aggressione contro i beni materiali non era di per sé rilevante ai fini della sussistenza della legittima difesa. Essa diviene invece rilevante se vi era anche una minaccia per l'integrità personale.

La materia però non era disciplinata esclusivamente dalla parte generale, infatti, il codice prevedeva nella parte speciale, dedicata ai delitti contro la persona, altre cause di giustificazione e di scusa che con più articolate interazioni abbinavano la difesa personale alla difesa del patrimonio o all'inviolabilità del domicilio: la sicurezza individuale alla conservazione del bene¹⁵⁵. Rilevante a tal proposito era l'art. 376 c.p.:

Art. 376: «Non è punibile colui che ha commesso alcuni dei fatti preveduti nei capi precedenti [si tratta dei capi intitolati “Dell'omicidio” e “Della lesione personale”] per esservi stato costretto dalla necessità:

1) di difendere i propri beni contro gli autori di alcuno dei fatti preveduti negli articoli 406, 407, 408 e 410, o dal saccheggio;

2) di respingere gli autori di scalata, rottura o incendio alla casa o ad altro edificio di abitazione o alle loro appartenenze, qualora ciò avvenga di notte; ovvero qualora la casa o l'edificio di abitazione o le loro appartenenze siano in luogo isolato, e vi sia fondato timore per la sicurezza personale di chi vi si trovi. La pena è soltanto diminuita da un terzo alla metà, e alla reclusione è sostituita la detenzione, se vi sia eccesso nella difesa, nel caso indicato nel numero 1. del presente articolo; ovvero se il fatto sia commesso nell'atto di respingere gli autori di scalata, rottura

¹⁵⁵ V. MANZINI, *Trattato*, cit., 262; D. CRIVELLARI, *Il codice penale per il regno d' Italia*, vol. VII, Torino, 1896, 990.

o incendio alla casa o ad altro edificio di abitazione, o alle loro appartenenze, e non concorrano le condizioni prevedute nel numero 2»¹⁵⁶.

Questa norma non aveva la funzione di restringere i casi di legittima difesa, tipizzandoli¹⁵⁷, ma anzi di estendere la legittima difesa oltre i limiti della proporzione tra offesa e difesa nei casi menzionati, lasciando che negli altri casi si applicassero i comuni requisiti generali della scriminante in oggetto¹⁵⁸: sia tali eccezioni che i requisiti generali della scriminante, erano il frutto non di decenni, ma di centinaia di anni di elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali e di esplicite prese di posizione legislative, dalle XII Tavole al codice del 1889. Tale impianto normativa non era riconducibile ad altre esperienze codicistiche: né alle esperienze maturate in Francia, né a quelle maturate in Germania¹⁵⁹.

All'indomani della promulgazione del Codice penale Zanardelli, in dottrina si evidenziò che «gli elementi necessari alla esistenza del *moderame* di incolpata

¹⁵⁶ L'art. 376 co. 1 n. 1 rinvia alle disposizioni disciplinanti la rapina, l'estorsione, il ricatto e il saccheggio. In particolare, l'art. 406 recita: «Chiunque, con violenza o con minaccia di gravi danni imminenti alla persona o agli averi, costringe il detentore o altra persona presenti sul luogo del delitto a consegnare una cosa mobile o a soffrire che egli se ne impossessi, è punito con la reclusione da tre a dieci anni. Alla stessa pena soggiace chiunque, nell'atto di impossessarsi della cosa mobile altrui o immediatamente dopo, usa contro la persona derubata o accorsa sul luogo del delitto la violenza o la minaccia suaccennata per commettere il fatto o per trasportare la cosa sottratta o per procurare la impunità di sé stesso o di un'altra persona che sia concorsa nel delitto. Se la violenza sia diretta unicamente a strappare la cosa di mano o di dosso alla persona, il colpevole è punito con la reclusione da uno a cinque anni». L'art. 407 recita: «Chiunque, con violenza o con minaccia di gravi danni alla persona o agli averi, costringe taluno a consegnare, sottoscrivere o distruggere, in pregiudizio di sé o di altri, un atto che importi qualsiasi effetto giuridico, è punito con la reclusione da tre anni a dieci anni». L'art. 408 recita: «Quando alcuno dei fatti preveduti negli articoli precedenti sia commesso con minaccia nella vita a mano armata, o da più persone delle quali anche una sola sia palesemente armata, o da più persone travisate, ovvero se sia commesso mediante restrizione della libertà personale, la reclusione è da cinque a quindici anni». L'art. 410 recita: «Chiunque sequestra una persona per ottenere da essa o da altri, come prezzo della liberazione, danaro, cose o atti che importino qualsiasi effetto giuridico, a favore proprio o di altri da lui indicati, ancorché non consegua l'intento, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni».

¹⁵⁷ Così invece riteneva V. PEZZELLA, *Autotutela (armata) del cittadino, fa cronaca fa oscillare il confine*, in *Diritto e giustizia*, n. 32/2004, 52 ss.

¹⁵⁸ Così A. CADOPPI, *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, cit., 1387.

¹⁵⁹ Sulla comparazione con queste due esperienze F. SIRACUSANO, *Questioni ancora aperte sulla riforma della legittima difesa*, in *Indice pen.*, 2008, 26 ss. Sull'importanza e sui limiti della comparazione, in quanto estesa alla prassi e agli orientamenti giurisprudenziali, F. VIGANÒ, *Spunti per un progetto alternativo di riforma della legittima difesa*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di Dolcini Paliero, vol. II, Milano, 2006, 2021 ss., e ancor prima G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Note sul metodo della comparazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 412.

tutela» e della legittima difesa, potrebbero essere ridotti «sostanzialmente a due: causa ingiusta, pericolo presente ed inevitabile»¹⁶⁰.

In particolare, sotto il profilo degli elementi caratterizzanti la legittima difesa vi è una continuità con gli «scrittori moderni». Questi, infatti, sebbene avessero teorizzato tali elementi con parole differenti o sebbene li avessero in più modi «divisi e suddivisi» non se ne sono mai discostati, trasformandoli quindi in una costante. La dottrina dominante in particolare, afferma che per configurare la legittima difesa vi dovrebbe essere: 1) una legittimità della difesa «nella sua cagione»; 2) la «necessità» dovrebbe essere «attuale» e 3) la «difesa» dovrebbe essere «indirizzata soltanto a respingere la ingiusta aggressione»¹⁶¹. Inoltre, alcuni autori per far sì che «al timore si accordi il potente effetto di rendere legittimo un atto violatore dei diritti altrui e materialmente contrario alla legge» debba essere richiesto «per regola assoluta» che il «male minacciato» presenti i requisiti della «ingiustizia», della «gravità» e della «inevitabilità». Il male minacciato in particolare verrebbe a essere considerato «inevitabile» qualora fosse «improvviso», «presente» nonché «assoluto»¹⁶². Infine, altri autori richiedono ulteriori requisiti inerenti al male minacciato: la presenza del «timore di un male più grave, o eguale a quello inferito»; che questo male fosse «imprevedibile e improvviso»; che fosse inoltre «presente ed inevitabile»¹⁶³.

È chiaro quindi come la dottrina abbia individuato una serie di elementi che nel corso del tempo sembrano essere rimasti invariati e considerati essenziali nell'istituto della legittima difesa in quasi tutti i periodi storici. Proprio per queste ragioni, alcuni autori ritengono possa parlarsi di un «minimo comun denominatore» della legittima difesa:

«In sostanza, la dottrina moderna è concorde con l'antica; vi sarà una diversità di linguaggio, uno sminuzzamento maggiore o minore, ma gli elementi della incolpata tutela non sono che questi. [...] Che la reazione sia comandata dalla

¹⁶⁰ G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia interpretato sulla scorta della dottrina, delle fonti, della legislazione comparata e della giurisprudenza*, Vol. Terzo (art. 31-60), Torino 1892, Art. 49, 506.

¹⁶¹ Ibidem

¹⁶² D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 740.

¹⁶³ G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, cit. 507.

necessità della difesa; cioè che la difesa sia necessaria; che la necessità della difesa sia attuale; che la difesa sia legittima»¹⁶⁴.

Il primo elemento essenziale della legittima difesa è quindi la “necessità della difesa propria”. Occorre soffermarsi attentamente su tale requisito ed in particolare analizzare cosa la dottrina intenda dire con i termini “difesa propria”. Per “difesa propria” si intenderebbe «quel diritto [...] che viene direttamente ed immediatamente dalla propria conservazione, raccomandata dalla natura a ciascheduno»¹⁶⁵.

Altri autori, sempre a sostegno di tale tesi, affermano che nell’esercizio di tale diritto, l’uomo non ha altro scopo che quello di preservare la propria incolumità¹⁶⁶.

Ma come abbiamo brevemente visto, la dottrina non si è fermata al requisito della necessità: autorevoli studiosi, infatti, hanno individuato come altro elemento essenziale la “inevitabilità del male minacciato”¹⁶⁷.

A tal riguardo è stato osservato che il male può essere definito inevitabile quando vi è incompatibilità tra la possibilità di osservare la legge e allo stesso tempo mantenere il diritto minacciato. Autorevoli giuristi, infatti, non mancano di sottolineare che le azioni di difesa che possono essere esperite senza violare la legge sono i cd. «altri mezzi innocenti» come la «preghiera», la «acclamazione» o la «fuga». In mancanza di una tale possibilità, il «male» viene a essere «assoluto»¹⁶⁸.

Ancora una volta, la dottrina però non si ferma qui: si concentra infatti sul significato di “inevitabilità” ed in particolare, viene affermato che perché un pericolo sia evitabile, facendo quindi sì che il soggetto aggredito possa sottrarsi

¹⁶⁴ Ibidem. Crivellari si rifà qui all’opera di NICOLINI, *Le questioni di diritto*, Napoli 1870.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ Ibidem. Con parole di Crivellari: «L’esercizio di questo diritto è tutto fisico, quando non si ha coscienza della causa che ci turba; urtati, riurtiamo; spinti, respingiamo la forza fisica che ci percuote. Quando però abbiamo coscienza dell’urto che ci si vuol fare, allora si eccita in noi naturalmente la reazione, ugualmente immediata ed indispensabile, ma effetto di calcolo e di ragione. Vi si mesce sempre la passione; ma il suo principio è che l’uomo, quando fa uso di questo diritto, e per esso viene alle ultime estremità, lo fa sempre non in tutto e per tutto macchinalmente, ma a disegno; e questo disegno non è di far male altrui, né di vendicarsi, né di punire alcuno, ma solamente di conservare se’ stesso e salvarsi la vita».

¹⁶⁷ Ibidem. Crivellari scrive: «Se al male che ci minaccia potevamo sottrarci altrimenti che col violare la legge, la violazione deve rimanere imputabile, perché l’arbitrio dell’agente non era più ristretto fra la scelta di due mali ugualmente gravi; e la legge dell’ordine poteva essere osservata, purché egli eleggesse il mezzo innocente col quale avrebbe evitato e il danno proprio e l’altrui».

¹⁶⁸ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 741.

all'aggressione in maniera alternativa alla difesa, devono necessariamente sussistere due requisiti. Il motivo della necessità di tali requisiti è insito nel fatto che nonostante si sia ricavato che se alla minaccia il soggetto aggredito poteva sottrarsi altrimenti che col violare la legge deve essere considerato imputabile, non sempre tale affermazione può considerarsi esatta: il soggetto che si difende nonostante la presenza di un'alternativa può essere considerato non imputabile se ricorrono alcune circostanze: la prima è data dal fatto che i mezzi alternativi «fossero realmente utili, cioè efficaci alla salvezza»¹⁶⁹. La seconda è data dal fatto «che il calcolo sopra questa utilità potesse essere istituito dallo stesso aggredito [...]».

Il *moderame* deve sempre misurarsi secondo le ragionevoli opinioni di colui che si vide minacciato nella vita; non secondo ciò che con freddo calcolo e maturo esame si è conosciuto dal giudice»¹⁷⁰.

Possiamo quindi concludere che la difesa legittima è una scusante del comportamento in violazione della «legge dell'ordine», prevista in casi di necessità, a tutela principalmente del diritto alla vita e all'incolumità fisica o personale dell'aggredito, che agisce a livello dell'imputabilità, negandola¹⁷¹.

Non manca inoltre anche una breve analisi sulla difesa a tutela dei beni patrimoniali: la dottrina infatti si interroga sul se «la eccezione del *moderame* di incolpata tutela debba essere limitata soltanto alla aggressione contro la vita propria o di altrui»¹⁷². Sulla base di numerose argomentazioni – ricavate dal diritto romano e dal diritto naturale di Grozio e Pufendorf – gli autori più affermati dell'epoca considerarono accettabile un allargamento dell'ambito applicativo dell'istituto della legittima difesa anche con riguardo ai beni materiali, fondando le ragioni sul concetto di «violenza».

Una tale concezione giustifica da un punto di vista argomentativo la disciplina del Codice Zanardelli. Infatti, all'art. 49 che disciplina in via generale la legittima difesa come «reazione necessaria» nei confronti di una «violenza attuale e ingiusta» – quindi esclude in via principale la tutela dei beni patrimoniali, perché l'aggressione nei loro confronti non costituisce «violenza» – è doveroso aggiungere

¹⁶⁹ G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, cit. 507.

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 742.

¹⁷² G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, cit. 515.

anche considerazioni sulla norma speciale di cui all'art. 376 che disciplina i casi tipici di «violenza» nei confronti dei beni patrimoniali ovvero di aggressione ai beni patrimoniali che costituiscono anche una «violenza».

Il nuovo codice penale attirò l'attenzione anche di giuristi come Vincenzo Manzini e Giulio Battaglini, i quali non tardarono ad esprimere le loro considerazioni in merito, ed in particolare entrambi focalizzarono la loro attenzione sull'istituto della legittima difesa.

Leggendo gli scritti di Manzini, appare chiaro come egli intenda considerare il diritto positivo e la necessità quali uniche fonti della legittima difesa. Con riferimento al requisito della «necessità» Manzini sembra opporsi decisamente a interpretazioni – come, ad esempio, quella di Carrara – tese ad individuare una connessione tra «necessità» della difesa ed «irreparabilità» del male minacciato¹⁷³.

Per quanto riguarda la natura della legittima difesa, Manzini sembra essere dell'idea che essa altro non sia che una concessione da parte dello Stato, e per dirla con parole sue: la «legittima difesa privata» è «una concessione ipotetica e condizionata della potestà di polizia [...] che lo Stato fa al privato per ragione di necessità»¹⁷⁴. Il singolo individuo, nel momento in cui viene aggredito e lo Stato non può prontamente ed efficacemente intervenire, viene investito in via sussidiaria della funzione pubblica di polizia¹⁷⁵.

Anche Manzini – come d'altronde qualunque giurista abbia espresso considerazioni sull'argomento – affronta il delicato problema della difesa del patrimonio assieme a quella del domicilio: questa è ritenuta ammissibile solo «quando l'aggressione implichi un pericolo o una violenza personale contro il

¹⁷³ V. MANZINI, *Trattato*, cit. 252. Manzini critica qui espressamente in una nota una sentenza della Corte di Cassazione del 26 gennaio 1903: «Sulle tracce di abrogate norme penali si suole insegnare non esservi necessità se il male che si vuol respingere non sia realmente od opinatamente irreparabile. Ma codesta interpretazione è del tutto arbitraria. La giustificante dell'art. 49 n. 2 non pone affatto la condizione dell'irreparabilità del danno, ma richiede soltanto che questo vada a colpire la persona dell'aggredito».

¹⁷⁴ V. MANZINI, *Trattato*, cit. 234.

¹⁷⁵ *Ibidem*. «Da parte del singolo, e dal punto di vista della sua attuazione, la legittima difesa costituisce quindi una forma d'esercizio privato di funzione pubblica, che ha per scopo di respingere con la forza l'aggressione ingiusta a certi diritti o interessi protetti, che, in base a criteri di politica criminale, si ritengono particolarmente degni della più energica tutela».

titolare del diritto patrimoniale o della facoltà protetta di mantenere inviolato il domicilio»¹⁷⁶.

Essa, quindi, non rientrerebbe nell'ambito scriminante dell'art. 49¹⁷⁷. Manzini rimanda espressamente alla disciplina contenuta nella parte speciale del codice all'art. 376. Qui egli fa una distinzione tra due ipotesi: la prima sarebbe un caso corrispondente alla «reazione di polizia» e avrebbe «diretto riferimento alla persona dell'aggressore, che si vuol respingere»; la seconda consisterebbe «in un'auto-reintegrazione del possesso» e avrebbe così «diretto riferimento alla cosa detenuta dallo spogliatore»¹⁷⁸. Solo la prima fattispecie integrerebbe l'art. 376, infatti la ratio di tale disposizione non può essere individuata nella sola privazione (iniziata o minacciata) dei beni, ma principalmente nel pericolo per l'incolumità fisica dell'agredito, a tal proposito Manzini ricorda come oggetto della difesa debbano essere esclusivamente «i beni propri» e che quindi la difesa non possa essere effettuata da un «terzo estraneo» che accorra «in difesa dei beni altrui».

La seconda fattispecie individuata dal Manzini è quella della «auto reintegrazione nel possesso» dei beni mobili che siano stati privati al proprietario in modo clandestino: in questo caso l'autore individua due nuovi scenari: il primo si realizza nel momento in cui l'azione furtiva è avvenuta in modo del tutto clandestino e quindi senza né violenza né un pericolo personale; il secondo scenario si realizza invece quando successivamente al furto clandestino, il ladro reagisce violentemente (dopo la consumazione del furto) nei confronti del derubato per assicurarsi la fuga o l'impunità; in questo caso infatti risulterebbe integrata la fattispecie della rapina e così una «violenza» prevista dalla disposizione di cui all'art. 376 n. 1. Circa la liceità della difesa del bene quando l'azione furtiva avvenga in modo clandestino e senza minaccia per l'incolumità fisica: Manzini dà qui una risposta affermativa, purché sia tutelato il «possesso attuale» e la tutela avvenga «immediatamente» ovvero in stato di «flagranza» o di «quasi flagranza», purché «il fatto del danneggiato non turbi l'ordine pubblico più di quello ch'esso sia attualmente turbato per il delitto del ladro»¹⁷⁹.

¹⁷⁶ V. MANZINI, *Trattato*, cit. Vol. II, 233.

¹⁷⁷ G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, cit. 238 e 261.

¹⁷⁸ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 783.

¹⁷⁹ V. MANZINI, *Trattato*, cit. 265.

Manzini non rimane inerte davanti alla pronuncia della Corte di Cassazione del 1898 e quindi davanti all'uccisione del ladro con mezzi meccanici ovvero degli offendicula¹⁸⁰.

Manzini però non individua la giustificazione nell'istituto della legittima difesa, in quanto in tale vicenda non potrebbero verificarsi gli indispensabili requisiti della «necessità di adoperare un simile mezzo» e della «attualità della violenza» nel momento in cui il mezzo «viene predisposto». Manzini invece trova una giustificazione a tale comportamento invocando un generale principio di libertà per quanto concerne la proprietà privata, ricalcando parzialmente parte della decisione della Corte di Cassazione¹⁸¹.

I toni sull'argomento della difesa privata divengono pian piano sempre più accesi¹⁸². Manzini sembra indicare in modo intransigente come la «difesa sociale contro la peggior delinquenza e la malavita» rappresenti uno dei «più gravi e urgenti» problemi del tempo¹⁸³.

Il giurista ritiene che tale difesa possa essere attuata attraverso due modalità: con i «mezzi immediati» e con i «mezzi mediati»¹⁸⁴. Entrando più nello specifico, per «mezzi mediati» Manzini intende tutti quei mezzi che cercano di combattere il crimine riconoscendone le cause sociali, e tra questi mezzi ricordiamo in particolare: una buona educazione popolare, o la diffusione del benessere ed in fine la lotta a vizi come l'alcolismo. Chiaramente tali mezzi nonostante siano di

¹⁸⁰ Ivi, p. 266. Manzini sugli offendicula: «Fu discussa la questione se, dato il nostro diritto positivo, il privato, che appresta nella propria casa insidie letali contro i delinquenti, possa invocare la legittima difesa, quando con un simile mezzo abbia colpito un invasore».

¹⁸¹ Ibidem. «Nello Stato moderno ognuno è libero di fare tutto ciò che la legge esplicitamente o implicitamente non vieta, e quindi di tenere in casa propria quello che meglio gli piace, non escluse le armi non proibite dalla legge [...] se il delinquente, invadendo l'altrui casa, incappa in qualche malanno, imputet sibi [...]».

¹⁸² V. MANZINI, *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita*, in: *Rivista penale*, LXXIII, 1911, 5 ss. Nella sua analisi della prolusione di Arturo Rocco all'Università di Sassari del 1910, pubblicata con il titolo «Il problema e il metodo della scienza del diritto penale», Mario Sbriccoli, ricordando in una nota «l'egemonia accademica e politica» di Vincenzo Manzini nella prima metà del XX secolo e sottolineando come il ruolo di Manzini «certo meriterebbe attenzione e studio», tematizza questa prolusione torinese del 1910: In essa vi sarebbe «molta più anticipazione e "promessa" di fascismo di quanta se ne possa vedere, specie se non si guarda bene, nella "politicità dell'apolitico" che si rimprovera — peraltro giustamente — a quella di Rocco». M. SBRICCOLI, *Caratteri originali e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in: L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali 14, Legge Diritto Giustizia, Torino 1998, 485 s., 524 nota 104. A. BERARDI, *Vincenzo Manzini, Del metodo giuridico*, Napoli 2003, in particolare 187 s. D. SICILIANO, op.cit. 789, nota 171.

¹⁸³ MANZINI, *Politica*, cit. 7.

¹⁸⁴ MANZINI, *Politica*, cit. 8.

rilevante importanza, esulano dalla competenza del diritto penale: tali questioni andrebbero «manifestamente» oltre il suo «campo»¹⁸⁵. Escludendo quindi un possibile intervento da parte del diritto penale nell'ambito sociale, Manzini si concentra sull'ambito penale in senso stretto, mettendo in luce quelli che egli chiama «mezzi immediati»; questi vengono ulteriormente distinti dal giurista in «mezzi privati» e «mezzi pubblici». Per soddisfare i mezzi immediati, Manzini propone l'introduzione di «opportune norme giuridiche permissive» e soprattutto la modifica di «alcune norme etiche». Manzini ci fornisce un solo esempio di norme giuridiche permissive che andrebbero modificate, e si tratta proprio delle norme sulla legittima difesa. In realtà sul piano sostanziale Manzini non individua particolari problematiche, infatti egli ritiene che le norme sulla legittima difesa presenti nel Codice Zanardelli possano «sembrare di per sé sufficienti» poiché, in astratto, avrebbero la «potenzialità di tutela del galantuomo contro il malfattore»¹⁸⁶.

Manzini sembra infatti ritenere che la falla del sistema sia da ricercare nel diritto processuale: infatti, nel caso della legittima difesa la potenzialità di tutela del galantuomo¹⁸⁷ verrebbe tuttavia vanificata sul piano processuale, in quanto mancherebbero «le opportune norme processuali integratrici»¹⁸⁸.

Manzini ritiene sia necessaria agire sia sul piano giuridico, sia sul piano «etico». Quanto al piano giuridico, Manzini, che come abbiamo accennato critica fortemente il diritto processuale penale in relazione alle vicende di legittima difesa, propone come rimedio l'eliminazione dell'arresto preventivo di chi ha agito in legittima difesa e l'istituzione di una «speciale procedura istruttoria»¹⁸⁹ per la legittima difesa. Tuttavia, Manzini riconosce l'importanza superiore che riveste il

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ Ibidem.

¹⁸⁷ Interessante notare come Manzini individui due posizioni contrapposte: da una parte c'è 'il galantuomo', che dovrebbe essere tutelato tramite le norme della legittima difesa. Dall'altra parte c'è il 'malfattore'. Si tratta di un collegamento implicito alla contrapposizione tra 'onesti' e 'delinquenti' utilizzata da Fioretti nel dibattito sulla legittima difesa.

¹⁸⁸ Ibidem. «Voi sapete bensì di poter reagire violentemente contro l'ingiusto aggressore, ma conoscete anche a quante vessazioni processuali, a quante spese, e a che gravi pericoli giudiziari vi esporreste reagendo effettivamente. E questa previsione paralizza fatalmente, e talora letalmente, le oneste energie reattive, a tutto beneficio dei criminali, la cui audacia cresce alimentata dalla convinzione di non trovare resistenza».

¹⁸⁹ Ibidem.

piano «etico» e tal proposito egli esprime argomentazioni a favore di una mobilitazione della società con le armi contro la delinquenza¹⁹⁰.

L'agredito, in questo modo, diviene destinatario del «dovere sociale» di difendersi con le armi, e ciò poiché egli è incorporato nella politica criminale dello Stato. In modo del tutto complementare a tale durezza dei «mezzi privati» ovvero della legittima difesa, Manzini propone un inasprimento delle pene nei «mezzi pubblici» e la reintroduzione della pena di morte. Manzini argomenta le sue tesi sostenendo l'esistenza di due modi di pensare e strutturare il diritto penale. Da una parte vi sarebbe una concezione del diritto penale 'mite', che il giurista critica in quanto troppo favorevole ai delinquenti. Dall'altra vi sarebbe la concezione prediletta dal Manzini, una concezione che ricolloca i diritti degli 'onesti' al centro dell'attenzione del diritto penale¹⁹¹.

Manzini critica fortemente il sistema penale italiano facendo valere più argomenti: il primo è sicuramente dato da quelle che Manzini chiama «condizioni italiane». In realtà il giurista nei suoi scritti non indica espressamente a cosa egli faccia riferimento quando critica le «condizioni italiane», tuttavia è possibile fare una ricostruzione del significato ricordando che egli ritiene «il problema della difesa sociale contro la peggior delinquenza e contro la malavita» come «uno dei più gravi e urgenti» del tempo¹⁹².

Per comprendere quanto tale problema sia 'urgente' e 'importante' basterebbe secondo Manzini la lettura della cronaca dei giornali¹⁹³ e risulta

¹⁹⁰ Ibidem. Manzini scrive sull'importanza del piano etico: « Nel campo etico conviene poi dar opera a diffondere la persuasione dell'erroneità del concetto per cui si stima quasi vergognoso portare armi a propria difesa, e la convinzione che l'uso delle armi contro gli aggressori non solo rappresenta l'esercizio di una facoltà, ma anche l'adempimento d'un dovere sociale, quale è certamente quello di contribuire a rintuzzare la temerarietà e la protervia dei malviventi, a intimidire e disperdere la malavita ».

¹⁹¹ MANZINI, *Politica*, cit., 9. «Il nostro sistema penale, che del resto non ebbe mai completa attuazione, è non solo troppo mite, date le condizioni italiane, ma è altresì foggiate su modelli creati per popoli d'indole, di costumi, di disciplina diversi dal nostro. Esso si ispira inoltre a un criterio fondamentalmente erroneo, fatale petizione di principio su cui si erige tutta la sua complessa costruzione. Il suo spirito si adegua assai più alla psiche della gente colta e onesta che a quella dei malfattori: si è creduto che costoro sentano e soffrano moralmente al modo nostro, attribuendo così alla restrizione della libertà personale un valore, che la gente abietta o anche semplicemente la gente incolta e povera è ben lungi dall'attribuirle. A ciò si aggiunga una buona dose d'effeminato sentimentalismo a beneficio dei peggiori membri della società, e una valutazione troppo egualitaria, astratta e cieca dei così detti diritti della personalità individuale».

¹⁹² MANZINI, *Politica*, cit. 7.

¹⁹³ MANZINI, *Politica*, cit. 8.

evidente che Manzini allude qui a eventi italiani ovvero verificatisi in Italia. Potremmo quindi dire che per «condizioni italiane» si intendono quelle particolari condizioni sociali e giuridiche proprie dello Stato italiano, che hanno come conseguenza, l'aver una società che si deve confrontare con l'urgenza del problema della malavita. Tale problema richiederebbe per Manzini una risposta più forte rispetto a quella che egli definisce «troppo mite» del sistema penale attuale.

Il secondo argomento al quale Manzini fa riferimento è basato sulle caratteristiche 'antropologiche' del popolo italiano: egli, infatti, ritiene che l'attuale diritto penale italiano non sia in realtà conforme alla popolazione, a suo dire, il modello 'mite' del diritto penale italiano deriva da popoli diversi da quello italiano e di conseguenza corrisponde a 'indole', 'costume' e 'disciplina' di questi.

In particolare, Manzini fa riferimento alla cultura giuridica tedesca, e sottolinea come in realtà la scienza (penalistica) italiana si trovi in un ritardo rispetto a quella tedesca e come debba «compensare intensivamente il tempo perduto». Si badi bene però, ciò non vuol dire che «che il cultore del diritto penale italiano debba accettare per oro colato tutto ciò che di serio o di stravagante ha prodotto la scienza alemanna [...]»¹⁹⁴. Lo studioso italiano non dovrebbe inoltre «dedicarsi esclusivamente alla dogmatica del diritto, scimmieggiando persino, come si usa, il caratteristico e per noi grottesco o nebuloso frasario tedesco»¹⁹⁵. Secondo Manzini il cultore del diritto penale italiano non sarebbe tenuto a «seviziare» sé e gli altri con l'«ipercritica delle mille teorie 'made in Germany'»¹⁹⁶. A questo punto Manzini formula in positivo le caratteristiche della nuova scienza penalistica italiana: «[...] la larghezza di vedute, la limpida chiarezza delle idee, l'equilibrio psichico, e l'ereditarietà del più pronto e pratico senso giuridico sono le caratteristiche del nostro genio»¹⁹⁷.

Con il secondo argomento Manzini vuole inoltre evidenziare una caratteristica del popolo italiano: la divisione dei soggetti destinatari della norma penale in due categorie: l'élite italiana e le 'classi inferiori'. La prima categoria è la categoria della «gente colta e onesta». A essa, il sistema penale mite si adatterebbe

¹⁹⁴ MANZINI, *Politica*, cit. 6.

¹⁹⁵ MANZINI, *Politica*, cit. 7.

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ Ibidem.

molto di quanto non si adatti alla seconda categoria dei «malfattori». Il motivo viene individuato da Manzini nella differenza del “sentire morale” che vi è tra le due categorie di individue ed in particolare la differente percezione della privazione della libertà personale. La credenza erronea di un eguale sentire morale di malfattori e «gente colta e onesta» avrebbe condotto per Manzini a una sopravvalutazione del valore della libertà nel caso della privazione della libertà per la «gente abietta» ovvero per la «gente incolta e povera»¹⁹⁸. L’abiezione e la disonestà sono qui date dalla mancanza di cultura e dalla povertà. La conseguenza implicita è che un sistema basato sulla privazione della libertà non può che rivelarsi inefficace nei confronti degli appartenenti a quest’ultimo gruppo, il gruppo dei principali destinatari delle attenzioni del diritto penale¹⁹⁹.

In tal modo viene implicitamente fatta valere la mancanza di contenuto afflittivo del carcere come pena. Per soggetti come i carcerati, come i ‘membri della malavita’, secondo Manzini sarebbe più efficace da un punto di vista retributivo e soprattutto general preventivo la pena corporale. Altro tipo di rimedio pubblico contro la malavita che Manzini propone è il rimedio dei «mezzi di polizia»: questi infatti secondo il giurista, la possibilità dell’uso delle armi da parte della pubblica forza andrebbe rivisto, interpretando in modo relativo il criterio della “necessità”²⁰⁰, in quanto gli agenti «sembrano essere muniti di armi per ironia»²⁰¹.

Il criterio che impone l’utilizzo delle armi da fuoco come *extrema ratio*, in caso di «assoluta necessità» dovrebbe quindi essere relativizzato. La polizia andrebbe concepita come un’istituzione dotata di «facoltà naturali», quelle della lotta contro il crimine e la malavita, limitata dall’esterno tramite il diritto. In tal

¹⁹⁸ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 796.

¹⁹⁹ V. MANZINI, *Politica*, cit. 11. «Le carceri attuali sono per molti delinquenti luoghi (se non proprio di piacere) di riposo, di ricovero e d’istruzione criminale: luoghi assai spesso più comodi e forniti che le abitazioni, quando ne hanno, dei condannati».

²⁰⁰ Ibidem. «Si comprende che senza necessità non si debbano coercire con le armi neppure costoro, ma codesta necessità deve intendersi in senso relativo, e non assoluto come nell’altro caso. Se il Governo si inducesse a ridare agli agenti di polizia le loro facoltà naturali, la malavita, che in complesso è composta di esseri vili, ne avrebbe un colpo fatale».

²⁰¹ Ibidem. «Gli agenti della pubblica forza sono oggi dallo Stato italiano muniti di armi per ironia, perché le portino e non le adoperino. Il giusto criterio che non si debba far uso delle armi, senza assoluta necessità, contro la folla, è ben diverso da quello che le guardie non debbano impiegare le armi, se non in caso estremo, contro i malfattori che le aggrediscono o che si ribellano. Eppure, in pratica i due criteri si identificano. E i malviventi lo sanno, ne approfittano e crescono in audacia».

modo verrebbe implicitamente legittimata e accettata normativamente l'attività 'naturale' della polizia, cioè l'attività della polizia in sé²⁰².

Giulio Battaglini, invece, propone una concezione della legittima difesa come «diritto subiettivo di autodifesa» il quale può essere «eccezionalmente» esercitato dal «suddito» quando lo Stato non è in grado di «reagire» contro l'illecito²⁰³.

Battaglini, inoltre, con molta precisione indica quale sia la portata di tale diritto soggettivo alla autodifesa: «se il suddito, nei limiti della necessità, per impedire il fatto anti-giuridico arreca all'assalitore un danno assai più grave di quello che importerebbe la reazione statale, successiva al suo avvenimento; non si considera la maggior energia dell'autodifesa come fonte di responsabilità»²⁰⁴.

In questo passo è evidente come il giurista ammetta la liceità di una possibile reazione sproporzionata da parte del soggetto aggredito²⁰⁵.

È però importante far chiarezza sul punto: nonostante Battaglini sembri affermare con convinzione che debba trionfare il diritto sul torto, ciò non comporta che egli non abbia alcuna considerazione del principio di proporzionalità della difesa. Al contrario invece, il giurista sembra credere fortemente che il «diritto», nonostante sia giusto e meritevole di vittoria contro il «torto», nella lotta contro questo, deve avere necessariamente dei limiti, tra i quali spicca quello di proporzionalità²⁰⁶.

²⁰² D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 800.

²⁰³ G.Q. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, Perugia 1910, 38. A tal proposito Battaglini scrive: «Come i sudditi, anche lo Stato ha doveri giuridici [...]. Ma lo Stato è anche investito di diritti, in virtù di doveri da parte dei sudditi. Nelle norme di diritto criminale al comando d'astensione dal reato, che fonda un dovere dei sudditi, corrisponde l'autorizzazione statale di punire. Giacché per principio la difesa dei beni giuridici è un attributo statale. Solo lo Stato può brandire l'arma di reazione contro il torto. Eccezionalmente però è fatta al suddito autorizzazione di reagire contro il torto nel caso di difesa necessaria o, come da noi si dice, di legittima difesa. La difesa necessaria è quell'autodifesa, a cui è autorizzato il suddito di fronte ad un attacco ingiusto attuale, consistente nell'offesa dell'assalitore. Il suddito ha in tal caso, un diritto subiettivo di autodifesa. Qui il suddito si sostituisce allo Stato, di cui la difesa è assente o insufficiente, nel diritto di difesa dei beni giuridici: nel momento dell'opposizione al torto il suddito rappresenta lo Stato».

²⁰⁴ G.Q. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale*, cit. 39.

²⁰⁵ Ciò viene giustificato alla luce della contrapposizione ormai pienamente accolta dalla dottrina tedesca della seconda metà del XIX secolo, probabilmente da von Jhering, tra «diritto» (Recht) e «torto» (Unrecht): «Nella lotta tra il diritto e il torto è giusto che debba trionfare il diritto, arrecando all'aggressore tutto il male necessario per raggiungere tale risultato». Ibidem.

²⁰⁶ Ibidem. «Però, se lo Stato autorizza il suddito a rappresentarlo nella difesa dei beni giuridici con limiti certamente più larghi di quelli, entro cui si costringe la difesa dallo Stato direttamente esercitata; tuttavia il suddito deve mantenere una proporzione fra la violenza contro l'aggressore e

In una nota Battaglini prova a concretizzare ulteriormente la sua concezione, ricordando come il principio *vim vi repellere licet* non debba essere «spinto fino ad estreme conseguenze»²⁰⁷, giungendo così ad «ammettere la legittimità di qualunque difesa contro qualunque torto»²⁰⁸.

Nel 1911, un anno dopo la prolusione di Manzini²⁰⁹, Battaglini pubblica il suo saggio con il titolo «Il pericolo d'offesa nella legittima difesa» nel quale egli pone da un punto di vista discorsivo, la legittima difesa e la lotta alla criminalità al centro della politica criminale dello Stato.

Spiega l'autore come «La legittima difesa è uno dei temi più interessanti del diritto penale [...]. Che molte concezioni del diritto penale potranno trasformarsi, ma la possibilità di difesa privata mai nessuno Stato vorrà cancellare dal proprio ordinamento giuridico, perché la sua ragion d'essere cesserebbe sol quando non fosse neppur più necessaria una reazione sociale contro la delinquenza [...]. Ma finché non cesserà il reato, come negazione dell'armonia sociale, lottare contro la criminalità sarà sempre uno dei primi doveri e dello Stato e dei cittadini, in quanto la difesa pubblica e la difesa privata sono due grandi forze cooperanti nella lotta contro la criminalità»²¹⁰.

Battaglini individua l'obiettivo comune della difesa pubblica e della difesa privata: la lotta alla «delinquenza» ed alla «criminalità». In questo senso, la legittima difesa svolge un ruolo molto rilevante, infatti accanto allo Stato, alla «difesa pubblica» trova posto anche la «difesa privata». Mentre però la «lotta contro la criminalità» per lo Stato costituisce l'esercizio di un «dovere giuridico», per i «privati» costituisce l'esercizio di un «dovere etico-sociale» ovvero un «dovere etico», che cioè è «privo della particolare imperatività del dovere giuridico»²¹¹.

il torto di questi. Così non si potrà mai riconoscere un diritto di uccidere di fronte al ladro d'un grappolo d'uva».

²⁰⁷ G.Q. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale*, cit. 39. «Se al contadino, alla guardia campestre, alla guardia forestale fosse riconosciuto il diritto d'uccidere il ladruncolo o il bracconiere, quando non possano impedire altrimenti il furto d'un leprotto o d'un grappolo d'uva, la tutela della proprietà si convertirebbe in una strage, provocante una serie infinita di sanguinose reazioni».

²⁰⁸ G.Q. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale*, cit. 39, nota 1.

²⁰⁹ Dal punto di vista discorsivo, la priorità temporale spetta al saggio di Manzini, che viene tra l'altro espressamente citato da Battaglini. G. BATTAGLINI, *Il pericolo d'offesa nella legittima difesa*, in: Studi e giudicati illustrativi del Codice penale italiano, pubblicati sotto la direzione di Luigi Lucchini, Vol. XX, Torino 1911, 147 ss., nota a 153.

²¹⁰ G. BATTAGLINI, *Il pericolo*, cit. 147 s.

²¹¹ G. BATTAGLINI, *Il pericolo*, cit. 150.

Risulta chiaro quindi come rispetto alla concezione sviluppata nel suo libro del 1910 Battaglini opera, in questa sede un'espressa risistemazione concettuale con riferimento alla qualifica della difesa legittima non più come «diritto subiettivo» ma come «possibilità o autorizzazione giuridica riflessa» in capo al «suddito» in forza dell'«obbligo» in capo allo Stato «di non punire l'auto difensore»²¹². La legittima difesa diviene quindi un importante strumento per la lotta contro la delinquenza a fini di prevenzione dei reati dei «cittadini» ovvero, con implicita evocazione del rapporto di potere che lega allo Stato sovrano, dei «sudditi»²¹³.

A questo punto, sembra risultare naturale per Battaglini chiedersi sia come avviene effettivamente la prevenzione per mezzo della legittima difesa; sia quali possano essere gli effetti che la legittima difesa ha sui «delinquenti»²¹⁴.

La legittima difesa sembrerebbe avere una funzione preventiva in quanto inibisce il delinquente dal compiere reati, poiché pena dello Stato e reazione privata sembrano essere due grandi contro motivi al reato. La legittima difesa sembra quindi influire positivamente sulla società apportando un grande contributo contro la criminalità.

Questo però per quanto riguarda la teoria; in realtà Battaglini per quanto riguarda l'aspetto pratico e cioè il «funzionamento» della legittima difesa nella società italiana, è piuttosto critico: «Mi duole di riconoscere che, nello stato del suo funzionamento attuale, l'istituto della legittima difesa non eserciti quel potere inibitorio contro i motivi criminali, che di essenza sua possiede. Il cittadino non va distolto dall'esercizio dell'autodifesa, con la prospettiva di pericoli giudiziari.

Altrimenti, la rappresentazione della difesa privata non può operare come contro motivo al reato [...]. Va insomma tolta la timidezza dell'autodifesa e

²¹² G. BATTAGLINI, *Il pericolo*, cit. 151.

²¹³ G. BATTAGLINI, *Il pericolo*, cit.152. A tal proposito, facendo esplicito riferimento all'autore tedesco von Ferneck, Battaglini scrive: «Lo Stato, riconoscendo ai sudditi la possibilità di difendere con la propria forza i beni giuridici pericolanti, viene a rinforzare considerevolmente i motivi di astensione dal reato, contenuti dalle norme. La possibilità di autodifesa e l'autodifesa effettivamente esercitata operano una prevenzione contro il reato».

²¹⁴ Ibidem. «L'individuo che delinque è un individuo in cui i motivi della criminalità hanno preso il sopravvento sui motivi dell'armonia sociale. Ora, c'è un momento in cui la lotta nel suo spirito si combatte tra gli opposti motivi, e i motivi dell'armonia sociale stanno per essere vinti da quelli della criminalità. Una forza inibitrice si oppone a questi ultimi motivi, e li rende deboli nella lotta e soccombenti: è la rappresentazione delle conseguenze del torto. E in questa rappresentazione il pericolo d'incorrere nella pena dello Stato si associa a quello d'incorrere nella reazione privata. Pena dello Stato e reazione privata sono i due grandi contro motivi al reato».

aumentata l'energia privata contro la delinquenza [...]. Bisogna educare gli onesti all'energia e all'attività, se si vuol combattere efficacemente la delinquenza»²¹⁵.

Riprendendo implicitamente il tema caro a Fioretti e soprattutto a Manzini, anche Battaglini distingue gli individui contrapponendo «gli onesti» ai «delinquenti». Secondo il giurista, uno dei principali compiti del diritto penale e soprattutto della legittima difesa sia quello di tentare di educare la parte onesta della popolazione per la «lotta» contro la parte implicitamente 'disonesta' ovvero 'delinquente'. Una delle prime questioni che Battaglini sottopone al lettore, è quella di abolire la carcerazione preventiva per chi «secondo ogni verosimiglianza» abbia agito in legittima difesa; è chiaro qui come il giurista sia stato influenzato dal pensiero di Manzini il quale auspicava la stessa conclusione. Particolarmente interessante è la giustificazione che Battaglini fornisce per fondare il dovere etico-sociale dei cittadini ovvero dei sudditi di agire in «autodifesa» e quindi di «combattere la criminalità»: «Approva forse la morale l'uccisione? No, la morale non l'approva. Ma la morale impone di combattere con ogni mezzo l'avvelenamento criminale della società, e a tal uopo anche l'uccisione eticamente è giustificata. Il cittadino ha il dovere etico d'impedire il torto criminale; questo dovere adempie magari con l'uccisione dell'aggressore. Non è l'uccisione di per sé imposta dalla morale, ma è imposto dalla morale il fine, che talvolta senza l'uccisione non può essere raggiunto. L'etica sociale non disapprova la massima del Machiavelli: «il fine giustifica i mezzi», in quanto il benessere sociale deve a ogni costo raggiungersi, e la morale impone l'elevazione dei valori della vita umana, e quindi anche la repressione della delinquenza»²¹⁶.

Battaglini – che spesso sembra rifarsi alle conclusioni di Machiavelli – in prima battuta affronta il complesso problema della giustificazione da un punto di vista della morale dell'uccisione di un essere umano da parte di un altro essere umano.

In realtà, tale azione di per sé non può essere giustificata sulla base della morale; ciononostante, però, è anche vero che la morale obbliga allo stesso tempo di combattere «con ogni mezzo» la criminalità ovvero di «combattere con ogni

²¹⁵ G. BATTAGLINI, *Il pericolo*, cit. 153.

²¹⁶ G. BATTAGLINI, *Il pericolo*, cit. 154.

mezzo l'avvelenamento criminale della società». È proprio tramite la metafora dell'avvelenamento che viene evocata l'eventualità ed il pericolo della "morte" o del disfacimento della società: tale pericolo viene ritenuto da Battaglini più grave e deve quindi essere scongiurato con priorità rispetto al pericolo rappresentato dall'uccisione di un essere umano. Il criterio è uno e non è nuovo alla filosofia che ruota intorno alla legittima difesa: vi è la necessità della prevalenza «a ogni costo» del fine del «benessere sociale»; infatti rispetto a tale fine, che è supremo, il fine del rispetto della vita umana non può che retrocedere. La distruzione della vita umana diviene, come scrive Machiavelli, un mezzo per il raggiungimento del fine confliggente: la «vita umana» ovvero «l'uomo», viene ridotto da fine a mezzo²¹⁷.

Questo affievolimento della tutela del diritto alla vita, non può che comportare conseguenze: infatti vi è un indebolimento dell'importante requisito della violenza previsto dalla fattispecie dell'art. 49 Cod. Zanardelli. Questo viene di fatto equiparato a un «pericolo d'offesa». Battaglini procede in primo luogo a formulare una "teoria generale della legittima difesa", e lo fa partendo da una metafora, con l'obiettivo di collocare la legittima difesa in un'ottica di prevenzione: «Tutti quei mezzi che si impiegano prima che un male avvenga, affinché esso non avvenga, nel diritto e fuori del diritto sono i migliori. Che io mi guardi da una malattia è sempre meglio che io mi faccia curare la malattia [...]. Così i beni giuridici sono meglio salvaguardati mediante l'impedimento che non mediante la rimozione o la riparazione dell'offesa, anche quando queste siano effettivamente possibili»²¹⁸.

Il riferimento alla prevenzione è di fondamentale importanza perché consente a Battaglini di ampliare l'ambito applicativo della difesa da un punto di vista temporale e spaziale e affermare in generale che «nello Stato ordinato secondo il diritto» è lecita ovvero «giuridicamente possibile» la «reazione difensiva individuale» nei confronti di un «pericolo d'offesa imminente» che lo Stato non sia in grado di impedire²¹⁹.

Per neutralizzare la lettera dell'art. 49 Codice Zanardelli, Battaglini sembra voler equiparare «violenza ingiusta» e «danno ingiusto» siano al «pericolo di

²¹⁷ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 804.

²¹⁸ G. BATTAGLINI, *Il pericolo*, cit. 154.

²¹⁹ *Ibidem*.

un'ingiusta offesa», ponendo quindi la legittima difesa in un'ottica di prevenzione²²⁰. La smaterializzazione del requisito della violenza è così avvenuta²²¹. In realtà la concezione proposta da Battaglini sembra essere abbastanza radicale e consente di pensare come legittima, la difesa di qualsiasi bene giuridico. Tuttavia, il giurista non può ignorare il dato normativo, che al contrario è e resta vincolante. Egli quindi dovendo obbedire al diritto positivo, individua i beni nei confronti dei quali possa aversi una legittima difesa, ed arriva alla conclusione di escludere la «difesa dei beni», salvo il caso in cui «all'attacco contro i beni sia connesso un pericolo per la persona». Battaglini inoltre afferma in modo convinto che i casi di cui all'art. 376 devono essere considerati tassativi. Egli inoltre non manca di affrontare la “nuova” questione portata anche davanti alla Corte di Cassazione ed analizzata da Manzini: il ruolo degli *offendicula* nella legittima difesa.

Sulla questione degli offendicula contro i ladri notturni, Battaglini, in modo conforme alla giurisprudenza di legittimità, ritiene che tale fattispecie resti coperta dalla casistica dall'art. 376, solo però nel caso in cui la difesa mediante apparecchi automatici venga effettuata nei confronti del ladro che per entrare nella casa nottetempo scali, rompa ovvero provochi un incendio. Al di là di queste ipotesi tassative l'uccisione del ladro notturno che sia entrato senza «bisogno di rompere o di scalare» non sarebbe coperta dalla disposizione sulla legittima difesa e resterebbe punita²²².

²²⁰ G. BATTAGLINI, *Il pericolo*, cit. 55. «Il legislatore [...] non parla di pericolo [...]. Ma necessità di respingere una violenza attuale e ingiusta non vuol dire altro che necessità di impedire un ingiusto danno, che attualmente ne sovrasta, ossia necessità di resistere e di opporsi al pericolo di un'ingiusta offesa imminente. Così deve intendersi l'art. 49 n. 2 cod. penale».

²²¹ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. p. 805.

²²² G. BATTAGLINI, *Il pericolo*, cit. 169. Si vedano anche le osservazioni favorevoli all'ampliamento della legittima difesa a tutela della proprietà formulate da SILVIO LONGHI nel suo *Repressione e Prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano 1911, 116: «La tendenza della riforma si manifesta [...] nel senso di accordare una tutela sempre più larga a salvaguardia dei beni, come ad ogni altro diritto, sottraendo il principio a quel concetto erroneo e vano della riparabilità, da cui principalmente deriva la ragione dell'esclusione della difendibilità diretta dei beni». D. SICILIANO, cit. 805, nota 218.

8. Il superamento del «*moderamen inculpatae tutelae*».

Già nel 1886, cioè tre anni prima del completamento della lunga gestazione del Codice penale Zanardelli, la dottrina del *moderamen inculpatae tutelae* iniziò a vacillare; numerosi giuristi, infatti, iniziarono a metterne in luce le criticità, ma, nonostante ciò, l'ordinamento giuridico non era ancora pronto ad abbandonare tale scuola di pensiero che fu quindi sposata anche dall'innovativo codice del 1889.

Da parte di alcuni si tentò di mettere in discussione l'impianto della disciplina della legittima difesa prevista dal Codice penale sardo, all'epoca ancora vigente, attaccando la concezione di Carrara, considerato all'epoca il più autorevole giurista penalista. La dottrina inizia pian piano ad entrare in contrapposizione e presto, si affermano le due principali scuole di pensiero che ancora oggi sembrano essere profondamente attuali: la "Scuola positiva"²²³ e la "Scuola Classica"²²⁴.

²²³ Della quale facevano parte principalmente Giulio Fioretti, Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo. Fioretti fondò anche una rivista nel 1891: "La scuola positiva nella giurisprudenza penale" insieme al criminologo Enrico Ferri, Cesare Lombroso e Raffaele Garofalo.

²²⁴ Della quale massimo esponente fu Carrara, ampiamente criticato dalla Scuola positiva. G. FIORETTI, *Su la legittima difesa, studio di criminologia*, Torino 1886, 8. Il riferimento a Ferri è particolarmente indicativo. Già nel 1878, durante il lungo dibattito per la preparazione del Codice penale unitario, nella sua tesi di laurea Enrico Ferri aveva proposto in polemica con Carrara una concezione della difesa legittima come caso particolare di «collisione giuridica», assieme alla «minaccia», al «bisogno» e al «comando»: « [...] è giusto che non se ne possa punire chi difende il proprio diritto, perché l'aggressore stesso fu la causa del proprio male e specialmente perché l'agente non è spinto da motivi illegittimi, antiggiuridici. È violato l'ordine materiale, non l'ordine giuridico. [...] Perché però l'uso della forza a difesa d'un proprio diritto dirima ogni imputabilità effettiva, è necessario il concorso di quattro condizioni: che l'attacco sia ingiusto, che vi sia il fine della difesa, che il nostro diritto non si possa difendere altrimenti, che tale difesa sia moderata. Il che si potrebbe dire in poche parole: che l'azione non provenga da motivi antiggiuridici». E. FERRI, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze 1878, 562. In particolare, con riferimento al requisito della 'moderazione' della difesa Ferri aveva proposto espressamente l'estensione della legittimità alla difesa di ogni diritto e in particolare del diritto di proprietà: «La legittima difesa, [...] non vale solo per il diritto alla vita, [...] ma vale per qualsiasi diritto. Date le condizioni che rendono legittima la difesa, qualunque sia il diritto alla cui conservazione si mira, manca sempre l'imputabilità effettiva, perché ogni diritto è, come tale, esigibile e degno di rispetto, e, come tale, deve quindi poter difendere da chi lo ha. Il ritenere, [...] che la legittima difesa dirima l'imputabilità soltanto nel caso in cui l'agente difende la propria esistenza [...] proviene, io credo, più che altro da un equivoco. Infatti, la domanda che per solito vien fatta nel porre questa questione è: se sia lecito uccidere l'aggressore per difendere la proprietà o l'onore. Messa così, la controversia non può che decidersi negativamente [...]. Ma quando il mio diritto di proprietà, di libertà personale o di onore sia ingiustamente attaccato, ed io, non potendo evitarne in altro modo la violazione, lo difendo colla forza moderata, non vedo ragione perché debba essere tenuto responsabile di avere legittimamente tutelato un diritto, che è altrettanto rispettabile ed esigibile quanto quello della vita o del pudore. Se vi sarà eccesso di difesa o difetto di moderame, io ne sarò imputabile; ma ciò non toglie che realmente la difesa di un qualsiasi diritto non sia, date le condizioni di legittimità, una causa dirimente la imputabilità effettiva». Ivi, 564 s. D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 745 s;

L'obiettivo di tale dottrina era quello di «dimostrare come quella inconcepibile tenerezza della legge per il delinquente e spinta a tal segno, da favorirlo non soltanto nell'eccessiva mitigazione delle pene, ma anche, e con più flagrante assurdità, coi troppi ostacoli che si creano al privato nella difesa personale da un attacco violento e ingiusto alla propria integrità fisica, morale ed economica»²²⁵.

Tale «aberrazione di sentimentalismo dottrinario»²²⁶ sarebbe stata potenziata ai fini della produzione di «tanti e gravi danni» dalla «deplorable complicità» fornita dai «precedenti storici del giure penale e dell'evoluzione dei sentimenti morali dell'Europa civile»²²⁷. La denuncia dell'autore tende ad evidenziare tre elementi. Il primo elemento è costituito dalla «inconcepibile tenerezza» da parte della legge nei confronti del «delinquente»²²⁸. Al posto della «mitezza delle pene» proposta da Beccaria e dalla cd. 'Scuola classica' vi è ora la «tenerezza», qualità appartenente agli amanti e di certo non più positivamente attribuibile a un legislatore, che ha pur sempre a che fare con il «delinquente». Tale tenerezza non può che essere definita come «inconcepibile». Il secondo elemento è rappresentato dal «giure penale», ovvero dall'istituto della giuria popolare penale. Il terzo elemento è rappresentato dall'«evoluzione dei sentimenti morali dell'Europa civile»²²⁹. L'autore, insomma, vuole evidenziare la necessità di avere uno stato che non sia tenero ma forte ed in grado di «da avocare a sé la punizione non solo delle pubbliche, ma anche delle private offese»²³⁰.

Vi è una connessione necessaria tra Stato, apparato punitivo/preventivo statale e legittima difesa, tra pubblico e privato, che dà una nuova luce alla difesa legittima. Si ritiene insomma che la legittima difesa sia considerata agli occhi dello stato «come una forma abbreviata del giudizio penale e della sua esecuzione [...]». L'individuo che agisce in stato di legittima difesa rappresenta uno strumento di difesa dal quale la società s'avvale in un momento di pericolo imminente»²³¹.

²²⁵ G. FIORETTI, *Su la legittima difesa*, 11.

²²⁶ Ibidem.

²²⁷ Ibidem.

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ Ibidem.

²³⁰ G. FIORETTI, *Su la legittima difesa*, cit. 14.

²³¹ Ibidem.

Tale assunto comporta necessariamente un'implicita conseguenza: la legittima difesa diviene in tal modo un punto cruciale di passaggio per la realizzazione nel diritto statale moderno di un'efficace politica criminale. Essa diviene anche necessariamente sempre "cosa pubblica"²³².

L'autore, quindi, equipara il cittadino aggredito che si difende allo Stato che esercita i suoi poteri punitivi. "Come il giudice nei tuoi confronti, così io pure". La "violenza" da cui l'aggredito tenta di difendersi, è sintomo, come lo è il delitto, del «carattere pernicioso» degli «individui temibili». In tal modo la legittima difesa, esattamente come la pena comminata dal giudice in nome dello Stato, provvede alla «eliminazione» dei «soggetti pericolosi», obiettivo perseguito dallo Stato secondo tale radicale e ormai inevitabilmente superata visione dottrinale. La legittima difesa, quindi, non può che portare alla «evoluzione sociale». Allo stesso tempo, proprio come i poteri esercitati dallo Stato a scopo preventivo, anche la legittimità della difesa esercita una chiara funzione intimidatoria nei confronti dei potenziali delinquenti.

Riconoscere la legittima difesa non può quindi che rappresentare un'evoluzione sociale; il cittadino ha lo stesso diritto delle istituzioni di reprimere atti violenti a lui diretti e a tal proposito all'istituto della legittima difesa vengono attribuite le due funzioni che caratterizzano lo Stato nella lotta contro il crimine: quella repressiva e quella preventiva.

In esplicita contrapposizione con la 'Scuola classica' l'autore intende "riposizionare" pena e legittima difesa con riferimento non più al passato, al delitto compiuto, ma al futuro e quindi con riferimento ai delitti da evitare. Il giurista, ricorda che la pena altro non è che un mezzo di difesa sociale verso dei delitti ancora non compiuti, ed evidenzia inoltre, che pena e legittima difesa, per quanto abbiano una diversa natura, presentano un elemento in comune estremamente rilevante che merita di essere preso in considerazione dai giuristi: la temibilità. Questa viene descritta come «concreta e imminente nella legittima difesa, astratta e lontana nell'applicazione della pena»²³³.

²³² Ivi, p.17.

²³³ G. FIORETTI, *Su la legittima difesa*, cit. 52; E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, 2a ed., Bologna, 1884, 460 ss.

Dopo aver abbondantemente rivolto critiche alla dottrina del *moderame inculpatae tutelae*, rileva che per comprendere il ruolo della legittima difesa all'interno della società è comprendere la differenza che vi è con lo stato di necessità.

L'autore in discorso ricorda come Fichte «ben a ragione» ritenesse che l'impero del diritto cessasse qualora cessasse «[...] la possibilità della coesistenza delle persone»²³⁴. Tale osservazione sembra essere pienamente veritiera per il caso dello stato di necessità, mentre non può trovare accoglimento per il caso della legittima difesa. Il motivo appare semplice: nello stato di necessità i protagonisti della vicenda giuridica sono tutti al pari innocenti; al contrario, nella legittima difesa sono chiare le due figure di aggredito (e quindi innocente) e di aggressore, cioè colui che consapevolmente turba la società²³⁵.

L'intento dell'autore è chiaro: far comprendere al lettore come nella legittima difesa si pone in essere una fusione tra interesse del singolo e interesse della società nella difesa dell'ordinamento giuridico statale. Singolo e società non possono che confondersi implicitamente nello Stato, entrambi hanno il comune interesse all'eliminazione del malfattore ed alla salvaguardia dell'uomo onesto. Al contrario, lo stato di necessità non indica alcuna temibilità del soggetto innocente che vi finisca, ecco perché va tenuto distinto dalla legittima difesa, dove invece l'aggressione è un indicatore della temibilità/pericolosità di chi dà volontariamente luogo alla situazione di pericolo²³⁶.

Nella vicenda della legittima difesa si individuano quindi due figure contrapposte: l'uomo onesto e l'uomo delinquente: il primo rappresenta “un'intelligenza superiore”, la “razionale volizione”; il secondo invece, identifica

²³⁴ G. FIORETTI, *Su la legittima difesa*, cit. 80.

²³⁵ Ibidem. «nei casi di legittima difesa [...] la società ha grandissimo interesse a che sopravviva l'aggredito, e che sia eliminato piuttosto un malfattore che una persona onesta. L'interesse dell'aggredito coincide con l'interesse sociale. Il diritto in senso positivista è già sorto, perché esso consiste appunto nella coincidenza dell'interesse individuale col sociale».

²³⁶ G. FIORETTI, *Su la legittima difesa*, cit. 81. «Nel caso di legittima difesa [...] è avvenuto il fatto che rivela la temibilità dell'agente: l'aggressione ingiusta. Tutto ciò che tende ad eliminare assieme al pericolo per l'aggredito, le forze criminose dell'aggressore, è fatto nell'interesse della società; chi respinge l'ingiusto aggressore compie un atto di giustizia sociale. La sua azione è esercizio di un diritto, non meno che la pena inflitta dall'autorità sociale [...]. Quando il diritto di legittima difesa fosse stampato a grandi caratteri nei primi articoli del Codice penale, e non sepolto fra le scusanti dei reati contro le persone, la coscienza se ne diffonderebbe più largamente fra i cittadini di ogni condizione. Si libererebbe l'uomo onesto da ogni coazione psicologica che potesse indurre in lui il dubbio di subire una pena per essersi virilmente difeso».

“un’intelligenza inferiore”, la volizione non razionale, inferiore, che va a posizionarsi tra quella dell’uomo (onesto) e dell’animale. Fatta questa premessa, si mettono in luce le criticità della punibilità dell’uomo onesto che si difende da un’aggressione²³⁷: l’uomo onesto cade in una «illusione di automorfismo psicologico» e proietta nel «delinquente» i suoi schemi sentimentali e mentali, del tutto eterogenei rispetto a quelli del «delinquente»²³⁸.

È chiaro quindi come secondo l’autore nel momento in cui vi è un’aggressione e l’uomo onesto deve reagire, questi non può che valutare le conseguenze dal punto di vista penale nella sua azione, proprio perché quell’intelligenza superiore insieme alla capacità di determinazione della minaccia della pena sono qualitativamente maggiori nel caso “dell’uomo onesto” rispetto al caso “dell’uomo delinquente”. Implicitamente questo significa che per ottenere lo stesso effetto dissuasivo basterà per il caso dell’uomo onesto una quantità di pena che invece sarà del tutto insufficiente per il caso del ‘delinquente’. Insomma: la «controspinta penale» per il caso del «delinquente» è una «mera illusione». Si mette quindi in luce, giustificando in tal modo la reazione dell’agredito, come, data la minore efficacia dei mezzi finalizzati alla prevenzione del comportamento delittuoso, questi dovranno essere adattati alla figura dell’aggressore dovendo quindi essere più forti o d’altro genere. In altre parole, l’uomo onesto dotato di intelletto superiore, ed in grado quindi di valutare tutte le conseguenze penali della sua condotta, è naturalmente più schivo nell’avere una reazione, e ciò non può che comportare un danno per la società dal momento che l’interesse primario è l’eliminazione del malfattore; al contrario per il delinquente, a causa della sua intelligenza inferiore – che lo porta in modo volontario e consapevole a delinquere – la minaccia della pena non può essere sufficiente poiché egli nel momento stesso in cui ha programmato l’aggressione ne era pienamente a conoscenza e nonostante

²³⁷ Ibidem. «[...] siccome è a presumere che l’agredito non sia un tipo di delinquente, nel senso antropologico della parola, è più probabile che il motivo di intimidazione che potrebbe contenersi in quel dubbio, agisca su di lui in modo da infiacchire la sua reazione. Perché è proprio negli animi onesti e nelle intelligenze superiori che al cieco impulso degli istinti si sostituiscono le determinazioni volitive dipendenti da una cerebrazione cosciente, in cui i vari motivi d’agire sono razionalmente compulsati. In esse la controspinta penale, resa più energica dal timore dell’onta che può derivare da un pubblico giudizio, non è una mera illusione di automorfismo psicologico del legislatore che proietta nel delinquente i propri sentimenti e le proprie abitudini mentali. Qui la menoma minaccia di pena può produrre effetti dannosissimi all’individuo e alla società».

²³⁸ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 760.

ciò ha deciso di perseverare nel suo intento delittuoso; a questo punto l'autore ritiene che l'unica soluzione in grado effettuare una prevenzione e allo stesso modo di tutelare l'uomo onesto sia quello di legittimare la reazione dell'agredito. Alla legittima difesa si attribuisce quindi una duplice funzione: quella di tutela nei confronti dell'uomo onesto; quella intimidatoria nei confronti del malfattore²³⁹.

In tal modo viene giustificata da un punto di vista teorico la forte reazione dell'agredito. Si opera così uno spostamento dal punto di vista normativo del rischio della legittima difesa dall'agredito all'aggressore. Il diritto soggettivo dell'agredito e il diritto della società sono tutt'uno nell'esercizio in nome e per conto della società del diritto alla legittima difesa contro l'aggressore²⁴⁰.

A questo punto l'autore basa la concezione della legittima difesa su due criteri: il primo criterio è costituito dall' «interesse alla conservazione dell'integrità personale dell'individuo onesto»²⁴¹; il secondo dall' «interesse della repressione o eliminazione dell'attività criminosa che si manifesta nell'ingiustizia dell'aggressione»²⁴². L'autore, pur giustificando la reazione, non rimane indifferente alla rilevanza degli interessi in gioco, rinviando alla proporzionalità tra aggressione e repulsione individuata già dai romani; in particolare con riferimento al primo criterio, egli ritiene che una reazione in presenza di un interesse di valore inferiore «svelerebbe nell'agredito un'indole criminosa ed imprimerebbe un carattere di reità alla sua azione»²⁴³. Ma c'è di più: per qualificare i beni giuridici, si introduce una differenza anche di carattere sociale ed economico²⁴⁴: tali fattori

²³⁹ G. FIORETTI, *Su la legittima difesa*, cit. 83. «Posto che nella ristretta mente dell'uomo delinquente soltanto la tema di quelle minacce che sono d'imminente e sicura attuazione, lo rattenga dal realizzare i suoi propositi, appare evidentissimo come il timore della resistenza che il malfattore potrà incontrare nell'agredito, debba essere uno dei principali fattori di intimidazione. Che sarebbe se il grassatore nulla avesse a temere dal viandante, se l'omicida nulla avesse a temere dal ferito, il ladro nulla dal derubato? In questo caso la maestà e l'efficacia del magistero repressivo sarebbero ridotte a ben poca cosa».

²⁴⁰ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 760.

²⁴¹ G. FIORETTI, *Su la legittima difesa*, cit. 84.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ G. FIORETTI, *Su la legittima difesa*, cit. 85. «Si dovrebbe poi imporre al giudice di tener conto della diversa posizione sociale ed economica dell'agredito per poter giudicare della gravità del pericolo da lui corso. Perché le diversità di condizione sociale implicano una diversità di condizioni di esistenza fisica e morale; ora siccome i diritti individuali rappresentano appunto le condizioni di esistenza fisica e morale che la società garantisce ai suoi membri, in corrispettivo della funzione sociale che essi compiono, anche la personalità giuridica va soggetta a delle variazioni individuali molteplici e profonde, che i giuristi metafisici neppure si sognano di riconoscere».

infatti, non possono che essere rilevanti nell'istituto in esame, poiché è proprio in base a essi che l'agredito dà concreta rilevanza agli interessi in gioco²⁴⁵.

Altro criterio di fondamentale importanza è quello dell'«ingiustizia dell'aggressione». L'autore sembra mettere in luce le due inevitabili conseguenze dell'aggressione ingiusta: da un lato, essa pare legittimare il ricorso alla legittima difesa da parte dell'agredito, dall'altro invece, sembra scongiurare un possibile uso legittimo della difesa da parte dell'aggressore, il quale potrebbe a sua volta vedersi vittima di una difesa sproporzionata: questi infatti avendo commesso un'aggressione ingiusta sembra aver perso il diritto alla difesa poiché d'altronde, la società non può avere interesse a che un malfattore conservi la propria vita. L'aggressione ingiusta, quindi, sembra far nascere un vero e proprio diritto alla difesa in capo all'agredito e non una semplice causa dirimente l'imputabilità.

Ma c'è di più: all'agredito viene attribuito tale diritto non solo in virtù dell'aggressione ma anche in virtù del fatto che egli è considerato dalla società un «uomo onesto», il quale si difende non solo nel proprio interesse ma anche nell'interesse della società; se però egli esercita in modo sproporzionato il suo diritto alla difesa, la società non potrebbe far altro che considerarlo – parimenti all'aggressore – un delinquente, sicché non potrà più esistere in capo a questi un diritto alla legittima difesa²⁴⁶.

²⁴⁵ Per aiutare il lettore a comprendere, Fioretti illustra a mo' d'esempio tre situazioni idealtipiche: quella dell'ufficiale, quella del mercante e quella del contadino. L'ufficiale dovrebbe difendere in quanto ufficiale con forza il suo onore, il contadino invece che l'onore, la proprietà e il mercante invece che onore e proprietà il proprio credito. Jhering – al quale Fioretti fa più volte riferimento – afferma che il principio dal quale si deve sempre partire è che «ogni individuo onesto difende nel proprio diritto le condizioni etiche dell'esistenza sua [...]». Qui Fioretti aggiunge, a suo parere completando il pensiero di Jhering, l'inciso «[...] e dell'intera classe alla quale appartiene». In tal modo non può che essere rilevante nella legittima difesa anche la «condizione sociale ed economica» dell'agredito poiché è in base ad essa che si dà concreta rilevanza agli interessi in gioco. Con parole di Fioretti: «nel determinare se debba o non riconoscersi in un atto lesivo d'altrui l'esercizio del diritto di legittima difesa, bisogna tener conto della condizione sociale ed economica dell'agredito per determinare se fra il pericolo corso e la reazione apposta (sic!) sia interceduta una normale e ragionevole proporzione». G. FIORETTI, *Su la legittima difesa*, cit. 85-87.

²⁴⁶ G. FIORETTI, *Su la legittima difesa*, cit. 85. Con parole di Fioretti: «[...] tutto ciò che tende ad eliminare assieme al pericolo per l'agredito, le forze criminose dell'aggressore, è fatto nell'interesse della società; chi respinge l'ingiusto aggressore compie un atto di giustizia sociale. La sua azione è esercizio di un diritto, non meno che la pena inflitta dall'autorità sociale [...]. Nel nostro Codice [il Codice Sardo del 1859] può questionarsi, se sia da concedersi la legittima difesa al ladro posto in pericolo di vita dal derubato, se la si debba concedere contro l'eccesso di difesa, o al drudo colto dal marito in flagrante adulterio. La difesa legittima è ridotta a una specie di conteggio tra agredito e aggressore; ad ogni piccola quantità di eccesso da una parte corrisponde un po' di legittima difesa dall'altra. Tutte queste difficoltà scompaiono quando invece di considerarla come una causa dirimente l'imputabilità, la si considera come l'esercizio di un diritto. L'aggressione

L'accertamento della sussistenza della legittima difesa passa necessariamente per due fasi. La prima fase è senz'altro data dall'accertamento di un'aggressione ingiusta. L'aggressione ingiusta è condizione necessaria e sufficiente della temibilità dell'individuo, del suo essere un delinquente²⁴⁷. In seguito, non può che aversi una conseguenza dal punto di vista normativo: l'aggressore vede venir meno il suo diritto e in particolare il suo diritto alla vita. Dal punto di vista giuridico, infatti, nel momento in cui vi è un'ingiusta aggressione, il malfattore perde il diritto a non essere ucciso. La seconda fase riguarda invece la posizione dell'agredito: per aversi legittima difesa, la sua reazione non dovrà essere a sua volta indicatrice di «temibilità», non dovrà appalesare «l'uomo delinquente». Essenziale è quindi una proporzionalità tra offesa e difesa; tale proporzionalità verrà valutata anche sulla base delle condizioni economiche e sociali.

Dopo aver tratteggiato in generale i contorni del diritto alla difesa legittima, l'autore dedica, infine, qualche parola alla difesa dei beni. Egli – ricorrendo sempre alla rilevanza del carattere economico-sociale – ritiene che, in caso di aggressione ad un bene materiale, la difesa sarà legittima qualora il «il furto rappresenti una perdita sensibile per il proprietario»²⁴⁸.

Altri autori²⁴⁹ hanno criticato l'impostazione dottrinale sin qui richiamata, specie avuto riguardo al concetto di «ingiusta aggressione».

ingiusta ha fatto scomparire fin dal primo momento la possibilità dell'esistenza di questo diritto nell'aggressore; perché la società non può avere interesse a che un malfattore conservi la sua vita. Allora la possibilità della esistenza di quel diritto rimane soltanto nella persona dell'agredito; se questi, a sua volta, nel respingere l'aggressione non dimostra i caratteri che distinguono l'uomo onesto, ma quelli che classificano il delinquente, vuol dire che di legittima difesa non si parlerà più, né per l'uno né per l'altro».

²⁴⁷ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 763.

²⁴⁸ G. FIORETTI, *Sulla legittima difesa*, cit. 90. «La pratica dimostra quanto sieno inutili le proibizioni della legge per le schioppettate tirate al tempo del raccolto contro coloro che si intromettono nei fondi allo scopo di rubarne i frutti. La proprietà rustica è molto più della proprietà mobiliare ed urbana esposta al furto, e bisogna necessariamente concedere al proprietario maggiori diritti per la difesa dei suoi beni [...]. Un contadino che tira una schioppettata a chi, malgrado l'avviso avutone, si ostina a voler penetrare nella proprietà altrui, non dimostra nessuna anomalia di carattere che possa autorizzarci a reputarlo un delinquente. Una simile facoltà si concede alle sentinelle, e talvolta, per motivi futilissimi, e con pericolo gravissimo dei passanti [...].»

²⁴⁹ G. LETO, *Di una recente critica alla teorica del Carrara sulla legittima difesa*, Palermo 1888. Poco dopo la pubblicazione degli scritti di Fioretti, Gaspare Leto pubblicò un volume contenente osservazioni sulla legittima difesa con l'intento di difendere la dottrina sposata da Carrara. Il lavoro svolto da Leto consiste quindi in una forte critica nei confronti di Fioretti, ed il fulcro di tale critica

Abbiamo infatti visto come secondo la suddetta ricostruzione il «fondamento al diritto della difesa» andrebbe cercato nell'interesse della società a «che sopravviva l'agredito e che sia eliminato piuttosto un malfattore che una persona onesta. L'interesse dell'agredito coincide con l'interesse sociale»²⁵⁰.

Due sono le argomentazioni fatte valere dalla dottrina di segno contrario in discorso. La prima fa riferimento ad una contraddizione dell'impostazione precedente (quella della scuola positiva) secondo cui si vorrebbe veder garantita ad aggressore e aggredito il diritto alla vita, per poi sacrificare il diritto alla vita dell'aggressore 'disonesto'. Come abbiamo visto in precedenza, la dottrina della scuola positiva contesta alla concezione della scuola classica l'impossibilità di individuare qualcosa di ulteriore rispetto alla «necessità» per scegliere tra i due diritti in conflitto nella legittima difesa²⁵¹, ma, alcuni autori gli obiettano che in realtà all'interno della concezione della scuola classica un criterio c'è: è quello dell'ingiusta aggressione; la vita dell'agredito prevale infatti sulla vita dell'aggressore proprio in virtù di un'ingiusta aggressione.

La seconda argomentazione, tende invece ad evidenziare le criticità del pensiero proprio di Fioretti, quindi non più smontando la critica nei confronti della scuola classica, ma analizzando la concezione di Fioretti da un punto di vista meramente interno²⁵². Tali autori intendono fare leva principalmente su due argomenti. In prima battuta viene criticata la concezione di Fioretti che vede sempre e solo contrapposti uomini onesti e malfattori; in realtà il diritto alla legittima difesa dovrebbe essere analizzato, giustificato ed argomentato facendo riferimento solo alla situazione di conflitto tra aggressore e aggredito, prescindendo quindi dalle loro

è il concetto di «ingiusta aggressione» e soprattutto il suo ruolo all'interno della concezione di Fioretti.

²⁵⁰ G. FIORETTI, *Sulla legittima difesa*, cit. 47.

²⁵¹ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 765.

²⁵² G. LETO, *Di una recente critica*, cit. 48. Leto critica Fioretti: «Ammetto per un momento, in linea di semplice ipotesi, che il diritto consista nella coincidenza dell'interesse individuale col sociale [...] è poi vero che nel caso di ingiusta aggressione si abbia sempre questa coincidenza d'interessi? [...]. Perché il ragionamento del nostro A. lasciasse salva almeno la logica, bisognerebbe dimostrare che l'agredito è sempre una persona onesta, donde, ammesso per poco che la società abbia sempre interesse alla conservazione delle persone oneste, l'interesse di questa alla conservazione dell'agredito».

qualità che, sono sempre incerte: non vi è infatti certezza che l'agredito sia sempre una persona onesta²⁵³.

Tale dottrina cerca quindi di spostare l'attenzione dalla coppia aggressore/agredito (e quindi onesto/disonesto) al concetto di aggressione ingiusta. Questa nella concezione di Fioretti assume un ruolo decisivo, che però non sembra poter essere accolto dalla dottrina in esame: mentre per Fioretti è l'aggressione ingiusta a fare l'individuo che è aggredito onesto e quello che aggredisce disonesto ovvero delinquente, per altri autori, vi è un'aggressione ingiusta che mette in collegamento tra di loro individui che possono essere onesti o disonesti/delinquenti indipendentemente dall'aggressione stessa²⁵⁴. A sostegno di tale tesi, la dottrina in esame mette in luce le possibili conseguenze che deriverebbero dalla concezione di Fioretti: a tal proposito, possono essere distinte almeno due ipotesi: la prima è quando si verifica l'aggressione di un individuo (implicitamente onesto) a danno di un individuo disonesto; la seconda quando si ha un'aggressione da parte di un individuo disonesto a danno di un individuo anch'egli disonesto. In questi casi in realtà se si volesse sposare la tesi della scuola positiva i conti non tornerebbero: nel primo caso, infatti, l'interesse della società dovrebbe necessariamente coincidere con quello dell'aggressore, anziché con quello dell'agredito²⁵⁵; nel secondo caso invece l'interesse della società non sembra poter coincidere né con quello dell'aggressore né tantomeno con quello dell'agredito²⁵⁶.

Tali considerazioni portano la dottrina in esame a ridurre *ad absurdum* la concezione di Fioretti: «E così [...] il diritto della difesa dovrebbe accordarsi unicamente alle persone ritenute oneste e negarsi a tutti gli altri; dissì ritenute oneste, perché spesso la società ritiene oneste le persone più disoneste di questo

²⁵³ G. LETO, *Di una recente critica*, cit. 49. Leto scrive: «ma è poi vero che l'agredito sia sempre una persona onesta? Ma dov'è detto che non possano essere aggredite le persone disoneste? Non può un birbaccione matricolato, un reduce dalle patrie galere, esser fatto segno di un'aggressione, trovarsi in summo discrimine vitae [...]?».

²⁵⁴ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 766.

²⁵⁵ G. LETO, *Di una recente critica*, cit. 49. «Ora, dato il caso di un'aggressione consumata in danno di persona disonesta, o come tale ritenuta, che vale lo stesso, se il diritto della nostra difesa si fonda sull'interesse che ha la società a che ci difendiamo, né procede che questa, lungi dall'aver interesse a che l'agredito esca illeso dalla lotta in cui si trova impegnato, ha invece tutto l'interesse che cada sotto i colpi dell'aggressore, perché così si libererà prontamente da un ribaldo sperimentato, quando tale può non essere l'aggressore».

²⁵⁶ *Ibidem*. «Che se poi l'agredito sia tanto ribaldo quanto l'aggressore, l'interesse della società sarà che essi si scannino l'un l'altro, onde toglierle così l'incomodo speditamente».

mondo, e sarebbe inopportuno di venir qui rintracciando le cagioni di questo fatto purtroppo innegabile, quanto deplorabile. Ma allora non resterebbe che compilare un elenco delle persone ritenute oneste, ed alle quali sia permesso l'esercizio della difesa privata [...]»²⁵⁷.

In tal modo la dottrina tocca uno dei punti centrali nella controversia. In primo luogo: può il giudizio sull'«onestà» formulato da Fioretti essere basato solo sulla considerazione del conflitto tra aggressore e aggredito in forza dell'aggressione?²⁵⁸ Alcuni autori sostengono che tale giudizio non può che essere esteso ad entrambi i soggetti in questione, porterebbe infatti a conclusioni insoddisfacenti giudicare la vita di uno solo dei due soggetti. Potrebbe infatti tranquillamente capitare una situazione in cui vi è un aggredito disonesto e un aggressore onesto. In secondo luogo, c'è da dire che Fioretti fa riferimento all'uomo onesto, ma quali sono i criteri per formulare il giudizio sull'onestà? Secondo alcuni autori un tale giudizio di onestà non può che essere incentrato su aspetti superficiali della persona, infatti esso si basa sulle «apparenze» e a tal proposito si vuole sottolineare come in realtà le apparenze possano ingannare. La dottrina sottolinea quindi che «spesso» nella società il giudizio apparente sull'onestà di una persona non ha fondamento nella «realtà delle cose»²⁵⁹.

La conclusione, rispetto a tali ragionamenti, non può che essere univoca: basarsi su tale giudizio per decidere della legittimità della difesa porterebbe inevitabilmente a commettere delle gravi ingiustizie.

In secondo luogo, alla luce di tali considerazioni, la dottrina in esame sembra ritenere che debba essere effettuato un giudizio adeguato sull'«onestà» dell'aggredito nel momento in cui esercita il suo diritto alla difesa²⁶⁰.

Ed è qui che vengono colti due dei punti decisivi della controversia. In primo luogo: come è possibile distinguere nella difesa legittima i «caratteri», gli indici di

²⁵⁷ G. LETO, *Di una recente critica*, cit. 50.

²⁵⁸ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 768.

²⁵⁹ G. LETO, *Di una recente critica*, cit. 50.

²⁶⁰ G. LETO, *Di una recente critica*, cit. 54. «[...] ma di grazia, [...] trattandosi di respingere un'aggressione, quali sono i caratteri che distinguono l'uomo onesto dal delinquente? O l'aggredito fece ciò che era strettamente necessario alla sua difesa, ed allora, sia pure un delinquente per conto suo, non deve rispondere di nulla, appunto perché non ha fatto che difendersi. O ha fatto di più che necessario non fosse, ed allora, sia pure la persona più onesta del mondo, deve rispondere di eccesso nella difesa, e nulla hanno a che fare i caratteri differenziali di cui vien discorrendo il nostro A. [...]».

“temibilità” cari a Fioretti e con lui alla Scuola Positiva? In secondo luogo, anche se questi caratteri potessero essere ricostruiti, davvero rilevarebbero ai fini della sussistenza o meno della legittima difesa? ²⁶¹

Leto non fu però l'unico a manifestare perplessità sul pensiero di Fioretti; molti altri giuristi, fedeli alla scuola di Carrara criticarono fortemente la nuova dottrina della Scuola Positiva. Nel 1889, successivamente alla pubblicazione di Leto del 1886, anche altra dottrina²⁶² criticò fortemente la concezione di alcuni degli autori pocanzi richiamati²⁶³. Anche tale dottrina esprime perplessità sulla concezione della scuola positiva con riferimento alla sua distinzione tra «malfattore» ed «uomo onesto»²⁶⁴.

Tale scuola di pensiero mette in crisi la concezione di autori poc'anzi esaminati, facendo riferimento a due possibili scenari: nel primo, egli mette in luce l'evidente difficoltà di distinguere nella concezione della scuola positiva tra aggressione e provocazione. Per tali autori, infatti, l'aggressore per il semplice fatto dell'aggressione perderebbe il proprio diritto alla vita; ma, se così fosse, secondo la dottrina ora affrontata, a tale sorte sarebbe destinato anche il provocatore. Tale conseguenza non può che risultare inammissibile. Nel secondo caso invece, se sia l'aggressore che il provocatore non perdono di per sé il loro diritto alla vita in forza del loro comportamento, allora nella concezione della scuola positiva sarebbe

²⁶¹ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 769.

²⁶² Impallomeni con riferimento alla monografia di Fioretti scrive: «Splendidamente ad essa rispose il Leto». IMPALLOMENI, *Delitti contro la persona*, in: P. COGLIOLO, *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il Codice unico del Regno d'Italia*, Milano 1889, Vol. II, Parte Seconda, p. 187 s., 191.

²⁶³ G. FIORETTI, *Sulla legittima difesa*, cit.

²⁶⁴ IMPALLOMENI, *Delitti contro la persona*, cit. 191. «Una delle due. O per malfattore s'intende colui che aggredisce altri senza una causa scusabile, o s'intende generalmente ogni aggressore, sia o no mosso da una causa scusabile. Nel primo caso il diritto di difesa si riconoscerebbe nel privato, non perché sia aggredito in un suo diritto, ma perché non abbia provocato il male del suo nemico; e, viceversa, ciascuno avrebbe il dovere di farsi uccidere soltanto perché abbia offeso il suo aggressore; e in tal modo si verrebbe a creare l'assurdo diritto, incompatibile con ogni civile convivenza, di vendicarsi da sé, e di farsi ragione con le proprie mani. E le parti riuscirebbero stranamente mutate: il provocato prenderebbe il posto dell'aggredito; non è più l'aggredito che ha diritto di uccidere per salvarsi, ma è il provocato che ha diritto di uccidere soltanto perché provocato; la scusa della provocazione dovrebbe sparire dai codici per far posto al diritto di vendetta. Nel secondo caso la teorica del Fioretti è sostanzialmente identica a quella professata dal Carrara, e se ne differisce soltanto per un'inesattezza d'indole meramente astratta di concetti; giacché se un malfattore deve ritenersi colui che fa male, perché fa quello che la legge non permette, aggredendo un bene posto sotto la salvaguardia della legge, la causa è il maleficio, e propriamente la violenza praticata in un momento in cui la difesa pubblica è impotente. E l'inesattezza teorica è in ciò che la reazione difensiva si riterrebbe legittima in considerazione della persona, mentre invece essa è legittima in considerazione dell'attentato a un diritto».

centrale non più la “temibilità” mostrata dall’aggressore, ma l’aggressione, la violenza ingiusta ovvero con le parole della dottrina: l’«attentato a un diritto»²⁶⁵. In tal modo viene messo in luce come in realtà la concezione di della scuola positiva²⁶⁶ è riconducibile alla criticata concezione della scuola classica²⁶⁷.

Oltre a muovere critiche nei confronti della scuola positiva, tale dottrina non manca di spendere alcune parole sulla propria concezione di legittima difesa: in particolare si concentra sulla “proporzionalità” ed alla luce della disposizione che disciplina in generale la difesa legittima all’art 49, individua un principio generale di proporzionato uso della violenza da parte del proprietario non minacciato nell’integrità fisica: si ritiene che nonostante la legge disciplini la legittima difesa solo con riguardo alla difesa della persona, «non esige con ciò certamente che un uomo se ne stia inerte spettatore all’offesa degli altri suoi diritti»²⁶⁸.

Oltre a individuare un principio di proporzionalità, alcuni autori sembrano divenire forti sostenitori del riconoscimento da parte della legge di un «diritto di resistenza individuale» anche a favore dei beni materiali²⁶⁹.

La critica della dottrina ora vista non rimase inosservata ma, al contrario lasciò un forte segno. Nel 1894 il libro di Fioretti venne nuovamente ristampato, e questa volta anche con una lunga appendice di Adolfo Zerboglio, anch’egli noto giurista e docente universitario. Zerboglio, sulla base delle considerazioni portate avanti da influenti autori dell’epoca iniziò a prendere le distanze dalla scuola positiva: ciò sembra risultare evidente già nel nome della teoria portata avanti nell’appendice: non più teoria della «difesa legittima» e nemmeno del «diritto» alla legittima difesa, ma piuttosto teoria della «difesa impunita»²⁷⁰. La dottrina, quindi,

²⁶⁵ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 770.

²⁶⁶ G. FIORETTI, *Sulla legittima difesa*, cit.

²⁶⁷ F. CARRARA, *Diritto della difesa*, cit.

²⁶⁸ IMPALLOMENI, *Delitti contro la persona*, cit. 199. «[...] l’attacco ad un bene giuridico diverso dall’incolumità personale si converte, spesse volte, in violenza alla persona proprietaria di quel bene: ed allora si respinge quell’attacco, respingendo quella violenza sotto l’usbergo della legittima difesa. Giacché, intendiamoci, la legge, limitando la dirimente solo alla difesa della persona, non esige con ciò certamente che un uomo se ne stia inerte spettatore all’offesa degli altri suoi diritti».

²⁶⁹ IMPALLOMENI, *Delitti contro la persona*, cit. 201. «[...] ciascuno ha il diritto di difendere un bene giuridico attaccato, massimamente il proprietario; se la difesa riesce efficace senza ricorrere ad atti che costituiscano il materiale di un reato, lo scopo è raggiunto senza bisogno di una speciale protezione della legge. Se tale difesa non basta, è perché l’offensore fa uso di violenza contro la persona: ed allora se, per respingere tale violenza, si procede ad atti che costituiscono il materiale di un reato, si è nei termini della legittima difesa della persona».

²⁷⁰ IMPALLOMENI, *Delitti contro la persona*, cit. 100.

recepisce espressamente le critiche rivolte da numerosi autori verso la scuola positiva per poi, dopo aver preso le distanze da questa, provvedere ad una nuova fondazione.

Le premesse di Zerboglio vengono ricondotte alla nuova «scuola positiva»²⁷¹: secondo il giurista, se si considera che il fine ultimo della scienza penale e del diritto penale è quello di proteggere la società, allora l'attenzione dovrà essere posta non più sul fatto di reato, ma sul reo. L'oggetto dell'attenzione diviene quindi «il delinquente»²⁷².

La dottrina della «nuova scuola positiva» tematizza l'esistenza di «esseri anormali» e fa riferimento a questi in qualità di problema del diritto penale²⁷³: la conseguenza di tale 'sapere scientifico' sembra essere chiara: «Ogni qualvolta ci si troverà pertanto di fronte ad uno di siffatti esseri anormali, la conservazione sociale esigerà che, in quel modo da reputarsi migliore, si provveda a ciò lo stesso venga posto in condizione di non poter più nuocere alla società»²⁷⁴.

Questi principi generali vengono poi concretizzati ed applicati per il caso della legittima difesa. In primo luogo, la dottrina si pone l'obiettivo di tematizzare la difesa legittima con riferimento alla posizione dell'agredito: questi nel momento in cui si difende pone in essere un atto oggettivamente antiggiuridico, ma, tale atto diviene non punibile nel momento in cui il soggetto aggredito non manifesti alcuna qualità antisociale, dimostrando così di non essere un «essere anormale»²⁷⁵. Questo principio viene ribadito da Zerboglio in più sedi²⁷⁶.

²⁷¹ G. FIORETTI, A. ZERBOGLIO, *La legittima difesa*, Torino 1894, Appendice di Adolfo Zerboglio, 87 s., 90. Zerboglio scrive: «La difesa sociale è, sappiamo, lo scopo della pena per i seguaci della scuola positiva. Essa si confonde colla tutela giuridica, in quanto il diritto rappresenta quel complesso di norme che governano in una consociazione i rapporti di coloro che la compongono. Chiunque viola il diritto offende in una società il suo più importante elemento di vita, chiamato, con frase scultoria dall'Ardigò, forza specifica. Se il diritto non venisse tutelato, quella società si sfascerebbe, onde la tutela del diritto è difesa della società. Difesa sociale e tutela giuridica sono pertanto due cose medesime, solo che la seconda è la formula concreta della prima».

²⁷² G. FIORETTI, A. ZERBOGLIO, *La legittima difesa*, cit. 91. «in quanto [...] si abbia da proteggere la società, quello che va studiato, analizzato, scrutato, è il delinquente».

²⁷³ Ibidem. «[...] dalle ricerche degli antropologi, noi sappiamo esservi degli infelici assolutamente incapaci, per la loro costituzione psicofisica, di adattarsi all'ambiente che li circonda».

²⁷⁴ Ibidem.

²⁷⁵ G. FIORETTI, A. ZERBOGLIO, *La legittima difesa*, cit. 92. «La difesa, atto, oggettivamente, antiggiuridico, non importa alcuna punizione, ed è, di conseguenza legittima, tutte le volte che per essa, non si spieghi veruna qualità più o meno antisociale nell'individuo che la consumò».

²⁷⁶ G. FIORETTI, A. ZERBOGLIO, *La legittima difesa*, cit. 94. «[...] chiunque è attaccato in un suo diritto senza avervi porto nessuna giusta ragione, difendendosi non si espone a penalità, salvo che, nella difesa, dia prove manifeste di un carattere abnorme». Interessante anche p. 98: «Riguardo alla

Nello specifico, la critica della «nuova scuola positiva» è diretta verso quella coincidenza sostenuta da Fioretti tra l'interesse dell'agredito «onesto» e l'interesse della società (implicitamente «onesta» anch'essa) nei confronti dell'aggressore «disonesto»: «Ma l'individuo che legittimamente si difende è l'individuo onesto?»²⁷⁷.

Per Zerboglio, che recepisce e concorda con il pensiero di importanti autori²⁷⁸, a fare la differenza, e quindi a rendere la difesa legittima o meglio, meritevole di impunità non è la «considerazione della persona» ma «la considerazione dell'attentato a un diritto»²⁷⁹.

La «nuova scuola positiva» non manca di esprimere considerazioni di particolare rilevanza ed interesse anche sulla delicata tematica della difesa dei beni.

Secondo tale dottrina, la considerazione primaria che va effettuata dallo studioso è l'analisi del soggetto vittima di aggressione al proprio patrimonio. Si è infatti osservato in dottrina: «Per me, la difesa dei beni si ha da ammettere quando la perdita di questi beni rappresenti per il derubato una grave jattura, tale che l'impedirli, anche con la violenza, sia reso necessario dal forte danno che risulterebbe se non la si impedisse»²⁸⁰.

La conclusione che ne deriva sembra essere particolarmente interessante: Viene posto l'accento sul principio di proporzionalità, ma questa volta non tra difesa ed offesa, bensì con riferimento al danno arrecato al soggetto aggredito ed al valore dei beni aggrediti: «La difesa dei beni non andrà immune da pena se sia sproporzionata al valore dei beni medesimi in relazione della persona che li detiene»²⁸¹.

A tal proposito, Zerboglio – principale esponente di tale dottrina – a sostenimento di detta teoria fornisce un esempio particolarmente illuminante: «Se Wanderbilt, cogliendo in flagrante il ladro che gli abbia carpito o sia in procinto di carpirgli cento lire, per ottenerne la immediata restituzione o vietarne la sottrazione,

difesa, ch'io appellerei impunita, essa sarà considerata la dove si considerino quelle circostanze, per le quali gli autori di un'azione anti-giuridica debbano andare prosciolti, per non essersi svelati refrattari allo adattamento sociale».

²⁷⁷ G. FIORETTI, A. ZERBOGLIO, *La legittima difesa*, cit. 104.

²⁷⁸ IMPALLOMENI, *Delitti contro la persona*, cit.

²⁷⁹ IMPALLOMENI, citato da ZERBOGLIO, *La legittima difesa*, cit. 106.

²⁸⁰ ZERBOGLIO, *La legittima difesa*, cit. 100.

²⁸¹ ZERBOGLIO, *La legittima difesa*, cit. 101.

tira una rivoltellata ed ammazza il ladro, Wanderbilt non è prosciolto, come sarebbe stato prosciolto un povero operaio che avesse, in un accesso di disperazione, ferito ed ucciso il ladro, che, carpitagli le cinquanta lire costituenti i suoi risparmi e il margine per campare egli ed i suoi, si rifiutasse brutalmente di restituirle»²⁸².

In tal modo vengono contrapposte la perdita da parte del «povero operaio» e quella da parte di un soggetto benestante o meglio «ricco». È proprio la differenza di status economico tra i due soggetti che deve trovare rilevanza per il giudice: l'operaio, infatti, con il furto viene gettato nella miseria, e tale azione non può che renderlo ancora più povero andando a privarlo di ciò che è indispensabile per il suo sostentamento e quindi per la sua esistenza, egli si troverà in una sorta di stato di necessità in cui la sua stessa vita viene implicitamente messa a repentaglio dal ladro. In altre parole ciò che differenzia la reazione del povero da quella del ricco contro un furto è la rilevanza che la cosa oggetto di furto ha per questi due soggetti: per il povero, essere derubato delle poche cose che possiede rappresenta un danno irreparabile che necessariamente mette a rischio non solo il suo patrimonio ma anche la sua stessa esistenza; per il soggetto agiato invece l'offesa arrecata dal ladro non comporta la perdita di qualcosa assolutamente necessaria e non altrimenti sostituibile. La dottrina a tal proposito afferma che il prudente giudice deve basare le sue decisioni proprio sul detto criterio²⁸³.

Dopo aver analizzato la posizione del soggetto aggredito, «nuova scuola positiva» si concentra sull'aggressore, esprimendo, considerazioni sulle qualità antropologiche di questi, in relazione al bene che egli aggredisce²⁸⁴.

La dottrina in esame intende introdurre, per la prima volta, una differenza tra tipi di aggressori. L'aggressore ai beni è «più probabilmente» un «disonesto autentico», un «delinquente», a differenza dell'aggressore alla persona. Il tipo di

²⁸² Ibidem. Wanderbilt è qui con ogni probabilità William Wanderbildt, un noto imprenditore e capitalista attivo all'epoca nei mercati americani, si veda D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 774, nota n. 138.

²⁸³ ZERBOGLIO, *La legittima difesa*, cit. «Il prudente arbitrio del giudice è prudente in realtà, quando ha da muovere non da filosofemi teoretici e speculazioni astratte, ma dalle concezioni umane dei bisogni della convivenza sociale e della vita».

²⁸⁴ ZERBOGLIO, *La legittima difesa*, cit. 100. «Mentre colui che attenta solo alla persona può essere stimolato assai frequentemente da motivi giustificabili, colui che attenta agli averi è più probabilmente un disonesto autentico, e se l'attentato è tale da compromettere nella sua pace, nella sua tranquillità e nel suo benessere l'esistenza di un uomo o d'una famiglia, che non l'hanno provocato, è giusto che lo si respinga, non importa se a prezzo della vita di chi lo consuma».

aggressore a cui si riferisce la dottrina è plausibilmente quello del ‘ladro’ ovvero del ‘brigante’. Tale argomentazione è sostenibile anche alla luce di quanto Zerboglio scrive successivamente per criticare il requisito della «violenza» richiesto dell’art. 49 del Codice Zanardelli.

Nella vicenda ipotizzata²⁸⁵ dall’autore è interessante notare come egli intenda invocare la difesa legittima anche in caso di una mancata aggressione da parte di un soggetto considerato un criminale per eccellenza. L’art. 49 del codice Zanardelli, nega questa opportunità richiedendo come elemento essenziale quello della «violenza» da parte dell’aggressore. Nel passo appena visto la situazione in cui si trova l’agredito è infatti una situazione di pericolo che seppur sia imminente non si è ancora trasformato in violenza; non può quindi secondo l’attuale formulazione del codice penale, trattarsi di legittima difesa. La dottrina però non intende fermarsi davanti a quest’ostacolo legislativo e propone una modifica dell’articolo 49: si ritiene infatti necessario modificare il requisito della «violenza» aggiungendovi anche quello del «pericolo grave di esserne attaccato»²⁸⁶. La dottrina della «nuova scuola positiva» al termine della sua analisi sull’istituto arriva a formulare una proposta di ridefinizione dell’art. 49 del Codice Zanardelli articolato in più disposizioni²⁸⁷.

²⁸⁵ ZERBOGLIO, *La legittima difesa*, cit. 108. «Talvolta è urgente di intraprendere la propria difesa avanti che l’aggressione si sia esplicita, ed allora non è tuttavia possibile discorrere di violenza, che deve concretarsi in un principio d’azione a danno di quegli verso cui è diretta. Io vado sull’imbrunire per una strada solitaria, e so che, in quei paraggi, si aggira un malfattore terribile, del quale conosco la sembianza. Scorgo a breve distanza il famigerato briccone che mi viene incontro, senza nondimeno aver compiuto alcun atto di minaccia al mio indirizzo, io che so come il bandito non risparmia la vita di veruno, non aspettando ch’egli mi metta nella condizione di incapacità di difendermi, gli esplodo addosso la mia rivoltella e lo uccido. Non è questa una legittima difesa? Ma è essa basata su una violenza, o non unicamente sul pericolo giustificatissimo di incorrerla?». Il favor concesso da Zerboglio all’agredito è ricostruibile anche alla luce di un passaggio successivo nella parte dell’Appendice appositamente dedicata ai «Quesiti ai giurati». In essa Zerboglio critica una sentenza del 24 giugno 1890 della Corte di Cassazione che avrebbe visto nella «inevitabilità del pericolo» un requisito necessario della legittima difesa. La massima espressa da tale sentenza si risolverebbe, secondo Zerboglio, «in tutto danno degli aggrediti, e tutela degli aggressori». Ivi, p. 132. La sentenza della Corte andrebbe così corretta sostituendo all’inevitabilità (oggettiva) la inevitabilità soggettiva del pericolo. Ibidem. D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 776, nota n. 142.

²⁸⁶ ZERBOGLIO, *La legittima difesa*, cit. 109.

²⁸⁷ ZERBOGLIO, *La legittima difesa*, cit. 113. «Art. I. — Non è punibile colui che ha commesso il fatto, esercitando, all’infuori dell’eccesso contemplato nel successivo art. III, il diritto di difendere se od altri, o contro una violenza attuale ed ingiusta, od anche solo contro il grave ed imminente pericolo di incorrerla»

«Art. II. — Non è punibile colui che ha commesso il fatto, esercitando, all’infuori dell’eccesso contemplato nell’art. III, il diritto di difendere i propri beni, quando l’aggressione importasse

9. La pronuncia della Corte di Cassazione sugli offendicula

L'idea che il diritto alla vita, anche quello del ladro, abbia priorità assoluta rispetto al diritto di proprietà rimane ancora difficile da accettare soprattutto se si considera il periodo storico. A tal proposito, molti sviluppi giuridici e dottrinali sull'argomento sono dovuti all'evoluzione tecnica di armi che ci fu' in quegli anni. Lo sviluppo di congegni meccanici per azionare 'automaticamente' le armi pone la giurisprudenza e quindi la dottrina dinanzi a nuovi scenari, che per forza di cose si differenziano dal tradizionale caso dell'uccisione del 'ladro notturno'; vengono in luce nuove questioni e nuovi dubbi interpretativi sulla liceità o meno dell'uccisione del ladro mediante congegni meccanici ovvero offendicula.

Grazie alle nuove armi, infatti, potrebbero verificarsi situazioni in cui ad esempio il proprietario o i suoi famigliari non si trovino in casa nel momento dell'intrusione del ladro e sia quindi da ritenersi esclusa la connessione tra l'aggressione ai beni e all'incolumità fisica, necessaria per soddisfare l'art. 376 del codice Zanardelli. Quella con cui si confrontano i giudici e di riflesso la scienza penalistica è una difesa mortale o gravemente lesiva per l'integrità fisica a tutela dei beni *tout court*²⁸⁸.

Ben presto, infatti, la Corte di Cassazione si trovò a dover fare i conti con le nuove tecnologie²⁸⁹. Il caso con cui si confronta la Cassazione nel 1898 è il

pericolo o minacce di violenza personale, o la perdita dei beni costituissero un danno rilevante, tenuto conto delle condizioni patrimoniali dell'agredito. La difesa deve essere prossima all'aggressione, e tale che, per conseguire all'aggressione già consumata, non si converta in un'offesa per parte dell'agredito».

«Art. III. — Colui che, esercitando il diritto riconosciuto dagli art. I e II, trascende ad atti che eccedano le necessità della più larga difesa, tenuto conto dello speciale turbamento psicologico dell'agredito, è punito con la detenzione per un tempo non inferiore ai sei anni, ove la pena stabilita per il fatto commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato medesimo ridotta a misura non inferiore ad un sesto, e non superiore alla metà, sostituita la detenzione alla reclusione e l'interdizione temporanea dai pubblici uffici all'interdizione perpetua».

²⁸⁸ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 777.

²⁸⁹ A tal proposito, di particolare interesse è anche la sentenza della Corte di Cassazione, prima sezione penale del 4 aprile 1990, n. 5141. La giurisprudenza penale ha ricondotto gli offendicula nell'alveo della scriminante di cui all'art. 51, c.p., rubricato "Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere" a condizione che sussistano i seguenti requisiti: a) proporzionalità dell'offesa; b) una non eccessiva attitudine a ledere e c) siano fornite di adeguata pubblicità, cioè facilmente visibili. La giurisprudenza ha ricondotto, come già chiarito, gli offendicula nell'ambito della scriminante di cui all'art. 51 c.p. escludendo per contro la loro riconduzione nell'alveo della legittima difesa stante l'assenza dell'attualità del pericolo. Così la Corte di Cassazione: "La liceità del ricorso agli "offendicula" va ricollegata alla causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto: quello della difesa preventiva del diritto stesso, di natura patrimoniale o personale. Ciò per la assenza, al momento della predisposizione di essi, dei requisiti della attualità del pericolo e della

seguinte²⁹⁰: «Un notissimo ladro», dopo aver scontato 15 anni di pena entra di soppiatto di notte nella casa di un «dottore» di Monte san Giusto, nei dintorni di Macerata. Grazie a una chiave falsa apre il portone di ingresso e la porta «di un pianerottolo che immette nella stanza da pranzo»²⁹¹. Una volta entrato nella sala da pranzo, il ladro viene ucciso «da due colpi di una doppietta». Questa era stata infatti appositamente collocata dal proprietario «dietro l'uscio di una porta attigua» ed era stata azionata inavvertitamente dal ladro che aveva spinto o urtato contro tale uscio.

La Cassazione considera applicabili al caso in esame con l'effetto di escludere la responsabilità del proprietario la fattispecie prevista dal primo comma²⁹² dell'art. 376 piuttosto che quella prevista dal secondo. Quanto al co. 1, il requisito rilevante è qui quello della «necessità di difendere» i beni. In questo caso c'è da chiedersi se le azioni del proprietario volte a installare un congegno esplosivo, che funzionerà eventualmente molto tempo dopo la preparazione dell'apparecchio, sia idonea a soddisfare i requisiti di tempo e di spazio della legittima difesa ovvero delle fattispecie di cui all'art. 376. La risposta della Cassazione è affermativa, volta ad individuare due possibili soluzioni normative entrambe soddisfacenti per l'agredito. La prima soluzione fa leva sui principi di diritto privato e in particolare sul diritto del proprietario a fare «in casa sua» tutto ciò che non gli è espressamente vietato dalla legge, e quindi, di conseguenza anche ad apprestare dei mezzi di difesa

necessità di difesa da questo, tipici della legittima difesa. Affinché, però, la difesa del diritto mediante il ricorso agli «offendicula» possa ritenersi consentita, occorre che gli stessi non siano – di per se` e per loro stessa natura – idonei a cagionare eventi di rilevante gravità, come le lesioni personali o la morte di colui che il diritto protetto aggredisce. Se, invece, si tratta di strumenti che abbiano un'intensa carica lesiva e siano, dunque, idonei a cagionare conseguenze dannose all'incolumità personale, occorre – per l'applicazione della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c. p. – effettuare, anzitutto, un giudizio di raffronto e di proporzione fra il bene difeso ed aggredito e quello offeso ed, altresì, accertare se la presenza degli «offendicula» era stata debitamente segnalata ed evidenziata, in modo che l'aggressore potesse e dovesse conoscere il pericolo al quale volontariamente si esponeva”.

²⁹⁰ In una nota a tale sentenza Alessandro Stoppato indebolisce ulteriormente il paradigma del *moderamen inculpatae tutelae*. Stoppato contrappone il diritto alla vita e il diritto di proprietà dei «cittadini» e dei «galantuomini» a quello dei «ladri», arrivando a ricondurre la proprietà aggredita al bene della vita, per il tramite del lavoro e quindi della vita incorporata nel bene prodotto. Vedi A. STOPPATO, *Il diritto del proprietario di apprestare nella sua casa mezzi per uccidere il ladro notturno*, in *La Cassazione unica*, 1898, 386

²⁹¹ Corte di Cassazione, udienza del 10 novembre 1897, MONTALBOLDI, in: *La legge, Monitore giudiziario ed amministrativo del Regno d'Italia*, 1898, Vol. I, 205 s..

²⁹² “Non è punibile colui che ha commesso alcuni dei fatti preveduti nei capi precedenti; si tratta dei capi intitolati “Dell'omicidio” e “Della lesione personale” per esservi stato costretto dalla necessità: 1) di difendere i propri beni contro gli autori di alcuno dei fatti preveduti negli articoli 406, 407, 408 e 410, o dal saccheggio;”

contro i ladri. Tale comportamento viene quindi fatto rientrare nella fattispecie dell'art. 376 come «difesa» dei beni²⁹³.

La seconda soluzione individuata dalla Corte di Cassazione è data dalla sostanziale equivalenza²⁹⁴ tra la difesa del proprietario *manu propria* e quella fatta per mezzo di apparecchi automatici che lo “sostituiscono”²⁹⁵.

La Corte di Cassazione con questa significativa pronuncia genera per la prima volta una significativa rottura tra i principi della necessaria connessione tra minaccia ai beni e minaccia alla incolumità della persona.

10. Il progetto Ferri e l'inizio del ventennio fascista

Nel 1919 il guardasigilli Lodovico Mortara nominò Enrico Ferri presidente della commissione per la riforma del codice Zanardelli. Il progetto, che non ebbe però mai seguito, fu presentato per la prima volta nel 1921.

Questa volta, la difesa legittima è disciplinata nel titolo II del libro I, dedicato alla disciplina de «Il delinquente», al capo I «Della responsabilità». L'istituto è rubricato all'articolo 19, senza però presentare particolari differenze dalla disposizione dell'art. 49 del Codice Zanardelli:

Art 19: «Il fatto è giustificato, agli effetti penali, quando sia compiuto [...] per la necessità di difendere sé od altri da una violenza attuale ed ingiusta»²⁹⁶.

²⁹³ Corte di Cassazione, udienza del 10 novembre 1897, MONTALBOLDI, in: *La legge, Monitore giudiziario ed amministrativo del Regno d'Italia*, 1898, Vol. I, 206. «Di qui [...] non si esce. O il proprietario può fare nella sua casa ciò che giova a difenderla dai ladri, non escluso un apparecchio meccanico, predisposto a qualsiasi fine: ed il fatto, se lecito, e non vietato, non può diventare illecito, ed elevarsi a reato, se altri, senza averne il diritto, vi penetra mediante scalata, rottura o altro mezzo e v'incontri la morte od una lesione nell'atto di scassinare uno degli usci a fine delittuoso, non essendovi nel nostro codice alcuna sanzione che lo prevegga, e vi si attagli, donde l'applicazione dell'articolo 1 ».

²⁹⁴ MONTALBONI, *La legge*, cit. 206. « O vuoi invece che torni lo stesso e che non siavi differenza sia che si offenda con la propria mano l'autore della scalata o rottura, sia che lo si offenda per respingerlo mediante un apparecchio predisposto a tale scopo come se non debba aversi riguardo alla volontà dell'agente ed anche al suo modo di operare in tutti gli atti che sono necessari alla consumazione del reato, ed allora, posto che l'apparecchio valga e rappresenti il braccio dell'autore, non potrebbe negarsi la discriminante dell'articolo 376 n. 2 codice penale, giacché' la legge non richiede la condizione che vi sia fondato timore per la sicurezza personale di chi si trovi nella casa, se non quando si tratti dell'altro caso, di cui nel suddetto n. 2 dell'art. 376 ».

²⁹⁵ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 779.

²⁹⁶ *Progetto preliminare di Codice penale per i delitti (Libro I)*, in *La Scuola Positiva, Rivista di diritto e procedura penale, Nuova serie, I, 1921, Parte prima*, 136.

Come è stato accennato, il progetto Ferri non ebbe sorte positiva: infatti, per forza di cose, subì gli eventi storici che si andarono a verificare poco dopo, e l'influenza di tali eventi è evidente dalla diversità del progetto Ferri rispetto al successivo progetto del codice Rocco, proposto nel 1927.

In sei anni è successo molto, l'Italia è cambiata e il diritto non può che risentire di tale cambiamento. Nel 1922, appena un anno dopo la presentazione del Progetto Ferri, le squadre fasciste marciarono su Roma, prendendo di fatto il controllo dell'apparato statale italiano. Il Re che rinunciò alla repressione del colpo di stato, nominò Benito Mussolini al Capo del Governo. Ecco come in pochi anni la «rivoluzione fascista» è compiuta. Con il governo fascista al potere ben presto si aprirono nuovi scenari anche sul piano del diritto penale: per quel che qui interessa, è molto interessante analizzare come il governo fascista abbia affrontato l'istituto della difesa sotto un duplice aspetto: infatti oltre al diritto alla legittima difesa attribuito ai privati, vi era il diritto alla legittima difesa in capo allo Stato nei confronti di tutti i cittadini che non appoggiavano il regime. Viene quindi introdotto il concetto di legittima difesa dello Stato, si tratta di un diritto spettante al Governo per la tutela della Nazione, diritto che veniva esercitato attraverso la reintroduzione della pena di morte. In questo modo il governo fascista pensò di aver trovato una scusante dal punto di vista giuridico per poter liberamente eliminare dalla piazza tutti coloro che potevano rappresentare un pericolo per il Regime²⁹⁷.

Nel 1925 con un disegno di legge il Governo chiese al Parlamento per delega la facoltà di emendare il Codice penale Zanardelli.

Sempre nel 1925, venne esaminato dalla Camera dei Deputati un disegno di legge molto particolare: «Modificazioni ed aggiunte alla legge 13 giugno 1912, n. 555, sulla cittadinanza», comunemente conosciuta come «legge sui fuoriusciti». Questa legge presentava caratteri estremamente particolari e tipici del regime fascista poiché aveva lo scopo di togliere la cittadinanza agli oppositori del Regime che si erano stabiliti all'estero e introduce il sequestro ed eventualmente la confisca dei loro beni. È interessante, per quello che in questa sede interessa, notare come l'allora Ministro della Giustizia Alfredo Rocco, a giustificazione di tale legge,

²⁹⁷ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 806.

faccia valere una sorta di ‘difesa legittima’ da parte dello Stato ovvero della Nazione nei confronti dei c.d. ‘fuoriusciti’²⁹⁸.

I soggetti ai quali la legge sui fuoriusciti fa riferimento sono tutti oppositori al Regime fascista, che, fuggendo all’estero – secondo l’opinione del Governo – si erano messi «volontariamente fuori della compagine della Nazione». Essi, sempre secondo l’opinione fascista dell’epoca, in poche parole avevano voltato le spalle alla loro nazione e non meritano quindi di essere considerati parte di essa: ai fuggitivi veniva implicitamente recriminata la violazione delle regole che li vincolavano alla Nazione e che in quanto tale conferiscono loro la qualifica di «cittadini italiani»²⁹⁹. Contro di loro venne quindi utilizzata una «legge di difesa», la cui giustificazione era la «necessità», ed è proprio qui che scorgiamo i primi elementi comuni all’istituto della legittima difesa. I fuggitivi vennero implicitamente considerati degli «aggressori ingiusti». Il loro diritto alla vita stesso entrò in una situazione di forte pressione dal punto di vista argomentativo. Restò loro solo quella che con le parole Giorgio Agamben può essere definita la «nuda vita».³⁰⁰ Essi erano di fatto entrati nello spazio dell’eccezione, nell’ambito in cui la decisione sovrana del Governo può disporre della loro «nuda vita»³⁰¹.

Il disegno di legge venne approvato come legge n. 108 il 31 gennaio 1926. Il diritto penale risultò sempre più accessibile nei suoi punti cruciali al discorso della «necessità» e della «guerra». Il 17 dicembre 1925 durante la discussione al Senato del disegno di legge «Delega al Governo del Re della facoltà di emendare il Codice Penale, il Codice di Procedura penale, le leggi sull’ordinamento giudiziario e di apportare nuove modificazioni e aggiunte al codice civile» tornò la «necessità»

²⁹⁸ A. ROCCO, *Discorsi parlamentari*, Bologna, 2005, 242. «È bene [...] togliere ogni dubbio in proposito: il cittadino postosi volontariamente fuori della compagine della Nazione, perde ogni titolo, ogni diritto, che gli possa derivare dalla Nazione (Vive approvazioni). Onorevoli colleghi, questa legge non è legge di persecuzione, è legge di difesa, e come tale bisogna considerarla, legge di difesa resa necessaria dal comportamento indegno di alcuni malvagi cittadini. Essa significa che la Nazione distingue tra gli innumerevoli italiani che all’estero tengono alto il nome del loro Paese, e sono la immensa maggioranza, e la piccola minoranza di politicanti inaciditi, di pseudointellettuali, di avventurieri che fuori dell’Italia tramano contro l’Italia. Costoro non sono italiani, come non lo sono più nell’animo, così non lo debbono essere più nelle leggi».

²⁹⁹ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 807.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ GIORGIO AGAMBEN, *Stato d’eccezione*, Torino 2003, 95 s., 112 s.

ovvero la «difesa» politica, questa volta non all'intersezione tra politica e diritto costituzionale ovvero pubblico, ma tra politica e diritto penale³⁰².

Ma c'è di più. Nel 1925 il guardasigilli Rocco spiegò alla Camera il senso di una «riforma» nel segno della «difesa contro i delinquenti»³⁰³; il fortunato intreccio di «giustizia e repressione»³⁰⁴ aggregava il consenso verso il regime. La legittima difesa, in questo modo, diventava l'argomento principale della pena di morte che non «repugna al diritto»; ma, al contrario, la reintroduzione della pena capitale aveva una così forte efficacia preventiva da potersi considerare in grado di «vincere la paura» del crimine nell'immaginario collettivo. Con particolare rigore, anche Ferri coglieva che gli eventi accaduti nella cronaca nera di quegli anni generavano nella società «apprensioni di un eccezionale momento storico», per cui la pena di morte era rappresentata dal governo, e percepita dalla società, come un «esercizio di legittima difesa dello Stato»³⁰⁵. Stando così le cose, il ministro Alfredo Rocco tematizzò la questione della reintroduzione della pena di morte, declinandola in termini di «necessità di difesa della società contro i delinquenti», dando in questo modo alla gente ciò che voleva sentire³⁰⁶.

Alfredo Rocco passò poi ad evidenziare le caratteristiche positive della pena di morte. Egli era dell'opinione che la pena capitale avesse un'efficacia intimidatrice ineguagliabile e quindi avrebbe consentito allo Stato di svolgere al meglio la prevenzione di reati; inoltre, la pena di morte rispondeva anche ad

³⁰² D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 808.

³⁰³ A. ROCCO, *Discorsi parlamentari*, cit. Sulla qualità tecnica del Codice Rocco si veda G. VASSALLI, *Passione politica di un uomo di legge*, 13; P. COSTA, ROCCO, in Birocchi et al. (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone, Marco Nicola Miletta, a cura di Maria Luisa Carlino, Giuseppina De Giudici, Ersilia Fabbriatore, Eloisa Mura, Martina Sammarco, con la collaborazione della Biblioteca del Senato, 1701 s.

³⁰⁴ L. LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione: i volti del regime fascista*, Introduzione, in L. Lacchè (a cura di), *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, Donzelli, 2015, IX.

³⁰⁵ E. FERRI, *Pena di morte e difesa dello Stato*, «*La Scuola positiva*», 1926, 390.

³⁰⁶ ALFREDO ROCCO, *Discorsi Parlamentari*, cit., p. 264. In dettaglio sulla reintroduzione della pena di morte e sulla sua concreta applicazione si veda: G. TESSITORE, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Milano 2000, 93 ss., 113 ss. Le parole di Rocco: «[...] bisogna anche rendersi conto delle supreme necessità di difesa della società contro i delinquenti; e purtroppo alcuni recenti fatti hanno dimostrato che la repressione penale non è quale dovrebbe essere, ed anche quale è reclamata dalla coscienza pubblica. Cito alcuni orribili delitti commessi su innocenti bambini a Roma e in altre città, per i quali, come per altre forme gravi di delinquenza di sangue, a molti sembra pena inadeguata perfino lo stesso ergastolo. In verità, è mia opinione che questo problema della pena suprema, che sembrava definitivamente risolto, sia da considerare ancora aperto. Ciò significa che in occasione della Riforma del Codice penale, si debba seriamente considerare se non convenga, come è avvenuto in altri Paesi, dopo l'esperimento dell'abolizione, ripristinare la pena di morte»

un'ulteriore esigenza: quella di attuare l'efficace funzione, definita come "eliminativa", della pena³⁰⁷.

Rocco estremante favorevole alla reintroduzione della pena capitale, individuò in essa un unico ostacolo che consisteva nei tanti preconcetti dottrinali³⁰⁸.

A questo punto Rocco ebbe pronto il campo per la contro-argomentazione³⁰⁹, per il capovolgimento di un argomento come quello kantiano che lui stesso definisce una «obiezione di indole teorica grave». Egli non ritiene di avere più bisogno di affiancare l'argomentazione giuridica all'argomentazione di carattere etico-morale³¹⁰ e di ripercorre quindi la strada di Battaglini il quale si rifà a Machiavelli.

³⁰⁷ Si veda P. BEVERE, *Sulla legittima difesa*, cit. con parole di A. Rocco: «Praticamente è certo che la pena di morte sia la più perfetta delle pene. Essa realizza infatti al massimo grado la funzione intimidatrice e quella eliminativa della pena [...]». negli scritti in pale pag. manca il riferimento alla pagina dei valori richiamati.

³⁰⁸ Che cosa intendeva Rocco per «preconcetti dottrinali» può essere compreso considerando quanto egli disse subito di seguito: «Anzi dirò che le difficoltà maggiori e le obiezioni più gravi vengono appunto dalle dottrine fino a ieri dominanti in Italia. Ed in verità, l'obiezione veramente decisiva contro la pena capitale rimane per sempre quella desunta dal principio che l'uomo, il quale è fine, non può mai essere assunto al valore di mezzo. Nella pena di morte si sopprime la personalità umana per realizzare quella funzione di intimidazione e di prevenzione generale che è l'essenza della pena. Vale a dire, l'uomo è considerato come semplice mezzo o strumento per la realizzazione di un interesse sociale. È questa una obiezione di indole teorica grave, e che non può essere evitata e sfuggita se non negando i principi su cui essa si basa, che sono i principi fondamentali della filosofia individualistica. L'inventore della formula "l'individuo che è fine, non può essere assunto al valore di mezzo" fu infatti Emanuele Kant. È dunque lo stesso pensiero liberale che si ricollega a questa dottrina. Era perciò assai difficile respingere, nel campo della legislazione, le conseguenze di un principio che si accettava senza contrasto nel campo della politica e della filosofia». Si veda ALFREDO ROCCO, *Discorsi Parlamentari*, cit.

³⁰⁹ Si veda ALFREDO ROCCO, *Discorsi Parlamentari*, cit. «Ma oggi la situazione è profondamente mutata. La rivoluzione intellettuale, che ha seguito la rivoluzione politica dell'ottobre 1922, ha rovesciato i termini del problema dei rapporti tra individuo e società, quali li poneva la dottrina liberale-democratica-socialista già dominante. Noi crediamo che l'individuo sia mezzo e non fine, che la società abbia fini suoi propri, che trascendono la vita dell'individuo, e a cui i fini individuali debbono subordinarsi. Questa ipotesi, che sembrava assurda alla filosofia dell'individualismo, che l'individuo sia assunto al valore di mezzo, noi la riconosciamo essere perfettamente possibile e normale, e come l'unica atto a spiegare certi grandi fenomeni della vita sociale, che la dottrina liberale non spiega che come assurde degenerazioni o mostruose pagine: ad esempio, la guerra. La guerra è infatti l'esempio più grandioso di sacrificio della vita degli individui ad un fine più alto, alle necessità storiche ed immanenti dello Stato e della Nazione. Ora, se questo sacrificio totale della vita si impone a uomini che nulla hanno da rimproverarsi, a cittadini esemplari, perché lo stesso sacrificio non potrà imporsi ai delinquenti, i quali, certo, non meritano la stessa pietà e la stessa considerazione, per le necessità sociali dell'intimidazione e della eliminazione? Se è assunto al valore di mezzo il soldato, perché non potrà esserlo il reo? Io credo pertanto che questo problema della pena di morte non sia, come molti credono, esaurito, ma sia una questione ancora aperta che debba, con la dovuta ponderazione, discutersi e risolversi nella preparazione del nuovo Codice».

³¹⁰ ARTURO ROCCO, *Sul ripristino della pena di morte*, pubblicato in «L'Impero», 7 ottobre 1926, ristampato in: Arturo Rocco, *Opere giuridiche, Scritti giuridici vari*, Roma 1933, Vol. III, 551. «Del resto, perché mai la coscienza sociale dovrebbe turbarsi di fronte al necessario sacrificio della vita dei delinquenti, se essa non si turba di fronte al necessario sacrificio della vita degli uomini

In tal modo la contrapposizione tipica tra «uomini onesti» e «delinquenti» viene declinata con riferimento alla guerra e più in generale ad ogni «altro stato di necessità»: poiché gli uomini onesti vengono mandati incontro alla morte durante la guerra, tale destino dovrebbe essere anche quello dei delinquenti, che sono per definizione «colpevoli». La necessità di vita dello Stato ovvero della Nazione prevale ‘necessariamente’ sul diritto alla vita del ‘delinquente’ condannato a morte.

Il 9 novembre 1926 Mussolini presentò alla Camera un nuovo progetto di legge chiamato «Provvedimenti per la difesa dello Stato». Esso venne approvato il 25 novembre 1926 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale. La nuova legge si poneva l’obiettivo di combattere l’opposizione politica, che era ormai considerata vera e propria criminalità³¹¹.

Inoltre per capire i meccanismi del diritto penale all’epoca del fascismo è importante dire che furono attuate delle modifiche anche con riguardo al codice di procedura penale, e tra le più rilevanti ricordiamo la modifica della competenza della corte d’Assise: la competenza per conoscere i reati visti sopra, non fu più attribuita alla Corte d’Assise (alla quale il codice attribuiva la competenza), ma venne invece istituito il Tribunale speciale per la difesa dello Stato, con una composizione a carattere prevalentemente militare o paramilitare³¹². Inizialmente la scelta dei membri era attribuita al Ministro della Guerra, mentre a partire dal 1931, questi verranno nominati dal Capo del Governo³¹³. Tale cambiamento dal punto di vista procedurale ebbe una rilevanza do non poco conto: venne in tal modo

onesti? Perché mai, nei casi di guerra esterna o di guerra civile e in ogni altro “stato di necessità” individuale e sociale, dovrebbe essere socialmente consentito di imporre ai cittadini innocenti il dovere giuridico di morire nell’interesse della Patria, e dovrebbe ritenersi, invece, socialmente illecito e riprovevole imporre quella stessa obligatio moriendi a criminali autori di delitti gravissimi, — per giunta, con la formale garanzia di un giudizio legale — quando essa sia richiesta dalle indispensabili necessità di vita e di difesa dello Stato contro il pericolo sociale della delinquenza? Deve, dunque, la superstizione di un falso sentimentalismo, prevalere su le necessità di vita di una Nazione?».

³¹¹ Nel dibattito al Senato poco prima dell’approvazione Alfredo Rocco disse a sostegno della nuova legge: «venti milioni di italiani, iscritti al partito, alla milizia, alle organizzazioni giovanili, alle corporazioni, sono inquadrati sotto le insegne del Littorio. Le opposizioni sono frantumate. Politicamente esse non esistono più. Ma appunto perché la lotta contro il regime, battuta sul terreno politico, si è ripiegata sul terreno della criminalità, occorrono mezzi speciali per combatterla sul terreno che essa ha scelto: occorrono cioè le leggi penali e di polizia» Alfredo Rocco, citato da TESSITORE, *Fascismo*, cit. 143.

³¹² Si veda qui NEPPI-MODONA, PELLISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d’Italia*, coord. da R. Romano, C. Vivanti, *Annali*, 12° vol., 1997, 770 s.

³¹³ NEPPI-MODONA, PELLISSERO, *La politica criminale*, cit. 772.

vanificato il principio di separazione tra i poteri dello stato, e il Governo fascista manifestò così il controllo totale sulla nazione.

11. Il Codice Rocco

Nel 1927, cinque anni dopo la presa del potere da parte del regime fascista, venne presentato per la prima volta un nuovo progetto preliminare del codice penale³¹⁴. Oltre al recepimento della politica fascista, il codice si preoccupò di analizzare la legittima difesa violenta non da parte dello Stato, ma da parte dei privati.

La legittima difesa nel Codice Rocco venne rubricata all'articolo 54, il quale recita: «Non è punibile colui che ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa grave e ingiusta».

In dottrina si è osservato che lo spostamento rispetto alla formulazione del codice Zanardelli è notevole. Viene infatti recepita la concezione di Battaglini. Il requisito della 'violenza attuale e ingiusta', che escludeva l'aggressione ai beni, viene sostituito dal requisito del 'pericolo attuale di un'offesa grave e ingiusta'. L'ambito dell'aggressione viene in tal modo fortemente ampliato. Ora la tipologia di diritti aggrediti non è più rilevante: vita, integrità fisica, onore, beni ricadono tutti sotto la previsione del nuovo articolo in quanto «diritti» sui quali incombe il «pericolo attuale di un'offesa grave e ingiusta». Unico residuo dell'attenzione ai beni giuridici in conflitto è la qualificazione dell'offesa come «grave»³¹⁵.

Le critiche da parte di numerosi giuristi al progetto del nuovo codice penale non tardarono ad arrivare: in particolare si espresse perplessità sulla mancata indicazione dei beni giuridici tutelabili con l'esercizio del diritto di difendersi uccidendo o comunque di ledendo l'incolumità fisica dell'aggressore. La legittima difesa rappresentava solo una scriminante dell'esercizio di un diritto, senza altri

³¹⁴ Progetto preliminare di un nuovo codice penale, Roma, ottobre 1927.

³¹⁵ D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 818.

dettagli; si faceva riferimento solo alla “necessità”, ma tale parametro comunque non era ritenuto soddisfacente da Marongiu³¹⁶.

Anche la Corte di Cassazione espresse perplessità, finendo per accogliere una soluzione diversa da quella fatta propria da parte della dottrina che interpretava l’art. 54 in modo eccessivamente estensivo: la Corte sottolineò il monopolio della violenza e della repressione di reati in capo solo ed esclusivamente allo Stato; la legittima difesa continuava ad essere concepita dalla Corte come un’eccezione alla regola. La Cassazione si schierò quindi contro coloro che sostenevano la tesi che attribuiva, in virtù della violazione del contratto sociale, il diritto di autotutela in capo ai privati, in relazione a qualsiasi diritto o bene³¹⁷.

Il progetto di Alfredo Rocco incontrò anche numerose critiche dalla Commissione ministeriale incaricata di dare un parere sul progetto; estremamente rilevanti furono le osservazioni del commissario Longhi in ordine all’esigenza della distinzione dei beni aggrediti, e di aggiungere una clausola di inevitabilità della violenza attuale e ingiusta da respingere, motivando tale proposta con la notevole frequenza di casi di difesa evidentemente sproporzionati.³¹⁸ Il progetto di legittima difesa fu invece fortemente avallato da Arturo Rocco, egli negò infatti che l’aggressore potesse avere il “diritto al rispetto dei propri diritti”, questi infatti nel momento in cui decide di compiere l’aggressione deve mettere in conto di poter perdere anche altri diritti ben più preziosi e vitali dei diritti patrimoniali³¹⁹.

³¹⁶ Con parole di Marongiu “nessuna limitazione è contenuta in ordine alla natura del diritto da esercitare o da difendere: il concetto di necessità è bensì una delle limitazioni alla facoltà di difesa, ma essa si riferisce ugualmente a qualsiasi diritto.”

Di estremo interesse è il richiamo alle radici kantiane del concetto di legittima difesa. Dopo che Kant, raccogliendo dalla coscienza popolare una verità che ben si può dire innata nell’uomo, sentenziò che *necessità non ha legge*, i seguaci del grande filosofo, per dare un contenuto pratico alle teorie del maestro, l’hanno amalgamata con quella del contratto sociale; e cioè avendo il cittadino delegato i suoi poteri allo Stato, questo è tenuto a difenderlo, sempre ed in ogni caso di ingiusta lesione dei suoi diritti. In caso di inadempienza, la delega viene revocata ed è da ritenere ammessa la difesa privata. P. BEVERE, *La legittima difesa*, Torino, 2019, 9, nota 9.

³¹⁷ “Di fronte alla nuova concezione di uno stato, consapevole della sua autorità della sua forza, alla quale concezione noi abbiamo fatto omaggio, come si può conciliare l’inopinata abdicazione dei suoi più gelosi poteri al cittadino, sino al punto da concedere libero corso all’esercizio della difesa privata per ogni e qualsiasi diritto? Di fronte alla necessità e mestieri inchinarsi; ma questa sia intesa entro limitata cerchia della difesa personale, oltre la quale si va verso l’anarchia.” Si veda a tal proposito P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 9. Si veda inoltre G. TESSITORE, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, 2000, 143. D. SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa*, cit. 817.

³¹⁸ P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 9.

³¹⁹ A. ROCCO: “Chi viola i diritti altrui, non ha diritto al rispetto dei propri diritti, di modo che deve essere lecito, per difendersi, d’offendere i diritti patrimoniali altrui non solo quando all’offesa dei

La Commissione però concordò con il progetto sui seguenti argomenti: il primo fu sicuramente il “richiamo all’ordine”, di natura strettamente politica, infatti l’ampliamento della legittima difesa è una questione politica di interesse primario per il Regime fascista all’epoca vigente in Italia; in secondo luogo c’è da dire che la Commissione ritenne che la nuova disposizione sulla difesa non faceva venir meno il principio di proporzionalità e che quindi non legittimava la difesa eccessivamente sproporzionata all’aggressione, come ad esempio l’uccisione per un fatto “bagatellare”; il criterio della “necessità” non poteva di fatto eliminare le considerazioni sulla qualità dei beni giuridici in gioco.

Dopo l’esame da parte della Commissione Parlamentare, l’allora ministro Alfredo Rocco, presentò nel 1929 il Progetto definitivo, il quale all’articolo 56 disciplinava la difesa legittima:

Art. 56: “Non è punibile colui che ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un’offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all’offesa.”

Nella Relazione il Ministro illustrò la nuova configurazione dell’istituto della legittima difesa partendo dalla sua *ratio*³²⁰, già anticipata nell’ambito della Commissione ministeriale.

La difesa privata venne quindi spostata nell’ambito dell’eccezione rispetto alla regola³²¹, secondo cui è il sistema statale il mezzo ordinario di tutela³²²:

Vediamo quindi come la legittima difesa presentata nel Progetto definitivo del codice Rocco era caratterizzata da tre requisiti essenziali: “il pericolo attuale dell’offesa”, la “conseguente necessità della difesa” e infine la “proporzione tra l’azione e la reazione”. Per quanto concerne il primo requisito, Rocco ricordò come

propri diritti patrimoniali si accompagna il pericolo della propria persona, ma anche in ogni altro caso.” Si veda a tal proposito P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 10.

³²⁰ La *ratio* della norma con parole di A. Rocco, “La difesa privata fu mezzo ordinario di tutela dei propri beni in tempi non civili, ma fu naturalmente bandita e punita correlativamente al progredire degli ordinamenti sociali e politici che avocavano alle Autorità costituite nello Stato il mantenimento della pace sociale, assicurando a ciascuno ciò che gli spetta.” Si veda a tal proposito P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 10.

³²¹ “dovette però sempre riconoscersi che anche nelle società più perfettamente ordinate possono ricorrere momenti eccezionali, nei quali l’individuo non può attendere dalle Autorità la difesa dei propri diritti, per l’attualità del pericolo che incombe e che non consente remora alcuna, e fu giocoforza ammettere che in tali condizioni la difesa privata fosse legittima, purché proporzionata all’attacco, che si deve respingere.” Si veda a tal proposito P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 10.

³²² P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 10.

il Progetto si fosse “esplicitamente riferito al pericolo dell' offesa e non all' offesa” ciò vuol dire che, ciò che rileva sono le circostanze e le modalità con cui viene posta in essere l'aggressione; questo sarebbe da ricondurre secondo Rocco alla circostanza che “la legittima difesa opera contro un pericolo e non reintegra una situazione giuridica già pregiudicata poiché in questa seconda ipotesi l'offesa costituisce già un fatto compiuto ed anche filologicamente, oltre che giuridicamente non potrebbe trovare applicazione la nozione di difesa”³²³. Quanto al secondo requisito, “il rapporto di necessità tra l'azione e la reazione”, questo sarebbe delineato dall'esplicito richiamo normativo “all'attualità del pericolo”. Con riferimento al terzo requisito della “proporzione tra l'offesa e la difesa”, nella sua relazione Alfredo Rocco chiarì, per evitare un'errata interpretazione della norma, che con l'aggiunta del requisito della proporzione tra offesa e difesa non si è voluto introdurre una proporzione tra i diritti in gioco, i quali quindi possono avere un diverso valore; la proporzione deve sussistere solo in relazione all'azione difensiva rispetto a quella aggressiva³²⁴.

In conclusione, come ammonisce autorevole dottrina il diritto è politica e nell'ordinamento giuridico sono formalizzate le scelte della politica.³²⁵ Quindi è nelle strategie politiche del diritto penale che vanno cercate le giustificazioni delle ricorrenti riforme amplificative della privatizzazione della violenza. Il liberalismo come pensiero politico posto a fondamento del diritto penale viene letteralmente ribaltato: l'uomo non è più fine ma semplicemente il mezzo. Questo rovesciamento viene fondato dal punto di vista politico tramite il mito della “rivoluzione.” È con questo metodo che Arturo Rocco aveva difeso la reintroduzione della pena di morte dall' obiezione desunta dal principio che l'uomo, il quale è fine, non può mai essere assunto al valore di mezzo³²⁶.

³²³ P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 11.

³²⁴ Così A. ROCCO: «La difesa deve essere proporzionata all'entità dell' offesa e non necessariamente all'importanza dell'interesse che si vuole difendere. Anzi, l'aggressione denota, non di rado, tanto maggiore pericolosità quanto meno rilevante è il bene aggredito. Non si nega che, talvolta, anche l'importanza dell'interesse da difendere possa costituire un elemento per giudicare della gravità dell'offesa, ma non è mai questo un elemento essenziale e non può mai essere l'unico elemento di valutazione della legittimità della difesa. La gravità dell' offesa consiste nella gravità del pericolo, nel modo, cioè, con cui si offende». Si veda a tal proposito P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit.

³²⁵ S. MOCCIA, *Prologomeni ad una proposta di riforma del codice penale*, in *Critica dir.*, 2006, 1-2-3, 17.

³²⁶ P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 14.

Negli anni del fascismo si fece strada l'idea di utilizzare la legittima difesa come strumento per difendere la società contro individui temibili e pericolosi, la cui temibilità e pericolosità si manifesta soprattutto nella commissione di delitti meno gravi, che aggrediscono soprattutto la proprietà privata. Il legislatore fascista risolve il conflitto di classe tra coloro che sono proprietari e coloro che non lo sono e che quindi ricorrono al furto, dando la prevalenza ai proprietari che essendo i soggetti aggrediti sono dalla parte del giusto.

La continuità di queste posizioni è ravvisabile nelle ideologie delle maggioranze parlamentari che, nel 2006 e nel 2019, hanno introdotto e rafforzato, come si vedrà nel proseguo di questa trattazione, la legittima difesa speciale³²⁷.

³²⁷ P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 11.

II CAPITOLO

L'ISTITUTO DELLA LEGITTIMA DIFESA NEL CODICE PENALE

ITALIANO

1. Gli elementi del reato: cenni

La varietà di figure delittuose presenti nel nostro codice penale non ha impedito, ma al contrario ha incentivato la dottrina alla ricerca di una c.d. teoria generale del reato che miri ad individuare e ordinare in forma sistematica gli elementi che configurano, in via generale, la fisionomia del fatto penalmente rilevante¹. Nella manualistica tradizionale si è affermato che il reato non deve essere studiato solo sinteticamente [...] cioè nella sua unità e nelle note che lo caratterizzano; occorre anche procedere all'analisi di esso, vale a dire, all'individuazione e all'esame degli elementi che lo compongono².

Come accade infatti in tutte le scienze, si è sentita la necessità di individuare dei punti di unificazione mediante la costruzione di concetti superiori utili alla sistemazione e classificazione. La c.d. teoria generale del reato ha proprio lo scopo di unificare, mediante un processo di astrazione e generalizzazione concettuale, tutti gli elementi comuni alle varie tipologie delittuose³. È inoltre opportuno aggiungere che in un contesto delicato come quello penalistico, una teoria generale del reato non ha il solo scopo di soddisfare esigenze logico-conoscitive, ma non può che soddisfare anche esigenze di certezza giuridica: infatti nel caso in cui non vi fosse una tale teoria e quindi mancassero delle rigorose categorie concettuali, il giudice non avrebbe punti di riferimento sicuri per orientare la propria decisione nel caso concreto; ciò però non deve ingannare: in sede giudiziale, il giudice dovrà accompagnare all'analisi delle categorie dogmatiche anche le particolarità del caso

¹ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*. Torino, 2020, 140.

² F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*. Milano, 2003, 177.

³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*. Bologna, 2019, 192.

concreto, altrimenti si ricadrebbe proprio nell'eccesso di concettualismo che la dottrina vuole evitare⁴.

Oggi più che di una teoria generale del reato forse sarebbe più opportuno far riferimento alle diverse dottrine generali del reato. Tali dottrine possono infatti essere ricostruite secondo diversi modelli di scomposizione dell'analitica dell'illecito penale⁵.

L'obiettivo comune delle dottrine generali del reato è però sempre quello di individuare ed ordinare gli elementi che configurano la fisionomia o meglio il "volto" del fatto penalmente rilevante⁶.

Ciascuna delle teorie generali del reato sviluppatesi nel corso degli ultimi secoli, sembra essere sempre stata orientata a compiere un profondo sforzo di astrazione generalizzante ciò in quanto l'obiettivo di ognuna di esse è da sempre proprio quello di desumere, attraverso l'analisi delle singole figure delittuose, le nozioni comuni per predisporle in un ordine sistematico⁷ allo scopo ultimo di individuare regole generali idonee a garantire una certezza sempre maggiore nell'applicazione del diritto⁸.

Tra i vari modelli teorici fino ad oggi concepiti per delineare la struttura della macrocategoria "reato" sicuramente tre sono di particolare importanza: la teoria della bipartizione, la teoria della tripartizione ed infine la teoria della quadripartizione.

⁴ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. cit. 193.

⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. cit. 193.

⁶ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 197ss.

⁷ È stato osservato da G. FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 175, come la teoria generale del reato abbia una genesi storica antica e complessa, paragonabile ad una struttura architettonica cresciuta per stratificazioni e sovrapposizioni successive, e soggetta nel corso del tempo a riadattamenti ispirati allo stile di volta in volta dominante.

⁸ A tal proposito tuttavia, G. FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., 184, il quale osserva come la teoria generale del reato abbia finito con l'incorrere in una «fallacia di generalizzazione: ha cioè prospettato come dotati di portata generalissima concetti che si adattano invece soltanto a specifici modelli delittuosi e non ad altri (...)». Per tale ragione – prosegue l'A. – «l'esigenza di delineare nozioni più idonee a rispecchiare le peculiarità strutturali di tutti i tipi di illecito penale contenuti nell'ordinamento, ha indotto in anni più recenti una parte della dottrina a concepire diversamente i compiti della teoria generale del reato (...) la nuova preoccupazione è consistita nel separare ciò che non può essere unificato se non a prezzo di eccessive forzature: da qui la tendenza a differenziare i concetti generali, tutte le volte in cui una loro costruzione differenziata riesca a spiegare più adeguatamente la rispettiva struttura dei vari modelli di illecito individuabili nel sistema».

Secondo la dottrina⁹ che sostiene la teoria della bipartizione il reato può essere definito come un fatto umano commesso con volontà colpevole che si compone di due elementi fondamentali: l'elemento oggettivo o materiale e l'elemento soggettivo o psicologico. Nel primo si riconducono tutti i dati estrinseci, fenomenici, visibili, con i quali si manifesta il reato: il comportamento umano, le sue conseguenze, gli elementi di contesto (c.d. presupposti) che devono accompagnare la condotta perché essa sia illecita. Nel secondo, invece, ricadono gli aspetti attinenti alla sfera morale dell'agente, l'adesione psicologica e volontaria di questi rispetto al fatto obiettivamente mostratosi come illecito. A tale elemento strutturale si è fatto quindi riferimento per lo studio del dolo, della colpa, della preterintenzione¹⁰.

L'antigiuridicità, secondo questa teoria, rappresenterebbe l'essenza stessa del reato e non un elemento autonomo: il reato, infatti, consiste nella violazione di un precetto dell'ordinamento giuridico-penale e di conseguenza sua nota fondamentale è il contrasto, l'opposizione con il diritto. Questa contrapposizione viene indicata con il termine "antigiuridicità" oppure "illiceità"¹¹. Secondo tale dottrina, l'antigiuridicità non è una componente, un elemento del reato, essa è molto di più: «è l'essenza stessa, la natura intrinseca, l'*in se* del reato»¹². L'antigiuridicità è quindi essenza del reato e non può considerarsi come un elemento di questo, essa ne è infatti un carattere essenziale che esprime la natura del reato¹³. Tale concezione comporta che le cause di giustificazione vengono accostate al fatto tipico come suoi elementi negativi, e cioè come elementi che devono venire a mancare perché un illecito penalmente rilevante possa configurarsi.

⁹ Fra i sostenitori di tale teoria v. F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 214 ss.; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960; ID., *Fatto (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 961; ID., *Fatto condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 623. Si veda anche MARINI, *Reato*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1974, 1 ss.

¹⁰ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, 2019, 473.

¹¹ F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 196. Ricchissima è la letteratura sul tema: MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*; in *Riv. It.* 1983, 1190ss; VASSALLI, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, in *Jescheck Festschrift* 1985, I, 427; MARINUCCI, *Antigiuridicità*, in *digesto pen.*, 1987, vol. I, 172; GALLO-SEVERINO, *Antigiuridicità penale*, in *Encicl. Treccani*, 1988, vol. II, 1ss.

¹² A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano, 1913, 475.

¹³ Per una netta posizione in tal senso si veda: NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, 16; GUARNERI, *Diritto penale e influenze civilistiche*, Milano, 1947, 159ss; PANNAIN, *La struttura del reato*, Milano, 1958, 14;

Di opinione differente sono invece gli autori¹⁴ che sostengono la natura tripartita del reato. Per tale dottrina il reato è un fatto umano antiggiuridico e colpevole; di conseguenza, lo studio del reato deve basarsi sull'indagine di tre elementi distinti: il fatto, l'antigiuridicità e la colpevolezza. Ciò comporta che il giudice verificata l'esistenza di un fatto tipico dovrà, prima di accertare la colpevolezza, verificare l'esistenza di un ulteriore requisito intermedio che la precedente dottrina esaminata tralasciava, cioè l'assenza di cause di giustificazione che rendano non antiggiuridico il fatto-reato¹⁵. La dottrina in esame ha inoltre fatto riferimento al concetto di antiggiuridicità "obiettiva" o "generica": obiettiva poiché riguarda un giudizio che «non coinvolge le condizioni individuali dell'autore del fatto»¹⁶; generica perché si basa sull'assenza di una giustificazione del fatto-reato non solo nelle norme penali ma anche in qualsiasi settore dell'ordinamento giuridico¹⁷. La "scoperta" dell'antigiuridicità ha come significativa implicazione la presa d'atto che l'esistenza di una lesione di beni che contrasti con il diritto obiettivo non ha nulla a che vedere con l'esistenza dei presupposti per una incolpazione, vale a dire per un giudizio di riprovevolezza nei confronti dell'autore¹⁸.

L'antigiuridicità così come intesa, non manca però di aspetti problematici messi in luce dalla dottrina della bipartizione: l'antigiuridicità è infatti un «mero giudizio di relazione»¹⁹ relativo all'ordinamento giuridico nel suo insieme e non ad un settore particolare: ciò che viene considerato antiggiuridico in un determinato settore dell'ordinamento non può che esserlo anche negli altri²⁰.

Quanto finora detto porterebbe alla duplice conclusione che, da un lato, la legittima difesa dovrà essere ammessa non solo per la reazione nei confronti di un

¹⁴ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 71; B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale. Introduzione, la norma penale, il fatto*; Napoli, 1964, Vol. I, 237; ID *Riesame degli elementi del reato*, in *RIDPP*, 1963, 3ss; F. ALIMENA, *Appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1938, 35ss; ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. It.* 1990, 55ss.

¹⁵ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 473.

¹⁶ SCHIAFFO, *Riflessioni tipiche intorno a un "dogma": l'antigiuridicità generica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1075ss.

¹⁷ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 473.

¹⁸ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 149.

¹⁹ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 152; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 212; R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 474.

²⁰ Ed infatti un illecito civile, un illecito amministrativo o un illecito penale, sono tutti antiggiuridici per il fatto di essere "illeciti" indipendentemente dal loro essere eterogenei e distinti.

comportamento idoneo ad integrare un reato, ma anche nei confronti di una condotta che pur non essendo penalmente rilevante, sia idonea ad integrare un illecito civile; dall'altro che il fatto non antiggiuridico mantiene questo suo aspetto all'interno di tutti i rami dell'ordinamento giuridico²¹. Alla teoria della tripartizione deve però riconoscersi il merito di aver tentato di argomentare una spiegazione soddisfacente delle ragioni per cui un fatto in sé penalmente rilevante possa non esserlo più in conseguenza di altre disposizioni normative extra-penali²².

Nonostante le critiche pervenute alla concezione della tripartizione, alcuni studiosi iniziarono a sviluppare un'ulteriore analisi strutturale del reato. Tale dottrina²³ infatti muove dal presupposto che gli elementi essenziali del reato fossero quattro. In realtà prima di arrivare all'analisi dell'impostazione "moderna" della quadripartizione teorizzata dalla dottrina, vanno richiamate ulteriori scuole di pensiero che, pur strutturando il reato in quattro elementi, oggi non sono accolte dalla dottrina della quadripartizione. Una prima scuola di pensiero²⁴ scomponeva gli elementi del reato in: fatto, antiggiuridicità, colpevolezza, richiedendo in fine la verifica della conformità del fatto al tipo descritto della fattispecie. Tale tesi però non è accolta da altra parte della dottrina²⁵ poiché così facendo si finisce per attribuire autonomia ad una peculiarità del reato (la tipicità) che ne costituisce un presupposto: sembra infatti evidente che non vi può essere un fatto penalmente rilevante se manchino gli elementi tipici previsti dalla fattispecie incriminatrice.

Secondo un'altra teoria della quadripartizione, il reato sarebbe composto da: il fatto, l'antigiuridicità, la colpevolezza e in fine un'analisi sulla meritevolezza e necessità della pena. A tale tesi la dottrina²⁶ però obietta che il giudizio sulla necessità o meritevolezza della pena non può costituire un elemento del reato poiché tale valutazione è demandata al legislatore che la compie *ex ante* con la descrizione della fattispecie.

In tempi più recenti, altra parte della dottrina ha proposto un ulteriore schema di analisi quadripartita del reato: secondo tale impostazione, il reato è un

²¹ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 152.

²² A. FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 783.

²³ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2017, 197ss.

²⁴ F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1950, 11ss.

²⁵ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit. 197ss.

²⁶ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 474.

fatto, antigiuridico, colpevole e punibile. Tale concezione individua quindi quattro elementi posti l'uno di seguito all'altro comportando che: «punibile può essere soltanto un fatto umano antigiuridico e colpevole; colpevole può essere soltanto un fatto umano antigiuridico; antigiuridico può essere solo un fatto umano»²⁷.

Inoltre, va sottolineato che l'ordine nel quale sono disposti gli elementi del reato (secondo tale tesi) non è assolutamente causale: è un ordine logico ben preciso che ha una radice normativa che emerge anche da due disposizioni del codice di procedura penale: infatti l'art. 129 co.1 c.p.p. impone l'immediato proscioglimento in ogni stato e grado del processo quando il giudice riconosce che il fatto non sussiste ovvero che il fatto non costituisce reato; l'art. 530 c.p.p. invece individua invece delle formule assolutorie corrispondenti a ciascun elemento della sistematica quadripartita del reato: il fatto non sussiste (co. 1); il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione (co. 3); il fatto non costituisce reato (co. 1); il fatto è stato commesso in presenza di una causa personale di non punibilità (co. 3)²⁸. Secondo la dottrina in esame, la sistematica quadripartita garantisce quindi sia all'analisi teorica, sia alla prassi giudiziaria, completezza, razionalità e verificabilità.

Occorre analizzare nello specifico gli elementi del reato prendendo le posizioni dell'ultima dottrina esaminata.

1.2 Il fatto

Per affermare l'esistenza di un fatto penalmente rilevante e quindi suscettibile di applicazione di una pena o di una misura di sicurezza, il nostro ordinamento richiede, prima di ogni altro requisito, che si tratti di un fatto corrispondente a quello descritto da una norma incriminatrice.

Alcuni autori definiscono il fatto come l'insieme di tutti i presupposti oggettivi e soggettivi necessari a produrre la conseguenza giuridica. Tale definizione, così come formulata, risulta essere troppo ampia²⁹ e non può essere

²⁷ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit. 197ss.

²⁸ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 208.

²⁹ In senso contrario si veda A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 247ss.

accolta da altra parte della dottrina la quale invece individua nel fatto il complesso degli elementi che delineano il volto di uno specifico reato³⁰: solo in questo modo si può infatti rispettare il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, principio al quale la definizione di “fatto” deve plasmarsi.

Il fatto può essere quindi definito come «l'insieme degli elementi oggettivi che individuano e caratterizzano ogni singolo reato come forma di offesa a uno o più beni giuridici»³¹. Il fatto tipico è determinato dalla presenza – in un fatto storico – di tutti gli elementi previsti dalla fattispecie legale; viene quindi definito “tipico” poiché rappresenta la concretizzazione quanto astrattamente previsto dal legislatore³². In altre parole, il fatto è costituito – esclusivamente – da tutti gli elementi oggettivi che descrivono e identificano una determinata forma di offesa.

Occorre sottolineare che anche il fatto si scompone in elementi idonei a condizionare la sua rilevanza, e a tal proposito il metodo per individuare tali elementi è quello analitico. La dottrina sembra essere conforme nell'individuare nel fatto tipico i seguenti elementi: l'offesa al bene giuridico, la condotta, l'autore, il soggetto passivo del reato, l'oggetto materiale, l'evento e il nesso di causalità.

Qualche breve cenno su tali elementi sembra essenziale. Il bene giuridico corrisponde ad una «entità concettuale, idonea a definire in forma abbreviata l'interesse, individuale o collettivo alla cui salvaguardia l'ordinamento connette un valore giuridico, e che si riflette nella singola norma incriminatrice»³³. Il bene giuridico può anche essere definito “oggetto giuridico del reato”, ma è importante sottolineare che esso non deve essere confuso con “l'oggetto materiale”³⁴ il quale per contro, deve corrispondere a qualcosa di tangibile.

L'individuazione del bene protetto è basilare per la determinazione del tipo di reato; ma c'è da aggiungere che la sua corretta definizione non può essere unica ed universale, ma dipende anche dall'analisi della condotta incriminata, e in generale dal contesto della previsione incriminatrice. Come si è avuto modo di vedere, tra le primarie funzioni del fatto tipico vi è quella di individuare le

³⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 197.

³¹ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 199.

³² Si veda C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 184.

³³ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 186.

³⁴ Nel furto (art. 624) ad esempio, oggetto materiale dell'azione è la cosa (altrui) che viene sottratta, mentre oggetto giuridico del reato è il patrimonio.

specifiche modalità di offesa ai beni protetti. Ciò significa che la tipicità del fatto si riconduce alla lesione del bene giuridico: il riferimento al bene tutelato, infatti, ha a sua volta una rilevante funzione ai fini della «determinazione del concetto di tipicità»³⁵. Quanto appena detto porta all'inevitabile conclusione che un fatto sarà solo “apparentemente” conforme alla fattispecie astratta descritta dal legislatore, in tutti i casi in cui, in realtà, non sia concretamente idoneo ad offendere il bene giuridico tutelato.³⁶

Il fatto di reato dovrebbe incorporare, secondo i principi costituzionali, l'offesa al bene giuridico tutelato, sotto forma di danno effettivo o di messa in pericolo. Il principio di tutela di beni giuridici segna un limite di legittimità del diritto penale, e orienta le modalità di costruzione dei tipi di reato³⁷.

L'offesa al bene giuridico protetto dalla norma incriminazione può quindi consistere in una lesione o in un pericolo, inoltre l'offesa può essere plurioffensiva o monoffensiva a seconda della quantità di beni giuridici offesi.

La condotta è il nucleo essenziale della fattispecie, e per essere tipica deve corrispondere, nelle sue esterne modalità di realizzazione a quella descritta da una norma incriminatrice speciale³⁸. La condotta tipica può consistere in un comportamento positivo cioè in un “fare” e in questo caso avremo un'azione, cioè un fatto commissivo che necessita di un'attività esteriore rispetto alla mera volontà.

La condotta può però anche consistere in un comportamento negativo e cioè in una omissione: l'omissione penalmente rilevante è quella che riguarda il mancato compimento di un'azione che si aveva l'obbligo giuridico di compiere.

Le modalità oggettive con cui la condotta dell'autore si presenta nel mondo esterno rappresentano, in realtà, il dato costitutivo essenziale per il suo inserimento nella fattispecie oggettiva di un reato, poiché è qui che si coglie il manifestarsi di un'azione od omissione che corrisponde esattamente al “tipo” di fatto descritto dalla legge³⁹. Tali considerazioni portano alla conclusione dell'irrelevanza penale di un comportamento che non presenti, oggettivamente, tutte le caratteristiche descritte da una norma incriminatrice. Tale conclusione è inoltre vera quand'anche la

³⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 199.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2013, 183.

³⁸ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 193.

³⁹ *Ibidem*.

condotta esprima un disvalore analogo a quello che contrassegna la condotta vietata (tipica); e perfino nel caso in cui si realizzi la lesione del medesimo bene giuridico.

Un breve cenno meritano anche i c.d. presupposti della condotta cioè quelle situazioni giuridiche o di fatto che devono preesistere all'azione o ne devono accompagnare l'esecuzione. Infatti, in alcuni casi il precetto penale ha ad oggetto condotte tenute in presenza di una determinata situazione, dalla quale dipende la potenzialità offensiva della condotta⁴⁰. Talora in mancanza di un presupposto della condotta non è neanche possibile la realizzazione dell'azione.

Di rilevante importanza è anche qualche riferimento rispetto al soggetto attivo, cioè l'autore del reato. L'autore è colui che realizza nel mondo esterno il fatto tipico di un determinato reato. Può essere autore soltanto un essere umano, in altre parole una persona fisica⁴¹. Occorre subito precisare che la qualità di autore è del tutto indipendente dal giudizio sulla colpevolezza del soggetto che agisce, e in generale della sua punibilità in concreto⁴². Inoltre, il nostro codice penale oltre a prevedere i c.d. reati comuni, per i quali il soggetto attivo può essere "chiunque"⁴³, prevede anche i c.d. reati propri: infatti il codice contiene un numero relativamente limitato di casi in cui la sfera dei potenziali autori viene circoscritta dalla legge a determinate categorie di soggetti rivestiti di particolare qualità: sia di carattere naturalistico che giuridico. Nei reati propri ciò che assume una particolare rilevanza è la qualità o la posizione del soggetto attivo che lo pone in una particolare relazione con il bene protetto dalla norma. L'illecito penale posto in essere in presenza di tale speciale relazione dell'autore con il bene tutelato determina

⁴⁰ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit. 181.

⁴¹ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 188. Per quanto attuale ricco di spunti significativi, possa essere il dibattito su l'individuazione di forme di responsabilità penale delle c.d. persone giuridiche, non può dirsi del tutto superato nel nostro ordinamento, l'antico principio *societas delinquere non potest*. non a caso la l. 300\2000 nel dare esecuzione obblighi pattizi assunti a livello comunitario, up tato per un modello extra penale di responsabilità delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica vieni reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio da organi dell'ente o da suoi sottoposti, che viene specificamente definito come "responsabilità amministrativa" e concretamente disciplinato dalla normativa contenuta nel d.lgs 231\2001.

⁴² C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 189.

⁴³ In realtà a tal proposito bisogna fare una precisazione: non tutti i reati che riportano come soggetto attivo "chiunque" possono essere considerati reati comuni. Ne è un esempio il delitto di malversazione a danno dello Stato (art 316 bis c.p.): questo pur riportando come soggetto attivo "chiunque", viene considerato un reato proprio poichè nella situazione di specie ciò che rileva è la qualità di fruitore del finanziamento. Così M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2019, 67.

l'esistenza stessa di un reato che non si configurerebbe in mancanza di tale qualità da parte del soggetto attivo ovvero qualificerebbe un diverso tipo di illecito penale.

Occorre fare qualche cenno anche sul soggetto passivo del reato: Questi concorre, come ogni altro elemento della fattispecie a determinare il carattere tipico del fatto. Il soggetto passivo è definito come il portatore dell'interesse penalmente protetto su cui incide la condotta tipica⁴⁴.

L'espressione soggetto passivo del reato è dunque un sinonimo di persona offesa del reato; la nozione però non coincide, necessariamente, con quella di danneggiato dal reato che designa invece il soggetto che subisce il danno, patrimoniale non, derivante dal reato e suscettibile di risarcimento⁴⁵. È inoltre importante sottolineare che soggetti passivi del reato possono essere non solo le persone fisiche, ma anche lo Stato, la Pubblica Amministrazione, le persone giuridiche e infine anche le collettività non personificate. Inoltre, nel nostro codice penale non mancano situazioni in cui il soggetto passivo sia indeterminato⁴⁶ cioè quelle situazioni in cui l'interesse aggredito riguarda una cerchia indeterminata di soggetti: tali reati vengono definiti reati vaganti⁴⁷.

Altro elemento rilevante è l'oggetto materiale dell'azione: con tale espressione si identifica «l'entità su cui incide la condotta tipica quando si concreti nell'estrinsecazione di energia fisica»⁴⁸. Va sottolineato che oggetto materiale dell'azione può essere non solo una cosa, ma anche un animale o una persona e a tal riguardo occorre far presente che non è del tutto escluso che l'oggetto materiale possa coincidere con il soggetto passivo. La rilevanza della nozione di oggetto materiale è rinvenibile nel fatto che anche la natura e la qualità dell'oggetto concorrono a definire la tipicità del fatto dal punto di vista oggettivo-materiale.

Non di rado nel codice, le norme penali non si limitano a descrivere l'azione o l'omissione vietata, ma contengono anche un riferimento espresso ad un determinato avvenimento conseguente alla condotta dell'autore. I reati di evento possono essere definiti come quei reati per i quali la legge individua come elemento

⁴⁴ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 190.

⁴⁵ *Ibidem*. Sempre in corsivo. Correggere anche altre note

⁴⁶ Un esempio possono essere i reati contro la pubblica incolumità previsti dall' articolo 422 c.p. s.s..

⁴⁷ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 191.

⁴⁸ *Ibidem*.

costitutivo degli stessi un preciso accadimento naturalistico, che sia la diretta conseguenza della condotta ⁴⁹.

Tali reati richiedono la presenza di un accadimento temporalmente e spazialmente separato dalla condotta del soggetto agente, ma è da questa causato; ciò che rileverà saranno solo le conseguenze dell'azione che sono espressamente o tacitamente previste dalla norma incriminatrice.

Al contrario, i reati in cui la fattispecie legale si esaurisce nella descrizione dell'azione penalmente rilevante, vengono definiti reati di pura condotta. Occorre però fare una precisazione, secondo la dottrina, se si considerasse l'evento come lesione del bene protetto dalla norma, sembrerebbe corretto affermare che non possano in realtà esistere reati senza evento: infatti essendo il reato definito come un'aggressione ad un bene giuridico, il risultato di questa aggressione non può che essere qualificato come evento di lesione o messa in pericolo del bene⁵⁰. Secondo alcuni autori⁵¹, sembrerebbe evidente che il termine "evento" non sia riconducibile ad un'unica accezione, ma al contrario, sembrerebbe prestarsi ad una duplice connotazione: si parlerà di evento naturalistico per far riferimento alle conseguenze della condotta sul piano meramente naturalistico; si farà invece riferimento all'evento giuridico per indicare le conseguenze giuridicamente rilevanti di essa⁵².

Quando tra gli estremi del fatto compare un evento, l'evento rileva se e in quanto sia stato causato dall'azione; tra l'azione e l'evento deve sussistere un rapporto di causalità⁵³. Il problema cruciale – al quale si deve dare risposta – è capire cosa sia necessario per poter affermare che un dato evento è conseguenza di

⁴⁹ Si veda C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 194.

⁵⁰ Si veda C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 194 s.

⁵¹ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 195.

⁵² La dottrina penalistica italiana è stata spesso segnata dalla contrapposizione fra i sostenitori della concezione "naturalistica" dell'evento i sostenitori della concezione "giuridica" di esso. I primi ritenevano che la nozione di evento dovesse essere intesa in un'accezione puramente naturalistica e che conseguentemente esistessero reati con evento e reati senza evento. Per i sostenitori della concezione giuridica non esistono invece reati senza evento, poiché la lesione o minaccia di lesione del bene interesse protetto dalla norma penale è una conseguenza immancabile dell'azione vietata e si configura indipendentemente dal fatto che essa sia più o meno incorporata per così dire in un accadimento percepibile con i sensi: per essi, insomma, la nozione di evento si identifica con un'entità puramente concettuale che corrisponde all'idea del bene protetto, nella forma della lesione o della esposizione a pericolo. Si veda C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 195.

⁵³ Questo legame tra azione e evento è espressamente richiesto dalla legge: art 40 c.p.: "Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo."

una determinata azione. Il legislatore italiano ha cercato di fornire una soluzione a tale interrogativo dettando all'articolo 41 c.p. una serie di regole sotto la rubrica “concorso di cause”⁵⁴. Tale norma è stata inoltre oggetto di svariate interpretazioni: in dottrina ci si è infatti chiesto quale fosse la teoria della causalità accolta dal legislatore. Tre sono le principali teorie sulla causalità, due delle quali sembrano aver l'intento di temperare la prima. La teoria condizionalistica (*condicio sine qua non*) individua giuridicamente rilevante come causa dell'evento ogni azione che non può essere eliminata mentalmente, sulla base di leggi scientifiche, senza che l'evento venga meno⁵⁵ (l'azione A è causa dell'evento B. senza A tenendo conto di tutte le circostanze B non si sarebbe verificato). La seconda teoria è la c.d. teoria della casualità adeguata la quale esclude il rapporto di causalità quando accanto all'azione umana siano intervenuti fattori anormali. Tale teoria sembra porre un limite alla prima poiché qui, non basta che l'azione sia condizione necessaria dell'evento, ma occorre anche che l'evento sia una conseguenza normale dell'azione⁵⁶ (L'azione A è causa dell'evento B quando senza l'azione A l'evento B non si sarebbe verificato e inoltre l'evento B rappresenta una conseguenza prevedibile o normale dell'azione A). La terza teoria c.d. della casualità umana prevede che il rapporto di causalità sia escluso nei casi in cui tra evento e azioni intervengono fattori causali rarissimi, comportando che un antecedente è considerato causa dell'evento di reato solo se il percorso causale è dominabile dall'autore⁵⁷ (l'azione A è causa dell'evento B quando senza l'azione A l'evento B non si sarebbe verificato e inoltre il verificarsi dell'evento B non è dovuto al concorso di fattori eccezionali).

Doveroso a tal proposito è un breve richiamo alle considerazioni espresse dalle Sezioni Unite con la sentenza Franzese⁵⁸: tale decisione segna infatti un'evoluzione giurisprudenziale di fondamentale importanza in materia di causalità. Tale decisione è di fondamentale importanza poiché non solo viene ribadita la necessità, nell'accertamento della causalità, di fare uso di leggi scientifiche, ma viene anche con fermezza respinto qualsiasi sforzo di considerare

⁵⁴ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 219.

⁵⁵ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 222.

⁵⁶ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 227.

⁵⁷ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 228.

⁵⁸ Cass. Sez. Un., 11 luglio 2002, n. 30328.

sussistente il nesso di causalità ogniqualvolta l'azione abbia aumentato il rischio del verificarsi dell'evento, seguendo una versione "italiana" della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento. Le Sezioni Unite ritornano poi sulla problematica inerente al grado di probabilità dell'evento necessario per la sussistenza del nesso di causalità e in tale sede, viene offerta una soluzione divergente da quelle adottate dalla giurisprudenza precedente⁵⁹. Infatti, si è ritenuto sufficiente anche la sola sussistenza di probabilità statistiche medio-basse qualora risulti la «sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa»⁶⁰ al di là di ogni ragionevole dubbio: in altre parole, qualora venga accertata la mancanza di altri fattori causali in grado di spiegare nel caso di specie il verificarsi dell'evento. La Suprema Corte qualifica tale requisito – che si aggiunge alla probabilità statistica – come “probabilità logica”, e proprio tale elemento consentirebbe di raggiungere “la certezza processuale” della sussistenza del rapporto di causalità⁶¹.

1.3 L'antigiuridicità

La antigiuridicità viene definita dalla dottrina come quell'elemento del reato che esprime il rapporto di contraddizione tra il fatto e l'intero ordinamento giuridico⁶². Tale rapporto di contraddizione non si pone in essere quando anche una sola norma dell'ordinamento facoltizza ovvero rende doverosa la realizzazione del fatto.

⁵⁹ Il problema del “grado di probabilità” era già emerso in passato, si veda Cass. pen., Sez. IV, 28 settembre 2000, n. 1688, Baltrocchi, in *CED* n. 218777; Cass. pen. Sez. IV, 28 novembre 2000, n. 14006, Di Cintio, *ivi*, n. 218727; Cass. pen., Sez. IV, 29 novembre 2000, n. 2139, Musto, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 277s.

⁶⁰ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 224.

⁶¹ Questo orientamento è stato sposato da ulteriori decisioni della Corte di Cassazione, si veda ad es. Cass. pen., Sez. V, 25 ottobre 2012, n. 8351, in *CED* n. 255213; Cass. pen. Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 23992, *ivi*, n. 265306; Cass. pen. Sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 9695, *ivi*, n. 260159. Un noto caso è quello della sentenza Franzoni (Cass. pen., Sez. I, 21 maggio 2008, 31456, in *CED* n. 240793) dove si legge «una volta dimostrate l'assoluta implausibilità dell'ingresso di un estraneo nell'abitazione e la materiale impossibilità che costui possa aver agito...nel ristrettissimo spazio di tempo a sua disposizione, ed una volta esclusa...ogni responsabilità da parte del marito dell'imputata e del figlio Davide, unica realistica e necessitata alternativa residuale è quella della responsabilità della sola personale presente in casa».

⁶² MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 202.

La scoperta dell'antigiuridicità e la sua configurazione come autonomo elemento costitutivo del reato contengono una duplice significativa implicazione⁶³.

In primo luogo, coerentemente alle esigenze di certezza del diritto proprie del nostro ordinamento penale, la distinzione tra fatto e antigiuridicità mette in luce la necessità di separare l'oggetto della valutazione (il fatto conforme al tipo) dalla valutazione dell'oggetto (nei termini della sua contrarietà al diritto). Ciò comporta una netta separazione fra gli elementi descrittivi della fattispecie e momenti valutativi di essa⁶⁴.

In secondo luogo, il concetto dell'antigiuridicità implica la presa d'atto che l'esistenza di una lesione di beni il contrasto con il diritto obiettivo non ha nulla a che vedere con l'esistenza dei presupposti per una incolpazione, vale a dire per un giudizio di riprovevolezza nei confronti dell'autore⁶⁵.

È inoltre importante sottolineare che l'accertamento dell'antigiuridicità presuppone un precedente accertamento positivo sull'esistenza di un fatto che presenti tutti i requisiti descritti dalla faccia specie legale di un reato. sembra infatti pacifico che si è proprio sull'esistenza del fatto tipico che si fonda una ragionevole presunzione di antigiuridicità della condotta: la dottrina allude proprio a tale concetto quando afferma che la tipicità del fatto costituisce un "indizio" della sua antigiuridicità⁶⁶.

1.4 La colpevolezza

Perché sia punibile un fatto commissivo, questo deve essere non solo tipico e antigiuridico, ma anche colpevole: la colpevolezza è dunque il terzo elemento costitutivo fondamentale del reato. Con la formula colpevolezza si designa «l'insieme dei requisiti dai quali dipende la possibilità di muovere all'agente un rimprovero per aver commesso il fatto antigiuridico»⁶⁷. La dottrina ritiene che i requisiti della colpevolezza possano così individuarsi: 1) dolo, colpa ovvero dolo

⁶³ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 149.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Si veda C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 332.

⁶⁷ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 326.

misto a colpa; 2) assenza di scusanti; 3) conoscenza o conoscibilità della legge penale violata; 4) capacità di intendere e di volere⁶⁸.

Considerata innanzitutto dal punto di vista antropologico, l'affermazione del principio penalistico *nulla poena sine culpa* si basa sul presupposto che l'uomo sia in grado – grazie ai suoi poteri di signoria (c.d. strati superiori della personalità) – non solo di controllare i propri istinti, ma anche di effettuare delle scelte e quindi decidere consapevolmente la condotta da tenere, prendendosi la responsabilità delle proprie azioni; solo dando per presupposta questa capacità di scelta è possibile qualificare il reato come “opera” del soggetto agente e rivolgergli quindi un rimprovero per averlo commesso⁶⁹.

Al termine colpevolezza nel nostro linguaggio giuridico è stata attribuita una duplice accezione⁷⁰. In primo luogo, la colpevolezza viene intesa come sinonimo di reità: questo pare essere il senso accolto sia dall'art. 111 co. 4 della nostra Costituzione, sia dall'art. 273 del codice di procedura penale, in cui l'espressione colpevolezza sta a indicare la responsabilità di un soggetto per la commissione di un fatto tipico punibile. Di grande interesse è però la seconda accezione del termine: la colpevolezza viene intesa come «complesso degli elementi soggettivi sui quali si fonda la responsabilità penale»⁷¹. L'attribuzione alla colpevolezza di tale significato rappresenta un'evoluzione del pensiero giuridico, volto a scongiurare le ipotesi di pura responsabilità oggettiva a favore di forme di responsabilità basate sulla valutazione della relazione tra l'autore e di fatto⁷².

Verso la fine degli anni '80 la Corte Costituzionale ha fornito un contributo decisivo all'identificazione del principio di “personalità” della responsabilità penale *ex art 27 Cost.* con il principio di colpevolezza. La Corte Costituzionale ha in altre parole, affermato che all'interno dell'aggettivo “personale” non può

⁶⁸ *Ibidem*. Si veda anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 343.

⁶⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 329. Si veda anche C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 413: “In questa forma, l'idea della colpevolezza si afferma nei sistemi penali di impronta liberale, consolidandosi infine nella formula del poter agire diversamente che felicemente sintetizzava i presupposti del riprovevolezza”.

⁷⁰ ACHENBACH, *Riflessioni storico-domatiche sulla concezione della colpevolezza di Reinard Frank*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 851. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 322; BETTIOL, *Sul diritto penale dall'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 3; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836; FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798.

⁷¹ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 771.

⁷² R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 771.

mancare anche l'aggettivo "colpevole". Con la storica sentenza n. 364\1988 la Corte ha manifestato il proprio punto di vista, da tempo dominante in dottrina, secondo cui l'art 27 co. 1 Cost. con il riferimento al carattere "personale" della responsabilità penale, volesse esprimere non solo l'esclusione della responsabilità per fatto altrui ma anche la necessità che il fatto sia opera di chi lo ha commesso: non solo dal punto di vista materiale della causazione, ma in quanto prodotto delle scelte di un agente che si trovasse in condizione di governare i propri impulsi psichici. la Corte ha in altre parole identificato il precetto costituzionale con il principio di colpevolezza affermando che «la colpevolezza costituzionalmente richiesta non costituisce elemento da poter essere, per discrezione del legislatore, condizionato, scambiato, sostituito con altri o paradossalmente eliminato»⁷³.

La Corte inoltre nella stessa sentenza ha collegato in modo significativo il primo e il terzo comma dell'articolo 27 Cost. osservando che «comunque si intenda la funzione rieducativa [...] essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica»⁷⁴. Con tale decisione si afferma la mancanza di senso logico nella "rieducazione" di chi non essendo almeno in colpa rispetto al fatto non ha certo bisogno di essere rieducato. La Corte quindi ha esplicitamente aderito all'idea che il nucleo del concetto di colpevolezza consiste nel rimprovero abilità del fatto e che il primo necessario presupposto per la formulazione del rimprovero sia dato dalla tipicità del fatto, non solo sotto il profilo oggettivo, ma anche sotto il profilo degli elementi "subiettivi" di esso, identificati con il dolo e con la colpa⁷⁵.

Presupposto di ogni giudizio di rimprovero abilità e la constatazione che l'autore abbia avuto la possibilità di tenere un comportamento conforme al precetto, conservando la possibilità di agire in maniera diversa. in mancanza di tale possibilità di scelta verrebbe meno il fondamento stesso del rimprovero di colpevolezza⁷⁶. Occorre pertanto che sia stato lo stesso autore a determinare il comportamento che gli si rimprovera e che non vi sia stato costretto. In altri termini

⁷³ Corte Costituzionale, sent. 364\1988.

⁷⁴ Corte Costituzionale, sent. 364\1988.

⁷⁵ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 421.

⁷⁶ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in *Studi di scienze penalistiche integrate*, a cura di S. MOCCIA, 1986, 40.

il rimprovero di colpevolezza presuppone la possibilità per l'autore di aver formato liberamente la propria determinazione volitiva e di aver potuto agire senza costrizioni⁷⁷.

1.5 La punibilità

Alla violazione del precetto penale sorge nello Stato il diritto di infliggere all'autore del reato la pena prevista dalla fattispecie tipica. A tale diritto corrisponde rispettivamente l'obbligo del *reo* di sottostare alla sanzione: qui vi è l'origine di un rapporto giuridico tra lo Stato e il soggetto attivo del reato: il c.d. rapporto punitivo.

Non sempre però la commissione di un fatto antiggiuridico e colpevole giustifica l'applicazione della pena: come ha ribadito la Corte Costituzionale, non tutti i fatti meritevoli di pena sono accompagnati da un'esigenza effettiva di pena⁷⁸. Nel nostro ordinamento le minacce di pena operano “con riserva”: ciò vuol dire che le pene vengono applicate ai fatti antiggiuridici e colpevoli solo in presenza di una serie di ulteriori condizioni. Si ritiene infatti che vi sia la necessità di accertare caso per caso se sia opportuno applicare la pena in accordo a quella che è la *ratio* del legislatore. Si parte infatti dal presupposto che vi possano essere delle ragioni di tipo politico-criminale in senso stretto, ragioni politiche di clemenza, ragioni di politica internazionale o infine ragioni di salvaguardia dell'unità della famiglia che possono rendere inopportuna la pena.

La dottrina⁷⁹ che afferma la struttura quadripartita del reato ritiene che la punibilità costituisca l'ultimo elemento del reato la cui l'idea-guida risiede nell'opportunità di sottoporre a pena l'autore del fatto antiggiuridico e colpevole.

Con la formula punibilità si designa dunque l'insieme delle eventuali condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto antiggiuridico e colpevole, che fondano o escludono l'opportunità di punirlo⁸⁰.

In realtà in dottrina non è pacifico se la punibilità costituisca realmente un quarto elemento del reato ovvero se appartenga ad un diverso e ulteriore capitolo

⁷⁷ Tale principio viene ribadito dalla Corte di Cassazione Sez. Un. Con sentenza 8 marzo 2005, n. 9163.

⁷⁸ Sentenza Corte Costituzionale 16 maggio 1989, n. 247.

⁷⁹ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 425.

⁸⁰ *Ibidem*.

del diritto penale. La dottrina che afferma una natura quadripartita del reato adduce a sostegno della propria tesi una principale argomentazione: è la pena ciò che caratterizza il diritto penale rispetto a qualunque altro ramo dell'ordinamento. Ciò comporta che la punibilità viene collocata tra gli elementi del reato proprio perché richiamata della sua fisionomia: «il reato in astratto è individuato dalla comminatoria legale di una pena; di conseguenza di reato potrà parlarsi in concreto solo in presenza di un fatto antiggiuridico colpevole e punibile»⁸¹.

Altra autorevole dottrina, definisce la punibilità come «l'applicabilità della pena», vale a dire come la possibilità da parte dell'ordinamento di erogare una sanzione. L'effetto caratteristico del reato è insito in tale facoltà giuridica. La punibilità così intesa non può costituire un elemento del reato poiché ne rappresenta solo la diretta conseguenza. La punibilità va considerata un *posterius* rispetto al reato che la origina⁸².

Il nostro ordinamento prevede inoltre le cd. «condizioni che fondano la punibilità» e le «condizioni che escludono la punibilità». Le prime vengono anche comunemente dette «condizioni obiettive di punibilità» e con tale accezione ci si riferisce a tutti quegli accadimenti descritti da una norma volti ad esprimere esclusivamente valutazioni sull'opportunità di infliggere una pena; le seconde vengono designate come «cause di esclusione della punibilità», e con tale appellativo ci si riferisce ad una serie di condizioni in presenza delle quali viene meno l'opportunità di infliggere una sanzione. Le cause di esclusione della punibilità possono così essere schematizzate: 1) cause personali concomitanti di non punibilità; 2) cause personali sopravvenute di non punibilità; 3) cause oggettive di esclusione della punibilità; 4) cause di estinzione del reato⁸³.

Per completezza occorre aggiungere che il legislatore, in talune occasioni, rimette al giudice il compito di valutare l'opportunità di un'effettiva punizione dell'autore di un fatto giuridico e colpevole (come ad esempio l'oblazione nelle contravvenzioni punite con pene alternative).

⁸¹ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 206.

⁸² Si veda F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 756 s.

⁸³ Si veda MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 207.

2. Le cause di giustificazione

Un fatto può essere alternativamente antigiuridico oppure lecito: è antigiuridico se è in contraddizione con l'intero ordinamento; è lecito se anche una sola norma dell'ordinamento lo facoltizza o lo impone. Le cause di giustificazione⁸⁴, sono quelle particolari situazioni in cui un fatto normalmente previsto dalla legge come reato viene considerato giustificato in quanto la condotta volta alla sua realizzazione è imposta o semplicemente consentita dalla legge. Nelle cause di giustificazione viene quindi meno l'esigenza di punire il soggetto che pone in essere la condotta in virtù del fatto che in quella particolare situazione viene meno l'antigiuridicità e cioè il contrasto con l'ordinamento⁸⁵.

Alla base dell'istituto delle cause di giustificazione vi è il principio dell'unità dell'ordinamento giuridico. Tale principio comporta non solo che le cause di

⁸⁴ Le espressioni “cause di giustificazione” e “scriminanti” appartengono al linguaggio della dottrina, non a quello del codice Rocco. Il nostro codice usa nel disciplinare le singole cause di giustificazione, l'espressione generica “non è punibile”, e nell'art. 59 c.p. parla di “circostanze che escludono la pena”, in questo modo il legislatore ha preferito denominarle in modo generico prescindendo dal prendere posizione sulla loro specifica qualificazione dogmatica all'interno della teoria del reato. Ma la generica e ampia formula delle circostanze e cause di esclusione della pena ha così finito col trasformarsi in un contenitore che ricomprende tutte le situazioni in presenza delle quali il codice dichiara un determinato soggetto “non punibile”: situazioni tra di loro assai eterogenee e perciò non riconducibili a un principio ispiratore unitario. Si veda a tal proposito G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 272; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit. 239. In realtà, è solo nel diritto processuale che trova per la prima volta riscontro il linguaggio dottrinale, in quanto l'art. 530 c.p.p., in materia di assoluzione, al terzo comma, così 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».

⁸⁵ Per altra definizione si veda F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 272 «le cause di giustificazione sono situazioni particolari, nelle quali un fatto che di regola è vietato, viene imposto o consentito dalla legge e quindi, non è antigiuridico, rimanendo di conseguenza esente da pena»; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 270 «Con il nome cause di giustificazione del fatto si designa l'insieme delle facoltà o dei doveri derivanti da norme, situate in ogni luogo dell'ordinamento, che autorizzano o impongono la realizzazione di questo quel fatto penalmente rilevante»; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 271: «Le cause di giustificazione sono quelle situazioni normative previste, in presenza delle quali viene meno il contrasto tra un fatto conforme ad una fattispecie incriminatrice e l'intera ordinamento giuridico»; R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 632: «Le cause di giustificazione sono particolari situazioni in presenza delle quali un fatto, che altrimenti costituirebbero reato, non acquista tale carattere perché la legge lo impone o lo consente»; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit. 239: «Definiamo cause di giustificazione, ho scriminanti, le situazioni o condizioni in presenza delle quali la realizzazione di un fatto penalmente tipico non sia contraria al diritto»; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, Roma, 2019, 1: «Le cause di giustificazione costituiscono quell'insieme di situazioni particolare in forza delle quali, per una scelta legislativa, un fatto normalmente previsto e punito come reato perde la sua antigiuridicità e viene considerato come penalmente irrilevante».

giustificazione possono essere previste in qualsiasi luogo dell'ordinamento ma anche che la loro efficacia sia "universale": e cioè che il fatto – di norma antigiusuridico – sia considerato lecito in qualunque settore dell'ordinamento giuridico⁸⁶, con la conseguenza che nei confronti del *reo* non potrà quindi essere inflitta nessun tipo di sanzione, né penale, né civile, né amministrativa⁸⁷. Occorre però qualche precisazione a riguardo.

Le disposizioni con efficacia scriminante possono essere situate in qualsiasi ramo dell'ordinamento giuridico. Parte della dottrina ha tratto la conclusione che le norme scriminanti, in quanto norme "dell'intero ordinamento", non devono necessariamente sottostare alle regole costitutive, anche costituzionali proprie del diritto penale⁸⁸ (riserva di legge e divieto di analogia⁸⁹). Ma anche escludendo che l'applicazione del principio di riserva di legge – *ex art 25 Cost.* – valga per le cause di giustificazione, non può comunque negarsi l'applicabilità dei principi generali sulle fonti di diritto. Si è ritenuto infatti, da parte di alcuni, che le fonti sublegislative potranno eventualmente avere effetti scriminanti – derogando quindi leggi che prevedono precetti e sanzioni penali – solo nel momento in cui siano state a ciò legittimate da una legge alla quale, possa essere ricondotto tale effetto scriminante⁹⁰. A tal proposito, accanto alla legge statale e agli atti a essa equiparati, vengono inoltre prese in considerazione sia le leggi regionali, sia i regolamenti e in fine anche le consuetudini⁹¹ e le normative europee.

Per quanto concerne il principio di universalità delle cause di giustificazione, va aggiunto che in parziale deroga a quanto fin qui affermato, l'art.

⁸⁶ Si veda anche quanto scritto da F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 275 «È controversa se l'efficacia delle cause di giustificazione sia limitata al diritto penale o si estende a tutti i rami dell'ordinamento giuridico [...] Siccome i vari rami del diritto hanno esigenze diverse e obbediscono a principi che spesso sono particolari a ciascuno di essi, non si può negare *a priori* l'esistenza di casi in cui, malgrado l'esclusione antigiusuridicità penale, permanga un illecito amministrativo, civile, ecc.».

⁸⁷ Ad esempio, chi cagiona la morte di un uomo per legittima difesa non potrà essere assoggettato né a pena, né alla sanzione civilistica del risarcimento dei danni materiali e morali. Così MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 271.

⁸⁸ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit. 242; si veda a tal proposito MARINUCCI-DOLCINI, *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1229.

⁸⁹ In realtà però bisogna aggiungere che l'inquadramento delle cause di giustificazione all'interno (bipartizione) o all'esterno (tripartizione\quadripartizione) del fatto si riflette anche sulla questione dell'individuazione dei confini del principio di legalità e dell'applicabilità del procedimento analogico delle medesime. Così R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 636.

⁹⁰ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit. 242.

⁹¹ G. MARINUCCI, *Consuetudine*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 510; R. BAJNO, *La legge regionale come fonte di "diritti"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 708 s.

2045 c.c. riconosce a favore del danneggiato il versamento di un'indennità – determinata dal giudice – da parte del soggetto che gli abbia arrecato un danno agendo in stato di necessità: la norma ha lo scopo di assicurare al danneggiato – il quale è incolpevole – un'equa riparazione. Diversamente, l'art. 2044 c.c. prevede l'esclusione di un risarcimento dei danni in tutti i casi in cui questi siano la conseguenza di una reazione volta a difendere sé o altri dal pericolo attuale di un'offesa ingiusta, purché vi sia proporzione tra difesa e offesa. Il fatto viene dunque scriminato nella sua interezza⁹².

La dottrina per spiegare il fondamento politico-sostanziale delle scriminanti ha adottato due modelli esplicativi: uno di tipo monistico, l'altro di tipo pluralistico. Secondo il primo modello tutte le cause di giustificazione sarebbero da ricondurre ad un unico principio, il quale andrebbe di volta in volta individuato, nel «criterio del “mezzo adeguato per il raggiungimento di uno scopo approvato dall'ordinamento giuridico”; ovvero della “prevalenza del vantaggio sul danno”; o ancora del “bilanciamento tra bene in conflitto”; oppure di un “giusto temperamento tra interesse e contro interesse”»⁹³.

In realtà però la dottrina maggioritaria⁹⁴ tende ad individuare il fondamento politico-sostanziale delle cause di giustificazione nel modello di tipo pluralistico, in base al quale la *ratio* delle scriminanti andrebbe ricondotta a principi diversi, tra cui soprattutto il “principio dell'interesse prevalente” e quello “dell'interesse mancato o equivalente”. Secondo il primo – che viene posto alla base di più scriminanti, tra le quali anche la legittima difesa – alla base delle cause di giustificazione vi è una valutazione di tipo comparatistico. Tale valutazione deve prendere in considerazione sia l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, che l'interesse posto a fondamento della scriminante, dando precedenza al secondo. Tale preferenza si fonda sul duplice presupposto che da un lato la conseguenza della condotta lesiva non può risolversi in un danno sociale; dall'altro si ravvisa – in alcune situazioni – l'inesigibilità di un determinato comportamento⁹⁵.

⁹² S. BELTRANI, *Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2019, 338.

⁹³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. cit. 274.

⁹⁴ Così R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 632.

⁹⁵ In realtà, la tesi dell'inesigibilità di un determinato comportamento in presenza di una situazione necessitante può essere riferibile soltanto la scriminante dello stato di necessità. Essa però, rischia di spostare la rilevanza del fatto assistito dall'esimente sul piano delle cause di esclusione della

Secondo il principio dell'interesse mancato o equivalente – posto a fondamento della scriminante del consenso dell'avente diritto – la *ratio* della scriminante è da individuare nella mancanza dell'interesse da tutelare, a causa della rinuncia del titolare alla conservazione del proprio bene⁹⁶.

Alla base delle cause di giustificazione non vi è però solo un fondamento di tipo politico-sostanziale, ma è ravvisabile anche uno di tipo logico-giuridico.

La dottrina ritiene che le scriminanti obbediscano al “principio di non contraddizione”⁹⁷, in base al quale «uno stesso ordinamento non può, nella sua unitarietà imporre o consentire un fatto e allo stesso tempo vietare il medesimo fatto senza rinnegare sé stesso e la sua pratica possibilità di attuazione»⁹⁸. Questo principio risulta essere – in tema di cause di giustificazione – di fondamentale importanza poiché da esso discende il corollario in base al quale scriminanti possono essere situate in qualsiasi ramo del diritto.

Di fondamentale importanza è anche la questione della collocazione delle cause di giustificazione all'interno della struttura del reato. È chiaro, infatti, che essa muta a seconda che si aderisca al modello della bipartizione ovvero della tripartizione⁹⁹. La teoria della bipartizione, qualifica le scriminanti come “elementi negativi” del fatto¹⁰⁰ tipico, vale a dire come «elementi che devono appunto essere

colpevolezza - ossia delle scusanti - basate sull'alterazione del normale processo motivazionale. In tal senso PAGLIARO, *Principi*, cit. 449. Appare, quindi preferibile parlare di mancanza di danno sociale quale conseguenza della risoluzione del conflitto di interessi.

⁹⁶ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 632.

⁹⁷ Così R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 632; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 2.

⁹⁸ F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 2015, 236.

⁹⁹ nella teoria della quadripartizione del reato, il fondamento tecnico-dogmatico delle scriminanti coincide con quello individuato dai teorici della tripartizione. ricordiamo infatti che tra le 2:00 teorie la differenza sta nel fatto che la prima individua della punibilità un ulteriore elemento autonomo interno alla struttura del reato; ma entrambe le teorie collocano le cause di giustificazione all'esterno del fatto tipico. Così R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 633.

¹⁰⁰ Le ragioni pratiche sottese alla teoria degli elementi negativi del fatto sono da ricondurre all'esperienza tedesca, dove il codice penale non contemplava l'errore sulle cause di giustificazione, ma solamente l'errore sul fatto. Più precisamente, mancava una norma che escludesse il dolo nel caso di erronea supposizione della presenza di una causa di liceità. La collocazione delle cause di giustificazione all'interno del fatto, accanto agli elementi positivi è apparsa funzionale allora ad allineare l'errore di fatto su di una scriminante all'errore materiale riguardante un elemento del fatto, con conseguente applicazione della relativa disciplina anche nel caso di supposizione erronea, dovuta ad errore materiale, degli estremi di una causa di giustificazione. R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 633. Tale problema pratico non è avvertito nell'ordinamento giuridico italiano, atteso che il codice Rocco contiene una norma *ad hoc*, l'art 59 c.p., ultimo comma, volta ad assegnare rilevanza all'errore di fatto sull'esistenza di una causa di liceità. Sull'argomento si veda MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 635.

assenti perché esista un reato»¹⁰¹. Secondo tale scuola di pensiero, deve attribuirsi una nozione ampia di “fatto tipico”, di cui costituisce parte integrante anche l'elemento negativo rappresentato dall' assenza di cause di giustificazione, le quali pertanto rappresentano un elemento costitutivo della tipicità del fatto stesso.

La teoria della tripartizione del reato invece, colloca le cause di giustificazione all'interno di un elemento “intermedio” tra fatto e colpevolezza denominato “antigiuridicità obiettiva”. Questa viene definita come «il contrasto del fatto tipico con le esigenze di tutela dell'ordinamento, espresso in termini obiettivi, e cioè prescindendo dall' atteggiamento personale del soggetto verso la situazione di conflitto»¹⁰². Secondo tale concezione tipicità e antigiuridicità appartengono a due momenti diversi e sequenziali: il giudizio di antigiuridicità può essere formulato solamente dopo il riscontro oggettivo di tipicità. A differenza della teoria della bipartizione, dove la tipicità del fatto dipende dall' assenza di cause di liceità, nelle teorie della tripartizione e quadripartizione, un fatto può essere tipico, ma non antigiuridico e quindi, giustificato. La tipicità rappresenta pertanto solo un sintomo dell'antigiuridicità, ad accertare con autonomo giudizio¹⁰³.

La collocazione delle cause di giustificazione all'interno della struttura del reato non ha solo natura teorica ma presenta anche dei rilevanti risvolti pratici. Si è infatti osservato che la teoria degli elementi negativi del fatto consente di dare una spiegazione al perché il giudicato penale coinvolga anche le cause di giustificazione, a prescindere dalla circostanza che il giudice si sia espresso o meno sull'eventuale sussistenza di queste. Infatti, se le scriminanti costituiscono elementi negativi del fatto, il giudicato deve, per necessità logica-concettuale, riguardare anche quelle. Inoltre, la teoria della bipartizione spiega perché l'accertamento giudiziale di una causa di esclusione del reato non possa aver luogo in forma autonoma rispetto alla verifica del reato stesso; cosa che in realtà sarebbe strettamente accettabile qualora si optasse per la configurazione delle esimenti come fatti giuridici autonomi¹⁰⁴. Inoltre, in presenza di una causa di giustificazione, a seconda che si scelga di aderire ad una tesi o all'altra, può variare la formula

¹⁰¹ C.F. GROSSO, voce *Cause di giustificazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988.

¹⁰² T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019, 174.

¹⁰³ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 635 s.

¹⁰⁴ A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, cit. 420 ss.

assolutoria *ex art 540 c.p.p.*: infatti nel caso si scelga di aderire alla teoria della bipartizione il giudice dovrà pronunciare la formula “il fatto non sussiste”; nel caso in cui invece si aderisca alla tesi della tripartizione\quadripartizione il giudice dovrà pronunciare la formula “il fatto non costituisce reato”¹⁰⁵.

Le cause di giustificazione hanno efficacia oggettiva, nel senso che rendono non antiggiuridico il fatto tipico per il solo fatto di esistere. La dottrina prevalente muovendo dalla disposizione di cui all'articolo 59 co. 1¹⁰⁶ c.p., ritiene che le cause di giustificazione contenute nella parte generale del codice debbano essere valutate su un piano meramente oggettivo: esse cioè vengono valutate a favore dell'agente in virtù della loro esistenza, a prescindere dalla consapevolezza che quest'ultimo ne abbia¹⁰⁷ poiché il nostro ordinamento è incentrato sul principio di offensività.

Va inoltre aggiunto che le cause di giustificazione sono soggette anche a un'estensione soggettiva: si ritiene infatti esclusa la responsabilità concorsuale in capo al soggetto che dia un apporto, seppure casualmente rilevante, alla realizzazione plurisoggettiva di un fatto scriminato¹⁰⁸. Infatti, il concorrente sebbene partecipi alla realizzazione del fatto tipico, partecipa anche alla salvaguardia di un bene più rilevante, con conseguente liceità della sua condotta.

Deve però essere ricordato che tale regola, di carattere generale, subisce alcune eccezioni in merito alle c.d. scriminanti soggettive: queste, infatti, possono essere definite come quelle particolari situazioni in cui un comportamento – di norma antiggiuridico – viene considerato lecito dall'ordinamento solo e soltanto se posto in essere da determinate categorie di soggetti¹⁰⁹.

¹⁰⁵ A tal proposito si veda la sentenza Cass. pen., Sez. un., 28 ottobre 2008 n. 40049.

¹⁰⁶ «Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti».

¹⁰⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. cit. 275. Si veda anche F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 274; PAGLIARO, *Principi*, cit. 464; ID., *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, 115s.; in senso contrario si veda SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi della struttura delle scriminanti*, Napoli, 1979, 99, il quale ritiene che, tra le scriminanti previste dagli artt. 50-54, soltanto quella del consenso dell'avente diritto non richiede nessun caso la conoscenza della situazione giustificante: mentre le rimanenti presentano, oh possono presentare elementi a struttura soggettiva incompatibili con la disciplina dettata dall'art 59 c.p.

¹⁰⁸ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 638.

¹⁰⁹ Un esempio è la causa di giustificazione prevista dall'art. 53 c.p. rubricato “Uso legittimo delle armi”: come osservato da G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. cit., 316, «Occorre, per poter beneficiare della scriminante, la qualità di pubblico ufficiale del soggetto, [...] e per effetto del secondo comma dell'art. 53 c.p., la scriminante in esame può essere altresì applicata a qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza».

Risponde a tale principio l'art 119 co. 2 c.p. che prevede che le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato, facendo così rientrare anche le cause di giustificazione¹¹⁰.

Nelle situazioni che danno origine a cause di liceità può verificarsi da parte del soggetto un eccesso o un errore. Le due circostanze vanno tenute nettamente distinte.

Il codice Rocco all' art. 59 co. 4 c.p.¹¹¹ attribuisce rilevanza alla c.d. "scriminante putativa" ponendo sullo stesso piano la situazione di chi agisce confidando erroneamente, ma incolpevolmente, nell'esistenza della scriminante, alla situazione in cui quest'ultima sia presente effettivamente¹¹². È pacifico che l'errore contemplato dall'art. 59 co. 4 c.p. non riguarda né i casi in cui l'agente ritenga esistente una circostanza di esclusione della pena che in realtà non è affatto prevista dalla legge, né i casi in cui l'agente attribuisca ad una esimente, effettivamente prevista, limiti di applicabilità diversi o più ampi. In entrambe queste ipotesi l'errore sull'esimente si configura, infatti, un errore sul divieto, che non scusa e non ricade, pertanto nell'ambito di applicazione dell'art. 59.

Questa norma in realtà si riferisce esclusivamente all'ipotesi in cui, erroneamente, il soggetto supponga l'esistenza dei presupposti di fatto di una esimente: si rappresenta cioè per errore una situazione di fatto tale che, se effettivamente esistente, comporterebbe la riconducibilità del fatto commesso ad un'ipotesi scriminante¹¹³.

In tali casi la non punibilità è da ricondurre al profilo della colpevolezza e non alla connotazione del fatto, che è e rimane antiggiuridico. Occorre inoltre precisare che la presenza della scriminante putativa esclude il dolo, e di conseguenza la condotta antiggiuridica verrà sanzionata solo se l'errore sia dipeso da negligenza, imprudenza o imperizia e sempre che il fatto sia punito anche nella forma colposa. Inoltre, dottrina e giurisprudenza sono conformi nel ritenere che

¹¹⁰ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 4; non rientrano in tale ambito, come risulta dal tenore letterale della disposizione citata, le cause di giustificazione personali che si riferiscono soltanto a categorie predeterminate di soggetti.

¹¹¹ «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 preveduto dalla legge come delitto colposo».

¹¹² R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 650; si veda anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 276.

¹¹³ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 464.

l'errore in esame debba essere un errore “ragionevole” e che abbia una “logica giustificazione”. L'accertamento della colpa dovrebbe pertanto effettuarsi alla stregua del modello di prognosi postuma¹¹⁴.

La giurisprudenza propone a tal proposito una valutazione ex ante che tenga in massimo conto le peculiarità del fatto sottoposto all'esame del giudice, il quale deve verificare, nel caso concreto se la particolare situazione sia obiettivamente tale da far sorgere l'errore di trovarsi nelle circostanze di fatto che, se realmente esistenti, escluderebbe l'antigiuridicità della condotta; la valutazione deve estendersi a tutte le circostanze eziologicamente connesse all'erronea supposizione dovendo tenersi conto, oltre che delle modalità del singolo episodio in sé considerato, anche di tutti gli elementi fattuali che possano spiegare la condotta tenuta dai protagonisti della vicenda¹¹⁵.

In particolare, in tema di legittima difesa putativa, è opinione consolidata in giurisprudenza che l'erroneo convincimento dell'agente non deve basarsi su un criterio meramente soggettivo, ma deve trovare riscontro in elementi fattuali che, malamente interpretati, abbiano fatto sorgere la ragionevole convinzione della necessità di difendersi¹¹⁶.

Le cause di giustificazione concorrono a delineare i limiti entro i quali una condotta conforme a quella descritta dalla fattispecie incriminatrice viene considerata lecita dall'ordinamento. Risulta di facile comprensione, il motivo per cui le cause di giustificazione impongono l'individuazione dei limiti entro i quali può reputarsi socialmente non dannoso il sacrificio di un interesse in ragione di un interesse contrapposto, ciò proprio in considerazione del principio del bilanciamento degli interessi in conflitto sottostante alle scriminanti. In altre parole, quando si eccedono i limiti descritti dalla norma permissiva il fatto diviene obiettivamente antigiuridico: in tali casi la valutazione dell'ordinamento si sposta verso la colpevolezza, dovendosi accertare la rimproverabilità o meno dell'agente del superamento dei limiti previsti dalle scriminanti.

¹¹⁴ DE VERO, *Le scriminanti putative, profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 795.

¹¹⁵ Cass., Sez. I, 17 febbraio 2000, n. 4456.

¹¹⁶ Cass., Sez. I, 18 febbraio 1997, n. 3898.

L'art. 55 c.p.¹¹⁷ disciplina la figura dell'eccesso colposo, la quale ricorre allorché sussistano i presupposti di fatto di una causa di giustificazione, ma l'agente per colpa ne travalica i limiti¹¹⁸. La qualifica di eccesso colposo presuppone quindi una condotta che sia di base lecita (perché tenuta in presenza di una causa di giustificazione): sono infatti richiesti tutti i presupposti della scriminante, cui segue il superamento dei limiti che la connotano. All'interno della disciplina codicistica, l'art 55 c.p. svolge un'autonoma funzione sistematica, dando risalto al ruolo fondamentale svolto dai limiti scriminanti in sede di determinazione di un fatto antigiuridico e colpevole¹¹⁹.

La previsione normativa disciplina quelle situazioni particolari nelle quali, per colpa, dovuta a negligenza, imprudenza o imperizia, si superano i limiti scriminanti effettivamente esistenti; a tal proposito vi sono due possibili ipotesi: la dottrina distingue tra «eccesso del fine» ed «eccesso dei mezzi»¹²⁰.

Nel primo caso l'agente ritiene necessario e/o consentito, un comportamento che fuoriesce dai limiti della giustificazione. L'eccesso nel fine è legato all'errore-motivo, situazione in cui l'agente si rappresenta erroneamente, superandoli, i limiti della causa di liceità. Sussiste in questo caso la volontà del soggetto agente di cagionare l'evento più grave di quello consentito.

Nel secondo caso, l'eccesso dei mezzi è dovuto all'errore-inabilità: l'agente, a causa di inabilità, imprudenza o altra causa, non riesce a contenere la propria condotta nei limiti consentiti dalla causa di giustificazione.

La dottrina ritiene che in entrambe le situazioni di eccesso il soggetto vuole comunque realizzare un fatto ritenuto scriminato¹²¹.

¹¹⁷ «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 preveduto dalla legge come delitto colposo».

¹¹⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 278; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 4; in argomento si veda: ALTAVILLA, voce *Eccesso colposo*, in *Noviss. dig. it.*, IV Torino, 1960, 338; MALIZIA, voce *Eccesso colposo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 117; NUVOLONE, *Le due forme dell'eccesso colposo*, in *Giust. pen.*, 1949, II, 803; PANNAIN, *Natura giuridica del reato commesso per eccesso colposo*, in *Arch. pen.*, 1949, II, 249; M. GALLO, *Eccesso colposo e previsione dell'evento*, in *Giur. it.*, 1950, II, 59; SIRACUSANO, voce *Eccesso colposo*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 180.

¹¹⁹ C. FARANDA, *L'eccesso colposo*, Milano, 1988, 41.

¹²⁰ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit. 214.

¹²¹ In dottrina è stato posto in evidenza come, nell'eccesso nei mezzi, l'evento, anche inteso in senso naturalistico, non sia voluto, mentre nell'eccesso nel fine non è presente la volontà dell'evento in

L'eccesso colposo, ancora, può manifestarsi come "eccesso intensivo" ossia quando si registra il superamento della misura della necessità di difesa, oppure "eccesso estensivo", cioè quando si assiste a un superamento dei limiti cronologici dell'attualità dell'offesa¹²².

Il richiamo alla non volontarietà del superamento dei limiti previsti dal codice penale, è di fondamentale importanza, in quanto l'ambito di applicazione dell'articolo 55 c.p. è limitato alle ipotesi di responsabilità colposa.

L'involontarietà inoltre non deve riguardare l'evento - che è invece voluto dall'agente - ma interessa il travalicamento dei confini dell'esimente¹²³; infatti anche in sede giudiziaria la valutazione della colpevolezza del reo si basa - nel determinare il grado della colpa - sul colposo superamento dei limiti della scriminante e non sull'evento¹²⁴. Il giudizio sulla natura colposa del superamento dei limiti viene di regola preceduto da un accertamento *ex ante* sulla sussistenza dei presupposti delle scriminanti; è inoltre previsto un onere della prova a carico del soggetto che ha difeso il proprio altrui diritto, egli dovrà indicare i fatti e le circostanze dai quali si evince l'esistenza della scriminante; la valutazione su tali elementi è rimessa al libero arbitrio del giudice¹²⁵.

Quanto alla natura giuridica, il delitto commesso in situazione di eccesso, oggi¹²⁶ deve ritenersi un delitto colposo e non un delitto doloso. È vero che l'evento più grave (dovuto al superamento dei limiti) può essere dall'agente previsto e voluto¹²⁷; ma è anche vero tuttavia che la volontarietà del fatto è qui viziata da un

senso giuridico, pur sussistendo la volontà di un evento naturalistico la cui causazione sia ritenuta, per errore colposo, consentita e quindi lecita. Si veda C. FARANDA, *L'eccesso colposo*, cit. 92.

¹²² A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 5.

¹²³ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 649.

¹²⁴ Cass., Sez. I, 18 marzo 1976, Gambatzu.

¹²⁵ P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 3s.

¹²⁶ Non sempre l'art. 55 c.p. è parso contemplare ipotesi di responsabilità per colpa. Si veda: M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 632 ss.; ID., *Eccesso colposo e previsione dell'evento*, in *Giur. it.*, II, 1950, 59 ss.; C.F. GROSSO, voce *Eccesso colposo*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, 2 ss.; S. MALIZIA, voce *Eccesso colposo*, cit. 117 ss.; E. ALTAVILLA, voce *Eccesso colposo*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1960, 38 ss.; R. PANNAIN, *Natura giuridica del reato commesso per eccesso colposo*, in *Arch. Pen.*, 1949, II, 299 ss.; G. BETTIOL - L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, 399 ss.; V. MASARONE, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, 1056 ss.; S. CODA, *Riflessioni in tema di eccesso colposo*, in *Riv. pen.*, 2012, fasc. 1, 65 ss.; P. SIRACUSANO, voce *Eccesso colposo*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 180 ss.

¹²⁷ È per questa ragione che alcuni autori e la giurisprudenza prevalente ritengono che il reato commesso sia trattato come colposo soltanto *quoad poenam*. Si veda R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale: Parte generale*, Torino, 1950, 754; ID. *Natura giuridica del reato commesso per eccesso*

errore inescusabile, che si converte in una falsa rappresentazione dei confini entro i quali è consentito agire: mancando l'esatta conoscenza della situazione concreta, esula l'elemento conoscitivo del dolo; e, dato che l'errore di valutazione in cui l'agente cade potrebbe essere evitato prestando maggiore attenzione, sussistono i presupposti strutturali tipici del comportamento colposo¹²⁸.

In ragione di quanto detto finora, risulta chiaro che all'articolo in esame non può non possono essere ricondotte le situazioni di eccesso doloso, cioè l'eccesso consapevole e volontario dei limiti previsti dalle scriminanti. L'eccesso doloso si ha, infatti, «quando l'agente si sia rappresentato esattamente la situazione scriminante, abbia pienamente controllato i mezzi esecutivi e abbia consapevolmente e volontariamente realizzato un fatto antiggiuridico che ecceda i limiti della causa di giustificazione»¹²⁹. Anche la giurisprudenza della Suprema Corte ha accolto tale orientamento, affermando che in tali casi il soggetto non può che rispondere a titolo di dolo, poiché sia la condotta, sia l'evento sono volontari e previsti¹³⁰. La volontà, nei casi di eccesso colposo, non è diretta alla realizzazione dell'obiettivo consentito dalla norma permissiva, ma, al contrario è diretta al perseguimento di un fine criminoso. A tal proposito la Corte di Cassazione intervenendo in tema di legittima difesa ha precisato che la scelta deliberata di una determinata condotta, seppure reattiva, idonea a superare i limiti imposti dalla necessità della difesa, non addebitabile è a precipitazione, imprudenza o errata valutazione dalle circostanze di fatto, bensì a consapevole determinazione, esclude l'eccesso colposo e dà luogo a responsabilità penale a titolo di dolo¹³¹.

colposo, cit., 299 ss. Ma, anche, (prima e dopo di lui): F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, 1933, Padova, 145 ss.; G. ESCOBEDO, *Eccesso di difesa, reato colposo e diritto transitorio*, in *Giustizia penale*, 1931, II, 1468 ss.; A. SANDULLI, *L'eccesso colposo*, in *Giustizia penale*, 1933, II, 1970 ss.; A. SANTORO, *La definizione del delitto colposo*, in *Rivista diritto penitenziario.*, 1937, 1200 ss; S. MALIZIA, voce *Eccesso colposo*, cit., 117 ss.; G. BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte Generale*, Napoli, 1969, 139 ss. Nello stesso senso alcune risalenti pronunce giurisprudenziali, v. per tutte Cass., pen., 7 febbraio 1979, in Riv. it. dir. pen. proc. Si veda inoltre Cass., 20 febbraio 1971, in Rep. Foro it., 1972, 371; Cass., 7 febbraio 1979, in Riv. it. dir. proc. pen.

¹²⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. cit. 279s.

¹²⁹ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 275.

¹³⁰ Cass., Sez. I, 25 luglio 1991, n. 8133.

¹³¹ Cass., Sez. I, 5 agosto 1992, n. 8773; Cass., Sez. I, 15 aprile 1999, n. 9695, nella quale si evidenzia che l'accesso colposo, da luogo, in presenza degli altri elementi della legittima difesa, per la incongruità della reazione posta in essere per eccesso, purché esso derivi da un errore di valutazione e non da una scelta consapevole e volontaria, la quale invece darebbe luogo a un fatto doloso.

Infine, la responsabilità penale è esclusa invece nell'ipotesi di eccesso dovuto al c.d. "errore incolpevole", non attribuibile all'autore materiale perché posto in essere al di fuori di ogni *suitas* psichica¹³².

Più le cause di giustificazione previste nei vari settori dell'ordinamento sono numerosissime e mutano continuamente di contenuto; le scriminanti che sono espressamente codificate dal codice sono: il "consenso dell'avente diritto" (art. 50 c.p.), "l'esercizio di un diritto" (art. 51 c.p.), "l'adempimento di un dovere" (art. 51 c.p.), la "legittima difesa" (art. 52 c.p.), "l'uso legittimo delle armi" (art. 53 c.p.) e lo "stato di necessità" (art. 54 c.p.).

Nell'analisi delle cause di giustificazione in dottrina ci si è posti il problema di determinare se le cause di giustificazione debbano considerarsi un numero chiuso ovvero se possa configurarsi la categoria delle «scriminanti tacite» o «non codificate»¹³³. Al fine di ammettere la configurazione di scriminanti non codificate, si è fatto ricorso dapprima alla "teoria dell'azione socialmente adeguata", secondo cui una condotta non è punibile quando, pur non ricorrendo gli elementi in una causa di giustificazione, sia considerata socialmente adeguata in un determinato momento storico. Tale tesi è stata però criticata per l'indeterminatezza dell'azione socialmente adeguata e per il *vulnus* al principio di certezza del diritto penale¹³⁴. Altra impostazione favorevole a riconoscere la sussistenza di scriminanti atipiche è quella secondo cui il divieto di analogia operi solo *in malam partem* e non a favore del reo¹³⁵.

3. L'istituto della legittima difesa – art. 52 c.p.

La legittima difesa è la scriminante disciplinata dall'articolo 52 del nostro codice penale; questa da sempre costituisce argomento di contrasto tra due scuole di pensiero; tale contrasto è stato inoltre oggetto delle polemiche politiche, giuridiche e culturali sorte in occasione dei progetti di riforma dell'articolo 52.

¹³² R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 651.

¹³³ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 4: le principali questioni che sono poste all'attenzione della giurisprudenza e della dottrina in materia discriminanti non codificate hanno riguardato il settore sportivo, il settore medico e il settore multiculturale.

¹³⁴ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 5s.

¹³⁵ Si veda R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 652.

Da un lato vi è la concezione tradizionale sostenuta dalla Scuola Classica¹³⁶, che individua la legittima difesa come un'eccezionale autorizzazione dell'uso della forza, anche mortale, da parte del singolo a tutela esclusivamente della vita e dell'incolumità fisica, non invece della proprietà. Un orientamento del tutto contrapposto a quello appena visto, viene invece sposato dalla Scuola Positiva¹³⁷, che rifiuta l'attribuzione allo Stato dell'esclusiva forza in difesa dei beni fondamentali, quando non riesce a realizzarla, e sostiene un vero e proprio diritto del cittadino a difendere tendenzialmente tutti i beni propri o altrui.

La legittima difesa nell'ordinamento giuridico italiano, disciplinata dall'art. 52 c.p., rappresenta una causa di giustificazione; in altri termini, l'ordinamento attribuisce al cittadino la facoltà legittima di autotutelare i propri diritti in tutti i casi in cui vi sia il concreto pericolo di essere ingiustamente offesi da terzi e lo Stato non sia in grado di garantire una tempestiva ed efficace tutela attraverso i propri organi, sempre che la difesa risulti necessaria e proporzionata¹³⁸.

La dottrina contemporanea, insieme alla giurisprudenza¹³⁹, sembra essere conforme nel ritenere che la legittima difesa costituisca un'espressione di autotutela del privato, in deroga quindi al principio del monopolio statale dell'uso della forza, nei casi in cui in presenza un'aggressione contro beni individuali, l'intervento pubblico non possa essere tempestivo ed efficace¹⁴⁰. Il codice inoltre ammette tale deroga anche nel caso in cui oggetto dell'aggressione antigiuridica siano i diritti di un terzo.

¹³⁶ Di cui il principale esponente fu Francesco Carrara, si veda F. CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata* (Prolusione al corso accademico dell'anno 1859-1860), in *Opuscoli di diritto criminale del Professore comm. Francesco Carrara*, quarta edizione, Vol. I, Prato 1885, 105 s.

¹³⁷ Si veda G. FIORETTI, *Sulla legittima difesa*, Torino, Bocca, 1886, p. 25; E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, 2a ed., Bologna, 1884, 460 ss.

¹³⁸ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 35.

¹³⁹ Cass., 4 agosto 1941, in Riv. it. dir. pen., 1941, 509 «La difesa individuale del diritto proprio o altrui contro una violenza attuale e ingiusta, è legittima perché determinata da un motivo rispondente alla necessità di evitare un danno irreparabile in un momento in cui la pubblica difesa dello Stato non può esercitarsi o è insufficiente».

¹⁴⁰ A tal proposito si veda: R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 688; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 298 s; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 299; C. F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, 308; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit. 262; P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 5; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 356; F. SARNO-M. SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa*, Milano, 2008, 5; *Lavori preparatori*, vol. V, I, 1929, 95 dove si legge: «Si danno invero, situazioni in cui lo stato non è in grado di fornire la tempestiva ed efficace tutela».

La legittima difesa risponde a un istinto, un'esigenza naturale che porta l'agredito, come estremo rimedio, a respingere il pericolo dell'aggressione mediante lesione dell'aggressore: nella valutazione delle rispettive condotte il legislatore tende a privilegiare quella di colui che reagisce un'aggressione attuale e ingiusta, rispetto a quella di colui che l'ha invece originata (*vim vi repellere licet*)¹⁴¹.

Storicamente¹⁴² nell'istituto in questione è stato identificato anche un carattere di tipo pubblicistico: la dottrina ha ritenuto che la scriminante di cui all'art. 52 c.p., invero, troverebbe il suo fondamento nella riaffermazione della validità dell'ordinamento statale violato, in modo tale da legittimare una diretta reazione contro l'ingiusto¹⁴³.

La reazione difensiva contro l'aggressore viene vista come esercizio di una pubblica funzione di polizia¹⁴⁴, delegata dallo Stato al cittadino¹⁴⁵ nei casi di impossibilità di intervento, o addirittura come "sanzione" afflitta nei confronti del malfattore direttamente da colui che si difende legittimamente.

Inoltre, in passato, si era affermato in dottrina¹⁴⁶, che il fatto commesso in stato di legittima difesa non fosse punibile esclusivamente in virtù della mancanza di requisiti di natura giuridica: infatti veniva a difettare l'elemento soggettivo del reato a causa della coartazione che la violenza ingiusta esercita sulla volontà dell'agredito. Tale tesi, è stata oggi generalmente abbandonata, in virtù della consapevolezza che la legittima difesa può sussistere anche senza coartazione del

¹⁴¹ Cass. Sez. I, 6 maggio 1975 in Rep. Foro it, 1976, 351, dove si legge: Con l'art. 52 c.p. Il legislatore ha risolto un conflitto tra interessi protetti, accordando prevalenza all'interesse di colui che non ha dato ragione al sorgere della situazione di pericolo». tale posizione è stata accolta in dottrina, si veda E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, 467, dove l'autore afferma: «Tra il diritto dell'agredito a non subire l'offesa e il diritto dell'aggressore ad essere a sua volta offeso con fatti costituenti reato, viene a determinarsi un conflitto, di fronte al quale la legge attribuisce prevalenza di tutela al primo per non avervi dato causa l'autore del fatto, laddove l'aggressore deve sopportare le conseguenze del suo ingiusto comportamento».

¹⁴² Oggi secondo parte della dottrina, risultano superate le vecchie tesi che spiegavano la non punibilità di colui che abbia agito in situazioni di legittima difesa sostenendo che lo stesso eserciterebbe una funzione di polizia allo stesso delegata dallo Stato. Si veda R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 688, in specifico si veda la nota 560.

¹⁴³ PADOVANI, voce *Difesa legittima*, in *Diritto Penale*, 1989, 497; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (art. 1-84)*, Milano, 2004, 554.

¹⁴⁴ V. MANZINI, *Trattato*, cit. 379.

¹⁴⁵ R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano, vol. II*, Torino, 1987, 379.

¹⁴⁶ F. CARRARA, *Programma*, cit. 284 ss.

volere (come nel caso di colui che di fronte all'aggressore non perda la padronanza di sé stesso e reagisca con piena calma)¹⁴⁷.

Occorre, inoltre, tener presente la indubbia funzione di natura general-preventiva rivestita della scriminante in esame: in tale ottica vanno infatti letti lavori preparatori della stesura delle recenti riforme dell'istituto.

Sulla natura della legittima difesa quale diritto del singolo o concessione da parte dello Stato vi è, come analizzato, contrasto in dottrina. Per completezza occorre segnalare che una parte della dottrina non pare essere intenzionata a concedere alla legittima difesa nemmeno lo *status* di "istituto" giuridico: interpretando le norme del nostro codice penale, parte della dottrina definisce un "insidioso equivoco" quello di considerare la difesa legittima come un normale istituto giuridico, e cioè come un'entità formata di un contenuto strutturale di un aspetto fisiologico endogeno capace di esprimersi all'esterno¹⁴⁸. Secondo tale dottrina la legittima difesa può essere paragonata a una scatola vuota: il contenuto andrà definendosi, di volta in volta, valutando le azioni poste in essere dal soggetto alla presenza degli elementi scriminanti. Tale concezione sembra essere finalizzata al superamento del tema centrale del riconoscimento di un diritto del singolo alla difesa con la riproposizione del paradigma dell'azione difensiva come azione strutturalmente illecita.

In conclusione, può però sicuramente affermarsi che la legittima difesa costituisce un'area di non punibilità, a patto però che la reazione difensiva sia stata necessaria, abbia riguardato la difesa di un diritto proprio o altrui, sia stata esercitata in stato di stretta attualità in relazione alla presenza di un pericolo di ricevere un'offesa antiggiuridica e infine a patto che l'azione difensiva sia stata proporzionata all'aggressione. Come si evince, il legislatore non ha previsto una legittima difesa assoluta e illimitata ma, al contrario, ha previsto una serie di confini entro i quali

¹⁴⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 299.

¹⁴⁸ F. BELLINI, *La difesa legittima*, Torino, 2006, 85 s. L'autore scrive: «È in effetti corretto affermare che non si può parlare in sé di legittima difesa ma, esatto è parlare di un fatto di reato commesso in stato di legittima difesa. Così per esemplificare al massimo, l'art. 575 c.p. ci consegna la fattispecie legale dell'omicidio volontario. Ove esso venga peraltro attuato con la precisa funzione di scongiurare il pericolo ingiusto ed attuale di una minaccia alla vita dell'agente, esso si porrà come commesso in stato di legittima difesa. Ciò non muterà, ed è questo il dato saliente, la natura intrinseca, ontologica del fatto di reato, che sempre omicidio volontario rimane, ma ne farà mutare l'apprezzamento nei termini della sua punibilità, che verrà esorcizzata dalla peculiarità di essere stato effettuato *se defendendo*»

può esercitarsi legittimamente un diritto alla difesa; superati tali limiti si ritiene che non si possa più parlare di una mera difesa, bensì di un'azione che seppur effettuata a scopo difensivo, sfocia nell'illeceità divenendo quindi antigiuridica e punibile dell'ordinamento.

L'istituto della legittima difesa, così come formulato nel nostro codice penale, si caratterizza per la presenza di due condotte contrapposte, che vanno analizzate nello specifico, per poterne comprendere le peculiarità: un'aggressione e una reazione.

Sulla prima condotta occorre già da ora specificare che deve trattarsi di un'aggressione che si concretizzi nel pericolo attuale di un'offesa ingiusta; la reazione del soggetto aggredito invece, per poter essere scriminata, esige due requisiti: la proporzione e la necessità della difesa.

Prima di procedere all'analisi dei requisiti delle due condotte – che costituiscono elementi costitutivi della legittima difesa¹⁴⁹ – occorre in primo luogo, spendere qualche parola sul concetto di “aggressione”.

L'aggressione si manifesta in una minaccia rivolta ad un diritto altrui: questa deve provenire da una condotta umana (qui l'art. 52 c.p. si differenzia dall'art. 54 c.p.) che può tradursi sia in un'azione commissiva che in un'azione omissiva; non deve inoltre necessariamente trattarsi di una condotta colpevole e quindi sorretta da dolo o colpa. Tuttavia, si ritiene che la minaccia possa scaturire anche da animali o cose¹⁵⁰, ma soltanto nel caso in cui sia individuabile un soggetto tenuto ad esercitare su di essi una vigilanza: in tal caso l'esimente si applicherà sia a favore di chi agisce direttamente contro l'animale o la cosa sia a favore di chi reagisce contro la persona aggravata dall'obbligo di custodia. Inoltre è importante sottolineare che l'aggressione giustifica la reazione difensiva anche se l'aggressore sia un soggetto immune o non imputabile: il che si spiega considerando che l'antigiuridicità della condotta ai fini dell'applicabilità della scriminante *ex art. 52 c.p.* rileva in termini puramente oggettivi: è cioè sufficiente che l'aggressore ponga in essere un comportamento contrastante con l'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, anche se la specifica illecità penale viene meno per difetto dei requisiti

¹⁴⁹ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 688.

¹⁵⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. cit. 299.

natura soggettiva¹⁵¹. L'aggressione ingiusta comporta una situazione di costrizione alla difesa da parte del soggetto che la subisce: la costrizione ricorre quando il soggetto non può sottrarsi al pericolo senza offendere l'aggressore. Il soggetto è costretto a recare offesa al proprio aggressore non avendo altra scelta tra il reagire e il subire l'ingiustizia.

3.2 Il pericolo attuale

Il nostro codice penale prevede che per aversi una situazione di legittima difesa l'aggressione al diritto deve concretarsi nel pericolo attuale di un'offesa ingiusta.

Secondo consolidata dottrina¹⁵² il pericolo è rappresentato da una condizione nella quale, sulla base delle leggi di esperienza, è ravvisabile la probabilità, o comunque la seria possibilità di concretizzazione di un evento lesivo¹⁵³. Nell'istituto della legittima difesa deve però essere specificato che il pericolo non rileva in quanto tale, ma deve avere un requisito di fondamentale importanza: deve infatti trattarsi di un pericolo "attuale".

Per pericolo attuale si intende «un pericolo in atto, già radicato e riconoscibile nella condotta dell'aggressore e non ancora cessato, con o senza la realizzazione dell'offesa»¹⁵⁴. Quello dell'attualità è un requisito fondamentale poiché un'eventuale reazione realizzata nel momento in cui tale attualità manchi – come, ad esempio, nel caso di pericolo cessato – comporterebbe che la condotta non potrebbe che assumere il significato di una rappresaglia o ritorsione contro il soggetto aggressore, e non un'azione a difesa di un proprio o altrui diritto¹⁵⁵.

Inoltre, a tal proposito occorre aggiungere che viene considerato ancora attuale il pericolo perdurante¹⁵⁶, presente sia nei reati permanenti sia in tutte quelle situazioni in cui il pericolo non si è ancora trasformato in danno¹⁵⁷; ciò avviene ad

¹⁵¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. cit. 300.

¹⁵² F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 301 s.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit. 263.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ Cass. 15 dicembre 1976, in *Giust. Pen.*, 1977, II, 485; Cass., 15 ottobre, 1968, in *Giust. Pen.*, 1969, II, 698.

¹⁵⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. cit. 300.

esempio in situazioni di inseguimento immediato dell'autore di un delitto di furto o rapina, il quale stia fuggendo con il bottino: sono situazioni di flagranza o quasi flagranza. In tali casi la perdita del bene non è ancora consolidata nonostante la già avvenuta consumazione del delitto ed è considerata reazione difensiva quella volta al recupero della cosa sottratta, a patto però che ciò avvenga nel medesimo contesto d'azione in cui la sottrazione è avvenuta.

In entrambe le tipologie di pericolo attuale, vi è un'azione difensiva contro un danno che non si è ancora verificato o che comunque non si è ancora verificato in tutta la sua estensione¹⁵⁸.

Pericolo attuale, non è neanche un pericolo futuro, poiché in tali casi il futuro soggetto aggredito ha la possibilità di ricorrere agli ordinari strumenti di tutela pubblica¹⁵⁹.

Per poter essere attuale il pericolo non deve presentarsi come meramente ipotetico o astratto. Sul punto la Corte di Cassazione ha precisato che una rappresentazione che sia solo congetturale e/o astratta ad opera del soggetto aggredito circa la generica possibilità del verificarsi di un pericolo nell'immediato futuro, non è idonea ad integrare la posizione giuridica dell'agente richiesta dall'istituto della legittima difesa¹⁶⁰.

A tal proposito autorevole dottrina¹⁶¹ sostiene la tesi della tendenziale coincidenza del limite iniziale dell'attualità del pericolo con il limite della rilevanza penale del tentativo. Ne consegue che, in entrambe le tipologie citate, non è sufficiente un qualsiasi evento di minaccia per il bene, ma è richiesto un *quid pluris* dovuto alla prossimità logico-cronologica della consumazione. Questa strettissima prossimità dà anche significato a quell'ulteriore requisito della legittima difesa costituito dalla necessità ed improrogabilità della reazione difensiva, la quale deve essere, per poter essere scriminata, l'unica via possibile per sottrarsi al pericolo.

¹⁵⁸ A tal proposito si veda PAGLIARO, *Principi*, cit. 440 dove l'autore scrive «Non vi è legittima difesa per i pugni già ricevuti, ma per quelli che si possono ancora ricevere»

¹⁵⁹ Cass., Sez. I, 29 luglio 1999, in *Cass. pen.*, 2000, 1072; Si veda anche Cass., Sez. I, 15 marzo 2000, in *Cass. pen.* 2000, 1774, che ha precisato l'inapplicabilità della scriminante in questione nell'ipotesi in cui il soggetto agisca per risentimento o ritorsione.

¹⁶⁰ Cass., Sez. I, 27 gennaio 2010, n. 6591.

¹⁶¹ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit. 594. Per un'opinione contraria si veda R.A. FROSALI, *Sistema*, cit. 295 ss.

Si deve inoltre segnalare che per una parte della dottrina¹⁶², la suddetta prossimità logico-cronologica si rinviene anche nel caso in cui vi sia la presenza di atti di esecuzione o di atti ad essi immediatamente precedenti: in altre parole il requisito dell'attualità del pericolo comprende anche gli atti preparatori prossimi al tentativo.

In conclusione, la dottrina e la giurisprudenza sembrano concordi nell'esclusione dell'applicabilità della scriminante della legittima difesa in tutti i casi in cui vi sia una difesa "preventiva" o "anticipata"¹⁶³ poiché in tali casi vi è una non idoneità a soddisfare i requisiti di attualità e di necessità della difesa. L'attualità del pericolo può quindi essere definita in termini di "imminenza" o "persistenza" dello stesso¹⁶⁴. In particolare, è imminente il pericolo incombente al momento del fatto, coincidendo il limite minimo ed iniziale dell'attualità del pericolo con quello della rilevanza penale del tentativo. È invece persistente il pericolo nei casi in cui l'aggressione già iniziata, non si sia ancora conclusa, rendendo così necessaria una reazione al fine di scongiurare la protrazione dei suoi effetti dannosi¹⁶⁵.

Per stabilire la sussistenza dell'attualità del pericolo, è quindi decisiva la valutazione dell'utilità dell'azione difensiva per la salvaguardia del diritto minacciato. Da un punto di vista processuale il pericolo va valutato in concreto, caso per caso, con un accertamento *ex ante* e un accertamento *ex post*, che abbia cioè riguardo a tutte le circostanze obiettivamente verificatesi anche se conosciute successivamente¹⁶⁶.

Occorre per completezza, fare anche qualche specificazione in più sull'attualità del pericolo nei reati abituali e nei reati permanenti. Nei reati abituali, caratterizzati dal ripetersi di una pluralità di condotte identiche od omogenee, le condotte offensive nonostante siano reiterate, risultano distanziate temporalmente le une dalle altre. Ne consegue che l'attualità del pericolo è ravvisabile solo nell'imminenza o nel corso di ogni singola condotta aggressiva, ossia nel momento

¹⁶² C. ROXIN, *Da quale momento un'aggressione è attuale e dà origine al diritto di legittima difesa?*, in MOCCIA (a cura di), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, 289.

¹⁶³ Cass., Sez. I, 11 giugno 1984, n. 10368. Di recente nello stesso senso, Cass., Sez. I, 21 giugno 2018, n. 48291.

¹⁶⁴ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 691.

¹⁶⁵ Cass., Sez. I, 9 maggio 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 1663.

¹⁶⁶ Cass., Sez. I, 12 aprile 2000, in *Cass. pen.*, 2001, 204.

in cui la costante situazione di pericolo in cui versa la vittima si acutizza in una situazione di concreto pericolo di offesa nell'immediato¹⁶⁷.

Il reato permanente invece ha la peculiarità di protrarsi nel tempo: ne consegue che si configura una situazione di continuità dell'offesa del bene giuridico, che autorizza una reazione difensiva attuabile in qualunque momento fino alla cessazione della permanenza¹⁶⁸.

Nell'ambito dell'applicabilità della legittima difesa problematica è stata la situazione in cui il pericolo attuale fosse stato volontariamente procurato. Dottrina e giurisprudenza ritengono che la scriminante della legittima difesa non sia invocabile se la situazione di pericolo è stata volontariamente cagionata dal soggetto che reagisce: a tal proposito, in dottrina, si sono sviluppate tre scuole di pensiero. Una prima tesi ritiene che in tal caso verrebbe meno il requisito della necessità della difesa¹⁶⁹; una seconda tesi afferma la mancanza dell'ingiustizia dell'offesa¹⁷⁰, posto che questa manca in tutte le situazioni in cui l'offesa sia scaturita da una condotta dello stesso agente; una terza tesi afferma invece la mancanza di entrambi i requisiti appena menzionati¹⁷¹.

Se ne deduce che l'articolo 52 c.p. è inapplicabile al provocatore, a chi accolga una sfida o a chi affronta una situazione di rischio prevista ed accettata. Sempre in applicazione alle medesime premesse, la legittima difesa viene di regola esclusa anche in caso di risse posto che i partecipanti sono spinti da un reciproco intento aggressivo¹⁷².

Non vi è dubbio quindi sulla non applicabilità della scriminante della legittima difesa in tutti i casi ora accennati, ma in realtà la motivazione di tale inapplicabilità non risiede nel requisito dell'involontarietà del pericolo, posto che questo non è esplicitamente richiesto dal dettato normativo dell'articolo 52: si ritiene infatti che se il legislatore avesse voluto riferirsi esclusivamente al pericolo involontario ne avrebbe fatto espressamente menzione proprio come è avvenuto nel

¹⁶⁷ F. SARNO-M. SARNO, *L'evoluzione*, cit. 17.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ Cass., Sez. II, 2 aprile 2001, in *CED*, 218588.

¹⁷⁰ Cass., Sez. I, 14 gennaio 1998, in Cass. Pen. 1999, 309. In dottrina FIERRO CENDERELLI, *Legittima difesa e provocazione. Rilievi comparatistici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, 1394ss; SABATINI, *Provocazione e legittima difesa*, in *Foro it.*, 1979, 325.

¹⁷¹ A tal proposito si veda R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 692.

¹⁷² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. cit. 301.

caso dello stato di necessità (art. 54 c.p.). In realtà la ragione della non applicabilità dell'articolo 52 ai casi di pericolo volontariamente procurato è un'altra: il motivo è desumibile dalla stessa *ratio* sottesa la scriminante. Nei casi visti, i contendenti non si trovano nella medesima situazione di chi non può invocare tempestivamente il soccorso dell'autorità, per la semplice ragione che concorrono a creare un pericolo che sarebbe stato in loro potere non far sorgere, non rivolgendo o non accogliendo l'invito a battersi¹⁷³.

La giurisprudenza, inoltre, nonostante consideri l'involontarietà del pericolo come un presupposto tacito della scriminante in esame, finisce talvolta con l'ammettere la sua operatività in taluni casi particolari di pericolo volontario cagionato da chi reagisce: come ad esempio quando la reazione della vittima della provocazione risulti assolutamente imprevedibile e del tutto sproporzionata¹⁷⁴.

3.3 L'offesa ingiusta

Oggetto del pericolo rilevante *ex* articolo 52 c.p. deve essere un'offesa ingiusta a un diritto dell'agente o di un terzo. Il codice Rocco a differenza del codice Zanardelli, non prevede necessariamente una "violenza"¹⁷⁵ come presupposto di una reazione lecita, ma è stato introdotto il concetto di "offesa" quale requisito sufficiente alla legittimazione la difesa. Secondo l'opinione dottrinale e giurisprudenziale, l'offesa ingiusta deve infatti intendersi come offesa *non iure* e non già come offesa *contra ius*, dovendosi pertanto includere nella categoria ogni offesa ingiustificata, ossia prodotta in assenza di qualsiasi norma volta ad imporla autorizzarla¹⁷⁶. Di conseguenza non rileva solo l'offesa punibile ma anche l'offesa impunibile cioè quell'offesa derivante da soggetti non imputabili o immuni, o da chi versi in stato di necessità. Deve invece considerarsi non ingiusta l'offesa che deriva da chi esercita una facoltà legittima.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ Cass., 28 novembre 1980, in *Riv. pen.*, 1981, 445; Cass., 30 novembre 1978, in *Giust. pen.*, 1979, II, 354.

¹⁷⁵ Art. 49: «Non è 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».

¹⁷⁶ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 689. Si veda anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 302; Sembra invece decisiva la tesi di chi definisce ingiusta anche l'offesa contraria alle valutazioni sociali di giustizia che costituiscono il substrato sostanziale nel nostro ordinamento giuridico: così PAGLIARO, *Principi*, cit. 454.

Peculiare è l'ipotesi di legittima difesa reciproca: la dottrina a tal proposito ritiene che, per stabilire quale tra le due condotte sia idonea a fruire della scriminante in questione, occorrerà far leva sul criterio cronologico, ascrivendo carattere di ingiustizia all'azione iniziale e scriminando quindi la condotta successiva¹⁷⁷.

Necessario è inoltre spendere qualche parola sui diritti oggetto dell'offesa e di conseguenza sui diritti che possono essere oggetto di una reazione giustificata dall'ordinamento. Come visto nel precedente capitolo, con il codice Zanardelli, in dottrina ci si chiedeva quali fossero i beni difendibili e i più restringevano l'applicabilità della scriminante ai soli attentati contro la persona; il codice attuale invece, usando l'espressione "diritto" sembra aver esteso la facoltà di difesa a tutti i diritti indistintamente¹⁷⁸.

Al termine "diritto" viene quindi data un'accezione assai ampia, comprensiva di qualsiasi situazione giuridica attiva ricollegabile a un interesse dell'agente o di altri soggetti, e riconducibile alla figura del diritto soggettivo, propriamente detto¹⁷⁹. Nella previsione dell'articolo 52 c.p. ricade quindi, in primo luogo la difesa dei diritti elementari della persona e tutti quei diritti che la cultura contemporanea riconduce alla sfera della personalità; mi rientrano inoltre i diritti patrimoniali e in genere ogni altro interesse giuridicamente tutelabile purché riconducibile alla tutela di un interesse individuale. Solo entro questi limiti, è ammissibile anche la difesa di interessi collettivi o diffusi: la legittima difesa implica infatti il riconoscimento di una facoltà di autotutela e non l'esercizio da parte dei privati di funzioni di polizia per delega degli ordini pubblici. Ciò che quindi rileva non è in definitiva la titolarità in concreto del diritto attaccato, ma la sua qualità: in particolare il fatto che esso - a chiunque appartenga - sia in astrattamente configurabile come diritto individuale¹⁸⁰.

Problematica è invece la questione dell'applicabilità dell'articolo 52 c.p. per la tutela dei diritti di credito. In dottrina, la questione non si è posta tanto per le obbligazioni di *facere* ma per quelle aventi ad oggetto un *dare* o un *non facere*. Per

¹⁷⁷ C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit. 170ss.

¹⁷⁸ F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 300; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 299s; R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 688; F. SARNO-M. SARNO, *L'evoluzione*, cit. 23s.

¹⁷⁹ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 357.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

queste ultime infatti si possono verificare situazioni nelle quali i mezzi di tutela preventiva propri dell'ordinamento non risultano idonei ad allontanare con efficacia il pericolo che il soddisfacimento del diritto di credito venga irrimediabilmente frustrato¹⁸¹. Esempio lampante è l'ipotesi di un cliente sconosciuto di un ristorante che si allontana senza pagare il conto, dopo avere regolarmente consumato il proprio pasto: in casi come questo, è stata sostenuta in dottrina, la possibile invocazione dell'articolo 52 c.p. al fine pratico di trattenere con forza il debitore quanto meno fino a che non ne risulti possibile l'identificazione anche tramite il successivo intervento delle forze di polizia¹⁸².

Tale posizione non è condivisa da coloro che richiamano la tesi che la legittima difesa si configuri come tutela dei diritti di cui già si abbia il godimento, non potendo pertanto assumere carattere strumentale al conseguimento di un'utilità derivante da un'altra prestazione cui pur si abbia diritto¹⁸³. Se l'operatività della legittima difesa si ampliasse fino a comprendere anche la tutela dei diritti di credito si correrebbe il rischio di legittimare l'uso della forza non tanto per la conservazione della situazione esistente, quanto per ottenere un nuovo vantaggio (di cui pare si ha diritto). Si estenderebbe eccessivamente l'ambito della deroga al principio fondamentale del monopolio dell'uso della forza da parte dello Stato¹⁸⁴.

Bisogna però mettere in luce che l'articolo 52 del codice penale non fa riferimento solo alla situazione in cui la reazione difensiva provenga dal soggetto aggredito, ma fa riferimento anche alla situazione in cui l'azione difensiva sia posta in essere da un terzo soggetto: in tale ultimo caso ricorre la figura del c.d. soccorso difensivo. A tal proposito, si ritiene debbano essere distinte due ipotesi: il soccorso del terzo che versi in una situazione di pericolo è, infatti, senz'altro doveroso, *ex art. 593 c.p.*¹⁸⁵, a condizione che non sussista un pericolo anche per il soccorritore o che

¹⁸¹ PADOVANI, *La condotta omissiva nel quadro della legittima difesa*, in *rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970, 709.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 269.

¹⁸⁴ MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato*, Milano, 2006, 591.

¹⁸⁵ L'art 593 c.p. rubricato "omissione di soccorso": «Chiunque, trovando abbandonato o smarrito un fanciullo minore degli anni dieci, o un'altra persona incapace di provvedere a se stessa, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia o per altra causa, omette di darne immediato avviso all'Autorità è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a duemilacinquecento euro. Alla stessa pena soggiace chi, trovando un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altrimenti in pericolo, omette di prestare l'assistenza occorrente o di darne immediato avviso all'Autorità».

tale pericolo si sia comunque esaurito; negli altri casi invece è sempre facoltativo, occorrendo, nella sola ipotesi che l'offesa abbia ad oggetto beni disponibili, che il terzo non abbia consentito all'offesa¹⁸⁶.

3.4 I requisiti della difesa: necessità e proporzionalità.

Secondo elemento strutturale della scriminante in questione è la reazione difensiva. Nel momento in cui si verifica il pericolo attuale di un'offesa ingiusta ad un proprio o altrui diritto, il legislatore consente o meglio giustifica il compimento a danno dell'aggressore di un'azione che normalmente costituirebbe reato. Per essere scriminata la condotta deve però avvenire alla presenza di due condizioni: la necessità della reazione per la salvezza del diritto minacciato e la proporzionalità della reazione rispetto all'offesa.

Primo requisito concettualmente rilevante per poter ritenere legittima la reazione di fronte ad un pericolo imminente è la necessità di difendersi. La necessità si ritiene sussistere se il pericolo non può essere neutralizzato in altro modo e cioè senza ledere i diritti dell'aggressore o comunque alla mancanza della possibilità di adottare una condotta meno lesiva. Si è quindi affermato che «la reazione lesiva necessitata è quindi quella che rappresenta il mezzo minimo necessario»¹⁸⁷.

La necessità di difendersi si verifica quindi quando il pericolo non può essere evitato se non reagendo contro l'aggressore¹⁸⁸, sempre che la reazione ipotizzata posta in essere non sia sostituibile con altra meno dannosa ma ugualmente efficace¹⁸⁹. Secondo la Suprema Corte è quindi configurabile l'esimente della difesa legittima solo qualora il soggetto reagente si trovi in una situazione di pericolo attuale per la propria sfera giuridica, tale da rendere necessaria e priva di valide alternative la sua reazione all'offesa: l'agredito di

Se da siffatta condotta del colpevole deriva una lesione personale, la pena è aumentata; se ne deriva la morte, la pena è raddoppiata».

¹⁸⁶ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit. 480.

¹⁸⁷ Si veda Cass. 1° dicembre 1995, in *Cass. pen.*, 1997, 707; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit. 265; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 294; P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 21; R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 692; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 302; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 303.

¹⁸⁸ Cass., Sez. I, 13 giugno 1994, in *Cass. pen.*, 1995, 1093.

¹⁸⁹ C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit. 28; Cass., Sez. IV, 14 novembre 1990, in *Riv. pen.*, 1991, 822; Cass. Sez. I, 7 marzo 1996, in *Cass. pen.*, 1997, 416.

fronte all'alternativa tra reagire o subire non può evitare il pericolo se non reagendo contro l'aggressore¹⁹⁰.

Va però precisato che in tema di legittima difesa, la dottrina¹⁹¹ sembra conforme nel ritenere che il concetto dell'impossibilità di agire diversamente per difendersi, non vada inteso in senso assoluto, ma al contrario, in senso relativo, il che significa che la necessità non dovrà essere valutata in astratto, ma secondo un giudizio fondato sulle circostanze del caso concreto. Il giudice sarà quindi chiamato alla valutazione di più fattori come le condizioni dell'agredito, i mezzi di cui disponeva, circostanze quali luogo e tempo dell'aggressione. Tali fattori chiaramente sono variabili e contraddistinguono il caso concreto: le casistiche sono immensamente varie con la conseguenza che il giudizio sulla necessità non può che essere in parte affidato al libero apprezzamento del giudice.

Oggetto di accesa discussione in dottrina e in giurisprudenza¹⁹², ai fini dell'esclusione della scriminante, è il *commodus discessus*, ossia la possibilità di fuga del soggetto aggredito.

Secondo una vecchia impostazione, oggi del tutto superata, la fuga era considerata, in ogni caso, disonorevole, sicché anche in presenza di agevoli vie di ritirata l'offeso non era in alcun modo tenuto a non reagire all'offesa ricevuta. Oggi tale concezione legata esclusivamente al concetto di onore individuale non può che

¹⁹⁰ Cass., 18 aprile 1977, in *Riv. pen.*, 1977, 833; Cass., 2 luglio 1976, in *Rep. Foro it.*, 1977, 327.

¹⁹¹ F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 302; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit. 271 ss.

¹⁹² La giurisprudenza della Corte di Cassazione sul punto è stata oscillante: mentre nelle sentenze 29 luglio 1992, in *Mass. dec. pen.* 1992, n. 191.504; 6 luglio 1989, in *Riv. pen.* 1990, 458; 17 aprile 1980, in *ivi* 1981, 42; 6 novembre 1962 in *ivi* 1963, II, 203 e 5 dicembre 1960, in *Mass. pen.* 1961, n. 338, la Suprema Corte ha ritenuto che la possibilità di fuga non escluda la scriminante, nella sent. 31 ottobre 1955, in *Giust. pen.* 1956, II, 258 è pervenuta alla conclusione opposta. A risultati analoghi a quelli di quest'ultima decisione la Corte è giunta con le sent. 25 maggio 1993, in *Cass. pen.* 1995, 558; 10 aprile 1986, in *Riv. pen.* 1986, 1041; 23 aprile 1981, *ivi*, 1981, 838 e 4 dicembre 1964, in *Mass. pen.* 1965, n. 1364 dove si legge che gli estremi della legittima difesa sono ravvisabili quando l'offesa può essere evitata, oltretutto con un *commodus discessus*, anche con un mezzo diverso dalla reazione costituente reato. In quest'ultimo senso anche Cass. 28 maggio 1982, in *Riv. pen.* 1983, 730 dove la Suprema Corte ha inoltre affermato che «i concetti di necessità della difesa e di attualità del pericolo, espressi dall'art. 52 c.p., se pure non coinvolgono il principio della inevitabilità del pericolo, proprio dello stato di necessità, non escludono la valutazione da parte del giudice della alternativa di un comportamento diverso da quello adottato dal soggetto e che non gli sia produttivo di danno morale, avuto riguardo alla sua personalità. Cosicché solo quando la fuga possa essere disonorevole, essa non costituirà un obbligo, mentre deve ritenersi imposta nel caso in cui consenta al soggetto una ritirata decorosa e una sicura e felice elusione del pericolo.» si veda anche Cass. 23 ottobre 1967, in *Mass. pen.* 1968, n. 1611, ove si distingue il *commodus discessus* dal caso in cui la fuga possa essere ritenuta vergognosa, escludendo che in tale ipotesi essa costituisca un obbligo. Cfr. altresì Cass. 8 ottobre 1992, in *Mass. dec. pen.* 1993, n. 191.887; Id 24 novembre 1978, in *Riv. pen.* 1979, 1068.

essere respinta dalla dottrina¹⁹³. Anche la giurisprudenza sembra ripudiare tale impostazione ritenendo la non sussistenza del requisito della necessità della reazione armata tutte le volte in cui l'agredito possa, senza alcuna difficoltà, rifugiarsi nella propria abitazione o comunque allontanarsi dal luogo dell'aggressione armata¹⁹⁴. In ugual modo non sussiste il requisito della necessità in tutti i casi in cui l'aggressore si stia dando alla fuga e venga comunque aggredito dal soggetto offeso¹⁹⁵.

L'opinione oggi prevalente ritiene, tuttavia, che la valutazione sul *commodus* o *incommodus discessus* vada effettuata in relazione agli interessi ed ai rischi in gioco (c.d. bilanciamento degli interessi), escludendo dunque la rilevanza delle possibilità di fuga solo quando, attraverso di essa, si verrebbe a provocare a sé o a terzi un danno maggiore di quello derivante dalla reazione lesiva¹⁹⁶.

Il giudizio sul *commodus discessus* si ritiene vada effettuato con riferimento al momento dell'aggressione, quando cioè il pericolo diviene attuale, non potendosi pretendere un *discessus* preventivo, da innescare quando si profila ipoteticamente un pericolo solo futuro¹⁹⁷.

La difesa per essere scriminata e quindi per essere considerata dall'ordinamento giuridico come legittima non deve essere solo necessaria ma, deve essere caratterizzata anche dal requisito della proporzionalità.

Proprio con riguardo a quest'ultimo requisito in dottrina e in giurisprudenza vi sono stati non pochi contrasti sul significato del termine "proporzionalità".

Occorre da subito ricordare che il requisito della proporzione non era contemplato dal codice Zanardelli e nemmeno dal progetto preliminare ad esso; è stato invece inserito nel codice vigente per controbilanciare la decisione dei compilatori di estendere l'ambito applicativo della scriminante anche alla difesa dei diritti patrimoniali che avrebbe introdotto una rilevante innovazione rispetto a una

¹⁹³ Va però segnalato che secondo F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 304, tale impostazione basata sulla viltà della fuga oggi può trovare applicazione solo in riferimento alla fuga dei militari o delle forze di polizia poiché in riferimento a tali soggetti la fuga rappresenta uno svilimento del prestigio della divisa.

¹⁹⁴ Cass. pen., Sez. I, 10 dicembre 2008 n. 4890.

¹⁹⁵ Cass. pen. Sez. IV, 4 luglio 2006 n. 32282.

¹⁹⁶ F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit. 270; R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 693; Cass., Sez. IV, 25 maggio 1993, in Cass. pen. 1995, 558.

¹⁹⁷ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 693; Cass. 6 luglio 1989, in *Riv. pen.*, 1990, 458; Cass., 17 giugno 1992, in *CED*, 191504; Cass., 7 luglio 1992, in *CED*, 191887.

lunga tradizione giuridica che configurava la legittima difesa alle uniche ipotesi di violenza alla persona o di aggressione al domicilio e il patrimonio alle quali fosse intrinsecamente connesso anche un pericolo per la vita o l'incolumità individuale¹⁹⁸.

Come accennato l'interpretazione del requisito della proporzionalità tra offesa e difesa è stato oggetto di acceso dibattito. Secondo un primo indirizzo dottrinale¹⁹⁹ e giurisprudenziale²⁰⁰, ormai ampiamente superato, la proporzione andrebbe valutata con riferimento ai mezzi reattivi che l'agredito aveva a disposizione rispetto a quelli effettivamente adoperati: sarebbe sempre consentita l'adozione del mezzo minimo necessario, nella situazione concreta, per evitare l'offesa ingiusta²⁰¹. Questa tesi classica, che fonda la legittimazione dell'autodifesa sull'intervento attraverso l'unico mezzo a disposizione, riconosce la propria logica giustificazione nella considerazione che l'inibizione del mezzo in forza di un'asserita sproporzione rispetto all'offesa, rende inutile il ricorso all'istituto, impedendone la messa in funzione. Il soggetto aggredito, ove si renda conto di avere a disposizione un unico strumento che egli ritiene oggettivamente spropositato all'offesa o comunque portatore di effetti dilaceranti, non ha altra scelta che rinunciare in toto alla difesa, lasciando libero campo all'aggressore, il quale non è condizionato a consimili scrupoli etico - giuridici²⁰².

Tale tesi è considerata oggi obsoleta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza in quanto presenta ostacoli non facilmente superabili. In primo luogo è stata rilevata²⁰³ una chiara incompatibilità con la lettera del codice penale, che richiede espressamente un raffronto tra la difesa e l'offesa e non prevede invece un raffronto tra i mezzi utilizzati e quelli a disposizione dell'agredito; è stato inoltre osservato che tale tesi non tiene conto di un dato per così dire sistematico:

¹⁹⁸ F. SARNO-M. SARNO, *L'evoluzione*, cit. 31.

¹⁹⁹ V. MANZINI, *Trattato*, cit. 415; E. ALTAVILLA, voce *Difesa legittima*, in *Nov. Dig. It.*, V, Torino, 1968, 625; G. MAGGIORE, *Diritto penale*, Bologna, 1960, 315 ss; R. BERTONI, *La difesa legittima*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1982, 356.

²⁰⁰ Cass., 2 dicembre 1983 in *Riv. pen.* 1985, 792; Cass., 6 dicembre 1968, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1970, 72; Cass., 23 marzo 1965, in *Giur. it.*, 1966, II, 356; Cass., 10 marzo 1978, in *Rep. foro it.*, 1979, 326; Cass., 2 luglio 1963, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1963, 862.

²⁰¹ Si veda D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit. 266; F. SARNO-M. SARNO, *L'evoluzione*, cit. 31; R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 693; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 363; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 305; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 304.

²⁰² P. BELLINI, *La difesa legittima*, cit., 147.

²⁰³ PADOVANI, *Diritto Penale*, 512ss.

la tendenziale proporzione dei mezzi è già insita, infatti, nel requisito della necessità, evidentemente implicante il dovere dell' aggredito di utilizzare il mezzo meno lesivo possibile²⁰⁴.

Inoltre, tale impostazione è criticabile anche sotto un altro punto di vista: alcuni autori²⁰⁵ ritengono che una simile ricostruzione condurrebbe a conseguenze aberranti, autorizzando, ad esempio, la possibilità di cagionare lesioni gravi o addirittura la morte dell'aggressore, per prevenire offese di natura patrimoniale anche di minima entità. A tal proposito inoltre parte della dottrina²⁰⁶ ha ribadito che sposando tale concezione ci si porrebbe contro la gerarchia dei valori recepita nel nostro ordinamento in cui i diritti inviolabili dell'uomo sono riconosciuti come prioritari rispetto ai diritti patrimoniali; sempre tale dottrina riconosce una incompatibilità della tesi in esame con l'art. 2 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale prevede espressamente che «la morte non è considerata inflitta in violazione di questo articolo nel caso in cui essa derivi da un ricorso alla forza reso assolutamente necessario per assicurare la difesa di qualsiasi persona dalla violenza illegale» da tale norma risulta facile comprendere che il ricorso all'uso della forza è autorizzato per assicurare la difesa da un comportamento aggressivo nei confronti di beni personali e non meramente patrimoniali²⁰⁷.

Vista la non accettabilità della tesi appena esaminata parte della dottrina²⁰⁸ ha invece accolto la tesi della proporzione tra i beni: secondo tale tesi la comparazione andrebbe effettuata tra il bene minacciato e quello leso con la reazione difensiva, con la precisazione per cui va considerato anche il grado del pericolo o della lesione: sarà così certamente giustificata una lieve lesione personale poste in essere per tutelare un proprio diritto patrimoniale minacciato. A tal proposito si è sostenuto²⁰⁹ allora che il raffronto debba essere svolto tra le offese intese in senso dinamico comparate tenendo conto dei beni su cui le stesse incidono

²⁰⁴ GAROFOLI, *Manuale*, cit. 694.

²⁰⁵ F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit. 274ss.

²⁰⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. cit. 305.

²⁰⁷ F. VIGANÒ, *Spunti per un progetto "alternativo" di riforma della legittima difesa*, in *studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2005, 2038.

²⁰⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. cit. 305; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 306; C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit.29ss;

²⁰⁹ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 363; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit. 274ss.

e dell'intensità dei pericoli da ciascun bene corsi²¹⁰. Il giudizio di proporzionalità deve infatti essere “globale”, non può adagiarsi né sul mero rapporto di valore tra i beni in gioco, né su una stretta valutazione di omogeneità dei mezzi usati rispettivamente dall'aggressore dell'agredito; implica invece un giudizio che tenga conto oltre che del valore dei beni e delle offese anche di altri fattori e delle circostanze oggettive contingenti, come le modalità dell'attacco, i rapporti di forza tra aggressore e agredito, l'intensità dell'offesa minacciata, gli sviluppi dell'azione difensiva, del tempo e del luogo dell'azione e in ultimo della scelta operata dall'agredito tra più mezzi di difesa concretamente a sua disposizione²¹¹. Tale ultimo requisito quindi contrariamente a quanto affermava la tesi vista precedentemente non può essere valutato unicamente come indice di proporzionalità: l'uso del minimo mezzo è un requisito necessario della difesa legittima (e quindi proporzionata) ma non sufficiente.

In conclusione, quindi non occorre che il bene salvaguardato sia prevalente o quantomeno equivalente rispetto a quello sacrificato; la ratio della legittima difesa, infatti, non risiede nel principio dell'interesse prevalente equivalente ma nel principio di autotutela dell'interesse ingiustamente agredito: nei confronti di quest'ultimo principio la proporzione opera inoltre come mero limite di tollerabilità etico sociale²¹².

La valutazione del requisito della proporzionalità è di norma²¹³ rimesso alla discrezionalità del giudice il quale deve compiere un giudizio *ex ante* sul caso concreto con l'intento di raffrontare non le offese rispettivamente subite dall'originario aggressore e dall'agredito, ma quelle che quest'ultimo poteva ragionevolmente temere con quelle da lui conseguentemente prodotte al suo antagonista²¹⁴.

È sempre vero che l'agredito *non habet staderam in manu*, ma va comunque ricordato che eventuali discrepanze tra il voluto e realizzato, nell'esecuzione della condotta difensiva, vanno valutate non sul piano oggettivo

²¹⁰ GAROFOLI, *Manuale*, cit. 694.

²¹¹ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 363.

²¹² F. SARNO-M. SARNO, *L'evoluzione*, cit. 34.

²¹³ La l. 52\2006 ha però introdotto una presunzione di proporzionalità in tutte le ipotesi disciplinate dai nuovi secondo e terzo comma dell'articolo 52 c.p.

²¹⁴ GAROFOLI, *Manuale*, cit. 694.

della proporzione, ma sul differente piano di rimproverabilità soggettiva dell'eventuale eccesso di difesa²¹⁵.

Il criterio della proporzionalità rappresenta quindi uno degli elementi connotativi della scriminante in questione, in quanto consente di misurare le due condotte contrapposte, al fine di poter giudicare se all'offesa ingiusta l'agredito abbia opposto un comportamento effettivamente ispirato a canoni defensionali, e che appaia equilibrato rispetto alla minaccia. La proporzione sottolinea e valorizza la funzione riequilibratrice dei contrapposti diritti costituzionalmente tutelati²¹⁶, al fine di garantire che la difesa legittima dell'agredito non si trasformi in un sacrificio arbitrario del bene dell'aggressore.

4. I vari progetti di riforma dell'istituto in analisi nella loro prospettiva storica

Il codice penale italiano entrato in vigore nel 1930 ha sicuramente retto più che dignitosamente l'implacabile trascorrere degli anni e gli inevitabili cambiamenti di natura sociale e culturale, considerando soprattutto che la sua emanazione è antecedente a quella della Costituzione Repubblicana entrata in vigore il 1° gennaio del 1948.

Qualche operazione di modifica si è però resa necessaria soprattutto nella parte speciale del codice penale, soprattutto al fine di compiere un'opera di adeguamento ad un contesto sociale ormai mutato, nel quale talune fattispecie hanno mostrato una marginalizzata rimproverabilità con conseguenti interventi in chiave di decriminalizzazione; altre condotte, viceversa si sono rivelate fonte di accresciuto allarme sociale talvolta esigendo l'introduzione di nuove figure di reato²¹⁷.

La parte generale invece ha mostrato in tutto il suo spessore una tecnica normativa ed una longevità ammirevole: non di meno, più di uno sono stati tentativi

²¹⁵ F. SARNO-M. SARNO, *L'evoluzione*, cit. 35.

²¹⁶ G. FLORA, *Brevi riflessioni sulla recente modifica dell'art. 52 c.p.: il messaggio mass mediatico il vero significato della norma*, in *Riv. it. proc. pen.* 2006, 416.

²¹⁷ Un esempio può essere il delitto di atti persecutori che ha, per così dire, completato il settore affidato in precedenza quasi esclusivamente alla infinitesimale deterrenza del reato di molestie alle persone.

di por mano ad una riforma organica del codice penale con l'istituzione di Commissioni di Studio Ministeriali in cui i lavori però non sono mai sfociati neppure in un progetto di legge delega e ciò in ragione, molto spesso, dell'anticipata fine della legislatura²¹⁸.

Dal 1945, allora ad iniziativa del Guardasigilli Tupini, si sono registrate molteplici iniziative volte a riformare il codice penale istituendo Commissioni di Studio; tra le ultime si ricordano quelle presiedute dal prof. Antonio Pagliaro (1988), dal prof. Carlo Federico Grosso (1998), dal consigliere Carlo Nordio (2001) e dall'avvocato Giuliano Pisapia (2006). Nel corso della XII Legislatura, inoltre la commissione giustizia del Senato tentò di proporre un disegno di legge volto alla riforma della parte generale del codice penale (il cosiddetto progetto Riz dal nome del senatore della SVP, primo firmatario) che in materia di esimenti si proponeva di affrontare in particolare le problematiche relative al consenso nelle attività sportive e dei trattamenti medici²¹⁹.

L'istituto della legittima difesa, così come delineato in decenni di applicazione giudiziale e di studio dottrinale, sembrava essere giunto ad un momento critico del proprio percorso. L'introduzione di una riforma sembrava ormai necessaria: si riteneva infatti indispensabile una novella volta alla modifica della scriminante, al fine di rimediare alle sue numerose problematiche e allo stesso tempo, di renderla anche più adeguata ai cambiamenti della società odierna²²⁰.

La disposizione enunciata nel codice Rocco è sicuramente di altissimo livello: è infatti una norma di portata generale che rappresenta una presenza chiara nell'ordinamento penale, è inoltre formulata nel rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, così da presentarsi come una norma molto equilibrata²²¹. Per questi motivi, la disposizione in esame è stata in grado di sopravvivere indenne a decenni di applicazione giurisprudenziale nonostante i grandi mutamenti che vi sono stati

²¹⁸ M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, Pisa, 2019, 15.

²¹⁹ F. SARNO-M. SARNO, *L'evoluzione*, cit. 67.

²²⁰ M. ZANNUCOLI, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa: La legge 13 febbraio 2006, n° 59 e prospettive di riforma*, in rivista telematica *Diritto - Concorsi & Professioni*, diretta da U. DI BENEDETTO, 2006, Cap. I, 1.

²²¹ V. PEZZELLA, *Autotutela (armata) del cittadino, la cronaca fa oscillare il confine*, in *Diritto e Giustizia*, 2004, fasc. 32, 65; T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *Guida al diritto*, 2006, XIII, 52; C.A. ZAINA, *La nuova legittima difesa*, Rimini, 2006, 249; G. FLORA, *Brevi riflessioni sulla recente modifica dell'art. 52 c.p.*, cit. 460.

sia a livello sociale che normativo. Infatti, non solo le esigenze della società sembrano essere mutate, ma deve soprattutto tenersi conto dell'importante influenza del diritto internazionale e dei suoi atti normativi come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Essere sopravvissuto a tali mutamenti è sicuramente un grande traguardo per l'articolo 52 c.p.; risultato che sembra essere ancora più rilevante se si considera che la norma è stata inserita in un codice elaborato e promulgato sotto la persistenza ideologica del periodo fascista²²².

Nonostante tali considerazioni, non si può dimenticare che l'articolo 52 c.p. è ormai in vigore da quasi un secolo e inevitabilmente ha avuto una necessità di adeguamento. La realtà quotidiana ha infatti dato vita a problematiche sempre nuove e la costante applicazione della scriminante, ha reso necessario modificarne, o meglio integrarne i fondamenti.

Interessante a tal proposito è analizzare i tentativi succedutesi nel tempo di riformare l'istituto in esame fino, per poi arrivare, nel proseguo della trattazione, all'analisi della riforma n. 59 del 2006 e della recentissima legge n. 36 del 2019.

4.2 Il progetto Pagliaro del 1991

Fra i primi progetti interessanti in materia di riforma dell'istituto della legittima difesa troviamo quello che viene definito come Progetto Pagliaro, dal nome del presidente che presiedette la relativa commissione di riforma, che venne istituita nel 1991 con lo scopo di creare una legge-delega contenente uno schema generale di riforma, il quale avrebbe dovuto poi essere elaborato in articolato. Tale progetto si era proposto di offrire risposte ai numerosi bisogni di tutela giuridica, certezza e uguaglianza del diritto utilizzando la tecnica espositiva più dettagliata quando ha affrontato soluzioni differenziate rispetto alla previsione codicistica vigente ed improntata a maggior sintesi dove non è parso necessario innovare in maniera significativa²²³.

Per ciò che attiene alle scriminanti, il Progetto Pagliaro si è proposto di effettuare una bipartizione in cause di giustificazione e cause soggettive di

²²² C.A. ZAINA, *La nuova legittima difesa*, cit., 10

²²³ M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 17.

esclusione della responsabilità, queste ultime connotate dalla presenza di un elemento soggettivo incompatibile con la consapevolezza o rimproverabilità dell'agente con lo scopo di ottenere una delimitazione più netta dei confini delle cause di giustificazione²²⁴. Inoltre, la Commissione Pagliaro si propose di ridefinire alcuni parametri della legittima difesa che avevano creato problematiche a livello interpretativo; tutto ciò con l'intento di certezza del diritto e di rendere la scriminante di più chiara comprensione, risolvendo dubbi interpretativi che per anni erano stati oggetto di analisi da parte di dottrina e giurisprudenza.

Nel Progetto Pagliaro, la legittima difesa viene disciplinata dall'articolo 16, e in tale innovativa proposta di modifica, l'articolo 52 incontra la sua prima seria possibilità di rinnovamento. L'art. 16, 1.3 recita: «Prevedere come cause di giustificazione la difesa legittima, specificando che il pericolo non deve essere stato preordinato e che il requisito della proporzione deve riferirsi a tutti gli elementi significativi dell'aggressione»²²⁵. Salta subito all'occhio come la Commissione Pagliaro abbia voluto affrontare il concetto di pericolo e il concetto di proporzione.

La delega, così articolando la nuova disposizione, sembra ritenere ancora appropriato ed efficace l'istituto della legittima difesa così come descritto originariamente. Leggendo il dettato dell'art. 16 risulta a prima vista chiaro che le principali innovazioni che il Progetto Pagliaro si propone di apportare concernono due elementi considerati ormai importanti ed irrinunciabili. Sicuramente rilevante è il primo di questi elementi: la non preordinazione del pericolo; questo anche se non esteso alla vera e propria non volontarietà del pericolo²²⁶, rappresenta una grande innovazione. Come accennato infatti, l'involontarietà del pericolo veniva considerato dalla giurisprudenza un requisito tacito della scriminante²²⁷ in esame; il progetto si pone dunque l'obiettivo di codificare tale requisito in modo da non destare più alcun dubbio sulla sua essenzialità nella fattispecie di cui all'art. 52 c.p.²²⁸

²²⁴ *Ibidem*; F. SARNO-M. SARNO, *L'evoluzione*, cit. 67.

²²⁵ <http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/articolatopagliaro.htm#Art.%2016%20Cause%20di%20giustificazione>

²²⁶ C.A ZAINA, *La nuova legittima difesa*, cit. 286.

²²⁷ Si veda Cass., 28 novembre 1980, in *Riv. pen.*, 1981, 445; Cass., 30 novembre 1978, in *Giust. pen.*, 1979, II, 354.

²²⁸ M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 18.

Ma di ancor più rilievo pare essere la precisazione in merito alla proporzione: l'art. 16.3 infatti stabilendo che essa debba riferirsi a tutti gli elementi dell'aggressione²²⁹, obbliga il giudice ad effettuare i relativi accertamenti riguardo la sussistenza della proporzionalità, basandosi su di un'area più ampia e completa.

Il progetto introduce quindi in merito di proporzionalità una significativa novità, anche se va osservato che una parte della dottrina²³⁰ avrebbe preferito una diversa struttura della delega, riferita non solamente all'aggressione, ma a tutti gli elementi significativi della situazione. In tal modo, infatti, il giudice avrebbe potuto eseguire il giudizio di proporzionalità con riferimento alla situazione nel suo complesso.

Il Progetto Pagliaro non ebbe però la fortuna sperata: le problematiche che il processo di riforma avrebbe dovuto affrontare furono da subito evidenti. Infatti, proporre un articolato così complesso e innovativo, mettendo d'accordo le varie voci in campo, e ottenere quindi l'approvazione parlamentare, non era di certo facile²³¹.

Il Progetto Pagliaro nacque con le migliori intenzioni, cercando di apportare modifiche volute sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, ma in un clima politico – quello precedente alla crisi del 1992, poi definita Tangentopoli – che non lasciava ampio spazio a possibilità di riforma. Il periodo storico estremamente sfavorevole fece sì che lo schema di delega venisse archiviato senza la possibilità di affrontare l'iter legislativo previsto²³².

4.3 La legge Riz e il progetto Grosso

Il Progetto Pagliaro non fu però l'unico tentativo di riforma del codice penale ed in particolare della legittima difesa: furono infatti numerosi i tentativi di riforma

²²⁹ M. PIERDONATI, *La proporzione nella difesa legittima: il "momento" e la "base" del giudizio*, in *Indice penale*, 2003, I, 623.

²³⁰ R. MAGRI, *Legittima difesa: proporzionalità tra difesa e offesa*, in www.unibg.it, sito dell'Università di Bergamo; C.A. ZAINA, *La nuova legittima difesa*, cit. 280.

²³¹ M. ZANNUCOLI, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa*, cit. cap. II, par. 2, 18.

²³² *Ibidem*

che caratterizzarono il decennio successivo. Analogamente al progetto Pagliaro, però, anche tali progetti di riforma non giunsero a buon fine.

Verso la fine del 1994, e precisamente nel mese di dicembre, il senatore Roland Riz presentò un disegno di legge con l'obiettivo di riformare la parte generale del codice penale. Tale progetto rappresenta il secondo grosso tentativo di riforma del codice, che sarà però compiuto anni dopo da una commissione presieduta dal Prof. Federico Grosso.

Il disegno di legge Riz – nominato disegno di legge n. 2038, d'iniziativa dei senatori Riz ed altri – ricalcava in modo ampio il precedente schema di legge-delega elaborato dalla commissione Pagliaro. Relativamente alla difesa legittima esso recitava all'art. 50 che «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale e non preordinato di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa e si riferisca a tutti gli elementi significativi dell'aggressione»²³³.

Dalla lettura dell'enunciato si può comprendere come anche tale tentativo di riforma non sembri avere l'intento di stravolgere in modo radicale l'istituto della legittima difesa così come disciplinato dal codice Rocco. Tale Progetto inoltre, per ciò che concerne l'istituto in esame, sembra ripercorrere quello che fu il primo tentativo di riforma della Commissione Pagliaro, infatti come in quel caso, alla definizione dell'art. 52 c.p., si proponeva di aggiungere l'ulteriore requisito della non preordinazione del pericolo; inoltre, sempre sulla scia del precedente Progetto, anche nel presente disegno di legge si è cercato di ampliare l'area dedicata al giudizio di proporzione, codificando che tale requisito debba essere valutato alla luce delle circostanze oggettive contingenti.

Tale disegno di legge che aveva quindi l'obiettivo di apportare alcune specificazioni in merito ai requisiti dell'istituto in esame – auspiccate da tempo dalla dottrina – non fu però esente da critiche. In particolare molte critiche arrivarono nei confronti della scelta enunciativa effettuata dal Progetto Riz, la quale sembrava inappropriata per almeno due motivi: in primo luogo, il disegno di legge non

²³³ M. ZANNUCOLI, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa*, cit. cap. II, par. 2, 11s.

precisava in alcun modo quali fossero le circostanze da prendere in esame – e fino a qui si potrebbe ribattere che andrebbero presi in considerazione tutti gli elementi utili – ma, in secondo luogo, ciò che proprio non convinceva era il riferimento esclusivo all’aggressione, che tralasciava quindi le contrapposte circostanze – anch’esse senza dubbi importantissime – della difesa²³⁴. La formulazione così proposta risultava perciò non del tutto chiara e completa, con la possibile creazione di ambiguità in sede di studio e applicazione.

Fu successivamente che con il D.M. 1° ottobre 1998 venne istituita dall’allora ministro di Grazia e Giustizia Giovanni Maria Flick, una nuova commissione²³⁵ di riforma del codice penale, questa volta al seguito del Prof. Carlo Federico Grosso. Essa terminò i propri lavori con la presentazione di un articolato che all’art. 36 enuncia una disposizione relativa all’istituto della difesa legittima in cinque commi²³⁶.

Di grande rilevanza per l’esame del progetto in questione è l’analisi della relazione conclusiva, ove riguardo alle cause di giustificazione viene subito notato come la Commissione si propose di effettuare interventi mirati e volti ad una più completa definizione e tipizzazione delle fattispecie esimenti, abbandonando quindi la previsione dello Schema di Delega precedente di distinguere la categoria in due sottospecie, definendo le oggettive all’art. 16 e le soggettive all’art. 17, posto che tale sistematica avrebbe suscitato problemi pratici, peraltro non meglio precisati²³⁷.

Il progetto della commissione grosso disciplinava la legittima difesa all’art. 38²³⁸ il quale recitava:

«Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale, percepito

²³⁴ Si veda M. PIERDONATI, *La proporzione nella difesa legittima*, cit., 623.

²³⁵Presidente: Prof. Avv. Carlo Federico Grosso. Componenti: Dott. Giovanni Canzio, Avv. Fabrizio Corbi, Prof. Francesco Palazzo, Prof. Paolo Pisa, Prof. Avv. Domenico Pulitano, Avv. Ettore Randazzo, Prof. Sergio Seminara, Prof. Avv. Filippo Sgubbi, Avv. Filippo Siciliano, Dott. Giovanni Silvestri, Dott. Giuliano Turone, Dott. Vladimiro Zagrebelsky, Avv. Giampaolo Zancan.

²³⁶ M. ZANNUCOLI, *L’evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa*, cit. cap. II, par. 2, 13s.

²³⁷ M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 18.

²³⁸ Sito internet del ministero della giustizia <http://www.giustizia.it/studierapporti/riformacp/comm-grosso3-art.htm#t6>

dall'agente, di un'offesa ingiusta, e sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.

La proporzione deve essere valutata tra i beni contrapposti, l'interesse lesso della reazione difensiva può essere moderatamente superiore rispetto a quello tutelato.

Chi interviene a difesa propria o altrui, a parità di efficacia difensiva è obbligato a scegliere la difesa meno lesiva per l'aggressore.

Qualora l'agredito possa sottrarsi all'aggressore con la fuga senza correre alcun rischio egli è tenuto ad evitare la reazione.

La difesa legittima non è applicabile a chi ha suscitato ad arte l'aggressione allo scopo di colpire impunemente l'aggressore».

Dal punto di vista contenutistico il progetto – poi leggermente modificato nel 2001 con l'introduzione, all'interno dello stesso testo ma all'art. 38, di alcune locuzioni – ha cercato di porre rimedio a problematiche fondamentali all'istituto in esame, tanto è vero che la commissione considerava l'occasione di una riforma del codice penale come un'opportunità da sfruttare al massimo grado²³⁹.

Evidente fin da subito, che la prima tematica affrontata dall'art. 38 del disegno di legge riguardi l'importanza dell'elemento soggettivo della percezione del pericolo. In prima battuta, infatti, la Commissione ha voluto eliminare i dubbi in merito al se l'efficacia esimente sia subordinata o meno alla percezione della situazione di pericolo, ovvero operi in modo conforme alla disciplina generale dettata dall'art. 59.1 c.p.²⁴⁰

Nella relazione²⁴¹ del Progetto, in primo luogo, è stato messo in luce come in realtà fosse solo una piccola parte della dottrina a richiedere come condizione per la scriminante la percezione del pericolo da parte del soggetto aggredito. Seppur minoritaria, è stata però proprio questa la scuola di pensiero avallata dal Progetto, il quale ha quindi proposto l'introduzione della locuzione “percepito dall'agente” in relazione “al pericolo attuale di un'offesa ingiusta”. Così facendo, la Commissione

²³⁹ M. ZANNUCOLI, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa*, cit. cap. II, par. 2, 13.

²⁴⁰ F. SARNO-M. SARNO, *L'evoluzione*, cit. 71.

²⁴¹ Relazione Grosso – Siciliano – Silvestri in tema di cause di giustificazione, 15 luglio 1999

Grosso attribuisce una rilevante importanza alla percezione del pericolo, subordinando a ciò l'operatività della scriminante; ciò comporta quindi che il soggetto che pone in essere un'azione difensiva dovrà dimostrare di avere compreso di trovarsi in una situazione di minaccia²⁴².

Al secondo comma invece la Commissione ha affrontato una problematica da tempo oggetto di interpretazione e studi dottrinali: quella relativa al giudizio di proporzione e in particolare alla scelta tra l'utilizzo della "teoria tra beni contrapposti" oppure "tra mezzi utilizzati".

La Commissione, sulla scia della dottrina maggioritaria, sembra aver optato per il primo di tali orientamenti²⁴³. Ma con l'utilizzo di una formula forse un po' estremista, la quale tende a porre i beni contrapposti in ambito di assoluta supremazia rispetto a tutti gli altri elementi contingenti e che qualificano più nello specifico entrambe le situazioni sia aggressive che difensive²⁴⁴. La disciplina sembra così risultare irrigidita dal riferimento al *balancing* tra beni contrapposti che, essendo dotato di assoluta centralità, rischia vanificare ogni tentativo di dare un assetto accettabile la norma²⁴⁵.

Con le successive modifiche è stata aggiunta la locuzione «L'interesse leso dalla reazione può essere moderatamente superiore rispetto a quello tutelato». Tale modifica sembra essere gradita dalla dottrina, poiché in primo luogo sancisce una volta e per tutte – ed in termini pratici di lesività – la preminenza del bene tutelato rispetto al bene dell'aggressore; in secondo luogo, tale locuzione consente un'elasticità maggiore sia nel momento della scelta difensiva sia nel momento della sua valutazione. La formulazione di tale disposizione – che secondo la relazione al progetto di riforma è stata preferita ad altre al fine di scongiurare smoderate reazioni a tutela di interessi patrimoniali, anche se rilevanti – ad una prima lettura parrebbe essere sicuramente valida ma, difetta nel momento in cui non tiene conto della complessità degli elementi che qualificano l'aggressione, che consentirebbero di

²⁴² C.A. ZAINA, *La nuova legittima difesa*, cit., 281 s.

²⁴³ A tal proposito si veda anche M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 18; F. SARNO-M. SARNO, *L'evoluzione*, cit. 71.

²⁴⁴ A. CADOPPI, <*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*>. *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, 2006, Milano, vol. II, 1410; C.A. ZAINA, *La nuova legittima difesa*, cit. 282.

²⁴⁵ F. SARNO-M. SARNO, *L'evoluzione*, cit. 72.

procedere ad un giudizio di proporzione maggiormente legato alla situazione concreta²⁴⁶.

Nel terzo comma il Progetto Grosso si propone di affrontare la problematica – già posta in rilievo non solo da dottrina e giurisprudenza ma anche dalle precedenti Commissioni incaricate di modificare il codice penale – relativa sia al requisito della necessità, ma soprattutto al requisito – mancante nella disposizione originaria del '30 – dell'inevitabilità del pericolo. Si tratta anche in questo caso di codificare in positivo un requisito prodotto dalla giurisprudenza, sancendo – nel caso in cui la reazione difensiva sia inevitabile – il principio dell'alternatività tra le condotte difensive, con il conseguente obbligo di scegliere tra tutte le possibili reazioni e mettere in atto la meno lesiva per il soggetto aggressore.

Strettamente legato a quanto previsto dal terzo comma è il quarto comma nel quale viene invece affrontata la spinosa tematica del *commodus discessus*. Dinanzi al silenzio sul tema da parte del codice Rocco, la Commissione Grosso ha voluto espressamente prevedere una disposizione che in modo chiaro e non equivoco – al fine di eliminare ogni incertezza al riguardo – preveda l'obbligo per chiunque di evitare la reazione, scegliendo invece la fuga quando ciò non comporti un ulteriore rischio²⁴⁷. La disposizione sembra essere particolarmente rilevante: la Commissione ha infatti voluto affrontare una volta e per tutte il rapporto sussistente tra fuga e lesione dell'onore derivante da una fuga (considerata da codardi), abbandonando quell'impostazione appartenente al passato e cercando di dare al codice un volto più attuale e corrispondente alle esigenze della società. Lo stesso Grosso – prevedendo espressamente la fuga come un obbligo – ha ribadito come la lesione dell'onore derivante da un'indecorosa fuga, nella visione di valori e ideali odierna sia «lontana da quella antica e cavalleresca, non più realmente percepita dal singolo e dalla società»²⁴⁸.

Tale disposizione però necessitava in ogni caso di essere calibrata con il principio del *favor* di cui comunque gode il soggetto aggredito, e per tale motivo il quarto comma, specifica che in ogni caso il *commodus discessus* non deve causare

²⁴⁶ M. ZANNUCOLI, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa*, cit. cap. II, par. 2, 13.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, 32.

nessun altro rischio all'agredito. Tale specificazione sembra quindi smorzare la rigidità della disposizione²⁴⁹.

Infine, il Progetto prende in esame – così come fu in precedenza fatto dalla Commissione del Progetto Pagliaro e dal disegno di legge Riz – l'esclusione della legittima difesa nel caso in cui il soggetto poi aggredito abbia volontariamente posto in essere il pericolo, al fine di potersi poi trovare nella posizione di doversi difendere, e quindi impunemente offendere. La Commissione, consapevole del fatto che locuzione "pericolo non volontariamente causato" può avere un'accezione più o meno ampia²⁵⁰, ha preferito non dare certezza legislativa all'intero segmento della causazione non volontaria del pericolo, le cui conseguenze sarebbero state molto più rilevanti²⁵¹, argomentando nella relazione che: «né vi è motivo di estendere alla difesa legittima, dove opera un aggressore ingiusto, un requisito che nello stato di necessità si giustifica in considerazione della posizione paritetica degli antagonisti»²⁵² ma, scegliendo di ricomprendere nelle formula "pericolo non volontariamente causato" solo la sua accezione più pregnante e pericolosa.

Il progetto Grosso, al pari di ogni altro tentativo di riforma del codice finora compiuto, non riuscì però ad affrontare l'iter parlamentare previsto, nonostante nel dicembre 2001 venne presentato alla Camera dei Deputati come disegno di legge ad iniziativa parlamentare. Fu così che con l'avvento di un nuovo governo e di una nuova legislatura, nel 2001 si tentò di dar vita ad un nuovo ed ulteriore tentativo di riforma della parte generale del codice penale.

4.4 Il progetto Nordio e l'emendamento Finocchiaro – Fanfani del 2005

Nel 2001 l'incarico di condurre uno studio per la riforma del codice penale fu affidato al magistrato Carlo Nordio, dall'allora ministro Guardasigilli Roberto Castelli che con D.M. del 23 novembre 2001 istituì una commissione di riforma.

²⁴⁹ Si veda C.A. ZAINA, *La nuova legittima difesa*, cit., 282 s.; F. VIGANÒ, *Spunti*, cit., 2064.

²⁵⁰ C.F. GROSSO, *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo nello stato di necessità e nella legittima difesa* in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, Milano, 1965, 63 s.

²⁵¹ M. ZANNUCOLI, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa*, cit. cap. II, par. 2, 14.

²⁵² Relazione speciale della sotto-commissione Grosso, Siciliano, Silvestri sulle cause di giustificazione: http://www.giustizia.it/studierapporti/riformacp/5-cause_giustif.htm.

La Commissione propose un completo articolato con l'obiettivo di riforma della parte generale del codice, e inoltre l'intento era quello di proporre il progetto entro un termine congruo a consentirne lo studio e l'approvazione nell'ambito della relativa legislatura. Il progetto Nordio sicuramente prese in ampia considerazione i lavori delle precedenti commissioni²⁵³.

La commissione Nordio, in primo luogo, ha apportato modifiche concernenti la disciplina generale delle cause di giustificazione, introducendo all'art. 27 del progetto un'importante disposizione, con l'obiettivo di fare chiarezza circa il fondamento e l'operatività delle esimenti. L'art. 27 prescrive infatti che «esse agiscono solo in virtù di una specifica disposizione di legge, che esse operano oggettivamente e che, in presenza di una scriminante, il reato si considera insussistente»²⁵⁴.

Andando più nello specifico, inoltre, il progetto Nordio si proponeva di modificare non solo l'istituto contenuto all'art. 52, ma anche – sempre nell'ambito di reazioni scriminate da cause di giustificazione – l'articolo relativo alla scriminante dell'uso legittimo delle armi.

Per quanto concerne la legittima difesa, questa era disciplinata dall'art. 30 del progetto Nordio il quale recitava:

«1. È scriminato il fatto commesso da chi è stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa, tenuto conto dei beni in conflitto, dei mezzi a disposizione della vittima e delle modalità concrete dell'aggressione.

2. Non è scriminato il fatto di chi ha preordinato a scopo offensivo la situazione da cui deriva la necessità di difesa».

La disposizione così costruita viene considerata da parte della dottrina come una norma di alto livello, ben costruita e dotata di chiarezza sistematica, che ben riflette la natura dell'istituto²⁵⁵.

²⁵³ M. ZANNUCOLI, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa*, cit. cap. II, par. 2, 14s.

²⁵⁴ Relazione del “*progetto di codice penale della commissione Nordio*”, cit., 255

²⁵⁵ T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo*, cit. 55.

Sicuramente si può notare come gli elementi essenziali dell'art. 52 siano stati riproposti nel primo comma: il pericolo attuale e l'offesa ingiusta continuano a esercitare la propria forza, la proporzione mantiene il suo ruolo di elemento centrale ed essenziale dell'istituto, solo il riferimento alla necessità è stato accentuato dalla locuzione "modalità concrete dell'aggressione"²⁵⁶.

Ad un primo sguardo al progetto di modifica della legittima difesa, la dottrina sembra aver reagito positivamente, ritenendo che la fattispecie risulti essere armonica, con i suoi elementi che si integrano perfettamente tra loro, con scopo di ridefinire i termini del principio di proporzione e mutando in parte elaborazioni giurisprudenziali consentono un agevole interpretazione²⁵⁷.

Per ciò che concerne il requisito della proporzione meritano di essere posti in evidenza gli importanti elementi introdotti nella fattispecie. Si tratta di precisazioni legislative – finora emerse solo in dottrina e giurisprudenza – che arricchiscono fortemente il giudizio sulla sussistenza o meno della proporzione: in particolare, rilevante sembra essere il riferimento ai beni in conflitto poiché ciò comporta che il giudizio sulla sussistenza della proporzionalità debba essere saldamente ancorato ai beni contrapposti;; inoltre, si è fatto espresso riferimento anche alle concrete modalità dell'aggressione, comportando che il giudice dovrà tenere in considerazione ogni elemento contingente la situazione concreta ed in particolare, dovrà valutare la condotta del soggetto aggredito alla luce di tali accadimenti reali²⁵⁸.

Si è inoltre voluto espressamente fare riferimento ai mezzi a disposizione della vittima: tale elemento dovrà poi necessariamente essere integrato con gli altri appena visti, al fine di ottenere un completo e corretto giudizio, il quale non deve guardare singolarmente gli elementi citati, bensì valutarli nel loro complesso²⁵⁹.

La proporzione così descritta nonostante sembri avere il pregio di poter far fronte ad un ampio numero di casi, non è esente da critiche: vi è infatti una parte

²⁵⁶ C.A. ZAINA, *La nuova legittima difesa*, cit., 284; E. LO MONTE, *Osservazioni sulle annunciate modifiche in tema di legittima difesa e uso legittimo delle armi: ebbene sì "giù le mani dal codice Rocco"*, in *Critica del diritto*, 2005, I, 23 s.

²⁵⁷ F. SARNO-M. SARNO, *L'evoluzione*, cit. 75.

²⁵⁸ M. ZANNUCOLI, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa*, cit. cap. II, par. 2, 15.

²⁵⁹ C.A. ZAINA, *La nuova legittima difesa*, cit., 285.

della dottrina che non sembra condividere tale struttura della legittima difesa, definendo la scelta di coinvolgere nel giudizio i mezzi a disposizione come «un'alterazione del criterio della proporzione, che perderebbe così la possibilità di un suo più naturale funzionamento, vanificando i limiti di reazione che la norma conserva»²⁶⁰.

Meno problematico pare essere il secondo comma dell'articolo, che prevede – sulla scia delle proposte di riforma precedenti – l'inoperatività della scriminante nel caso in cui il soggetto, poi aggredito, abbia volontariamente – a scopo offensivo – preordinato la situazione di pericolo, accogliendo quindi la linea di pensiero – soprattutto giurisprudenziale²⁶¹ – che considerava l'involontarietà del pericolo come requisito tacito dell'istituto.

Il progetto Nordio però riserva al successivo articolo 31 la novità più consistente in materia di scriminanti: infatti, nonostante i lavori della Commissione Nordio avessero l'obiettivo di implementare l'istituto della legittima difesa, la norma di cui all'articolo 30 del progetto non prevedeva alcun riferimento volto a soddisfare quelle esigenze che verranno poi accolte novella del 2006. Il vuoto sembra però essere soltanto apparente: infatti nel successivo articolo 31 del progetto Nordio è stata inglobata una fattispecie che sembra rispecchiare la *ratio* della riforma del 2006 che ha modificato i commi 2 e 3 dell'art. 52 c.p. venendo incontro le pressanti esigenze, generalmente avvertite, di tutela della inviolabilità del domicilio²⁶².

L'articolo 31 di tale progetto, rubricato «Uso legittimo delle armi o di altri mezzi di coazione fisica», stabilisce che: «E' scriminato il fatto di chi fa uso di armi perché è costretto dalla necessità di difendere l'inviolabilità del domicilio contro un'intromissione ingiusta, violenta o clandestina e tale da destare ragionevole timore per l'incolumità o la libertà delle persone presenti nel domicilio».

La disposizione così formulata si propone quindi di concretizzare la volontà di far fronte a quelle aggressioni che risultano essere più temute dall'opinione pubblica, cioè le aggressioni che avvengono all'interno del proprio domicilio.

²⁶⁰ E. LO MONTE, *Osservazioni*, cit., 25.

²⁶¹ Cass., 8 febbraio 1978, in *Rep. Foro it.*, 1979, 325; Cass., Sez. I, 14 gennaio 1998, in Cass. Pen. 1999, 309; Cass., Sez. II, 2 aprile 2001, in *CED*, 218588.

²⁶² Si veda F. SARNO-M. SARNO, *L'evoluzione*, cit. 75.

L'intenzione del legislatore è senz'altro apprezzabile, ma intensi dubbi suscita la modalità prescelta per darvi attuazione²⁶³.

In particolare, viene posto in rilievo la criticità della scelta della Commissione di introdurre una disposizione di portata generale all'interno di una norma che si presenta essere a carattere proprio – in quanto applicabile alla sola categoria dei pubblici ufficiali – ma che permette comunque a chiunque di usufruirne, in quanto chi difende il domicilio è una qualunque persona che vi abita, vi lavora e che non gode di alcuna qualifica pubblica²⁶⁴.

Inoltre, sembra importante sottolineare – proprio per ribadire le criticità della via prescelta per dare attuazione all'intento di tutelare le aggressioni nel domicilio – che trattando all'art. 31 comma 3 come un caso di legittima si finisce per snaturare l'intenzione della Commissione Nordio in merito alla legittima difesa (come prevista dall'art. 30) in quanto si permetterebbe la difesa anche al di fuori dei parametri richiesti dall'art. 30 e quindi prescindendo dal bilanciamento dei beni e della sostanziale parità tra mezzi di offesa e di reazione, innescando in tal modo un rischio di caduta verso l'autodifesa individuale eccessiva²⁶⁵.

Altra problematica che l'art. 31 del progetto suscita è legata all'uso dell'espressione “ragionevole timore” utilizzata nel testo in relazione all'incolumità personale. Il dato letterale induce a pensare che il ragionevole timore di cui si parla sia ben diverso dal concetto di pericolo attuale caratterizzante invece l'articolo precedente, trattandosi, nel primo caso, della sola rappresentazione plausibile di un tale pericolo, legittimando in tal modo una difesa ampiamente putativa, non ancorata ad un vero e proprio giudizio sulla proporzionalità e difficilmente sindacabile in sede giurisdizionale²⁶⁶.

Anche il progetto Nordio non riuscì ad avere fortuna in quanto nonostante fosse stato presentato nel 2004, a causa dell'avvicinarsi della conclusione della

²⁶³ Si veda M. ZANNUCOLI, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa*, cit. cap. II, par. 2, 16.

²⁶⁴ A. CADOPPI, <*Si nox furtum faxit*>, cit., 1408; E. LO MONTE, *Osservazioni*, cit., 27.

²⁶⁵ A. PAGLIARO, *Il reato nel progetto della commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, 14; A. GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio (l. 13 febbraio 2006, n° 59)*, in *Studium Iuris*, 2006, 966.

²⁶⁶ T. PADOVANI, *Una introduzione al progetto*, cit., 2852; E. LO MONTE, *Osservazioni*, cit., 27.

legislatura fu accantonato poiché la maggioranza individuò altre priorità di governo e di legislazione, preferendo concentrarsi su leggi speciali.

Ma il processo riformatore non si arrestò e così il 4 ottobre 2005 viene presentato alla Camera dei Deputati un emendamento che vede come primi firmatari i deputati Anna Finocchiaro e Giuseppe Fanfani. Questa volta la proposta presentata sembra avere il chiaro obiettivo di introdurre nella disposizione dell'art. 52 c.p. un elemento che prenda in considerazione, almeno in parte, le difficoltà di chi si difende all'interno del proprio domicilio²⁶⁷. Il testo dell'emendamento recita: «Nei casi previsti dall'art. 614 c.p., primo e secondo comma, non è punibile colui che, legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicato, usa un mezzo idoneo a contrastare l'offesa, che non sia manifestamente sproporzionato alla stessa».

La formulazione sembra idonea al raggiungimento dello scopo della riforma e cioè di estendere leggermente i confini e i limiti della proporzionalità al fine di poter consentire, al soggetto aggredito nel proprio domicilio, una difesa più idonea.

Tale previsione legislativa aveva quindi l'intento di offrire maggior tutela nel proprio domicilio, punendo solamente quelle condotte difensive che apparivano essere manifestamente sproporzionate. Il tentativo di riforma non ebbe però fortuna, in quanto la maggioranza parlamentare, impegnata in una propria riforma di cui si dirà, respinse la proposta²⁶⁸.

In ogni caso, negli ultimi anni le importanti problematiche legate alla sicurezza pubblica diedero vita a numerosi disegni di legge in materia di legittima difesa, aprendo un'era di dibattiti parlamentari che sarebbe terminata solo con l'approvazione di una nuova legge volta a riformare definitivamente dell'istituto della legittima difesa²⁶⁹.

²⁶⁷ Si veda M. ZANNUCOLI, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa*, cit. cap. II, par. 2, 16.

²⁶⁸ G. MARRA, *Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola licenza di uccidere*, in *Diritto e Giustizia*, 2006, fasc. VI, 95.

²⁶⁹ M. ZANNUCOLI, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa*, cit. cap. II, par. 2, 17.

4.5 Il progetto Pisapia

Nel corso della XV legislatura, la Commissione ministeriale presieduta dall'avvocato Giuliano Pisapia propose un nuovo progetto volto alla riforma della parte generale del codice penale.

Tale Commissione sembrò però prendere le distanze dalle linee guida tracciate in precedenza dai progetti Pagliaro e Nordio, non prevedendo nella categoria delle esimenti la distinzione tra cause oggettive di giustificazione e cause soggettive di esclusione della colpevolezza. Infatti, nonostante la presenza di istanza positive a tale suddivisione, la Commissione era dell'opinione che tale classificazione, forse corretta sul piano teorico, non poteva che sollevare eccessivi problemi pratici e soprattutto non esigeva necessariamente una regolamentazione codicistica, che deve occuparsi della disciplina degli istituti più che del loro inquadramento dogmatico. Infatti, si riteneva che una volta individuata una rubrica unitaria idonea a comprendere le cause di giustificazione nel loro complesso, sarà poi compito della dottrina e della giurisprudenza determinare se sia possibile o meno effettuare una distinzione tra ipotesi che operino oggettivamente sul fatto o soggettivamente sulla colpevolezza, ed in caso affermativo quando si tratti dell'una e quando dell'altra figura²⁷⁰.

La legittima difesa fu disciplinata dall'articolo 38 del Progetto e la Commissione Pisapia non sembrò prendere le distanze dal precedente Progetto Grosso riproducendo specularmente la norma da questo disegnata. Nel nuovo progetto del codice penale venne quindi riproposta la specificazione circa l'attualità del pericolo, valorizzando inoltre quanto realmente percepito dall'agente²⁷¹.

La Commissione inoltre, non solo condivise anche il principio secondo cui l'aggressore assume minore dignità di tutela a causa della sua condotta illecita, ma sposò anche la scelta del Progetto Grosso di rendere legittima una reazione che leda un interesse in maniera «moderatamente superiore a quello protetto».

Interessante quanto previsto dal terzo comma dell'articolo in questione, il quale prevedeva l'obbligo per il soggetto aggredito di optare per la reazione difensiva meno lesiva per l'aggressore. Con tale norma, la Commissione ha voluto

²⁷⁰ M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 24.

²⁷¹ *Ibidem*.

dare espressamente rilievo al principio secondo cui il pericolo non deve essere diversamente evitabile. Tale disposizione viene però ponderata, il legislatore infatti impone l'impiego del mezzo difensivo meno dannoso solo a parità di efficacia, e ciò al fine di impedire che l'agredito incolpevole sia costretto a subire un danno conseguente alla condotta ingiusta dell'aggressore²⁷².

Il penultimo comma ripropone invece il discusso tema della fuga, configurandola come un'opzione che deve necessariamente essere presa in considerazione dal soggetto aggredito e da questi preferita rispetto ad una qualsiasi reazione difensiva, ma sempre a condizione che la fuga non implichi alcun rischio per l'agredito. Nelle intenzioni della Commissione, la norma così costruita un concetto moderno di onore che non risulta lesa dalla "ritirata strategica" a fronte di un'aggressione²⁷³. Poiché tuttavia, l'agredito non può essere costretto a subire pregiudizi, si è ritenuto comunque precisare che la fuga deve essere praticata solo laddove non comporti alcun pericolo per il soggetto che la attua.

L'ultima parte dell'articolo prevedeva, come altri progetti, la non invocabilità della difesa legittima quando il pericolo sia stato provocato ad arte dal soggetto aggredito al fine di garantirsi l'immunità per colpire l'aggressore.

Il lavoro della commissione Pisapia, per quanto valido, aveva però evitato di trattare in modo esplicito le problematiche relative all'autotutela nel privato domicilio, tematica all'epoca – e tutt'ora – di grande attualità ed interesse.

Il Progetto Pisapia infatti non prevedeva in nessuna parte una riforma volta a tutelare questa particolare ipotesi di legittima difesa, ma si poteva comunque ritenere che l'ipotesi di legittima difesa domiciliare poteva ritrovarsi implicitamente regolamentata nel secondo comma che – come accennato – introduce il correttivo della legittimità di una reazione con effetti lesivi sui beni da essa interessati moderatamente superiori a quelli tutelati²⁷⁴.

Tale formula, però, rischiava di comportare complessità di valutazioni e disparità di orientamenti giurisprudenziali per la genericità del riferimento contemplato dall'avverbio "moderatamente"²⁷⁵.

²⁷² *Ibidem.*

²⁷³ *Ibidem.*

²⁷⁴ M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 25.

²⁷⁵ *Ibidem.*

Anche il disposto del terzo comma, che postulava la necessità da parte dell'agredito di svolgere una serie di apprezzamenti, sollevava delle perplessità dovute alle difficoltà per il soggetto aggredito – in un contesto emozionale, alterato come quello in cui ci si difende da un'aggressione – di scegliere il mezzo meno lesivo.

Problematico era anche il quarto comma il cui tenore imporrebbe all'interprete una complicata ricostruzione degli eventi al fine di ritenere secondo la sua personale e soggettiva opinione la sussistenza o meno di una via di fuga non pericolosa per l'agredito²⁷⁶.

In conclusione, fu evidente l'esigenza di una riforma volta ad aggiornare la legittima difesa soprattutto in tema di difesa domiciliare; tale riforma non tardò ad arrivare, e poco dopo, fu approvata la legge n. 59 del 2006.

5. L'introduzione della l. 13 febbraio 2006 n. 59.

La legge 59\2006 costituisce il punto d'arrivo di anni di tentativi di riforma dell'istituto della legittima difesa.

La proposta fu in realtà presentata già alla fine del 2002²⁷⁷, ma il relativo disegno di legge fu inserito all'ordine del giorno della Commissione Giustizia del Senato solo nel febbraio del 2004, nel vivo del dibattito pubblico sui limiti della difesa legittima, anche in relazione al favore espresso dal Ministro della Giustizia pro tempore per una modifica normativa “a maggior tutela di chi viene aggredito”²⁷⁸.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ Sull'*an* della questione, era intervenuto il consigliere Carlo Nordio che aveva affermato «oggi le norme in vigore pur consentendo teoricamente a chi si trova di fronte ad un rapitore di reagire con le armi, di fatto lo espone ad un processo [...] spesso si ritiene che la reazione a mano armata anche in casa propria ecceda il pericolo cui si è esposti. di conseguenza viene punita [...] La norma lascia spazio ad interpretazioni opposte: lecito, illecito, assoluzione e punizione. un codice di impronta liberale dovrebbe garantire la libertà dell'individuo di difendersi anche quando non è presente la forza pubblica, avvalendosi di un diritto naturale».

²⁷⁸ In argomento si veda l'intervista dell'allora Ministro della Giustizia Roberto Castelli, “*Cambieremo la legittima difesa*”, in *La Padania*, 18-19 aprile 2004, 10. Per le immediate reazioni di autorevoli voci dottrinali in merito alla dichiarazione del Ministro si veda M. CHIAVARLO, *Legittima difesa non far west*, in *la Stampa*, 19 aprile 2004, 1. Dall'eco mediatico del dibattito di riforma prende le mosse anche l'indagine di F. VIGANO', *Spunti per un "progetto alternativo" di riforma della legittima difesa*, cit., 2001 ss.

Le istanze di riforma della legittima difesa sono da tempo presenti nel nostro Paese e si inseriscono in una precisa tendenza che trova significative corrispondenze in molti Paesi occidentali: trend che mira ad esaltare le risorse di autodifesa del cittadino di fronte alle sfide di una criminalità avvertita da parte della collettività come sempre più pericolosa ed aggressiva²⁷⁹.

Inoltre, l'iter parlamentare del disegno di legge in esame subì un'accelerazione a seguito di due gravi fatti di cronaca: il 13 aprile un gioielliere milanese ed il figlio avevano sparato ed ucciso un rapinatore fuggito con cinque orologi dopo aver sfondato con una mazza la vetrina esterna del negozio; il 16 aprile a Roma era stato, invece, aggredito ed ucciso un tabaccaio durante una rapina nel proprio negozio, già in precedenza più volte rapinato²⁸⁰.

Il lungo iter parlamentare culminato con la riforma in esame fu sicuramente influenzato non solo da ragioni di tipo meramente giuridico ma, anche di tipo fenomenologico.

In primo luogo, infatti, l'opinione pubblica iniziò a risentire dell'aumento quantitativo delle rapine e della maggior violenza utilizzata dagli aggressori²⁸¹. Si iniziò inoltre a notare una vera e propria escalation nella commissione di talune fattispecie criminose, come ad esempio le aggressioni a commercianti nei rispettivi esercizi commerciali²⁸². Una tale situazione portò alla percezione di un senso di sfiducia nei confronti dello Stato, il quale, agli occhi dell'opinione pubblica, sempre meno riusciva ad assicurare un'efficace tutela del cittadino contro le minacce della criminalità²⁸³. Di fronte ad uno Stato considerato incapace di provvedere alla tutela dei cittadini, la reazione istintiva tornò ad essere quella di un passato lontano dove vigeva la regola di "far da sé", e cioè di armarsi e di provvedere in prima persona

²⁷⁹ F. VIGANO', *Sulla "nuova" legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 190.

²⁸⁰ V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte a trasfigurazione?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 830.

²⁸¹ In tal senso F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 434.

²⁸² Per dati precisi a proposito della costante crescita delle rapine denunciate all'autorità giudiziaria si veda *Statistiche giudiziarie penali. Anno 2002*, ISTAT, 2002, 51- tavola 1.6.

²⁸³ Sul punto si veda D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, (ed. it. a cura di Ceretti), Milano, 2004, 69 ss.

alla difesa della propria incolumità fisica e dei propri beni dalle minacce della criminalità²⁸⁴.

Lo scopo della riforma sembrava quindi essere quello di assicurare, attraverso la puntuale determinazione dei casi in cui è lecito difendersi usando le armi, una maggiore tutela dei cittadini. Emblematico in questo senso, un intervento parlamentare secondo cui «Se lo Stato non è in grado di tutelare prima i propri cittadini contro simili aggressioni, lo deve fare dopo, presumendo la proporzionalità e, quindi, la liceità della loro reazione, evitando così il paradosso di trasformare l'agredito in un imputato»²⁸⁵.

Numerosi furono gli interventi che ponevano l'accento sulla necessità di riconoscere a ciascun cittadino il diritto naturale all'autodifesa, restituendogli la sovranità almeno nel proprio domicilio²⁸⁶, del quale viene sottolineato il carattere "sacro"²⁸⁷, che gli deriva dal suo essere immediata proiezione della sfera di intimità che circonda la persona.

L'idea della difesa del domicilio e quindi di uno spazio "sacro" ed in quanto tale inviolabile dagli estranei, non sembrava però essere aderente all'altra tipologia di situazioni per le quali fu essenzialmente pensata la riforma della legittima difesa, e cioè le rapine nei pubblici esercizi.

In tali ipotesi, infatti, la tutela riguarda quasi esclusivamente il patrimonio poiché l'offesa alla persona risulta piuttosto eventuale, persino nell'ipotesi in cui la rapina fosse compiuta a mano armata, essendo ritenuto improbabile che il rapinatore faccia uso di armi o comunque di violenza fisica se la vittima non si oppone alla sottrazione dei beni²⁸⁸.

Tuttavia, i promotori della riforma rimasero dell'idea che anche e soprattutto per queste ipotesi fosse indispensabile l'introduzione di una legge idonea a sancire una volta e per tutte, senza equivoci, la liceità della reazione del rapinato.

Particolarmente interessante in tal senso fu un intervento al Senato in cui si affermò: «Il patrimonio per tutti, o quasi tutti, i cittadini non è solo "il patrimonio",

²⁸⁴ In argomento F. VIGANO', Spunti per un "progetto alternativa" di riforma della legittima difesa, cit., 2027.

²⁸⁵ Intervento dell'on. Lussana nella seduta parlamentare del 26 gennaio 2006.

²⁸⁶ Relazione al d. d.l. n. 1899.

²⁸⁷ Relazione al d.d.l. n. 2287.

²⁸⁸ F. VIGANO', *Sulla "nuova" legittima difesa*, cit. 197.

ma molto spesso, per non dire sempre, è per sé, i propri figli e la propria famiglia. Con questa legge va in pensione lo slogan “La proprietà è un furto” che deve essere definitivamente consegnato al tempo in cui si è inutilmente cercato di darvi dignità di ideologia»²⁸⁹.

L’idea di fondo è ugualmente quella di tutelare il cittadino²⁹⁰, cercando quindi di soddisfare un’esigenza che sorge prepotente nel contesto sociale, come d’altronde dimostrato anche dai sondaggi d’opinione svolti in quel periodo²⁹¹.

I motivi che spinsero verso una riforma dell’istituto della legittima difesa, come accennato, non furono esclusivamente di carattere fenomenologico ma anche prettamente giuridici. Come infatti affermato dalla dottrina, sarebbe riduttivo attribuire il perdurante interesse in tema di legittima difesa solo all’enfasi mediatica delle cronache su particolari fatti di sangue, ovvero alla recente crescita di specifiche tipologie criminose, come i furti e le rapine in abitazione, specie nelle ville, che presentano una probabilità elevata di incontro/scontro con il proprietario e/o abitanti²⁹².

Anche la relazione al disegno di legge originario di riforma, infatti, sottolineava altre problematiche: da un punto di vista meramente giuridico infatti, i proponenti criticavano aspramente la formulazione della norma in esame, obiettando che questa lasciasse un eccessivo grado di discrezionalità al giudice soprattutto con riguardo alla valutazione del requisito della proporzionalità; si aggiungeva inoltre che spesso, a causa di tale problematica normativa, fatti del tutto analoghi venivano giudicati diversamente da un tribunale all’altro, con un’evidente violazione del principio di uguaglianza sancito dall’articolo 3 della Costituzione²⁹³.

²⁸⁹ Intervento del sen. Bobbio nella seduta del Senato del 6 luglio 2005, in F. VIGANO', *Sulla "nuova" legittima difesa*, cit. 197.

²⁹⁰ In tal senso si veda l’intervento dell’on. Rossi nella seduta della Camera del 28 novembre 2005, in in F. VIGANO', *Sulla "nuova" legittima difesa*, cit. 195.

²⁹¹ Tali sondaggi vengono citati da A. CADOPPI, *“Si nox furtum facsit, si im occisit, iure caesus esto”*. *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, cit., 139.

²⁹² V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa*, cit. 830.

²⁹³ Si veda il D.d.l. n. 1899 «L’eccessivo grado di discrezionalità che è stato lasciato al potere di interpretazione dei magistrati, finisce per vanificare la certezza del diritto. Fatti del tutto simili vengono giudicati in modo completamente difforme da un tribunale all’altro, da un grado di giudizio all’altro. Al povero imputato, colpevole di aver difeso la propria vita, i propri beni, la scritta nei tribunali “la legge è uguale per tutti” appare spesso come una beffa, il ghigno irridente di una giustizia cieca, imprevedibile e crudele»; F. VIGANO', *Sulla "nuova" legittima difesa*, cit. 192.

Quindi, la seconda ragione per la quale si è ritenuta necessaria una riforma della legittima difesa è da ricercarsi nell'esigenza di una maggior precisione della norma, eliminando la discrezionalità dei giudici, soprattutto in relazione al giudizio di proporzione²⁹⁴, essendovi un'ampia base di dati sui quali lavorare per considerare legittima o meno la condotta del soggetto reagente²⁹⁵.

L'originaria norma codicistica sarebbe stata però interpretata troppo spesso in termini talmente rigorosi da condurre ad una sostanziale inapplicabilità della stessa o quantomeno al suo riconoscimento solo a conclusione di un lungo, stressante e dispendioso processo²⁹⁶.

È importante osservare come la riforma in esame abbia introdotto un concetto di legittima difesa diverso da quello finora conosciuto e voluto²⁹⁷.

La ratio dell'istituto, infatti, era sempre stata quella di assicurare al singolo, quando lo Stato non fosse in condizioni di garantire la difesa, la possibilità di reagire nei limiti di tollerabilità etico-sociale, al fine di tutelare un diritto proprio o altrui minacciato da un'ingiusta aggressione.

I sostenitori della riforma, invece, sembrarono promuovere una diversa concezione della legittima difesa, intesa come strumento di prevenzione generale contro l'allarme criminalità: più precisamente, l'idea sembra essere quella secondo cui il cittadino, difendendosi, eserciterebbe un ufficio pubblico, partecipando alla lotta dell'ordinamento giuridico contro il crimine²⁹⁸.

La legge 13 febbraio 2006 n. 59 fu il culmine quindi un iter complesso e venne promulgata con l'intento di soddisfare la pluralità di esigenze appena analizzate.

La principale novità della riforma si ravvisa nella previsione di una presunzione di proporzione tra l'azione difensiva e l'aggressione ingiusta, qualora

²⁹⁴ A. GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio*, cit. 960 ss.

²⁹⁵ M. PIERDONATI, *La proporzione nella legittima difesa: il "momento" e la base nel giudizio*, in *Ind. Pen.* 2003, 610.

²⁹⁶ V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa*, cit. 833.

²⁹⁷ G. ZANUCCOLI, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa: la legge 13 febbraio 2006, n. 59 e prospettive di riforma*, tratto da <http://www.diritto2000.it/Zanuccolilegittimadifesa.html>

²⁹⁸ P. SEMERARO, *Riflessioni sulla riforma della legittima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio*, in *Cass. pen.*, 2006, 277. Nella pagina mancano alcuni corsivi: v. criteri per note

essa avvenga all'interno di un domicilio o di un esercizio commerciale, professionale o imprenditoriale²⁹⁹.

All'originario articolo 52 del codice penale furono aggiunti ulteriori due commi i quali andarono a disciplinare la legittima difesa domiciliare: la legge 59 del 2006 prevedeva infatti all'art.1, rubricato "Diritto all'autotutela in un privato domicilio", che "All'art. 52 del codice penale sono aggiunti i seguenti commi: nei casi previsti dall'art.614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se tal uno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o l'altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione. La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale".

Come è evidente dalla lettera della legge l'intento non fu quello di introdurre un nuovo art. 52 bis c.p.³⁰⁰, ma quello di aggiungere un secondo e un terzo comma alla norma originaria.

Interessante soffermarsi sulla natura dei due commi introdotti dalla riforma: in dottrina ci si è infatti interrogati sulla natura speciale o autonoma della scriminante rispetto all'ipotesi già prevista dal primo comma. Il dibattito dottrinale nasce dal fatto che rispetto al primo comma i nuovi commi 2 e 3 dell'articolo 52 c.p. non fanno alcun riferimento né al requisito della "attualità" né tanto meno al requisito della "necessità-inevitabilità" della difesa, richiedendo esclusivamente la finalità defensionale della reazione dell'agredito³⁰¹.

²⁹⁹ F. VIGANO', *Sulla "nuova" legittima difesa*, cit. 202.

³⁰⁰ Favorevole in tal senso in dottrina P. BELLINI, *La legittima difesa*, cit. 209. Il progetto originario prevedeva però l'introduzione di un articolo 52-bis con un contenuto sostanziale in parte dissimile da quello congedato a fine legislatura ma con intento finale del tutto identico, il quale stabiliva che nel contrastare una violazione di domicilio finalizzata alla commissione di altri reati si sarebbe configurata in ogni caso come legittima difesa la condotta di chi avesse fatto uso di un arma legittimamente detenuta ovvero di qualsiasi altro mezzo idoneo per dissuadere o a rendere inoffensivo l'aggressore qualora vi fosse stata minaccia per la propria od altrui incolumità. Si veda F. SARNO-M. SARNO, *L'evoluzione*, cit. 83.

³⁰¹ Si veda R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 696.

Per un primo, prevalente, orientamento dottrinale³⁰², si è osservato che l'articolo 52 c.p. commi 2 e 3 avrebbe introdotto un'ipotesi speciale di legittima difesa, caratterizzata dal contesto in cui avviene l'aggressione che deroga rispetto all'ipotesi del primo comma. La novella si muove quindi pur sempre all'interno della logica della legittima difesa di cui al primo comma, presentando tuttavia un elemento ulteriore, un *quid pluris* specializzate rappresentato dal requisito della proporzione presunta nell'ipotesi in cui l'aggressione avvenga nei luoghi previsti dal secondo e terzo comma dell'art. 52 c.p.³⁰³.

Secondo altro orientamento³⁰⁴, la fattispecie di cui al secondo comma integrerebbe una scriminante autonoma che si pone su un piano di assoluta eterogeneità rispetto alla causa di giustificazione di cui al primo comma, proprio sotto il profilo della introdotta irrilevanza della proporzione: in altre parole, l'introduzione dei commi 2 e 3 mirerebbe a riconoscere in capo al soggetto – come sostenuto anche nel corso dei lavori preparatori – un diritto all'autotutela in un privato domicilio, dando così luogo ad un vero e proprio diritto e quindi ad una situazione giuridica soggettiva assimilabile sul piano contenutistico all'esercizio di un diritto³⁰⁵.

Le conseguenze derivanti dall'adesione al primo o al secondo orientamento sono particolarmente rilevanti: infatti, se si segue l'orientamento che considera la legittima difesa domiciliare come un'ipotesi speciale di legittima difesa, ai fini della sua configurabilità dovranno essere accertati anche i requisiti previsti dal primo comma, con la conseguenza che il giudice avrà sempre il compito di accertare la sussistenza dell'offesa ingiusta, del pericolo attuale e della inevitabilità della reazione difensiva.

La giurisprudenza di legittimità non tardò ad esprimersi sul punto³⁰⁶, prendendo posizione in ordine alla natura giuridica della cosiddetta legittima difesa

³⁰² F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2018, 407.

³⁰³ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 99.

³⁰⁴ T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo*, cit. 52.

³⁰⁵ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 99.

³⁰⁶ Cass., Sez. I, 7 ottobre 2014, n. 50909, *CED* 261491, la Cassazione ha sostenuto che la modifica apportata all'articolo 52 c.p. dalla l. 59 del 2006 ha guardato solo il concetto di proporzionalità, restando il presupposto dell'attualità dell'offesa e della inevitabilità dell'uso delle armi come mezzo di difesa della propria o altrui incolumità. I giudici di legittimità sostengono poi che la reazione a difesa dei beni è legittima solo quando non vi sia desistenza ed anzi sussista un pericolo attuale anche per l'incolumità fisica. Si veda anche Cass., Sez. IV, 10 gennaio 2014, n. 691, *CED* 257884;

domiciliare: la Corte di Cassazione sposò la tesi dottrinale secondo la quale, quella introdotta dalla novella, costituiva un'ipotesi speciale di legittima difesa e non una scriminante autonoma. In particolare, gli Ermellini consolidarono definitivamente la tesi dottrinale secondo cui le modifiche apportate all'art. 52 c.p. dalla L. n. 59 del 2006, hanno riguardato solo e soltanto il concetto di proporzionalità, rimanendo invece fermi i presupposti dell'attualità dell'offesa e della inevitabilità dell'uso delle armi come mezzo di difesa della propria o dell'altrui incolumità; di conseguenza, la Corte ha aggiunto che la reazione a difesa dei beni è ritenuta legittima solo nel momento in cui non vi sia desistenza e sussista un pericolo attuale per l'incolumità fisica dell'agredito o di altri³⁰⁷.

Ciò posto, occorre ricostruire disciplina introdotta dal legislatore del 2006 analizzando la struttura della fattispecie.

Primo presupposto richiesto dalla novella per la applicabilità della scriminante è da rinvenirsi nell'esistenza del requisito oggettivo della sussistenza

Cass., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 28802, in *Giur. pen.*, 2014, la Corte di Cassazione ha sostenuto che per invocare la legittima difesa, anche domiciliare, deve pur sempre sussistere un'aggressione ovvero il pericolo di un'aggressione in atto. La modifica del concetto di proporzionalità ha lasciato immutati, pertanto, i presupposti dell'attualità dell'offesa e dell'inevitabilità dell'uso dell'arma come mezzo di difesa dell'incolumità o dei beni dell'aggressore, che devono essere esaminati previamente ed in tale ordine, cosicché, se insussistenti i primi requisiti, non si potrà passare a valutare quello successivo della proporzionalità. In senso conforme v. Cass. pen. Sez. I, 21 febbraio 2007, n. 12466, in *De Jure*, 2007, dove si afferma che «la causa di giustificazione prevista dall'art. 52, comma secondo, cod. pen., così come mod. dall'art. 1 L. 13 febbraio 2006 n. 59, non consente un'indiscriminata reazione nei confronti del soggetto che si introduca fraudolentemente nella propria dimora, ma presuppone un attacco, nell'ambiente domestico, alla propria o altrui incolumità, o quanto meno un pericolo di aggressione»; Cass. pen. Sez. I, 8 marzo 2007, n. 16677 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, secondo cui «in tema di legittima difesa, le modifiche apportate dalla legge 13 febbraio 2006, n. 59 all'art. 52 cod. pen., hanno riguardato solo il concetto di proporzionalità, fermi restando i presupposti dell'attualità dell'offesa e della inevitabilità dell'uso delle armi come mezzo di difesa della propria o dell'altrui incolumità; di conseguenza, la reazione a difesa dei beni è legittima solo quando non vi sia desistenza ed anzi sussista un pericolo attuale per l'incolumità fisica dell'agredito o di altri»; Cass. pen. Sez. I, 27 maggio 2010, n. 23221 in *Giur. pen.*, 2014, viene affermato che «in tema di legittima difesa, le modifiche apportate dalla legge 13 febbraio 2006, n. 59 all'art. 52 cod. pen. hanno riguardato solo il concetto di proporzionalità, al dichiarato scopo di rafforzare il diritto di autotutela in un privato domicilio o in un luogo ad esso equiparato, fermi restando i presupposti dell'attualità dell'offesa e della inevitabilità dell'uso dell'arma come mezzo di difesa della propria o dell'altrui incolumità»; Cass. pen. Sez. IV, 14 novembre 2013, n. 691, in *De Jure*, secondo cui «la causa di giustificazione prevista dall'art. 52, comma secondo, cod. pen., così come modificato dall'art. 1 della legge 13 febbraio 2006, n. 59, non consente un'indiscriminata reazione nei confronti del soggetto che si introduca fraudolentemente nella dimora altrui ma presuppone un pericolo attuale per l'incolumità fisica dell'agredito o di altri».

³⁰⁷ Cass. Pen. Sez. I, 3 luglio 2014, n. 28802.

di una violazione di domicilio: tale violazione dovrà essere individuata *per relationem*, visto l'espresso richiamo dell'articolo 52 all'articolo 614 c.p.³⁰⁸

Il legislatore, infatti, con tale disposizione ha voluto evitare che colui il quale si introduca all'interno di uno dei luoghi previsti dall' articolo 614 c.p. il quale ha già, quindi, commesso un fatto antigiuridico, porti la sua violazione a conseguenze ulteriori o estreme: di fronte al rischio di una possibile progressione offensiva del comportamento dell'intruso e del ricorso alla violenza da parte di quest'ultimo è prevista la liceità del ricorso ad uno strumento di autotutela *ad hoc*³⁰⁹. Tale requisito ha quindi lo scopo di individuare quelli che sono i limiti spaziali entro i quali può essere esercitata la facoltà dell'uso delle armi o di altro mezzo idoneo: la condotta per essere considerata legittima deve essere tenuta in uno dei luoghi "protetti" individuati dall' articolo 614 c.p. tra i quali dottrina³¹⁰ e giurisprudenza³¹¹ hanno richiamato non solo l'abitazione ma ogni altra privata dimora (ad es. barche, camper ecc..) ed le rispettive pertinenze (ad es. pianerottolo, cortile, androne).

Inoltre, tra i luoghi "protetti" il legislatore annovera in modo chiaro anche gli altri luoghi dove viene esercitata un'attività commerciale professionale o

³⁰⁸ Art. 614 c.p.: 1. Chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con l'inganno, è punito con la reclusione fino a tre anni. 2. Alla stessa pena soggiace chi si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà di chi ha il diritto ad escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno. [...].

³⁰⁹ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 698.

³¹⁰ F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1967, 1079.

³¹¹ Cass. pen., Sez. V, 18/02/2020, n. 17954 in *De Jure*; Cass. pen., Sez. IV, 24/10/2019, n. 48767, *CED Cass. pen. 2020*; Cass. pen., Sez. V, 03/10/2019, n. 4444, *Diritto & Giustizia 2020, 4 febbraio*; Cass. pen., Sez. V, 06/02/2019, n. 24438, *Diritto & Giustizia 2019, 3 giugno*; Cass. pen., sez. V, 24/09/2018, n. 2670, *CED Cass. pen. 2019*; Cass. pen., sez. IV, 13/09/2018, n. 45216, *Guida al diritto 2019, 1, 90*; Cass. pen., Sez. V, 27/03/2018, n. 35764, *CED Cass. pen. 2018*; Cass. pen., Sez. V, 19/02/2016, n. 38236, *CED Cassazione penale 2016*.

imprenditoriale³¹², rimanendo invece esclusi i luoghi pubblici e i mezzi di trasporto, anche collettivi³¹³.

Come accennato la scriminante di cui al secondo comma presenta una natura doppiamente propria essendo necessarie sia la legittima presenza all'interno dei luoghi di cui all'articolo 614 c.p. (o in quelli ad essi assimilati a norma del terzo comma dell'articolo 52 c.p.) del soggetto che si difende, sia la legittima detenzione dell'arma utilizzata al fine di autotutela³¹⁴. Per quanto riguarda il primo requisito va sottolineato che il legislatore ha voluto far riferimento alla "legittima presenza" e non al proprietario al fine di far beneficiare della scriminante chiunque si trovi in uno dei luoghi indicati senza avervi fatto ingresso contro la volontà espressa o tacita di chi aveva il diritto di escluderlo. Per ciò che invece concerne la legittima detenzione dell'arma³¹⁵, si tratta di un requisito richiesto solo per l'arma in quanto tale e non per "ogni altro mezzo idoneo". Stando al tenore della norma non pare tuttavia necessario che l'arma sia legittimamente detenuta dal soggetto che poi effettivamente la utilizza, essendo sufficiente che la presenza in loco di tale mezzo di autodifesa risulti autorizzata³¹⁶.

Perché la condotta prevista dal nuovo secondo comma dell'articolo 52 c.p. possa essere considerata lecita è necessario che sia posta in essere al fine di difendere la propria o altrui incolumità ovvero al fine di difendere i propri o altrui beni, richiedendosi in questa seconda ipotesi anche la sussistenza del duplice requisito della non desistenza e del pericolo di aggressione.

³¹² Si veda a tal proposito quanto affermato da G. FLORA, *Brevi riflessioni sulla recente modifica dell'art. 52 c.p.*, cit. 461, il quale evidenzia che non è necessaria ai fini della sussistenza della scriminante che in questi luoghi si svolga attualmente l'attività (l'esempio portato è quello del gioielliere che accorre notte tempo al negozio perché è scattato l'allarme ed ivi sorprende il ladro nell'atto di saccheggiare la cassaforte), né che si tratti di un luogo chiuso (anche l'area di rifornimento di carburante, normalmente situata all'aperto, rientra tra luoghi "protetti" di cui al co. 3 art 52 c.p.). È ritenuto sufficiente che luoghi parola ospiti hanno una stabile, sebbene saltuaria, esplicazione della personalità individuale, di guisa che il riferimento "all'interno" servirebbe solo a circoscrivere spazialmente l'area di liceità dell'intervento difensivo.

³¹³ F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune*, cit., 435 s.; P. CIPOLLA, *Modifica ex l. n. 59 del 2006 all'art.52 c.p. in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, VI, 1372; C.A. ZAINA, *La nuova legittima difesa*, cit., 274 s.; A. GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio*, cit., 968; D. SICILIANO, *Il pericolo d'aggressione: la legittima difesa al Senato*, in *Studium Iuris*, 2005, 1120.

³¹⁴ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 699.

³¹⁵ *Ex art. 2 l. 2 ottobre 1967 n. 895.*

³¹⁶ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 699.

Quanto all'ipotesi prevista dalla lett. a), è stata sollevata la questione relativa l'ambiguità dell'espressione "incolumità propria o altrui": sicuramente deve essere escluso ogni riferimento alla pubblica incolumità l'espressione, infatti, deve riferirsi ai beni della vita e dell'integrità fisica dei singoli determinati individui. In realtà secondo un'interpretazione restrittiva il concetto di incolumità non pareri comprendere alcuni beni giuridici personali come, ad esempio, la libertà in tutte le sue forme; A tale interpretazione però si contrappone quella estensiva³¹⁷ conforme anche a quella che è la *ratio* della riforma del 2006 che invece ritiene tali libertà incluse nel concetto di incolumità quando si è all'interno del proprio domicilio o nei luoghi di cui al comma 3 dell'articolo 52 c.p.

Nella seconda ipotesi prevista dal comma 2, il legislatore ha voluto limitare la presunzione di proporzionalità tra offesa del patrimonio e reazione legittima richiedendo due ulteriori presupposti: la mancata desistenza³¹⁸ ed il contestuale pericolo di aggressione.

L'elemento della non desistenza sta a indicare che, in un'ottica progressiva del reato – da violazione di domicilio a furto e a seguito della scoperta dell'intruso in casa a rapina – il soggetto aggressore, essendo stato scoperto, minacciato dal titolare del bene protetto (o altra persona presente), oppure essendo stato intimato ad andare via, non mostra nessuna intenzione di voler desistere dall'azione criminosa. In tali casi si ritiene che si inneschi una condotta per fatti concludenti che esclude totalmente la possibilità di una cessazione immediata dell'aggressione³¹⁹.

È proprio qui che si può ravvisare sia la *ratio* del requisito in esame, sia il motivo per il quale esso è destinato ad operare solo per la protezione di beni patrimoniali: il legislatore ha infatti espressamente preferito eliminare ogni possibile fraintendimento tra i soggetti, facendo così gravare sul soggetto aggredito un onere implicito di accertare la reale volontà del soggetto aggressore di perseguire

³¹⁷ T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo*, cit. 56.

³¹⁸ La presenza del requisito della non desistenza e del successivo pericolo di aggressione appare per la prima volta nell'aprile del 2004 in un testo elaborato dalla Commissione Giustizia, la quale aveva accolto l'invito rivolto dalla Commissione Affari costituzionali ad individuare con maggiore tassatività le circostanze della situazione che legittimano una reazione in stato di difesa legittima. Si veda F. VIGANÒ, *Sulla "nuova" legittima difesa*, *Riv. it. proc. pen.*, 2006, 209.

³¹⁹ F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune*, cit. 438.

nella sua azione criminosa, prima di procedere all'uso delle armi a difesa di beni non primari. Va sottolineato che tale onere che non viene esteso anche ai casi di difesa dell'incolumità fisica, e la *ratio* di tale scelta è giustificata da due motivazioni: la prima è ravvisabile nel voler evitare di ridurre eccessivamente l'ambito della riforma; la seconda invece si basa sul fatto che sarebbe poco logico prevedere come elemento della scriminante un'offesa che rappresenta il pericolo stesso per cui quella scriminante viene concepita, inoltre, tale onere si ritiene essere soddisfatto con la percezione da parte del soggetto aggressore di una possibile reazione difensiva dell'agredito ed in una sua non immediata fuga³²⁰.

Importante è però fare una precisazione: la disposizione non fa assolutamente riferimento ad un vero e proprio obbligo di esclamare la classica frase: “fermo o sparo”; infatti un tale obbligo non potrebbe far altro che tradursi in una situazione nella quale si avvantaggerebbe il rapinatore\l'intruso concedendogli un tempo di reazione sicuramente più ampio e misurato³²¹. Urge quindi precisare che la non desistenza non va interpretata come onere per l'agredito di intimare alcunché, ma come non immediata fuga del soggetto aggressore³²².

Altro presupposto richiesto dal secondo comma lett. b) è il “pericolo di aggressione”. Necessario fin da subito ribadire che con tale formula letterale il legislatore non ha voluto intendere che lo stesso rappresenti un duplicato del requisito del “pericolo attuale”.

Non è però chiaro quali fossero le intenzioni del legislatore, e se quindi la formula alluda al pericolo di aggressione con riferimento al bene patrimonio ovvero con riferimento al bene incolumità fisica di chi reagisce. A tal proposito tenendo conto di quelli che sono stati i resoconti parlamentari, una parte della dottrina³²³ ha

³²⁰ A. GARGANI, *Il diritto di autotutela*, cit., 972; T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio*, cit., 56; G. FLORA, *Brevi riflessioni*, cit., 466; D. SICILIANO, *Il pericolo d'aggressione*, cit., 1120.

³²¹ Si veda quanto detto dal sen. Calvi nel proprio intervento del 6 luglio 2005: “Sarà onere che incomberà sulla parte offesa, sull'agredito dimostrare che non vi è stata desistenza, occorre che io preavverta l'aggressore dicendo: fermati, altrimenti ti sparo; attendi un attimo. Se per caso egli non è un rapinatore avrà il tempo per chiarire la sua posizione, ma se sta per compiere effettivamente un'azione violenta nei miei confronti, il mio preavvertimento si tradurrà sicuramente in un incentivo ad aggredirmi”.

³²² F. VIGANÒ, *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit. 210.

³²³ E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi 'sacrosante' e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 432, il quale ritiene che in tal modo la vita e l'integrità fisica sono collocati sullo stesso piano della proprietà di una cosa.

ritenuto che con tale formula il legislatore avesse l'intento di far riferimento solo e soltanto alla tutela del patrimonio.

Altra parte della dottrina³²⁴ invece, tende ad offrire un'altra interpretazione: secondo tale orientamento il pericolo di aggressione al bene patrimonio integra già di per sé il requisito della mancata desistenza dell'agente. In realtà l'ulteriore requisito del pericolo di aggressione, per avere pieno significato autonomo e distinto dal precedente deve riferirsi ad un bene giuridico diverso, che altro non può essere che la incolumità fisica dell'agredito³²⁵.

La dottrina maggioritaria³²⁶ ritiene che il requisito del "pericolo di aggressione" manifesti la volontà del legislatore di far riferimento alle ipotesi in cui, dopo l'invito a desistere, si verifichi un pericolo di aggressione alla persona, sebbene non attuale. Si tratta pertanto di un *quid minoris* rispetto al pericolo attuale³²⁷.

Come accennato però, l'elemento più caratteristico introdotto dalla riforma riguarda il requisito della proporzionalità: il legislatore ha infatti previsto che in presenza delle condizioni indicate dalla norma, la scriminante operi automaticamente sulla base di quella che sembrerebbe rappresentare a prima vista una presunzione *iuris et de iure* di proporzionalità tra difesa e offesa. In tali termini la norma così come modificata dalla l. 59\2006 sembrerebbe postulare, come immediata conseguenza, la privazione di ogni potere discrezionale del giudice volto alla valutazione del nesso di proporzionalità tra difesa e offesa³²⁸.

Sicuramente un tale intervento legislativo ha inevitabilmente acceso numerose problematiche interpretative; in particolare la dottrina si interrogava sul se l'illegittima intrusione fosse condizione sufficiente a legittimare la reazione, e quindi se la violazione di domicilio costituisca di per sé l'unico elemento aggressivo. Nonostante la formulazione legislativa abbia attribuito alla "privata

³²⁴ A. INTINI, *Legittima difesa, rischi di sproporzione. quel generico pericolo di aggressione*, in *Diritto e Giustizia*, 2005, n. 34, 112; G. MARRA, *Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola "sproporzionata" o "allargata": molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 439.

³²⁵ A. GARGANI, *Il diritto di autotutela*, cit. 702.

³²⁶ T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo*, cit. 56.

³²⁷ A. GARGANI, *Il diritto di autotutela*, cit. 702.

³²⁸ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 102; R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 703; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 366;

dimora” un'estrema centralità³²⁹, intorno alla natura assoluta o relativa della presunzione esiste un acceso contrasto interpretativo, alimentato anche da molteplici dubbi sulla legittimità della scriminante speciale.

Secondo una prima impostazione³³⁰, tesa a valorizzare il dato letterale-teologico relativo alla legittima difesa domiciliare, si riteneva la natura assoluta della presunzione di proporzionalità³³¹: i lavori parlamentari hanno infatti manifestato chiaramente che l'obiettivo perseguito fosse proprio quello di conferire un maggior potere singoli cittadini nel loro diritto di autotutela, riconoscendo loro la sovranità nel proprio domicilio³³².

L'adesione a tale impostazione, comporta una significativa conseguenza: al giudice non sarà più attribuito il potere di deliberare in ordine alla sussistenza del rapporto di proporzionalità tra offesa e difesa, dovendosi invece limitare alla sola verifica della sussistenza dei presupposti legali prescritti dalla norma per riconoscere l'operatività dell'effetto scriminante. Tali presupposti avrebbero quindi valore di “sintomi normativi” dell'esistenza di un pericolo attuale, talmente grave, da indurre l'ordinamento a riconoscere proporzionato il ricorso alle armi, ove sia incombente un attacco al bene dell'incolumità individuale di taluni dei soggetti legittimati³³³.

L'orientamento in esame, si basa sul presupposto che una tale discrezionalità affidata al giudice impedisca un adeguata tutela a chi si difende, esponendolo al contrario, a un rischio di un processo ingiusto o peggio ancora di una condanna ingiusta; per tali motivi il giudice dovrà constatare attraverso una sorta di “presa d'atto” solo e soltanto la sussistenza dei presupposti legali prescritti dalla norma per riconoscere le operatività della scriminante³³⁴.

³²⁹ La legge 59/2006 testualmente recava una rubrica denominata “modifica all'articolo 52 del codice penale in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio”.

³³⁰ P. SEMERARO, *Riflessioni sulla riforma della legittima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio*, cit., 843 ss.; G. MARRA, *Legittima difesa*, cit., 96; A. CADOPPI, *La legittima difesa*, cit., 436; E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa*, cit., 432.

³³¹ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 102; R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 704.

³³² Resoconto seduta n. 736 del 24 gennaio 2006 alla Camera dei Deputati in www.camera.it

³³³ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 704.

³³⁴ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 102.

L'interpretazione *stricto sensu*, appena vista, riconoscendo il carattere assoluto della presunzione di proporzionalità, ha suscitato aspre critiche³³⁵ e ha allarmato coloro i quali ritenevano che così facendo la novella avrebbe trasformato la legittima difesa in una “licenza di uccidere”. In questi termini risulta chiaro che la novella comporterebbe seri e fondati dubbi di incostituzionalità, posto che il nostro ordinamento riconosce in cima ai valori costituzionalmente inderogabili proprio il diritto alla vita, avallato inoltre anche a livello internazionale dall'art. 2 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo³³⁶.

In virtù degli obblighi sovranazionali, la legittima difesa, frutto della novella introdotta con l. 59 del 2006, non può e non deve essere in contrasto con quanto prescritto dall'art. 2 CEDU, sul quale occorre quindi fare qualche precisazione.

Ad una prima lettura dell'art. 52 comma 2, in realtà non sembrano esserci particolari problematiche in relazione al rispetto della gerarchia dei beni statuiti dall'art. 2 CEDU. Quest'ultimo, infatti, pur sancendo il diritto alla vita di ogni persona, non ne prescrive un'inviolabilità assoluta, ma al contrario, contempla delle ipotesi tassative al verificarsi delle quali le violazioni di tale diritto possono essere tollerate³³⁷. In tema di legittima difesa, l'art. 2 CEDU al secondo comma lett. a) ammette l'utilizzo della forza al fine di contrastare un'aggressione ingiusta alla persona³³⁸.

Risulta però chiaro come tale norma abbia l'obiettivo di porre dei limiti ben precisi alla legittima difesa. Innanzitutto, la CEDU ammette l'uso della forza solo al fine di difendere la persona da una violenza illegale: tale concetto sembra

³³⁵ Hanno manifestato preoccupazione, tra gli altri, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. cit. 21; E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa*, cit. 432.

³³⁶ La dottrina già da tempo sottolinea l'incidenza dell'art. 2 CEDU sull'istituto della legittima difesa: M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 152 ss.; A. ESPOSITO, *Il requisito della «proporzione» nella difesa legittima: l'incidenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella disciplina dell'istituto*, in *Giust. pen.*, 1981, II, 730 ss.

³³⁷ C. RUSSO-BLASI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, 917 ss.

³³⁸ Art. 2 CEDU: «1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena.
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».

presupporre un'aggressione in corso piuttosto che il mero pericolo di aggressione, che è, invece, sufficiente secondo l'art. 52 comma 2 c.p.

La violenza che può, dunque, dare luogo ad un'uccisione giustificata è – nella logica e nello scopo della Convenzione – quella che consiste nella minaccia di una lesione dell'integrità fisica o della vita, non nella mera aggressione ai soli beni materiali con una vaga pericolosità per il proprietario dei beni³³⁹.

In altre parole, costituisce una violazione dell'art. 2 CEDU l'equiparazione della violazione del domicilio al pericolo non in corso di un'aggressione alla vita e/o all'incolumità fisica.

A norma dell'art. 2 della CEDU, è consentita la violazione del diritto alla vita quando il ricorso alla forza si riveli assolutamente necessario per assicurare la difesa di ogni persona dalla violenza illegale. Per la Corte il requisito dell'assoluta necessità è ammesso solo qualora sia accertata la stretta proporzione tra la condotta dell'agredito ed il fine difensivo³⁴⁰. In particolare, essa ha ritenuto che: «L'obbligo di proteggere il diritto alla vita, letto in combinato disposto al dovere generale dello Stato di cui all'art. 1 della Convenzione di “assicurare a tutti, entro la propria giurisdizione, i diritti e la libertà della Convenzione”, implica che ci debbano essere alcune forme di indagini ufficiali effettive quando gli individui vengono uccisi in seguito al ricorso alla forza»³⁴¹.

Nel valutare se l'uso della forza abbia varcato o meno gli argini della stretta necessità, la Corte considera, dunque, tutte le circostanze fattuali in cui si è svolta la vicenda, valutando la stretta proporzione tra il tipo d'arma utilizzata, le modalità di utilizzo di quest'ultima ed il fine perseguito, vagliando anche la possibilità di ottenere il risultato perseguito mediante una condotta alternativa meno gravosa per il soggetto leso³⁴². L'obbligo di accertamento non risparmia il profilo della stretta proporzione che è, dunque, un limite invalicabile³⁴³.

³³⁹ D. SICILIANO, *Il pericolo di aggressione: la legittima difesa al Senato*, cit. 1121.

³⁴⁰ Si veda la nota sentenza “Giuliani e Gaggio contro Italia” 24 marzo 2011, ricorso n. 23458\02, in *Oss. Giur.*, 2013.

³⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande camera 27 settembre 1995, McCann c. Regno Unito, in www.echr.coe.int.

³⁴² G. CONSORTE, *La presunzione di proporzione in una prospettiva internazionale: spunti interpretativi*, in *Cass. pen.*, 2657.

³⁴³ In tal senso E. LO MONTE, *Osservazione*, cit. 36 ss.; F. VIGANO', *Spunti per un «progetto alternativo» di riforma della legittima difesa*, cit., 2043; C.F. GROSSO, *Cinque anni di leggi penali: molte riforme (talune contestabili), nessun disegno organico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, n. 5, 537.

In considerazione di quanto brevemente accennato in merito all'articolo 2 CEDU, una parte della dottrina ha quindi proposto un'interpretazione che sia costituzionalmente orientata.

Tale impostazione si basa sul presupposto che il legislatore, pur sicuramente mosso dall'intento di ampliare la sfera di operatività della scriminante, non ne ha modificato la struttura. L'intervento, dunque, non avrebbe cancellato nessuno dei fondamentali requisiti strutturali richiesti dal comma 1 dell'art. 52 c.p.³⁴⁴

La lettura costituzionalmente orientata della disciplina conferisce natura relativa alla presunzione di proporzione nella misura in cui il requisito della proporzione tra offesa e reazione non è stato soppresso, ma postulato come esistente della norma, e proprio per questo presunto; come presunzione, quella di esistenza della proporzione condivide il fondamento logico di tutte le presunzioni fondate sulla normalità dei casi, ossia l'*id quod plerumque accidit*³⁴⁵.

Inoltre, a favore di una visione relativa della presunzione di proporzionalità vi sono altre motivazioni: in primo luogo se alla presunzione venisse riconosciuta natura assoluta, dovrebbe essere postulata come esistente anche nei casi, pur marginali, in cui la proporzione non esiste. così facendo vi sarebbe un contrasto con il principio di uguaglianza (poiché verrebbero trattate in modo uguale fatti difensivi di diverso valore) e con la gerarchia dei valori costituzionali³⁴⁶.

In secondo luogo, si deve tener presente che la *ratio* della presunzione di proporzionalità è ravvisabile nel fatto che la legittima difesa speciale riguarda comportamenti criminosi che nella quasi totalità dei casi non si esauriscono nella messa in pericolo dei soli beni patrimoniali ma concretizzano in pericolo attuale per l'incolumità o la vita altrui³⁴⁷.

In conclusione la riforma introdotta dalla l. 59 del 2006 deve necessariamente essere interpretata conformemente non solo alla Costituzione ma, anche alla normativa sovranazionale; ciò comporta inevitabilmente che, in virtù di

³⁴⁴ In tal senso V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?* cit., 826; P. SEMERARO, *Riflessioni sulla riforma della legittima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio*, cit., 843- 846; G. MARRA, *Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola licenza di uccidere*, cit., 96; A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 436.

³⁴⁵ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 103.

³⁴⁶ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 705.

³⁴⁷ *Ibidem*.

quelli che sono i principi sanciti dall'articolo 2 CEDU e dal nostro ordinamento, la presunzione di proporzionalità introdotta dalla riforma non può essere interpretata in modo così estensivo da renderla una presunzione assoluta; quest'ultima resta quindi una presunzione che ha natura relativa nei limiti sopra precisati.

6. Legittima difesa e stato di necessità (art 54 c.p.).

Il nostro codice penale prevede all'articolo 54 la scriminante dello “stato di necessità”. Con tale causa di giustificazione, il legislatore ha voluto esprimere il principio per cui *necessitas non habet legem*, stabilendo quindi che «non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo»³⁴⁸.

Analizzando brevemente quelli che sono i requisiti richiesti dalla scriminante, per quanto riguarda l'azione di salvataggio i presupposti possono essere individuati nel “pericolo attuale e non volontariamente causato” e nel “danno grave alla persona”. Interessante notare come la nozione di pericolo ex art. 54 c.p. coincida con quella illustrata a proposito della legittima difesa³⁴⁹; il pericolo può essere dovuto sia da un accadimento naturale che da un comportamento dell'uomo.

Il pericolo deve inoltre essere attuale ed anche in questo caso viene richiamata la definizione di cui all'articolo 52 c.p., di conseguenza si afferma che il pericolo è attuale quando il verificarsi del danno è imminente ovvero quando il danno pur essendo già in atto non si è ancora esaurito (c.d. pericolo perdurante).

Il legislatore inoltre pone nella scriminante in esame un ulteriore limite, ossia quello della non volontarietà del pericolo: restano quindi escluse tutte le ipotesi in cui il pericolo sia stato creato intenzionalmente o previsto e accettato come una conseguenza certo è seriamente possibile della propria condotta³⁵⁰.

³⁴⁸ Sullo stato di necessità si veda F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 11ss.

³⁴⁹ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 307.

³⁵⁰ *Ibidem*.

Parte della dottrina ritiene invece che una creazione colposa del pericolo non escluda tout court l'applicazione dell'esimente: per definizione la colpa si caratterizza per l'involontarietà dell'evento³⁵¹.

Il requisito dell'involontarietà, come analizzato in precedenza, risulta essere un requisito solo tacito nella legittima difesa mentre nello stato di necessità il legislatore ha voluto richiederlo esplicitamente.

Per ciò che riguarda il danno grave alla persona, si ritiene il bene minacciato possa consistere nella vita, dell'integrità fisica o in altri beni di natura personalissima, Risultano quindi chiaramente esclusi i beni patrimoniali cosa che invece non avviene nell'istituto della legittima difesa dove consentito difendersi anche a tutela del patrimonio.

Per quanto concerne invece i requisiti dell'azione di salvataggio questi sono la "necessità dell'azione", "l'inevitabilità del pericolo" e "la proporzione". Quanto al primo va brevemente detto che il legislatore ha voluto richiedere che vi fosse l'assenza di alternative lecite o meno lesive egualmente efficaci per neutralizzare il pericolo. il pericolo deve quindi essere evitabile solo attraverso una condotta penalmente rilevante. Sotto questo profilo può essere individuato un'altra differenza con l'istituto della legittima difesa poiché in quest'ultima l'azione difensiva dell'agredito è lecita quando non sia possibile un *commodus discessus*, quando cioè l'allontanarsi o il fuggire dell'agredito comporti rischi per la sua integrità fisica. Nello stato di necessità, invece, l'esistenza di alternative anche rischiose per il soggetto agente esclude l'operatività dell'esimente³⁵².

È inoltre richiesto che il fatto penalmente rilevante sia proporzionato al pericolo sventato con la commissione del fatto; a tal proposito la legge però non richiede una necessaria prevalenza del bene salvato né tantomeno l'equivalenza tra due beni, basta che il divario non sia troppo eccessivo.

Altra differenza tra le due esimenti riguarda proprio il requisito della proporzione: nello stato di necessità i termini della proporzione sono il danno cagionato dall'azione necessitata e il pericolo da cui si cerca salvezza; nel caso

³⁵¹ In tal senso MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 307; In senso contrario si veda: Cass. Sez. V, 23 marzo 2005, n. 16012; Cass. Sez. III, 10 marzo 2011, n. 18896, nelle quali si afferma che la formula "volontariamente" vada interpretata come sinonimo di "colpevolmente".

³⁵² MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 310.

invece di legittima difesa vi è un ulteriore parametro che entra in gioco ossia la maggiore dignità di tutela dell'agredito rispetto all'aggressore ciò che chiaramente non è presente nel caso di cui all'articolo 54 c.p. poiché le persone coinvolte hanno la medesima dignità di tutela. Il rapporto di proporzione va quindi valutato all'interno dell'esimente di cui all'art 54 c.p. in modo più rigido.

Leggendo il dettato dell'articolo 54 c.p., si comprende che lo stato di necessità riguarda quindi azioni di salvataggio a scapito di un innocente, o comunque interessi non pertinenti ad un aggressore: situazioni di necessità affini ma non identiche a quelle nelle quali sorge il problema della legittima difesa³⁵³.

Nella situazione caratterizzata da uno stato di necessità lo squilibrio fra le due posizioni dell'aggressore e dell'agredito – che qualifica la situazione di legittima difesa come (tendenzialmente) un diritto dell'agredito – per definizione non sussiste nello stato di necessità, nel quale invece i due soggetti si trovano in un'identica posizione³⁵⁴.

Interessante notare come la tutela dell'innocente nello stato di necessità abbia esigenze di delimitazione dell'esimente più stringenti rispetto a quelle che si pongono per la difesa nei confronti di un aggressore. Nel codice Rocco lo stato di necessità sembra avere dei presupposti più rigorosi e inoltre copre un ambito meno ampio rispetto alla legittima difesa. Infatti, mentre legittima difesa consente la difesa di qualsiasi diritto, lo stato di necessità ha la qualità di esimente solo nel caso in cui il pericolo attuale sia di danno grave alla persona.

7. Legittima difesa ed uso legittimo delle armi (art 53 c.p.)

I presupposti e i limiti dell'uso legittimo dei mezzi di coercizione fisica trova nell'articolo 53 del codice penale una disciplina che si articola in tre ipotesi: 1) quella in cui l'uso dei mezzi di coercizione sia necessario per respingere una violenza o vincere una resistenza all'autorità; 2) quella in cui la coercizione fisica sia necessaria per impedire la consumazione di una serie di gravissimi delitti; 3) le

³⁵³ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit. 275.

³⁵⁴ *Ibidem*.

ulteriori ipotesi previste dalle norme legislative in cui è consentito un uso più largo delle armi o degli altri mezzi di coazione fisica³⁵⁵.

L'articolo 53 co. 1 pt I c.p. stabilisce che «ferme le disposizioni contenute nei due articoli precedenti virgola non è punibile il pubblico ufficiale che, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorità».

Si deve evidenziare che non sempre risulta agevole la definizione dei rapporti che vi sono fra la scriminante ex art. 53 c.p. e le altre cause di giustificazione. In primo luogo, si può però notare che la clausola di riserva inserita all'inizio dell'articolo 53 c.p. che fa salve «le disposizioni contenute nei due articoli precedenti», oltre a sancirne la sussidiarietà, ne sancisce anche l'autonomia, essendo questo invocabile solo quando difettino i presupposti della legittima difesa e dell'adempimento del dovere³⁵⁶. Necessario però, è sottolineare che grazie alla presenza nel nostro ordinamento dell'art. 53 c.p., la liceità dell'uso delle armi o di altri mezzi di coazione fisica da parte del pubblico ufficiale viene estesa oltre ai casi già previsti e quindi già giustificati a norma degli articoli 51 e 52 c.p.

Va però segnalato che la dottrina non è conforme in merito : vi sono infatti taluni autori che³⁵⁷ tendono a ricondurre l'uso legittimo delle armi all'interno della legittima difesa o in alternativa all'adempimento del dovere; a tale orientamento viene però criticato, dalla dottrina dominante³⁵⁸, di non tenere in considerazione la funzione specificativa ed integrativa assolta dall'uso legittimo delle armi rispetto all'adempimento del dovere, né tantomeno del carattere doveroso del primo rispetto al carattere facoltativo della reazione difensiva contemplata dalla legittima difesa , la quale tende a tutelare esclusivamente beni natura individuale mentre la scriminante di cui all'articolo 53 può ben essere invocata a tutela dei beni super individuali³⁵⁹.

³⁵⁵ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 300.

³⁵⁶ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 301; R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 721.

³⁵⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. cit., 316.

³⁵⁸ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 721.

³⁵⁹ Si veda F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit. 280.

Posto che tra l'istituto della legittima difesa e la scriminante ex articolo 53 c.p. vi sono delle differenze, risulta importante analizzare anche quelli che sono i punti di contatto tra i due istituti in esame.

Per ciò che concerne le differenze tra i due istituti occorre in primo luogo osservare che mentre la legittima difesa è una causa di giustificazione invocabile e quindi applicabile a chiunque, non essendo richiesta nessuna qualifica soggettiva del soggetto agente, la scriminante ex art. 53 c.p. può essere invocata, in presenza delle prescritte condizioni, solamente dal pubblico ufficiale o dalle persone indicate dal secondo comma³⁶⁰.

In secondo luogo, la scriminante di cui all'art. 52 c.p. può essere invocata per la tutela di qualsiasi diritto aggredito, mentre l'uso legittimo delle armi può essere invocato solo e soltanto a tutela della realizzazione di un interesse dell'Autorità.

Per ciò che invece concerne i profili di contatto tra le due cause di giustificazione, è da segnalare che una parte della dottrina ritiene si tratti di scriminanti in rapporto di specialità bilaterale o reciproca³⁶¹. L'elemento specializzante l'uso legittimo delle armi sarebbe costituito dal fatto che il pubblico ufficiale deve dover agire al fine di adempiere i doveri del proprio ufficio per respingere una violenza o vincere una resistenza; quello specializzante legittima difesa invece sarebbe rappresentato dalla proporzione, elemento quest'ultimo ritenuto implicitamente operante anche nella scriminante ex articolo 53 c.p.³⁶²

8. La proposta di modifica del disegno di legge n. 3785 del 2017

Il 28 aprile 2016, ad iniziativa dell'onorevole Ermini, fu presentata una proposta di modifica dell'istituto della legittima difesa che prevedeva un'ulteriore riformulazione dell'articolo 52 c.p., nonché alcune modifiche dell'articolo 59 c.p.³⁶³

³⁶⁰ «La stessa disposizione si applica a qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza».

³⁶¹ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 721.

³⁶² *Ibidem*.

³⁶³ All'art. 59 si prevedeva l'aggiunta del seguente comma: «nei casi di cui all'articolo 52 secondo e terzo comma, la colpa dell'agente è sempre esclusa quando l'errore è conseguenza del grave turbamento psichico causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione poste in essere in

Il 4 maggio 2017 la Camera dei Deputati approvò in prima lettura la proposta di legge n. 3785,³⁶⁴ poi trasmessa al Senato senza però alcun esito.

La riforma fu ritenuta necessaria poiché i proponenti ritenevano che la l'intervento effettuato con legge 13 febbraio 2006 n. 59 si fosse in realtà rivelato molto deludente.

La novella legislativa del 2017 aveva l'intento di prevedere l'introduzione di un nuovo secondo comma dell'articolo 52 c.p. il quale prevedeva che «fermo quanto previsto dal primo comma, si considera legittima difesa, nei casi di cui all'articolo 614, primo e secondo comma, la reazione a un'aggressione commessa in tempo di notte ovvero la reazione ha seguito dell'introduzione nei luoghi ivi indicati con violenza alle persone o alle cose ovvero con minaccia o con inganno».

Si specificava poi che la disciplina contenuta nel secondo e terzo comma dell'articolo 52, (che prevedevano la c.d. legittima difesa domiciliare introdotta dalla l. 59 del 2006) trovava applicazione «nei casi previsti dal (nuovo) secondo comma». L'intento del legislatore del 2017 era quindi quello di introdurre un nuovo secondo comma ma allo stesso tempo conservare le modifiche apportate dalla riforma del 2006³⁶⁵ trasformando il secondo e il terzo comma, introdotti in quella situazione, in terzo e quarto comma.

Con tali modifiche il legislatore aveva l'obiettivo – sulla falsariga del codice penale francese – di “allargare i confini” della legittima difesa e di riconoscere la piena possibilità di reagire alle aggressioni notturne nei luoghi di privata dimora.

Tale intento doveva realizzarsi grazie all'introduzione di una “presunzione” di sussistenza della legittima difesa («si considera legittima difesa») nei casi in cui il soggetto aggredito reagisca a un'aggressione commessa con le modalità e nei luoghi descritti dalla nuova disposizione (nel domicilio in ore notturne; in caso di

situazioni comportanti un pericolo attuale per la vita, per l'integrità fisica o per la libertà personale o sessuale».

³⁶⁴ Proposta di legge C. 3785 Presentata il 28 aprile 2016 - abbinata con C. 3380, C. 3384, C. 3419, C. 3424, C. 3427, C. 3434, C. 3774, C. 3777, C. 2892.

³⁶⁵ La l. 59 del 2006 aveva già introdotto i seguenti commi: «Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o la altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

3. La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale».

violazione di domicilio mediante violenza alle persone o alle cose, minaccia o inganno)³⁶⁶.

Problematica risultò essere la formula «fermo quanto previsto dal primo comma». Infatti, volendo seguire l'intento del legislatore, tale formula andrebbe intesa nel senso che, fatte salve le ipotesi già previste ai sensi del primo comma, risulteranno scriminate anche le condotte previste dai commi successivi senza però che in questo caso siano richiesti anche gli ulteriori e fondamentali requisiti previsti dal primo comma: ossia quelli dell'attualità del pericolo, della necessità e della proporzionalità all'offesa³⁶⁷.

È chiaro quindi che ci si trova davanti a un problema estremamente simile a quello già affrontata con la riforma del 2006, e anche in questo caso le conclusioni non possono che essere pressoché le medesime.

Aderire infatti a una diversa impostazione – e cioè la tesi secondo cui non sono richiesti tutti i requisiti del primo comma – condurrebbe a serie e insuperabili censure di legittimità non solo costituzionale, ma anche convenzionale. Occorre infatti ricordare che l'articolo 2 CEDU³⁶⁸ consente di ritenere legittima l'uccisione dell'aggressore da parte del soggetto aggredito soltanto alla presenza di due condizioni: e cioè quando tale comportamento risulti «assolutamente necessario» per respingere una «violenza illegittima», elementi nel complesso non presenti, ad esempio, nei casi di mera aggressione al patrimonio.

Per tali motivi all'espressione «fermo quanto previsto dal primo comma» deve necessariamente darsi un'interpretazione secondo Costituzione, e quindi nel senso che anche nell'ambito di questa nuova disciplina restano comunque applicabili i requisiti previsti per la legittima difesa di cui al primo comma.

Pertanto, concludendo sul punto, anche nell'ipotesi che i proponenti del 2017 volevano introdurre (ipotesi di reazione ad un'aggressione commessa nel

³⁶⁶ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 108; P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 45.

³⁶⁷ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 107.

³⁶⁸ Art. 2 CEDU: «Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena. 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».

domicilio in ore notturne o con violenza alle persone o alle cose ovvero con minaccia o con inganno), la reazione difensiva poteva ritenersi giustificata *ex art.* 52 c.p. sempre e solo anche in presenza del pericolo attuale di un'offesa ingiusta a un diritto proprio o altrui; la condotta inoltre doveva comunque essere sottoposta ad un giudizio sulla necessità e proporzionalità della razione rispetto all'offesa³⁶⁹.

Ma data questa interpretazione risulta abbastanza evidente che il progetto di riforma del 2017 avrebbe avuto una scarsa portata innovativa, comportando delle innovazioni solamente nei casi della violazione di domicilio in tempo di notte oppure realizzata con violenza alle persone o alle cose ovvero con minaccia o con inganno.

Ma anche tale formula in realtà comportava delle problematiche non indifferenti soprattutto con riferimento al principio di precisione³⁷⁰ poiché la disposizione facendo generalmente riferimento alle ore notturne non stabiliva con nettezza quando effettivamente iniziasse e quando si concludesse il «tempo di notte». Mancanza questa particolarmente rilevante e difficilmente superabile poiché «la notte» può variare in relazione a numerosi fattori come, ad esempio, le differenti condizioni stagionali o metereologiche. Una tale formulazione, inoltre, avrebbe comportato secondo alcuni anche problematiche sul versante probatorio rispetto alla necessità di comprendere, anche grazie alle dichiarazioni rese da testimoni, se nel momento dell'esercizio della legittima difesa forse già calata la notte³⁷¹.

Tale formulazione, quindi, peccava di determinatezza lasciando un confine estremamente labile tra condotte punibili e non punibili.

In un tale contesto il rischio di irragionevoli disparità di trattamento rispetto all'aggressione che nonostante sia subita di giorno, sia pur sempre in condizioni di minorata difesa, diveniva abbastanza concreto, soprattutto con riguardo all'art. 3 della Costituzione³⁷².

³⁶⁹ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 108; P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 45.

³⁷⁰ Principio cardine dell'ordinamento penale, nonché garanzia per la libertà e la sicurezza del cittadino il quale solo in leggi precise e chiare può trovare in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa è vietato. Così MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 67.

³⁷¹ CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 108.

³⁷² Art. 3 Cost. «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona

Inoltre, pur volendo ritenere accettabile la formula “notte” dal punto di vista della determinatezza e precisione, comunque sarebbero rimaste delle gravi problematiche con riferimento a tutte quelle situazioni in cui la condotta criminosa cominci prima del crepuscolo e perduri per un lasso di tempo necessario perché scenda la notte; in questi casi, infatti, ci sarebbe un dubbio, non accettabile, sull’applicabilità o meno della scriminante.

Le incertezze interpretative e le disposizioni che avrebbero introdotto l’innovazione, particolarmente indeterminate in merito all’articolo 52 c.p., hanno comportato la mancata approvazione del testo definitivo. L’impressione è che tale riforma della legittima difesa sia stata in realtà operazione che si caratterizzava più per il significato simbolico di cui si faceva portatrice che per il risultato pratico che si poteva attraverso di essa ottenere³⁷³.

9. La legittima difesa nel diritto internazionale: art. 51 della Carta delle Nazioni Unite

Finora è stato esaminato il ruolo che legittima difesa ha avuto in relazione a quelle che sono controversie, tra persone, che si instaurano in quella che possiamo definire “vita comune”.

La legittima difesa rappresenta però un principio cardine di un’importanza fondamentale: non solo questa è presente fin dagli albori della civiltà ma è anche stata riconosciuta a livello internazionale al fine proprio di disciplinare quelli che sono i rapporti tra gli Stati.

Significativo a tal proposito è esaminare – brevemente – l’articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite³⁷⁴, a dimostrazione che la legittima difesa costituisce un

umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

³⁷³ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 109.

³⁷⁴ Per un approfondimento sui lavori preparatori si veda G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell’uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano, 1988, 27s; Y. DINSTEIN, *War, aggression and self defense*, Cambridge, 1994, 200s; E. JIMENEZ DE ARECHAGA, *General Principles of International Law governing the conduct of States*, in *General Course of Public International Law*, in *Recueil*, 1978, 96; P. LAMBERTI ZANARDI, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milano, 1972, 193, in nota l’autore riporta le osservazioni turche sulla proposta di inserimento di un articolo sulla legittima difesa. Il rappresentante considerava “utile d’inserer dans la Charte une disposition justifiant la légitime défense pour répondre à une attaque par surprise par un autre Etat”.

elemento portante non solo negli ordinamenti nazionali dei singoli Stati ma, anche a livello sovranazionale grazie al ruolo che da sempre gli è stato riconosciuto.

Con la promulgazione della Carta delle Nazioni Unite³⁷⁵, nel 1945, la quasi totalità degli Stati del mondo ha rinunciato ad una parte dei propri diritti, riconosciuti in virtù del principio di sovranità, per affidare la soluzione di alcune controversie agli organi dell'O.N.U.³⁷⁶

A seguito dell'entrata in vigore della Carta delle Nazioni Unite, si può affermare che il diritto di muovere guerra e il diritto di aprire conflitti hanno assunto una forma sicuramente diversa.

Significativo a tal proposito è l'articolo 2 della Carta O.N.U.³⁷⁷ il quale vieta esplicitamente agli Stati di ricorrere all'uso della forza armata per la risoluzione delle controversie internazionali, la violazione della sovranità territoriale e dell'indipendenza politica.

Per comprendere la portata della Carta O.N.U., bisogna ricordare che prima della sua stipulazione era consuetudine considerare la rappresaglia come manifestazione di autotutela. Con il termine rappresaglia, si indicano tutte quelle operazioni di carattere militare – e non solo – di per sé illecite, ma che venivano considerate lecite, in quanto costituivano la reazione ad una violazione commessa dall'avversario³⁷⁸.

La definizione di rappresaglia può quindi sembrare simile alla definizione di causa di giustificazione, evocando nella prassi delle similitudini con la legittima difesa proprio poiché in entrambi i casi vi è la giustificazione di una condotta di per sé illecita per il solo fatto di essere una reazione ad un comportamento altrui. Non bisogna però lasciarsi ingannare: tra rappresaglia e legittima difesa vi sono grandi differenze in quanto la prima è caratterizzata da una fase di meditazione e di

³⁷⁵ Ratificata dall'Italia - membro delle N.U. dal 1955 - con legge 17 agosto 1957 n. 848.

³⁷⁶ L'Organizzazione delle Nazioni Unite è un'organizzazione intergovernativa a carattere internazionale. Tra i suoi obiettivi principali vi sono il mantenimento della pace e della sicurezza mondiale, lo sviluppo di relazioni amichevoli tra le nazioni, il perseguimento di una cooperazione internazionale e di favorire l'armonizzare delle varie azioni compiute dai suoi membri.

³⁷⁷ Art. 2. 4 carta O.N.U. «I Membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall'uso della forza, sia contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, sia in qualunque altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite».

³⁷⁸ H. MCCOUBREY - N. D. WHITE, *International Law and armed conflicts*, Dartmouth, 1992,11.

valutazione delle modalità con cui adottare la contromisura; la seconda invece comporta una risposta immediata, quasi istintiva.

La rappresaglia – che fino all’emanazione della Carta O.N.U. rappresentava una manifestazione di autotutela – inoltre – similmente alla legittima difesa – sembrava anch’essa sottoposta ai limiti della proporzionalità e della necessità, due elementi che apparivano però spesso poco certi.

Con riferimento a tali ultimi requisiti è possibile argomentare che mentre la natura della legittima difesa presenta uno scopo puramente difensivo, per cui appare corretto parlare del limite della proporzionalità tra attacco e difesa, la rappresaglia armata presenta un carattere punitivo, con la conseguenza che alla proporzionalità si sostituisce l’intento di porre lo Stato aggressore in condizioni di non pericolosità³⁷⁹.

Con l’entrata in vigore della Carta delle Nazioni Unite, la facoltà di ricorrere alla rappresaglia armata è stata del tutto eliminata. L’articolo 2 della Carta di San Francisco viene oggi riconosciuto come norma consuetudinaria dal carattere cogente, implicando che la sua violazione è sottoposta al verificarsi di specifiche condizioni espressamente indicate dalla Carta stessa.

Per questo motivo, si considera come unica esimente riconosciuta, quella prevista nell’art.51 della Carta, il quale riconosce allo Stato aggredito il diritto di autotutelarsi in virtù della legittima difesa³⁸⁰. Nel panorama internazionale si ritiene quindi garantita l’opportunità di ricorrere alle misure di difesa volte a contrastare la violazione dei diritti degli Stati, ma deve essere chiaro che tale possibilità è rigorosamente limitata alle ipotesi previste dalla Carta e nessuna previsione, volta ad ampliare il panorama delle azioni esperibili, è concepibile³⁸¹. Oggi si potrebbe quindi affermare che l’espressione *ius ad bellum* sia da ricondurre esclusivamente alla legittima difesa.

Va comunque segnalato che già precedentemente all’emanazione dell’articolo 51, si era iniziata a sviluppare una prassi internazionale, di natura

³⁷⁹ J. COMBACAU, *The Exception of Self-Defense in United Nations Practise*, in CASSESE (ed.) *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Oxford, 1986, pag. 27; S. A. ALEXANDROV, *Self-defense against the use of force in International Law*, L’Aja-Londra-Boston, 1996, 17.

³⁸⁰ M. N. SHAW, *International Law*, Cambridge, 1997, 786; I. BROWNLIE, *International Law and the use of force by States*, Oxford, 1963, 219s.

³⁸¹ U. VILLANI, *Lezioni su l’O.N.U. e la crisi del Golfo*, Bari, 1995, 83.

consuetudinaria, la quale individuava nella legittima difesa una funzione di “causa di giustificazione di atti normalmente illeciti”³⁸². Secondo tale tesi consuetudinaria però, perché si potesse ricorrere alla legittima difesa, erano necessari alcuni requisiti³⁸³.

Come d'altronde avviene anche nel nostro ordinamento, la legittima difesa nel diritto internazionale può essere configurata nel momento in cui essa costituisce una reazione a un'offesa altrui. Anche nella prassi internazionale era quindi richiesto come primo presupposto, per consentire a uno Stato di poter agire in legittima difesa, di aver precedentemente subito un comportamento illecito da parte di altro Stato. Proprio il dato temporale aveva suscitato qualche dubbio in dottrina: a tal proposito, ci si chiedeva infatti, quale fosse e come individuare il momento temporale in cui la reazione, o meglio la risposta, all'atto illecito potesse essere ricondotta alla scriminante della legittima difesa.

A chi proponeva una visione orientata verso l'ampliamento della legittima difesa, configurandola anche nella forma preventiva³⁸⁴, parte della dottrina³⁸⁵ ha obiettato che la risposta dello Stato – per configurare legittima difesa – debba necessariamente avvenire solo quando l'attacco armato sia già stato sferrato o in alternativa come reazione immediata, tale però da non sfociare in rappresaglia, ad un attacco appena giunto al termine.

Secondo requisito richiesto era che l'illecito – fonte della risposta a titolo di legittima difesa – doveva essere contrassegnato dall'uso della forza.

Infine, erano considerati requisiti indispensabili della risposta la necessità e la proporzionalità: infatti proprio in virtù dello scopo meramente difensivo, la difesa, per poter essere considerata legittima e quindi scriminata, doveva concretizzarsi in una risposta volta non solo ad evitare ulteriori danni, ma anche proporzionata al danno inizialmente subito.

Tali requisiti che caratterizzano la legittima difesa, considerata dal punto di vista consuetudinario, non sono riportati in modo esplicito dalla Carta delle Nazioni

³⁸² P. LAMBERTI ZANARDI, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milano, 1972, 119.

³⁸³ G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano, 1988, 30s.

³⁸⁴ N. RONZITTI, *Diritto Internazionale dei conflitti armati*, Milano, 1998, 31.

³⁸⁵ P. LAMBERTI ZANARDI, *La legittima difesa*, cit. 121s.

Unite ma si ritengono universalmente riconosciuti, anche da coloro che ancora non ne sono membri³⁸⁶.

Proprio per tali motivi è stato necessario fare un breve cenno alla legittima difesa nel diritto consuetudinario, poiché occorre evidenziare che la definizione e le condizioni di ricorso ad un'azione a titolo di legittima difesa non si ritengono circoscritti al dettato dell'art. 51.

Parte della dottrina ritiene che detta norma disciplini unicamente una delle ipotesi giustificative del ricorso alla legittima difesa e cioè quella dell'attacco armato in corso, mentre altre modalità sembrerebbero da ricondurre al diritto consuetudinario in virtù della formula "*inherent right*"³⁸⁷; sempre secondo tale tesi, la legittima difesa deve considerarsi garantita in modo assoluto, escludendo la possibilità di apportarvi limitazioni.

Secondo una diversa – ed opposta – impostazione, dall'analisi del dettato normativo dell'art. 51 non si può in alcun modo ricavare neanche una presunta volontà degli Stati di considerare la legittima difesa così estesa, fino a ricomprendervi altre situazioni, che vanno ben oltre la risposta ad un attacco armato già sferrato³⁸⁸. La legittima difesa quindi, secondo tale impostazione, è e deve rimanere circoscritta a quanto espressamente previsto dall'art. 51 della Carta, senza alcuna possibilità di ampliamenti.

L'articolo 51 prevede che: «*nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense, if an armed attack occurs against a member of the United Nations, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security*»³⁸⁹.

Questa prima parte dell'articolo sembra essere di fondamentale importanza poiché evidenzia la decisa presa di posizione da parte dei compilatori, di voler evitare che la legittima difesa possa in qualche modo essere negata ai soggetti di diritto internazionale che siano posti nelle condizioni di poterla invocare. Si prevede

³⁸⁶ N. RONZITTI, *Corte Internazionale di Giustizia e liceità delle armi nucleari*, in *R.D.I.*, vol. LXXIX, 1996, 868; H. MCCOUBREY - N. D. WHITE, *International Law and armed conflict*, cit. 8ss.

³⁸⁷ D.W. BOWETT, *Self-defense in International Law*, Manchester, 1958, 184.

³⁸⁸ P. LAMBERTI ZANARDI, *La legittima difesa*, cit. 210; N. RONZITTI, *Diritto Internazionale*, cit. 31.

³⁸⁹ "Nessuna previsione contenuta nella presente Carta, può impedire il diritto naturale di legittima difesa, individuale o collettiva, se è stato sferrato un attacco armato contro un Membro delle Nazioni Unite, fino a che il Consiglio di Sicurezza non abbia adottato le misure necessarie al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale".

infatti espressamente che nulla di quanto indicato nella Carta può compromettere tale diritto³⁹⁰.

Particolarmente rilevante è l'aggettivo "naturale", volto a caratterizzare il diritto in esame. Il termine – che nel testo in lingua inglese è riportato nella dicitura "*inherent*" – vuole inequivocabilmente recepire la garanzia di poter sempre intervenire a difesa di un diritto che è indissolubile e di cui i soggetti non possono in nessun caso essere spogliati³⁹¹.

Ma se è vero quanto detto e cioè che la legittima difesa non può essere negata, in quanto riconosciuta come diritto inscindibile degli Stati, è anche vero che essa può essere legittimamente esercitata solo e soltanto nel momento in cui si verificano specifiche condizioni espressamente previste dall'articolo in esame. Primo tra gli elementi essenziali ex art. 51 è l'essere stato vittima di un attacco armato³⁹².

La scelta di fare riferimento ad un attacco armato risulta talvolta problematica. Infatti, non è del tutto agevole individuare quali situazioni siano effettivamente riconducibili all'espressione "*armed attack*", soprattutto con riferimento ai casi di attacchi indiretti. Sulla questione si è espressa la dottrina maggioritaria affermando che possono definirsi "*armed attack*", «tutte quelle situazioni che implicano un uso della forza vietato dall'articolo 2 co. 4, tale da minacciare l'integrità territoriale e l'indipendenza politica di uno Stato»³⁹³.

Ultimo elemento che occorre esaminare è il "momento" in cui una risposta armata sia da considerarsi come legittima difesa. Con riguardo alla possibilità di configurare una legittima difesa preventiva la dottrina sembra conforme nell'escludere una tale possibilità. Si è infatti affermato in dottrina che, pur supponendo, nel periodo anteriore alla ratifica della Carta delle Nazioni Unite,

³⁹⁰ Y. DINSTEIN, *War, aggression and self-defense*, Cambridge, 1994, 187.

³⁹¹ N. RONZITTI, *Diritto Internazionale dei conflitti armati*, cit. 32.

³⁹² O. SCHACHTER, *International Law in Theory and in Practice*, Dordrecht, 1991

³⁹³ In dottrina vi è chi ritiene che l'espressione "*armed attack*" dell'art.51 non possa riferirsi né a una semplice minaccia di uso della forza, né tantomeno ad un'aggressione indiretta che non implica il ricorso alle armi e che si manifesta con semplici incidenti di frontiera. A tal proposito si veda H. MCCOUBREY - N. D. WHITE, *International law*, cit. 90. In senso contrario si veda E. SCISO, *L'aggressione indiretta nella definizione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite*, in *Riv. Dir. Int.*, Vol. LXVI, 1983, 272ss.

l'ammissibilità della legittima difesa preventiva, l'entrata in vigore di detta Carta ne ha sicuramente limitato l'ampiezza³⁹⁴.

L'introduzione dell'articolo 51 risolve quindi, in senso restrittivo, il sentito problema in materia di legittima difesa dell'individuazione dei limiti temporali³⁹⁵.

D'altronde, essendo la legittima difesa caratterizzata dai requisiti della necessità e della proporzionalità, sarebbe insensato non solo parlare di necessità dell'attacco, ma principalmente sarebbe assurdo valutare la proporzionalità della difesa prima ancora che l'attacco sia stato sferrato.

10. La difesa tecnica nei casi di legittima difesa

Da un punto di vista processuale, controversa sembra essere la distribuzione dell'onere della prova. Secondo un precedente orientamento giurisprudenziale³⁹⁶, risalente al vecchio codice di procedura penale, sebbene le cause di giustificazione trovassero applicazione solo se la situazione di fatto cui ci si riferisce sia provata pienamente, l'imputato non era gravato da un vero e proprio onere probatorio ma unicamente da un onere di allegazione: le scriminanti sono fatti impeditivi e perciò vige la regola *in dubio contra reum*³⁹⁷.

Il problema dell'onere della prova nel nuovo codice di procedura penale appare solo in parte superato; posto che l'art 530 co. 3 c.p.p. prevede espressamente l'obbligo per il giudice di pronunciare una sentenza di assoluzione quando vi sia la prova della sussistenza una causa di giustificazione ovvero vi sia anche solo un dubbio sull'esistenza delle stesse, la questione dell'onere della prova diviene ancora più problematica con la riforma del processo penale del 1989 che ha modificato l'articolo 190 c.p.p. («le prove sono ammesse a richiesta di parte») seppur mitigato

³⁹⁴ N. RONZITTI, *Diritto Internazionale*, cit., 32.

³⁹⁵ G. VENTURINI, *Necessità e Proporzionalità*, cit. 49s.

³⁹⁶ Cass., Sez. Un., 26 febbraio 1972, 1149, in *Giust. Pen.*, 1972, III, 459. Si veda anche Cass., Sez. IV, 29 gennaio 1981 n. 558. In questa sentenza la corte ha manifestato una posizione più rigida rispetto alle sezioni unite, ponendo a carico dell'imputato l'onere della prova delle scriminanti, sulla considerazione che queste ultime presuppongono un reato perfetto nei suoi elementi naturali e psichici, quindi rappresentano delle cause esterne al reato che ne impediscono la punibilità e quindi operative solo se rigorosamente provate.

³⁹⁷ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 635.

da altri articoli del codice di procedura penale che prevedono poteri integrativi in ordine alla prova attribuiti al giudice.

Nonostante il codice di procedura penale imponga l'obbligo per il pubblico ministero di compiere anche accertamenti sui fatti e le circostanze favorevoli alla persona sottoposta alle indagini, la corretta applicazione del principio dispositivo richiede che nel processo il pubblico ministero abbia il solo onere di provare i fatti costitutivi del reato. Ove si qualificano le scriminanti come fatti impeditivi del reato, nella pratica, sarà l'imputato a doversi preoccupare di far accertare al giudice la loro esistenza nel caso concreto³⁹⁸.

Viceversa, se le scriminanti si considerino come elementi negativi del fatto, si ritiene che ricada sull'accusa l'onere di una prova negativa, compito che da alcuni viene definito quasi «diabolico»³⁹⁹: infatti ai fini della sussistenza dell'illecito penale il pubblico ministero dovrebbe fornire la prova effettiva della mancanza di tutte le cause di giustificazione previste dall'ordinamento.

Tale posizione può comunque essere mitigata sostenendo che la configurazione delle cause di giustificazione come elementi negativi del reato rende non applicabile ad esse la regola dettata dal secondo comma dell'articolo 530 c.p.p. in tema di mancanza di prove.

Conseguentemente, in caso di mancanza di prove positive dell'assenza di cause di giustificazione, non si pone in essere la situazione di mancanza di prova di fatto illecito «in quanto la prova degli elementi obiettivi positivi nonché di quelli soggettivi, uniti alla mancanza totale di prova della presenza di cause di giustificazione fa sì che il giudice possa, sulla base di una regola di esperienza, considerare provati gli elementi negativi del reato»⁴⁰⁰.

Una caratteristica propria dei procedimenti in cui si abbia immediatamente il sentore che ricorra un'ipotesi di legittima difesa è rinvenibile nel fatto che il soggetto reagente all'aggressione viene immediatamente indagato e ciò comporta la necessità di una difesa tecnica⁴⁰¹ immediata, poiché, viste anche quelle che sono le maggiori ipotesi di legittima difesa, nella maggior parte dei casi si rivelano

³⁹⁸ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit. 636.

³⁹⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 1995, 853.

⁴⁰⁰ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2013, 472.

⁴⁰¹ Sui poteri di indagine del difensore si veda la L. 397 del 2000 e in particolare si vedano gli artt. 327-bis, 362, 366 e il Titolo VI-bis del c.p.p. rubricato "Investigazioni difensive".

necessari tutti quegli accertamenti investigativi irripetibili ai sensi dell'articolo 360 c.p.p.⁴⁰²

In tali casi l'iscrizione nel registro delle notizie di reato, a seconda delle diverse ipotesi, con la incolpazione preliminare di omicidio o lesioni volontarie si presenta come atto dovuto: con ciò si intende un'iniziativa dell'organo inquirente volta a stimolare dalle prime battute il diritto di difesa⁴⁰³.

In tutte le situazioni nelle quali vi sia una ragionevole possibilità che il soggetto sottoposto alle indagini abbia agito in stato di legittima difesa (dove la difesa tecnica ha l'onere di provare la sussistenza della scriminante) il primo e fondamentale atto di indagine sarà sicuramente il sopralluogo e l'analisi della scena del crimine: infatti è importante sottolineare che i rilievi sugli strumenti di offesa e difesa, sulle le modalità di impiego, e inoltre la corretta definizione delle posizioni dei contendenti, potranno portare ad una ricostruzione dinamica dei fatti, dando altresì l'opportunità di riscontrare l'esistenza di eventuali elementi accidentali; è chiaro che tutto ciò risulta essenziale per valutare la sussistenza della scriminante.

A tal proposito deve essere aggiunto che negli ultimi tempi, a causa delle continue evoluzioni in ambito scientifico, vi è un costante accrescimento delle competenze che oggi un avvocato o magistrato deve avere e dei supporti tecnico-scientifico di cui, al giorno d'oggi, deve sapersi avvalere anche attraverso l'impiego di Forze dell'Ordine specializzate⁴⁰⁴.

Purtroppo, frequentemente accade che l'esito di una reazione avvenuta in stato di legittima difesa sia la morte di uno o più aggressori. In tali casi essenziale

⁴⁰² Art. 360 c.p.p. «Quando gli accertamenti previsti dall'articolo 359 riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, il pubblico ministero avvisa, senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici.

2. Si applicano le disposizioni dell'articolo 364 comma 2.

3. I difensori nonché i consulenti tecnici eventualmente nominati hanno diritto di assistere al conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve.

4. Qualora, prima del conferimento dell'incarico, la persona sottoposta alle indagini formuli riserva di promuovere incidente probatorio, il pubblico ministero dispone che non si proceda agli accertamenti salvo che questi, se differiti, non possano più essere utilmente compiuti.

5. Se il pubblico ministero, malgrado l'espressa riserva formulata dalla persona sottoposta alle indagini e pur non sussistendo le condizioni indicate nell'ultima parte del comma 4, ha ugualmente disposto di procedere agli accertamenti, i relativi risultati non possono essere utilizzati nel dibattimento».

⁴⁰³ M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 63.

⁴⁰⁴ *Ibidem*.

è che la presenza di corpi umani inanimati sia ben descritta, soprattutto con ampi riferimenti al luogo in cui si trovano e a eventuali traumi riportati, prima che questi siano presi in carico dall'Istituto di Medicina Legale. Il primo degli accertamenti tecnici non ripetibili che viene di norma disposto è sicuramente l'autopsia, il cui fine ultimo è individuare la causa del decesso ed eventuali concause. La natura e le caratteristiche dei traumi possono sicuramente rilevare rispetto alla scelta della linea difensiva da adottare poiché possono indurre, almeno sulla base di una prima valutazione, sull'esistenza o meno dei presupposti dell'esimente⁴⁰⁵.

La medicina forense ovviamente non entra in gioco solo ed esclusivamente nei casi in cui la vicenda si concluda con un decesso ma anche in tutti i casi in cui vi sia comunque una qualche lesione. Tali accertamenti sono estremamente rilevanti in quanto rappresentano strumenti utili a determinare il gradiente offensivo sul quale fondare la valutazione sia dell'entità del pericolo sia della proporzione reattiva nonché per risalire alle armi utilizzate⁴⁰⁶.

Quando vi è l'utilizzo di armi da fuoco la disciplina che si interessa del loro impiego è la balistica, distinta in tre settori. In primo luogo, si deve infatti accertare il funzionamento meccanico delle armi in modo tale da poter attribuire la "paternità" di un'arma nei confronti del proiettile quindi consentire ad esempio di attribuire un determinato colpo ad una determinata arma; in secondo luogo necessario è esaminare quelle che sono state le traiettorie dei proiettili al fine sia di ricostruire le posizioni dei soggetti protagonisti della vicenda e sia di capire se vi sono stati elementi accidentali; in terzo luogo vanno analizzati quelli che sono gli esiti dell'impatto di un proiettile. Si deve però sottolineare che tali analisi non si differenziano particolarmente quando vi è l'impiego di un'arma bianca: in tali casi, infatti, il numero e la direzione dei colpi inferti con una tale arma può determinare il rispetto dei parametri di cui all'articolo 52 c.p. o in alternativa configurare un eccesso di legittima difesa.

In conclusione, al giorno d'oggi vi è sicuramente l'esigenza per la persona sottoposta alle indagini di un efficace intervento difensivo che sia caratterizzato non

⁴⁰⁵ M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 67. L'autore a mo' d'esempio afferma che una ferita con esiti mortali alla schiena suggerisce una maggiore difficoltà a sostenere le attualità di un pericolo di aggressione al momento in cui il corpo fu inferto.

⁴⁰⁶ Si veda A.CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 278s; M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 68.

solo da un'adeguata competenza in punto di diritto ma da una preparazione in materia di progresso scientifico e tecnologico.

11. Indagini difensive ed opzioni di rito

Il codice di procedura penale nella sua originaria formulazione declinava la centralità del diritto alla prova riconosciuta in capo alle parti con il disposto dell'articolo 190 c.p.p. la cui lettura e collocazione sistematica, ne evidenzia la proiezione esclusivamente dibattimentale⁴⁰⁷.

Con l'approvazione della disciplina sulle investigazioni difensive⁴⁰⁸ l'impianto del sistema è parzialmente mutato allineandosi al modello del giusto processo.

Oggi per quanto attiene alla prova scientifica è possibile agire a norma dell'articolo 233 c.p.p.⁴⁰⁹, ed effettuare gli accertamenti esperibili ai sensi degli

⁴⁰⁷ A tal proposito si veda P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 47s; M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 71.

⁴⁰⁸ Sui poteri di indagine del difensore si veda la L. 397/2000.

⁴⁰⁹ Art. 233 c.p.p.: «Quando non è stata disposta perizia, ciascuna parte può nominare, in numero non superiore a due, propri consulenti tecnici. Questi possono esporre al giudice il proprio parere, anche presentando memorie a norma dell'articolo 121.

1-bis. Il giudice, a richiesta del difensore, può autorizzare il consulente tecnico di una parte privata ad esaminare le cose sequestrate nel luogo in cui esse si trovano, ad intervenire alle ispezioni, ovvero ad esaminare l'oggetto delle ispezioni alle quali il consulente non è intervenuto. Prima dell'esercizio dell'azione penale l'autorizzazione è disposta dal pubblico ministero a richiesta del difensore. Contro il decreto che respinge la richiesta il difensore può proporre opposizione al giudice, che provvede nelle forme di cui all'articolo 127.

1-ter. L'autorità giudiziaria impartisce le prescrizioni necessarie per la conservazione dello stato originario delle cose e dei luoghi e per il rispetto delle persone.

2. Qualora, successivamente alla nomina del consulente tecnico, sia disposta perizia, ai consulenti tecnici già nominati sono riconosciuti i diritti e le facoltà previsti dall'articolo 230, salvo il limite previsto dall'articolo 225, comma 1.

3. Si applica la disposizione dell'articolo 225, comma 3».

articoli 391 *sexies*⁴¹⁰ e *septies*⁴¹¹ in combinato disposto con gli articoli 359 e 360 c.p.p., come ricavabile dalla lettura dell'articolo 391 *decies*.

Oggi quindi possono essere svolti dal difensore accertamenti simmetrici e complementari a quelli svolti dal pubblico ministero.

Al difensore quindi, previa autorizzazione, è consentito di svolgere gli accertamenti sulle cose sequestrate (art. 233), nonché sullo stato dei luoghi (391 *sexies* e *septies* c.p.p.) per mezzo dei propri consulenti tecnici.

Scelta di fondamentale importanza di ogni linea difensiva e di ogni processo è quella dell'opzione del rito, tutte le volte in cui il pubblico ministero, a seguito delle indagini svolte e previa notifica dell'avviso di conclusione delle indagini al difensore, non ritenga che vi siano presupposte per una richiesta di archiviazione.

Sicuramente l'avviso di cui all'articolo 415 bis c.p.p.⁴¹² è indice del fatto che il pubblico ministero non è orientato a chiedere l'archiviazione: la persona sottoposta alle indagini e il suo difensore, in tale occasione, potranno verificare in quali termini e con quale fondamento l'organo dell'accusa intende esercitare l'azione penale.

⁴¹⁰ Art. 391 *sexies* c.p.p. «Quando effettuano un accesso per prendere visione dello stato dei luoghi e delle cose ovvero per procedere alla loro descrizione o per eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi, il difensore, il sostituto e gli ausiliari indicati nell'articolo 391 bis possono redigere un verbale nel quale sono riportati: a) la data ed il luogo dell'accesso; b) le proprie generalità e quelle delle persone intervenute; c) la descrizione dello stato dei luoghi e delle cose; d) l'indicazione degli eventuali rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi eseguiti, che fanno parte integrante dell'atto e sono allegati al medesimo. Il verbale è sottoscritto dalle persone intervenute».

⁴¹¹ Art. 391 *septies* c.p.p. «Se è necessario accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico e non vi è il consenso di chi ne ha la disponibilità, l'accesso, su richiesta del difensore, è autorizzato dal giudice, con decreto motivato che ne specifica le concrete modalità.

2. Nel caso di cui al comma 1, la persona presente è avvertita della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'articolo 120.

3. Non è consentito l'accesso ai luoghi di abitazione e loro pertinenze, salvo che sia necessario accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato».

⁴¹² «Prima della scadenza del termine previsto dal comma 2 dell'articolo 405, anche se prorogato, il pubblico ministero, se non deve formulare richiesta di archiviazione ai sensi degli articoli 408 e 411, fa notificare alla persona sottoposta alle indagini e al difensore nonché, quando si procede per i reati di cui agli articoli 572 e 612 bis del codice penale, anche al difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa avviso della conclusione delle indagini preliminari.

2. L'avviso contiene la sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede, delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatto, con l'avvertimento che la documentazione relativa alle indagini espletate è depositata presso la segreteria del pubblico ministero e che l'indagato e il suo difensore hanno facoltà di prenderne visione ed estrarne copia [...]».

CAPITOLO III

LA RIFORMA DEL 2019 SULLA LEGITTIMA DIFESA DOMICILIARE

1. La nuova riforma dell'istituto della legittima difesa: una introduzione

Il 26 aprile 2019 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale¹ la legge n. 36 recante "Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa" il cui testo si compone di 9 articoli. Fin da subito è risultato chiaro che l'intento della riforma era quello di introdurre una normativa volta a offrire una più incisiva tutela alle persone aggredite nel proprio domicilio o in luogo ad esso 'equiparato' (esercizio commerciale ecc.), le quali decidano – per usare un'espressione mutuata dal famoso brocardo tedesco "*das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen*"² – di "non cedere all'ingiusto" e cioè di reagire all'aggressione realizzando una condotta *prima facie* qualificabile come illecito penale.

Inoltre, la riforma ha avuto anche l'intento di inasprire le sanzioni previste per le condotte definibili come "illecita intrusione domiciliare" (artt. 4 e 5 della l. n. 36/2019, modificanti gli artt. 614 e 624-bis c.p.), e della rapina (art. 6), oltre che dalla subordinazione della concessione della sospensione condizionale della pena, nei casi di "Furto in abitazione" (art. 624-bis c.p.) al risarcimento dei danni cagionati alla persona offesa (art. 3)³.

È significativo notare come il c.d. contratto di governo dell'esecutivo allora in carica stabilisse, al paragrafo "area penale, procedura e difesa sempre legittima", che «in considerazione del principio di inviolabilità della proprietà privata, si prevede la riforma ed estensione della legittima difesa domiciliare, eliminando gli elementi di incertezza interpretativa che pregiudicano la piena tutela della persona che ha subito un'intrusione nella propria abitazione e nel proprio luogo di lavoro»⁴.

¹ G.U. n. 102 del 3 maggio 2019.

² La frase significa letteralmente: "il diritto non deve cedere all'ingiusto".

³ F. MACRÌ, *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 28.

⁴ Cfr. la presente pagina web: https://download.repubblica.it/pdf/2018/politica/contratto_governo.pdf

La riforma fu quindi concepita sulla base di queste esigenze. Una delle prime proposte di legge nonché la più aderente all'attuale riforma fu denominata "modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa e di aggravamento delle pene per i reati di furto in abitazione e furto con strappo" e fu presentata il 23 Marzo 2018. Nella relazione di accompagnamento venne messa in luce l'esigenza di una riforma volta a rafforzare la prevenzione di reati quali furto e rapina all'interno degli esercizi commerciali, che divenivano sempre più frequenti⁵.

Le motivazioni che quindi spinsero ad una riforma si basavano sul preoccupante aumento della criminalità, soprattutto in determinati settori. In base all'ultimo rapporto dell'Istat⁶ pubblicato il 1° febbraio 2019 relativo al periodo 2015-2016, rispetto al periodo 2008-2009 risultavano infatti in aumento le denunce di furti con strappo e rapine e inoltre si ravvisava un consistente incremento di furti in abitazione⁷.

Fu evidenziato come la norma di cui all'articolo 52 del codice penale fosse insufficiente a garantire una possibilità di difesa da aggressioni violente, soprattutto

⁵ Proposta di legge ad iniziativa dei deputati Molteni, Molinari, Cantalamessa, Bisa, Boniardi, Di Muro, Marchetti, Paolini, Potenti, Tateo, Turri, Belotti, Bianchi, Cavandoli, Andrea Crippa, Fedriga, Giorgetti, Gobbato, Grimoldi, Guidesi, Invernizzi, Maturi, Picchi, Ribolla, Saltamartini, Tombolato, Zoffili. Nella relazione di accompagnamento venivano così spiegate le motivazioni della riforma: «I recenti fatti di cronaca relativi a violente aggressioni in abitazioni private a scopo di furto e a rapine presso attività commerciali quali la rivendita di tabacchi, di prodotti petroliferi o di preziosi che vengono sempre più di frequente perpetrate ai danni di nostri concittadini, ci impongono, nella nostra responsabilità di legislatori, di verificare che il nostro ordinamento sia adeguato per contrastare e prevenire tali fenomeni. Non c'è dubbio che il nostro sistema di diritto penale preveda delle pene, seppure disapplicate nei fatti per diverse motivazioni (indulti, depenalizzazioni, impossibilità a procedere alla custodia cautelare in carcere, non punibilità per particolare tenuità del fatto, eccetera) in caso di furto e di altri delitti contro il patrimonio, tuttavia occorre considerare che proprio i fatti a cui ci si è riferiti ci mettono dinanzi a una realtà di una violenza sconosciuta: incursioni, anche notturne, in abitazioni o in attività commerciali realizzate con una violenza che non risparmia neppure anziani o bambini e che spesso sfociano in esiti mortali per gli aggrediti. La repressione e la prevenzione dei reati spettano innanzitutto allo Stato, ma è necessario predisporre strumenti adeguati di tutela, nei casi in cui ci sia un pericolo imminente e l'impossibilità di scongiurarlo attraverso il tempestivo intervento delle Forze dell'ordine. A tale scopo il codice penale prevede l'istituto della legittima difesa, sul quale si intende intervenire con la presente proposta di legge». La proposta di legge XVIII legislatura A.C. 274, consultabile al seguente link <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.274.18PDL0004010.pdf>

⁶ <https://www.istat.it/it/archivio/226696>

⁷ Al contrario sembra siano diminuiti i furti di oggetti personali ed automobili. il 36,4% delle aggressioni e il 21,2% delle rapine sono commessi di notte, dopo le 21:00 o nelle prime ore del mattino. Nel caso di furti in casa, il 33% avviene di giorno, il 22,6% dalle 18:00 alle 24, e il 26,5% di notte. Il 10,2% dei cittadini è stato vittima di reati nei 12 mesi precedenti l'indagine. Il 3,7% ha subito furti e lo 0,9% minacce.

nella parte in cui richiedeva la proporzionalità tra difesa e offesa. Inoltre, si rilevava come tale norma, a seguito della modifica avvenuta con la l. 59\2006, si fosse tradotta, attraverso la sua interpretazione giurisprudenziale, in una sostanziale inapplicabilità dell'esimente⁸.

1.2 L'iter legislativo della riforma

Il 24 ottobre 2018 il Senato della Repubblica e successivamente la Camera dei Deputati in data 5 Marzo 2019, approvarono il disegno di legge “Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa”, risultante dall'unificazione dell'originario disegno di legge di iniziativa popolare, AS n. 5, con i DDL di cui ai nn. 199, 234, 253, 392, 412, 563 e 652, di iniziativa parlamentare⁹.

La riforma fu quindi frutto dell'unificazione di vari disegni di legge¹⁰ ad iniziativa sia popolare che parlamentare, tutti volti a codificare una maggiore tutela

⁸ P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 75.

⁹ <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/48614.pdf>

¹⁰ Secondo una prima proposta di legge ad iniziativa popolare, era da ritenersi necessaria una maggior tutela per il cittadino esposto ingiustamente al pericolo in tutti i casi in cui lo Stato non fosse in grado di difenderlo. Il provvedimento si componeva di due articoli: il primo intendeva modificare l'articolo 614 c.p. inasprendo le sanzioni previste per il reato di violazione di domicilio; il secondo articolo riguardava invece l'eccesso colposo ex art. 55 c.p. Tra i disegni di legge ad iniziativa parlamentare il primo che va ricordato è quello ad iniziativa dei senatori La Russa ed altri recante modifiche all'articolo 52 c.p. Il provvedimento si componeva di un solo articolo il quale aveva l'intento di modificare il terzo comma dell'articolo 52 c.p., proponendo l'applicazione della disciplina della legittima difesa anche nei casi in cui, il fatto si verificasse nelle immediate adiacenze dei luoghi ivi indicati. La proposta inoltre aveva l'intento di introdurre una presunzione di pericolo di aggressione e assenza di desistenza in tutti i casi in cui l'offesa ingiusta fosse avvenuta in un contesto domiciliare (o in altro luogo adesso equiparato) con modalità idonee ad innescare uno stato di paura e agitazione la persona offesa. Un secondo disegno di legge ad iniziativa parlamentare fu presentato a d'iniziativa dei senatori Caliendo e altri, con l'intento di apportare delle integrazioni all'articolo 52 c.p. In primo luogo, veniva precisato che l'offesa ingiusta doveva essere valutata come percepita dall'agredito al momento dell'insorgenza del pericolo, inoltre tale proposta aveva l'obiettivo di eliminare il riferimento alla desistenza in quanto costituiva una condizione difficilmente apprezzabile in un momento successivo ai fatti. Viene inoltre proposta l'introduzione un ulteriore comma all'articolo 52 c.p. il quale prevedeva una presunzione legale in materia di legittima difesa domiciliare quando il tentativo di ingresso abusivo fosse stato con infrazione o con violenza o minaccia di uso di armi ovvero tentato da parte di una o più persone. Un terzo disegno di legge d'iniziativa dei senatori Mallegni e altri, composto da un solo articolo volto ad integrare esclusivamente il dettato ex art. 55 c.p., prevedeva che la colpa fosse esclusa quando l'accesso fosse dovuto al condizionamento psicologico determinato dal comportamento di colui verso il quale la reazione fosse diretta. Tale proposta si basava sul presupposto che lui il quale si trovi in determinate situazioni, raramente è in grado di calibrare la propria condotta scegliendo il mezzo meno lesivo per il proprio aggressore. Il disegno di legge, ad iniziativa dei senatori Romeo e altri si componeva invece di quattro articoli. Il primo articolo aggiungeva un ulteriore comma all'articolo 52 c.p.; Il

nei confronti del soggetto che subisce un'aggressione nel proprio domicilio. Le varie proposte, quindi, cercarono – separatamente – di intervenire non solo sull'art. 52 c.p. ma anche sugli articoli 55, 614 e 624 *bis* del codice. Tali disegni di legge sono stati poi unificati per confluire in una proposta di legge intitolata “misure urgenti per la massima tutela del domicilio e per la legittima difesa”.

Tutte le varie proposte di legge che hanno condotto alla riforma, data la particolarità della materia, sono state oggetto di studio da parte sia delle associazioni di categoria in difesa delle vittime di reati quali rapine furti¹¹, sia da parte di importanti studiosi.

La proposta di riforma definitiva inoltre è stata criticata dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale la quale nel luglio 2018 espresse preoccupazioni in merito alla proposta formulata. Principalmente si adduceva che la legittima difesa non aveva nulla a che fare con la licenza ad uccidere e a tal proposito si affermava che i cittadini dovevano essere consapevoli del fatto che se si uccide o ferisce taluno nessuna riforma potrà mai assicurare che non vengano svolti accertamenti penali.

Secondo l'Associazione l'unico vero problema è stabilire quando ricorre il requisito della proporzione e quando sia scusabile un eccesso di difesa¹².

secondo comma interveniva invece sull'articolo 624-*bis* inasprendo il quadro sanzionatorio; il terzo comma aveva l'intento di aggiungere un ulteriore comma all'articolo 165 c.p. in base al quale la concessione del beneficio della sospensione della pena nei casi di condanne per furto in abitazione o furto con strappo era subordinato al pagamento integrale dell'importo dovuto per il risarcimento del danno; infine, il quarto comma aveva l'intento di intervenire sull'articolo 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario inserendo anche l'articolo 624-*bis* tra i reati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari.

¹¹ Per un approfondimento in tal senso si veda BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 103.

¹² «L'Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale esprime profonda preoccupazione per le iniziative parlamentari in corso sulla legittima difesa e per i messaggi ingannevoli che sul tema si stanno diffondendo nell'opinione pubblica. La causa di giustificazione della legittima difesa non ha mai avuto nulla a che fare – in qualsiasi luogo e in qualsiasi tempo – con una licenza di uccidere, poiché la legittimità della difesa è stata sempre subordinata a precisi requisiti: primo fra tutti la necessità di difendersi, in assenza della quale non si parlerebbe più di difesa, ma di offesa gratuita e deliberata. Nel requisito della necessità è implicita un'idea di proporzione della difesa rispetto all'offesa, poiché una difesa volutamente sproporzionata cesserebbe di essere difesa e assumerebbe i contenuti di un'offesa. L'idea di introdurre un “diritto di difesa” che prenda il posto della legittima difesa – come vorrebbe la proposta di legge n. 580 – stravolge quindi il significato della causa di giustificazione, poiché introduce una licenza di uccidere ancorata semplicemente a un rapporto cronologico tra aggressione e “difesa”: qualunque compressione del requisito della proporzione della difesa, mediante una presunzione normativa della sua sussistenza (come nelle proposte di legge n. 274, 308 e 580 attualmente all'esame della Camera dei deputati), non può in ogni caso escludere la necessità della difesa stessa. Il solo e vero problema consiste nello stabilire quando ricorra il requisito della proporzione e sia scusabile un eccesso di difesa: che si tratti di un problema da sempre

Anche il Consiglio Nazionale Forense nel settembre 2018 fu chiamato a pronunciarsi sulla riforma. Le opinioni espresse in quella sede non furono così diverse da quelle dell'associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale. Fu infatti negata l'esigenza di una riforma dell'istituto della legittima difesa inoltre fu messa in luce la non appropriatezza della scelta (presente in quasi tutte le ipotesi di riforma proposte) di eliminare il requisito della proporzionalità tra offesa e difesa adducendo che se si decidesse di percorrere tale strada si rischierebbe di legittimare nella prassi l'immagine di un cittadino giustiziere chiamato a sostituirsi all'azione statutale di prevenzione e repressione dei reati¹³

La discussione in Senato è avvenuta nella seduta n. 51 del 24 ottobre 2018, con l'apertura della relazione di maggioranza, esposta dal presidente della Commissione Giustizia del Senato¹⁴.

In tale sede fu sottoposta alla commissione e indirettamente agli elettori la storia di un tabaccaio, processato e assolto solo in terzo grado, per l'omicidio di un rapinatore entrato nella sua abitazione¹⁵.

L'intento di tale narrazione era quello di mettere in luce la situazione di un uomo onesto, che di fronte ad uno Stato inadempiente nel prevenire un'aggressione, ha la facoltà o meglio il diritto di subentrare in supplenza di questo.

Il testo, approvato dal Senato della Repubblica fu poi trasmesso alla Camera Dei Deputati.

La commissione giustizia, nell'ambito dell'esame della proposta di legge recante disposizioni in materia di legittima difesa, approvata dal Senato, ha svolto nelle giornate del 9 e 10 gennaio 2019 alcune audizioni dei rappresentanti del

avvertito come assai delicato lo dimostra l'antico detto secondo cui l'agredito che si difende "non ha la bilancia in mano" (*non habet staderam in manu*). Il dibattito sulla riforma della legittima difesa promette oggi all'opinione pubblica vantaggi illusori, perché la riforma annunciata è presentata in modo ingannevole. I cittadini devono infatti essere informati che, se si uccide o si ferisce qualcuno, nessuna riforma potrà mai assicurare che non vengano svolti accertamenti penali o che essi siano meno approfonditi di quelli che si compirebbero in caso di uccisione del cane del vicino (per verificare il delitto di uccisione di animali: art. 544-bis c.p.). Le indagini processuali saranno invece necessariamente maggiori. Si possono infatti eccedere i limiti della difesa anche intenzionalmente (per dare una bella lezione all'aggressore): fatto punito ovunque, non solo in Italia. E verificare se l'eccesso sia stato intenzionale, oppure no, comporta già un'indagine penale. Che è obbligatoria, non discrezionale». Testo integrale pubblicato su www.camerepenali.it in data 24 luglio 2018.

¹³ Si veda P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 106.

¹⁴ Fasc. I-ter, p. 266 ss. La relazione introduttiva è stata poi integrata da dichiarazioni rese nel corso della medesima seduta (p. 293s).

¹⁵ P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 108.

Consiglio nazionale forense e dell'Organismo congressuale forense nonché dei rappresentanti dell'Associazione nazionale magistrati. Va fin da subito precisato che i pareri sono stati tutti contrari rispetto a questa riforma¹⁶.

Il presidente del Consiglio nazionale forense¹⁷ è intervenuto precisando l'esigenza di garantire una lettura della legittima difesa costituzionalmente orientata che tenga quindi sempre conto della necessità e dell'attualità della reazione¹⁸.

Dal presidente dell'Organismo congressuale forense¹⁹ è stata invece sottolineata l'inevitabilità di un procedimento penale per accertare i casi di legittima difesa.

Infine, il presidente dell'Associazione nazionale magistrati²⁰, non solo ha ribadito quelli che sono i principi cardine della legittima difesa²¹ ma, ha anche messo in luce l'esigenza di ricorrere sempre a delle indagini²² al fine di accertare la sussistenza della scriminante. Particolari criticità sono state riscontrate con riguardo al quarto comma il quale secondo l'Anm rischia di legittimare condotte illecite anche gravi poiché non si "limita" ad introdurre una presunzione di proporzione ma, arriva a prevedere una proporzione di legittima difesa²³.

¹⁶ https://www.camera.it/leg18/1132?shadow_primapagina=8369

¹⁷ Andrea Mascherin.

¹⁸ «L'uso dell'arma di per sé può essere ritenuto sempre proporzionale solo in caso di sussistenza della necessità e dell'attualità» si veda P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 112.

¹⁹ Vinicio Nardo.

²⁰ Francesco Minisci.

²¹ «Innanzitutto, la proporzionalità. lo abbiamo detto più volte, lo sapete bene quale sia la nostra posizione. la proporzionalità tra un'offesa ingiusta ricevuta e la difesa che si pone in essere per fronteggiare la spesa ricevuta. se un soggetto minaccia di schiaffeggiarmi a mani nude oh se un soggetto minaccia di rubare una mela evidente che io in questo caso non posso reagire colpendolo con un colpo di arma da fuoco [...] non possiamo abbandonare questo principio di proporzionalità perché non vi sarebbero più regole, non vi sarebbero più confini, non vi sarebbero più parametri e si legittimerebbe ogni forma di reato, anche l'omicidio». Per il discorso integrale si veda <https://www.associazionemagistrati.it/allegati/audizione-camera-legittima-difesa-minisci-genn19.pdf>

²² «Altro cardine dell'istituto è la valutazione del caso concreto da parte dell'autorità giudiziaria, il pubblico ministero prima e il giudice poi, autorità giudiziaria che deve attentamente valutare tutte le circostanze del fatto concreto, analizzare gli accadimenti, svolgere ogni approfondimento necessario per determinarsi in ordine alla sussistenza della causa di giustificazione, tale da condurre alla richiesta di archiviazione o all'esercizio dell'azione penale. Anche sotto questo profilo io credo che non vi possano essere automatismi. Non può bastare la parola dell'agredito che ha reagito per impedire l'offesa che stava subendo per evitare che inizi un procedimento penale. Noi dobbiamo distinguere il procedimento penale dal processo, altrimenti creiamo confusione, lanciamo messaggi sbagliati ai cittadini, rischiamo di creare delle distorsioni irrecuperabili». Per il discorso integrale si veda <https://www.associazionemagistrati.it/allegati/audizione-camera-legittima-difesa-minisci-genn19.pdf>

²³ «Poi abbiamo il nuovo comma IV dell'articolo 52 che è uno degli aspetti più problematici della riforma perché presenta gravi criticità e si presta a forti distorsioni perché rischia di legittimare

Il 18 febbraio 2019 durante la seduta n. 128, il relatore di maggioranza mise in evidenza l'esigenza di una riforma della disciplina dell'autotutela delle vittime di furti e rapine commessi all'interno del proprio domicilio e\o ambito lavorativo, esigenza determinata sia dal preoccupante aumento di questi delitti, sia dall'inefficienza della tutela offerta dallo Stato e in particolare della giurisdizione.

Una delle principali motivazioni alla base della riforma della legittima difesa era proprio quella di tentare di evitare alle vittime di un'aggressione un lungo e doloroso calvario processuale.

Altro relatore della maggioranza²⁴, a sostegno della riforma, portò davanti alla Camera la triste storia di Ermes Mattielli. Questi, la notte del 13 giugno 2006 sorprese a rubare due nomadi nel suo deposito di rottamazione: per difendersi sparò alcuni colpi di pistola ferendo i malviventi. Da quel momento ebbe inizio il calvario: nel 2012 arrivò la condanna in primo grado, nel 2015, quasi 10 anni dopo il fatto, vi fu la condanna in appello e il 5 novembre 2015 a pochi giorni dalla sentenza di secondo grado l'imputato a soli 62 anni morì di infarto.

Tale triste storia è stata portata come esempio, con l'intento di mettere in risalto come in molte occasioni il nostro ordinamento tenda a trasformare la vittima in carnefice. La riforma della legittima difesa vuole evitare il ripetersi di storie simili con una modifica che da un lato abbia un effetto deterrente contro le intrusioni e dall'altro possa tutelare meglio le vittime²⁵.

Il 6 marzo 2019 la Camera dei deputati approvò il progetto di legge con alcune modificazioni e lo trasferì nuovamente al Senato.

condotte illecite anche gravi, addirittura anche l'omicidio. Introduce la presunzione di legittima difesa, attenzione, non la presunzione di proporzione, quella del comma 2, la presunzione della legittima difesa nella sua interezza per cui viene meno l'attualità del pericolo, la concretezza del pericolo stesso, viene meno tutto. Introduce la presunzione della legittima difesa anche al caso in cui il fatto avvenga nelle immediate vicinanze dell'abitazione o del negozio nei confronti di chi agisce per introdursi dentro casa o in negozio. "Respingere l'intrusione" (queste le parole testuali) significa agire in una fase precedente all'intrusione, anche a una distanza significativa dalla propria abitazione, ad esempio presso il cancello di un giardino. Se un soggetto sta per introdursi dal cancello in un mio giardino anche grande, dal balcone di casa mia al secondo piano posso sparargli, ucciderlo e c'è la presunzione di legittima difesa. Questo dice questo comma 4. Quindi anche se si trova in prossimità del giardino, costui dovrà forzare il cancello, attraversare il giardino, forzare il portone di casa mia, entrare ma io prima che avvenga tutto questo gli ho sparato, l'ho ucciso e invoco la scriminante della legittima difesa». Per il discorso integrale si veda <https://www.associazionemagistrati.it/allegati/audizione-camera-legittima-difesa-miniscigenn19.pdf>

²⁴ L'on. Turri.

²⁵ Si veda Seduta n. 128 del 18 febbraio 2019, discussione sulle linee generali A.C. 1309-A, 5.

La proposta è diventata la legge 26 aprile 2019, n. 36.

Contestualmente alla promulgazione della legge, Sergio Mattarella, Presidente della Repubblica, ha inviato una lettera ai Presidenti della Camera dei Deputati, del Senato, e del Consiglio dei Ministri, nella quale ha ritenuto utile ed appropriato fornire le prime indicazioni con riferimento ad alcuni tra gli elementi più discussi della nuova normativa²⁶. Tale lettera ha sicuramente un ruolo rilevante: deve infatti essere preliminarmente ricordato che la nostra Carta Costituzionale prevede la possibilità per il Presidente della Repubblica in sede di promulgazione di rinviare alle Camere²⁷ la proposta di legge, con la finalità di invitare i membri del Parlamento ad una nuova valutazione.

Nella maggior parte dei casi ciò avviene in presenza di evidenti profili di contrasto con la Costituzione e proprio per tale motivo suscita inevitabilmente l'attenzione dell'interprete la promulgazione di una normativa accompagnata da una lettera come quella in esame: questa, infatti, rappresenta un evidentemente segno di una promulgazione travagliata. A far discutere non è però solo la prassi, ma anche i contenuti della lettera: il Presidente, in poche – ma intense - righe indica la via dell'interpretazione conforme a Costituzione, con riferimento agli aspetti

²⁶ Qui di seguito il testo «Ho promulgato in data odierna la legge recante: “Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa”. Il provvedimento si propone di ampliare il regime di non punibilità a favore di chi reagisce legittimamente a un'offesa ingiusta, realizzata all'interno del domicilio e dei luoghi ad esso assimilati, il cui fondamento costituzionale è rappresentato dall'esistenza di una condizione di necessità. Va preliminarmente sottolineato che la nuova normativa non indebolisce né attenua la primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini, esercitata e assicurata attraverso l'azione generosa ed efficace delle Forze di Polizia. L'art.2 della legge, modificando l'art.55 del codice penale, attribuisce rilievo decisivo “allo stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto”: è evidente che la nuova normativa presuppone, in senso conforme alla Costituzione, una portata obiettiva del grave turbamento e che questo sia effettivamente determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta. Devo rilevare che l'articolo 8 della legge stabilisce che, nei procedimenti penali nei quali venga loro riconosciuta la legittima difesa “domiciliare”, le spese del giudizio per le persone interessate siano poste a carico dello Stato, mentre analoga previsione non è contemplata per le ipotesi di legittima difesa in luoghi diversi dal domicilio. Segnalo, infine, che l'articolo 3 della legge in esame subordina al risarcimento del danno la possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena, nel caso di condanna per furto in appartamento o per furto con strappo ma che lo stesso non è previsto per il delitto di rapina. Un trattamento differenziato tra i due reati non è ragionevole poiché - come indicato dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 125 del 2016 - “gli indici di pericolosità che possono ravvisarsi nel furto con strappo si rinvengono, incrementati, anche nella rapina”».

²⁷ Art. 74 Cost.

centrali della riforma²⁸ e inoltre pone in evidenza alcuni aspetti della riforma oggetto di attriti con il principio di uguaglianza/ragionevolezza.

2. La legge 26 aprile 2019 n. 36: quadro dei contenuti della novella

L'idea ispiratrice della riforma è sicuramente quella di circoscrivere il più possibile i profili di responsabilità penale, e le altre conseguenze sfavorevoli che ne derivano, rispetto a colui il quale all'interno del proprio domicilio si difende da un'aggressione.

Può affermarsi che tale intento è stato attuato dal legislatore del 2019 attraverso interventi su più piani: in primo luogo escludendone, a certe condizioni, la responsabilità penale; in secondo luogo, l'intento è stato quello di escludere/limitare la responsabilità civile; in ultimo, si è tentato attraverso modifiche a norme di natura processuale di alleggerire il peso del procedimento penale²⁹.

Con la legge 26 aprile 2019 n. 36 il legislatore è quindi nuovamente intervenuto sulla disciplina della legittima difesa domiciliare con l'intento di ampliarne l'ambito applicativo rispetto a quanto già avvenuto con la riforma del 2006, lasciando però intatti tutti i presupposti della scriminante "comune" prevista già dal primo comma dell'articolo 52 c.p.³⁰.

Per ciò che concerne le modifiche strettamente inerenti all'istituto della legittima difesa³¹, l'intervento normativo si è orientato verso una duplice direzione: in primo luogo se ne è rafforzata l'operatività scriminante; in secondo luogo, si è modificato l'articolo 55 c.p. – di cui si dirà³²– relativo all'eccesso colposo³³.

²⁸ G.L. GATTA, *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il presidente della repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019*, in *Penale Contemporaneo*, 6 maggio 2019.

²⁹ G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in *Penale Contemporaneo*, 1° aprile 2019.

³⁰ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, 2019, 706; Non hanno infatti trovato seguito quei progetti elaborati durante l'iter parlamentare, volti a stravolgere profondamente i requisiti della legittima difesa in generale, attraverso l'eliminazione dei presupposti che ne legittimano l'operatività.

³¹ Va infatti ricordato che la legge n. 36 del 2019 ha apportato modifiche anche ad altre fattispecie codicistiche spesso strettamente correlate alle ipotesi di legittima difesa, come ad esempio la violazione di domicilio, il furto in abitazione e la rapina.

³² Si veda par. 4.

³³ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 707.

La normativa recentemente introdotta – destinata a coesistere con la riforma del 2006 di cui si è detto – apporta modifiche al secondo comma già novellato con la precedente riforma sulla legittima difesa domiciliare e inoltre introduce un inedito quarto comma che rappresenta una vera e propria innovazione nel nostro ordinamento in quanto non configura solo una semplice presunzione di uno degli elementi essenziali della scriminante, ma introduce, a certe condizioni, una vera e propria presunzione (sembrerebbe, stando alla lettera della legge, assoluta) di legittima difesa in relazione a tutti i suoi requisiti (non solo del rapporto di proporzione come stabilito al comma 2)³⁴.

Il nuovo articolo 52 del codice penale rubricato “difesa legittima” oggi recita:

«Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.

Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste sempre il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta³⁵ o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

- a) la propria o la altrui incolumità;
- b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

Le disposizioni di cui al secondo e al quarto comma si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere,

³⁴ Si veda P. BEVERE, *La legittima difesa*, cit. 78; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, Roma, 2019, 110s; M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, Pisa, 2019, 91; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*. Torino, 2020, 370; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 707.

³⁵ È importate segnalare una recente decisione della Corte di Cassazione penale, Sez. V, sent. del 12/10/2016 n. 49615 «La causa di giustificazione della legittima difesa è applicabile anche nell'ipotesi di detenzione abusiva di armi, sussistendone i presupposti di operatività e cioè previo accertamento che, al momento in cui fu conseguita la disponibilità dell'arma, fosse sussistente ed attuale un pericolo grave ed imminente e che pertanto, attese le circostanze ed il contesto, la detenzione dell'arma potesse ritenersi giustificata».

con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone»³⁶.

Il legislatore con la riforma in esame ha quindi apportato modifiche al secondo comma rafforzando la presunzione di proporzione e – come accennato – ha apportato ingerenti modifiche al quarto comma.

L'articolo 1 lett. a) della legge n. 36 del 2019 prevede che «al secondo comma, dopo la parola: “sussiste” è inserita la seguente: “sempre”»³⁷; le modifiche apportate dalla novella non hanno quindi direttamente riguardato la disciplina introdotta dalla legge n. 56 del 2006, fatta però eccezione per l'introduzione della parola “sempre”. La dottrina maggioritaria³⁸ ritiene evidente che tale modifica sia stata dovuta al fallimento della precedente riforma, che ha portato pertanto il legislatore ad effettuare un'integrazione lessicale che – come subito si dirà – ha suscitato non poche problematiche.

La prima modifica apportata dalla novella riguarda quindi l'aggiunta dell'avverbio “sempre”, con il quale si è voluto evidenziare che il rapporto di proporzionalità tra difesa e offesa deve sussistere invariabilmente nel momento in cui ricorrano i presupposti indicati dal secondo comma dell'articolo 52 c.p. e quindi nei casi in cui si configuri una violazione del domicilio (o nei luoghi ad esso assimilati a norma del terzo comma³⁹) da parte dell'aggressore contro la volontà di colui che è legittimato ad escluderne la presenza.

³⁶ La disciplina previgente prevedeva invece: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.

Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

a) la propria o la altrui incolumità;

b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

Le disposizioni di cui al secondo e al quarto comma si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone».

³⁷ Per il testo integrale della legge si consulti la Gazzetta ufficiale, G.U. n. 102 del 3 maggio 2019, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/05/03/19G00042/sg>

³⁸ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 370.

³⁹ «Le disposizioni di cui al secondo e al quarto comma si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale».

Come si è rilevato da più parti, in realtà tale aggiunta, da un punto di vista giuridico, non sembra avere particolari effetti pratici, rappresentando invece un'evocazione – a beneficio puramente mediatico – dello slogan “la difesa è sempre legittima” con il quale i proponenti manifestavano il loro punto di vista in materia⁴⁰.

Da un'angolazione meramente giuridica, invero, tale aggiunta non si ritiene vada a modificare la portata ed il significato della norma. Si è infatti osservato in dottrina che tra la locuzione “sussiste il rapporto di proporzione” e quella “sussiste sempre il rapporto di proporzione” da una prospettiva tecnico-giuridica non sembrano esserci differenze: non cambia infatti affermare che “c'è rapporto di proporzione ricorrendo quei presupposti” o che “c'è sempre rapporto di proporzione ricorrendo quei presupposti”⁴¹. La novella non solo non tocca quindi il significato della frase, che comunque delinea un meccanismo presuntivo, ma, non ne altera neanche la linea interpretativa che richiede in ogni caso al giudice di effettuare una valutazione sulla sussistenza della necessità difensiva⁴².

L'obiettivo della riforma è stato probabilmente quello di superare quelle che la dottrina chiama «le strettoie all'impunità dell'agredito-aggressore nel domicilio, imposte da una lettura della riforma del 2006 conforme a costituzione consolidata nella giurisprudenza della Cassazione»⁴³, l'intento del legislatore era quindi quello di rendere sufficiente una violazione di domicilio da parte del potenziale aggressore per legittimare l'agredito ad una reazione in stato di legittima difesa.

La novella è stata infatti pensata ed introdotta con la finalità di limitare la discrezionalità del giudice: con l'intento di sottrarre al giudice la possibilità di effettuare il bilanciamento tra difesa ed offesa e tra beni, valori ed interessi in conflitto. La dottrina ritiene infatti che l'obiettivo della riforma fosse quello di

⁴⁰ Si veda C. BRAGAGLIA, *La difesa è sempre legittima?* in *Strade riv. pol. online* (dir. Giordano Masini), pubblicato 1° aprile 2019. «È la prima volta che uno slogan viene direttamente trasfuso in un testo di legge. Accade nel diritto penale, dove prudenza imporrebbe, vista la delicatezza della materia, un equilibrio maggiore nell'evitare di trasformare le chiacchiere da bar, i tweet e le scritte sulle felpe in norme di legge. Invece è capitato e c'è da chiedersi dove condurrà questa deriva. La difesa è sempre legittima è una classica norma manifesto, con la contraddizione tipica di contenere un forte effetto simbolico a fronte di un contenuto giuridico pressoché nullo».

⁴¹ Si veda R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 707; F. MINISCI, *Una riforma rischiosa: ecco perché l'associazione nazionale magistrati è contraria a cambiare la legittima difesa*, in *Penale Contemporaneo*, 25 gennaio 2019; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 111.

⁴² C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 370.

⁴³ G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

impedire l'apertura di un procedimento a carico di chi si difende nella propria abitazione.

Sembra però chiaro che un tale obiettivo non può che essere «costituzionalmente impossibile»⁴⁴, sarebbe infatti assurdo pensare che, una volta verificatasi l'intrusione di un soggetto in un domicilio (o in un luogo ad esso equiparato), sia poi del tutto irrilevante accertare in concreto tutti gli elementi della dinamica come ad esempio se l'intruso fosse effettivamente un ladro o un rapinatore con l'intento di effettuare condotte violente o se invece fosse un soggetto già in fuga e quindi non idoneo ad arrecare più alcun pericolo ai presunti soggetti aggrediti.

Una tale impostazione non può essere accolta e, di conseguenza, nonostante la modifica apportata dalla riforma rimarrà necessario in ogni caso l'iscrizione di un procedimento penale nei confronti di chi si è difeso e lo svolgimento delle relative indagini preliminari.

Va infatti evidenziato che, secondo parte della dottrina⁴⁵, la semplice aggiunta di un avverbio non consente di superare la lettura costituzionalmente orientata⁴⁶ della presunzione di proporzione, poiché in mancanza di una modifica del primo comma dell'articolo 52 devono ritenersi sempre e comunque vigenti i presupposti previsti in via generale per la configurabilità dell'esimente: ciò comporta quindi che la proporzionalità è e rimane indispensabilmente legata alla necessità di difendersi e agli altri requisiti previsti dalla scriminante⁴⁷.

A sostegno di tale impostazione è stato inoltre affermato da parte della dottrina che «non è pensabile in alcun modo che una lettura giurisprudenziale conforme a Costituzione, volta a superare le rigidità di una presunzione legale e a ribadire l'ordine e il rapporto di rango tra i beni costituzionali, possa essere scalfita

⁴⁴ Espressione usata da P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 77.

⁴⁵ P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 75s.

⁴⁶ E cioè una presunzione relativa, si veda Cass. Sez. 1, n. 50909 del 07/10/2014 “la necessità del concorso dei presupposti dell'attualità dell'offesa e della inevitabilità dell'uso delle armi come mezzo di difesa della propria o altrui incolumità”; in dottrina si veda V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?* cit., 826; P. SEMERARO, *Riflessioni sulla riforma della legittima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio*, cit., 843s; G. MARRA, *Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamamola licenza di uccidere*, cit., 96; A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 436. Per un'opinione contraria che postula invece una presunzione assoluta si veda P. SEMERARO, *Riflessioni sulla riforma della legittima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio*, cit., 843 ss.; G. MARRA, *Legittima difesa*, cit., 96; A. CADOPPI, *La legittima difesa*, cit., 436; E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa*, cit., 432.

⁴⁷ P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 75.

da un tratto di penna del legislatore ordinario che ribadisce invece una lettura contraria a costituzione»⁴⁸.

Come detto l'aggiunta dell'avverbio "sempre" non è andata a modificare nella pratica il contenuto del secondo comma. Possono quindi ritenersi valide tutte le considerazioni già effettuate in merito alla presunzione di proporzione poiché, la questione già affrontata con la riforma del 2006, rimane profondamente attuale.

Di fronte alla novella del 2019 e all'inutilità dell'aggiunta dell'avverbio "sempre" ci si può porre in due modi: per chi postulava già con la riforma del 2006 una presunzione assoluta, nulla cambia. Evidentemente la novella non ha fatto altro che accentuare tale tesi. Per chi invece contrariamente alla dottrina appena vista negava la natura assoluta di tale presunzione, prevedendo invece una presunzione relativa, la novella dovrà necessariamente avere un'interpretazione costituzionalmente orientata, e quindi per aversi legittima difesa saranno comunque necessari tutti i presupposti configurati nel primo comma. Nel caso in cui invece tale interpretazione costituzionalmente orientata non possa essere accettata, non rimarrà altra scelta che sollevare questione di legittimità costituzionale in virtù dell'irragionevole bilanciamento legislativo tra i diversi valori coinvolti⁴⁹.

Interessante a tal proposito è analizzare una delle prime sentenze della Corte di Cassazione in merito alla nuova legittima difesa introdotta dalla legge n. 36 del 2019. La Suprema Corte, Sezione III, con sentenza n. 49883 del 10 dicembre 2019⁵⁰, ha voluto precisare la fisionomia della scriminante della legittima difesa c.d. domiciliare. Per capire la decisione della Corte è necessario ripercorrere brevemente i fatti: l'imputato, sorprendendo un intruso tentare di entrare, in orario notturno, nella propria abitazione, per mezzo della finestra della camera da letto dei propri figli, aveva sparato – con un fucile legalmente detenuto – contro l'uomo – cagionandone la morte – il quale pur essendosi dato alla fuga, si trovava ancora sul terreno antistante l'abitazione.

In primo grado, Corte d'assise condannò l'imputato per il reato di omicidio doloso, mentre la Corte d'Assise d'appello riqualificò il fatto come omicidio

⁴⁸ G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

⁴⁹ Si veda R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 708.

⁵⁰ In *Cass.e Pen.*, 2020, 10, 3572.

colposo per eccesso di legittima difesa, applicando, quindi l'istituto di cui all'articolo 55 c.p. nella sua formulazione precedente alla riforma del 2019.

Introdotta la riforma sulla legittima difesa, il difensore dell'imputato presentava contro la sentenza di secondo grado ricorso per cassazione, chiedendo alla Suprema Corte l'applicazione della nuova disciplina della legittima difesa domiciliare, la quale prevede appunto che è "sempre" proporzionato l'uso di un'arma legalmente detenuta per difendere l'incolumità propria o i propri beni.

La richiesta potrebbe sicuramente apparire condivisibile posto che la riforma ha introdotto, sul punto, una regolamentazione più favorevole al *reo* e quindi suscettibile di trovare applicazione retroattiva *ex art. 2*, comma 4 c.p.⁵¹

La Suprema Corte accoglie il ricorso e con la pronuncia delinea alcuni tratti salienti della nuova disciplina. Innanzitutto, la Cassazione mette in luce come la struttura alla base della scriminante, e cioè quella prevista dal primo comma dell'art. 52 c.p. sia rimasta invariata nel tempo, continuando quindi a richiedere tre elementi costitutivi: il pericolo attuale di un'offesa ingiusta ad un diritto proprio o altrui, la necessità della reazione difensiva e la proporzione tra la difesa e l'offesa.

L'aggiunta apportata dalla l. 36 del 2019 al secondo comma dell'avverbio "sempre", secondo il collegio non va ad alterare i connotati della causa di giustificazione, ma presenta un significato puramente rafforzativo della presunzione di sussistenza del rapporto di proporzione tra difesa ed offesa.

⁵¹ Art 2 c.p.: «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.

Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.

Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135.

Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile [648 c.p.p.].

Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti.

Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti».

Da tale affermazione si deduce che la presunzione continua a riguardare un solo requisito normativo (la proporzione), senza precludere al giudice il potere di accertare gli altri elementi costitutivi che rendono la reazione difensiva legittima.

Va inoltre evidenziato che tale interpretazione è l'unica possibile in quanto è la sola conforme alle precedenti conclusioni in materia da parte della Corte costituzionale e della Corte EDU, le quali hanno rispettivamente affermato come la legittima difesa richieda la reazione ad un'offesa in atto, non essendo invece configurabile quando al momento del fatto la stessa sia stata esaurita e l'agente abbia il solo intento di reagire alla minaccia di un male futuro ed eventuale⁵² e come una condotta difensiva possa ritenersi giustificata solo se effettuata in una situazione in cui risultava essere assolutamente necessaria per garantire la difesa propria o altrui⁵³.

Fatte le suddette considerazioni, la Suprema Corte ha escluso, nel caso di specie, l'operatività, della causa di giustificazione proprio poiché nel caso concreto vi era la mancanza degli altri requisiti normativi richiesti dall'art. 52 co. 1 c.p. il cui accertamento da parte del giudice rimane doveroso, nonostante la suggestione esercitata dall'avverbio sempre.

In ultimo merita attenzione una breve considerazione in merito all'applicabilità della nuova normativa introdotta dalla riforma in esame: essendo in presenza di un'ipotesi di *ius novum* più favorevole al reo, la normativa di nuovo conio verrà applicata in modo retroattivo anche alle condotte antecedenti alla pubblicazione della riforma. La Corte di Cassazione ha inoltre specificato che la nuova normativa più favorevole è applicabile, in pendenza di giudizio, anche durante il periodo della *vacatio legis*⁵⁴. Invece, la Suprema Corte⁵⁵ ha chiarito che in caso di sentenza di condanna pronunciata precedentemente all'entrata in vigore della nuova normativa più favorevole al *reo*, rientrerà tra le attribuzioni del giudice

⁵² Si veda Corte Cost. sent. 23.5.1990, n. 278.

⁵³ Corte EDU, Sez. IV, 25.8.2009, Giuliani e Gaggio c. Italia. Mancano anche in nota n. 57 le fonti.

⁵⁴ Si veda Cass. Pen., sez. I, 14 maggio 2019, n. 39977 «In tema successione delle leggi nel tempo, gli effetti di uno *ius novum* più favorevole al reo (nel caso di specie, l'ampliamento della sfera scriminante di una causa di giustificazione) sono applicabili, in pendenza di giudizio, anche durante il periodo della *vacatio legis*, in quanto la funzione di garanzia per i consociati, perseguita dagli artt. 73, comma 3, Cost. e 10 disp. prel., prevedendo un termine per consentire la conoscenza della nuova norma, non preclude al giudice di tener conto di quella che è già una novazione legislativa»

⁵⁵ Cass. Pen., sez. I, 20 febbraio 2020 n. 14161. Fonte sentenza.

dell'esecuzione il potere di verificare l'esistenza dei presupposti richiesti per l'applicazione retroattiva della nuova normativa, ma non avrà invece il potere di revocare la sentenza di condanna *ex art. 673 c.p.p.*⁵⁶ poiché non vi un'ipotesi di *abolitio criminis*.

3. L'introduzione della «presunzione di legittima difesa»

Sicuramente la novità più rilevante introdotta dalla riforma del 2019 è quella riguardante il quarto comma dell'articolo 52 c.p.⁵⁷, nel quale viene introdotta non una semplice presunzione inerente a uno degli elementi essenziali della scriminante bensì, una vera e propria “presunzione di legittima difesa”⁵⁸.

Così facendo il legislatore ha previsto che colui il quale si trovi nella situazione di respingere un'intrusione armata o violenta da parte di una più persone, per vedere scriminata la sua condotta, non deve necessariamente trovarsi né in una situazione di pericolo attuale, né tantomeno nella necessità di difendersi, potendo quindi reagire legittimamente in via preventiva anche quando il pericolo potrebbe essere evitato con altre condotte alternative meno lesive. È chiaro quindi che – come accennato – la novella ha voluto introdurre non solo una presunzione di proporzionalità tra offesa e difesa – concetto dal 2006 non nuovo nel nostro ordinamento – ma anche una presunzione di necessità e di attualità del pericolo, configurando quindi una presunzione assoluta di legittima difesa proprio perché tutti gli elementi essenziali della scriminante vengono dati per esistenti⁵⁹.

Richiama sicuramente l'attenzione il fatto che, da un lato, la condotta alla quale si reagisce non è più solo la minaccia alla vita o all'incolumità ma è

⁵⁶«Nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti.

2. Allo stesso modo provvede quando è stata emessa sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità».

⁵⁷ Art. 52 co. 4: «Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone».

⁵⁸ Si veda C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 370.

⁵⁹ Sul punto si veda P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 78; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 370; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 708s; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 112.

“l'intrusione” violenta; dall'altro lato invece, il legislatore non si è posto il problema di precisare in che cosa possa consistere l'“atto” finalizzato a respingere tale condotta intrusiva.

Con il termine “atto” volto a respingere l'intrusione altrui, si deve logicamente intendere una qualunque condotta idonea ad ottenere il respingimento, e quindi vi rientrano necessariamente anche quelle condotte estremamente lesive.

Interessante effettuare qualche considerazione sul soggetto agente (cioè colui che si “difende”): l'espressione utilizzata dalla norma è «colui che compie un atto...», formula che va quindi a sottolineare come il legislatore abbia inteso far riferimento a chiunque, senza perciò porre in essere nessuna delimitazione soggettiva.

Ne deriva che – diversamente da quanto previsto dal secondo comma dell'art. 52 c.p. – nell'ipotesi di cui al quarto comma, potranno intervenire al fine di scongiurare un'intrusione illegittima effettuata con violenza, minaccia o uso di armi, non solo il proprietario e/o la persona «legittimamente presente», ma anche un vicino di casa o addirittura un semplice passante, in altre parole un qualsiasi soggetto⁶⁰.

Inoltre, va segnalato che oltre a non esserci nella norma nessuna limitazione con riguardo ai soggetti attivi, non vi è nemmeno una circoscrizione spaziale dell'operatività della nuova scriminante: in altre parole, chiunque realizzi un atto con la finalità di respingere un'intrusione all'interno del domicilio può farlo anche dall'esterno dello stesso⁶¹.

⁶⁰ Si veda P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 79s; va però segnalata una decisione della Corte di Cassazione pen., sez. I - 20/02/2020, n. 21794 « In tema di legittima difesa "domiciliare", anche alla luce del *novum* normativo di cui alla legge 26 aprile 2019 n. 36, deve pur sempre trattarsi, come per la disciplina previgente (legge n. 59 del 2006), di una reazione difensiva all'offesa ingiusta arrecata "all'interno" del domicilio e dei luoghi a esso assimilati (difesa "nel domicilio" e non "del domicilio" tout court). Ciò significa che la condotta difensiva, per potersi evocare la scriminante, deve essere compiuta da persona "legittimamente presente" nei luoghi oggetto dell'illecita intrusione o dell'illecito trattenimento, cosicché è da escludere che la scriminante possa coprire la condotta di chi, all'esterno di tali luoghi, usi un'arma, benché legittimamente detenuta, o altro mezzo idoneo con il solo scopo di mettere in fuga gli intrusi o di interrompere l'azione predatoria.»

⁶¹ Si veda M. MICHELOZZI, *Fuori dalla legittima difesa*, in *Questioni di giustizia* riv. online (diretta da Nello Rossi), 2019, dove si fa riferimento al fatto che l'atto può essere compiuto anche a molta distanza nel caso, ad esempio, il soggetto sia fornito di fucile di precisione.

Il termine “intrusione” ha posto alcune difficoltà interpretative soprattutto con riguardo al tentativo, poiché durante i lavori parlamentari, fu respinto proprio un emendamento che prevedeva l'espressione «l'intrusione anche tentata»⁶².

Potrebbe quindi oggi ipotizzarsi che la facoltà di respingere prevista dal quarto comma sia in realtà limitata alle sole situazioni di intrusione consumata.

In realtà è stato osservato che la *ratio* della norma predilige un'interpretazione volta a ricomprendere anche la casistica del tentativo, rimanendo dunque invariata la legittima facoltà di respingere un intruso che si sia effettivamente addentrato nel proprio domicilio (o nei luoghi ad esso equiparati) o che stia solo tentando di farlo – ad esempio forzando una serratura – ben potendo entrambe le condotte essere effettuate con violenza o minaccia di uso di armi⁶³.

Tale conclusione non può che condurre ad uno smisurato ampliamento del diritto di respingere l'intrusione⁶⁴ con conseguente naufragio della *ratio* alla base della norma scriminante⁶⁵.

Secondo il dettato normativa l'intrusione deve essere attuata «con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica»⁶⁶. Con il generico termine “violenza” si può intendere sia la violenza attuata nei confronti di cose⁶⁷, sia quella nei confronti di persone⁶⁸. Anche in questo caso, lavori parlamentari non possono essere d'aiuto all'interprete nel delineare a che tipo di violenza si riferisca

⁶² G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

⁶³ Si veda G. PAVICH-A. BONOMI, *La nuova legittima difesa, tra istanze securitarie e valori costituzionali* in *Diritti fondamentali* (diretta da Vincenzo Baldini), 2019, 17; M. MICHELOZZI, *Fuori dalla legittima difesa*, in *Questioni giustizia*, gennaio 2019 «La *ratio* della norma fa propendere per la ricomprensione nella stessa sia della intrusione consumata sia di quella tentata, ben potendo entrambe essere “poste in essere” con violenza o minaccia di uso di armi».

⁶⁴ M. MICHELOZZI, *Fuori dalla legittima difesa*, cit. «Il diritto di respingere può arrivare all'uccisione di colui che armato di cacciavite stia adoperandosi per forzare la serratura del cancello di un giardino magari senza alcuna reale possibilità di riuscita attesa la sofisticatezza del sistema di chiusura».

⁶⁵ G. PAVICH-A. BONOMI, *La nuova legittima difesa*, cit. 17.

⁶⁶ Art. 52 comma 4 c.p.

⁶⁷ Cass. Pen. Sez. V., n. 53984 del 26 ottobre 2017 dove viene data la definizione di violenza sulle cose: «ogni qual volta il soggetto, per commettere il reato, fa uso di energia fisica diretta a vincere, anche solo immutandone la destinazione, la resistenza che la natura o la mano dell'uomo hanno posto a riparo o difesa della cosa altrui».

⁶⁸ Cass. Pen. Sez. V., n. 40291 del 6 giugno 2017 «La violenza sulle persone ovviamente implica una condotta atta produrre i delitti di percosse o lesioni, invece in tema di violenza privata, la condotta violenta è configurabile nell'utilizzo di qualsiasi mezzo idoneo a comprimere coattivamente la libertà di autodeterminazione edizione la persona offesa». Cass. Pen. Sez. II. n. 30302 del 24 giugno 2016, la Corte Suprema di Cassazione ha chiarito che «la nozione di delitti commessi con violenza alla persona, include tutti quei delitti consumati o tentati che si sono manifestati in concreto con atti di violenza fisica ovvero morale psicologica in danno della vittima».

la norma, dal momento che in sede di lavori sono stati respinti sia l'emendamento che espressamente prevedeva la violenza sia nei confronti delle cose che delle persone, sia quello di segno opposto che invece limitava la portata della norma alla violenza alle persone⁶⁹.

Lasciando dunque l'interprete nell'incertezza della portata della norma in esame, la dottrina si è divisa seguendo due linee interpretative: la prima, con una visione più restrittiva di violenza, individua una sovrapposibilità con l'ipotesi prevista dal secondo comma lett. a) dell'articolo 52 c.p. e cioè con la necessità di difendere la propria o l'altrui incolumità⁷⁰. Il secondo filone interpretativo ha una visione più ampia della violenza – seguendo forse le motivazioni dei proponenti e la *ratio* della riforma – estendendo quindi enormemente la fattispecie, in virtù soprattutto della frequenza di fatto delle ipotesi di intrusione commessa mediante effrazione⁷¹.

Con il termine minaccia, infine, si intende il mero possesso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, i quali va detto, possono essere di qualsiasi tipo, basta che siano idonei ad essere utilizzati come strumenti volti ad offendere.

Stando così le cose, non sorprendo i diversi dubbi da più parti sollevati circa la conformità alla Costituzione e ai principi sovranazionali della riforma, sui quali avremo modo di soffermarci nel prosieguo.

La novella così come costruita, dà vita al serio rischio che, interpretazioni della nuova normativa possano rendere vano il principio secondo cui l'autodifesa può essere consentita soltanto come *extrema ratio*, ossia quando risulti essere assolutamente necessaria e inevitabile⁷².

Inoltre, va sottolineato che la novella ha previsto che il requisito della necessità sia presunto *ex legge*⁷³, portando così la dottrina ad evidenziare che tale

⁶⁹ Si veda P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 80.

⁷⁰ Va inoltre segnalato che G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit. ritiene che mentre il secondo comma dell'articolo 52 si riferisce a fattispecie di violazione di domicilio non aggravate, il quarto comma riguarda i casi di violazione di domicilio aggravata *ex art. 614 co. 4 c.p.*

⁷¹ Si veda P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 81.

⁷² Il Capo dello Stato ha messo in guardia in vista dell'applicazione del testo di legge, alla cui promulgazione ha accompagnato un richiamo al principio in base al quale «la nuova normativa non indebolisce né attenua la primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini, esercitata e assicurata attraverso l'azione generosa ed efficace delle Forze di Polizia».

⁷³ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 710.

presunzione finisce per turbare la *ratio* della scriminante in esame, la quale così cessa di essere una legittima difesa trasformandosi piuttosto in una “legittima difesa anticipata” e dunque in una vera e propria offesa⁷⁴.

Infatti, non va dimenticato che se si estromette il requisito della necessità di difendersi, e allo stesso tempo si presume che la sola presenza illegittima nel domicilio rappresenti già di per sé un pericolo di aggressione, non può che venir meno il nesso tra reazione e aggressione, con il risultato che la prima può essere del tutto scollegata dalla seconda. Così facendo risulta chiaro quindi che il vincolo tra aggressione e reazione finisce per essere totalmente estrinseco, poiché si fonda unicamente sulla simultaneità spazio-temporale della condotta illegale – consistente nella violazione del domicilio – e della reazione difensiva, la quale nonostante il *nomen iuris* non è una reazione necessariamente difensiva poiché può appunto mancare una vera e propria aggressione.

L’eliminazione/presunzione del requisito della necessità di difendersi finisce quindi per stravolgere profondamente la scriminante in esame.

Se infatti si considera che la *ratio* alla base della legittima difesa è il diritto all’autotutela, quando viene a mancare la necessità di difendersi la reazione non potrà più considerarsi una manifestazione dell’autotutela, bensì, un’aggressione vera e propria.

Da un punto di vista politico-criminale tale riforma è stata motivata ampliando sia la *ratio* individualistica che quella statalistica implicite nella legittima difesa. Per quanto riguarda il primo profilo, quello individualistico, è stato affermato che “chi entra illegittimamente in casa mia, può uscirne morto”⁷⁵.

L’idea alla base della novella può essere riassunta nel fatto che la violazione del domicilio viene reputata una violazione talmente inammissibile da giustificare una qualsivoglia reazione, a prescindere dal concretizzarsi o meno di un’aggressione alla persona. La concezione volta a identificare nel domicilio un luogo del tutto inviolabile segue una logica del tutto individualistica, secondo la

⁷⁴ La *ratio* individualistica viene esposta e spiegata nel lavoro di Bartoli, il quale si preoccupa di fare un’analisi sulle considerazioni alla base della riforma. Si veda quindi R. BARTOLI, *Verso la legittima offesa in Penale contemporaneo*, 2019, 17s.

⁷⁵ R. BARTOLI, *Verso la legittima offesa*, cit. 20. L’autore non fa sua tale espressione, ma la riporta al fine di meglio esporre quello che può essere il motto alla base della *ratio* individualista.

quale la violazione di domicilio annienta l'essenza, il valore di tutto ciò che illegittimamente vi è presente.

Da un punto di vista statalistico, si è invece ribadito che “chi commette un crimine, sa cosa rischia”⁷⁶, conferendo in tal modo alla difesa – in virtù del fatto che può essere non solo sproporzionata ma addirittura anticipata – una vera e propria funzione deterrente. Lo Stato quindi – attraverso tale riforma – sembra essere propenso ad attribuire al privato cittadino una forza che, pur nascendo come reattiva, oggi trova spazio per manifestarsi come preventiva, persuadendo così il malfattore ad evitare ogni tipo di intrusione in un domicilio o in altro luogo ad esso assimilato, avendo la consapevolezza di poter andare incontro a qualunque tipo di reazione da parte del proprietario o di altra persona.

Dopo averne analizzato i contenuti, occorre interrogarsi sulla natura del quarto comma così come modificato dalla riforma n.36 del 2019.

Preliminarmente, va accennato che la dottrina sembra conforme nel ritenere che basandosi sull'incipit della disposizione⁷⁷, vada esclusa la tesi in base alla quale l'intento del legislatore fosse quello di introdurre una “*defense of habitation*”⁷⁸ sulla base del modello americano. Si tratta in tale ultimo caso di una causa di giustificazione che concerne unicamente non la difesa *nel* domicilio bensì la difesa *del* domicilio, mentre nel caso del quarto comma, il richiamo al secondo comma, infatti, comporta in ogni caso che il respingimento dell'intruso è sempre funzionale alla difesa⁷⁹.

Il nuovo quarto comma ha però suscitato numerosi dubbi in dottrina con riguardo alla sua natura e in particolare se esso potesse effettivamente configurare una fattispecie speciale di legittima difesa domiciliare in cui la differenza

⁷⁶ R. BARTOLI, *Verso la legittima offesa*, cit. 21. Anche in tale caso l'autore analizzando la concezione statalista riporta a dimostrazione di tale ideale tale motto.

⁷⁷ «Nei casi previsti dal secondo e terzo comma dell'art. 52».

⁷⁸ Il “*defense of habitation*” o la “*Castel Doctrine*” è considerata una “*self-defende theory*” in base alla quale il proprietario ha il diritto di proteggere la propria abitazione con l'uso della forza. La *Castel Doctrine* originariamente emerse come una teoria di *Common law*, ma successivamente molti Stati hanno implementato tale principio introducendo delle “*statutory version*” – ossia delle leggi scritte – della *Castel Doctrine*. Si veda J.C. KING, *The Duty to Retreat: A Review of the Evolution of the Duty to Retreat, the Castle Doctrine, Florida's Stand Your Ground Law and Relevant Co*, Scotts Valley, 2015, 36s.

⁷⁹ G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

consisterebbe nel diverso ambito di operatività della presunzione legale; o al contrario una vera e propria nuova causa di giustificazione del tutto autonoma.

Parte della dottrina⁸⁰ sembra aderire alla seconda ipotesi: si ritiene infatti che la novella così formulata, non citando espressamente la legittima difesa e non richiamando nessuno dei presupposti da essa richiesti, non possa configurare un'ipotesi speciale di legittima difesa, ma al contrario, una nuova e diversa causa di giustificazione basata sul diritto incondizionato di tutela del proprio domicilio (abitativo e professionale). Si tratta di una scriminante il cui solo requisito è ravvisabile nell'intrusione qualificata, rispetto alla quale l'atto del respingimento si colloca in mero rapporto di consequenzialità cronologica, restando invece del tutto irrilevanti le modalità della reazione⁸¹.

Tale norma è inoltre riferita al diritto di tutela del proprio domicilio che viene definito "incondizionato" poiché il soggetto che si "difende" potrebbe in realtà non essere affatto costretto a compiere tale atto, in altre parole, può non sussistere la necessità di agire in un determinato modo, ma, nonostante ciò, il legislatore con tale norma sembrerebbe consentire al soggetto di compiere atti anche del tutto sproporzionati al fine di evitare l'intrusione altrui⁸².

D'altronde si ritiene che se il legislatore avesse voluto introdurre un'ipotesi speciale di legittima difesa non avrebbe utilizzato la formula «non è punibile colui

⁸⁰ P.BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 79s; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 112s. Viene inoltre osservato da M. MICHELOZZI, *Fuori dalla legittima difesa*, cit. «La mancanza di tale richiamo alla necessità del respingimento fa sì che la norma costituisca un passo indietro anche rispetto al codice penale Zanardelli del 1889 che, limitando la legittima difesa alle aggressioni all'incolumità personale (art. 49 cp), prevedeva, poi, all'art. 367 cp, la non punibilità di colui che avesse commesso omicidio o lesioni personali «per esservi stato costretto dalla necessità» di difendere i propri beni da rapina, ricatto, estorsione, sequestro di persona a fine di estorsione, saccheggio, o di respingere atti di aggressione al domicilio commessi di notte o, in caso di edificio sito in luogo isolato, se vi fosse fondato timore per la sicurezza personale».

⁸¹ Si pensi all'esempio riportato da M. MICHELOZZI, *Fuori dalla legittima difesa*, cit. e cioè all'ipotesi in cui il proprietario di una villa dotata di giardino e di porte blindate dell'edificio, che, accortosi tempestivamente, eventualmente su segnalazione di mezzi antiintrusione, dell'ingresso di una persona nel giardino, ben potrebbe ivi bloccarla impedendogli l'accesso all'abitazione semplicemente azionando la chiusura automatica delle porte blindate di questa, invece di fare ciò, facoltizzato dalla norma, spari senz'altro all'intruso e lo colpisca a morte.

⁸² Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui, in luogo di rivolgere una minaccia, eventualmente con uso di armi, all'intruso, ancora lontano dagli abitanti dell'edificio o dell'appartamento, ove non receda, ancora una volta, gli spari o, potendo mirare a parti non vitali del suo corpo, gli spari in fronte od al cuore. Si veda M. MICHELOZZI, *Fuori dalla legittima difesa*, cit.

che compie un atto per respingere l'intrusione [...]» bensì una formula del tipo «colui che compie un atto costretto dalla necessità di respingere l'intrusione [...]»⁸³.

Scegliendo invece di formulare in tale modo il quarto comma, il legislatore sembra aver preferito codificare un diritto di autotutela nettamente diverso da quello previsto sia dal primo comma dell'articolo 52, sia dal secondo comma poiché quest'ultimo si riferisce a una tutela “rafforzata” dell'incolumità nel domicilio, mentre la nuova disposizione sembra prevedere un'autotutela “illimitata”.

Essendo inoltre la *ratio* della novella proprio quella di escludere ogni tipo di accertamento giudiziario sui requisiti della scriminante nei casi di violazione di domicilio, in dottrina si è ritenuto che il legislatore abbia voluto abolire tali requisiti e introdurre contestualmente una nuova causa di giustificazione *sui generis*⁸⁴.

In conclusione, la legge n.36 del 2019 ha apportato all'articolo 52 c.p. ingeneranti modifiche che talvolta contrastano anche con la natura stessa della scriminante. La novella ha attirato una grande attenzione giuridica e mediatica, tra chi ha accolto con piacere e serenità le modifiche apportate come si evince da quanto affermato l'Unione Nazionale Vittime in occasione dell'audizione alla Camera dei Deputati⁸⁵, e chi invece critica fortemente le modifiche apportate all'istituto in esame.

Può però a nostro avviso affermarsi che, prescindendo da ogni questione non meramente giuridica, tale riforma presenta – anche con riferimento a tale nuovo comma da ultimo analizzato – profili discutibili soprattutto con riferimento alla sua conformità a Costituzione del quale si dirà in seguito⁸⁶, anche avuto riguardo alla questione ermeneutica relativa alla necessità/possibilità di una interpretazione della norma costituzionalmente orientata.

⁸³ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 112.

⁸⁴ P.BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 79. Casi analoghi si registrano quando nella parte speciale del codice penale vengono aggiunti commi alla fattispecie delittuosa, che poi vengono interpretati come titolo autonomo di reato e non ipotesi circostanziate (ad es. l'ipotesi di lieve entità prevista dal comma 5 dell'art. 73 del d.p.r. n. 309\1990).

⁸⁵https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/000/593/osservazioni_Unione_nazionale_vittime.pdf

⁸⁶ Si veda cap. III, par. 8.

4. La nuova disciplina dell'eccesso colposo

Come accennato uno dei tre obiettivi della riforma è stato quello di escludere la responsabilità penale per un soggetto che agisca in stato di legittima difesa all'interno del proprio domicilio; tale finalità è stata perseguita dal legislatore del 2019 non soltanto attraverso le modifiche all'articolo 52 c.p. ma anche attraverso un'importante aggiunta all'articolo 55 c.p.

Va ricordato che l'articolo 55 del codice penale disciplina la figura dell'eccesso colposo, la quale ricorre nel momento in cui sussistano tutti i presupposti di fatto di una causa di giustificazione⁸⁷, ma l'agente per colpa ne superi i limiti⁸⁸.

In particolare, le differenze che vi sono tra la legittima difesa e l'eccesso colposo sono rinvenibili unicamente nel superamento colposo dei limiti imposti dalla legge; nel caso specifico della scriminante in esame la differenza intercorre con riferimento all'adeguatezza della reazione⁸⁹: in altre parole, l'eccesso colposo si configura in tutti i casi in cui vi è un'aggressione che pur non essendo ingiustificata risulta essere eccessiva⁹⁰.

La novella del 2019, con una modifica da molti definita come la più importante sul piano della legittima difesa⁹¹, ha apportato grosse innovazioni proprio alla figura dell'eccesso colposo: infatti pur lasciando invariato il primo

⁸⁷ Si veda Cass. Pen., sez. V, 12 dicembre 2019, n. 19065 «L'assenza dei presupposti della scriminante della legittima difesa, in specie della necessità di contrastare o rimuovere il pericolo attuale di un'aggressione mediante una reazione proporzionata ed adeguata, impedisce di ravvisare l'eccesso colposo, che si caratterizza per l'erronea valutazione di detto pericolo e dell'adeguatezza dei mezzi usati»; Cass. Pen. sez. I, 14 maggio 2019, n. 39977 «L'assenza dei presupposti della scriminante della legittima difesa, con precipuo riguardo al bisogno di rimuovere il pericolo di un'aggressione mediante una reazione proporzionata e adeguata, impedisce di ravvisare l'eccesso colposo: esso, infatti, si caratterizza per l'erronea valutazione di detto pericolo e, in relazione a esso, dell'adeguatezza dei mezzi usati».

⁸⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 278; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 4; in argomento si veda: ALTAVILLA, voce *Eccesso colposo*, in *Noviss. dig. it.*, IV Torino, 1960, 338; MALIZIA, voce *Eccesso colposo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 117; P. NUVOLONE, *Le due forme dell'eccesso colposo*, in *Giust. pen.*, 1949, II, 803; R. PANNAIN, *Natura giuridica del reato commesso per eccesso colposo*, in *Arch. pen.*, 1949, II, 249; M. GALLO, *Eccesso colposo e previsione dell'evento*, in *Giur. it.*, 1950, II, 59; P. SIRACUSANO, voce *Eccesso colposo*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 180.

⁸⁹ Si veda Corte di Cassazione, Sez. I., 10 febbraio 2006, n. 5213, nella quale la Corte afferma che è possibile definire l'eccesso colposo come «quell'evento in cui venga meno il requisito dell'adeguatezza del male inflitto con la reazione dell'agente, fermi restando i presupposti del pericolo attuale di un'offesa ingiusta e della necessità di difesa».

⁹⁰ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 134.

⁹¹ Si veda M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 53.

comma⁹² il legislatore ha introdotto un ulteriore secondo comma che si preoccupa espressamente dei casi previsti dall' articolo 52 c.p.

Il legislatore è intervenuto in un primo momento – con le modifiche all'art. 52 c.p. – sul piano dell'antigiuridicità del fatto, ampliando l'area della legittima difesa domiciliare intesa come scriminante; in un secondo momento, ha voluto completare l'opera di riforma intervento anche sul piano della colpevolezza, aggiungendo un secondo comma alla norma disciplinante l'eccesso colposo.

Il secondo comma dell'articolo 55 c.p. oggi recita: «Nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, n. 5) ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto».

Tale norma così costruita ha sicuramente attirato molta attenzione e, in particolare, la dottrina sembra ritenere che tale secondo comma rappresenti una vera e propria *abolitio criminis* in relazione alle figure di lesioni o omicidio conseguenti al superamento negligente dei limiti di proporzionata reazione⁹³.

Va sicuramente notato che la norma così formulata, da un lato – come accennato – sembra escludere la responsabilità nelle ipotesi di eccesso colposo, ma dall'altro ha implicitamente confermato – se mai ve ne fosse bisogno – la sussistenza della responsabilità in tutti i casi in cui l'eccesso di legittima difesa all'interno del proprio domicilio sia intenzionale e quindi doloso⁹⁴.

Secondo parte della dottrina alla novella sull'eccesso colposo deve essere attribuita una funzione residuale, dovuta al fatto che, i commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52 sono già di per sé idonei a scriminare tutte le ipotesi di legittima difesa domiciliare⁹⁵.

In realtà però sulle funzioni e sul ruolo del secondo comma dell'articolo 55 la dottrina non sembra in alcun modo essere pacifica: vi è infatti, da un lato, chi

⁹² «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 preveduto dalla legge come delitto colposo».

⁹³ M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 52.

⁹⁴ Si veda S. SESSA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36, modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa*, Torrazza Piemonte, 2019, 28.

⁹⁵ P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 83.

sostiene la natura residuale del nuovo eccesso colposo⁹⁶; dall'altro, vi è chi ritiene come il legislatore, essendo ben consapevole che le modifiche apportate all'articolo 52 non potevano in alcun modo superare il vaglio di costituzionalità, abbia preferito aggiungere una disposizione che, attribuendo rilievo a fattori diversi, possa operare nel caso in cui intervenga una dichiarazione di illegittimità costituzionale nei confronti delle presunzioni⁹⁷.

I riferimenti effettuati dall' articolo 55 al secondo e quarto comma dell'articolo 52 vanno analizzati in modo separato, vista soprattutto la differente portata delle due disposizioni.

Con riferimento al secondo comma dell'articolo disciplinante la difesa legittima, secondo alcuni la novella riguardante l'eccesso colposo confermerebbe il fatto che la legittima difesa domiciliare non è senza limiti: sarebbe infatti paradossale configurare un'ipotesi di eccesso colposo per una scriminante che non prevede limiti configurando il fatto sempre come lecito.

Si può quindi concludere che, in rapporto al secondo comma dell'articolo 52 debbano considerarsi validi tutti i requisiti ordinari della legittima difesa comune ad eccezione della sola presunzione di proporzione, e ciò comporta quindi che un eccesso colposo di tale legittima difesa è senz'altro ammissibile⁹⁸.

Se quindi l'eccesso colposo riferito al secondo comma dell'articolo 52 appare senz'altro configurabile rispetto ai limiti previsti dal primo comma, lo stesso non si può dire per le ipotesi prevista dal quarto comma che invece prevedendo una presunzione di legittima difesa vuole espressamente presumerne anche tutti i presupposti.

⁹⁶ Si vedano le considerazioni di M. LEPERA, *La nuova legittima difesa domiciliare the new legitimate defense of dwelling place*, in *Cass. pen.*, fasc.11, 1° novembre 2019, 4156; S. APRILE, *Un'altra riforma della legittima difesa: molta retorica e poche novità another reform of self-defense: a lot of rhetoric and little changes*, *ivi*, fasc.7, 1° luglio 2019, 2414; S. SESSA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 30s.

⁹⁷ Si veda R. BARTOLI, *Verso la legittima offesa*, cit. 23, il quale ritiene che «La previsione di un'esclusione della punibilità per ipotesi che, coperte dalle presunzioni, sono già di "irresponsabilità", sarebbe la spia della cattiva coscienza del legislatore che consapevole della declaratoria di incostituzionalità cui sono destinate le presunzioni di proporzione e di necessità della difesa ha aggiunto una disposizione che, riferendosi alle stesse ipotesi, dal rilievo ad altri fattori, risultando destinata ad operare proprio nel caso in cui le presunzioni siano dichiarate incostituzionali o comunque neutralizzate sul piano ermeneutico».

⁹⁸ P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 83; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 372; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 711.

È evidente che se il quarto comma venisse così interpretato sarebbe impossibile configurare un eccesso colposo. Non sembra infatti configurabile un superamento dei limiti nei confronti di una norma che limiti non ne ha⁹⁹.

Per tali ragioni la dottrina maggioritaria¹⁰⁰ ritiene che il nuovo secondo comma dell'articolo 55 abbia dei margini di operatività in relazione al quarto comma dell'articolo 52 solo e soltanto nei casi in cui quest'ultimo venga interpretato secondo Costituzione, e di conseguenza, solo nel caso in cui vengano individuati dei limiti alla reazione difensiva che possano quindi essere superati.

In particolare, si è ritenuto che il legislatore, convinto nel suo intento di garantire l'impunità in tutti i casi di legittima difesa domiciliare, abbia voluto in qualche modo prevenire un'interpretazione costituzionalmente orientata che avrebbe quindi aperto la strada a delle casistiche in cui il soggetto che si difende nel proprio domicilio non è esente da responsabilità.

Tale obiettivo è stato quindi perseguito introducendo un'ulteriore norma all'interno del codice penale volta a “coprire” tutte quelle ipotesi di responsabilità per eccesso di legittima difesa che si sarebbero sicuramente configurate nel caso in cui il quarto comma dell'articolo 52 fosse stato interpretato secondo Costituzione.

Volendo analizzare il contenuto del nuovo secondo comma va sicuramente rilevato che quest'ultimo configura un'esonazione da responsabilità solo e soltanto nei casi in cui il soggetto agente (aggredito) ponga in essere la condotta difensiva al fine di tutelare la propria o altrui incolumità. Risulta chiaro quindi l'intento del legislatore di riservare la figura del nuovo eccesso colposo ai soli casi di difesa di beni di altissimo rango, lasciando invece fuori dalla norma tutte le condotte volte alla tutela di beni materiali¹⁰¹.

Pacifico tale punto, occorre specificare che la disciplina dell'eccesso colposo così come modificata dalla l. 36\2019 trova applicazione solo in presenza

⁹⁹ Tale concezione è stata formulata da gran parte della dottrina tra cui R. BARTOLI, *Verso la legittima offesa*, cit. 23; P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 83; G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 712.

¹⁰⁰ S. SESSA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 28; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 372; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 711; P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 83; G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

¹⁰¹ S. SESSA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 29; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 712s.

di due situazioni diverse, alternative tra loro: la c.d. minorata difesa e il grave turbamento psichico.

La nuova norma così formulata, secondo parte della dottrina¹⁰² deve essere ricondotta all'area delle scusanti. Le cause di esclusione della colpevolezza, o scusanti, sono figure, tipiche del diritto penale, che prevedono l'esclusione della rimproverabilità dell'agente in situazioni tassative ritenute in grado di «influire in modo irresistibile sulla volontà e sulle capacità psicofisiche del soggetto»¹⁰³.

Le scusanti trovano la loro *ratio* nell'inesigibilità di un comportamento diverso in presenza di talune, tassative, circostanze, precludendo quindi l'opportunità di muovere un rimprovero al soggetto agente che realizza una condotta antiggiuridica.

Il nuovo secondo comma dell'articolo 55 c.p. sembra poter configurare proprio una scusante dal momento in cui tipizza circostanze anormali tali da esercitare una pressione sulle capacità psico-fisiche del soggetto agente che rendono non esigibile un comportamento differente¹⁰⁴. La dottrina ritiene che nel caso di specie, tali circostanze anormali siano da ricondurre alla situazione di particolare vulnerabilità – minorata difesa e grave turbamento – nella quale si viene a trovare il soggetto aggredito nel proprio domicilio.

A questo punto, occorre soffermarsi sulle due alternative¹⁰⁵ che il legislatore subordina all'applicazione del secondo comma dell'articolo 55.

¹⁰² R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 711s; S. SESSA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 28s.

¹⁰³ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 398; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 431; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 433; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit. 469.

¹⁰⁴ Secondo G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit. tale inquadramento dogmatico appare in linea con il principio costituzionale di colpevolezza ed è “in grado di giustificare la mancata punizione di fatti antiggiuridici e colposi di omicidio o di lesioni personali, commessi da chi oltrepassa i limiti della legittima difesa nel domicilio”. Il medesimo autore osserva pure come sia da escludere l'idea che l'impunità si fondi sull'assenza di colpa, sia perché si tratta di un'ipotesi di eccesso, appunto colposo, sia perché legislatore ha fatto salve in rapporto all'articolo 55 co. 2 c.p., sul piano civile, conseguenze risarcitorie che, secondo le regole generali (art. 2043 c.c.), presuppongono la colpa. Il legislatore del 2019, infatti, ha aggiunto all'art. 2044 c.c. un terzo comma, in cui si prevede che nel caso di cui all'art. 55 c.p. al danneggiato è dovuta «un'indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in essere dal danneggiato». Si veda anche F. BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa. una prima lettura*, in *Penale Contemporaneo*, 7 maggio 2019, 57s, Il quale fa riferimento ad un “esito pratico ispirato da una sorta di empatia dell'ordinamento verso il soggetto aggredito”.

¹⁰⁵ In realtà, va segnalato che secondo F. BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa*, cit., 58s., nonostante la formulazione normativa che pone la minorata difesa il grave turbamento in termini alternativi tra loro, sarebbe più comprensibile ravvisare un rapporto di causa-effetto: sarebbe

L'articolo 55 fa in primo luogo riferimento alla minorata difesa disciplinata dall' articolo 61, primo comma, n. 5 c.p. rubricato “circostanze aggravanti comuni”¹⁰⁶.

La formulazione della nuova norma sembra subito presentare delle problematiche da un punto vista di tecnica legislativa: viene infatti attribuita all'agredito una situazione che, nella disposizione di cui all'art. 61 c.p., interessa invece l'autore del fatto, e quindi nel caso della legittima difesa all'aggressore. Va infatti tenuto presente che ad agire nelle condizioni di minorata difesa previste dal primo comma dell'art. 61 – e quindi ad avere «profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa» – è infatti il soggetto dal quale ci si vuole difende. Si può quindi dire che la scelta effettuata dal legislatore appare discutibile poiché si è voluto utilizzare una circostanza aggravante che, come tale è riferita ai soggetti attivi, per rendere non punibile la reazione dei soggetti passivi¹⁰⁷.

La minorata difesa consiste nell'aver «profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa»¹⁰⁸. A grandi linee, si può affermare che è fondamentale la presenza di condizioni che avvantaggino in modo oggettivo la condotta delittuosa.

Si ritiene inoltre sufficiente la coscienza e volontà del soggetto agente di attuare l'azione alla presenza di circostanze che siano obiettivamente agevolatrici o favorevoli all'azione criminosa; non risulta invece indispensabile che alla base

stato più logico formulare il richiamo alle situazioni descritte nell'articolo 61 n. 5 in termini esplicativi, quale cornice fattuale dello stato di turbamento: in questo senso la disposizione avrebbe potuto fornire ai giudici indici oggettivi per la valutazione dello stato di turbamento, con un elencazione tipologica a “maglie larghe”, ma comunque tale da fornire delle prime coordinate.

¹⁰⁶ Art. 61 primo comma, n. 5 «l'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa». Numero così modificato, dall'art. 1, comma 7, della l. 15 luglio 2009, n. 94. Il testo precedente era il seguente: «l'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa».

¹⁰⁷ Si veda P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 86; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 144; S. SESSA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 29; G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit. «In modo sciatto, il legislatore ha evidentemente inteso riferirsi a un soggetto che si difende da un aggressore che approfitta della sua minorata difesa e nei confronti del quale, quanto meno rispetto alla violazione di domicilio commessa, è configurabile l'aggravante comune»; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 713.

¹⁰⁸ Art. 61, comma I, n. 5 c.p.

dell'approffittamento delle suddette circostanze vi sia un dolo specifico o che la situazione favorevole per l'aggressore sia stata indotta¹⁰⁹.

Alla minorata difesa dottrina e giurisprudenza tendono attribuire un'interpretazione restrittiva volta ad escluderne la sussistenza *tout court* delle suddette condizioni in qualsiasi caso di aggressione nel domicilio¹¹⁰.

Il giudice, al fine di verificare la sussistenza o meno della minorata difesa, dovrà necessariamente effettuare una valutazione caso per caso¹¹¹. In primo luogo, andrà verificato se ci sia stato o meno uno sfruttamento delle condizioni, oggettive o soggettive, che hanno concretamente ostacolato l'azione difensiva. Inoltre, va a tal proposito ricordato che la giurisprudenza ha sottolineato che ai fini della suddetta valutazione, è sufficiente che la difesa del soggetto passivo sia stata ostacolata, non essendo invece richiesto che essa sia stata resa del tutto o in parte impossibile¹¹².

In secondo luogo, il giudice dovrà verificare l'esistenza di un nesso eziologico tra l'eccesso di legittima difesa e la situazione di minorata difesa, il quale possa ragionevolmente essere apprezzato¹¹³.

Per ciò che concerne lo sfruttamento delle circostanze di "tempo", si ritiene che si debbano intendere le azioni criminose poste in essere durante le ore notturne¹¹⁴; va però rilevato che secondo la giurisprudenza della Corte di

¹⁰⁹ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 144; P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 87.

¹¹⁰ G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 144; P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 87; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 713.

¹¹¹ Si veda Cass. pen. Sez. II, n. 28759 dell'11 maggio 2016 «la valutazione della sussistenza della città difesa per approfittamento delle condizioni del soggetto passivo va operata dal giudice valorizzando situazioni che nel singolo caso abbiano ridotto comunque ostacolato la capacità di difesa della parte lesa agevolando in concreto la commissione del reato»; Cass. pen., sez. IV, 6 marzo 2018, n. 15214 «solo un accertamento in concreto, caso per caso, delle condizioni che consentano, attraverso una complessiva valutazione, di ritenere effettivamente realizzata una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata è idoneo ad assicurare la coerenza dell'applicazione della circostanza aggravante con il suo fondamento giustificativo».

¹¹² Si veda Cass. pen. Sez. IV, n. 53343 del 30 novembre 2016 «Ai fini della configurabilità della circostanza aggravante della minorata difesa, se il tempo di notte, di per se solo non realizza automaticamente tale aggravante, con esso possono concorrere altre condizioni che consentono attraverso una complessiva valutazione, di ritenere in concreto realizzata una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata non essendo necessario che tale difesa si presenta impossibile ed essendo sufficiente che essa sia stata soltanto ostacolata»; si veda anche Cass. pen., sez. II, n. 13933 del 7 gennaio 2015.

¹¹³ G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.; P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 87; S. SESSA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 30.

¹¹⁴ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 144.

Cassazione, l'aggravante della minorata difesa non può automaticamente configurarsi alla presenza della sola circostanza notturna, ma, deve essere necessariamente accompagnata da ulteriori elementi idonei a configurare una riduzione della capacità difensiva della vittima¹¹⁵.

Le circostanze di “luogo” sembrano invece riferirsi alle caratteristiche del *locus commissi delicti*, le quali devono appunto essere atte ad agevolare il soggetto agente (l'aggressore nel caso di legittima difesa) nella realizzazione dell'azione criminosa.

Infine, le circostanze che richiamano la “persona” sono riferite alla totalità di situazioni in cui la vittima si trovi in uno stato di inferiorità rispetto al soggetto agente, il quale può quindi trarne profitto per i propri scopi¹¹⁶.

Analizzate sia le caratteristiche che le problematiche della minorata difesa, occorre, a questo punto, soffermarsi sul secondo elemento disciplinato dal legislatore del 2019: il grave turbamento.

Sicuramente, anche il grave turbamento ha creato problematiche tra dottrina e giurisprudenza proprio poiché il legislatore ha inteso far riferimento ad uno stato soggettivo¹¹⁷ dipendente da una condizione psichica in cui versa la persona. Inoltre, tale richiamo sembra difettare dei requisiti di determinatezza e tassatività richiesti dalla legge penale¹¹⁸.

Tali osservazioni di certo non sono sfuggite al Presidente della Repubblica Sergio Mattarella che il 26 aprile 2019, in sede di promulgazione della legge n. 36 del 2019, ha espresso alcune considerazioni anche in merito al grave turbamento, evidenziando come la novella debba necessariamente essere interpretata in modo conforme alla Costituzione e quindi ritenendo doverosa una portata obiettiva del

¹¹⁵ Cass. pen. Sez. IV, n. 53343 del 30 novembre 2016 «Ai fini della configurabilità della circostanza aggravante della minorata difesa, se il tempo di notte, di per sé solo non realizza automaticamente tale aggravante».

¹¹⁶ Cass. pen., sez. II, n. 13933 del 7 gennaio 2015 «Le condizioni possono consistere in uno stato di debolezza fisica o psichica in cui la vittima del reato si trovi per qualunque motivo; ne consegue che essi devono essere conosciuti dall'agente e tali da ostacolare in relazione alla situazione fattuale concretamente esistente la reazione dell'autorità pubblica delle persone offese agevolando la commissione del reato»; in dottrina si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 144.

¹¹⁷ Sulle componenti psichiche della colpevolezza, anche per una sintesi della letteratura sul tema, si veda R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 119 ss.

¹¹⁸ Si veda S. SESSA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 31; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 145; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 373; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 713.

grave turbamento, il quale deve essere conseguenza della situazione concreta in cui si viene a manifestare¹¹⁹.

Sicuramente lo stato di grave turbamento richiesto dalla norma ha suscitato perplessità in ordine al fatto che esso si manifesta come una condizione puramente soggettiva che come tale, può variare nella sua intensità, da soggetto a soggetto¹²⁰.

Inoltre, secondo parte della dottrina¹²¹, il riferimento a tale stato psicologico risulta essere poco adatto alla legittima difesa poiché, si ritiene, che colui il quale si trovi nella condizione di dover reagire ad un'aggressione ingiusta – soprattutto se avviene durante le ore notturne e all'interno del proprio domicilio – è sempre e comunque soggetto ad uno stato di grave turbamento psichico dovuto all'ansia e alla paura. Di conseguenza, l'articolo 55 c.p. garantisce la non punibilità al soggetto il quale realizzi una reazione che per sua natura è già caratterizzata dal grave turbamento, sicché tale richiamo risulta essere in contrasto con i requisiti richiesti dalla legittima difesa.

La nuova disciplina dell'eccesso colposo prevede quindi che il giudice nel verificare la presenza della scusante in esame, debba spostare la propria attenzione dalla dimensione oggettiva a quella soggettiva, andando dunque a verificare, in primo luogo, se il turbamento derivi effettivamente dalla situazione di pericolo in atto; in secondo luogo, andrà valutato se la causa dell'eccesso di legittima difesa sia effettivamente attribuibile a tale stato emotivo¹²².

È chiaro che stando così le cose, non si può non interrogarsi sul come si misuri tale intensità del *metus*, e quali siano i criteri che differenziano le situazioni in cui trova applicazione il secondo comma dell'art. 55 c.p. e quelle in cui invece, la condotta risulta essere punibile¹²³. Tutto si riduce ad un giudizio estremamente complicato, volto ad accertare non solo una situazione di fatto e quindi oggettiva,

¹¹⁹ Lettera di accompagnamento del presidente della Repubblica cit., nella quale si legge «È evidente che la nuova normativa presuppone, in senso conforme alla Costituzione, una portata obiettiva del grave turbamento e che questo sia effettivamente determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta».

¹²⁰ Per un commento sulla riforma si veda la vignetta di Altan, pubblicata su *La Repubblica*, raffigurante un uomo seduto, con un fucile sulle gambe, mentre fa la guardia all'abitazione, sovrastato dalla scritta "non vedo l'ora che mi venga il turbamento emotivo". Si veda *La Repubblica*, 30 marzo 2019, https://www.repubblica.it/cronaca/2019/03/30/foto/la_vignetta_di_altan-222841649/1/#1

¹²¹ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 145.

¹²² G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.; P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 84.

¹²³ Si veda M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 54.

ma anche e soprattutto uno stato d'animo; inoltre, tale valutazione è di fondamentale importanza poiché separa il punibile dal non punibile.

Occorre però rilevare che, parte della dottrina¹²⁴ ha ritenuto la scusante di cui all'articolo 55 c.p. in contrasto con il principio generale sancito dalla norma di cui all'articolo 90 c.p.¹²⁵, norma che statuisce, ai fini dell'imputabilità, l'irrelevanza degli stati emotivi o passionali.

Va inoltre sottolineato che la norma non richiede un semplice turbamento, bensì un “grave” stato di turbamento, ponendo quindi all'interno del dettato normativo un attributo di difficile determinazione¹²⁶, il quale dovrà necessariamente essere valutato secondo i canoni volti a consentirne un'esatta individuazione fenomenica¹²⁷.

A tal fine, parte della dottrina¹²⁸ ritiene particolarmente rilevante la sentenza della Corte costituzionale n. 172 del 2014¹²⁹ con riguardo alla fattispecie di stalking.

In tale sede, il giudice delle leggi ha affrontato, superandola, l'eccezione di incostituzionalità dovuta al difetto di determinatezza con riferimento al “grave stato

¹²⁴ P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 85.

¹²⁵ Art. 90 c.p. «Gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità». La disposizione in esame si riferisce agli stati emotivi e passionali che sono verificabili in una persona sana e, come tale, ritenuta idonea a controllare la propria affettività (si pensi alla gelosia). Questi non possono escludere o diminuire l'imputabilità in quanto possono assumere rilevanza come cause di esclusione o attenuazione dell'imputabilità solo quegli stati emotivi e passionali che dipendono da una vera e propria infermità di mente.

¹²⁶ La Corte costituzionale si è più volte pronunciata sul concetto di indeterminatezza mettendone in luce le criticità: si veda sent. n. 34 del 1995 dove si afferma «Da un lato, pone il soggetto destinatario del precetto nell'impossibilità di rendersi conto del comportamento doveroso cui attenersi per evitare di soggiacere alle conseguenze della sua inosservanza»; sent. n. 96 del 1981 dove si afferma «l'indeterminatezza non consente all'interprete di esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da un fondamento controllabile nell'operazione ermeneutica di riconduzione della fattispecie concreta alla previsione normativa». Si veda inoltre Corte cost. sent. n. 327 del 2008 dove la Corte ha infatti sostenuto che occorre evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di leggi in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito. Inoltre, occorre garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta.

¹²⁷ S. SESSA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 30.

¹²⁸ P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 86; S. SESSA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 30s; G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 145s. Per un'opinione contraria si veda M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 54, il quale afferma «Non sembra pertinente il richiamo a quanto previsto dalla fattispecie degli atti persecutori perché in quel caso il giudicante può e deve fondare il proprio convincimento sulla scorta di una pluralità di condotte, diversificate e protratte nel tempo, che ben possono prefigurare insorgere di un elevato stato d'ansia, e non prima di aver raggiunto la prova di ciascuna».

¹²⁹ In *Foro it.* 2014, 9, I, 2283.

di ansia o di paura”, che configura uno degli eventi alternativi nella fattispecie prevista dall’art. 612 bis c.p.¹³⁰.

La Consulta, infatti, in tale sede, ha dichiarato la costituzionalità delle espressioni – previste dall’art. 612 bis c.p. – “perdurante e grave stato di ansia e di paura” e “fondato timore per l’incolumità”, fornendo così indicazioni che sembrano oggi essere utili con riguardo al nuovo secondo comma dell’art. 55 c.p.

È stato quindi affermato che gli eventi che riguardano la sfera emotiva della vittima devono essere soggetti ad un accertamento da parte del giudice che tenga conto dei segni e degli indizi comportamentali, i quali possono essere dedotti effettuando un confronto tra lo stato d'animo caratterizzante la situazione pregressa e lo stato d'animo caratterizzante la situazione conseguente alle condotte delittuose del soggetto agente. Tali condotte devono infatti condurre la persona che le subisce ad un apprezzabile destabilizzazione, soprattutto con riferimento all'equilibrio psicologico e alla serenità¹³¹.

Tale orientamento, inoltre, è stato anche avallato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, ove si è rilevato che, nella fattispecie di atti persecutori, gli stati di “grave e perdurante stato d'ansia e di paura” devono necessariamente essere ancorati a elementi che siano sintomatici di tali stati emotivi. È stato affermato che tale sintomaticità può essere rilevata da più fattori, tra i quali rilevano sia le dichiarazioni della vittima (nel caso della legittima difesa, l’agredito nel domicilio), sia i comportamenti dalla stessa tenuti in un momento successivo all’azione criminosa. Inoltre, anche la condotta del soggetto agente (nel nostro caso,

¹³⁰ Secondo la Consulta, in particolare, il fatto che il legislatore, nel definire le condotte e gli eventi, abbia fatto ricorso ad una enunciazione sintetica della norma incriminatrice – come avviene, del resto, nella gran parte dei Paesi dove è stata adottata una normativa cosiddetta “anti-stalking” – e non abbia adottato, invece, una tecnica analitica di enumerazione dei comportamenti sanzionati, non comporta, di per sé, un vizio di indeterminatezza, purché attraverso l’interpretazione integrata, sistemica e teleologica, si pervenga alla individuazione di un significato chiaro, intelligibile e preciso dell’enunciato.

¹³¹ Così la Corte costituzionale nella sent. n. 172 del 2014; si veda anche Corte cost. sent. n. 282 del 2010 dove si afferma che «trattandosi di eventi che riguardano la sfera emotiva e psicologica, essi debbono essere accertati attraverso un’accurata osservazione di segni e indizi comportamentali, desumibili dal confronto tra la situazione pregressa e quella conseguente alle condotte dell’agente, che denotino una apprezzabile destabilizzazione della serenità e dell’equilibrio psicologico della vittima».

l'intruso nel domicilio) può essere indice di tale turbamento emotivo nella vittima, dovendo quindi il giudice analizzare la condotta posta in essere nel caso concreto¹³².

Nonostante – come detto – le decisioni in merito allo stalking siano ritenute orientative per l'interpretazione delle condotte di cui all'art. 55 co. 2 c.p., va sempre tenuto in considerazione che i casi di legittima difesa sono profondamente diversi da quelli di atti persecutori. Infatti, le modalità di azione sono caratterizzate da elementi differenti che, nel primo caso si sviluppano in un unico frangente temporale, caratterizzato dalla rapidità dell'azione e della reazione; nel secondo caso, invece, vi è una condotta che costituisce un reato abituale nel quale l'azione criminosa si sviluppa in un ampio arco di tempo. Ciò comporta che sicuramente nel caso di atti persecutori lo stato di ansia e di paura sarà di più agevole dimostrazione, mentre nei casi di legittima difesa l'immediatezza delle condotte rende sicuramente più complesso l'accertamento di tale stato emotivo¹³³.

Sicuramente va ricordato che, per quanto intenso, lo stato di grave turbamento non deve dar luogo ad uno squilibrio mentale – neanche momentaneo – poiché in tal caso il soggetto non sarebbe capace di intendere e di volere, con la conseguenza che nella situazione di specie l'impunità non sarebbe dovuta alla nuova disciplina introdotta dalla legge n. 36 del 2019, bensì dalla mancanza di imputabilità del soggetto che pone in essere la reazione¹³⁴.

Merita inoltre di essere segnalato che in Germania è prevista una disciplina simile a quella introdotta con la l. 36 del 2019 all'articolo 55 co. 2 c.p.

Il codice penale tedesco prevede che ai sensi del § 33 rubricato “eccesso di legittima difesa”¹³⁵ (“*Überschreitung der Notwehr*”) «non è punito l'autore

¹³² Si veda Cass., Sez. V, 2 marzo 2017, n. 17795. La giurisprudenza di legittimità ritiene che la prova del grave e perdurante stato d'ansia e di paura, nel delitto di stalking, debba essere «ancorata ad elementi sintomatici di tale turbamento psicologico ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente ed anche da quest'ultima, considerando tanto la sua astratta idoneità a causare l'evento, quanto il suo profilo concreto in riferimento alle effettive condizioni di luogo e di tempo in cui è stata consumata»; si veda anche Corte cost. sent. n. 282 del 2010. Mancano le fonti delle sentenze.

¹³³ Si veda P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 86.

¹³⁴ Si veda Cass. Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 9843; in dottrina si veda G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

¹³⁵ Il codice penale tedesco fa riferimento alla legittima difesa in generale contrariamente al nostro codice che invece distingue la legittima difesa comune dalle ipotesi di legittima difesa all'interno del proprio domicilio. Si veda G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.; P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 86.

che eccede i limiti della legittima difesa a causa di turbamento, paura o panico»¹³⁶.

Analizzare l'elaborazione dottrinale inerente al citato articolo del codice penale tedesco, secondo la dottrina¹³⁷, può essere utile anche per il giurista italiano, il quale sulla base delle considerazioni effettuate dai colleghi tedeschi, potrà trovare valide argomentazioni volte a sostenere un'interpretazione restrittiva della disposizione di cui al comma 2 dell'art. 55 c.p.

Sicuramente interessante è notare che in rapporto al § 33 StGB la dottrina tedesca ha evidenziato che «non ogni sensazione di turbamento o di paura può escludere la responsabilità penale di chi eccede i limiti della legittima difesa»¹³⁸. Infatti, tali stati d'animo, nel momento in cui si subisce un'aggressione, risultano essere del tutto normali e comuni a tutti, ma, nonostante ciò, non possono essere oggetto di una presunzione da parte del legislatore.

In Germania si è infatti consolidata la tesi in base alla quale la responsabilità penale è esclusa solo nel caso in cui il soggetto che pone in essere la reazione difensiva dimostri di aver agito in modo non lucido e cioè in uno stato di turbamento emotivo tale da non consentire di ponderare le proprie azioni.

Ma ciò che risulta davvero interessante è che la dottrina tedesca nell'accogliere una tesi restrittiva della norma in esame, dà rilievo e quindi rende non punibile, solo l'azione posta in essere in uno stato di turbamento, paura o panico che si concretizzano in una situazione di debolezza del soggetto che le pone in essere (c.d. effetto astenico). In altre parole, se tale turbamento psichico comporta un eccesso di rabbia o di ira tale da scatenare una reazione del tutto eccessiva non vi sarà impunità poiché tale turbamento attribuisce solo maggior vigore al soggetto che reagisce (c.d. effetto stenico)¹³⁹.

La *ratio* del legislatore sembra invece essere ravvisabile nell'intenzione di proteggere un soggetto che si trovi in una situazione difficoltà – accresciuta

¹³⁶ «Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft».

¹³⁷ In dottrina si veda G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.; P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 86.

¹³⁸ PERRON EISELE, in *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30^a ed., 2019, § 33, Rn. 3.

¹³⁹ G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

da un compromesso stato emotivo – e non di tutelare un soggetto che invece sembra essere solo rafforzato da tale turbamento¹⁴⁰.

Giova in ultimo ricordare che, come recentemente affermato dalla Suprema Corte¹⁴¹, il *novum* normativo introdotto dalla legge in commento, disciplinando le ipotesi in cui la reazione difensiva viene posta in essere alla presenza delle circostanze analizzate (minorata difesa e grave turbamento), si pone come disposizione più favorevole poiché sicuramente amplia i casi di non punibilità rispetto alla previgente disciplina dell'eccesso colposo. Per tali motivi, in virtù dell'art. 2 comma 4 c.p., la nuova disciplina dovrà avere anche applicazione retroattiva e quindi nei confronti di fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore.

5. L'intervento legislativo sui delitti di violazione di domicilio, furto in abitazione e rapina

Il legislatore del 2019, avendo il preciso intento di tutelare il soggetto che si difende per mezzo della legittima difesa, non è intervenuto solamente sull'articolo 52 e sull'articolo 55 del codice penale, avendo altresì operato modifiche, soprattutto sui limiti edittali delle pene, sulle fattispecie delittuose per mezzo delle quali il più delle volte si realizzano casi di aggressione ai quali corrisponde a una reazione legittima.

Le fattispecie previste dall' articolo 614, 624 bis e 628 del codice penale rappresentano non le sole ma, sicuramente le più comuni, modalità di aggressione

¹⁴⁰ C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 4^a ed., Monaco, 2006, 992.

¹⁴¹ Si veda Cass. Pen. sez. IV, 28 maggio 2019, n. 28782 «In tema di eccesso colposo nella legittima difesa, il novum normativo introdotto dalla legge n. 36 del 2019, che ha innovato il disposto degli articoli 52 e 55 del Cp, disciplinando espressamente l'ipotesi in cui la reazione all'offesa ingiusta è stata posta in essere a seguito della violazione del domicilio (il novellato articolo 55, infatti, stabilisce che "nei casi di cui ai commi 2, 3 e 4 dell'articolo 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, comma 1, numero 5), ovvero in stato di grave turbamento, derivato dalla situazione di pericolo in-atto", quale disposizione più favorevole in quanto ampliativa dei casi di non punibilità, rispetto alla previgente fattispecie di eccesso colposo, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, del c.p. deve trovare applicazione retroattiva rispetto a fatti anteriormente commessi».

comportanti una reazione difensiva che spesso viene ricondotta alla scriminante di cui all'articolo 52 c.p.¹⁴²

Il reato di violazione di domicilio viene punito dall' articolo 614 c.p.¹⁴³ il quale rappresenta una chiara manifestazione del principio fondamentale – presente in tutte le branche del diritto – dell'inviolabilità e della tutela della proprietà privata¹⁴⁴.

La violazione di domicilio è sicuramente un delitto antichissimo che trova le sue origini agli albori della storia¹⁴⁵. Già il codice Zanardelli all'articolo 157 puniva il delitto di “attentato alla pace domestica”¹⁴⁶, mentre con il codice Rocco il delitto in esame, pur essendo sempre rivolto alla tutela della libertà individuale all'interno delle mura domestiche, espande il suo ambito di applicazione facendo riferimento anche ad ogni altro luogo di privata dimora¹⁴⁷.

¹⁴² Nella relazione di accompagnamento venivano così spiegate le motivazioni della riforma: «I recenti fatti di cronaca relativi a violente aggressioni in abitazioni private a scopo di furto e a rapine presso attività commerciali quali la rivendita di tabacchi, di prodotti petroliferi o di preziosi che vengono sempre più di frequente perpetrate ai danni di nostri concittadini, ci impongono, nella nostra responsabilità di legislatori, di verificare che il nostro ordinamento sia adeguato per contrastare e prevenire tali fenomeni». Relazione di accompagnamento consultabile <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.274.18PDL0004010.pdf>

¹⁴³ Art. 614 c.p. «Chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con l'inganno, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Alla stessa pena soggiace chi si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa.

La pena è da due a sei anni, e si procede d'ufficio, se il fatto è commesso con violenza sulle cose, o alle persone, ovvero se il colpevole è palesemente armato».

¹⁴⁴ Sulla violazione di domicilio si vedano F. ANTOLISEI, A. ROSSI, C. F. GROSSO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*. Milano, 2016, 275s; R. GAROFOLI, G. ALPA, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*. Roma, 2015, 457; D. NOTARO, *Violazione di domicilio (art. 614)*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*. Torino, 2011, 389; F. MANTOVANI, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*. VII edizione. Assago, 2019, 189s; S. ALEO, *Istituzioni di diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, Milano, 2017, 241.

¹⁴⁵ Un punto di svolta si è sicuramente registrato con la Rivoluzione Francese a seguito della quale ha acquistato ampia espansione il diritto della libertà individuale.

¹⁴⁶ «Chiunque arbitrariamente si introduce o si intrattiene nell'abitazione altrui o nelle appartenenze di essa contro il diritto di chi abbia il diritto di escluderlo, ovvero si introduce o vi si trattiene clandestinamente o con inganno è punito [...]».

¹⁴⁷ S. SESSA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 45.

Il bene giuridico tutelato dalla norma in esame è quello della libertà domiciliare dell'individuo, che riceve anche un'immediata tutela costituzionale all'art. 14¹⁴⁸, poiché espressione di un diritto fondamentale¹⁴⁹.

Il diritto che l'art. 614 c.p. intende tutelare viene ricompreso nel più ampio concetto della libertà individuale¹⁵⁰, dal quale deriva, fra gli altri, il noto principio dello *ius excludendi alios*.

Parte della dottrina¹⁵¹ ritiene, infatti, che il diritto alla riservatezza all'interno del proprio domicilio, si configuri come strumentale alla libera manifestazione della personalità, rendendo quindi punibile la condotta di chi prenda conoscenza senza autorizzazione dell'avente diritto di ciò che accade nella sfera privata domiciliare.

Il nostro codice penale configura la violazione di domicilio come un reato comune che può essere commesso quindi da chiunque ponga in essere una delle condotte indicate dalla norma, consistenti “nell'introduzione” nell'abitazione altrui o in altro luogo di privata dimora o nelle appartenenze di essa, oppure nel “trattenimento” nei luoghi indicati, a seguito del dissenso del titolare dello *ius excludendi*¹⁵².

Per ciò che concerne il concetto di domicilio, la prevalente dottrina ritiene che la Costituzione non fornisca indicazioni in merito al contenuto poiché il compito della Carta fondamentale è quello garantire l'inviolabilità dei luoghi che configurano un prolungamento della libertà individuale e il domicilio si ritiene rappresenti la proiezione spaziale della persona¹⁵³. Si ritiene che, una volta

¹⁴⁸ Art. 14 Cost: «Il domicilio è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali».

¹⁴⁹ Ma non solo, si ricorda infatti che esso ha espressa tutela anche nell'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e all'art. 8 della CEDU.

¹⁵⁰ Sul tema del domicilio si veda, nello specifico, E. SINISCALCO, *Domicilio (violazione di)*, in *ED*, XIII, Milano, 1964, 871 e V. MUSACCHIO, *Violazione di domicilio*, in *Digesto pen.*, XV, Torino, 1999, 228.

¹⁵¹ F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Speciale I*, Milano, 2003, 231.

¹⁵² Secondo A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 187, il dissenso non può essere presunto poiché ai fini della configurabilità del reato è necessario un dissenso reale sia espresso sia tacito.

¹⁵³ G. BASCHIERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA, C. GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana: commento analitico*, Firenze, 1949, 81.

delineato il meccanismo di garanzia sotteso all'art. 14 Cost., si dovrà poi fare riferimento alle definizioni normative già presenti – nel codice e in altre fonti – al fine di individuare il contenuto del concetto di domicilio¹⁵⁴.

A tal proposito, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che la nozione penale di domicilio, debba avere una rilevanza non solo autonoma, ma anche più ampia rispetto a quella data da altri settori dell'ordinamento giuridico¹⁵⁵.

Il delitto in esame delimita l'area del domicilio ai concetti di abitazione, altro luogo di privata dimora e appartenenze di essi. Per il primo, si è soliti intendere qualsiasi luogo nel quale la persona dimori legittimamente e in modo attuale, da solo o con altri, in modo tale da poter vantare il diritto di escludere altri dal godimento del bene¹⁵⁶. Per privata dimora la dottrina¹⁵⁷ si ritiene debba intendersi qualsiasi luogo adibito anche temporaneamente allo svolgimento della vita privata o delle attività lavorative¹⁵⁸. Va inoltre ricordato che si considera rientrante nella nozione di privata dimora anche un luogo adibito per l'esercizio di un'attività¹⁵⁹. Il terzo, invece, ricomprende tutti quei luoghi caratterizzati da un rapporto funzionale di servizio o accessorietà con i luoghi di privata dimora, anche se non strutturalmente connessi ad essi¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Si veda G. BORRELLI, *Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio garanzie costituzionali*, in *Cassazione Penale*, 2001, 2453 «indicazioni di contenuto suscettibili di precisare una nozione tipica ed autonoma di domicilio, limitandosi ad apprestare un particolare meccanismo di garanzia attraverso il rinvio a definizioni già contenute in fattispecie normative preesistenti»; Si veda anche A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 191.

¹⁵⁵ Cass. Pen., Sez. III, n. 1451 del 1968; Cass. Pen., Sez. III, n. 6316 del 1983; Cass. Pen. Sez. V, n. 35166 del 2005; Cass. Pen., Sez. III, n. 46191 del 2008.

¹⁵⁶ La nozione di domicilio dà conto di un concetto sufficientemente ampio, che prescinde dall'ideale di proprietà per riferirsi piuttosto ad un interesse legato alla garanzia dell'intimità che qualifica la vita privata in generale come l'attività domestica in particolare. Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 191. La Suprema Corte di Cassazione ha attribuito all'inviolabilità del domicilio la funzione di tutela «Del luogo nel quale si estrinseca, in ambito privato, la vita e la personalità del cittadino» escludendo quindi dal domicilio i luoghi adibiti ad uso esclusivamente pubblico come uffici, le chiese, le scuole, i cinema. Si veda Cass. Sez. V, 11 maggio 1999 n. 2257.

¹⁵⁷ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 187.

¹⁵⁸ Particolarmente problematica è l'interpretazione della formula «altro luogo di privata dimora», a tal proposito si veda Cass. Pen. Sez. IV, 14 marzo 2013 n. 19375, in cui la Corte ha stabilito che l'abitacolo di un'autovettura non può considerarsi luogo di privata dimora ex art 52 co. 2 c.p. in quanto «nell'autovettura non si compiono, di norma, atti caratteristici della vita domestica».

¹⁵⁹ Sono tali lo studio professionale, una camera d'albergo, il bar, un negozio, la cabina di una nave. Si cita una recente sentenza di Cassazione n. 41646 del 2013 per la quale «esso comprenda qualunque luogo, anche se diverso dalla casa di abitazione, in cui la persona si soffermi per compiere, pur se in modo contingente e provvisorio, atti della sua vita privata riconducibili al lavoro, al commercio, allo studio, allo svago».

¹⁶⁰ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 187.

Va in ultimo ricordato che ciascuno di tali concetti giuridici deve necessariamente soddisfare due requisiti: l'attualità dell'uso della dimora/abitazione¹⁶¹ e la legittimità dell'uso degli stessi¹⁶².

Come accennato le condotte incriminate dall' articolo 614 c.p. consistono alternativamente nell'introdursi o nel trattenersi all'interno dei luoghi pocanzi indicati, violando la volontà di colui il quale ha il potere di escluderli.

Si ritiene che l'introduzione possa realizzarsi sia in modo ordinario come, ad esempio, tramite l'utilizzo della porta di ingresso, sia in via atipica, e quindi per mezzo di un balcone o di una finestra¹⁶³. Il parametro che il giudice dovrà necessariamente valutare, per verificare la configurabilità o meno del delitto in esame, sarà la reale offensività della condotta posta in essere dall' intruso nei confronti del diritto del proprietario di escludere taluno al fine di tutelare il proprio diritto alla riservatezza domiciliare¹⁶⁴.

Va inoltre accennato che la condotta di introduzione può realizzarsi sia nei confronti di uno *ius prohibendi* espresso (come ad es. gesti, parole, scritte), sia tacito¹⁶⁵ (cancelli, porta chiusa a chiave) da parte del soggetto passivo. Inoltre,

¹⁶¹ Da intendersi come fruizione dell'abitazione per lo svolgimento della vita domestica, non necessariamente in modo continuativo. Come è ovvio, non è stato fatto rientrare in questo concetto l'appartamento disabitato.

¹⁶² Vale a dire un titolo legittimo, come la proprietà o l'usufrutto o anche una situazione di fatto riconosciuta dall'ordinamento come la convivenza o la detenzione.

¹⁶³ Si veda D. ERCOLE in *Legge 26 aprile 2019 n. 36, modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa*, Torrazza Piemonte, 2019, 45.

¹⁶⁴ Sul punto si veda F. MANTOVANI, *Diritto Penale – Parte Speciale, delitti contro la persona*, Padova, 2012, 434, il quale ritiene che «l'introduzione anche solo parziale di una parte del corpo nell'altrui domicilio, sia diversamente qualificabile come tentativo o come delitto consumato in ragione, non già di una valutazione di tipo volumetrico della intrusione, bensì alla luce di una valutazione che tenga conto della effettiva potenzialità lesiva della condotta realizzata nei confronti del bene 'riservatezza domiciliare' tutelato dalla norma». In senso contrario si veda F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Speciale I*, cit. 233, per il quale è richiesta la totalità della persona all'interno del domicilio per consumare il reato.

¹⁶⁵ Rimane invece controverso, sia in dottrina che in giurisprudenza, il valore del dissenso presunto. Si pensi al caso dell'introduzione in assenza del titolare o a sua insaputa per cui il dissenso non sia stato esplicitato, per la situazione concreta, per ignoranza o per effetto del comportamento ingannevole altrui, ma che poteva ragionevolmente presumersi: G. LA CUTE, *Il dissenso presunto nel reato di violazione di domicilio*, in *Riv. Pen.*, 1989, 1041, non condivide la teoria del dissenso presunto, ritenendo che, in linea col principio di tassatività, la locuzione adottata dall'art. 614, richiedendo una contraria volontà "espressa o tacita" sembrerebbe volere sempre una manifestazione del dissenso anche se *per facta concludentia*. In senso contrario invece si veda G. MAGGIORE, *Diritto penale – Parte Speciale*, Vol. II., Bologna, 1950, 891, il quale ritiene che il consenso e il dissenso sia presunto ogni qual volta che «le circostanze di fatto con speciale riguardo al comportamento del titolare e alla sua personalità, rendano assurda l'ipotesi del consenso di questo, in vista del fine illecito del colpevole».

le condotte indicate sussistono anche se poste in essere in modo clandestino o con l'inganno¹⁶⁶.

La condotta consistente nel trattenersi, invece, individua una permanenza *invito domino* del soggetto nel domicilio altrui, presupponendo in tal caso, un precedente ingresso avvenuto in modo lecito e quindi con il consenso del titolare del diritto di esclusione, ma accompagnato successivamente da un invito dello stesso ad allontanarsi.

Occorre ricordare infine in questa sede che in tema di rapporto tra la legittima difesa e articolo 614 c.p. era già intervenuta nel 2006 la riforma n. 52 la quale – come detto – ha introdotto un ulteriore comma alla legittima difesa tradizionale, avendo il preciso intento di soddisfare l'esigenza di una maggiore tutela all'interno non solo del proprio domicilio ma anche dei luoghi ad esso equiparati.

La norma aveva quindi l'intento di tutelare colui il quale subisce un'aggressione all'interno delle mura domestiche, partendo dal presupposto che un soggetto che si introduce abusivamente nel domicilio altrui non abbia affatto intenzioni lecite. L'aggressione che si realizza all'interno di un domicilio e quindi conseguente a una violazione dello stesso, pone senz'altro la vittima in uno stato di soggezione e di paura, poiché colta e aggredita all'interno di un luogo privato ed intimo nel quale ogni soggetto si sente maggiormente al sicuro da interferenze altrui¹⁶⁷.

Senza ritornare sulle considerazioni effettuate dal legislatore del 2006 – già analizzate in questa sede¹⁶⁸ – occorre per lo più soffermarsi sulle modifiche apportate dal legislatore del 2019.

¹⁶⁶ A questo fine, specificatamente con finalità illecite, di interessante rilievo è una recente sentenza di Cassazione n. 19546 del 2013 in cui si è distinta l'ipotesi dell'agente che frequenti il domicilio per ragioni di amicizia o parentela, da quella in cui l'autorizzazione non c'è ed in cui l'agente renda l'esistenza di quel fine non percepibile da parte del titolare dello *ius excludendi*. Nel primo caso ricorrerebbe l'ipotesi di introduzione nel domicilio altrui contro la volontà tacita del titolare ritenendosi implicita, in presenza di quel fine, la contraria volontà del titolare e a nulla rilevando l'assenza di clandestinità; nel secondo caso, invece, si tratterebbe di introduzione con inganno poiché il principio della non presumibilità del dissenso del titolare vale solo a scriminare la condotta di chi operi in situazioni tali da far ragionevolmente ritenere che dissenso non vi sia

¹⁶⁷ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 188.

¹⁶⁸ Si veda cap. II, par. 5.

Il legislatore ha intatti, come visto, inteso porre al centro della riforma in esame “la vittima”, partendo dal presupposto che colui il quale subisce un'aggressione all'interno della propria abitazione altro non può essere che vittima di tale condotta altrui: «è vittima colui che è aggredito in casa sua, è vittima colui che viene aggredito, è vittima colui che subisce il furto o la rapina in casa propria»¹⁶⁹.

La riforma, quindi, ha voluto agire su due diversi versanti, non solo andando a accentuare le possibilità di reazione legittima all'interno del proprio domicilio, ma andando anche a elevare la cornice edittale di determinati reati.

L'idea probabilmente era quella di agire sia da un punto di vista di prevenzione delle condotte criminose sia da un punto di vista di repressione delle stesse.

Come accennato, la riforma sulla legittima difesa è intervenuta nella formulazione dell'art. 614 c.p.

Nello specifico, oggetto di modifica da parte del legislatore non sono stati profili inerenti alla condotta o ai principi che vi sono alla base della stessa, essendosi operate modifiche solo rispetto ai limiti edittali previsti dalla norma: per la fattispecie prevista dal primo comma¹⁷⁰ la pena «da sei mesi a tre anni» è stata sostituita dalle parole «da uno a quattro anni», mentre per la casistica prevista dal quarto comma¹⁷¹, la pena «da uno a cinque anni» viene sostituita «da due a sei anni».

Parte della dottrina¹⁷² si è mostrata particolarmente critica nei confronti della scelta del legislatore, ritenendo che in tal modo si sia profondamente sbilanciato il rapporto tra le norme. È stato infatti osservato, che il fattore più rilevante che ha inciso sulla decisione di una tale modifica vada individuato nella

¹⁶⁹ M. BIFFA, *La legittima difesa domiciliare*, intervento al convegno DIPPOL del 29 maggio 2019 intitolato “*Uso legittimo delle armi e modifiche normative in tema di legittima difesa*”, 2019, 2.

¹⁷⁰ «Chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con l'inganno, è punito con la reclusione da uno a quattro anni».

¹⁷¹ «La pena è da due a sei anni, e si procede d'ufficio, se il fatto è commesso con violenza sulle cose [392 2], o alle persone, ovvero se il colpevole è palesemente armato».

¹⁷² A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 199.

rappresentazione mediatica della criminalità¹⁷³. Si ritiene che la previsione di determinate cornici edittali così elevate derivi più che altro dal clima ideologico che dà origine alla legge¹⁷⁴.

In tal caso, dunque, le cornici edittali finiscono per non rispondere a un sistema ordinato e razionale, ma, piuttosto, a quelle che sono le esigenze politico-criminali in un determinato momento storico.

La stessa dottrina, ha inoltre osservato che l'articolo 614 c.p. pur riportando elevati livelli di afflittività della pena detentiva, non richiede una proporzionata, o meglio plausibile, pena pecuniaria. Infatti, sotto questo punto di vista la norma è rimasta ancorata a quella che era l'economia italiana durante l'entrata in vigore del codice Rocco. Se il legislatore odierno avesse avuto il reale intento di svolgere una effettiva e concreta funzione deterrente della pena avrebbe dovuto tenere a mente che oggi lo scarto tra pena commiata e pena scontata non spaventa, e di conseguenza una modifica volta ad aumentare il massimo il minimo edittale, non sembrerebbe idonea a svolgere una reale funzione deterrente. Piuttosto, secondo una parte della dottrina, il legislatore avrebbe dovuto provvedere anche – e soprattutto – in relazione alla sanzione pecuniaria poiché – secondo alcuni – la stessa oggi risulterebbe particolarmente efficace¹⁷⁵, per quanto ci pare di poter nutrire più di un dubbio sulla validità di tale assunto rispetto a certe forme di criminalità.

Come accennato, il legislatore non è intervenuto solo sul delitto di violazione di domicilio, ma ha apportato delle modifiche anche ad alcuni reati contro il patrimonio, come il furto in abitazione, il furto con strappo e la rapina.

Con l'articolo 5 della l. 36 del 2019, il legislatore è intervenuto al fine di modificare il trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 624 *bis* c.p. Il quale

¹⁷³ In realtà tale concetto non è nuovo nel nostro sistema penale: si pensi ad esempio, alle norme contro la violenza sessuale o alla riforma dei delitti di furto avvenuta con il c.d. pacchetto-sicurezza del 2010.

¹⁷⁴ Sotto questo profilo, l'esempio più emblematico e senz'altro rappresentato dalla legge n. 40/2004 in materia di fecondazione assistita, caratterizzata da un "autentico furore punitivo". I lavori preparatori di tali riforme sono pieni di continui riferimenti alla specifica emergenza criminale in quel momento pressante, che hanno condizionato fortemente all'operato del legislatore, determinandolo ad un esasperato rigorismo edittale. Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 199.

¹⁷⁵ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 200.

disciplina due autonome figure di reato: il furto in abitazione¹⁷⁶ (previsto dal primo comma) e il furto con strappo¹⁷⁷ (previsto dal secondo comma).

Le due figure di reato costituiscono dal 2001¹⁷⁸ due autonome fattispecie delittuose¹⁷⁹, mentre originariamente venivano considerate come circostanze aggravanti del furto¹⁸⁰.

Il primo comma dell'art. 624 *bis* c.p. ha lo scopo di offrire tutela alla sicurezza fisica della vittima all'interno della propria abitazione. Il fatto tipico viene individuato nell'effettuare un'azione furtiva «mediante introduzione in un edificio o in un altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora o nelle pertinenze di essa».

È importante specificare che la norma intende richiamare non solo i luoghi che costituiscono sede di abitazione in senso stretto, ma anche quelli che si ritengono parte integrante di essa, nonché i luoghi destinati allo svolgimento di attività complementari¹⁸¹. Inoltre, l'espressione ricomprende anche i locali pubblici o privati che, seppur momentaneamente, servono a tale finalità¹⁸².

Il furto con strappo, previsto dal secondo comma, prevede una condotta che si ritiene integrata nel momento in cui la violenza si esplica direttamente nei confronti della cosa e in modalità solo in diretta nei confronti della persona¹⁸³.

Tale figura delittuosa che nel codice del 1839 configurava soltanto una forma di rapina attenuata, consiste oggi nello “strappare” e cioè nel privare il possessore della cosa con una violenza volta a superare la resistenza opposta dal

¹⁷⁶ «Chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, mediante introduzione in un edificio o in altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora o nelle pertinenze di essa, è punito con la reclusione da quattro a sette anni e con la multa da euro 927 a euro 1.500».

¹⁷⁷ «Alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chi si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, strappandola di mano o di dosso alla persona».

¹⁷⁸ L. 26 marzo 2001 n. 128 (c.d. Pacchetto Sicurezza).

¹⁷⁹ Come confermato anche dalla Suprema Corte, si veda Cass. Pen. Sez. IV, 19 settembre 2006, n. 36606.

¹⁸⁰ Art. 625 nn. 1) e 4) c.p.

¹⁸¹ Cass. Pen. Sez. IV, 17 dicembre 2003, n. 43671 «L'ipotesi di reato delineata dall'art. 624 *bis* c.p. in tema di furto in abitazione, esplicitamente amplia, attraverso la definizione del luogo come “destinato in tutto o in parte a privata dimora”, la portata della previsione, così da comprendere in essa tutti quei luoghi nei quali le persone si trattengono per compiere, anche in modo transitorio e contingente atti della loro vita privata».

¹⁸² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale- parte speciale*, Bologna, 2015, Vol. II, 77.

¹⁸³ Si veda D. ERCOLE in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 48.

derubato. Come accennato, è di fondamentale rilevanza che la violenza venga attuata esclusivamente nei confronti del bene in questione e non sulla persona, altrimenti si configurerebbe il più grave delitto di rapina¹⁸⁴.

Sicuramente, l'inasprimento delle pene previste dall'art. 624 *bis* c.p. ha comportato significative conseguenze processuali. In primo luogo, bisogna però chiarire che le modifiche apportate dalla l. 36\2019 ai commi 1 e 3 del suddetto articolo, non incidono sull'applicabilità della normativa concernente le intercettazioni, poiché il reato in esame continua ad essere ricompreso nella casistica prevista dall'art 266 c.p.p.¹⁸⁵

Più complesse sono invece le conseguenze per ciò che concerne le misure cautelari: specie se si considera che l'art. 274 c.p.p.¹⁸⁶ prevede, tra le esigenze cautelari, il pericolo di fuga, ma alla condizione che il giudice ritenga che nel caso concreto potrà essere inflitta una pena superiore a due anni. La riforma del 2019, avendo innalzato il minimo edittale previsto dall' articolo 624 *bis*, ha comportato che per il giudice sarà estremamente complicato effettuare una prognosi negativa sull'applicabilità di una sanzione inferiore a due anni.

Inoltre, l'inasprimento delle pene comporta necessariamente che, a norma dell'articolo 157 c.p.¹⁸⁷, anche i tempi di prescrizione si allungano dal momento che la normativa prevede che un reato si prescrive nel momento in cui sia trascorso un periodo di tempo pari al massimo della pena edittale prevista per quella figura criminosa.

Inoltre, di fondamentale importanza risulta essere anche la considerazione che la previsione di pene più severe incide anche sull'applicabilità dell'istituto previsto dall' articolo 444 c.p.p., ossia l'applicazione della pena su richiesta delle parti¹⁸⁸.

¹⁸⁴ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale- parte speciale*, cit. 78.

¹⁸⁵ Art. 266 lett. a) «delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo».

¹⁸⁶ Art. 274 lett. b) «quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto e attuale pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione. Le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede».

¹⁸⁷ Art. 157 co. 1 «La prescrizione estingue il reato⁽²⁾ decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria».

¹⁸⁸ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 215.

Ma non è tutto. La l. 36 del 2019 all'art. 3¹⁸⁹ prevede anche una modifica in tema di sospensione condizionale della pena *ex art. 165 c.p.*, con particolare riferimento alla casistica prevista dall'art. 624 *bis c.p.*

Il legislatore non ha quindi solo disciplinato un innalzamento delle pene previste per il delitto in esame ma, prevedendo che l'applicazione dell'istituto *ex articolo 165 c.p.* sia subordinata al pagamento integrale del risarcimento del danno¹⁹⁰, al contempo ha anche introdotto un vincolo per il giudice che voglia concedere la sospensione condizionale della pena. L'intento del legislatore sembrerebbe proprio quello di attuare un trattamento sanzionatorio – differenziato rispetto ad altre fattispecie di reato – maggiormente rigoroso con l'intento di scongiurare gli episodi di furto in abitazione¹⁹¹

Viste le modifiche apportate sia all'articolo 614 che al 624 *bis c.p.*, occorre ora soffermarsi sull'intervento della novella in merito all'articolo 628 *c.p.*¹⁹².

Brevemente, si può affermare che la rapina è il classico delitto predatorio, caratterizzato dal fatto che l'aggressione al patrimonio, volta a procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, viene posta in essere attraverso la violenza o la minaccia nei confronti della vittima. Da subito risulta evidente che il delitto in esame presenta forti similitudini con il furto dal quale però si differenzia poiché l'articolo 628 *c.p.* richiede ulteriore elemento della violenza o minaccia alla

¹⁸⁹ All'articolo 165 del codice penale, dopo il quinto comma è aggiunto il seguente: «Nel caso di condanna per il reato previsto dall'articolo 624-bis, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata al pagamento integrale dell'importo dovuto per il risarcimento del danno alla persona offesa».

¹⁹⁰ Va segnalata un'importante sentenza della Corte di Cassazione, sez. VI, 13 marzo 2018, n. 11371 «In tema di sospensione condizionale della pena, nel caso in cui il beneficio venga subordinato all'adempimento dell'obbligo risarcitorio, il giudice della cognizione non è tenuto a svolgere alcun accertamento sulle condizioni economiche dell'imputato, ma è comunque onere del giudice di valutare, con apprezzamento motivato ma discrezionale, la capacità economica del condannato e la sua concreta possibilità di sopportare l'onere del risarcimento pecuniario».

¹⁹¹ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 216.

¹⁹² Art. 6 l.36\2019 «All'articolo 628 del codice penale sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo comma, la parola: «quattro» è sostituita dalla seguente: «cinque»; b) al terzo comma, alinea, la parola: «cinque» è sostituita dalla seguente: «sei» e le parole: «da euro 1.290 a euro 3.098» sono sostituite dalle seguenti: «da euro 2.000 a euro 4.000»; c) al quarto comma, la parola: «sei» è sostituita dalla seguente: «sette» e le parole: «da euro 1.538 a euro 3.098» sono sostituite dalle seguenti: «da euro 2.500 a euro 4.000».

persona¹⁹³. Il nostro ordinamento conosce due tipologie di rapina: quella propria e quella impropria. La prima si caratterizza dal fatto che la violenza viene posta in essere in un momento precedente alla sottrazione e all'impossessamento della cosa mobile altrui; la seconda invece si realizza con l'esercizio della violenza in un momento immediatamente successivo alla sottrazione, al fine di assicurare a sé o ad altri l'impunità.

Anche in questo caso occorre analizzare le modifiche apportate dalla riforma del 2019 su tale fattispecie. La novella – come nei precedenti casi – è andata a modificare le pene previste dall' articolo 628 c.p.¹⁹⁴, questa volta però modificando esclusivamente il minimo edittale.

La pena minima della reclusione è infatti stata portata da quattro a 5 anni nel minimo, lasciando fermo il massimo fissato a 10 anni; mentre per le ipotesi aggravate e pluriaggravate previste dal terzo e dal quarto comma, la novella prevede un analogo inasprimento sanzionatorio. Nello specifico, per la rapina aggravata è oggi prevista la pena della reclusione da sei a vent'anni (in precedenza da 5 a 20 anni), e una pena pecuniaria da 2000 a 4000 euro (in

¹⁹³ Si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale- parte speciale*, cit. 117; R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Torino, 2019, 567. F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2018, 106.

¹⁹⁴ Art. 628 c.p. «Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, mediante violenza alla persona o minaccia, s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni e con la multa da euro 927 a euro 2.500. 2. Alla stessa pena soggiace chi adopera violenza o minaccia immediatamente dopo la sottrazione, per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sé o ad altri l'impunità. 3. La pena è della reclusione da sei a venti anni e della multa da euro 2.000 a euro 4.000: 1) se la violenza o minaccia è commessa con armi o da persona travisata, o da più persone riunite; 2) se la violenza consiste nel porre taluno in stato di incapacità di volere o di agire. 3) se la violenza o minaccia è posta in essere da persona che fa parte dell'associazione di cui all'articolo 416-bis; 3-bis) se il fatto è commesso nei luoghi di cui all'articolo 624-bis) o in luoghi tali da ostacolare la pubblica o privata difesa; 3-ter) se il fatto è commesso all'interno di mezzi di pubblico trasporto; 3-quater) se il fatto è commesso nei confronti di persona che si trovi nell'atto di fruire ovvero che abbia appena fruito dei servizi di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro; 3-quinquies) se il fatto è commesso nei confronti di persona ultrasessantacinquenne. 4. Se concorrono due o più delle circostanze di cui al terzo comma del presente articolo, ovvero se una di tali circostanze concorre con altra fra quelle indicate nell'articolo 61, la pena è della reclusione da sette a venti anni e della multa da euro 2.500 a euro 4.000. 5. Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con le aggravanti di cui al terzo comma, numeri 3), 3-bis), 3-ter) e 3-quater), non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti».

precedenza da 1290 a 3098 euro). Per le ipotesi di rapina pluriaggravata il minimo edittale oggi previsto è di 7 anni mentre il massimo resta fissato a 20 anni (in precedenza era prevista la reclusione da 6 a 20 anni), con una pena pecuniaria da 2500 a 4000 euro.

La riforma, quindi, è andata a toccare non la natura delle fattispecie bensì solo e soltanto le cornici edittali delle stesse, anche perché in tali fattispecie si può affermare che persona e patrimonio sono due fili conduttori di tali reati¹⁹⁵.

Si può quindi facilmente comprendere come alla base della scelta legislativa di inasprire le pene vi sia l'obiettivo di ottenere una più intensa efficacia preventiva.

6. I profili civilistici della riforma: la modifica all'art. 2044 c.c.

Il legislatore del 2019 non ha soltanto apportato modifiche alla disciplina della legittima difesa in ambito penalistico, ma è voluto intervenire anche sulla normativa del codice civile.

L'articolo 7¹⁹⁶ della l. 36 del 2019 ha infatti riformato l'articolo 2044 c.c.¹⁹⁷ rubricato – appunto – “legittima difesa”. La norma, collocata nell'ambito della responsabilità aquiliana, regolata dall'art. 2043¹⁹⁸ c.c., configura una causa

¹⁹⁵ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 237.

¹⁹⁶ All'articolo 2044 del codice civile sono aggiunti, infine, i seguenti commi: «Nei casi di cui all'articolo 52, commi secondo, terzo e quarto, del codice penale, la responsabilità di chi ha compiuto il fatto è esclusa.

Nel caso di cui all'articolo 55, secondo comma, del codice penale, al danneggiato è dovuta una indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in essere dal danneggiato».

¹⁹⁷ il testo previgente prevedeva un solo comma: «Non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri».

¹⁹⁸ Art. 2043 c.c. «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno». La responsabilità extracontrattuale assolve una duplice funzione: preventiva e riparatoria. la funzione preventiva si pone l'intento di precludere la verifica non danno ingiusto mediante la minaccia è una conseguenza negativa astrattamente previste dalla legge; la finalità riparatoria esplica invece le sue funzioni nel momento in cui sia già stato integrato l'illecito e mira a eliminare il danno ingiusto. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, Milano, 2017, 5 ha evidenziato che «Occorre considerare che la reintegrazione del patrimonio del danneggiato tende a eliminare il danno per quest'ultimo, ma non lo elimina per la società poiché si limita a spostare l'incidenza da chi lo ha subito immediatamente a chi è obbligato a risarcirlo». Si veda inoltre Cass. Civ., 22 luglio 1999 n. 500 «l'art. 2043 c.c. non descrive una previsione legislativa di carattere eminentemente sanzionatorio della violazione di specifici precetti, bensì è essa stessa una norma primaria che attribuisce un diritto soggettivo al

di giustificazione di matrice civile¹⁹⁹ che, secondo la dottrina²⁰⁰, cristallizza proprio un'eccezione o meglio una precisazione rispetto alla generale responsabilità prevista dall'art. 2043 c.c.

Come si è avuto modo di precisare più volte nel corso della presente trattazione, infatti, l'intento del legislatore è stato proprio quello di garantire il più possibile a chi si trova costretto a difendersi l'esenzione da ogni tipo di responsabilità, sia penale che civile.

Giova da subito ricordare che alla base dell'istituto delle cause di giustificazione vi è il principio dell'unità dell'ordinamento giuridico. Tale principio comporta non solo che le cause di giustificazione possono essere previste in qualsiasi luogo dell'ordinamento ma anche che la loro efficacia sia "universale", e cioè che il fatto – di norma antiggiuridico – sia considerato lecito in qualunque settore dell'ordinamento giuridico²⁰¹, con la conseguenza che nei confronti del *reo* non potrà quindi essere inflitta nessun tipo di sanzione, né penale, né civile, né amministrativa²⁰².

Al netto di tale principio, di carattere generale, dell'efficacia universale delle cause di giustificazione, l'art. 2044 c.c. disciplina espressamente il tema della responsabilità civile con riferimento alla legittima difesa²⁰³.

Il legislatore del 1942, pur disciplinando la legittima difesa nel codice civile, non si era invero posto il problema di indicare gli elementi essenziali di tale causa di giustificazione. La dottrina²⁰⁴, sulla base della similitudine del *nomen iuris* e degli elementi costitutivi dei due diversi istituti, aveva già precisato

risarcimento del danno il cui beneficiario altro non è che abbia subito un danno ingiusto connesso alla condotta illecita di un terzo».

¹⁹⁹ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 247.

²⁰⁰ M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 60.

²⁰¹ Si veda anche quanto scritto da F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 275 «È controversa se l'efficacia delle cause di giustificazione sia limitata al diritto penale o si estende a tutti i rami dell'ordinamento giuridico [...] Siccome i vari rami del diritto hanno esigenze diverse e obbediscono a principi che spesso sono particolari a ciascuno di essi, non si può negare *a priori* l'esistenza di casi in cui, malgrado l'esclusione antiggiuridicità penale, permanga un illecito amministrativo, civile, ecc.».

²⁰² Ad esempio, chi cagiona la morte di un uomo per legittima difesa non potrà essere assoggettato né a pena, né alla sanzione civilistica del risarcimento dei danni materiali e morali. Così MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 271.

²⁰³ G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

²⁰⁴ S. MARTOSCIA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 55s; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 247.

come la norma si presti ad un'interpretazione, per così dire, *per relationem*, facendo riferimento ai requisiti all'art. 52 c.p.²⁰⁵.

Merita però importanza una precisazione: il codice penale, nel disciplinare la scriminante in esame si riferisce alla “difesa contro il pericolo imminente su un diritto proprio o altrui” mentre il codice civile – nella sua formulazione previgente – faceva riferimento esclusivamente alla “difesa di sé o di altri”. Tale precisazione non deve, però, ingannare, infatti si ritiene che la formulazione civilistica della legittima difesa non voglia escludere la casistica dell'autotutela nei confronti dei beni. Si può quindi concludere che l'articolo 2044 c.c. escluda la possibilità di ottenere un risarcimento non solo nei casi di autotutela per la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica ma anche negli altri casi previsti dal codice penale²⁰⁶.

I due articoli, il 52 c.p. e il 2044 c.c., disciplinano infatti due facce della stessa medaglia: il primo ha come intento quello di scriminare un fatto astrattamente idoneo a configurare un illecito penale mentre, il secondo, ha l'intento di regolare la possibilità di dover risarcire un danno conseguente alla commissione di un fatto illecito *ex art 2043 c.c.*²⁰⁷

Infatti, le due norme “giocano” un ruolo ben preciso all'interno del sistema giuridico: l'articolo 52 comporta conseguenze in relazione alla qualificazione del danno, togliendo la possibilità che questo possa essere reputato ingiusto. La reazione è considerata scriminata e non *contra jus*, poiché è in realtà *iure proprio* perché viene a mancare il fondamentale elemento dell'*iniura*²⁰⁸. A questo punto, entra quindi in gioco l'art. 2044 che tassativamente impedisce il risarcimento per un danno che l'ordinamento, a causa della presenza della causa di giustificazione della legittima difesa, non considera ingiusto.

Si può quindi affermare che la legittima difesa civile coincida negli elementi costituiti alla legittima difesa penale, ma si differenzia da quest'ultima

²⁰⁵ Si veda inoltre quanto affermato da P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, 228 «Come per l'ordinamento penale, la causa di giustificazione conferisce il diritto di respingere l'attacco altrui, oppure una tolleranza dell'ordinamento all'atto dannoso diretto a respingere l'aggressione ingiusta».

²⁰⁶ S. MARTOSCIA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 56.

²⁰⁷ Si veda P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 88; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 248.

²⁰⁸ M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti, obbligazioni artt. 2043-2059*, Bologna-Roma, 1993, 289.

solo per alcune peculiarità come, ad esempio, l'onere della prova²⁰⁹, e tali divergenze consentono di constatare la non sovrapposibilità dei due istituti²¹⁰.

Come accennato i requisiti della legittima difesa civile vengono individuati in base all'articolo 52 c.p., primi tra tutti sicuramente la necessità di difendere un diritto proprio o altrui dal pericolo attuale di un'offesa ingiusta e la proporzionalità tra difesa e offesa. Senza tornare nel merito di tali concetti, occorre chiedersi cosa accade in ambito civilistico nel momento in cui il soggetto che si difende incorre in un eccesso di legittima difesa (art. 55 c.p.) o in una situazione di legittima difesa putativa (art. 59 c.p.), poiché il codice civile non contiene nessuna norma riguardo tali situazioni.

Per ciò che riguarda l'eccesso colposo oggi la giurisprudenza sembra conforme nell'affermare che colui il quale si difende in assenza di proporzionalità tra offesa e difesa pone in essere una condotta non più considerabile come legittima, configurando quindi un fatto *contra ius* idoneo ad essere fonte di un'obbligazione risarcitoria²¹¹.

In realtà però tale conclusione non è sempre stata indiscussa. Infatti, in un primo momento la giurisprudenza della Corte di Cassazione riteneva che l'autore della reazione eccessiva fosse da considerare pienamente responsabile delle conseguenze derivanti dalla sua condotta²¹². Successivamente, però, prese piede un altro orientamento giurisprudenziale, in base al quale il soggetto che pone in

²⁰⁹ Mentre nel giudizio penale la "*semiplena probatio*" in ordine alla sussistenza della scriminante comporta l'assoluzione dell'imputato ex art. 530 comma 3 c.p., nel giudizio civile il dubbio si risolve in danno del soggetto che la invoca e su cui incombe relativo onere della prova così come prescritto dall'art. 2697 c.c.; si veda in tal senso Cass. Civ., Sez. III, 25 febbraio 2009, n. 4492.

²¹⁰ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 256.

²¹¹ Cass. Civ., Sez. III, 29 gennaio 2016, n. 1665 in *Giustizia Civile Massimario 2016* «A norma dell'art. 2044 c.c. è previsto che non è civilmente responsabile colui il quale cagioni un danno per legittima difesa. Tale norma tuttavia non contiene alcun riferimento alla condizione relativa alla proporzione tra difesa e offesa, per cui non può dubitarsi che la norma civile abbia recepito la lezione dell'esimente penalistica in tutti i suoi elementi, compresa la condizione di proporzionalità tra offesa e difesa, in assenza della quale la reazione difensiva, trasmodando in eccesso, cessa di essere legittima difesa e configura un fatto *contra ius*, soggetto a sanzione penale e fonte di obbligazione risarcitoria». Si veda inoltre Cass. Civ., Sez. III, 25 maggio 2000, n. 6875, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 1111 «Il giudizio finalizzato a riconoscere e/o a escludere eccesso colposo si basa sul rapporto tra i mezzi di protezione a disposizione dell'assalito e quelli da lui utilizzati, oppure valutando gli interessi in contrasto». In dottrina si veda P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit. 235 «In ossequio ai principi generali, nell'ipotesi in cui aggredito ecceda dolosamente nella difesa e indubbio che debba rispondere integralmente le conseguenze penali e civili determinate dalla reazione sproporzionata».

²¹² Cass. Civ., 3 maggio 1958, n. 1445, Rv. 880674 01.

essere una reazione che sfocia nell'eccesso colposo va considerato responsabile solo con riferimento al danno derivante dall'eccessiva reazione colposa: in altre parole, a carico del soggetto residua solo una quota di risarcimento e cioè quella inerente all'eccesso colposo²¹³.

Per ciò che concerne la legittima difesa putativa, nel silenzio del legislatore, si ritiene che sia da escludere l'applicabilità dell'articolo 2044 c.c., che lascia invece spazio all'articolo 2045 c.c.²¹⁴, con conseguente pagamento non di un risarcimento bensì di un indennizzo²¹⁵.

Le modifiche apportate dalla legge 36\2019 all'art. 2044 c.c. hanno come intento quello di eliminare ogni possibilità che l'aggressore possa essere considerato anche il creditore di un'obbligazione risarcitoria a carico del soggetto che si difende legittimamente²¹⁶.

Come accennato, il legislatore è intervenuto aggiungendo due ulteriori commi all'art. 2044 c.c.

Il nuovo secondo comma prevede che «nei casi di cui all'articolo 52, commi secondo, terzo e quarto, del codice penale, la responsabilità di chi ha compiuto il fatto è esclusa». L'odierno legislatore, quindi, con una disposizione – a detta di molti, superficiale – ha disciplinato in modo esplicito che quel che vale per la legittima difesa comune trova applicazione anche per la legittima

²¹³ Cass. Civ., 22 ottobre 1968, n. 3394, in *Mass. giur. it.*, 1968, 1768.

²¹⁴ Art. 2045 c.c. rubricato “stato di necessità”: «Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice».

²¹⁵ Si veda Cass. Civ., Sez. III, 6 aprile 1995, n. 4029; S. MARTOSCIA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 59; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 255. In senso contrario si veda M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit. 294 Il quale ritiene che l'errore di valutazione di chi reagisce non sia scusabile e che, pertanto, la legittima difesa putativa non possa costituire una causa di esclusione responsabilità per mancanza dell'elemento soggettivo.

²¹⁶ Si veda la relazione del sen. Ostellari (seduta pubblica Senato della Repubblica n. 51 dd. 24\10\2018 «Il fatto che la condotta del soggetto aggredito nel proprio domicilio non costituisce reato in quanto il giudice penale abbia ritenuto sussistente la causa di giustificazione legittima difesa, non fa di per sé venire automaticamente meno l'antigiuridicità della stessa sul piano civile, ciò anche in ragione delle diverse peculiarità, soprattutto sotto il profilo probatorio, che connotano il processo civile e quello penale»; Si veda anche la relazione del sen. Pillon (seduta pubblica Senato della Repubblica n. 51 dd. 24\10\2018 «è chiarita la volontà del legislatore di escludere qualsiasi possibilità di richiesta di risarcimento del danno da parte dei familiari degli aggressori, che non possono, con una sistematica vittimizzazione secondaria, pretendere di mettere nuovamente in croce la vittima».

difesa domiciliare. Tale aggiunta è stata definita pleonastica²¹⁷ poiché così facendo il legislatore ha voluto inutilmente ribadire una regola che già trovava applicazione. Infatti, il primo comma dell'articolo 2044 c.c. non si riferiva solo ai casi di legittima difesa al di fuori del domicilio, bensì aveva una portata ampia, generale, idonea a ricomprendono anche le ipotesi di legittima difesa domiciliare.

La seconda modifica apportata dal legislatore all'articolo 2044 c.c. prevede l'introduzione di un ulteriore terzo comma, il quale disciplinando le ipotesi di indennizzo²¹⁸ nei casi di eccesso di legittima difesa, prevede una disciplina simile a quella prevista dall' articolo 2045 c.c. per lo stato di necessità²¹⁹. Il nuovo terzo comma prevede che «nel caso di cui all'articolo 55, secondo comma, del codice penale, al danneggiato è dovuta una indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in essere dal danneggiato».

Anche tale norma in realtà viene considerata dalla dottrina maggioritaria come superflua²²⁰, poiché tende a ribadire un concetto che sebbene non espressamente disciplinato da apposita norma, era già presente nel nostro sistema²²¹. La norma, infatti, più che altro disciplina una modalità di calcolo dell'indennità, già pienamente ricavabile dall' articolo 1227 c.c.²²²

²¹⁷ G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.; P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 88; M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 60; S. MARTOSCIA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 60. Si veda anche G.L. GATTA, *Sulla legittima difesa domiciliare: una sentenza emblematica della Cassazione e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*, in *Penale Contemporaneo*, 22 ottobre 2018 «La prima modifica mi pare inutile: l'art. 2044 c.c. già afferma il principio generale secondo cui non è responsabile chi canzone il danno per legittima difesa; e non è altro che portato dell'efficacia universale delle cause di giustificazione, che rendono il fatto illecito nell'intero ordinamento giuridico»

²¹⁸ L'indennizzo ha una mera funzione riparatoria, che non è necessariamente commisurata al pregiudizio. Il risarcimento invece ha finalità di ripristinare la situazione preesistente al danno.

²¹⁹ P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 88.

²²⁰ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 265; P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 88; M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 60; S. MARTOSCIA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 61.

²²¹ Art. 1227 c.c. «Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza».

²²² Sino ad oggi la giurisprudenza prevalente ha applicato per analogia l'art. 1227, co. 1 c.c. prevedendo, in caso di eccesso colposo nelle cause di giustificazione, la condanna al risarcimento del danno in misura diminuita in ragione del concorso del fatto doloso del danneggiato. Si veda Cass. Civ., 5 ottobre 1989 n. 17571 dove viene statuita una diminuzione del risarcimento del danno

7. Le modifiche di natura processuale.

Il quadro delle novità normative introdotte dalla legge n. 36 del 2019 si completa, infine, con due diversi interventi, che presentano come obiettivo quello alleggerire, in qualche modo, il peso di un inevitabile procedimento penale conseguente alla commissione di fatti costituenti reato²²³.

Il legislatore è intervenuto su due fronti: da un lato è stata inserita all'art. 132 *bis* c.p.p. l'ulteriore lettera *a-ter*; dall'altro è stato introdotto l'articolo 115 *bis* all'interno del T.U. delle spese di giustizia²²⁴.

Ma procediamo con ordine.

7.2 Le priorità processuali, modifica all'art. 132-bis, disp. att. c.p.p.

Il legislatore 2019 – come accennato – non si è limitato ad intervenire sull'istituto della legittima difesa soltanto da un punto di vista sostanziale, ma si è curato di apportare modifiche anche sul profilo processuale.

In realtà, tale modifica non è da sottovalutare poiché in considerazione della lunghezza dei processi Italia, le innovazioni apportate sul piano giudiziario sono di fondamentale importanza, specialmente per chi si trova a dover affrontare un processo. Bisogna inoltre tener conto che gli emendamenti processuali hanno un effetto immediato²²⁵, permettendo quindi al legislatore di poter subito vedere in applicazione le modifiche apportate. È proprio in tale contesto che si può comprendere l'importanza della modifica apportata all'articolo 132 *bis*.

La norma ha infatti l'importante ruolo di disciplinare le priorità processuali: in altre parole, la norma stabilisce a quali cause attribuire la priorità

in caso di concorso del fatto colposo del danneggiamento. Si veda inoltre Cass. Pen., Sez. V, 2 febbraio 1982, in Cass Pen, 1983,1400 «Nell'ipotesi in cui l'aggressore resti danneggiato dalla reazione di chi, agendo in stato di legittima difesa, incorra in eccesso colposo, il fatto dell'aggressore, avendo provocato la reazione difensiva della vittima, deve considerarsi come causa immediata del danno a lui cagionato dall'agredito, per cui trova applicazione l'art. 1227 c.c., che stabilisce una ragionevole diminuzione del risarcimento nel caso del concorso del fatto colposo del danneggiato». In dottrina si veda G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

²²³ G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

²²⁴ DPR n. 115 del 2002.

²²⁵ Va infatti segnalato che le norme processuali non risentono della regola di cui all'art. 2 c.p., viene invece seguito il principio *tempus regit actum*, comportando quindi che la nuova regola entrata in vigore sia immediatamente applicabile.

nella trattazione. Questa fondamentale norma fu introdotta nel 2000²²⁶, e nella sua originaria formulazione, garantiva un'assoluta priorità, nella formazione dei ruoli in udienza, solamente ai procedimenti nei quali erano state applicate delle misure cautelari di tipo custodiale con termini in scadenza. Il tema delle priorità processuali venne poi novellato dal legislatore nel 2006, con la legge di riforma dell'ordinamento giudiziario²²⁷. Tale modifica fu particolarmente rilevante poiché affidava al Procuratore della Repubblica il potere-dovere di indicare i criteri di organizzazione dell'ufficio, nonché i parametri che i sostituti procuratori erano tenuti a rispettare²²⁸.

La questione venne poi nuovamente ridefinita nel 2008²²⁹ e in quella sede fu riformulato l'art. 132 *bis* disp.att. c.p.p., introducendosi alcune indicazioni inderogabili per gli uffici giudicanti in tema di trattazione dei processi e di formazione dei ruoli di udienza, attribuendo una priorità assoluta a talune fattispecie di reato connotate da una particolare gravità²³⁰.

L'idea ispiratrice del legislatore fu accolta favorevolmente dalla dottrina, poiché così facendo veniva data priorità nella trattazione ad alcuni reati ritenuti *ex lege* più gravi, e ciò al fine di ottenere una risposta penale più rapida ed efficace volta ad offrire tutela alla generalità dei consociati²³¹.

²²⁶ D.l. 341/2000, convertito in legge n. 4 del 2 001.

²²⁷ La modifica fu effettuata con l'art. 1 del d.lgs 106 del 2006.

²²⁸ L. RUSSO, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza*, in *Penale Contemporaneo*, 2016, 2.

²²⁹ Con il d.l. n. 92, convertito in legge n. 125/2008. Tale disposizione venne ulteriormente integrata con il d.l. 93/2013 convertito nella legge n. 119/2013.

²³⁰ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 286.

²³¹ Si veda; P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 89s; M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 58; L. RUSSO, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali*, cit. 2; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 286, Quest'ultimo in realtà afferma che l'ottimo risultato ottenuto dal legislatore si sta gradualmente perdendo a causa di continue addizioni di priorità alla norma *de quo*, comportando che nulla più è realmente prioritario, poiché a causa delle continue modifiche si stanno riportando tutte le fattispecie penali – di fatto – sullo stesso piano. In senso contrario si veda, V. SPATARO, *Le priorità non sono più urgenti e comunque la scelta spetta ai giudici*, in *Cass. pen.* 2015, 3401, il quale sottolinea come il deficit funzionale degli apparati giudiziari penali sia storicamente determinato dalle connotazioni ipertrofiche del diritto penale, da una cronica mancanza di risorse personali e materiali, da inadeguatezze strutturali del modello processuale penale introdotto nel 1988; sicché, ove tali cause ostative fossero rimosse, verrebbero meno le ragioni a sostegno dell'elaborazione di criteri di priorità, da sempre giustificati in chiave di funzionalità del sistema. Semmai, secondo l'orientamento citato, l'individuazione di sequenze prioritarie per le Procure della Repubblica dovrebbe essere conformata alle scelte degli uffici giudicanti, come può evincersi dall'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p. e come sostenuto dal C.S.M. con delibera 9.7.2014, ovvero ancora desumersi dai limiti edittali delle fattispecie, così da rendere ultronee specifiche previsioni sul punto da parte dei dirigenti degli uffici inquirenti.

Nella sua attuale formulazione²³² l'art. 132 *bis* disp.att. c.p.p.²³³, accorda assoluta priorità in primo luogo ai processi relativi ai delitti di criminalità organizzata e ai delitti *ex art.* 407 comma II, lett. a) c.p.p.; successivamente viene fatto riferimento ai più allarmanti reati di violenza sulla persona; infine, si fa riferimento ai processi caratterizzati da peculiarità procedurali o inerenti alla qualità soggettiva dell'imputato.

In tale ambito si inserisce la riforma in commento, che con un ulteriore intervento normativo, ha introdotto la lettera *a-ter*) attribuendo la priorità processuale anche ai processi riguardanti delitti caratterizzati dalla presenza della causa di giustificazione della legittima difesa ovvero declinati nella forma dell'eccesso colposo²³⁴.

La nuova previsione introduce quindi il c.d. "binario privilegiato"²³⁵, con una limitazione oggettiva per i processi relativi ai reati previsti dagli artt. 589²³⁶

²³² Va segnalato che la norma ha subito modifica ad opera della legge 161\2017 che ha introdotto la lettera *f-bis*.

²³³ «Nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi è assicurata la priorità assoluta:

a) ai processi relativi ai delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice e ai delitti di criminalità organizzata, anche terroristica;

a-bis) ai delitti previsti dagli articoli 572 e da 609-bis a 609-octies e 612-bis del codice penale;

a-ter) ai processi relativi ai delitti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi in presenza delle circostanze di cui agli articoli 52, secondo, terzo e quarto comma, e 55, secondo comma, del codice penale;

b) ai processi relativi ai delitti commessi in violazione delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro e delle norme in materia di circolazione stradale, ai delitti di cui al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché ai delitti puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni;

c) ai processi a carico di imputati detenuti, anche per reato diverso da quello per cui si procede;

d) ai processi nei quali l'imputato è stato sottoposto ad arresto o a fermo di indiziato di delitto, ovvero a misura cautelare personale, anche revocata o la cui efficacia sia cessata;

e) ai processi nei quali è contestata la recidiva, ai sensi dell'articolo 99, quarto comma, del codice penale;

f) ai processi da celebrare con giudizio direttissimo e con giudizio immediato;

f-bis) ai processi relativi ai delitti di cui agli articoli 317, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321 e 322-bis del codice penale.

2. I dirigenti degli uffici giudicanti adottano i provvedimenti organizzativi necessari per assicurare la rapida definizione dei processi per i quali è prevista la trattazione prioritaria».

²³⁴ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 286.

²³⁵ Termini utilizzato da A. MEMBRINI, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 73.

²³⁶ Omicidio colposo: «Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. Se il fatto è commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena è della reclusione da due a sette anni».

e 590²³⁷ c.p., ma solo nei casi in cui tali delitti siano la conseguenza di una reazione avvenuta in stato di legittima difesa o di eccesso colposo.

Su tale modifica occorre fare una duplice considerazione: in primo luogo è necessario commentare la nuova normativa da un punto di vista politico-criminale.

Va infatti notato come alla base della nuova lettera *a-ter* vi sia una *ratio* del tutto differente da quella che ha ispirato le altre casistiche previste dall'articolo in commento: si è infatti avuto modo di illustrare come le priorità processuali previste dall'art. 132 *bis* disp.att. c.p.p. seguano un particolare ordine logico che fa riferimento o alla gravità dei reati o al bene giuridico tutelato.

La nuova normativa sembrerebbe invece attribuire semplicemente un enorme rilievo all'aspettativa dell'imputato di vedersi prosciolti nel minor tempo possibile dall'accusa di gravi delitti²³⁸. È complesso individuare la logica base giuridica di tale scelta o almeno la *ratio* che ha guidato il legislatore nella scrittura dell'articolo 132 *bis*; piuttosto, tale intervento sembra un tentativo di attribuire maggior forza al nuovo impianto normativo della legittima difesa e dell'eccesso colposo²³⁹.

A questo punto sono due le considerazioni da fare: la prima concerne l'interrogativo sul perché debba essere attribuita così tanta rilevanza alla legittima difesa e non invece ad altre cause di giustificazione, come ad esempio, lo stato di necessità: non si capisce infatti secondo quale filo logico colui il quale cagioni lesioni colpose al suo aggressore debba essere processato in modo prioritario, mentre, chi invece - ad esempio - cagioni le stesse lesioni in stato di necessità debba sottostare alle normali regole processuali, qual è il discrimine tra le due cause di giustificazione? In entrambe l'imputato non ha preordinato la situazione e non è pertanto responsabile, eppure, nonostante tali considerazioni,

²³⁷ Lesioni personali colpose: «Chiunque cagiona ad altri per colpa una lesione personale è punito con la reclusione fino a tre mesi o con la multa fino a euro 309».

²³⁸ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 387; A. MEMBRINI, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 77.

²³⁹ A. MEMBRINI, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 77 «accanto ad un tentativo di blindatura sostanziale nella posizione giuridica dell'agredito nel contesto domiciliare, si accompagna la tutela processuale rafforzata, funzionale a garantire il prima possibile la risoluzione della vicenda giurisdizionale e con il minor costo possibile».

la legittima difesa percorre un binario prioritario come se rappresentasse la “regina” delle cause di giustificazione.

Occorre in secondo luogo rilevare come la dottrina abbia criticato la scelta del legislatore di inserire nell’elenco previsto dall’ articolo 132 *bis* le fattispecie in cui opera l’esimente della legittima difesa o l’eccesso colposo, al posto di introdurre – e quindi dare priorità – ad altri gravissimi delitti come, ad esempio, la violenza sessuale di gruppo²⁴⁰.

È inoltre rilevante sottolineare che il legislatore, nel momento in cui ha introdotto la nuova lettera *a-ter* dell’articolo 132 *bis* disp.att. c.p.p., non ha minimamente considerato le possibili conseguenze, a giudizio pendente, di un eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale della normativa di nuovo conio. Deve essere infatti ricordato che, contrariamente a quanto accade alle norme di diritto penale sostanziale – che seguono l’articolo 2 del codice penale²⁴¹ –, la successione delle norme procedurali è regolata dal principio *tempus regit actum*, in base al quale vengono applicate le regole processuali in vigore al momento della celebrazione del processo. Ciò chiaramente comporta che la nuova previsione dell’articolo 132 *bis* venga applicata immediatamente e, quindi, non solo per i futuri processi, ma anche in relazione ai fatti commessi precedentemente alla sua entrata in vigore²⁴².

Non è quindi difficile comprendere la portata delle problematiche che deriverebbero da un eventuale declaratoria di incostituzionalità della riforma n.

²⁴⁰ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 388, «Si tratta di delitti che riguardano il singolo soggetto privato, per quanto da tempo la campagna mediatica in atto tende a far assurgere ogni fatto di furto in abitazione e rapina a casa di rilevanza nazionale. Il diritto penale però dovrebbe funzionare ed operare in modo del tutto indipendente da tali pulsioni e trovare legittimazione solo in canoni e principi sovraordinati, gli unici a non poter essere discussi».

²⁴¹ “Successione di leggi penali”: «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.

Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l’esecuzione e gli effetti penali.

Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell’articolo 135.

Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile. Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti.

Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti».

²⁴² A. MEMBRINI, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 78.

36 del 2019 e, a tal proposito, la dottrina postula due possibili ipotesi: la prima tesi si propone di risolvere il problema dando prevalenza al disposto dell'articolo 2 comma 2 c.p., per cui, avendo la riforma depenalizzato determinate condotte, in caso di declaratoria di incostituzionalità alle sentenze della Corte costituzionale non potrà essere riconosciuto alcun effetto retroattivo in *malam partem*.

Secondo un'altra tesi²⁴³, invece, bisognerebbe far riferimento esattamente a ciò che accade con la disciplina del decreto di legge non convertito²⁴⁴. Nel caso in cui invece la nuova normativa più favorevole al *reo* fosse dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale il suo “valore” verrebbe del tutto “annullato” e di conseguenza nei confronti del *reo* ci si dovrà comportare come se la nuova normativa non fosse mai esistita, con conseguente applicazione della normativa precedente.

In conclusione, l'intervento legislativo pone numerose problematiche sia inerenti alla *ratio* alla base della riforma, sia inerenti ai profili di applicabilità processuale.

7.3 Modifiche in tema di accesso al patrocinio a spese dello Stato

La legge 36 del 2019, all'articolo 8²⁴⁵, ha previsto un'ulteriore innovazione in tema di gratuito patrocinio. La nuova norma, prevedendo l'aggiunta dell'articolo

²⁴³ F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in *Penale Contemporaneo*, 2011, 5s.

²⁴⁴ Sul punto si è pronunciata la Suprema Corte, si veda Cass. Pen., Sez. I, n. 24834/2017 «L'eventuale ablazione della norma di favore da parte della Corte costituzionale non può ripercuotersi negativamente sulla posizione l'imputato il quale abbia commesso il fatto nel vigore della norma dichiarata incostituzionale, dal momento che l'applicazione nei suoi confronti della norma più sfavorevole risuscitata a seguito della sentenza della Corte costituzionale si risolverebbe in sostanza in un'applicazione retroattiva nei suoi confronti di una legge penale non più in vigore al momento della sua condotta».

²⁴⁵ Dopo l'articolo 115 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, è inserito il seguente: «L'onorario e le spese spettanti al difensore, all'ausiliario del magistrato e al consulente tecnico di parte di persona nei cui confronti è emesso provvedimento di archiviazione motivato dalla sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 52, commi secondo, terzo e quarto, del codice penale o sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento perché il fatto non costituisce reato in quanto commesso in presenza delle condizioni di cui all'articolo 52, commi secondo, terzo e quarto, del codice penale nonché all'articolo 55, secondo comma, del medesimo codice, sono liquidati dal magistrato nella misura e con le modalità previste dagli articoli 82 e 83 ed è ammessa opposizione ai sensi dell'articolo 84. Nel caso in cui il difensore sia iscritto nell'albo degli avvocati

115 *bis* all'interno del T.U. delle spese di giustizia²⁴⁶, ha introdotto il patrocinio a spese dello Stato a favore della persona nei cui confronti sia stata disposta l'archiviazione, il proscioglimento o la sentenza di non luogo a procedere per i fatti commessi in condizione di legittima difesa (art. 52, commi II, III, IV) o di eccesso colposo (art. 55 comma II).

In realtà, tale tematica era stata affrontata nel 2016 in occasione della presentazione di una proposta²⁴⁷ volta a introdurre all'interno dell'articolo 530 c.p.p. la previsione del ristoro delle spese legali da parte dello Stato nei confronti del soggetto accusato e successivamente prosciolto. La tematica che si intendeva così affrontare era quella della c.d. ingiusta imputazione, figura giuridica, oggi affermata nella maggior parte degli ordinamenti occidentali, che riconosce la riparazione economica a colui il quale, al termine del giudizio, sia riconosciuto innocente²⁴⁸.

L'intento è stato parzialmente soddisfatto dal legislatore del 2019, il quale pur prevedendo una disposizione in tema di ingiusta imputazione, pone una limitazione, poiché circoscrive il diritto di conseguire una riparazione economica solamente a colui il quale sia stato prosciutto in seguito alle condotte costituenti legittima difesa o eccesso colposo.

Derogando quindi alla normale disciplina prevista in tema di patrocinio a spese dello Stato, il legislatore del 2019 ha previsto un regime di compenso per

di un distretto di corte d'appello diverso da quello dell'autorità giudiziaria procedente, in deroga all'articolo 82, comma 2, sono sempre dovute le spese documentate e le indennità di trasferta nella misura minima consentita.

2. Nel caso in cui, a seguito della riapertura delle indagini, della revoca o della impugnazione della sentenza di non luogo a procedere o della impugnazione della sentenza di proscioglimento, sia pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, lo Stato ha diritto di ripetere le somme anticipate nei confronti della persona condannata».

²⁴⁶ DPR n. 115\2012.

²⁴⁷ Disegno di legge presentato in data 3 dicembre 2015; annunciato nella seduta ant. n. 548 del 3 dicembre 2015.

²⁴⁸ Si veda quanto scritto da T. MAIOLO in *Il Riformista*, 19 febbraio 2020 «Se vinci una causa civile sarà la parte soccombente a pagare tutte le spese legali affrontate nel processo. Lo stesso accade anche nel giudizio amministrativo, persino nel caso in cui sia la parte pubblica a uscire sconfitta. Non è così nel processo penale, nel quale le uniche forme di equilibrio tra le parti sono il gratuito patrocinio (cui può accedere solo colui il cui reddito non superi gli 11.500 euro) e la riparazione per ingiusta detenzione. Che ha comunque vincoli molto rigidi e tempi eterni. Che ci sia un vuoto legislativo nel nostro ordinamento è evidenziato anche dal fatto che ben 28 Stati nostri “vicini di casa”, dall’Austria alla Francia, al Lussemburgo fino alla Turchia hanno leggi ispirate al principio che, se lo Stato, dopo averti inflitto la pena di un processo che non ti sei cercato, ti ha poi assolto, magari con la formula più ampia, ti deve pagare l’avvocato».

il difensore, l'ausiliario del magistrato e per il consulente tecnico di parte del soggetto c.d. "legittimo difendente riconosciuto"²⁴⁹. Inoltre, la norma di nuovo conio prevede anche il diritto alla liquidazione delle indennità di trasferta spettanti al difensore iscritto in un diverso distretto di Corte d'Appello nonché delle spese documentate²⁵⁰. Il Legislatore, inoltre, si è preoccupato di precisare che è sempre fatto salvo il diritto dello Stato di ripetere le spese anticipate se, successivamente, il soggetto venga condannato in via definitiva a seguito di una riapertura delle indagini o revoca del proscioglimento²⁵¹.

Necessarie sono alcune considerazioni. In primo luogo, bisogna affrontare la novella da un punto di vista pratico: doveroso è infatti chiedersi se e quando il difensore possa effettivamente domandare al proprio assistito il pagamento degli onorari. La norma infatti sembra richiedere l'esito del giudizio, in altre parole, la liquidazione da parte dello Stato sembra essere subordinata al proscioglimento dell'imputato e quindi al termine del processo. Di conseguenza, non potendo il difensore richiedere un anticipo al cliente in virtù del divieto previsto dall'articolo 85 del medesimo DPR, il destino economico dell'avvocato rimarrebbe necessariamente ancorato al buon esito del processo nel quale presta patrocinio²⁵².

Suscita inoltre dubbi la disposizione che prevede il rimborso delle spese di trasferta per il difensore iscritto in un diverso distretto di Corte d'appello.

Va infatti segnalato che tale nuova normativa risulta in evidente contrasto con l'articolo 82 comma 2²⁵³ del DPR 115 del 2012. Il legislatore avrebbe quindi introdotto un ulteriore deroga, tale da ritenere ingiustificata una tale normativa considerata lesiva dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza poiché volta prevedere una profonda differenza di trattamento rispetto ai soggetti ammessi al

²⁴⁹ M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 59.

²⁵⁰ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 379.

²⁵¹ Va inoltre segnalato che tale beneficio riguarda che le vittime di violenza, oh bella persona offesa può essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'articolo 76 comma 4-ter. D.p.r. 30 maggio 2002 n. 115, anche in deroga ai limiti di reddito previsti dallo stesso articolo. Inoltre, la Cassazione penale, Sez. IV, con sent. n. 13497 del 15 febbraio 2017 ha statuito che la locuzione "può" debba essere interpretata come "deve".

²⁵² D. GIORDANO, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 64.

²⁵³ Art. 82 co. 2 «Nel caso in cui il difensore nominato dall'interessato sia iscritto in un elenco degli avvocati di un distretto di corte d'appello diverso da quello in cui ha sede il magistrato competente a conoscere del merito o il magistrato davanti al quale pende il processo, non sono dovute le spese e le indennità di trasferta previste dalla tariffa professionale».

patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di qualunque altro procedimento penale²⁵⁴. Piuttosto, l'articolo 115 *bis* sembra codificare un meccanismo premiale che si inserisce nella più complessa riforma della difesa legittima operata con la novella in commento, portatrice di un chiaro intento politico.

Nonostante tali osservazioni, va segnalato che alcuni autori²⁵⁵ hanno salutato con favore la nuova normativa, rispondendo a coloro i quali lamentavano una disparità di trattamento²⁵⁶ tra i soggetti “ingiustamente” indagati, che nei casi previsti dal legislatore del 2019 sia pienamente legittimo una tale disparità di trattamento dovuta al fatto che coloro i quali agiscono *ex artt.* 52 e 55 c.p. divengono autori di reato solo e soltanto poiché ingiustamente aggrediti, divenendo quindi vittime di una doppia ingiustizia. Va inoltre segnalato che tale dottrina – a sostegno della legittimità dell'articolo 115 *bis* – lamenta un'irragionevolezza della norma in esame solamente nella parte in cui non ne prevede l'applicabilità anche ai casi previsti dal primo comma dell'articolo 52 c.p., limitandone invece l'applicazione soltanto alle casistiche previste dai successivi commi. Tale tesi viene fortemente contrastata da altra parte della dottrina²⁵⁷ la quale ritiene che un simile orientamento sia del tutto contrastante con la *ratio* del gratuito patrocinio a spese dello Stato, il quale ha una finalità esclusivamente di giustizia sostanziale, poiché permette ai meno abbienti la difesa mentre il legislatore del 2019 ha inteso utilizzare tale istituto per finalità prevalentemente indennitarie²⁵⁸.

8. Profili di incostituzionalità della riforma

La legge n. 36 del 2019, come si è avuto modo di accennare, ha suscitato non poche polemiche in dottrina e giurisprudenza, a causa della formulazione che sembra poco adattarsi al dettato costituzionale, cercando invece per lo più di

²⁵⁴ D. GIORDANO, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 65.

²⁵⁵ Si veda R. BARTOLI, *Verso la legittima offesa*, cit. 17s.

²⁵⁶ Si veda a titolo esemplificativo P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 89s; M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 58;

²⁵⁷ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 280.

²⁵⁸ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 281.

soddisfare un determinato intento politico²⁵⁹. Sicuramente oltre all'aggiunta dell'avverbio "sempre" al secondo comma dell'art. 52 c.p., le modifiche che suscitano maggiori perplessità sono quelle inerenti all'introduzione del quarto e del secondo comma rispettivamente agli articoli 52 e 55 del codice penale.

La prima modifica apportata dalla novella riguarda invero, come si è visto, l'aggiunta dell'avverbio "sempre", con il quale si è inteso mettere nero su bianco che il rapporto di proporzionalità tra difesa e offesa deve sussistere invariabilmente nel momento in cui ricorrano i presupposti indicati dal secondo comma dell'articolo 52 c.p. e quindi nei casi in cui si configuri una violazione del domicilio (o nei luoghi ad esso assimilati a norma del terzo comma²⁶⁰) da parte dell'aggressore contro la volontà di colui che è legittimato ad escluderne la presenza.

Il legislatore mediante tale modifica aveva il preciso intento di limitare la discrezionalità del giudice, sottraendogli la possibilità di effettuare il bilanciamento tra difesa ed offesa e tra beni, valori ed interessi in conflitto. Sembra infatti evidente che l'obiettivo primario della riforma fosse quello di ostacolare alla radice l'apertura di un procedimento a carico di chi si difende nella propria abitazione. Va da sé che, alla luce dei principi vigenti nel nostro Paese, un tale obiettivo non può che essere considerato «costituzionalmente impossibile»²⁶¹; sarebbe infatti assurdo pensare che, a seguito dell'intrusione illegittima di un soggetto in un domicilio (o in un luogo ad esso equiparato), sia poi del tutto irrilevante accertare in concreto tutti gli elementi della dinamica.

Tale automatismo sembra invertire l'ordine gerarchico tra i beni costituzionali in conflitto e dinanzi alla lettera della norma così univoca sembrerebbe davvero difficile un'interpretazione ortopedica²⁶²; inoltre, si ritiene

²⁵⁹ La riforma della legittima difesa rientra a pieno titolo nella modellistica della legislazione penale compulsiva, che, come da tempo evidenziato, non si cura della dogmatica, né tantomeno dei principi tanto cari alla dottrina. Si pone su binari ben distanti da questi sofismi, bensì su quelli dell'autopromozione della maggioranza politica di turno e si propone con modalità sgargianti, spesso scomposte se non volgari, ma soprattutto prive di spessore. Quel che ne deriva è un diritto volutamente ambiguo, non comprensibile con le categorie degli scienziati del diritto. F. SGUBBI, in *La legislazione penale compulsiva*, G. INSOLERA (a cura di), Padova, 2006, 21s.

²⁶⁰ «Le disposizioni di cui al secondo e al quarto comma si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale».

²⁶¹ Espressione usata da P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 77.

²⁶² Segnala la rigida alternativa tra tentativo di interpretazione conforme e proposizione di una questione di legittimità costituzionale G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.; per F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 9, la sostanziale

che in tal modo vi sarebbe un irragionevole trattamento identico per situazioni differenti, se non addirittura opposte, quali sono la reazione proporzionata e quella sproporzionata, ma ritenuta in modo presuntivo adeguata dalla legge.

Una tale impostazione non sembra poter essere accolta e, di conseguenza, nonostante la modifica apportata dalla riforma rimarrà necessario in ogni caso l'iscrizione di un procedimento penale nei confronti di chi si è difeso e lo svolgimento delle relative indagini preliminari²⁶³.

Va infatti evidenziato che, secondo parte della dottrina²⁶⁴, la sola aggiunta di un avverbio non consenta di superare la lettura costituzionalmente orientata²⁶⁵ della presunzione di proporzione, poiché in mancanza di una modifica del primo comma dell'articolo 52 devono ritenersi sempre e comunque vigenti i presupposti previsti in via generale per la configurabilità dell'esimente: ciò comporta quindi che la proporzionalità prevista dal secondo comma dell'art. 52 c.p. è e rimane indispensabilmente legata alla necessità di difendersi e agli altri requisiti previsti dalla scriminante²⁶⁶. Se così non fosse, e cioè se la riforma avesse realmente

eliminazione della necessità difensiva, in uno con la proporzione, è difficilmente compatibile con i principi del nostro ordinamento.

²⁶³ Corte Cass. Pen., Sez. V, sentenza n. 40414 del 2019. L' avverbio «sempre» indurrebbe a pensare che sarebbe bastevole una qualsiasi introduzione illegittima nell'altrui domicilio per perfezionare e consumare la presunzione di legittimità della difesa. Tuttavia, come precisato dalla Suprema Corte, a tal fine non è sufficiente una semplice intrusione, bensì, è necessario valutare la modalità concreta con cui la stessa avviene, in un accertamento non precluso al giudice. Infatti, sebbene al giudice sia in parte impedito il vaglio di proporzionalità della reazione difensiva, per questi è sempre possibile accertare che nel caso concreto si siano effettivamente realizzati i presupposti in grado di azionare ed integrare la presunzione di cui al novellato art. 52 c.p.

²⁶⁴ P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 75s.

²⁶⁵ E cioè una presunzione relativa, si veda Cass. Sez. 1, n. 50909 del 07/10/2014 “la necessità del concorso dei presupposti dell'attualità dell'offesa e della inevitabilità dell'uso delle armi come mezzo di difesa della propria o altrui incolumità”; in dottrina si veda V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?* cit., 826; P. SEMERARO, *Riflessioni sulla riforma della legittima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio*, cit., 843s; G. MARRA, *Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola licenza di uccidere*, cit., 96; A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 436. Per un'opinione contraria che postula invece una presunzione assoluta si veda P. SEMERARO, *Riflessioni sulla riforma della legittima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio*, cit., 843 ss.; G. MARRA, *Legittima difesa*, cit., 96; A. CADOPPI, *La legittima difesa*, cit., 436; E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa*, cit., 432.

²⁶⁶ P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 75; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 332; si veda anche quanto scritto da G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit. «non è pensabile in alcun modo che una lettura giurisprudenziale conforme a Costituzione, volta a superare le rigidità di una presunzione legale e a ribadire l'ordine e il rapporto di rango tra i beni costituzionali, possa essere scalfita da un tratto di penna del legislatore ordinario che ribadisce invece una lettura contraria a costituzione»; in giurisprudenza si veda Cass. Pen. Sez. III, 1° ottobre 2019, n. 49883 dove la Corte ribadendo la propria precedente giurisprudenza, ha ritenuto l'avverbio “sempre” sostanzialmente pleonastico.

l'intento di dare un'interpretazione contraria a quella fin ora data dalla giurisprudenza di legittimità, l'unica conclusione possibile in questo caso sarebbe quella di dover sollevare una questione di legittimità costituzionale.

Inoltre, la novità più rilevante introdotta dalla riforma del 2019, nonché quella che desta più problematiche a proposito di legittimità costituzionale, è quella riguardante il quarto comma dell'articolo 52 c.p.²⁶⁷, nel quale viene introdotta non una semplice presunzione inerente a uno degli elementi essenziali della scriminante bensì, una vera e propria “presunzione di legittima difesa” avuto riguardo, stando alla lettera della legge, a tutti i presupposti della scriminante²⁶⁸.

Bisogna infatti chiedersi se tale automatismo sia compatibile con la tutela dei valori costituzionali. La norma sembra infatti essere nettamente in contrasto sia con la Costituzione che con la giurisprudenza di legittimità divenuta nel tempo *ius receptum*²⁶⁹.

La presunzione prevista dal quarto comma dell'art. 52 c.p. sembrerebbe invero sovvertire, come si è rilevato, la distribuzione dei poteri e delle competenze degli organi dello Stato disegnati dalla Costituzione repubblicana; in tal modo il Legislatore, ricorrendo alle presunzioni, tende a sostituirsi alla figura del giudice, privandolo in modo definitivo della possibilità procedere all'accertamento di elementi decisivi della fattispecie scriminante e svalutandone quindi in modo plateale il ruolo nella regolazione dei conflitti sociali²⁷⁰.

Anche in questo caso la norma di nuovo conio se vorrà sopravvivere alle censure di illegittimità costituzionale dovrà necessariamente essere interpretata in modo conforme ai principi sanciti nella Carta Fondamentale. Deve infatti essere segnalato che interpretare il quarto comma come una presunzione assoluta²⁷¹ di

²⁶⁷ Art. 52 co. 4: «Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone».

²⁶⁸ Si veda C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 370.

²⁶⁹ A. CURSIO in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 88.

²⁷⁰ F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giurisprudenza Penale*, 2019, 14.

²⁷¹ In tema di presunzioni assolute si vedano le seguenti decisioni della Corte Cost. sent. n. 183 del 2011, sent. n. 164 del 2011, n. 265 e n. 139 del 2010 «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»

legittima difesa condurrebbe senza alcun dubbio alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione in oggetto.

La vera problematica inerente al quarto comma concerne invero la presunzione di tutti gli elementi costitutivi della scriminante in esame ed in particolare della necessità di difendersi²⁷².

Quello della necessità è infatti un requisito da sempre appartenente alla scriminante in esame, e dalla dottrina definito come il DNA²⁷³ della legittima difesa, intesa come “facoltà eccezionale di autotutela”, consentita dall’ordinamento giuridico solo quando, appunto, si rivela essere necessaria poiché ci si trova nella situazione di non potersi difendere in altro modo.

Inoltre, il ruolo di tale requisito, scolpito nel primo comma dell’art. 52 c.p., è stato fortemente evidenziato da dottrina²⁷⁴ e giurisprudenza²⁷⁵ a partire dal 2006, quando fu – come ampiamente detto – introdotta la presunzione di proporzionalità. La necessità aveva in fatti un ruolo decisivo poiché si poneva come limite nei confronti della normativa introdotta nel 2006.

La riforma del 2019 ha quindi totalmente cambiato le carte in tavola: oggi, infatti, il quarto comma prevede che se l’intrusione nel domicilio è violenta la legittima difesa potrà essere invocata, anche in mancanza del requisito della necessità, presunto *ex lege*²⁷⁶.

Una tale presunzione di necessità della difesa non può che essere considerata dalla dottrina²⁷⁷ come irragionevole e contraria all’art. 3 della Costituzione dal momento che non risponde all’*id quod plerumque accidit*.

E in effetti è difficile arrivare a soluzioni diverse: infatti, anche se anche si volesse ritenere ragionevole una tale presunzione di necessità, la stessa sarebbe

²⁷² Si veda P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 82; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 110; M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 56.

²⁷³ G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

²⁷⁴ In tal senso V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?* cit., 826; P. SEMERARO, *Riflessioni sulla riforma della legittima difesa e sull’autotutela in un privato domicilio*, cit., 843- 846; G. MARRA, *Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola licenza di uccidere*, cit., 96; A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata")*: molto fumo e poco arrosto, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 436.

²⁷⁵ Cass. Pen. Sez. IV, 29 settembre 2006, n. 32282; Cass. Pen., Sez. I, 23 marzo 2007, n. 12466.

²⁷⁶ Sul punto si veda P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 78; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 370; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 708s; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 112.

²⁷⁷ A. CURSIO in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 88; G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

soggetta ad altre censure costituzionali, soprattutto in rapporto all'uso della forza letale a fini di difesa, contraria al primo comma dell'art 117 della Costituzione, in rapporto all'art. 2, co. 2, lett. a) CEDU. È proprio la CEDU a sottolineare che l'uccisione dell'intruso non è considerata antigiuridica solo «se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario...per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale»²⁷⁸.

Va quindi affermato che nella legittima difesa l'elemento della necessità è convenzionalmente imposto e non può costituire oggetto di una presunzione legale²⁷⁹. La stessa dottrina è dell'opinione che una presunzione di legittima difesa nel domicilio, non ancorata ai due fondamentali requisiti della proporzionalità e della necessità, non sia compatibile con il modello di Stato accuratamente delineato dalla Costituzione. La Carta Fondamentale evidenzia infatti che il nostro è uno Stato che ha il dovere di farsi carico della sicurezza dei cittadini²⁸⁰, riconoscendo alla scriminante in esame soltanto natura eccezionale.

Concludendo sul punto, nel caso la nuova norma non sia suscettibile di un'interpretazione volta a valorizzare il requisito della necessità, l'unica via sarà la sanzione di illegittimità costituzionale²⁸¹. Se invece la giurisprudenza della Corte di Cassazione indichi – come sta facendo²⁸² – strade interpretative conformi alla Costituzione e che tengano conto anche delle riflessioni espresse dal Presidente della Repubblica in sede di promulgazione della legge, potrebbe anche scongiurarsi la possibilità della dichiarazione di incostituzionalità della norma. Per quanto auspicabile, a causa del contenuto letterale della norma, tale soluzione appare però di difficile attuazione.

Le modifiche apportate all'art. 52 c.p. di certo non sono le sole che hanno fatto discutere la dottrina in merito alla conformità a Costituzione: deve infatti

²⁷⁸ Art. 2 CEDU.

²⁷⁹ G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

²⁸⁰ Art. 117, co. 2, lett. h.

²⁸¹ A. CURSIO in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 88.

²⁸² Cass. pen. Sez. V, 12/12/2019, n.19065 in *CED Cass. pen.*, 2020; Cass. pen. Sez. I, 25/06/2020, n.25788, in *Redazione Giuffrè*, 2021; Cass. pen. Sez. I, 20/02/2020, n.21794 in *De Jure*; Cass. pen., Sez. I - 15/01/2020, n. 13191 in *CED Cass. pen.* 2020; Cass. pen. Sez. V, 19/12/2019, n.12727 in *CED Cass. pen.* 2020.

essere segnalato che il legislatore del 2019 intervenendo anche sull'articolo 55 c.p. ha apportato modifiche di dubbia legittimità²⁸³.

L'aggiunta del nuovo secondo comma – o meglio, la sua formulazione – ha suscitato perplessità soprattutto in relazione al fatto che, in una figura giuridica generica come l'eccesso colposo, fosse stata inserita una disposizione facente capo esclusivamente alla scriminante della legittima difesa.

L'articolo 55 c.p. si è infatti sempre riferito alle cause di giustificazione nel loro complesso, e d'altronde, i precedenti legislatori non si erano mai eccessivamente sbilanciati nel prevedere un trattamento preferenziale per alcune scriminanti a discapito di altre.

La legge n. 36 del 2019 ha invece segnato un vero e proprio punto di rottura con il passato, attribuendo alla legittima difesa un ruolo sicuramente dirompente all'interno della categoria delle scriminanti. Come si è avuto modo di analizzare, il secondo comma dell'art. 55 c.p., a differenza del primo, si riferisce esclusivamente alla casistica prevista dall'articolo 52 c.p., escludendo in determinate condizioni la punibilità dei soggetti. Sicuramente la dottrina, in tale contesto normativo, ha evidenziato un contrasto con l'articolo 3 della Costituzione²⁸⁴.

Una disparità di trattamento sembra infatti poter venire in rilievo²⁸⁵: il legislatore ha voluto escludere la punibilità per accadimenti caratterizzati dal differente elemento psicologico solo in relazione all'art. 52, escludendo quindi dalla sostanziale *abolitio criminis* altre ipotesi, tra le quali alcune particolarmente affini

²⁸³ L'illegittimità costituzionale delle modifiche apportate viene messa in luce da più autori, tra i quali C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit. 373; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. 712; G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit. 333; P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 85; A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 145s.; M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 56s.

²⁸⁴ Art. 3 Cost. «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

²⁸⁵ Si veda quanto espresso dall'Associazione nazionale magistrati nell'audizione alla Camera dei Deputati del 4 febbraio 2016 «Innanzitutto vi sono profili di legittimità costituzionale perché questa il comma 1 dell'articolo 55 dell'eccesso colposo si applica a tutte le scriminanti, mentre questo comma 2 si applica solo alla legittima difesa»

alla legittima difesa, come, ad esempio, l'uso legittimo delle armi e lo stato di necessità²⁸⁶.

Come analizzato, la riforma ha toccato sicuramente in modo particolare gli articoli 52 e 55, ma non bisogna dimenticare che anche le altre modifiche apportate hanno destato alcune preoccupazioni.

Sempre con riferimento alla riforma all'art. 3 della Costituzione, la dottrina²⁸⁷ sembra aver individuato un'illegittimità costituzionale del nuovo comma²⁸⁸ dell'art 165 c.p.

Si ritiene infatti che, in questo caso, l'intento del legislatore sembrerebbe proprio quello di attuare un trattamento sanzionatorio – differenziato rispetto ad altre fattispecie di reato – maggiormente rigoroso con l'intento di scongiurare gli episodi di furto in abitazione. La dottrina critica fortemente il legislatore il quale ha scelto di limitare l'ambito applicativo del nuovo sesto comma dell'art. 165 alla sola fattispecie di cui all'art. 624 *bis* c.p.²⁸⁹.

Infine, occorre soffermarsi sulla compatibilità costituzionale del nuovo secondo comma dell'articolo 2044 c.c.

Bisogna partire dal presupposto che il codice civile prevede che un danno possa essere oggetto di risarcimento nel momento in cui si considera ingiusto in quanto derivante da un evento lesivo considerato *contra ius e non iure*. Le modifiche apportate alla disciplina civilistica dalla riforma in esame hanno sicuramente creato delle problematiche proprio inerenti alla *ratio* e alle fondamenta concettuali di tale principio, poiché il legislatore ha inteso prevedere un'esonazione alla base dell'ingiustizia del danno, considerandolo sempre giustificato dalla legge. Il legislatore ha quindi implicitamente affermato la presunzione in base alla quale, nei casi di legittima difesa domiciliare, l'interesse dell'agredito sia sempre preminente rispetto all'interesse dell'aggressore²⁹⁰.

²⁸⁶ M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 57.

²⁸⁷ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 216; A. CURSIO in *Legge 26 aprile 2019 n. 36*, cit. 91.

²⁸⁸ «Nel caso di condanna per il reato previsto dall'articolo 624 bis, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata al pagamento integrale dell'importo dovuto per il risarcimento del danno alla persona offesa».

²⁸⁹ Rubricato “Furto in abitazione e furto con strappo”.

²⁹⁰ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 264.

Per quanto la *ratio* perseguita dal legislatore - e cioè che chi si trova aggredito non debba essere poi costretto anche ad un risarcimento del danno - potrebbe anche essere condivisibile, ciò che però la dottrina ritiene criticabile sono le modalità con cui tale obiettivo è stato perseguito. così facendo si finisce per effettuare un bilanciamento degli interessi non corretto, in base al quale i diritti alla vita e all'incolumità fisica dell'aggressore non ricevono tutela né in ambito penale né tanto meno in ambito civile²⁹¹.

Sicuramente il giudizio sull'apprezzabilità o meno di tale riforma varia da caso a caso, è chiaro che il discrimine tra il sacrosanto diritto alla difesa e il rischio di legalizzare un incontrollato diritto all'offesa, è labile. Ciò comporta che non vi possono essere presunzioni e che la legittimità o meno di un comportamento di difesa può essere accertata solo grazie ad un giusto processo.

È proprio per tali motivi che si ritiene che le modifiche apportate – in materia di legittima difesa – in ambito civilistico, comportando automatismi, siano da considerare contrastanti con il secondo comma dell'articolo 111²⁹² della Costituzione. Infatti, affermare che la sussistenza della legittima difesa domiciliare comporti automaticamente in sede civile l'antigiuridicità del danno, vuol dire privare il giudice del potere di definire la controversia secondo la disciplina e le caratteristiche dell'illecito aquiliano²⁹³.

L'illegittimità costituzionale del nuovo articolo 2044 c.c. sembra sussistere, come si è rilevato, specie con riguardo all'articolo 2²⁹⁴ della Costituzione, il quale senza alcun dubbio tutela anche i diritti inviolabili dell'aggressore. Con ciò non si vuole di certo giustificare o proteggere coloro i quali commettono aggressioni, ma, in tali casi, sembra trattarsi di una semplice manifestazione di civiltà, tipica di un ordinamento giuridico consapevole che già prevedeva una norma – appunto l'articolo 2044 comma 1 – volta a tutelare sul piano civile il soggetto aggredito, escludendo però qualunque forma di automatismo²⁹⁵. Nei casi di legittima difesa

²⁹¹ P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 88.

²⁹² «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata».

²⁹³ A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 264.

²⁹⁴ «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

²⁹⁵ Si veda A. CONZ-L. LEVITA, *La nuova legittima difesa*, cit. 265.

entrano in gioco interessi costituzionalmente garantiti contrapposti: da un lato vi è il sacrosanto diritto del soggetto aggredito di potersi difendere legittimamente; dall'altro vi è però il diritto dell'aggressore di non perdere la propria dignità solo e soltanto in ragione del fatto di aver compiuto un illecito penale.

In conclusione, la riforma 36\2019 ha apportato modifiche di grande rilievo, idonee a toccare la natura stessa degli istituti giuridici in esame. Sicuramente il legislatore è riuscito a mettere nero su bianco la propria idea politica, intervenendo in modo radicale sulla legittima difesa e sugli altri istituti ad essa strettamente connessi.

La legittima difesa potrebbe essere oggi definita la “regina” delle scriminanti poiché è idonea ad offrire una tutela nettamente superiore rispetto alle altre cause di giustificazione.

Sicuramente sembra pacifico che l'intento del legislatore è stato attuato mediante una formulazione di dubbia legittimità che ha aperto alla dottrina varie strade di interpretazione.

9. Comparazione con i codici penali francese e statunitense

La comparazione giuridica assume un ruolo molto importante nello studio di una materia o di un istituto giuridico poiché aiuta lo studioso a guardare oltre la propria normativa e a comprendere la diversità di culture²⁹⁶.

Utile per il lavoro fin ora svolto è analizzare la struttura dell'istituto della legittima difesa in Francia e in America. Come si avrà modo di vedere, la Francia presenta una cultura estremamente simile la nostra, dovuta forse anche alla vicinanza e all'appartenenza alla stessa famiglia giuridica nonché alla comune cultura; in America la situazione è invece differente, e infatti, fino al 2019 la normativa statunitense si distaccava in modo radicale da quella italiana, ma a partire dalla nuova riforma (l. 36 del 2019) sembra quasi che il legislatore abbia voluto introdurre una disciplina che, sebbene più mitigata, richiama i principi d'oltre oceano²⁹⁷. Ma procediamo con ordine.

²⁹⁶ T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato*, Torino, 1925, 43.

²⁹⁷ Si veda quanto scritto da in riferimento alla l. 36 del 2019, E. GRANDE, *La legittima difesa armata negli Usa: un buon modello per l'Italia?* in *Micro Mega riv.* Online, 28 giugno 2018. «È una legge

Il nuovo codice penale francese è entrato in vigore nel 1994. Fino a tale momento, infatti, la Francia era ancora ancorata al Code Napoléon del 1810²⁹⁸.

Il Code Napoléon, per quanto un codice d'esempio per tutta Europa, e nonostante la sua brillantezza, durante i suoi quasi 200 anni di vigenza, ha dovuto necessariamente subire delle modifiche ed innovazioni che gli consentissero di rimanere al passo con i tempi. Si pensi addirittura che al momento della sua abrogazione il codice era così diverso dalla sua versione originale da non avere quasi più nulla in comune con quest'ultima, se non esclusivamente il nome²⁹⁹.

La *Légitime Défense* (legittima difesa) è disciplinata dagli artt. 122-5 e 122-6 del nuovo codice penale francese. Lo studio dell'istituto in esame va effettuato analizzando con attenzione i due commi dell'art. 122-5 e la casistica prevista dall'art. 122-6.

Il primo articolo al co. 1, prevedendo che *«N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte»*³⁰⁰, distingue infatti due ipotesi di difesa: il primo comma fa riferimento alla salvaguardia della persona e quindi rimandando alla tutela della vita e dell'incolumità fisica; il secondo comma invece attiene alla reazione difensiva posta in essere per la salvaguardia del patrimonio.

Sicuramente la formulazione della norma mette subito in risalto la richiesta di contestualità tra aggressione e reazione³⁰¹ e, con riferimento al limite temporale

ispirata allo slogan della “difesa sempre legittima” e traduce, alle nostre latitudini, la *Castle doctrine* recepita dalla legislazione di molti Stati americani: il proprietario di casa è il re del proprio castello, libero di usare le armi verso chiunque vi faccia ingresso contro la volontà «se ciò appare come una difesa ragionevole».

²⁹⁸ Il *Code pénal* del 1810 è stato il terzo codice penale della Francia dopo i codici rivoluzionari del 1791 e del 1795, ed è rimasto in vigore dal 1811 al 1994, quando è stato sostituito dal vigente Codice penale francese. È stato l'ultimo dei quattro codici voluti da Napoleone Bonaparte durante il suo Impero ad essere promulgato.

²⁹⁹ F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2005, 92 «La stratificazione normativa che si era prodotta nel corso del tempo era così estesa e confusionaria da far sì che i giuristi francesi fossero concordi nell'invocare una ricodificazione».

³⁰⁰ «Non è penalmente responsabile la persona che, in presenza di una aggressione ingiustificata contro di sé o un'altra persona, compie, nello stesso tempo, un atto imposto dalla necessità della legittima difesa di sé o altri, salvo che vi sia sproporzione tra i mezzi impiegati per la difesa e la gravità dell'aggressione».

³⁰¹ Si veda quanto scritto da G. NEGRI, *Legittima difesa, le regole all'estero*, in *Il Sole 24 ore*, 5 maggio 2017.

della legittima difesa, il codice penale francese richiede espressamente – ai fini della configurabilità della legittima difesa – che il soggetto vittima dell’aggressione si trovi di fronte ad un attacco al quale reagisca nel medesimo momento in cui questo attacco si verifica e quindi di fronte all’imminente aggressione. La lettera della norma ha portato quindi la dottrina³⁰² a considerare elementi essenziali della scriminante in esame sia un’offesa già in atto, sia una reazione contestuale.

L’intento del legislatore francese è quello di avvicinare il più possibile il momento in cui si realizza una reazione legittima a quello dell’effettiva realizzazione del pericolo, e ciò poiché si è voluto seguire il principio secondo il quale solo un’aggressione diretta e immediata è idonea a porre la persona aggredita in condizione di non poter ricorrere alla protezione delle autorità³⁰³.

In generale si afferma quindi che la reazione legittima deve essere la conseguenza di un’aggressione immediata, ammettendosi come tale quella che sia prossima ad iniziare ovvero imminente. Come nel nostro ordinamento, il limite negativo viene individuato nel concetto di aggressione futura che, caratterizzandosi per la sua non immediata imminenza, consente al soggetto che si sente minacciato di richiedere la tutela dello Stato³⁰⁴. La reazione non potrà, quindi, considerarsi legittima se realizzata prima di un attacco eventuale, per finalità esclusivamente preventive³⁰⁵, né tantomeno in un momento successivo all’aggressione, per finalità vendicative³⁰⁶. In tale ultimo caso, infatti, la situazione che si verrebbe a verificare non sarebbe più giustificata dalla *ratio* della legittima difesa, ricadendo invece nella vendetta vera e propria, non liceizzabile da alcun ordinamento positivo³⁰⁷.

Deve inoltre essere osservato che la norma richiede espressamente alla reazione difensiva il rispetto di un requisito quantitativo³⁰⁸, prescrivendo proprio

³⁰² M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 120.

³⁰³ Servizio Studi Senato, *La legittima difesa: un’analisi di diritto comparato*, Nota breve del 27 ottobre 2018.

³⁰⁴ M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 120.

³⁰⁵ MERLE, VITU, *Traité de droit criminel*, I, Parigi, 1997, 576.

³⁰⁶ In giurisprudenza si è così precisato che non rientra nella legittima difesa lo sparare sull’aggressore che fugge, né può godere della scriminante chi rientri in una rissa dopo esserne uscito, anche se ne poteva beneficiare quando questa era cominciata. Si veda Crim., 7 dicembre 1999, B., e Crim., 16 ottobre 1979, D., in I.R., 1980, 552.

³⁰⁷ DESPORTES, LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Parigi, 2008, 700.

³⁰⁸ Servizio Studi Senato, *La legittima difesa*, cit.

che i mezzi impiegati per attuare la condotta difensiva debbano essere proporzionati alla gravità dell'attacco³⁰⁹.

Il secondo comma dell'articolo 122-5 prevedendo «*N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction*»³¹⁰, detta la disciplina concernente la difesa di beni di natura patrimoniale.

Sicuramente dalla lettura della norma si può constatare che l'ordinamento francese richiede dei requisiti più stringenti e rigorosi per la difesa di beni patrimoniali rispetto alla difesa personale: infatti, si può dedurre che la reazione difensiva non è legittimata da qualsiasi aggressione, ma solo dagli attacchi che integrano un delitto³¹¹, escludendo perciò dalla lista delle aggressioni rilevanti *ex art. 122-5, co. II*, le contravvenzioni³¹². Di conseguenza, si ritiene che la condotta “aggressiva” che non possa integrare neanche un tentativo, non sia idonea a giustificare una reazione volta alla difesa del patrimonio.

I diritti personali dell'aggressore potranno quindi essere compresi al fine di tutelare i beni patrimoniali della vittima soltanto nel momento in cui l'attacco nei loro confronti sia penalmente sanzionabile³¹³.

³⁰⁹ DESPORTES, LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, cit., 701. Gli stessi autori evidenziano come la proporzione sia un portato del requisito della necessità della difesa, nel senso che una difesa smodata è una difesa non necessaria in relazione alla fattispecie concreta di attacco: così, si ricorda che in giurisprudenza è stato affermato che un colpo di pistola non è una legittima risposta ad uno schiaffo (Crim., 4 agosto 1949, in R.S.C., 1950, 47); altresì è stato detto che non reagisce proporzionatamente la donna che, molestata e presa per il collo in un bar da un cliente ubriaco, lo percuote violentemente con il tacco a spillo delle proprie scarpe, pur dopo che un gruppo di avventori era intervenuto circondandoli per neutralizzare l'ubriaco (Crim., 6 dicembre 1995, in Dr. Pèn., 1996, 98).

³¹⁰ «Non è penalmente responsabile chi, per interrompere l'esecuzione di un crimine o di un reato contro il patrimonio, compia un atto di difesa, eccezion fatta per l'omicidio, strettamente necessario a conseguire il fine perseguito, a condizione che i mezzi utilizzati siano proporzionati alla gravità del reato».

³¹¹ Il progetto governativo del nuovo codice, del 1986, parificava totalmente la difesa delle persone e quella dei beni: in Parlamento, l'Assemblea Nazionale era però contraria a simile scelta, temendo una recrudescenza degli eccessi di autodifesa; il Senato per contro appariva più favorevole alla proposta governativa. Il testo vigente è quindi frutto del compromesso fra le due opposte posizioni, avendo dettato una disciplina - come si vedrà - più restrittiva per la difesa del patrimonio ed avendo volutamente evitato, per considerazioni di natura simbolica, qualsivoglia riferimento all'espressione “difesa di un bene”.

³¹² M. SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, cit. 120; La giurisprudenza ha chiarito che la condotta di chi colpisca un'auto con un calcio non può giustificare la reazione violenta del proprietario di essa (Trib. Tolosa, 24 gennaio 2002, in Dr. Pèn., 2002, 52).

³¹³ Servizio Studi Senato, *La legittima difesa*, cit.

Il codice penale francese, inoltre, interviene per definire il momento in cui l'aggressione può essere considerata attuale, e in tal modo si è voluto tipizzare tale momento e sottrarre la sua valutazione alla discrezionalità del giudice. Per l'ordinamento francese, vi è attualità nel momento in cui si verifica la commissione di un delitto³¹⁴.

Con riguardo alla reazione difensiva, va sicuramente ricordato che questa viene considerata legittima solo se ritenuta "strettamente necessaria" ad ostacolare la realizzazione del delitto contro il patrimonio: in altre parole, la difesa impiegata deve rappresentare l'unica modalità eseguibile dalla vittima, per interrompere la commissione dell'illecito penale³¹⁵.

I mezzi difensivi³¹⁶ impiegati dovranno, sempre essere proporzionati alla gravità dell'infrazione posta in essere dall'autore e, a tal proposito, il codice detta poi un evidente limite negativo alla proporzionalità: nella difesa del patrimonio, la reazione non può essere considerata legittima se il difensore commette un omicidio volontario.

Il codice penale francese disciplina poi all'art. 122-6³¹⁷ – come avviene anche nel nostro ordinamento – in modo specifico la legittima difesa domiciliare. Il

³¹⁴ Il raffronto con il previgente art. 328 sembra confermare che il Legislatore francese ha perseguito l'obiettivo di limitare la facoltà di autodifesa ai casi in cui sia effettivamente impossibile rivolgersi alla protezione dello Stato. La norma abrogata parlava espressamente di «necessità attuale» della difesa, con una formulazione all'evidenza meno vincolante rispetto all'odierna. Tuttavia, si è affermato in dottrina che la nuova norma «corrisponde in pratica all'interpretazione giurisprudenziale dei termini assai più laconici del vecchio art. 328». Si veda DESPORTES, LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Paris, 2009, 699.

³¹⁵ DESPORTES, LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, cit., 704: va esclusa la legittimità di reazioni violente che non siano state precedute da ammonimenti verbali (così ad es. sparare di sorpresa alle gambe del ladro, senza avergli previamente intimato la resa), se tali avvertimenti avrebbero potuto evitare la violenza.

³¹⁶ MERLE, VITU, *Traité de droit criminel*, cit., 578, conferma questo assunto, lì dove spiega che: «La maggior parte delle volte, i tribunali, guidati dal principio secondo il quale la risposta deve essere rapportata all'intensità dell'attacco, condannano la vittima che ha volontariamente impiegato dei mezzi, e prodotto un risultato, sproporzionati rispetto alla gravità del pericolo: la legittima difesa cessa in effetti allorché taluno risponda ad un pugno con un colpo di pistola (e qui si parla, propriamente, di mezzi e di loro potenziali effetti, n.d.a.) o ancora allorché taluno uccida o ferisca un vagabondo che non aveva alcuna intenzione omicida (e qui si guarda all'offesa minacciata, nella specie assente, ed alla offesa realizzata dall'agredito per difendersi, n.d.a.)»; i casi citati sono Crim., 21 novembre 1961, e Crim., 12 dicembre 1929.

³¹⁷ «Est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui accomplit l'acte : 1° Pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité ; 2° Pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence»: « Si presume che abbia agito in stato di legittima difesa colui il quale ha commesso l'atto: 1° per respingere, di notte, l'ingresso con effrazione, violenza o inganno in un luogo abitato; 2° per difendersi dagli autori di furto o saccheggio eseguiti con violenza».

legislatore in tal caso ha voluto introdurre una presunzione di legittimità della difesa all'interno del proprio domicilio, elencando inoltre alcune circostanze alla presenza delle quali chi ha commesso il fatto è esonerato dall'obbligo di provare l'esistenza di tutti i presupposti della scriminante. Va però evidenziato che la presunzione in esame è solo relativa, e come tale suscettibile di prova contraria in sede processuale³¹⁸. In altre parole, per dottrina e giurisprudenza, tale presunzione relativa comporta un'inversione dell'onere della prova, grazie al quale l'imputato viene esonerato dal dover fornire la prova della presenza dei requisiti richiesti dall'art. 122-5, poiché sarà compito dell'accusa doverne dimostrare la mancanza³¹⁹.

Quindi, in virtù della norma in esame, viene rinforzata la protezione nei confronti dei beni del domicilio (1° ipotesi) e anche della persona e del patrimonio (2° ipotesi).

Va inoltre sottolineato che la presunzione prevista dall'art. 122-6 non si limita a presupporre l'esistenza della proporzionalità tra mezzi difensivi e gravità dell'attacco o dell'infrazione, ma compensa la carenza nel caso concreto di qualsiasi elemento strutturale della legittima difesa così come prevista dall'art. 122-5³²⁰.

³¹⁸ PRADEL, in PRADEL, CADOPPI (a cura di), *Casi di diritto penale comparato*, Milano, 2005, 56.

³¹⁹ Se l'Accusa non riuscirà in tale compito, ovviamente, l'imputato verrà assolto per aver commesso il fatto in stato di legittima difesa, grazie al combinato disposto degli artt. 122-5 e 122-6. MERLE, VITU, *Traité de Droit Criminel*, cit., 586: la persona che beneficia dell'art. 122-6 non dovrà dimostrare di essere stata vittima di un ingiusto attacco, attuale o imminente, contro la persona od i beni; né egli dovrà dimostrare che la sua risposta era "necessaria". Concordi in giurisprudenza Crim., 21 febbraio 1996, B. e, nella vigenza del vecchio e pressoché identico art. 329, Crim., 11 luglio 1844, S.

³²⁰ M. RONCO, voce *Legittima difesa*, in *Dig. Disc. Pen., IV*, Torino, 2009, 646, ben chiarisce questo concetto: il Legislatore francese afferma che l'autore in difesa, nei casi di cui all'art. 122-6, ha agito in stato di legittima difesa a prescindere da requisiti e condizioni ulteriori rispetto a quelli di cui a tale norma (e cioè quelli di cui al precedente art. 122-5), per cui non è corretto parlare di presunzione di proporzione. Ciononostante, lo stesso autore riconosce infine che l'art. 122-6, «in definitiva, ammette che, in taluni casi [...] sia giusto respingere l'offesa anche al di là di un rapporto di proporzione tra il bene minacciato con l'aggressione e quello sacrificato con la reazione. [...] a cagione della particolare intensità dell'offesa, della incontrollabile espansività della stessa e del pericolo pluridimensionale cui la vittima è sottoposta [...]». Peraltro, abbiamo visto come anche in punto attualità del pericolo l'art. 122-5 abbia dettato limiti particolarmente stringenti, mediante l'utilizzo di espressioni precise e puntuali quali «nello stesso momento» (co. I) o «per interrompere l'esecuzione di un crimine o di un delitto»: simili locuzioni non sono riprodotte nell'art. 122-6 sicché, per la sua applicazione, sarà possibile adottare canoni valutativi meno rigidi e più favorevoli al difensore anche in punto attualità. In tal senso, l'ipotesi sub 2° dell'art. 122-6 potrà ricorrere non solo quando il "ladro" abbia già impiegato la forza per sottrarre il bene, ma anche quando l'uso della violenza sia imminente, pur dopo la già intervenuta commissione del furto. Si veda PRADEL, in PRADEL, CADOPPI (a cura di), *Casi di diritto penale comparato*, cit., 57.

A fondamento di questa disciplina vi è la presa di coscienza di un'esigenza privata di difesa particolarmente "forte". Tale scelta legislativa, peraltro, si inserisce in un orientamento politico – criminale che accomuna molti paesi europei – da ultimo anche l'Italia – e nordamericani.

Per ciò che invece concerne la legittima difesa oltre oceano, è importante analizzare la normativa degli Stati Uniti.

Va in primo luogo evidenziato che a differenza dei paesi di *civil law*, caratterizzati dalla presenza di un codice penale comprensivo di tutte le disposizioni, in America la legittima difesa non ha una disciplina generalizzata e comune a tutti gli Stati. Infatti, tale causa di giustificazione non è regolata da nessuna legge federale e di conseguenza la normativa concernente tale istituto viene regolata dalla *common law*³²¹ dei singoli Stati: ciò comporta che non è possibile delineare una disciplina unitaria ma, nonostante i 50 ordinamenti presentino delle divergenze, è tuttavia possibile individuare dei tratti comuni che consentono di tratteggiare gli elementi essenziali della legittima difesa.

Prima di analizzare gli aspetti salienti della legittima difesa (*self-defense*), utile è analizzare il Secondo Emendamento³²² della Costituzione degli Stati Uniti d'America. Va infatti evidenziato che la *Supreme Court* con due pronunce, la prima nel 2008³²³ e successivamente nel 2010³²⁴, ha riconosciuto il diritto individuale dei cittadini, di possedere armi all'interno delle proprie abitazioni, per attuare la difesa della propria incolumità. Sicuramente tali pronunce possono essere utili per un primo approccio alla difesa legittima negli Stati Uniti poiché viene evidenziata l'importanza del diritto di difesa.

Come in Italia, e sicuramente negli altri paesi, anche in America il diritto alla legittima difesa è incentrato sull'istinto dell'uomo all'autoconservazione³²⁵, comportando che l'uso della forza viene in determinate circostanze giustificato.

³²¹ Sulla *common law* in America si veda V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2018, 250s.

³²² «*A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed*»: «Essendo necessaria alla sicurezza di uno Stato libero una milizia regolamentata, il diritto dei cittadini di detenere e portare armi non potrà essere infranto».

³²³ Sentenza 554 U.S. 570 - *District of Columbia v. Heller*, 2008.

³²⁴ Sentenza 561 U.S. 3025- *McDonald v. Chicago*.

³²⁵ *State v. Holland*, 193 N.C. 713, 719, 138 S.E. 8, 10. 1927.

In America nonostante sia particolarmente sentito il diritto alla difesa personale deve essere segnalato che l'uccisione del proprio aggressore deve sempre essere l'*extrema ratio*, giustificata solo da una necessità assoluta di difesa³²⁶. Anche in America la difesa per essere considerata legittima e quindi giustificata dall'ordinamento deve essere attuata alla presenza di quattro elementi, la cui prova è a carico dell'imputato: la ragionevole supposizione, l'imminente pericolo di aggressione all'integrità fisica, la proporzione e la necessità dell'uso della forza³²⁷.

Il primo requisito è sicuramente il più interessante, e a tal proposito va segnalato che questo si basa sulla ragionevole supposizione che vi sia un imminente pericolo per l'incolumità fisica. Tale requisito è sicuramente generico e trova una diversa applicazione a seconda della giurisprudenza dei diversi Stati. Alcune Corti, infatti, non ritengo necessario che la ragionevole supposizione sia accompagnata da un concreto pericolo: in altre parole non ha importanza se la convinzione esista realmente³²⁸. In realtà però nella prassi tale circostanza viene considerata da un punto di vista del tutto soggettivo, si ritiene infatti sufficiente che in capo al soggetto che si difende vi sia la ragionevole convinzione della presenza di un pericolo imminente per potersi difendere oggettivamente. Tale prassi si basa sulla teoria della "*Castel Doctrine*" considerata una "*self-defense theory*" in base alla quale il proprietario ha sempre il diritto di proteggere la propria abitazione³²⁹ con l'uso della forza. La Castel Doctrine nasce una teoria di *common law*, ma successivamente molti Stati hanno inteso rafforzare tale principio introducendo delle "*statutory version*" – ossia delle leggi scritte – della *Castel Doctrine*³³⁰.

Oggi le normative americane si possono in teoria suddividere in due grandi gruppi: quelle che danno alla "*Castle Doctrine*", un'interpretazione estensiva e quelle che ne danno un'interpretazione più restrittiva.

Nella sua interpretazione più generosa, l'ordinamento presume la ragionevolezza della reazione letale, e quindi si ritiene giustificata una difesa

³²⁶ State v. Norman, 324 N.C. 253, 269. 1989.

³²⁷ P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 124.

³²⁸ J.Y. KIM, *The rhetoric of self-defense*, in *Berkeley Journal of Criminal Law*, Vol. 13, Issue 2, Fall 2008.

³²⁹ "Castel Doctrine" vuol dire che i cittadini statunitensi sono considerati i re del proprio castello.

³³⁰ Si veda J.C. KING, *The Duty to Retreat: A Review of the Evolution of the Duty to Retreat, the Castle Doctrine, Florida's Stand Your Ground Law and Relevant Co*, Scotts Valley, 2015, 36s.

armata nei confronti di chiunque violi il domicilio anche in assenza dei requisiti di proporzione e necessità. Al contrario, nella sua versione più restrittiva, tale principio è accompagnato dalla necessità di un rapporto di proporzionalità tra offesa e difesa.

Tale presunzione è considerata assoluta e quasi impossibile per l'accusa da rovesciare: il giudice, infatti, nella maggior parte dei casi tende immedesimarsi nei panni del proprietario dell'abitazione piuttosto che in quelli della vittima. Deve inoltre essere segnalato che in virtù di tale interpretazione estensiva, è consentito difendersi uccidendo, anche e solo per tutelare un bene di natura patrimoniale³³¹.

Nella sua versione più restrittiva la “*Castle Doctrine*” richiede invece che la reazione che si concretizzi in un omicidio, per essere scriminata deve essere dovuta alla sussistenza attuale di un pericolo per l'incolumità fisica propria o altrui. A chi si difende l'ordinamento domanda quindi di effettuare una prognosi sulla reale capacità dell'intruso di mettere in pericolo la vita l'incolumità sua o di altri prima di far fuoco³³².

Merita inoltre di essere segnalato che nel 2005 in Florida è stata approvata una legge chiamata “*Stand your ground*”³³³, la quale costituisce proprio un'estensione della “*Castel Doctrine*”. Tale nuova disciplina ha come obiettivo quello di rafforzare la difesa della proprietà, prevedendo – in modo non difforme da quello che era l'intento del legislatore italiano del 2019 – l'esonero da qualsiasi procedimento penale di chi utilizza la forza per difendersi da un'aggressione³³⁴. Secondo tale principio quindi un individuo che si senta aggredito o minacciato non

³³¹ E. GRANDE, *La legittima difesa armata negli Usa*, cit.

³³² P. BEVERE, *la legittima difesa*, cit. 125.

³³³ Florida Statutes Title XLVI Chapter 776.
http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0700-0799/0776/Sections/0776.013.html

³³⁴ Si veda la normativa della Florida «1. A person is justified in using or threatening to use force, except deadly force, against another when and to the extent that the person reasonably believes that such conduct is necessary to defend himself or herself or another against the other's imminent use of unlawful force. A person who uses or threatens to use force in accordance with this subsection does not have a duty to retreat before using or threatening to use such force. 2. A person is justified in using or threatening to use deadly force if he or she reasonably believes that using or threatening to use such force is necessary to prevent imminent death or great bodily harm to himself or herself or another or to prevent the imminent commission of a forcible felony. A person who uses or threatens to use deadly force in accordance with this subsection does not have a duty to retreat and has the right to stand his or her ground if the person using or threatening to use the deadly force is not engaged in a criminal activity and is in a place where he or she has a right to be».

ha il dovere legale di evitare lo scontro ed ha il diritto di difendersi anche con l'uso della forza.

La “*Stand your ground*” attribuisce questo diritto di autodifesa non solo a chi si difende all'interno della propria casa, ma anche in qualsiasi altro luogo in cui un individuo ha il diritto di trovarsi. Leggi simili sono inoltre state approvate in numerosi altri Stati³³⁵.

³³⁵ Alabama, Alaska, Arizona, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, West Virginia e Wyoming. Si veda *La Repubblica*, “*Laggiù nel far west*”, 11 marzo 2017 https://www.repubblica.it/esteri/2017/03/11/news/laggiu_nel_far_west-160273480/; Si veda inoltre B. PALMER, *Do Other Countries Have “Stand Your Ground” Laws?*, in *Slate* riv. online, 16 luglio 2013; K. PANTEKOEK, *States That Have Stand Your Ground Laws*, in *FindLaw* riv. online, 2 giugno 2020.

CONCLUSIONI

Nel corso della trattazione si è avuto modo di comprendere come la legittima difesa occupi un ruolo preponderante in tutti gli ordinamenti e in tutte le epoche storiche. Il lavoro ha avuto l'obiettivo di evidenziare l'evoluzione della normativa riguardante la scriminante in esame, al fine di poter comprendere le motivazioni sia giuridiche che sociali che hanno condotto oggi alla riforma dell'istituto culminata con la legge numero 36 del 2019.

Come si è avuto modo di rilevare la riforma di nuovo conio, parimenti a quanto accaduto nel 2006, ha acceso forti dibattiti sia in dottrina che in giurisprudenza in merito alla sua conformità sia alla Costituzione che alla CEDU.

La Corte di Cassazione, nel tentativo di attribuire alla nuova normativa un'interpretazione costituzionalmente orientata, nelle sue pronunce più recenti, ha attribuito alla legge 36 del 2019 un significato che oggi suscita alcune problematiche.

Giova ricordare infatti che nel nuovo quarto comma dell'art. 52 c.p. viene introdotta non una semplice presunzione inerente a uno degli elementi essenziali della scriminante bensì, stando alla lettera della legge, una vera e propria "presunzione di legittima difesa" quanto a tutti gli elementi costitutivi della scriminante. L'obiettivo della riforma è stato probabilmente quello di superare quelle che la dottrina chiama "le strettoie all'impunità dell'agredito aggressore nel domicilio", imposte da una lettura della riforma del 2006 conforme a Costituzione, consolidata nella giurisprudenza della Cassazione. L'intento del legislatore era quindi quello di rendere sufficiente una violazione di domicilio posta in essere con violenza o minaccia da parte del potenziale aggressore per legittimare l'agredito ad una reazione in stato di legittima difesa.

Si è avuto modo di constatare che la novella è stata pensata ed introdotta con la finalità di limitare la discrezionalità del giudice, tentando proprio di sottrargli la possibilità di effettuare il bilanciamento sia tra difesa ed offesa, sia tra beni, valori ed interessi in conflitto.

Così facendo il legislatore ha previsto che colui il quale si trovi nella situazione di respingere un'intrusione armata o violenta da parte di una o più

persone, per vedere scriminata la sua condotta, non deve necessariamente trovarsi né in una situazione di pericolo attuale, né tantomeno nella necessità di difendersi, potendo quindi reagire legittimamente in via preventiva anche quando il pericolo potrebbe essere evitato con altre condotte alternative meno lesive.

Si è quindi potuto analizzare e comprendere il perché la dottrina maggioritaria sembri ritenere che la novella così formulata, non citando espressamente la legittima difesa e non richiamando nessuno dei presupposti da essa richiesti, non possa configurare un'ipotesi speciale di legittima difesa, ma al contrario, una nuova e diversa causa di giustificazione basata sul diritto incondizionato di tutela del proprio domicilio (abitativo e professionale). Si tratta di una scriminante il cui solo requisito è ravvisabile nell'intrusione qualificata, rispetto alla quale l'atto del respingimento si colloca in mero rapporto di consequenzialità cronologica, restando invece del tutto irrilevanti le modalità della reazione. È inoltre riferita al diritto di tutela del proprio domicilio che viene definito "incondizionato" poiché il soggetto che si "difende" potrebbe in realtà non essere affatto costretto a compiere tale atto.

È stato osservato nell'elaborato che la scelta di tale formulazione non sia casuale, ma che sia invece una dimostrazione del fatto che il legislatore abbia preferito codificare un diritto di autotutela nettamente diverso da quello previsto dagli altri commi dell'articolo 52 c.p.

Essendo inoltre la *ratio* della novella proprio quella di escludere ogni tipo di accertamento giudiziario sui requisiti della scriminante nei casi di violazione di domicilio, la dottrina è conforme nel ritenere che il legislatore abbia voluto abolire tali requisiti e introdurre contestualmente una nuova causa di giustificazione *sui generis*.

Senza ritornare ulteriormente su quanto già affrontato nell'elaborato con riguardo alle problematiche di costituzionalità della riforma, deve però essere accennato che la Suprema Corte non solo ha interpretato la presunzione assoluta prevista dal secondo comma come una presunzione relativa ma, soprattutto, ha conferito al quarto comma una portata costituzionalmente orientata volta ad escludere la presunzione di legittima difesa, e ha quindi contestualmente richiesto – anche per l'applicazione della normativa prevista dal suddetto comma – la

necessaria presenza di tutti i requisiti previsti dalla c.d. legittima difesa comune prevista dal primo comma dell'art. 52 c.p.

Ora, al netto della possibilità di condividere o meno una riforma che presenta senza ogni ragionevole dubbio delle grosse problematiche, si vogliono qui invece evidenziare le criticità derivanti da un'interpretazione costituzionalmente orientata che, per quanto si sforzi di attribuire alla nuova normativa un significato "accettabile", desta non poche criticità con riferimento ai principi alla base del nostro ordinamento penale.

Ci pare infatti che la Suprema Corte abbia attribuito, specie rispetto al quarto comma, alla nuova normativa un'interpretazione del tutto contrastante con la lettera della legge e con la *ratio* della riforma e con l'intento del legislatore creando non pochi dubbi sulla reale portata della normativa. In altre parole, essendo l'interpretazione della Cassazione così divergente dal dato letterale e dalla *ratio* della normativa, ciò che ne risulta è una grande confusione con riguardo ai comportamenti che sono scriminati e quelli che invece non lo sono.

Pur condividendosi certamente lo spirito che ha animato la Corte nel rileggere la norma in modo conforme a Costituzione, insomma, ci si chiede se non si siano superati i limiti dell'interpretazione conforme a costituzione – la lettera della legge ne è invero uno dei più importanti sul punto¹ – e ci si interroga quindi circa l'opportunità di perseguire l'unica strada possibile ove la strada dell'interpretazione adeguatrice non sia, come qui ci pare, percorribile: cioè il sollevamento della questione di legittimità costituzionale

L'interpretazione che è stata data alla legge 36 del 2019, per quanto in buona fede e volta a salvare la normativa da una censura di legittimità costituzionale, non

¹ Si veda l'orientamento della giurisprudenza costituzionale: Corte Cost., sent. 10 gennaio 2017, n. 43, in *C.E.D. Cass.*, n. 39628 e, soprattutto, Corte. Cost., sent. 21 marzo 2012, n. 110, in *C.E.D. Cass.*, n. 36294, secondo la quale il significato della lettera della legge «...non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione conforme» la quale «...non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre». Nella stessa direzione v. anche: Corte Cost., sent. 15 dicembre 2009, n. 26/2010, in *C.E.D. Cass.*, n. 34295; Corte Cost., sent. 2 aprile 2008, n. 219, in *C.E.D. Cass.*, n. 32594. In dottrina si veda F. MODUGNO, C. CARNEVALE, *Diritto Pubblico*, Torino, 2019, 22s.; sull'interpretazione della norma penale si veda A. PAGLIARO, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2003, 433 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a costituzione e il ruolo creativo' del giudice*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017, 65.

può essere accolta poiché, in tal caso sembrano superarsi i limiti dell'interpretazione, attribuendosi alla nuova normativa un significato del tutto divergente – se non addirittura opposto – a quello voluto dal legislatore e desumibile dalla chiara lettera della legge.

La Suprema Corte, per la nuova legittima difesa, prevista dal quarto comma, richiede oggi – come accennato – la presenza di tutti gli elementi previsti dal primo comma: ciò chiaramente desta non poche problematiche interpretative poiché il cittadino che si trova a reagire nelle condizioni previste dal quarto comma non potrà avere in alcun modo la certezza di agire legittimamente e quindi di veder scriminato il proprio comportamento. Tale situazione è dovuta al fatto che il codice penale e il legislatore prevedono una determinata normativa mentre la giurisprudenza della Corte di Cassazione ne prevede – di fatto – tutt'altra. Ci si ritrova quindi davanti ad una profonda incertezza poiché nonostante il codice scrimini una condotta – consentendo quindi al cittadino che, si affida giustamente a quanto previsto dalla normativa, di difendersi in modo “incondizionato” – la Suprema Corte invece “condanna” tali comportamenti, richiedendo una serie di requisiti non ravvisabili nel dato letterale della norma.

Tali incertezze rischiano peraltro di declinarsi in una incerta prassi applicativa, considerato che certamente i tribunali, pur in assenza di direttive precise sulla nuova portata dell'istituto, si adegueranno alle indicazioni della giurisprudenza di legittimità.

Lo studio fin qui effettuato consente di ritenere che l'intento del legislatore fosse quello di assicurare la totale impunità a colui il quale viene aggredito nel proprio domicilio e un'interpretazione differente – come quella che è stata data dalla Corte di Cassazione fin ora – appare un superamento dei limiti comunque necessari nell'interpretazione della legge penale che pone anche il tema del disorientamento del cittadino rispetto ad indicazioni così contrastanti tra *law in the books* e *law in action*, al punto da chiedersi se un individuo – trovantesi nelle condizioni di cui all'odierno quarto comma dell'art. 52 –, che reagisca anche al di là dei più stretti degli limiti di cui ai commi precedenti della disposizione, di fronte a tale incerto scenario e tali indicazioni di segno così contrario tra legge e prassi non possa in alcuni casi essere assolto per ignoranza inevitabile di legge *ex art. 5 c.p.* – per

quanto, certamente, ci si rende conto che un simile esito sarà in giudizio difficile da sostenere alla luce del probabile consolidarsi del diritto vivente sul punto.

In conclusione, ci pare che la normativa di nuovo conio introdotta dalla legge 36 del 2019 presenti dei profili di incostituzionalità prevedendo delle presunzioni che ci sembrano difficilmente conciliabili con il nostro assetto costituzionale (anche in ottica convenzionale). Ciò, tuttavia, ci pare non possa autorizzare interpretazioni del tutto difformi da quella che è la *ratio* della normativa, stravolgendone quindi la portata. L'unica soluzione prospettabile ci sembra allora essere quella della declaratoria di incostituzionalità della riforma, preso atto dell'impossibilità, per le esposte di ragioni, di procedere a una interpretazione costituzionalmente orientata della novella.

BIBLIOGRAFIA

- ACHENBACH, *Riflessioni storico-domatiche sulla concezione della colpevolezza di Reinard Frank*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 851.
- ALEO, *Istituzioni di diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, Milano, 2017.
- ALEXANDROV, *Self-defense against the use of force in International Law*, L'Aja-Londra-Boston, 1996.
- ALIMENA, *Appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1938.
- ALTAVILLA, voce *Eccesso colposo*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1960, 338.
- ALTAVILLA, voce *Difesa legittima*, in *Nov. Dig. It.*, V, Torino, 1968, 625.
- AMARELLI, DE GIOVANNI, GARBARINO, MAROTTA, SCHIAVONE, VINCENTI, *Storia del diritto romano e linee di diritto privato*, a cura di Aldo Schiavone, Torino, 2011.
- ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Speciale I*, Milano, 2003.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*. Milano, 2003.
- ANTOLISEI, ROSSI, GROSSO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*. Milano, 2016.
- ASCARELLI, *Studi di diritto comparato*, Torino, 1925.
- BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa. una prima lettura*, in *Penale Contemporaneo*, 7 maggio 2019, 57s.
- BAJNO, *La legge regionale come fonte di "diritti"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975.
- BARTOLI, *Verso la legittima offesa in Penale contemporaneo*, 2019, 17.
- BASCHIERI, BIANCHI D'ESPINOSA, GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana: commento analitico*, Firenze, 1949.
- BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte Generale*, Napoli, 1969.

BATTAGLINI, *Il pericolo d'offesa nella legittima difesa*, in: *Studi e giudicati illustrativi del Codice penale italiano*, pubblicati sotto la direzione di Luigi Lucchini, Torino, 1911.

BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, Perugia, 1910.

BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005.

BELLINI, *La difesa legittima*, Torino, 2006.

BELTRANI, *Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2019.

BERARDI, *Vincenzo Manzini, Del metodo giuridico*, Napoli, 2003.

BERRY, *Pompey's legal knowledge – or lack of it: Cic. Mil. 70 and the date of Pro Milone*, in *Historia* 42, 1993, 502 ss.

BERTONI, *La difesa legittima*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1982.

BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986.

BETTIOL, *Sul diritto penale dall'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 3.

BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2015.

BOBBIO e BOVERO, *Società e stato nella filosofia politica moderna*, Milano, 1979.

BORRELLI, *Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio garanzie costituzionali*, in *Cassazione Penale*, 2001, 2453.

BOWETT, *Self-defense in International Law*, Manchester, 1958, 344.

BRAGAGLIA, *La difesa è sempre legittima?* in *Strade riv. pol. online* (dir. Giordano Masini), pubblicato 1° aprile 2019.

BRICOLA, *Prospettive limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1967, 1079.

- BROWNLIE, *International Law and the use of force by States*, Oxford, 1963.
- CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata")*: *molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006.
- CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata")*: *molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 436.
- CADOPPI, *Una «Pompei» del diritto penale. Tradizione romanistica e "origini lombarde" del codice napoletano del 20 maggio 1808*, in VINCIGUERRA (a cura di), *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli (1808)*, Padova, 1998.
- CADOPPI, <*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*>. *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, 2006, Milano, vol. II, 1410.
- CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, Padova, 2004.
- CALISSE *Storia del diritto penale italiano dal secolo VI al XIX*, Firenze, 1895.
- CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, in *Enc. dir. pen. lt.*, a cura di E. Pessina, vol. II, Milano, 1906, 213 ss.
- CANTARELLA, *Corso di diritto greco*, Milano, 1994.
- CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933.
- CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata* (Prolusione al corso accademico dell'anno 1859-1860), in *Opuscoli di diritto criminale del Professore comm. Francesco Carrara*, quarta edizione, Vol. I, Prato, 1885.
- CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale*, Lucca, 1867.
- CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale*, Prato, 1889.

- CASAMENTO *Strategie retoriche, emozioni e sentimenti nelle orazioni ciceroniane. Le citazioni storiche nella pro Milone*, in *Hormos*, 2011.
- CASAMENTO, *Apparizioni, fantasmi e altre 'ombre' in morte e resurrezione dello Stato. Fictio, allegoria e strategie oratorie nella pro Milone di Cicerone*. In G. Moretti, & A. Bonandini (a cura di), *Persona ficta. La personificazione allegorica nella cultura antica fra letteratura, retorica e iconografia* (139-169), Università degli studi di Trento. Dipartimento di Studi Letterari, Linguistici e Filologici, 143.
- CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola, le orazioni di Cicerone*, Palermo, 2007.
- CASSOLA, LABRUNA, in *Lineamenti di storia del diritto romano 2*, dir. M. TALAMANCA, Milano 1989.
- CERASE, *Difesa legittima*, in Lattanzi-Lupo (a cura di), *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2000.
- CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.
- CHIAVARLO, *Legittima difesa non far west*, in *la Stampa*, 19 aprile 2004.
- CIACERI, *Cicerone e i suoi tempi, II2*, Milano, 1941.
- CICERONE, *Difesa di Milone* in CICERONE, *Difesa di Archia*. *Difesa di Milone*, trad. it. di A. Burlando, Milano, 1993.
- CIPOLLA, *Modifica ex l. n. 59 del 2006 all'art.52 c.p. in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, VI, 1372.
- CLARK, *The Date of the Trial of Milo*, in M. Tulli Ciceronis pro T. Annio Milone ad iudices oratio, Oxford 1895 (rist. anast. Amsterdam 1967), 127 ss.

- CLARK-J.S. RUEBEL, *Philosophy and Rhetoric in Cicero's «Pro Milone»*, in *RhM* 127, 1985.
- CLEMENTI, F. COARELLI, E.GABBA (a cura di), *Storia di Roma, II. L'impero mediterraneo, 1. La repubblica imperiale*, Torino, 1990.
- CODA, *Riflessioni in tema di eccesso colposo*, in *Riv. pen.*, 2012, fasc. 1, 65 ss.
- COLSON, *Cicero, Pro Milone. Edited with Introduction and Notes*, London, 1893.
- COMBACAU, *The Exception of Self-Defense in United Nations Practise*, in CASSESE (ed.) *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Oxford, 1986, 27.
- CONSORTE, *La presunzione di proporzione in una prospettiva internazionale: spunti interpretativi*, in *Cass. pen.*, 2657.
- CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giurisprudenza Penale*, 2019, 14.
- CONZ-LEVITA, *La nuova legittima difesa*, Roma, 2019.
- CORDERO, *Procedura penale*, Milano 1995.
- CRIVELLARI, *Il codice penale per il regno d' Italia, vol. VII*, Torino, 1896.
- CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia interpretato sulla scorta della dottrina, delle fonti, della legislazione comparata e della giurisprudenza, Vol. Terzo (art. 31-60)*, Torino, 1892.
- DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, Napoli, 1951.
- DE MARTINO, *Storia della costituzione romana volume III*, Napoli, 1973.
- DE VERO, *Le scriminanti putative, profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 795.
- DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in *Enc.dir.pen.it.*, a cura di E. Pessina. Milano, 1905, 462ss.

- DESSPORTES, LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Parigi, 2008.
- DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative dall'Antico Regime al fascismo*, Torino, 2007.
- DINSTEIN, *War, aggression and self-defense*, Cambridge, 1994.
- DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi 'sacrosante' e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, 2006.
- DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
- ERCOLE in *Legge 26 aprile 2019 n. 36, modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa*, Torrazza Piemonte, 2019.
- ESCOBEDO, *Eccesso di difesa, reato colposo e diritto transitorio*, in *Giustizia penale*, 1931, II, 1468 ss.
- ESPOSITO, *Il requisito della «proporzione» nella difesa legittima: l'incidenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella disciplina dell'istituto*, in *Giust. pen.*, 1981, II, 730 ss.
- FARANDA, *L'eccesso colposo*, Milano, 1988.
- FERRI, *Pena di morte e difesa dello Stato*, in «*La Scuola positiva*», 1926, 390.
- FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928.
- FERRI, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze 1878.
- FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale, 2a ed.*, Bologna, 1884.
- FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano*, in *Enc. Dir.*, a cura di E. Pessina, vol. I, Milano, 1955, 3s.
- FERRINI, *Diritto penale romano*, Roma, 1976.
- FEZZI, *Il tribuno Clodio*, Roma, 2008.

- FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798.
- FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003.
- FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, Bologna, 2015.
- FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*. Bologna, 2019.
- FIERRO CENDERELLI, *Legittima difesa e provocazione. Rilevi comparatistici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, 1394ss.
- IORE, S. IORE, *Diritto penale. Parte generale*. Torino, 2020.
- IORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 783.
- IORETTI, *Su la legittima difesa, studio di criminologia*, Torino, 1886.
- IORETTI, *Sulla legittima difesa*, Torino, 1886.
- IORETTI, ZERBOGLIO, *La legittima difesa*, Torino, 1894.
- IORA, *Brevi riflessioni sulla recente modifica dell'art. 52 c.p.: il messaggio mass mediatico il vero significato della norma*, in *Riv. it. proc. pen.* 2006, 416.
- FORTE, *I nuovi confini della legittima difesa*, in *Cassazione Penale*, Milano, 2006, 3067ss.
- FRANZONI, *Dei fatti illeciti, obbligazioni artt. 2043-2059*, Bologna-Roma, 1993.
- FROSALI, *Sistema penale italiano, vol. II*, Torino, 1987.
- GALLO *Eccesso colposo e previsione dell'evento*, in *Giur. it.*, II, 1950, 59 ss.
- GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 632 ss.
- GALLO-SEVERINO, *Antigiuridicità penale*, in *Encicl. Treccani*, 1988, vol. II, 1ss.
- GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio (l. 13 febbraio 2006, n° 59)*, in *Studium Iuris*, 2006, 966.

- GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, (ed. it. a cura di Ceretti), Milano, 2004.
- GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, 2019.
- GATTA, *Sulla legittima difesa domiciliare: una sentenza emblematica della Cassazione e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*, in *Penale Contemporaneo*, 22 ottobre 2018.
- GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in *Penale Contemporaneo*, 1° aprile 2019.
- GENTILE, *Clodio e Cicerone. Studio di storia romana*, Pisa, 1876.
- GIANNELLI-MAZZARINO, *Trattato di storia romana, I. L'italia antica e la repubblica romana*, Roma, 1953.
- GIORGIO AGAMBEN, *Stato d'eccezione*, Torino, 2003, 95.
- GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Torino, 2019 .
- GIOVANNI PAOLO II, Lettera enciclica *Evangelium vitae*, Milano, Mondadori, 1995, 96ss.
- GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1950.
- GROSSO, *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo nello stato di necessità e nella legittima difesa* in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, Milano, 1965.
- GROSSO, voce *Legittima difesa* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1974, 32.
- GROSSO, voce *Cause di giustificazione*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1989, 4.
- GROSSO, voce *Eccesso colposo*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, 2ss.
- GROSSO, *Cinque anni di leggi penali: molte riforme (talune contestabili), nessun disegno organico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, n. 5, 537.

- GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace*, Firenze, 2002.
- GUARNERI, *Diritto penale e influenze civilistiche*, Milano, 1947.
- HOBBS, *Leviatano*, trad. it. Di G. Micheli, Firenze, 1976.
- HUSBAND, *The Prosecution of Milo. A Case of Homicide with a Plea of Self-Defense*, in *Classical Weekly* 8, 1915, 148.
- IMPALLOMENI, *Delitti contro la persona*, in: P. COGLIOLO, *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il Codice unico del Regno d'Italia*, Milano, 1889.
- INTINI, *Legittima difesa, rischi di sproporzione. quel generico pericolo di aggressione*, in *Diritto e Giustizia*, 2005, 111.
- KIM, *The rhetoric of self-defense*, in *Berkeley Journal of Criminal Law*, Fall, 2008.
- KING, *The Duty to Retreat: A Review of the Evolution of the Duty to Retreat, the Castle Doctrine, Florida's Stand Your Ground Law and Relevant Co*, Scotts Valley, 2015.
- KUMANIECKI, *Cicerone e la crisi della Repubblica romana*, trad. ital., Roma, 1972.
- LA CUTE, *Il dissenso presunto nel reato di violazione di domicilio*, in *Riv. Pen.*, 1989, 1041.
- LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione: i volti del regime fascista*, Introduzione, in L. Lacchè (a cura di), *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, Donzelli, 2015.
- LAMBERTI ZANARDI, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milano, 1972.
- LETO, *Di una recente critica alla teorica del Carrara sulla legittima difesa*, Palermo, 1888.

LO MONTE, *Osservazioni sulle annunciate modifiche in tema di legittima difesa e uso legittimo delle armi: ebbene sì “giù le mani dal codice Rocco”*, in *Critica del diritto*, 2005, I, 23 s.

LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, trad. it. Di A. Gialluca, Milano, 1998.

LONGHI, *Repressione e Prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano 1911.

LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2013.

MACRÌ, *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 28.

MAGGIORE, *Diritto penale – Parte Speciale*, Vol. II., Bologna, 1950.

MAGGIORE, *Diritto penale*, Bologna, 1960.

MAGRI, *Legittima difesa: proporzionalità tra difesa e offesa*, in www.unibg.it, sito dell'Università di Bergamo.

MALIZIA, voce *Eccesso colposo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 117.

MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 434.

MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Speciale, delitti contro la persona*, Padova, 2012.

MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 2015.

MANTOVANI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2018

MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1908

MANZINI, *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita*, in: *Rivista penale*, LXXIII, 1911, 5 ss.

MARINI, *Reato*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1974, 1 ss.

MARINUCCI, *Consuetudine*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 510.

- MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*; in *Riv. It.* 1983, 1190ss.
- MARINUCCI, *Antigiuridicità*, in *digesto pen.*, 1987, vol. I, 172.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1229.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Note sul metodo della comparazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 412.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001
- MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2017
- MARRA, *Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola “sproporzionata” o “allargata”: molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. proc.*, 2006.
- MARRA, *Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola licenza di uccidere*, in *Diritto e Giustizia*, 2006, fasc. VI, 95.
- MARSH, *The Policy of Clodius*, in *CIQ* 21, 1927, 30 ss.
- MARSH, *The Gangsters in Roman Politics*, *CJ* 28, 1932, 168 ss.
- MASARONE, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, 1056 ss.
- MEL, *Il diritto penale positivo italiano illustrato per articoli*, Napoli 1885, 221s.
- MERLE, VITU, *Traité de droit criminel, I*, Parigi, 1997.
- MICHELOZZI, *Fuori dalla legittima difesa*, in *Questioni di giustizia riv. online* (diretta da Nello Rossi), 2019, 2ss.
- MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte a trasfigurazione?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 830.

- MINISCI, *Una riforma rischiosa: ecco perché l'associazione nazionale magistrati è contraria a cambiare la legittima difesa*, in *Penale Contemporaneo*, 25 gennaio 2019.
- MOCCIA, *Prologomeni ad una proposta di riforma del codice penale*, in *Critica dir.*, 2006, 1-2-3, 17.
- MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Assago, 2015.
- MODUGNO, CARNEVALE, *Diritto Pubblico*, Torino, 2019.
- MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, 228.
- MONTALBOLDI, in: *La legge, Monitore giudiziario ed amministrativo del Regno d'Italia*, 1898.
- MORI, *Teoria del Codice penale toscano*, Firenze, 1854.
- MUSACCHIO, *Violazione di domicilio*, in *Digesto pen.*, XV, Torino, 1999, 228.
- NEGRI, *Legittima difesa, le regole all'estero*, in *Il Sole 24 ore*, 5 maggio 2017.
- NEPPI-MODONA, PELLISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia*, coord. da R. Romano, C. Vivanti, *Annali*, 12° vol., 1997, 770.
- NICOLINI, *Le questioni di diritto*, Napoli, 1870.
- NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947.
- NUVOLONE, *Le due forme dell'eccesso colposo*, in *Giust. pen.*, 1949, II, 803.
- OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, II ed., Padova, 1999.
- PADOVANI, *La condotta omissiva nel quadro della legittima difesa*, in *rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970.
- PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836.
- PADOVANI, voce *Difesa legittima*, in *Diritto Penale*, 1989, 497.

- PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale, Il ed.*, Bologna, 2002.
- PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *Guida al diritto*, 2006, XIII, 52.
- PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019.
- PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.
- PAGLIARO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961.
- PAGLIARO, *Fatto (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 961.
- PAGLIARO, *Fatto condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 623.
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.
- PAGLIARO, *Il reato nel progetto della commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005.
- PALAZZINI, voce *Difesa legittima*, in *Enc. Cattolica*, Firenze, 1950, vol. IV, coll. 1581 a 1585.
- PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.
- PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2018.
- PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 9.
- PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2005.
- PANNAIN, *Natura giuridica del reato commesso per eccesso colposo*, in *Arch. Pen.*, 1949, II, 299.
- PANNAIN, *Manuale di diritto penale: Parte generale*, Torino, 1950.
- PANNAIN, *La struttura del reato*, Milano, 1958.

PARADISI, *Il diritto negato: Alle origini della legittima difesa: l'eterno conflitto tra Antigone e Creonte*; Torino, 2019.

PASQUALUCCI, *Commento al Leviatano*, Perugia, 1989.

PAVICH-BONOMI, *La nuova legittima difesa, tra istanze securitarie e valori costituzionali* in *Diritti fondamentali* (diretta da Vincenzo Baldini), 2019, 17.

PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, Bologna, 1892.

PETROCELLI *Riesame degli elementi del reato*, in *RIDPP*, 1963, 3ss.

PETROCELLI, *Principi di diritto penale. Introduzione, la norma penale, il fatto*; Napoli, 1964.

PEVERATI, *Considerazioni sulla legittima difesa*, Torino, 1942.

PEZZELLA, *Autotutela (armata) del cittadino, fa cronaca fa oscillare il confine*, in *Diritto e Giustizia*, n. 32/2004, 52 ss.

PEZZELLA, *Autotutela (armata) del cittadino, la cronaca fa oscillare il confine*, in *Diritto e Giustizia*, 2004, fasc. 32, 65.

PIERDONATI, *La proporzione nella legittima difesa: il "momento" e la base nel giudizio*, in *Ind. Pen.* 2003, 610.

PIZZORNI, *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 1999.

PLATONE, *Leggi di Platone*, Tutte le opere, Trad. it. di E. Pegone, Roma, 1997.

PLATONE, *Minosse*, in Platone, *Tutte le opere*, trad. it. di S. Rubatto, Roma, 1997.

POCOCK, *Clodius Pulcher and the Acts of Caesar*, in *CIQ* 18, 1924, 59 ss.

POCOCK, *A Note on the Policy of Clodius*, in *CIQ* 19, 1925, 182 ss.

POCOCK, *Pompeiusve parem*, in *CIP*, 1927, 301 ss.

- POSITANO DE VINCENTIIS, voce *Difesa legittima, stato di necessità, disposizione della legge e ordine dell'Autorità*, in *Dig.it.*, vol. IX, parte II, Torino, 362.
- PRADEL, *Casi di diritto penale comparato*, Milano, 2005.
- PUCCIONI, *Il codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza, Vol. I (Art. 1-41)*, Pistoia, 1855.
- PUFENDORF, *Il diritto della natura e delle genti*, a cura di N. Bobbio e F. Todescan, Milano, 2018.
- PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2013.
- ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano, 1913.
- ROCCO, *Sul ripristino della pena di morte*, pubblicato in «*L'Impero*», 7 ottobre 1926, ristampato in: Arturo Rocco, *Opere giuridiche, Scritti giuridici varii*, Roma 1933.
- ROCCO, *Discorsi parlamentari*, Bologna, 2005.
- ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. It.* 1990, 55ss.
- ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (art. 1-84)*, Milano, 2004.
- ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2019.
- RONZITTI, *Corte Internazionale di Giustizia e liceità delle armi nucleari*, in *R.D.I.*, vol. LXXIX, 1996, 868.
- RONZITTI, *Diritto Internazionale dei conflitti armati*, Milano, 1998.
- ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in *Studi di scienze penalistiche integrate*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1986.

ROXIN, *Da quale momento un'aggressione è attuale e dà origine al diritto di legittima difesa?*, in MOCCIA (a cura di), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996.

ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 4^a ed., Monaco, 2006

RUSSO, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza*, in *Penale Contemporaneo*, 2016.

RUSSO-BLASI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001.

SABATINI, *Provocazione e legittima difesa*, in *Foro it.*, 1979, 325.

SAN TOMMASO, *Summa, Theologiae*, II – II 64,7.

SANDULLI, *L'eccesso colposo*, in *Giustizia penale*, 1933, II, 1970 ss.

SANTALUCIA, *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009.

SANTORO, *La definizione del delitto colposo*, in *Rivista diritto penitenziario.*, 1937, 1200 ss.

SARNO, *La nuova disciplina della legittima difesa*, Pisa, 2019.

SARNO-SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa*, Milano, 2008.

SBRICCOLI, *Caratteri originali e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in: L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali 14, Legge Diritto Giustizia, Torino 1998, 485.

SCHACHTER, *International Law in Theory and in Practice*, Dordrecht, 1991.

SCHIAFFO, *Riflessioni tipiche intorno a un "dogma": l'antigiuridicità generica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1075ss.

SCISO, *L'aggressione indiretta nella definizione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite*, in *Riv. Dir. Int.*, Vol. LXVI, 1983, 272ss.

SEMERARO, *Riflessioni sulla riforma della legittima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio*, in *Cass. pen.*, 2006, 277.

SESSA, in *Legge 26 aprile 2019 n. 36, modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa*, Torrazza Piemonte, 2019.

SETTLE, *The Trial of Milo and the Other Pro Milone*, in *TAPhA* 94, 1963, 268 ss.

STONE, *Pro Milone: Cicero's Second Thoughts*, in *Antichthon* 14, 1980, 88 ss.

SGUBBI, in *La legislazione penale compulsiva*, G. INSOLERA (a cura di), Padova, 2006.

SHAW, *International Law*, Cambridge, 1997, 786.

SICILIANO, *Della violenza nel diritto penale fascista. Il caso della legittima difesa a tutela del patrimonio*; Firenze, 2013.

SICILIANO, *Il pericolo d'aggressione: la legittima difesa al Senato*, in *Studium Iuris*, 2005, 1120.

SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa: da Carrara a Rocco*, *Quaderni Fiorentini*, 2006, 726.

SINISCALCO, *Domicilio (violazione di)*, in *ED*, XIII, Milano, 1964, 871.

SIRACUSANO, *Questioni ancora aperte sulla riforma della legittima difesa*, in *Indice pen.*, 2008, 26 ss.

SIRACUSANO, voce *Eccesso colposo*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 180.

SOFOCLE, *Edipo Re*, in *Sofocle*, Tutte le tragedie, trad. di F.M. Pontani, Roma, 1991.

SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi della struttura delle scriminanti*, Napoli, 1979.

SPATARO, *Le priorità non sono più urgenti e comunque la scelta spetta ai giudici*, in *Cass. pen.* 2015, 3401.

STOPPATO, *Il diritto del proprietario di apprestare nella sua casa mezzi per uccidere il ladro notturno*, in *La Cassazione unica*, 1898, 386.

TESSITORE, *Fascismo e pena di morte Consenso e informazione*, Milano, 2000.

VARANO, BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2018.

VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino, 2008.

VASSALLI, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, in *Jescheck Festschrift 1985*, I, 427.

VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano, 1988.

VERNANT, *L'universo, gli Dei, gli uomini*, trad. it. di I. Babboni, Torino, 2000.

VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

VIGANÒ, *Spunti per un progetto "alternativo" di riforma della legittima difesa*, in *studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2005, 2038.

VIGANO', *Sulla "nuova" legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 190.

VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in *Penale Contemporaneo*, 2011, 5s.

VILLANI, *Lezioni su l'O.N.U. e la crisi del Golfo*, Bari, 1995.

ZAINA, *La nuova legittima difesa*, Rimini, 2006.

ZANNUCOLI, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legittima difesa: La legge 13 febbraio 2006, n° 59 e prospettive di riforma*, in rivista telematica *Diritto - Concorsi & Professioni*, diretta da U. DI BENEDETTO, 2006, Cap. I, 1.

ZOCCO-ROSA, *L'età preistorica e il periodo teologico - metafisico del diritto penale*
a Roma, Catania, 1883.