

QUESITI

GIANLUCA RUGGIERO

Difesa legittima e legittimità della difesa: fragile equilibrio di un'evoluzione discutibile

Il presente contributo affronta il problema della scriminante della difesa legittima e le problematiche emerse dalla riforma del 2006 e ad opera della legge 26 aprile 2019, n. 36.

La riforma del 2019 presenta alcuni profili critici relativamente alla natura della nuova difesa legittima domiciliare e che rispecchiano una riforma a tratti contraddittoria e foriera di squilibri sistematici.

Il lavoro propone la tesi secondo cui il requisito della proporzione non è fondamentale nell'economia della fattispecie di "legittima difesa" la quale si regge sulla "necessità" di reazione a fronte di un'aggressione e che ingloba in sé anche l'attualità del pericolo.

Self-defense and lawfulness defense: a delicate balance of a controversial development.

This paper faces the question of the new self-defense law in the new fourth paragraph of art. 52 Italian Criminal Code introduced by the law 26 April 2019, nr. 36. The new law reform presents some critical profiles with regard to the nature of the new justification (home self-defense) and which reflect a reform that is at the same time contradictory and created systematic imbalances.

This contribution defends the position that the "proportion" requirement should be jettisoned. What matters is that it was necessary to use self-defensive force against an aggressor but in fact disproportionate. Necessity is important evidentially: it helps us answer the question of imminence and after all the proportionality. Those last requirement should be replaced with a necessity requirement, probably with the stipulation of a rebuttable presumption that the proportion requirement is not met if the danger was not imminent and the reaction not necessary.

SOMMARIO: 1. Lineamenti dell'azione difensiva. L'impedibilità della condotta lesiva. - 2. La *proporzione* nella cornice della riforma del 2006. - 2.1. La proporzionalità nella teoria generale dell'autodifesa. - 2.2. Il superamento della formula basata sulla "necessità razionale" e la codificazione del 1930. - 2.3. Un recupero (malriuscito?) di una norma senza tempo? - 3. La nuova disciplina dell'eccesso colposo. - 3.1. Le nuove ipotesi di "minorata difesa" e di "grave turbamento": un accostamento conflittuale. - 3.2. L'eccesso colposo in relazione alla riforma dell'art. 2044 c.c. - 4. La nuova ipotesi del quarto comma dell'art. 52 c.p.: una presunzione irrazionale di legittimità della difesa (o di legittimità dell'offesa).

1. *Lineamenti dell'azione difensiva. L'impedibilità della condotta lesiva.* La recente legge 26 aprile 2019, n. 36 ha interessato, fra l'altro, un istituto fondamentale del diritto penale, da sempre racchiuso in quelle che possiamo definire le "costanti" storiche di ogni ordinamento¹, perché appartengono al nucleo fondamentale esistenziale di ogni organismo statale e individuale².

La difesa legittima nasce sostanzialmente da ciò, e cioè nel non doversi tolle-

¹ Cfr. CARACCIOLI, *La nuova legittima difesa (art. 52 c.p.): applicazioni in materia di reati tributari ed economici*, in *Riv. dir. trib.*, 2019, 75 ss.

² CERVELL HORTAL, *La legítima defensa en el Derecho internacional contemporáneo (nuevos tiempos, nuevos actores, nuevos retos)*, Valencia, 2017.

rare una compressione dei propri diritti³, la cui portata può essere scemata solo da una norma giuridica o da un ordine legalmente dato da un'autorità (amministrativa, provvedimento giudiziale etc.). In altre parole, la difesa legittima è una sanzione che l'ordinamento affida ad un privato, facoltizzato ad evitare che taluni diritti vengano lesi da un comportamento illecito altrui e, quindi, come tutte le sanzioni, deve essere ispirata ad un criterio di proporzionalità.

L'"impedibilità" di una condotta illecita altrui e che rappresenta il fondamento storico della difesa intesa quale istituto giuridico, cede di fronte ad una condotta imposta o facoltizzata dall'ordinamento diversa dalle ipotesi in cui residua un aspetto di anti-giuridicità (stato di necessità) ovvero ipotesi scusanti (art. 384 c.p.) ovvero in situazioni di immunità (art. 649 c.p.). In questi casi è possibile porre in essere un comportamento necessitato nei confronti di un'azione che continua a preservare un contenuto illecito anche se e non punibili.

Chiaro appare che la difesa legittima, intesa come "impedibilità", trascende ogni singolo ordinamento, ma non è una costante di ogni situazione *scriminanda* a cagione dell'esistenza di illeciti che non sono impedibili, non solo quelli giustificati dall'esercizio di una facoltà legittima o nell'adempimento di un dovere, ma anche quelli che si esauriscono in un unico atto.

Si pensi ad una ingiuria realizzata con la pronuncia di una singola espressione: qui l'autotutela non è invocabile e il comportamento illecito non è impedibile perché il pericolo è già trascorso e l'offesa si è concretizzata; per cui ogni eventuale reazione di fronte ad un reato unisussistente deve ritenersi a sua volta illecita se è possibile l'intervento degli organi statuali predisposti alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

Al contrario, l'autotutela - che è poi la *ratio* della scriminante in parola - deve rispettare il criterio di proporzionalità tra difesa e offesa, cioè dall'insieme degli elementi che comprendono il pericolo e il valore del bene minacciato, da un lato, la necessità e la costrizione, dall'altro⁴.

Ciò premesso, a fronte di una disposizione tutto sommato chiara e precisa, non si sono avute applicazioni giudiziali appaganti, forse a cagione di una interpretazione troppo restrittiva dovuta a ragioni, in parte ideologiche, in parte frutto del timore che ciascuno possa arrogarsi il diritto di farsi giustizia da sé. Un percorso argomentativo non del tutto ingiustificato, tenuto conto che la

³ BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 14^a ed., Leipzig, 1886, 102, il primo ad impiegare nel diritto penale l'adagio hegeliano secondo cui «il diritto non deve cedere di fronte all'illecito».

⁴ ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, Tübingen, 2008, 25.

difesa legittima definisce un nucleo di autonoma sanzione dell'illecito da parte del privato, garantita dall'ordinamento giuridico, i cui limiti - secondo questa tesi - devono rimanere ben circoscritti⁵.

Riguardo al primo punto, a partire dagli anni '70 del '900 il rapporto di proporzione tra i beni dell'aggressore e i beni dell'aggredito vedeva ridotto grandemente il novero di questi sino ad escludere quelli patrimoniali, pur a fronte di una portata molto ampia della formulazione normativa. E, certamente, non poteva essere diversamente. Se non sono obbligato a tollerare un'offesa, perché ingiusta, questa riguarda sia beni personalistici, sia beni personali, quali la proprietà, sia quei beni intesi come proiezione spaziale della persona, luoghi dove egli vive e sviluppa se stesso (ad es. il domicilio)⁶.

Ciò nonostante, proprio la legittima difesa di beni patrimoniali⁷, aversata dai sostenitori del principio di uguaglianza, secondo cui tutti dovrebbero essere messi nelle condizioni di poter attingere allo stesso modo alle ricchezze, godeva da tempo di ampia considerazione favorevole, specialmente come eccezione al dominio, alla sovranità dei governi che detta uguaglianza dovrebbero garantire per impedire agli esseri umani di danneggiarsi l'un l'altro. *John Locke* sosteneva che nei casi in cui qualcuno minacci «la vita, la libertà, la salute o i possedimenti di un altro», vige il diritto a punire i trasgressori affinché vengano scoraggiati dal commettere altre violazioni e in maniera da compensare le vittime.⁸

La valorizzazione quasi atomistica del rapporto di proporzione tra beni, oltre alla limitazione eccessiva della legittima difesa cui abbiamo accennato, ha portato ad una serie di fraintendimenti che ne hanno non poco stravolto l'originario significato e la reale portata applicativa.

Innanzitutto, non sembra affatto che la “dottrina dei beni giuridici” possa essere interamente accolta, anche nella prospettiva del bilanciamento degli interessi⁹, tesi elaborata per le ipotesi di conflitto nella scriminante dello stato di

⁵ Cfr. JAKOBS, *Strafrecht und Sitte. Zur Pönalisierung exzessiven Freiheitsgebrauchs*, in *Siebzig Jahre Wolfgang Frisch* (a c. di Freund G.-Murmam U.), Tübingen, 2014, 7-21.

⁶ Per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. I, *I delitti contro la persona*, 4^a ed., Bologna, 2013, 233; PLANTAMURA, *Domicilio e diritto penale nella società post-industriale*, Pisa University Press, 2017, 9 ss.

⁷ Nella manualistica v. ROXIN-GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5^a ed., München, 2020, 784.

⁸ LOCKE, *Due trattati sul governo* (a c. di L. Pareyson), Torino, 2010, 120.

⁹ Cfr., STANGL, *Verhältnismäßige Notwehr. Untersuchung der Rechtsprechung zu Abwägungen bei der Auslegung des § 32 StGB*, Hamburg, 2013; BOSCH, *Einschränkung des Notwehrrechts in den Fällen der schuldhaft herbeigeführten Notwehrlage (§ 32 StGB)*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 2006, 490 s.; ID., *Einschränkung des Notwehrrechts in Näheverhältnissen*, in *Jura-*

necessità¹⁰, in particolare per giustificare la liceità del c.d. “soccorso di necessità” nei casi di marcata sproporzione tra il bene sacrificato e quello salvato (sproporzione in favore naturalmente del bene salvato)¹¹.

A parte il discorso, formulato a suo tempo, che aveva riconosciuto la relatività dell’importanza dei beni¹², è abbastanza difficile, a meno di voler fare una meccanica comparazione attraverso la presa di posizione del legislatore al momento della comminatoria della pena edittale, trovare un piano di oggettivo accordo sui criteri di valutazione, soprattutto quando i valori si trovano in rapporto di eterogeneità. Basti pensare che proprio la misura della pena complica il confronto tra i reati contro il patrimonio e reati contro l’incolumità fisica per il grande divario delle sanzioni previste per questi ultimi a seconda che siano commessi a titoli di dolo o di colpa, rendendo molto difficile determinare il valore del bene giuridico, se non in via generale; mentre detto raffronto non può fare a meno di riferirsi alla situazione individuale¹³.

In giurisprudenza, infatti, riesce difficile addirittura stabilire, se non aprioristicamente, un equilibrio fra beni giuridici dello stesso rango, tralasciando gli elementi di fatto ricavabili dal grado di aggressività dell’azione offensiva e della concitazione del momento¹⁴.

Kartei 8/2014 StGB § 32/39, il quale, contrariamente a quanto affermato comunemente in giurisprudenza, sostiene che tutta la teoria della difesa legittima si basi sul bilanciamento. Cfr., con qualche apertura, BGH 2 StR 237/05 - 2 novembre 2005 (LG Frankfurt), in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2006, 332.

¹⁰ Com’è noto, il principio del “bilanciamento degli interessi” trae origine, nell’ambito della concezione materiale dell’antigiuridicità, dalla c.d. *Kollisionstheorie* e dal connesso principio dell’interesse prevalente, secondo il quale, in caso di conflitto tra due beni, non può essere considerato contrario, ma è conforme al diritto, che venga sacrificato quello di minor valore o - in alcuni casi - equivalente. La dottrina tedesca ha tuttavia abbandonato tale fondamento dello stato di necessità verso un non determinato principio solidaristico. V., per i necessari approfondimenti, STÜBINGER, *Notwehr-Folter und Notstands-Tötung?: Studien zum Schutz von Würde und Leben durch Recht, Moral und Politik*, Göttingen, 2015, 309 s.

¹¹ Per un quadro completo v. KUHLEN, *Einschränkungen der Verteidigungsbefugnis bei der Nothilfe*, in *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 2008, 282 ss.

¹² SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, 256.

¹³ Senza contare che i ripetuti interventi del legislatore hanno di fatto quasi annullato il divario fra le fattispecie più gravi di delitti contro il patrimonio commessi con violenza e taluni altrettanto gravi delitti contro la persona (si pensi, a mo’ di esempio, ai massimi edittali della rapina aggravata e del sequestro di persona anche a scopo di estorsione).

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. IV, 2 luglio 2019, n. 28782, in *Dejure*, 4, in riferimento ad una decisione di appello che ha condannato per eccesso colposo in legittima difesa colui che, per liberarsi da un morso all’ascella, ha sferrato un pugno in pieno volto all’aggressore; Cass. Sez. I, 13 luglio 2020, n. 20741, 8: «...non basta una oggettiva sproporzione del mezzo usato e delle conseguenze prodotte a fare ritenere comunque sussistente la responsabilità di chi reagisca a titolo di colpa. L’adeguatezza della reazione va verificata con riferimento alle specifiche e peculiari circostanze concrete che connotano la fattispecie da esaminare, secondo una valutazione di carattere relativo e non astratto, in relazione a tutti gli elementi

A completare il quadro, bisogna richiamare quella corrente interpretativa, ancor oggi attuale, secondo cui non vi sarebbe necessità di difesa se l'agredito può evitare il crearsi di una situazione di pericolo qualora questo sia evitabile, estendendo analogicamente (in *malam partem*) un requisito presente solo nella scriminante dello "stato di necessità" di cui all'art. 54 c.p..

Oltre che scorretta dal punto di vista interpretativo, la tesi del *commodus discussus* si dimostra in contraddizione con la stessa *ratio* della difesa legittima. Se è vero che il diritto non deve cedere di fronte all'illecito, è colui che crea la situazione di pericolo che, avendo violato un interesse altrui, deve sopportare le conseguenze dell'aggressione anti-giuridica; solo a questo punto è possibile formulare - come vedremo - il giudizio di proporzione. Per tali ragioni, la possibilità dell'agredito di fuggire o altrimenti evitare il pericolo non consente di escludere - a differenza dello stato di necessità - il carattere necessario della difesa. E ciò comporta di stabilire un margine di necessità determinabile *ex ante*, altrimenti graverebbe sull'aggressore - reale o putativo - un dovere di tolleranza praticamente senza limiti, finendo per debordare in una distribuzione unilaterale del rischio¹⁵.

La riforma che si sono avvicinate su di una norma - lo si ripete - saggiamente scritta e contenutisticamente equilibrata, hanno avuto come scopo neanche tanto sottaciuto quello di porre un freno ad una applicazione mortificata dell'art. 52 c.p. attraverso un sostanziale svuotamento di parte del contenuto innovativo dello stesso. Bisogna però vedere se, nella pratica, tali modifiche hanno apportato un *quid* di significativo alla portata della disposizione in commento o se, secondo un'altra prospettiva di analisi, la diagnosi dei problemi della legge può essere aiutata studiando gli errori emergenti dall'applicazione (non corretta) della stessa¹⁶.

di fatto - oggettivi e soggettivi - che connotano l'aggressione, sicché, quando l'agredito, fisicamente e psicologicamente più debole, abbia realmente un solo mezzo a disposizione per difendersi e l'aggressione subita non sia altrimenti arrestabile, l'uso di tale strumento, può risultare non eccessivo, se, usato con modalità diverse, poteva ritenersi adeguato».

¹⁵ Cfr. KINDHÄUSER, *sub § 32*, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (a c. di Kindhäuser-Neumann-Paeflgen), 5^a ed., Baden-Baden, 2017, Nm. 27. In questo senso va intesa quell'affermazione ricorrente in giurisprudenza secondo cui la necessità va valutata (anche) nell'assenza di condotte alternative. È chiaro che l'adeguatezza dell'azione difensiva si costruisce a partire dalla possibilità di agire diversamente (*rectius*: di difendersi con altrettanta efficacia), non di evitare il pericolo. Cfr. Cass., Sez. I, 13 giugno 2017, n. 51262, in *Dejure*.

¹⁶ Cfr. BARON, *Self-Defense: The Imminence Requirement*, in *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Volume 1 (a c. di Green-Leiter), Oxford, 2011, 237.

2. *La proporzione nella cornice della riforma del 2006*

2.1. *La proporzionalità nella teoria generale dell'autodifesa.* Restando sul terreno della teoria generale del diritto e del diritto penale in particolare, è giocoforza ri-considerare la riforma dell'art. 52 c.p. alla luce del criterio della proporzione, requisito che, giova ripetere, non è una costante della fattispecie scriminante, per la quale basterebbe la sola necessità a rilevare ai fini dell'efficacia dirimente¹⁷.

Nei sistemi stranieri, dove la proporzione non è considerata un elemento ma, come noi riteniamo, un giudizio di sintesi che completa la prima affermazione di necessità della reazione, il discorso presenta profili di interesse sui quali brevemente ci soffermiamo.

A mo' di esempio, secondo la comune interpretazione del § 32, co. 2, dello StGB tedesco la necessità dell'azione difensiva presuppone, innanzitutto, che il mezzo utilizzato per la difesa sia idoneo a respingere l'aggressione, anche quando quella sia insufficiente a tale scopo¹⁸. Tuttavia, se colui che agisce in difesa legittima ha a disposizione un solo mezzo appropriato per respingere l'aggressione, il ricorso a detto mezzo dovrà senz'altro essere valutato idoneo (necessario), così come, per valutare l'adeguatezza del mezzo, quello meno lesivo se, in presenza di una pluralità di mezzi tutti efficaci, ve ne sia uno meno lesivo. Nonostante, quindi, il diritto non debba cedere di fronte all'illecito, cioè alla sua negazione, e non essendo il singolo obbligato a subire un'aggressione della sfera soggettiva, la reazione deve essere adeguata alla situazione di fatto che "costringe" il soggetto ad agire come ha agito.

A questa lineare posizione di pensiero, secondo cui sono giustificati solo quei fatti imposti dalla necessità, si affianca quella corrente sapienziale che aggiunge all'elemento della costrizione le c.d. restrizioni etico-sociali che, oltre gli elementi richiesti dal § 32, co. 2, StGB limita ulteriormente la facoltà di difendersi. Ciò che viene in gioco con queste restrizioni è un'attenuazione generale del diritto alla lesione di interessi altrui (nella specie quelli dell'aggressore), essendo del tutto inadeguata la formulazione della norma, siccome indipendente dal bilanciamento dei beni, nei casi di grossa sproporzione tra il bene giuridico salvato e quello lesa¹⁹. Da altro punto di vista, se-

¹⁷ Non a caso, sotto l'impero del codice Zanardelli, la "proporzione" era ricavata, implicitamente, dal requisito della necessità e dalla configurazione dell'eccesso: MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, Torino, 1908, 258 s.

¹⁸ FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8^a ed., München, 2018, § 16/21.

¹⁹ Chiaramente BGH 2 StR 523/15 - 12 aprile 2016 (LG Frankfurt a. M.), in *HRRS*, 2016, Nr. 671; BGH 2 StR 237/05 - 2 novembre 2005, cit.

condo questa tesi, vengono apposti discutibili restrizioni del diritto di difesa legittima in situazioni particolari, nelle quali, astraendo dall'esistenza di un'aggressione antiggiuridica, pare adeguato considerare in misura maggiore gli interessi dell'aggressore.

A tal proposito si può formulare il caso, per la verità non infrequente, dell'aggressione incolpevole ovvero non dolosa, nei confronti della quale, si dice, mancherebbe il requisito della necessità. Non sembra che l'argomento sia convincente, per la semplice osservazione che il difetto di elemento psicologico non influisce sulla qualifica di illiceità oggettiva della condotta e rende così "ingiusta" l'aggressione²⁰.

La situazione data, quindi, richiede o esige il ricorso alla difesa per proteggere un interesse, ma bisogna intendere questo requisito in un duplice senso che limita non solo il mezzo, bensì la stessa difesa. In altre parole: la mancanza di "necessità" di utilizzare un mezzo difensivo rende la difesa stessa non più lecita. In effetti l'art. 20 del Codice penale spagnolo parla di «*necesidad racional del medio empleado*» per impedire o respingere l'aggressione illegittima, che, secondo la dottrina, consente di superare concettualmente le difficoltà che si presentano per risolvere situazioni arbitrarie o stravaganti, come quella del contadino che ferisce gravemente con una fucilata un bambino che, andando a scuola, salta la recinzione e prende una mela dall'albero. In questo, come in altri casi, si è fatto ricorso alla teoria dell'abuso del diritto, evidenziando la presenza di considerazioni sociali e interventiste nel diritto penale²¹.

Nemmeno il legislatore tedesco, con la riforma del 1975, ha ritenuto di inserire il requisito della proporzione nella formulazione normativa, nonostante tale questione sia stata molto dibattuta, perché - si dice - ciò sarebbe richiesto solo in quei casi particolari di aggressioni leggere cui segue una reazione manifestamente sproporzionata²².

Sembra quindi che nella letteratura straniera vi sia una netta presa di distanza dalla proporzione nella difesa legittima²³, intesa quale elemento separato che

²⁰ Cfr., STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 4^a ed., Bern, 2011, § 10/72.

²¹ L'abuso del diritto fu formulato in Francia nella famosa sentenza del Tribunale di Colmar del 2 maggio 1855 sulla quale si v. ROVIRA VIÑAS, *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona, 1983. Cfr. soprattutto ROXIN-GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit, 767 ss. secondo cui la proporzionalità non ha alcuna influenza sulla necessità, posto che, nell'esempio fatto nel testo, il contadino non aveva altro mezzo a disposizione. Ha invece rilievo sulla necessità (*Gebotenheit*) del primo comma del § 32 StGB che qui possiamo intendere nel senso di "costrizione".

²² ROXIN-GRECO, *Strafrecht, allgemeiner Teil, op. e loc. cit.*

²³ BÉGUELIN, *¿Puede un funcionario de policía ejercer el derecho de legítima defensa del Código Penal?*, in *Jurisprudencia de casación penal*, (a c. di Ziffer) vol. 5, 2012, 11 ss. *Contra*, isolatamente, nella

impone un giudizio *ex post*, per ripiegare, tuttavia, su altri tipi di limitazione, di derivazione etico-sociale che, come si segnala, non hanno origine nei principi che fondano la difesa legittima, ma possono derivarsi dall'espressione difesa "imposta" (il «*gebotene*» del § 32, par. I, StGB tedesco)²⁴. Si tratta di limiti secondo cui, nonostante si realizzino i requisiti della difesa legittima, la protezione degli interessi individuali dell'agredito lesi o posti in pericolo da un'azione violenta risulta eticamente intollerabile²⁵.

A noi non sembra che le limitazioni etico-sociali, così come la proporzione isolatamente considerata²⁶, siano accettabili alla luce di quanto sviluppato sulla "necessità" intesa come ragionevolezza dell'azione difensiva al momento del fatto²⁷.

A tacer d'altro, la proporzionalità parte da una base astratta e trascende una situazione che deve invece apprezzarsi in relazione alla sua concretezza, formulata secondo un giudizio di adeguatezza, compresa l'esigenza che la difesa non sia esperibile con altri mezzi meno lesivi dei beni giuridici dell'aggressore²⁸.

La teoria dell'abuso del diritto - a parte la vaghezza concettuale che la affligge - risulta di difficile applicazione nel diritto pubblico e nel diritto penale in par-

dottrina tedesca, BOSCH, *Einschränkungen des Notwehrrechts in Fällen der schuldhaft herbeigeführten Notwehrlage*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 2006, 490 s. il quale dissolve tutta la problematica interpretativa dell'autodifesa nella proporzione.

²⁴ Anche nella giurisprudenza straniera, che deve fare i conti con materiali normativi differenti, non contemplanti il requisito della proporzione, quest'ultimo è costantemente richiamato, almeno per introdurre il discorso sulla gradualità della difesa e, in definitiva, sulla sua necessità. Cfr. BGE Lausanne 136 IV 49, 6B_1005/2009 del 18 febbraio 2010: «*L'uso di un coltello per scongiurare un attacco all'integrità fisica richiede una moderazione speciale. È fondamentalmente l'ultima risorsa di difesa. Tuttavia, può essere appropriato caso per caso, come la natura dell'attacco, la superiorità numerica degli attaccanti e il rischio di gravi lesioni personali durante l'alterazione*». E ancora BGE Lausanne, 6B_810/2011, 30 agosto 2012: «*L'uso dei coltelli, tuttavia, deve essere proporzionato. Può essere fatto solo con particolare cautela e, se possibile, deve essere minacciato. Si richiede inoltre che venga prima tentato un uso più delicato o più lieve del coltello per ottenere un successo difensivo, che deve essere principalmente diretto contro parti del corpo meno vulnerabili come gambe e braccia*».

²⁵ Per questo approccio ROXIN, *Die 'sozialethischen Einschränkungen' des Notwehrrechts - Versuch einer Bilanz*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1981, 70 ss. In giurisprudenza: BGH 2StR 237/05, 2 novembre 2005, (LG Frankfurt), in *HRRS*, 2005, 873.

²⁶ Riconoscono la funzione limitatrice della proporzione nei confronti della difesa MARINUCCI-DOLCINIGATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., Milano, 2020, 295 s. i quali ammettono, similmente alla dottrina tedesca in alto citata, la necessità di fare ricorso a valutazioni etico-sociali dei beni in conflitto, muovendo, ad es., dalla scala valoriale della Costituzione repubblicana.

²⁷ Qualche spunto in BÜLTE, *Zur Verhältnismäßigkeit der Notwehr und Art. 103 Abs. 2 GG als Schranken-Schranke*, in *Neue Kriminalpolitik*, vol. 28, 2016, 172 ss.

²⁸ Cfr. AMADEO GADEA-ROMERO SIEIRA, *Código penal. Doctrina Jurisprudencial y Comentarios*, Madrid, 2015, 69.

ticolare, perché cozza con il principio di autodifesa, secondo cui se l'azione non è necessitata per fronteggiare con successo il tipo di pericolo creato, deve essere negata l'applicazione dell'art. 52 c.p.²⁹.

Se quanto detto sinora è esatto, tutto il giudizio di idoneità-adequatezza³⁰ dovrà essere effettuato *ex ante*; e ciò ci sembra in linea con una concezione oggettiva della causa di giustificazione, soluzione valida anche per quei sistemi che, oltre a non contemplare la proporzione quale elemento costitutivo della esimente, prevedono due ipotesi dirimenti, rispettivamente: scriminante e scusante (quest'ultima assorbente - con diversità di disciplina rispetto all'ordinamento italiano - l'eccesso colposo)³¹.

2.2. Il superamento della formula basata sulla "necessità razionale" e la codificazione del 1930

Uno dei lati oscuri della codificazione del 1930 in punto legittima difesa, nell'alternativa di lasciare agli interpreti di sviluppare un concetto di necessità "razionale" o di inserire un criterio nuovo e ulteriore, è rappresentato dal riferimento espresso alla "proporzionalità".

L'art. 49, nr. 2, del Codice Zanardelli prevedeva infatti che «*non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta*», allineandosi, come formulazione, ai codici allora vigenti, in gran parte riprodotta nelle legislazioni attuali. Il Codice Rocco ha invece voluto aggiungere un elemento funzionalizzato ad un giudizio di sintesi, tuttavia tradottosi in un criterio, quale quello di pro-

²⁹ Sostanzialmente coincidente con le linee di pensiero esposte, v. quanto a suo tempo autorevolmente formulato dal GROSSO, *Legittima difesa* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1974, 31, il quale ha proposto di re-interpretare il requisito della necessità non solo come necessità-inevitabilità, ma altresì coordinandolo sistematicamente con il crisma della proporzione, escludendo che all'agredito sia consentita la scelta della reazione più dannosa per l'aggressore se ha a disposizione un'azione difensiva parimenti efficace e meno dannosa.

³⁰ Fortemente asseverativo sull'identità concettuale fra necessità-idoneità e adeguatezza come chiave di volta della difesa legittima è l'art. 15 del codice penale svizzero, che contempla "*il diritto di respingere in modo adeguato alle circostanze un'aggressione ingiusta o la minaccia ingiusta di un'aggressione imminente fatta a sé o ad altri*".

³¹ Cfr. l'art. 16 c.p. svizzero: «*Se chi respinge un'aggressione eccede i limiti della legittima difesa secondo l'articolo 15, il giudice attenua la pena*». Co. 2: «*Chi eccede i limiti della legittima difesa per scusabile eccitazione o sbigottimento non agisce in modo colpevole*». Per i necessari riferimenti giurisprudenziali WOHLERS- GODENZI- SCHLEGEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*, 4^a ed., Bern, 2020, 58 ss.

porzionalità, riferito ad una gerarchizzazione assoluta e chiara dei beni giuridici in gioco e delle offese che possono riguardarli³². Sarebbe come dire che l'ordinamento stesso fornisce già le basi oggettive e astratte di decisione, sulla base dell'importanza attribuita ai beni giuridici e sulla gravità che attribuisce al tipo e grado di offesa (ad es. una messa in pericolo è sempre meno grave di una lesione).

Al contrario, la "ragionevolezza", che è un predicato della necessità, in quanto "adeguatezza", non può essere determinata in astratto, oggettiva e generale, ma dovrà dipendere dalla situazione concreta e dalle circostanze che la assistono e/o precedono³³.

Viene da chiedersi come mai il legislatore del '30 abbia voluto far riferimento alla "proporzione" nel riformulare la disposizione sulla difesa legittima. Un primo indizio, anche se non risolutivo, è rintracciabile nell'espansione della potenza dello Stato che ha inesorabilmente compresso la libertà di reazione privata contro la delinquenza³⁴. D'altra parte il citato art. 49 del Codice Zanardelli, avendo riprodotto il concetto romanistico della legittima difesa: *vim vi repellere licet*, attraverso il termine "violenza" ha dato àdito a qualche interpretazione limitativa della difesa agli attentati contro l'integrità fisica, anche se la dottrina prevalente riteneva che la legittima difesa riguardasse tutti i beni giuridici attinenti alla personalità umana: la vita, l'incolumità personale, la libertà, il pudore, l'onore.

Un problema rimaneva però la legittimità della difesa dei beni patrimoniali, esclusa dal n. 2 dell'art. 49 c.p. del 1889 e settorialmente contemplata dall'art.

³² Per una critica serrata alla gerarchizzazione dei beni giuridici in un sistema penale liberal-democratico COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona, 2016, 43 ss.; 94 ss.

³³ Questione, quella della concretezza, molto sentita anche nella giurisprudenza straniera.

Celebre, per il clamore del caso e per il dibattito che ne è derivato è la sentenza della Corte d'appello dello Stato di New York (*People v Goetz* 497 N.E.2d 41, 47 (NY, 1986), 52). Secondo la Corte la determinazione della ragionevolezza deve basarsi sulle "circostanze" cui un aggredito si trova di fronte o sulla sua "condizione" fisica e psichica. Tali termini comprendono più dei movimenti fisici del potenziale aggressore. Questi includono qualsiasi conoscenza pertinente che l'imputato aveva circa l'aggressore incluse, ad esempio, informazioni che il convenuto aveva riguardo ai precedenti atti di violenza dell'aggressore o che fosse noto per atti di violenza. In dottrina, BARON, *The Standard of the Reasonable Person in the Criminal Law*, in *The Structures of Criminal Law*, Oxford, 2011, 23.

³⁴ Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, ed. 1948, Torino, 230, cui rimandiamo per lo svolgimento storico dell'istituto. Ma v. anche ROCCO Art., in *Verballi della Commissione ministeriale, Lavori preparatori*, vol IV, pt. 2, Roma, 1929, 165-166, secondo cui la legittima difesa è un residuo storico dell'antica difesa privata, ed è l'unico caso in cui la legge ammette eccezionalmente che il privato possa far valere i propri diritti, invece che ricorrendo all'Autorità giudiziaria e a quella amministrativa, adoperando la sua forza privata.

376 c.p. a favore di colui che avesse cagionato un omicidio o una lesione personale per difendere beni contro autori di rapina, estorsioni, ricatto e saccheggio o di respingere gli autori di scalata, rottura o incendio alla casa o ad altro edificio di abitazione o alle loro appartenenze³⁵.

Si tratta di una disposizione molto importante nell'economia della difesa legittima e sulla quale conviene soffermarsi un attimo. Innanzitutto, è scriminato, *tout court*, il ferimento o l'uccisione di taluno perché si è costretti dalla necessità di difendere i propri beni contro le citate aggressioni, ponendo sullo stesso piano interessi patrimoniali o domiciliari e beni personali. Secondo la relazione ministeriale sul progetto del 1887 la "sproporzione" tra diritti patrimoniali e diritti della persona non è più tale se «*l'attentato alla proprietà abbia tali caratteri, o avvenga in tali circostanze, da presentarsi quasi inseparabile dall'attentato alla vita o alla sicurezza personale del proprietario, allora ogni ritegno deve cessare verso i ladri e gli aggressori, e chi è posto in pericolo ha il diritto di respingere l'aggressione con tutti i mezzi che a questo effetti siano necessari*»³⁶.

Resta tuttavia impregiudicata l'impossibilità di invocare la scriminante sia della difesa legittima generale che di quella speciale, per respingere un furto, e ciò, intuitivamente, per la mancanza di un connotato violento o costrittivo (moralmente o materialmente) costitutivo dell'aggressione.

Sono molti i punti di contatto fra l'art. 376 c.p. 1889 e la riforma del 2006 dell'art. 52 c.p. 1930 entrambi focalizzati sull'elemento della violenza, della quale una definizione viene data dall'art. 43 del codice penale militare di pace del 1941, secondo cui essa comprende anche il tentativo di offendere con armi, l'omicidio, ancorché tentato o preterintenzionale, le lesioni personali, le percosse e i maltrattamenti.

Si tratta di una norma definitoria preziosa perché, sia l'art. 49, nr. 2, c.p. 1889, sia i commi II e seguenti c.p. 1930, sia l'art. 42 c.p.m.p. contemplano il requisito della violenza che invece la norma generale del co. 1 dell'art. 52 c.p. non prevede, rendendo quest'ultima disciplina, in parte generale, in parte del tutto autonoma rispetto sia alla parallela figura propria dell'esimente militare che della riforma del 2006 e del 2019.

Dov'è altresì chiaro che il legislatore degli anni 2000 si è attenuto ad una disciplina vecchia, riproponendo argomenti che il legislatore del 1930 aveva

³⁵ Per i necessari riferimenti MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, vol. I, 3^a ed., Torino, 1911, 139-140.

³⁶ Relazione al Progetto del 1887 n. CLI, riportata in MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, vol. II, 3^a ed., Torino, 1911, 368.

cercato di superare, da un lato, espungendo il requisito della violenza per dare massima estensione alla difesa di ogni tipo di interesse (meritevole di apprezzamento), da altro lato riversando sulla proporzionalità il giudizio (inevitabilmente) discrezionale della ricerca di un difficile equilibrio fra offesa e difesa. Il non perfetto raggiungimento dello scopo è testimoniato dall'esistenza in dottrina di notevoli sfumature di significato del termine "proporzione", e cioè se questa vada stabilita - secondo un pensiero ampiamente diffuso - ponendo a raffronto il diritto minacciato con quello leso, il bene in pericolo con il bene leso dalla condotta reattiva³⁷ o l'offesa minacciata con l'offesa arrecata³⁸. Quest'ultima angolazione prospettica merita, in realtà, di essere accolta: l'offesa, in sé, è un giudizio globale che permette all'interprete di fuggire dalle strette maglie di un giudizio meccanico-quantitativo, per dare spazio ad un giudizio relativistico e qualitativo.

2.3. *Un recupero (malriuscito?) di una norma senza tempo?*

La prima modifica ha riguardato l'aggiunta di due commi all'art. 52, la cui struttura originaria è rimasta invariata, prevedendo, in estrema sintesi, una presunzione (di proporzione) quando la difesa sia esercitata con un mezzo legittimo: un'arma o altro mezzo idoneo di difesa legittimamente detenuti, dentro uno dei luoghi richiamati dall'art. 614 c.p. da chi sia ivi legittimamente presente.

Si presume in questo caso la proporzionalità tra la difesa e l'offesa recata all'aggressore «quando ciò sia realizzato al fine di difendere la propria o l'altrui incolumità (lettera *a*)» ovvero «i beni propri o altrui quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione» (lettera *b*).

È francamente curioso che si presuma ciò che altro non è se non un giudizio di bilanciamento, una valutazione comparativa che viene compiuta *ex post* dall'interprete, mentre si continua a rimettere al giudice l'accertamento della "necessità", il vero fondamento della difesa legittima, un giudizio da compiere *ex ante*, al momento del fatto³⁹.

Secondo una tesi, infatti, non può farsi luogo ad un giudizio di proporzione se

³⁷ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Bologna, 2019, 301.

³⁸ Per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., Padova, 2015, 258.

³⁹ Cfr. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 86.

prima non si indaga sulla necessità di un comportamento dato e che può assumere le forme o della reazione difensiva, o dell'atto normativo o della sentenza⁴⁰. Ogni aspetto della giuridicità è informato alla proporzionalità; particolarmente lo è la sanzione che persegue uno scopo legittimo, la quale deve tenere conto degli interessi coinvolti, sacrificando l'uno in favore dell'altro, secondo un criterio di necessarietà.

A questo punto non è difficile affermare la scorrettezza terminologica e concettuale di "presumere" (sempre) la proporzione allorquando il giudice deve in ogni caso verificare che l'autore di legittima difesa ha agito al fine di difendere la propria o l'altrui incolumità, in una situazione di pericolo attuale⁴¹.

Questa ipotesi, a ben vedere, non è una difesa legittima "speciale", bensì delinea i confini di liceità di un comportamento che, in sua assenza, andrebbe sottoposto all'intero insieme di criteri cristallizzati dall'art. 52 c.p. Il riferimento alla proporzione è ultroneo se riferito al co. 2, perché il soggetto non è punibile se ha commesso il fatto in presenza dei requisiti ivi previsti⁴².

⁴⁰ RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018, *passim*.

⁴¹ Cfr. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, in *AIC. Osservatorio costituzionale*, 2019, 9; altresì PULTANÒ, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, 208, il quale lucidamente (206) sostiene che «la legittimità della reazione difensiva presuppone – oggi come ieri – la attualità dell'aggressione (la nuova norma non autorizza una difesa anticipata) e la necessità di difesa. Soltanto una difesa necessitata, non sostituibile con reazioni meno lesive, sarà valutata secondo il metro introdotto dalle novelle del 2006 e del 2019, nei casi cui esse si riferiscono».

Che la "necessità" sia il vero "nocciolo" duro della scriminante dell'autodifesa emerge anche da recenti tendenze nella dottrina nord-americana di fare a meno del requisito dell'"attualità-imminenza": BARON, *Self-Defense: The Imminence Requirement*, cit., 229, secondo la quale l'"imminenza" non è altro che un indicatore della "necessità": la necessità di usare quella che altrimenti sarebbe forza illegale e, per tanto, non possiede alcun significato autonomo.

In termini, Cass., Sez. V, 2 ottobre 2019, n. 40414, in *Ced. Cass. Rv.* 277122-01: «In tema di legittima difesa "domiciliare", anche alla luce del novum normativo di cui alla l. 26 aprile 2019 n. 36, affinché la reazione lesiva del soggetto agente possa essere scriminata, per la sussistenza della scriminante, occorre pur sempre, come già era in passato (legge n. 59 del 2006), che l'intrusione nell'abitazione sia avvenuta con violenza o minaccia (così testualmente il nuovo articolo 52, comma 4, c.p.). Né, in senso contrario, potrebbe valorizzarsi l'avverbio "sempre" adoperato dal legislatore nell'articolo 52 c.p., dal momento che è comunque "rimasta in vita" l'ipotesi dell'eccesso colposo di cui all'articolo 55 c.p., laddove si prevede la non punibilità, ma per la sola ipotesi della salvaguardia della propria o altrui incolumità, in presenza di situazioni di minorata difesa ovvero di grave turbamento». Reputa l'avverbio "sempre" un pleonasma Cass., Sez. I, 21 luglio 2020, n. 21794, 4.

⁴² Cass., Sez. I, 4 dicembre 2014, n. 50909, in *Ced. cass. Rv.* 261491-01, secondo cui «In tema di legittima difesa, la legge 13 febbraio 2006, n. 59, introducendo il comma secondo dell'art. 52 cod. pen., ha stabilito la presunzione della sussistenza del requisito della proporzione tra offesa e difesa, quando sia configurabile la violazione del domicilio dell'aggressore, ossia l'effettiva introduzione del soggetto nel domicilio altrui, contro la volontà di colui che è legittimato ad escluderne la presenza, ferma restando 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».

Resta tuttavia dubbia la razionalità di una norma che, anche solo implicitamente, proietta la condotta difensiva verso un evento lesivo o mortale se l'aggressione avviene all'interno del domicilio. In realtà, anche il fatto difensivo deve essere necessitato dal pericolo di aggressione: sarebbe sproporzionata una condotta omicidiaria di fronte ad un "topo di appartamento" che, scoperto, sia dia alla fuga o nei confronti del quale sarebbe sufficiente l'uso di una semplice coazione fisica; ovvero cagionare lesioni al vicino che si sia introdotto nel balcone prospiciente la sua abitazione senza alcuna intenzione aggressiva e al solo fine di raggiungere il balcone della propria abitazione, alla quale era momentaneamente precluso l'accesso attraverso la porta di ingresso⁴³.

I profili di illegittimità costituzionale formulabili nei confronti di questa fattispecie risiedono nella 'sproporzione' della presunzione in relazione ad una carenza di necessità, non potendo questa non tener conto di tutta una molteplicità di fattori psicologici, dipendenti dall'aggressione, che possono condizionare l'agire dell'agredito.

Si pensi a quelle situazioni in cui affermare l'esistenza di un'aggressione dipenda da aspetti psicologici derivanti dalla condotta dell'aggressore, come quando ci si chiede se un'aggressione interrotta può considerarsi ancora attuale in relazione alla possibilità di reiterazione: determinante sarebbe, secondo una tesi, la intenzione dell'aggressore⁴⁴.

Inoltre, secondo il nuovo testo, si può agire per difendere beni patrimoniali, ma solo qualora l'intento predatorio nei confronti di quelli si tramuti in un pericolo di aggressione nei confronti di colui (o coloro) che legittimamente si trova(n)o nell'abitazione.

In questo caso il riferimento ai beni non si pone in una prospettiva teleologica rispetto alla difesa legittima, bensì meramente strumentale rispetto alla tutela della vita o dell'incolumità individuale. Da ciò se ne dovrebbe arguire che la difesa di beni patrimoniali non rientra nell'ambito di questa ipotesi "autonoma" di difesa legittima (c.d. domiciliare), essendo la formulazione della norma incentrata sulla difesa dell'incolumità fisica.

Qui si incontra un ulteriore profilo di irrazionalità della riforma del 2006, in-

⁴³ Precisamente Cass., Sez. V, 23 luglio 2019, n. 33191, in *Ced. cass.*, Rv. 277003-01: «La causa di giustificazione prevista dall'art. 52, comma secondo, cod. pen., così come modificato dall'art. 1, legge 13 febbraio 2006, n. 59, non consente un'indiscriminata reazione nei confronti del soggetto che si introduce fraudolentemente nella dimora altrui, ma presuppone un attacco, o quantomeno il pericolo di un'aggressione, all'altrui sfera domestica e alle persone che in essa si trovano».

⁴⁴ Così, per tutti, BGH, 9 agosto 2005, 1StR 99/05, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2006, 153. Ulteriori citazioni in ERB, *Die Rechtsprechung des BGH zur Notwehr seit 2004*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2012, 194-200.

centrata com'è su una ipotesi affatto diversa rispetto al co. 1, ai sensi del quale non è punibile, in egual modo, chi usa un'arma o altro strumento per difendere diritti patrimoniali o diritti diversi dall'incolumità fisica (ad es. il domicilio)⁴⁵. La risposta di politica criminale nei confronti di un atteggiamento giurisprudenziale troppo restrittivo che operava un bilanciamento esclusivamente sulla base della comparazione dei beni, rispettivamente sacrificato e salvato, ha portato a spostare tutta l'attenzione su un requisito tutto sommato non indispensabile nell'economia della disposizione, ma che si presenta come sintesi di una considerazione d'insieme degli altri elementi costitutivi.

In altre parole: se la condotta difensiva è necessitata perché l'agredito vi è costretto, su di un piano diverso si situa la valutazione della sua "necessarietà" e cioè se quella reazione fosse realmente l'unica idonea a respingere l'aggressione in maniera efficace, tenendo in considerazione tutta una serie di circostanze di tempo, di luogo e con particolare riferimento alle capacità reattive di colui che si difende: tutti gli elementi dell'aggressione e della difesa, assieme con il valore dei beni in conflitto⁴⁶.

Conferma del nostro argomentare è data dalla vaghezza stessa della "proporzione" così come richiamata dall'art 52, co. 2, c.p. non coprendo essa l'evento morte o lesioni, non autorizzando, di conseguenza, la realizzazione dell'uno o dell'altro senza la necessità di dover reagire come in realtà si è fatto.

A ben vedere questa ipotesi di non punibilità è, a nostro avviso, del tutto autonoma rispetto al co. 1 dell'art. 52, non potendosi stabilire una relazione di specialità per mancanza di una norma generale che la ricomprenda: contempla quelle ipotesi che rientrerebbero nell'ambito di applicazione dell'art. 55 c.p. come situazione di "eccesso" nel fine: si ritiene, ad es., necessario uccidere mentre basterebbe ferire, o di eccesso nei mezzi: sarebbe sufficiente tramortire e invece il colpo è talmente intenso da cagionare la morte⁴⁷.

In realtà, la causa di non punibilità così come articolata (lo si ripete: oggettiva nella sua formulazione) avrebbe dovuto riguardare una più ponderata e utile riforma della disciplina dell'eccesso colposo e dell'errore su una causa di giustificazione già disciplinata dall'art. 59, co. 4, c.p.; di portata generale, quindi, non limitata alle sole forme di aggressione in contesto domiciliare.

⁴⁵ Cfr. PLANTAMURA, *Domicilio e diritto penale*, cit., 181 s.

⁴⁶ In questo senso PADOVANI, *Diritto penale*, 10^a ed., Milano, 2012, 168.

⁴⁷ A livello di politica legislativa, l'inserimento di presunzioni di proporzione è stato in alcuni ordinamenti ritenuto superfluo proprio per la possibilità di ricorrere alla violenza fisica in presenza di situazioni particolari consistenti in aggressioni. Cfr. la proposta di legge federale svizzera del 10.12.2013 ad opera del parlamentare del Canton Ticino Lorenzo Quadri, poi respinta dal Consiglio Nazionale con 117 voti contrari rispetto ai 70 favorevoli.

Si assiste ad una riforma solo parziale e limitata di un istituto fondamentale della giustizia penale intesa in senso ampio senza tenere conto delle basi dogmatiche dell'istituto della legittima difesa che ingloba in sè elementi psicologici ed oggettivi, ad un'attenta analisi ben difficilmente nettamente separabili⁴⁸.

3. *La nuova disciplina dell'eccesso colposo.* Come abbiamo accennato, la separazione della fattispecie astratta della difesa legittima dalla fenomenologia che le dà vita e attuazione, insomma dal suo contenuto, ha portato ad enormi discussioni sull'individuazione dei beni giuridici che possono essere difesi da un'aggressione ingiusta.

Una prima distinzione è stata formulata fra beni giuridici individuali e beni giuridici collettivi, questi ultimi difendibili in base ad una concezione "meta-individualista" della scriminante, dovendosi altresì menzionare quelle tesi che in ogni caso ritengono difendibili beni collettivi sempre che la lesione di essi abbia delle ricadute individuali, come nell'inquinamento ambientale.

In realtà non è agevole concepire un'oggettiva e assoluta classificazione dei beni oggetto di un giudizio di bilanciamento: un siffatto *modus operandi* precluderebbe in origine ogni indagine sulla concreta situazione nella quale verte il soggetto e, soprattutto, sancisce l'intangibilità di taluni beni personali per difendere interessi patrimoniali *ab externo* ritenuti non difendibili, rendendo la norma estremamente flessibile e carente dal punto di vista della tassatività. Di conseguenza, è difficilmente prevedibile l'esito di un processo per difesa legittima anche perché fortemente condizionato da prese di posizione ideologiche del giudicante⁴⁹.

Non solo. L'accertata sproporzione in astratto, finiva per rendere di fatto sempre punibile il soggetto anche qualora fosse stato riconosciuto l'eccesso colposo determinato da spavento, da forte emozione o da eccitazione derivante dall'aggressione ingiusta.

Nella giurisprudenza italiana, mentre, come detto, in presenza di eterogeneità tra bene leso e bene minacciato, si rende inevitabile o la condanna per il relativo delitto doloso o la condanna per il delitto colposo ex art. 55 c.p., si for-

⁴⁸ Cfr. BGE Lausanne, 142 IV 14, 6B_454/2015, 26 novembre 2015, 17, consultabile al link <https://www.servat.unibe.ch/dli/bge/c4142014.html>

⁴⁹ Sui rapporti fra determinatezza e prevedibilità delle pronunce giudiziarie e per la tendenza a ricomprendere quest'ultima nel primo, più ampio criterio v. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, 119, 307 ss. cui rimandiamo anche per le ulteriori citazioni.

mula un giudizio del tutto arbitrario, perché condotto *ex post*, tra il pericolo ipotizzato dal giudicante e quello realmente percepito agli occhi di colui che si difende, non considerando affatto l'ipotesi in cui l'emozione violenta sia consistita precisamente nello stato di eccitazione o di alterazione causato dall'aggressione⁵⁰.

A questo stato di cose il legislatore del 1930 non aveva dedicato espressamente alcuna attenzione, lasciando agli interpreti la risoluzione del caso, tutt'altro di scuola, in cui l'errore non fosse colpevole e fosse stato determinato da una incompleta o falsa percezione iniziale o valutazione successiva sull'uso dei mezzi di reazione (errore di giudizio ed errore modale)⁵¹. Non rimane altra soluzione che l'assoluzione per difetto di colpevolezza.

Che i confini fra oggettivo e soggettivo nelle cause di giustificazione tenda ad assottigliarsi a seconda dell'atteggiamento tenuto dall'agente emerge già dal requisito della "costrizione" contenuto nel co. 1 dell'art. 52 c.p.⁵². Basti pensare al noto caso della provocazione preordinata o a quello, molto discusso, in cui il soggetto si inserisce in una situazione - da lui non posta in essere - oggettivamente qualificabile come situazione di necessità che, soggettivamente, non è cogente.

In entrambi i casi, la giurisprudenza da sempre esclude l'applicabilità della difesa legittima preordinata, non solo nei confronti di chi volontariamente abbia determinato la situazione di pericolo per potersi difendere, ma anche nei confronti di chi si sia posto nella situazione di pericolo, da lui non causata, strumentalizzando la stessa situazione per offendere e non per difendere se od altri⁵³.

⁵⁰ Cfr. Cass., Sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 24084, in *Dejure*, in riferimento ad una decisione del Tribunale di Taranto secondo cui l'imputato (Carabiniere in servizio) avrebbe dovuto attendere ulteriormente (a fronte di una minaccia a mano armata) prima di sparare, magari mettendo in atto contegni dilatori, in ragione del fatto che il pericolo ipotizzato era quello di un'azione lesiva del patrimonio.

⁵¹ Cfr. Cass., Sez. IV, 28 giugno 2018, in *Arch. pen. (Web)*, 2018, 1 ss. con nota di CINGARI, *Per una riforma della disciplina dell'eccesso di legittima difesa*; GATTA, *Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della cassazione (caso Biolo) e una riforma allrettata all'esame del Parlamento. A proposito di Cass.pen., sez. IV, 20 giugno 2018, n. 29515, pres. Fumù, rel. Ferranti, ric. Ursu e della progettata riforma della legittima difesa domiciliare (D.D.L. nn. 5, 199, 234, 253, 392, 412, 563, 652, testo unificato)*, in *Dir. pen. cont.*, 22 ottobre 2018. V. anche PERRONE, *L'errore nella legittima difesa: dal criterio del 'difensore modello' al giudizio 'ad personam'?*, in *Leg. pen.*, 2018, 18 ss.

⁵² Per tutti, SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980, 61 s.

⁵³ Cass., Sez. V, 6 giugno 2019, n. 28336, in *Guida al diritto*, 2019, 39, 81; Cass., Sez. I, 15 marzo 2000, n. 3200, in *Cass. pen.*, 2000, 3300.

Con ciò certamente non si vuole mettere in discussione la valenza oggettiva della causa di giustificazione, focalizzando l'attenzione su un uso strumentale della stessa che farebbe venir meno un elemento costitutivo della stessa, in particolare la "costrizione". In una prospettiva simile v. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino, 2018, 141. Sulla nota questione dell'esistenza di elementi soggettivi

Stesso discorso vale per l'ipotesi di scuola di eccesso doloso (a vario titolo riportato entro la più generale categoria dell'abuso) di legittima difesa, ove l'agente travalica consapevolmente i limiti stabiliti dalla necessità⁵⁴. In questo caso, come in altri cui faremo subito cenno, l'esistenza della scriminante è condizionata dal ricorrere o meno di un elemento caratterizzante che, nel caso di specie, non viene ad esistenza per incompatibilità fra l'atteggiamento doloso e la situazione cogente⁵⁵. In altri termini: mentre è perfettamente lineare proiettare la volontà verso l'evento che si vuole realizzare, non altrettanto è il perseguimento di un fine estraneo alla norma facoltizzante qualora ci si rappresenti la concreta possibilità di una condotta alternativa, la cui esperibilità non viene sottovalutata per errore di giudizio o modale ovvero determinato da shock od altre alterazioni emotive.

Non si tratta, a nostro avviso, di risolvere con ciò il problema relativo all'esistenza o meno di un elemento soggettivo nella struttura della difesa legittima, dell'uso legittimo delle armi o dello stato di necessità e di subordinare, conseguentemente, il loro operare alla presenza di un sostrato psicologico di conoscenza della situazione necessitante, bensì di applicazione di principi generali in materia di rapporti tra elemento psicologico ed elemento oggettivo (negativo) del reato.

Sulla base di queste considerazioni è possibile fornire una lettura più ampia della disciplina dell'eccesso colposo di cui all'art. 55 c.p., normalmente risolta in una generica *sproporzione*. Se, da un lato, la proporzione è un giudizio obiettivo formulato da un terzo osservatore (tra difesa e offesa e tra fatto e pericolo), parlare di eccesso è una *contradictio in adiecto* perchè esso si presenta con caratteristiche tali da rivestire uno specifico rilievo solo sul piano soggettivo, individuale e molto meglio si attaglia alla valutazione di adeguatezza della condotta necessitata. Questo, ci sembra, il significato della proposizione normativa.

Se, quindi, dal piano materiale del reato ci spostiamo al piano della colpevolezza è necessario muovere dal contenuto di questa categoria dommatica per giungere a conclusioni appaganti. Ci troviamo di fronte ad una situazione di

nella struttura delle scriminanti v., nei classici della nostra letteratura, GROSSO C.F., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, 107 ss.; SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 74 ss.

⁵⁴ Cass., Sez. V, 29 aprile 2019, n. 17787; BGH NStZ-RR 2012, 84 cit. da RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht*, Tübingen, 2017, 216.

⁵⁵ Cfr. PLANTAMURA V., *L'omicidio per legittima difesa*, in *Arch. pen.*, 2014, 16.

“scusa”, non di “giustificazione”⁵⁶, ed è lungo questo solco che va affrontata la nuova norma ricavabile della riforma del 2019.

L’art. 55 c.p., nel quadro complessivo della novella, riveste un massimo rilievo allorché, come sarebbe stato meglio, fosse stata l’unica disposizione ad essere riformata. Volontà propagandistiche e pseudo ideologie⁵⁷ hanno portato all’elaborazione di ipotesi scarsamente determinate sotto il profilo della formulazione legislativa, per cui il problema, già sufficientemente impostato sotto il profilo dogmatico, va risolto sul piano ermeneutico in base ad un atto di apprensione del significato della norma così ricostruita, caratterizzato da una più o meno accentuata componente irrazionale.

L’art. 55 c.p. è stato arricchito di un nuovo co. 2 che prevede l’esclusione della punibilità nei casi di cui all’art. 52, commi secondo, terzo e quarto, *se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all’art. 61, primo comma, n. 5, ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto.*

In primo luogo è facile constatare come la disposizione in esame rappresenti, da un lato, una norma di interpretazione autentica, nel senso di limitare l’operatività della difesa legittima domiciliare nei commi secondo e terzo e quarto dell’art. 52 c.p. ai soli casi di pericolo di aggressione fisica; dall’altra parte, la nuova formulazione dell’eccesso colposo prende in considerazione cause che hanno portato a tale superamento, a loro volta di carattere oggettivo e soggettivo.

3.1. *Le nuove ipotesi di “minorata difesa” e di “grave turbamento”: un accostamento conflittuale.* Nel definire la prima ipotesi di non punibilità, il nesso teleologico fra la condotta dell’agredito e il risultato salvifico è calato in una realtà che vede uno speculare atteggiamento soggettivo dell’aggressore di trarre vantaggio dalle circostanze inerenti alla situazione di fatto. La “minorata difesa”, infatti, può dipendere da circostanze di tempo, di luogo e di persona (l’età) ed è, quindi, di carattere oggettivo⁵⁸, similmente alla nuova ipotesi del co. 4 dell’art. 52 c.p. V’è da chiedersi come, pur attenendo alle modalità dell’azione, la circostanza *de qua* possa, su un piano di rigorosa ricerca, conciliarsi con l’essenziale natura soggettiva della dirimente dell’art. 55 c.p.

⁵⁶ Sui concetti generali di “Schuldhaftigkeit und Schuld – Schuldausschließungsgründe – Entschuldigungsgründe” v., per tutti, GROPP, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4^a ed., Berlin-Heidelberg, 2015, 267 ss.

⁵⁷ Cfr. CARUSO, *Ancora a proposito della riforma della legittima difesa. Tra ragioni di ‘liceità’ e cause di ‘scusa’*, in *Arch. pen.* (web), 2018, 3.

⁵⁸ Per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., 455.

La disciplina dell'eccesso, come ricordato, attiene al piano della colpevolezza e si rimarrebbe nei limiti di una soluzione apparente se si tentasse di stabilire la demarcazione tra la circostanza dell'art. 61 n. 5 c.p. e l'art. 55 c.p. che la richiama attraverso un'interpretazione bifronte, affermando che, in un caso, la causa di non punibilità ricorre automaticamente solo che se ne verificano gli estremi oggettivi e, nell'altro, che il giudice è chiamato ad un'operazione fortemente introspettiva.

Eppure, operando in quest'ordine di idee, al cui sfondo si intravede una ormai acquisita posizione di pensiero, anche le indagini condotte con i più ragguardevoli mezzi logici, nel risalire dai contrapposti tipi di valutazioni normative che si esprimono in termini di liceità, al criterio in base a quali essi vengono formulati, implicitamente rinunciano ad una definizione sostanziale, e ripiegano sulla constatazione apparentemente ovvia che in tutti i casi si tratta di disposizioni di favore.

In realtà il congegno di valutazione nei due casi è identico; tutto ciò che si può dire è che tanto il comportamento conforme all'ipotesi di aver subito l'aggressione in caso di "minorata difesa", tanto quello di aver agito in istato di alterazione motivazionale, sono stati assunti ad oggetto di una valutazione in termini di non punibilità.

Il punto sul quale conviene soffermarsi sta nella considerazione che la valutazione favorevole di chi ha agito per la salvaguardia della propria o altrui incolumità nelle condizioni di cui all'art. 61, co 1, n. 5 c.p. si esaurisce in se stessa, e non postula il riferimento ad una colposità relativa agli elementi costitutivi di una causa di giustificazione⁵⁹. Si tratta in definitiva di un dato oggettivo - eccentrico rispetto all'eccesso colposo - dal quale sarebbe scorretto indurre che ogni condotta conforme trascini con sé tutte le conseguenze giuridiche tipiche della fattispecie costitutiva dell'eccesso colposo.

L'ultimo periodo del co. 2 dell'art. 55 c.p. contempla un presupposto diverso dalla minorata difesa di chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità, individuato in uno stato di grave turbamento derivato dalla situazione di pericolo in atto. In questo caso si ipotizza uno schema di condotta nettamente percepibile come diverso, pur in presenza di un'apparente identità di effetti giuridici⁶⁰.

⁵⁹ Cfr., CONSULICH, *La riforma della legittima difesa*, in *Diritto penale contemporaneo*, Riv. trim. 3/2019, 14 s.

⁶⁰ Cfr. RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *Legislazione penale web*, 29 giugno 2019, 5 la quale acutamente osserva che: «L'effetto è paragonabile a una "blindatura" del titolare del domicilio: se agisce entro i generosi limiti fattuali e ora anche preventivi dell'art. 52 Cp è scriminato; se li eccede per "grave turbamento" è scusato».

3.2. *L'eccesso colposo in relazione alla riforma dell'art. 2044 c.c.* A questo punto, per giungere a conclusioni attendibili, occorre fermare l'indagine sulle citate ipotesi di non punibilità, ed esaminare la riforma dell'art. 55 c.p. alla luce del novellato art. 2044 c.c., al quale sono stati introdotti due commi. Il nuovo co. 2 stabilisce l'esclusione della responsabilità (anche civile) per chi ha commesso il fatto in istato di difesa legittima domiciliare.

Il co. 3 prevede il diritto a vedersi riconosciuta un'indennità nel caso di eccesso colposo previsto dal co. 2 dell'art. 55 c.p., 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.

Dal punto di vista di una constatazione che si fermi alla superficie del fenomeno, la scelta del legislatore potrebbe apparire plausibile nell'escludere eventuali conseguenze civili derivanti dal fatto scriminato in costanza di difesa legittima domiciliare, mentre lascia residuare una responsabilità extrapenale per i fatti commessi in istato di minorata difesa ovvero di grave turbamento psichico⁶¹.

Gli è che questa soluzione procede da un radicale misconoscimento delle caratteristiche alle quali è informato il concetto di illecito a livello di ordinamento globalmente considerato, col paradossale risultato di livellare in un quadro incolore situazioni profondamente eterogenee⁶².

Una prima vistosa superfetazione sta nell'aver previsto all'art. 2044, co. 2, c.c. l'esclusione di una responsabilità anche civile e che non fa altro che ribadire

⁶¹ Per una discutibile estensione analogica dell'art. 2045 ai casi di difesa legittima putativa incolpevole v. Cass., Sez. IV, 28 giugno 2018, cit.

⁶² Rimarcano lo stretto legame fra l'antigiuridicità e l'ordinamento giuridico nella sua interezza FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Torino, 2020, 333.

La capacità delle cause di giustificazione di liceizzare sempre il fatto davanti a tutto il mondo del diritto avrebbe contribuito a rallentare gli studi sui ruoli che i diversi elementi oggettivi e soggettivi che le compongono svolgono nell'elaborazione scientifica del diritto penale. DIAMANTI, *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali*, Torino, 2019, 344 s. Non sembra che la critica sia risolutiva. Prendere atto dell'esistenza di scriminanti che escludono la sola antigiuridicità penale e scriminanti che spiegano efficacia nell'ordinamento globale, non impedisce affatto (anche nell'ottica degli "elementi negativi del fatto") che l'incompletezza di queste, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, consenta il prodursi di effetti ulteriori e diversi. Se una condotta, facoltizzata od imposta da una norma, non realizza un'ipotesi di illecito o se una causa estintiva del reato lascia residuare l'antisocialità del comportamento è argomento che va studiato sul piano delle categorie dottrinarie e va oltre gli elementi fattuali-strutturali dell'accadimento concreto. Contro la teoria degli "elementi negativi del fatto", di recente, AMARELLI, *La legittima difesa domiciliare tra abolitio criminis e successione di leggi penali nel tempo*, in *Leg. pen.*, 2020, 17 ss.

che la scriminante esclude l'antigiuridicità globale del fatto, senza che possa residuare una permanenza di illecito in altri settori dell'ordinamento⁶³. Il diverso congegno con cui opera una norma scriminante rispetto ad una qualsivoglia causa di non punibilità che lascia intatta l'antidoverosità del comportamento, fa intendere che la fattispecie giustificata sia libera da conseguenze extrapenali⁶⁴.

Nell'altra ipotesi, il dato effettuale presuppone che il fatto permanga illecito⁶⁵ ed esponga il soggetto al risarcimento del danno, ed è ciò che avviene coerentemente in caso di erronea supposizione di una causa di giustificazione o di superamento colposo di taluni dei limiti stabiliti (dalla necessità). Nel nuovo co. 3 dell'art. 2044 c.c. si prevede una "indennità" non nel caso di eccesso colposo di cui all'art. 55 c.p., che lascia residuare oltre all'illiceità oggettiva anche un'antigiuridicità soggettiva, bensì nelle ipotesi in cui espressamente si sancisce la non punibilità del fatto, il cui ammontare è stabilito dal giudice secondo il suo equo apprezzamento.

Se si accettasse questo modo di formulare le fattispecie legislative si sarebbe costretti a rinunciare ad ogni tentativo, faticosamente portato a termine, di attribuire un significato al successivo art. 2045 c.c. che allo stesso modo contempla la necessità di devolvere al danneggiato un'equa indennità. Le due situazioni sono però, radicalmente diverse: la difesa legittima è una scriminante che opera nei confronti di tutti gli illeciti; lo stato di necessità, invece, elide la sola illiceità penale del fatto, perché l'azione necessitata si riversa su un soggetto estraneo che, fra l'altro, non è obbligato a tollerare la condotta salvifica. Che il giudice debba (o possa) stabilire un'"indennità" in caso di eccesso colposo in difesa legittima o in istato di necessità sono proposizioni nelle quali lo stesso vocabolo è usato in significati molto diversi: in un caso ci si trova di fronte ad una situazione illecita sia oggettivamente che soggettivamente e nell'altro ad una situazione giuridica invece facoltizzata, quindi penalmente lecita da entrambi i punti di vista e che ha una rilevanza solo extra penale⁶⁶.

⁶³ Sui concetti di antigiuridicità penale e antigiuridicità globale ci siamo già intrattenuti in RUGGIERO, *Gli elementi soggettivi dell'antigiuridicità. Sui rapporti fra tipicità e antigiuridicità nella teoria generale del reato*, Napoli, 2011, *passim*.

⁶⁴ Cass. civ., Sez. III, 25/02/2009, n. 4492, in *Giust. civ.*, 2009, 7-8, I, 1542.

⁶⁵ Cass. pen., SS.UU., 3 luglio 2019, n. 28911. Altresì Corte cost., 12 luglio 2019, n. 176.

⁶⁶ In dottrina si è altresì parlato, a proposito dell'art. 2045 c.c. di una circostanza attenuante di un fatto illecito. Nella dottrina civilistica si evidenziano altresì casi di danno "non ingiusto" come vorrebbe l'art. 2043, perchè non discende da un comportamento illecito. L'indennità viene perlopiù utilizzata come conseguenza sanzionatoria di una condotta alla quale si era legittimati, dove il pregiudizio era evitabile ma non impedibile. L'"impedibilità" cui abbiamo più volte fatto cenno è la cartina di tornasole non solo che l'atto cui ci si oppone è illecito, e che, di conseguenza, il danno cagionato è ingiusto, ma anche che

Volendo cercare di esprimere in veste intellegibile il nuovo co. 2 dell'art. 55 c.p., coordinandolo con il co. 1 della medesima disposizione e con il co. 3 dell'art. 2044 c.c., bisogna - come già anticipato - sceverare l'ipotesi della minorata difesa da quella dell'alterazione motivazionale.

In particolare, solo quest'ultima può essere ricondotta ad un fenomeno di eccesso colposo essendo la causa dell'errore di valutazione della necessità di reazione, qualora l'agente agisca nella ragionevole persuasione della necessità della reazione difensiva nell'impossibilità di agire altrimenti a fronte dell'attualità dell'offesa, del difetto di desistenza e dell'incombente pericolo di aggressione⁶⁷. Come emerge dalla letteratura europea il timore insuperabile si situa a cavallo fra la "giustificazione" e la "scusa", compreso fra i presupposti che negano l'esistenza dell'azione, dovuta alla paralizzazione che soffre colui che agisce in stato di paura. È nell'«inesigibilità di una condotta diversa» la classificazione dommatica più acconcia per questa causa di non punibilità, giacché chi agisce in tale stato soggettivo di timore, certamente conserva intatta la sua imputabilità, ma subisce una pressione dalla quale deriva la rappresentazione che accadrà un male. Il soggetto che agisce in tale stato si trova costretto da una situazione creata da una minaccia seria, reale e imminente⁶⁸,

esiste una antiggiuridicità solo penale (giustificata) e una antiggiuridicità extrapenale (scusabile) ma indennizzabile (artt. 54 c.p. e 2045 c.c.).

⁶⁷ Cass., Sez. I, 4 aprile 2018, n. 13851.

⁶⁸ Cass., Sez. V, 11 giugno 2019, n. 25810, in *Ced. Cass.*, Rv. 276129-01, secondo cui «non è necessario che l'offesa da cui scaturisce la necessità della difesa abbia già cominciato a realizzarsi, essendo sufficiente il pericolo attuale - nel senso di pericolo in corso o comunque imminente - di detta offesa, il quale ben può essere integrato anche da una semplice minaccia».

Nella giurisprudenza italiana si ritiene comunemente che l'attualità del pericolo richiesta per la configurabilità della scriminante della legittima difesa implica un effettivo, preciso contegno del soggetto antagonista, prodromico di una determinata offesa ingiusta, la quale si prospetti come concreta e imminente, così da rendere necessaria l'immediata reazione difensiva, sicché resta estranea all'area di applicazione della scriminante ogni ipotesi di difesa preventiva o anticipata. Cass., Sez. I, 23 ottobre 2018, n. 48291, in *Ced. Cass.*, Rv. 274534-01. La dottrina non concorda affatto con questo orientamento, ritenendo l'attualità del pericolo un elemento costitutivo della difesa legittima dotato di ampia flessibilità, di volta in volta riportata all'analogia o all'interpretazione teleologica (cfr., nel primo senso, MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., 77; nel secondo senso DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 314 s.). L'esempio classico addotto dalla dottrina della giovane, chiusa nella stanza, che uccide il bruto dormiente per non sottostare, al suo risveglio, ad altra preannunciata violenza carnale, rappresenta un classico esempio di profonda divaricazione fra dottrina, che ne ammette la scriminabilità, e la giurisprudenza che, di contro, ne afferma la responsabilità.

Secondo il BGH tedesco per "pericolo" deve intendersi uno stato in cui, sulla base di circostanze reali, esiste la probabilità che si verifichi un evento dannoso. BGH 1 StR 613/15, 28 giugno 2016, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2016, 2818. Parzialmente difforme la dottrina secondo cui la determinazione del pericolo in una situazione di emergenza è una prognosi che collega logicamente due aspetti: a) un'osservazione concreta (base di informazioni); b) una valutazione attraverso la conoscenza degli sviluppi causali corrispondenti. Qualsiasi tentativo di una oggettivazione della base di informazioni, così

valutabile secondo la prospettiva dell'uomo medio, intesa come limite oltre il quale non è più invocabile il (grave) turbamento⁶⁹.

In particolare, la gravità dell'aggressione e le circostanze in cui si è svolta la dinamica, la quantità di tempo a disposizione e se l'autore del reato è stato in grado di pensare con calma, sono di particolare importanza, perché da ciò - come comunemente si riconosce - può dipendere l'esatta percezione del pericolo e della conseguente (re)azione necessitata⁷⁰.

Ora, l'indagine fin qui condotta conduce alla conclusione che l'unica ipotesi riportabile alla disciplina dell'eccesso colposo o, in generale, alla categoria della colpevolezza sia quella del grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo. Senonché, l'affermazione della natura di questa causa di non punibilità non giustifica affatto la previsione di un'ipotesi civilistica risarcitoria (*rectius* di equa indennità).

A differenza del co. 1 dell'art. 55 c.p. dove la sussistenza del fatto antiguridico e la colpa giustificano l'esistenza di un illecito extracontrattuale, il co. 2, che si richiama alla difesa legittima domiciliare - ipotesi per le quali il fatto "non sussiste" - giustifica contraddittoriamente una pretesa risarcitoria. In altre parole: se la punibilità è esclusa per l'aver agito nelle condizioni oggettive dell'art. 61 n. 5 c.p. non pare che possa poi affermarsi una conseguenza civilistica per fatto illecito extracontrattuale o aquiliano, senza contare che le condizioni di minorata difesa ben possono rientrare nella valutazione complessiva favorevole per affermare, di contro, la "necessità" della difesa per l'inesistenza di alternative o per la possibilità di ricorrere a mezzi meno dannosi e, quindi, l'assoluzione perché il fatto è stato compiuto nell'esercizio di una facoltà legittima⁷¹.

come ogni approccio alla soggettivazione della valutazione delle informazioni fallisce sia sistematicamente che teleologicamente. Decisivo per il concetto di pericolo è quindi una prospettiva mista: oggettiva e soggettiva. Per un agile "schizzo" v. MENGLER, *Notstandsgefahr als gemischt subjektiv-objektive Prognose*, in *Juristische Rundschau*, 2019, 223 ss.

⁶⁹ Si v., nella giurisprudenza spagnola, STS, Sez. II, 12 dicembre 2013, n. 2364, che molto bene schematizza la scriminante del "*miedo insuperable*": è necessario: a) una situazione soggettiva di paura invincibile che determina l'annullamento della volontà del soggetto; b) che detta paura derivi da un fatto effettivo, reale e dimostrato; c) che si paventi un male pari o superiore a quello causato dal soggetto con la sua azione difensiva; d) che la paura sia insormontabile, cioè invincibile, non controllabile o dominabile da un uomo medio; e) che la paura deve essere l'unico motivo dell'azione.

⁷⁰ BGH 1 StR 483/02, 25 marzo 2003, § 35.

⁷¹ Si v. anche la giurisprudenza a proposito della provocazione, secondo cui «è configurabile l'esimente della legittima difesa solo qualora l'autore del fatto versi in una situazione di pericolo attuale per la propria incolumità fisica, tale da rendere necessitata e priva di alternative la sua reazione all'offesa mediante aggressione» (Cass., Sez. I, 9 novembre 2017, n. 51262) ovvero che «l'attenuante della provocazione - pur non richiedendo i requisiti di adeguatezza e proporzionalità della reazione, tipici della scriminante

La ragione della riforma sta - forse - nel voler superare taluni inconvenienti suscitati dalla frequenza con la quale le formule assolutorie concludono per la non punibilità dell'autore perché il fatto non costituisce reato⁷², lasciando libera - in linea teorica - la parte offesa di poter proporre impugnazione ai soli effetti civili o instaurare un giudizio civile autonomo.

Prassi che non può essere accettata, non foss'altro perché il codice di rito, all'art. 652, come noto, dispone che la sentenza penale irrevocabile di assoluzione pronunciata a seguito di dibattimento ha efficacia di giudicato, quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non l'ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso dal danneggiato o nell'interesse dello stesso (...). Pare sostenibile che la disposizione processuale metta sul medesimo piano il proscioglimento dell'imputato perché il fatto non sussiste e l'avvenuta commissione dello stesso per aver agito in presenza di una scriminante, precludendo in entrambi i casi la risarcibilità del danno per carenza dell'elemento oggettivo del reato⁷³.

Con ciò riteniamo persuasiva la distinzione tra "antigiuridicità obiettiva" e "antigiuridicità subiettiva", riferendo quest'ultima ad un'ipotesi socialmente dannosa che può essere punita a titolo non doloso od andare (qualora non previsto come colposo della legge) del tutto esente da pena. Ma non da re-

*di cui all'art. 52 cod.pen. - deve essere esclusa ogni qualvolta la sproporzione tra il fatto ingiusto altrui e il reato commesso dal soggetto (in tesi) provocato sia talmente grave e macroscopica da escludere o lo stato d'ira ovvero il nesso causale tra il fatto ingiusto e l'ira» (Cass., Sez. V, 9 gennaio 2014, n. 604, in *Ced Cass.*, Rv. 258678; Cass., Sez. I, 30 luglio 2010, n. 30469).*

⁷² Cfr. Cass., SS.UU., 29 maggio 2008, n. 40049, Guerra, in *Ced cass.*, Rv. 240814, secondo cui la formula «fatto non è previsto dalla legge come reato» va riferita all'ipotesi della mancanza di una qualsiasi norma penale cui possa ricondursi il fatto imputato. La formula «fatto non sussiste» va invece impiegata nel caso di difetto di un elemento costitutivo, di natura oggettiva, del reato contestato. Più precisamente: «L'adozione della prima formula dipende, perciò, dal tenore formale dell'addebito, dalla circostanza cioè che con esso si assume la riconducibilità della fattispecie concreta ad una fattispecie astratta mai esistita, abrogata o dichiarata costituzionalmente illegittima. Mentre, quando il fatto storico, così come ricostruito, non è idoneo ad essere assunto nella fattispecie astratta, occorre adottare la seconda».

Le scriminanti, per comune insegnamento, attengono al piano oggettivo del reato e giustificano l'adozione di questa formula assolutoria. In senso contrario, tuttavia, Cass., Sez. VI, 14 aprile 2011, n. 18841, Mantovani, Rv. 250095; Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2019, n. 4457, ipotizzando però il ricorso alla stessa formula di proscioglimento sia qualora il fatto sia giustificato, sia qualora la scriminante sia erroneamente supposta, in evidente contrasto con la diversità dei piani operativi.

⁷³ Allo stesso modo provvede - per quanto qui di interesse - l'art. 654 c.p.p. riguardo ad altri giudizi civili o amministrativi, quando in questi si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetti del giudizio penale, purchè i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale (...).

sponsabilità civile ai sensi del più generale ed onnicomprensivo art. 2043 c.c.⁷⁴.

Stesse conclusioni valgono per l'insufficienza di prove in merito all'esistenza della scriminante o dell'esistenza del fatto, nel qual caso, ai sensi dell'art. 530 c.p.p., il giudice deve comunque pronunciare sentenza di assoluzione perchè il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o perchè questo non sussiste⁷⁵.

Alcuni aspetti problematici di raccordo fra la disciplina penale e civile del fatto scriminato, meritano attenzione. Primo fra tutti, nonostante l'identità concettuale tra l'art. 52 c.p. e l'art. 2044 c.c., è il diverso regime probatorio che presiede la formazione della prova nel processo civile e penale, con la conseguenza che, mentre nel giudizio penale l'insufficienza di prove giustifica l'assoluzione, nel giudizio civile il dubbio si risolve in danno del soggetto che la invoca e su cui incombe il relativo onere probatorio⁷⁶.

Si può arguire, conseguentemente, che la novella del 2019 abbia voluto risolvere una problematica del tutto peculiare in tema di legittima difesa emersa dalla prassi applicativa e non certamente riportabile ad un difetto originario di tecnica normativa.

Un problema ulteriore e speculare al primo si presenta qualora il giudice assolve l'imputato per carenza di colpa, perchè l'evento "eccessivo" non è (stato) dovuto a negligenza, imprudenza e imperizia: egli ha agito nel ragionevole convincimento che l'azione posta in essere (e le modalità con le quali è stata realizzata) sia scaturita dalla necessità salvifica di un interesse anche di valore inferiore a quello leso⁷⁷ ed abbia quindi agito in uno stato di non rimproverabilità.

In questa sede possiamo prescindere da una più approfondita ricerca classificatoria dei significati che assume la formula "fatto non costituisce reato", entro la quale ricomprendiamo anche la mancata realizzazione di una condizione obiettiva di punibilità⁷⁸: fermiamo l'indagine sulla mancanza di elemento soggettivo.

⁷⁴ Cfr. GALLO, *La piccola frase di Mortara*, Torino, 2014, 16.

⁷⁵ Cass. Sez. II, 4 luglio 2007, n. 32859, Magliaro, in *Ced. cass.*, Rv. 237758: «...quando la configurabilità della causa di giustificazione sia stata allegata dall'imputato, è necessario indagare sulla probabilità che quest'ultima sussista. All'esito di questa indagine, deve pronunciarsi assoluzione nel caso di un principio di prova o di una prova incompleta, e condanna ove si abbia l'assoluta mancanza di prove o l'esistenza della prova contraria».

⁷⁶ Cass. civ., Sez. III, 25 febbraio 2009, n. 4492, cit.

⁷⁷ KESSLER FERZAN, *Defending Imminence: From Battered Women to Iraq*, in *Arizona Law Review* 46, 2004, 253.

⁷⁸ In termini, CORNACCHIA, *La punibilità sub condicione*, in *La legislazione penale*, 2017, 4.

Traendo a conseguenze quanto siamo andati guadagnando in termini di teoria generale nei paragrafi precedenti, si può dire che l'assoluzione perché il fatto non costituisce reato riguarda i casi di mancanza dell'elemento soggettivo del reato, la cui presenza in termini di dolo o colpa è comune sia all'illecito penale che all'illecito *extra penale*.

Nel giudizio di danno, qualora il fatto sia carente del prescritto dolo, la colpa, cui fa riferimento l'art. 2043 c.c., sulla quale non si sia pronunciato il giudice penale quanto alla sussistenza, lascia spazio per un autonomo giudizio civile di responsabilità. In questo caso le diversità e peculiarità del regime probatorio nel campo specifico, su chi, ad esempio, debba offrire la prova che legittima il giudice alla decisione fanno sì che si possa pervenire ad un risarcimento del danno pur in presenza di una sentenza assolutoria del giudice penale ovvero di una assoluzione per carenza di prova dell'elemento soggettivo da rinvenirsi nelle ragioni che giustificano il provvedimento.

Ma detto questo, è detto tutto. Ci sembra piuttosto il caso di mettere in chiaro che il criterio decisivo della discriminazione, così come tralatziamente emerge dalla letteratura penalistica, viene del tutto annullato qualora il giudice penale abbia accertato ed affermato che non vi era né dolo né colpa. Situazione questa nella quale sembrerebbe riaffiorare il fenomeno della qualificazione multipla, alla stregua di diversi criteri normativi, di un medesimo fatto: penalmente non rilevante, civilmente giustificante un giudizio di danno. Non pare, peraltro, che questa doppia qualificazione rappresenti un ostacolo o un pregiudizio al potere/dovere del giudice penale di accertare anche la colpa, il cui oggetto è identico nei vari giudizi, e, in caso di conclusione negativa, di spiegare effetti sostanziali e non solo processuali precludendo di instaurare altri procedimenti tesi al risarcimento del danno.

Prescindendo da ulteriori indagini sia di carattere classificatorio che dogmatico, occorre a questo punto prendere posizione sul co. 1 dell'art. 2044 c.c. giungendo a proclamarne l'utilità (*ad abundantiam*) solo per il settore civile, perché la presenza delle ipotesi scriminanti priva il fatto della sua illiceità su tutti i piani dell'ordinamento, non lasciando spazio ad ulteriori valutazioni in favore del soggetto nei confronti dei quali l'azione difensiva è stata diretta.

Difficile, come già anticipato, attribuire razionalità al co. 2, prima parte, dell'art. 55 c.p. per cui accanto allo schema della colpa delineato al co.1 si crea un simulacro di ciò che non è punibile - fuori però dal perimetro dell'elemento psicologico del reato - e che dipende dall'oggettiva realizzazione dell'ipotesi circostanziata dall'art. 61, co. 1, n. 5 c.p. a dal quale ne dovrebbe discendere la doppia conseguenza, come avviene qualora il giudice

affermi la non esistenza della colpa del co. 1 dell'art. 55 c.p., della non punibilità e dell'impossibilità di instaurare un giudizio di danno. Non è dato di comprendere il motivo per cui tale fattispecie sia stata disciplinata nella disposizione riguardante l'eccesso colposo, se non per ribadire che l'esercizio di questa facoltà impedisce di poter applicare la pena, rendendo il fatto lecito.

Viene solo da chiedersi per quali ragioni di politica criminale si accosti questa causa scriminante a quelle ipotesi di danno da "fatto lecito" riportabili all'esercizio di una facoltà legittima che in igual modo prescrivono non un risarcimento ma un'indennità. Le ragioni per le quali è stabilita l'indennità: ristoro di un pregiudizio non lecitamente impedibile se non mediante un comportamento positivo del soggetto obbligato a sopportare la condotta autorizzata o imposta (si pensi agli artt. 924 e 925 c.c.), il quale però non ha generato la condotta difensiva o facoltizzata ed è costretto a patire il pregiudizio derivante da una condotta non impedibile tramite l'autodifesa.

L'accostamento tra il l'art. 2044 e l'art. 2045 c.c. è quantomeno azzardato e frutto di una scarsa dimestichezza con i concetti generali. Chiaro appare, in ogni caso, che, allorquando il giudice deve tener conto della modalità di condotta dell'aggressore, della gravità (dell'aggressione e del danno cagionabile) e del contributo causale della condotta posta in essere dal danneggiato non si tratta più di risarcimento, bensì di indennità, il cui ammontare è rimesso ad una valutazione in concreto.

Ci sembra però di dover notare che questo residuo di responsabilità extrapenale si avvia su di un binario morto, in primo luogo, per la grave discrasia che si viene a creare rispetto al co. 1. Breve. Mentre chi agisce superando incolpevolmente i limiti stabiliti dalla necessità non va incontro ad alcun ulteriore giudizio di danno, nello stesso caso, secondo il tenore della legge, qualora si realizzi la fattispecie del co. 2 dell'art. 55 c.p. per buona fede dell'agredito, è comunque dovuta un'indennità.

Approfondendo l'indagine in questa direzione non è difficile rendersi conto che il giudice, molto spesso, si troverà di fronte ad una modalità aggressiva già reputata tale da una circostanza aggravante che stigmatizza la perniciosità della "minorata difesa", da non poter nemmeno valutare quantitativamente il contributo causale dato alla realizzazione della fattispecie di non punibilità rispetto alla condotta realizzatrice del danno (lecito) effettivo realizzato dall'agredito. Nello stesso co. 2 si concentrano due ipotesi speculari: la minorata difesa e lo stato emotivo di turbamento derivante dalla situazione di pericolo, dove il secondo normalmente è cagionato dal primo e si è portati a concludere che si tratti di situazioni che solo formalmente presentano

un'autonoma rilevanza giuridica, fagocitata dalla regolarità degli accadimenti che portano a dissolvere l'uno nell'altro⁷⁹.

Ma una simile identificazione è originata appunto dalla sovrapposizione di situazioni che invece avrebbero trovato sistemazione più acconcia in un comma che solo contemplasse - come fanno altri codici stranieri - l'ipotesi di grave turbamento per paura o shock derivante dalla situazione di pericolo in atto⁸⁰. Ed è solo riguardo a questa ipotesi che, attenendo all'elemento psicologico del reato, può, in caso di rimprovero di colpa, farsi questione di una normale pretesa risarcitoria parametrata alle modalità dell'aggressione, all'età dell'agredito e alle altre condizioni personali.

4. La nuova ipotesi del quarto comma dell'art. 52 c.p.: una presunzione irrazionale di legittimità della difesa (o di legittimità dell'offesa). Ci dobbiamo ora occupare dell'ultima non meno importante novità della riforma del 2019 e cioè della ipotesi in cui *“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”*.

Questa ipotesi campeggia già nei casi dei commi secondo e terzo, la cui formula di sintesi è stata efficacemente espressa come *“difesa legittima domiciliare”*, e che consiste in un'offesa alla persona, sia diretta, sia attraverso la lesione di un diritto patrimoniale. Il ceppo remoto da cui questa nuova causa di non punibilità discende sta in quell'affermazione risalente all'umanesimo secondo cui i diritti (di proprietà) possono essere difesi in qualunque modo e con qualunque mezzo.

V'è però da dire che la figura in esame appare spoglia di un'autentica vestigia di legittima difesa perché, mentre nella riforma del 2006, oltre a correggere la prassi limitativa che su di essa si era andata formando, i requisiti della costrizione, dell'attualità del pericolo e della necessità sono rimasti inalterati⁸¹, con

⁷⁹ Cfr., BACCO, *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2019, 58, 61.

⁸⁰ Cfr. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta tra imputabilità (pre)colpevolezza e pena*, Napoli, 2020, 312 s. il quale sembra condividere le ragioni di fondo della riforma, prospettandone anche una possibile estensione ai casi di erronea supposizione di cui all'art. 59, co. 4, c.p., pur rilevando tutta una serie di lacune in termini di formulazione e coordinamento sistematico che rischiano di rendere la previsione normativa l'ennesima “delega in bianco” alla giurisprudenza.

⁸¹ GROSSO, *La difesa legittima dopo la L. 26 aprile 2019, n. 36*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 888.

la riforma del 2019 essi sembrano scomparire dal co. 4⁸². E ciò è tanto vero in quanto, oltre al rinvio puramente di stile al secondo e al terzo co., l'ultimo cpv. dell'art. 52 c.p. contempla una presunzione di difesa legittima, leggasì di *necessità*, di *attualità* del *pericolo* e di *proporzione* fra offesa e difesa per difendere non beni materiali a contenuto patrimoniale, ma un bene personale *ultrapatrimoniale*, intimamente collegato alla personalità individuale, inteso come libertà dall'intrusione di terzi: il domicilio⁸³.

Nel domicilio, inteso come ambiente, come spazio nel quale si estrinseca la libertà del soggetto, trovano lo sviluppo più rigoglioso i diritti di (e alla) riservatezza ed assurge a livello di criterio costruttivo di base dei c.d. nuovi diritti della personalità⁸⁴ ricavabili dall'art. 2 Cost. segnatamente al diritto fondamentale della dignità umana.

Che a questo diritto fondamentale, dal contenuto amplissimo e in perenne divenire, sia stata data una tutela penale impari rispetto all'importanza, non è dato sul quale conviene discutere stante anche l'indeterminatezza fisiologica dell'interesse protetto, di recente assunto a ruolo di elemento costitutivo espresso di fattispecie nel nuovo art. 613 *bis* c.p., se il fatto di tortura comporta un trattamento inumano e degradante per la *dignità* della persona.

Configurata a questo modo la categoria dei diritti fondamentali della persona, si scorge un obbligo per il legislatore ordinario di apprestare la dovuta tutela penalistica, nonché l'occasione per rivedere i diritti auto-difendibili legittimamente, con la riforma del 2019 ampliati a tal punto da consentire (apparentemente) la messa in opera di qualunque atto per respingere l'intrusione nella sfera privata.

Per evitare questa straripante dilatazione nella quale la categoria della difesa legittima finirebbe per smarrire ogni fisionomia, l'argine della proporzionalità, come principio generale dell'ordinamento, evita che la norma si ponga in aperto contrasto con l'art. 3 della Costituzione (perchè solo la difesa del domicilio e non di altri beni?), oltre che con l'art. 25, co. 2, Cost., in relazione alla totale mancanza di determinatezza del precetto.

Che le norme scriminanti sono norme penali e, come tali, soggiacciono ai canoni generali di validità delle disposizioni incriminatrici non sembra que-

⁸² Efficacemente, sul punto, Corte Ass. App. Bari, 27 maggio 2019, n. 14, in *Cass. pen.*, 2020, 1270 ss. V. anche MEZZETTI, *L'ordito rapsodico della riforma penale*, in *Arch. pen.* (web), 2019, 5. Più in generale, sulle derive autoritarie sintomo di crisi dello Stato liberale, v. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 78.

⁸³ Sui vari aspetti del diritto di libertà domiciliare v., per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, 6^a ed., Padova, 2016, 542.

⁸⁴ PLANTAMURA, *Domicilio e diritto penale*, cit., 95 ss.

stione sulla quale convenga spendere molte parole⁸⁵. È pur vero che il contenuto di talune cause di giustificazione si presenta “in bianco”, dalla portata generale, estesa ad ogni settore dell’ordinamento, come l’esercizio di un diritto di cui all’art. 51 c.p. L’“incompletezza”, però, è data dal fatto che, ovunque sia presente, la norma facoltizzante rende lecito quel comportamento altrimenti vietato, fissando, in modo inequivocabile, il principio di non contraddizione.

Diverse e gravi sono le difficoltà cui va incontro non una norma di azione, come l’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere, dove, a venire in gioco, è un conflitto fra norme, bensì il contrapporsi fra interessi individuabili *a posteriori* ed una serie di requisiti che deve possedere sia l’aggressione che la reazione, predicabili solo con un giudizio *ex ante*⁸⁶. Introducendo il criterio di proporzionalità è possibile, di contro, conferire alla disposizione una concreta resistenza ad una censura di incostituzionalità, dal momento che solo un’azione adeguata allo scopo può consentire, anche nell’ottica della sanzione dell’autodifesa, la lesione o messa in pericolo di un interesse.

Nelle prospettive di indagine così orientata, è necessario approfondire ulteriormente questo aspetto. Esso, infatti, non si risolve soltanto in una carenza strutturale, bensì nella violazione di un obbligo di tutela, in questo caso della vita altrui. Appunto nella modificazione delle posizioni dei soggetti protagonisti della vicenda scriminata risiede l’obbligo per lo Stato di non autorizzare deliberate e incontrollate reazioni che si dimostrino nient’altro che una reazione arbitraria di chi tutela un interesse.

In questa formulazione è racchiuso il significato del divieto, di provenienza euromunitaria, di “sottoprotezione” (o, secondo una terminologia più nota ai teorici del diritto, *Untermaßverbot*).

Secondo la giurisprudenza della Corte E.D.U. molti diritti possono anche comportare “obblighi positivi” indirizzati allo Stato affinché garantisca una protezione effettiva delle posizioni soggettive del cittadino⁸⁷. Si tratta di un argomento ancora poco esplorato e merita, seppur brevemente in questa sede, di essere menzionato.

Il *leading case* in argomento è rappresentato dalla decisione *X e Y* contro i *Paesi Bassi*⁸⁸, nella quale si constata la presenza di lacune all’interno della

⁸⁵ DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 287.

⁸⁶ Pacifica la giurisprudenza. Per tutte: Cass., Sez. IV, 3 maggio 2016, n. 33591, Bravo, rv. 267473.

⁸⁷ KRIEGER, *Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemein-europäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität*, in *ZaöRV* 74 (2014), 187 ss.

⁸⁸ Corte Edu, sent. *X e Y v. Paesi Bassi*, ric. 8978/80, dec. 26 marzo 1985, in

normativa nazionale che, di fatto, impediscono la tutela penale di un interesse quale quello della libertà sessuale di un individuo.

Qui ci si scontra con un grave problema, legato alla discrezionalità degli Stati membri nella scelta del tipo di sanzioni applicabili, *rectius* del complesso dei rimedi esperibili per garantire la protezione dei taluni diritti nonché per ottenere la riparazione e/o la ristorazione dei pregiudizi subiti.

Definire *ex ante* in termini rigorosi le condizioni attraverso le quali potrebbe (o dovrebbe) essere realizzato lo scopo impresso dalla normativa sovranazionale è compito squisitamente legato alla politica criminale domestica, giacché il precetto da attuare, stante la sua ampia formulazione, non pone limiti di sorta⁸⁹.

La Corte E.D.U. ha affermato che la scelta dei mezzi approntati per garantire il rispetto dell'art. 8 nell'ambito delle relazioni interpersonali è in linea di principio un momento fortemente discrezionale, talché, come nel caso di specie, non ha impedito allo Stato di optare per disposizioni di diritto civile.

A riguardo, esistono diversi modi per garantire il "rispetto della vita privata" e la natura dell'obbligo dello Stato dipenderà dal particolare aspetto della vita privata in questione, rendendo non indispensabile il ricorso alla sistema penale⁹⁰.

Da altro punto di vista - in materia di libertà sessuale - la normazione penale potrebbe avere l'effetto contrario, portando ad un paternalismo inaccettabile e provocare un'inammissibile interferenza dello Stato con il diritto dell'individuo al rispetto della vita sessuale (segnatamente ai portatori di handicap mentali).

Senonché, il ricorso allo strumento penale per garantire (anche) la tutela di soggetti vulnerabili a cagione di qualità fisiche o psichiche, se può ritenersi

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57603>

⁸⁹ Per un approccio sostanzialmente identico, questa volta concernente la protezione di interessi economici dell'Unione Europea v., in merito alla nota vicenda Taricco, Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115.

In dottrina si v. i volumi di AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* (a c. di Bernardi), Napoli, 2017; AA.VV., *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo* (a c. di Donini-Foffani), Torino 2018.

⁹⁰ L'art. 8 CEDU recita: «*Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza*».

Questione scottante rimane l'obbligo di tutela penale che comporti anche una condivisione di valori, in particolare di carattere religioso. In argomento, per tutti, con posizioni in parte a favore della decriminalizzazione, in parte a favore del mantenimento del delitto di bestemmia e degli altri reati contro il sentimento religioso v., rispettivamente, HÖRNLE T., *Bekennnisbeschimpfung (§ 166 StGB): Aufheben oder Ausweiten?* in *Juristen Zeitung*, 2017, 293 ss.; LUNG, *Strafbare Blasphemie: Historisches Relikt oder modernes Delikt?*, Tübingen, 2019, 43 s.

discrezionale, non può, qualora adottato, essere congegnato in modo tale da discriminare i soggetti che possono accedere a detta tutela: il legislatore non può creare irragionevoli vuoti di tutela.

Si fissi l'attenzione su questo ultimo punto. La lacuna può essere creata - volutamente (in ossequio al principio di frammentarietà) o involontariamente - sia impedendo l'accesso alla giustizia penale, sia contemplando cause di non punibilità che limitando o annullando la portata del precetto permettono la vulnerazione di un bene originariamente protetto (si pensi alle cause personali di esenzione dalla pena).

In altre occasioni la Corte E.D.U. ha ribadito, con maggiore chiarezza, il suo compito di valutare e garantire l'efficacia concreta dei diritti della Convenzione.⁹¹

Che non si tratti solo di una funzione eminentemente critica ma costruttiva del sindacato della Corte, lo si rinviene nel ruolo che essa assume nel giudicare l'effetto deterrente del diritto penale nella prevenzione della criminalità ed una sua eventuale compromissione. Nell'approfondimento critico di tali situazioni, le sanzioni imposte si rivelano, in concreto, non adeguate a prevenire e reprimere la violazione di una norma convenzionale (anche in riferimento all'art. 3 Cost.) e si conclude per la loro (manifesta) sproporzione per difetto, in quanto prive di effetto dissuasivo⁹².

Più di recente, in una considerazione d'insieme, la Corte E.D.U. ha affermato l'obbligo per gli Stati di adottare misure necessarie a garantire gli interessi fondamentali contemplati nella C.E.D.U., che può realizzarsi - come detto - sia attraverso una mancata incriminazione, sia prevedendo cause di non punibilità (scriminanti, cause estintive etc.), sia, infine, non intervenendo tempestivamente per mezzo dell'Autorità giudiziaria a reprimere lesioni o messe in pericolo di beni della persona⁹³.

⁹¹ Corte E.D.U., Grande Camera, *Gälgen v. Germania*, 1 gennaio 2010, ric. 22978/05, in <https://www.lrr-straftrecht.de>, § 120.

In dottrina, per tutti, GRABENWARTER, *Androhung von Folter und faires Strafverfahren - Das (vorläufig) letzte Wort aus Straßburg*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2010, 3129.

⁹² Su tale caratteristica dell'ordinamento interno e sul relativo sindacato della Corte E.D.U. v. STÖRRING, *Das Untermaßverbot in der Diskussion. Untersuchung einer unstrittenen Rechtsfigur*, Berlin, 2009, 27 s.

⁹³ Corte E.D.U., Sez. V, 18 luglio 2019, *Vazagashvili and Shanava v. Georgia*, ric. 50375/07, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, 408. Corte EDU, Sez. I, 2 marzo 2017, *Talpis v. Italia*, ric. n. 41237/14, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2017, con nota di CASIRAGHI, nella quale è stato affermato che il ritardo con il quale le autorità competenti, alle quali era stato denunciato un caso di violenza domestica, hanno adottato le misure necessarie a tutelare la vittima, integra la violazione dell'art. 2 CEDU, relativo al diritto alla vita, in quanto priva di qualsiasi effetto la denuncia della violenza medesima. Secondo la stessa decisione, costituisce violazione dell'art. 3 CEDU, sotto il profilo procedurale per il mancato

Il fenomeno analizzato può essere trasposto anche sul terreno costituzionale italiano per giungere a conclusioni sostanzialmente identiche. Si può benissimo immaginare una causa di non punibilità (in senso ampio) che limiti o ponga nel nulla una norma incriminatrice e che quindi realizzi il medesimo risultato cui giungerebbe operando con il congegno dell'inerzia del legislatore: la mancanza di tutela⁹⁴.

Ora, siffatta possibilità, in cui un soggetto è facoltizzato a porre in essere un qualsiasi atto volto a respingere l'intrusione in un domicilio commesso con violenza o con l'uso di armi, senza che vi sia la necessità della reazione di specie, autorizza una lesione o messa in pericolo non giustificata di un interesse (comunque meritevole di tutela). In altre parole: se non si leggesse l'ultimo co. dell'art. 52 c.p. alla luce dei principi generali in materia di giustificazione, si creerebbe un conflitto fra azioni non necessitate: da un lato, la reazione contro un'intrusione illecita e, dall'alto lato, una contro-reazione necessitata da un'azione arbitrariamente sproporzionata che, di contro, qualora corrispondesse al modello del co. 1 dell'art. 52 c.p., non sarebbe impedibile⁹⁵. È pur vero che il legislatore è libero di prevedere cause di non punibilità purché, così facendo, non generi irragionevoli disparità di trattamento⁹⁶. Tuttavia dette cause devono ponderare interessi conflittuali e, talvolta, diversamente soppesati e ritenuti, a seconda dei casi, soccombenti o prevalenti.

In dottrina si è ampiamente discusso se le norme esimenti siano suscettibili di estensione analogica: secondo una tesi questa dovrebbe ritenersi sempre vietata con ciò tutelando adeguatamente l'interesse alla salvaguardia della sicurezza collettiva e, soprattutto, l'interesse delle vittime a vedere perseguiti penalmente gli autori dei fatti costituenti reato compiuti in loro danno. Ora, che l'analogia possa essere ammessa o negata riguardo alle norme di favore seguendo un criterio teleologico che rispetti una consequenzialità logica di ratio della causa esimente⁹⁷ è punto sul quale è possibile convenire. Deve essere

adempimento degli obblighi positivi di protezione, il lungo periodo di inattività da parte delle autorità prima di avviare il procedimento penale per lesioni aggravate e la successiva archiviazione del caso. La medesima sentenza ha ritenuto che il venir meno di uno Stato all'obbligo di protezione delle donne contro le violenze domestiche, infine, si traduce in una violazione del loro diritto a un'uguale protezione di fronte alla legge ed è, pertanto, intrinsecamente discriminatorio. V., altresì, MAZZINA, *La violenza domestica e le azioni positive (di secondo livello) dello Stato: brevi riflessioni costituzionali sulla recente sentenza della Corte Edu Talpis c. Italia*, in *Arch. pen.* (web), 2017, 1 ss.

⁹⁴ Da ultimo, in argomento, NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in *La legge penale illegittima* (a c. di Manes-Napoleoni), Torino, 2019, 537 s. ed ivi ampie citazioni.

⁹⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 30 settembre 2019, n. 39977, in *Dejure*.

⁹⁶ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 140.

⁹⁷ Per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 76 s. Nega recisamente la legittimità del ricorso all'analogia

tuttavia negata qualora crei arbitrariamente sacche di impunità che vadano a ledere oltre i limiti della necessità beni della vittima (aggressore) egualmente tutelati dall'ordinamento. Non si tratta, come bene è stato notato, di una accentuazione del profilo inerente alla persona offesa a danno del reo⁹⁸, oggetto delle maggiori garanzie costituzionali, bensì di una considerazione d'insieme delle esigenze di difesa sociale⁹⁹ e di bilanciamento di interessi.

Da quanto si è detto in avvio del presente discorso risulta che le condotte assistite dal requisito della necessità di difendere interessi personali possono essere ritenute prevalenti rispetto ai diritti personali di chi ha cagionato la reazione difensiva. Tale giudizio di bilanciamento non può tuttavia essere effettuato senza un criterio di adeguatezza a pena di incorrere in una problematica difficilmente risolvibile dal punto di vista costituzionale se non con una declaratoria di illegittimità.

I termini della questione si modificano profondamente allorché si afferma, anche alla luce dell'art. 2, co. 2, lett. a) della C.E.D.U., che l'inflizione di un male (la morte, nel caso di specie) deve essere assolutamente necessaria e che allo stesso aggressore deve essere garantito un minimo di tutela. Le radici della necessità di difesa sembrano, in conclusione, affondare nella tematica della tutela, il cui predicato è rappresentato dal bilanciamento di interessi nel più volte citato quadro della proporzione¹⁰⁰. Da un lato, si situa il diritto dell'agredito a difendersi in modo efficace, dall'altro quello dell'aggressore a non vedersi inflitto un male sproporzionato (*id est*: non necessario) rispetto alla violazione di un diritto soggettivo, personale o patrimoniale.

in materia di scriminanti DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 286.

⁹⁸ CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Padova, 2005, 31.

⁹⁹ Profilo, questo, della teoria generale del diritto penale, da tenere sempre in considerazione. È necessario sottolineare come molti aspetti della teoria della difesa sociale di Enrico Ferri si siano riversati nella dottrina della *nouvelle défense sociale* di M. Ancel consistente in una dura «reazione contro gli eccessi del tecnicismo giuridico neoclassico» volta alla «degiuridicizzazione di diversi concetti» (ANCEL, *La defense sociale nouvelle* (1954), trad.it. *La nuova difesa sociale*, Milano, 1966, 111-113) e nelle concezioni estreme del Gramatica, che ha anticipato alcune conclusioni radicali del moderno *labelling approach* americano (GRAMATICA, *Principi di difesa sociale*, Padova, 1961). Per un esame riassuntivo del neo-classicismo americano v. CIAPPI-COLUCCIA, *Giustizia criminale*, Milano, 1997, 17-29; VON HIRSCH, *Doing Justice: the choice of punishments*, New York, 1976.

¹⁰⁰ Sembra dello stesso avviso PULITANÒ, *Legittima difesa*, cit., 210.