



ISFOA

Libera e Privata Università di Diritto Internazionale

FACOLTÀ DI SCIENZE GIURIDICHE

ECONOMIA E GESTIONE AZIENDALE

Specializzazione in

Gestione della Sicurezza e del Controllo del Territorio

Tesi di Laurea

***L'ECCESSO COLPOSO DI LEGITTIMA DIFESA:
fra esigenze di ampliamento del diritto
di autodifesa individuale e
preoccupazioni conservatrici***

Candidato
Achille Santilli

Relatore
Chiar.mo Prof. Giuseppe Matranga

Anno Accademico 2019/ 2020

Sessione II

Ai miei genitori

INDICE

INTRODUZIONE

6

CAPITOLO 1

I LIMITI DI OPERATIVITÀ DELLA SCRIMINANTE DI CUI ALL'ART. 52,1° C.P. E LA FATTISPECIE DELL'ECCESSO COLPOSO DI DIFESA

| | |
|--|----|
| 1. Osservazioni preliminari in tema di esercizio e abuso del diritto di difesa | 10 |
| 1.1. L'eccesso colposo di difesa come forma di abuso del diritto di cui all'art 52,1° c.p. | 19 |
| 2. L'istituto dell'eccesso colposo di difesa: definizione e possibili modalità di configurazione della fattispecie | 21 |
| 2.1 L'eccesso di difesa doloso e quello incolpevole (cenni) . | 26 |
| 3. La ratio del combinato disposto degli articoli 52 e 55 del codice penale | 30 |
| 4. I presupposti dell'eccesso colposo di difesa | 34 |
| 4.1 La questione circa l'esistenza della scriminante della legittima difesa quale presupposto della relativa fattispecie eccessiva | 34 |
| 4.2 Il diritto proprio o altrui | 36 |
| 4.3. Il pericolo | 40 |
| 4.3.1 L'attualità del pericolo e la fattispecie dell'eccesso estensivo di difesa | 42 |
| 4.3.2 Involontarietà e inevitabilità: requisiti impliciti del pericolo? | 50 |
| 4.4. L'offesa ingiusta | 56 |
| 5. Necessità e proporzione della reazione difensiva come elementi di discriminare fra lecito e illecito | 60 |
| 5.1. La necessità della condotta difensiva | 61 |
| 5.2. La proporzione fra difesa e offesa e i termini del relativo giudizio | 67 |

CAPITOLO 2

LE FORME DI MANIFESTAZIONE DELL'ECCESSO COLPOSO DI DIFESA

| | |
|--|-----|
| 1. Le due forme dell'eccesso colposo di difesa in una prospettiva oggettiva | 77 |
| 2. La duplice fisionomia dell'eccesso colposo in una prospettiva soggettiva | 81 |
| 2.1 <i>L'eccesso colposo di difesa nella forma intellettuale</i> | 81 |
| 2.2 <i>L'eccesso modale nella legittima difesa</i> | 86 |
| 3. Le questioni circa la natura giuridica del reato commesso per eccesso colposo di difesa | 91 |
| 3.1 <i>Le ricadute pratiche della natura giuridica dell'eccesso colposo</i> | 102 |
| 4. La configurabilità dell'eccesso colposo su legittima difesa putativa | 108 |

CAPITOLO 3

LA LEGITTIMA DIFESA DOMICILIARE: VERSO UN'IMPLICITA ABOLIZIONE DELL'ECCESSO COLPOSO?

| | |
|---|-----|
| 1. Il dibattito circa l'opportunità di una riforma della legittima difesa | 114 |
| 2. La legge n° 59 del 13 febbraio 2006: "Modifica all'articolo 52 del codice penale in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio" | 124 |
| 3. I presupposti di operatività della "nuova" legittima difesa | 127 |
| 3.1 <i>Brevi osservazioni preliminari circa i rapporti fra la legittima difesa comune e la legittima difesa domiciliare</i> | 127 |
| 3.2 <i>La violazione dell'articolo 614 c.p.</i> | 130 |
| 3.3 <i>La legittima presenza dell'agredito in uno dei luoghi di cui all'articolo 614 c.p. o 52,3°c.p.</i> | 133 |
| 3.4 <i>L'utilizzo di un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo</i> | 133 |
| 3.5 <i>Il fine di difendere la propria o l'altrui incolumità ovvero beni propri o altrui</i> | 135 |
| 4. La presunzione di proporzionalità fra difesa e offesa | 142 |
| 5. I limiti di applicabilità dell'art 52,2° c.p. e gli spazi di configurabilità dell'eccesso colposo di difesa alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale della novella legislativa | 149 |

CAPITOLO 4

I RECENTI PROGETTI DI RIFORMA DELLA LEGITTIMA DIFESA DOMICILIARE

- 1. Il fallimento della riforma in tema di legittima difesa e il dibattito socio-politico circa l'esigenza di un'ulteriore modifica dell'art 52 c.p. 162**
- 2. Il disegno di legge A.C. 3785: "Modifiche agli articoli 52 e 59 del codice penale in materia di legittima difesa" 166**
- 3. Il disegno di legge in tema di legittima difesa attualmente pendente innanzi al Parlamento: rilievi critici 176**

RIFLESSIONI CONCLUSIVE DE LEGE FERENDA: L'OPPORTUNITÀ DI UNA MODIFICA DELL'ART. 55 C.P 182

BIBLIOGRAFIA 188

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI 194

INTRODUZIONE

Il crescente allarme sociale innescato dall'esistenza di una criminalità violenta, percepita dalla collettività come sempre più diffusa e pericolosa, ha rinnovato l'annoso dibattito socio-politico relativo a talune problematiche connesse ai limiti di operatività della scriminante della legittima difesa e ai suoi rapporti con la corrispondente fattispecie eccessiva.

La presente trattazione si propone innanzi tutto di fornire un'analisi della fattispecie dell'eccesso colposo di legittima difesa risultante dalla lettura combinata degli articoli 52 e 55 del codice penale.

L'articolo 52 del codice penale italiano stabilisce che non è punibile chi abbia commesso un fatto di reato al fine di difendersi dal pericolo attuale di un'offesa ingiusta, a patto che la reazione dell'agredito rispetti i limiti della necessità e proporzione della difesa rispetto all'offesa.

Il travalicamento dei suddetti limiti rende la condotta difensiva non più legittima, ma eccessiva, cosicché, riscontrato l'elemento psicologico della colpa dell'agente, quest'ultimo non sarà più esente da pena, ma sarà soggetto al trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione di cui all'articolo 55 c.p. rubricato "eccesso colposo nelle cause di giustificazione".

La fattispecie dell'eccesso colposo di difesa, dunque, viene ad esistenza ogniqualvolta, nel commettere il fatto previsto dall'art 52 c.p., l'agredito tenga una condotta che fuoriesce (ex-cedere) per colpa dai limiti della necessità e della proporzione della reazione difensiva rispetto all'offesa – limiti entro e non oltre i quali la stessa causa di giustificazione trova applicazione –, cosicché il comportamento dell'agente non potrà essere scriminato, ma sarà invece punibile in base alla disciplina di cui all'art 55 c.p.

Alla luce della suddetta definizione, si può affermare che quanto più stringenti sono i limiti di operatività della legittima difesa, tanto più esteso risulta l'ambito di applicazione della corrispondente fattispecie eccessiva. Pertanto, la valutazione dell'eccesso colposo di difesa chiama l'interprete ad una riflessione, pur breve, sul fondamento della scriminante e sui limiti di essa.

Nel primo capitolo di questo lavoro, dopo una breve riflessione circa la ratio della legittima difesa tradizionale di cui all'articolo 52,1° c.p., si presenta la corrispondente fattispecie eccessiva come una forma di abuso della scriminante nella misura in cui l'agente, a causa di una violazione della disciplina legislativa prevista per l'operatività della causa di giustificazione, consegue finalità che vanno oltre quelle previste dalla legge, tradendo la ratio stessa della previsione legislativa del diritto di difesa.

In seguito, data una definizione tecnica della figura dell'eccesso colposo di difesa e chiarita la ratio dell'istituto, si fornisce una descrizione dei suoi presupposti e un'analisi dettagliata dei limiti della necessità e proporzione fra difesa e offesa, i quali costituiscono la linea di confine fra l'ambito di operatività della legittima difesa, linea oltre la quale la condotta difensiva risulta eccessiva e quindi punibile.

Il secondo capitolo analizza la fattispecie dell'eccesso colposo di difesa nelle due forme in cui essa può manifestarsi: la dottrina italiana, infatti, ritiene che, tanto sotto il profilo della sua struttura oggettiva, quanto sotto il profilo soggettivo, l'eccesso colposo di difesa possa assumere una duplice fisionomia. Analizzando la fattispecie da una prospettiva soggettiva si individuano le due forme dell'eccesso intellettuale e modale delle quali si descrivono i tratti caratterizzanti, al fine di distinguerle da istituti ad esse analoghi.

Si affronta, inoltre, la dibattuta questione della natura giuridica (dolosa o colposa) del reato commesso per eccesso colposo di legittima difesa, valutando poi le eventuali ricadute pratiche dell'una e dell'altra soluzione.

Il capitolo si conclude, infine, con l'analisi dei rapporti fra eccesso colposo e legittima difesa putativa.

La seconda parte di questo studio entra nel merito della questione cruciale fortemente dibattuta in merito ai rapporti fra la scriminante e la fattispecie dell'eccesso colposo di difesa. I termini della disputa possono essere così sintetizzati: l'area di non punibilità che il legislatore italiano riconosce a favore dell'agredito mediante la previsione del diritto di autotutela individuale di cui all'art 52 c.p. è sufficiente a soddisfare le esigenze di difesa dei cittadini? Oppure sarebbe auspicabile un ampliamento dei confini operativi della legittima difesa a scapito dell'ambito di applicabilità della corrispondente fattispecie eccessiva?

Quali sono e quali dovrebbero essere i limiti oltre i quali la legittima difesa rischia di divenire eccessiva, sfociando in un abuso penalmente rilevante del diritto di autotutela individuale?

Allo scopo di rispondere alle istanze sociali di un ampliamento dei confini della legittima difesa tradizionale in riferimento a determinati paradigmi conflittuali, nel febbraio del 2006, mediante l'introduzione di due ulteriori commi all'art 52 c.p., è stata codificata la cd legittima difesa domiciliare. Si tratta di una "nuova" legittima difesa, caratterizzata dalla previsione di una presunzione di proporzione fra difesa e offesa, finalizzata ad assorbire fattispecie che, sotto la vigenza della precedente disciplina, risultavano eccessive. Il terzo capitolo focalizza l'attenzione sull'impatto - invero minimo - che tale riforma ha avuto sulla fattispecie dell'eccesso colposo di legittima difesa: a tal proposito si avrà modo di constatare come le aspettative dei propugnatori della riforma siano state in realtà disattese dall'interpretazione "sterilizzante" della novella legislativa cui è ricorso la giurisprudenza al fine di salvare il nuovo articolo 52 c.p. da una censura di incostituzionalità.

A distanza di un decennio dalla passata riforma, dunque, il dibattito socio-politico sui confini fra legittima difesa e ed eccesso è tornato ad essere attuale.

Il quarto ed ultimo capitolo analizza e mette in luce taluni aspetti critici del progetto di legge in tema di legittima difesa attualmente pendente in Parlamento, teso, ancora una volta, ad ampliare l'ambito di operatività della scriminante a scapito della corrispondente fattispecie eccessiva.

La parte conclusiva di questa trattazione intende evidenziare come le riforme illustrate, dirette ad ampliare i limiti di liceità della reazione difensiva, finiscano in realtà per porre lo strumento di autotutela individuale in contraddizione con lo Stato di diritto.

Ciò induce a ritenere che l'esigenza di una maggior tutela dell'agredito

– senz'altro degna di nota – possa essere soddisfatta ricercando una soluzione non tanto sul piano dell'antigiuridicità, quanto piuttosto sul piano della colpevolezza, apportando dei correttivi alla valutazione di rimproverabilità del superamento dei limiti della scriminante.

CAPITOLO 1

I LIMITI DI OPERATIVITÀ DELLA SCRIMINANTE DI CUI ALL'ART. 52,1° C.P. E LA FATTISPECIE DELL'ECCESSO COLPOSO DI DIFESA

1. Osservazioni preliminari in tema di esercizio e abuso del diritto di difesa

Negli Stati moderni, la salvaguardia dei diritti del cittadino spetta allo Stato, il quale si arroga il diritto-dovere di difendere i cittadini e il loro patrimonio dalle aggressioni di terzi mediante soggetti a questo scopo istituzionalmente preposti (organi dell'amministrazione cd attiva e organi giurisdizionali).¹

Utilizzando una terminologia propria del diritto privato, si può dire che, nell'assolvere tale compito, lo Stato adempie un'obbligazione di mezzi: si impegna cioè a predisporre e rendere operativi tutti gli strumenti necessari al fine di conseguire un'efficace tutela dei cittadini e del loro patrimonio, senza però raggiungere il risultato, utopico e ideale, della difesa di ogni singolo individuo in ogni istante.

Tale indubbia constatazione, valutata alla luce della necessità di rispettare l'altrettanto indiscussa esigenza dell'uomo di conservare sé stesso - esigenza naturale insopprimibile, di carattere prepositivo² - fa sì che l'ordinamento, in taluni particolari casi, possa concedere una deroga al principio del monopolio dello Stato e dei suoi organi sulla difesa dei diritti dei cittadini, attribuendo al privato un diritto all'autotutela.

¹ "La difesa privata fu mezzo ordinario di tutela dei propri beni in tempi non civili, ma fu naturalmente bandita e punita correlativamente al progredire degli ordinamenti sociali e politici che avocavano alle Autorità costituite nello Stato il mantenimento della pace sociale". Lav. Prep. C.p. Vol. V, I, 1929, cit. p. 95

² "In collegamento al substrato profondo e ancestrale dell'esigenza di conservare sé stessi e i propri beni da aggressioni altrui, la Carta delle Nazioni Unite considera l'autodifesa un diritto intrinseco ad ogni uomo, quale manifestazione dell'istinto di sopravvivenza dell'individuo o della specie (familiari) e, per estensione, di difesa dei beni funzionali alla sopravvivenza stessa". GARGANI, *L'autotutela privata tra istanze securitarie e valori costituzionali*, in *Sicurezza e autotutela*, a cura di Gian G. M. GRASSI, Pisa University press, 2017, cit., p. 18

L'articolo 52 comma 1° del codice penale italiano contempla l'istituto della legittima difesa e recita: "Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa".

Nell'ordinamento italiano, la legittima difesa è una causa di giustificazione (o scriminante), vale a dire – accogliendo la teoria tripartita del reato ³ – una circostanza destinata ad escludere l'antigiuridicità oggettiva di un fatto penalmente tipico che, in sua assenza, risulterebbe punibile.

Dunque, in presenza dei presupposti ed entro i limiti previsti dal legislatore all'art 52,1° c.p., il fatto tipico di chi si difende, pur lesivo di interessi altrui penalmente rilevanti, non è punibile in quanto non antigiuridico – e quindi lecito – alla stregua dell'ordinamento considerato nel suo complesso.

Esemplificando, il fatto dell'agredito che uccide l'aggressore è senza ombra di dubbio un fatto che rientra nella fattispecie di omicidio ex art 575 c.p., ma non necessariamente è un fatto antigiuridico e quindi illecito: non lo è infatti – ex art 52,1° c.p. – qualora l'agredito, autore del fatto, sia stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui dal pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la reazione difensiva sia proporzionata all'offesa.

L'istituto della legittima difesa, sia pure in forme ed entro limiti differenti, è riconosciuto dalla legislazione penale di tutti gli ordinamenti: una tale diffusione è ascrivibile, con grande probabilità, al principio – logico, prima che giuridico – per cui "non può il diritto,

³ Per la teoria della tripartizione, sorta in Germania e largamente seguita anche in Italia, il reato si compone di tre elementi che rappresentano i tre grandi capitoli della teoria generale del reato:

- 1) il fatto tipico, inteso come fatto materiale, comprensivo dei soli requisiti oggettivi (condotta, evento, causalità);
- 2) l'antigiuridicità obiettiva, con la quale si intende designare la contrarietà del fatto materiale all'ordinamento giuridico;
- 3) la colpevolezza, cioè la rimproverabilità del soggetto che abbia agito, con dolo o per colpa, in modo non rispettoso dei valori dell'ordinamento.

ad un tempo, tutelare un bene ed imporre al titolare dello stesso il dovere di accettarne la distruzione”.⁴ Pertanto, per quel che riguarda l’ordinamento italiano, se la vita, l’incolumità, le libertà individuali e molti altri sono riconosciuti come diritti fondamentali della persona, sia a livello interno (ad es. artt. 2, 3, 13 Cost.) che sovranazionale (si veda in specie la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, siglata a Roma nel 1950, recepita nel nostro ordinamento con l. n. 848 del 1955), costituendo l’insieme dei “diritti umani”, allora è altrettanto fondamentale, e così è pure essa un diritto umano, la facoltà di ciascuno di agire in autotutela di tali diritti.

La dottrina italiana prevalente ⁵ valorizza la ratio dell’istituto che si ricava dall’analisi della legittima difesa in una prospettiva individualistica. Da questo punto di vista, essa costituisce una forma di autotutela privata necessaria e sussidiaria rispetto a quella pubblica, cioè una forma di autotutela riconosciuta dall’ordinamento all’aggredito, il quale ha il diritto di autodifesa contro il pericolo attuale di un’offesa ingiusta, quando non gli sia possibile ricorrere con tempestività ed efficacia alla tutela pubblica.

Secondo una visione di ispirazione giusnaturalistica, tale diritto all’autotutela non costituisce una concessione statale a favore degli individui, ma un loro diritto naturale, preesistente allo Stato: sarebbero stati i singoli in origine a delegare alle Autorità Statali l’esercizio della tutela dei loro diritti, fermo restando, però, l’esercizio individuale della stessa in presenza di circostanze che non consentono

⁴ MANTOVANI, *Diritto penale: Parte generale*, XI edizione, Padova, CEDAM, 2015, cit., p. 251.

Analogamente, CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, Lucca, Tipografia Giusti, 1867: “È impossibile che la legge di natura, la quale ha detto all’uomo di non lasciarsi uccidere, abbia detto all’autorità di uccidere o punire quell’uomo perché non si è lasciato uccidere. “[...] Di fronte al dovere ovvero alla necessità di conservazione di una vita innocente e quindi di fronte ai ‘diritti dell’uomo’ cede il ‘diritto dell’autorità’ di punire”.

⁵ PADOVANI, *Difesa legittima*, in Dig. Disc. Pen., vol. III, Torino, UTET, 1989 p.496 e ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, p.251 e ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale: Parte generale*, VII edizione, Bologna, Zanichelli, 2014, p. 294 e ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale: Parte generale*, XVI ed. aggiornata e integrata da L. CONTI, Milano, Giuffrè, 2003, p. 298 e ss.

alle Autorità di intervenire tempestivamente. In altre parole, la tutela dei diritti dei cittadini non è devoluta allo Stato in modo irreversibile, ma a condizione che questo sia in grado di adempiere alle proprie obbligazioni.⁶

Seguendo questa impostazione, il diritto all'autotutela è strettamente correlato ai limiti imposti dall'individuo allo Stato, cosicché la questione circa l'estensione dell'operatività della legittima difesa si sostanzia nel seguente interrogativo: "fin dove lo Stato può sanzionare la reazione a un crimine che lui stesso non è riuscito ad impedire?".⁷

Ricostruendo il senso dell'istituto a partire dalla posizione dell'agredito, si può affermare che la legittima difesa costituisce l'*extrema ratio* offerta al singolo per la tutela di un interesse proprio o altrui: la reazione difensiva è autorizzata dall'ordinamento giuridico in quanto l'offesa all'aggressore è indispensabile per salvare l'interesse dell'agredito.

Resta fermo però il fatto che il legislatore, nel salvaguardare la posizione dell'agredito, non ha del tutto trascurato quella dell'aggressore. L'operatività della legittima difesa è infatti subordinata al requisito della proporzione fra difesa e offesa e tale giudizio di proporzionalità fa sì che non possa essere trascurato il valore che l'interesse minacciato dell'agredito riveste in rapporto a quello sacrificato dell'aggressore.

Ne deriva, secondo la dottrina maggioritaria⁸, che il fondamento ultimo della legittima difesa si identificherebbe in un bilanciamento degli interessi in contrapposizione, quello dell'aggressore e quell'agredito, nel conflitto dei quali lo Stato sceglie di dare tendenzialmente prevalenza a quest'ultimo.

⁶ Nelle parole di Francesco Carrara: "quando la difesa privata poté essere efficace, mentre era inefficace la difesa pubblica; quella ha ripreso il suo diritto e questa l'ha perduto, dal che deriva la cessazione del diritto di punire della società". CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale: Parte generale*, cit, p. 170.

⁷ NORDIO (prefazione) in CITRAN, *L'inferno di Ponte di Nanto*, edizioni Mazzanti Libri, 2016.

⁸ Vedi *supra*, nota 5.

In una diversa prospettiva, quella pubblicistica, la legittima difesa può essere considerata alla stregua di uno strumento di lotta all'illecito, cioè uno strumento che, consentendo una pronta ed immediata reazione contro il pericolo di un'offesa ingiusta, riafferma la validità dell'ordinamento giuridico e il primato del diritto. Chi si trovasse ad agire per legittima difesa quindi, lo farebbe in rappresentanza dell'ordinamento, al fine di difenderlo da chi viola la legge.

Pertanto, l'istituto di cui all'art 52,1° c.p. costituisce una forma di "esercizio privato (autorizzato) della funzione pubblica": ⁹ l'azione difensiva non è soltanto funzionale alla tutela di un diritto particolare del soggetto aggredito, ma consiste anche in un "*atto di giustizia sociale*" ¹⁰ e assume la veste di sanzione giuridica – quella dell'*impedibilità* – ¹¹ del comportamento illecito, posto che può essere considerata sanzione ogni forma di reazione all'illecito riconosciuta dall'ordinamento e incidente sull'autore dell'illecito stesso.

La legittima difesa non si ridurrebbe più a mera causa oggettiva di non punibilità, ma assumerebbe un valore giuridico positivo, rafforzando la funzione di prevenzione generale delle norme violate con l'aggressione ed esercitando una funzione di prevenzione speciale nei confronti dell'aggressore.

L'autotutela difensiva si fonda, infatti, su una delega che lo Stato conferisce al privato; in quest'ottica d'ispirazione squisitamente giuspositivistica, pertanto, si enfatizzano, relativamente all'ambito di applicabilità della scriminante, i limiti che lo Stato pone all'azione difensiva dell'individuo e ci si chiede: "Fin dove l'aggredito può reagire contro un'aggressione?".

Circa il reale fondamento della scriminante, è stato affermato in dottrina che, delle tesi sopra citate, non necessariamente l'una esclude

⁹ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. II, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1933, cit., p. 282

¹⁰ L'espressione è di FIORETTI, così come citato da PADOVANI, voce *Difesa legittima*, p. 499.

¹¹ GROSSO, voce *Legittima difesa*, in Enc. Dir. XXIV, 1974, p. 27 e ss.

l'altra; anzi, queste sarebbero fra loro complementari: la tesi dell'autotutela privata non spiegherebbe infatti la legittimità del soccorso difensivo di terzi ammesso dall'art 52,1° c.p., mentre la tesi della lotta all'illecito non sarebbe in grado di giustificare la difesa contro le aggressioni incolpevoli e il limite della proporzione.

A ben vedere, però, la valorizzazione dell'istituto in una dimensione pubblicistica porta con sé il rischio di un rovesciamento dei termini in cui si atteggia la relazione Stato-individuo nel contesto di un ordinamento liberaldemocratico, arrivando ad ammettere una sostanziale fungibilità tra i due soggetti del rapporto pubblico.¹²

A conferma del fondamento originario autonomo dell'istituto rispetto al contenuto dei poteri coercitivi pubblici è stato osservato come la difesa legittima sia caratterizzata da modalità e limiti che non si identificano necessariamente con quelli dell'intervento pubblico; e d'altro canto, anche gli stessi organi pubblici possono fruire della scriminante quando nei loro confronti se ne realizzino i presupposti.¹³ Si deve rilevare inoltre che l'esimente in esame nasce e si radica negli ordinamenti contemporanei come strumento di autodifesa dei diritti individuali e non come strumento di reazione contro qualsiasi forma di condotta illecita. Peraltro, l'idea della legittima difesa come sanzione contrasta con il noto principio del *ne bis in idem*: all'aggressore già sanzionato mediante l'azione difensiva, infatti, sarebbe successivamente applicata un'ulteriore sanzione da parte degli organi statuali per il fatto illecito costituente l'aggressione.¹⁴

Maggiormente fedele alle intenzioni del legislatore ¹⁵ – e quindi più condivisibile, conformemente all'opinione dottrinale prevalente – sembra essere la ratio dell'istituto che si ricava da una sua valutazione nella prospettiva individualistica.

¹² DE FRANCESCO, *Diritto penale: I fondamenti*, Torino, Giappichelli, 2011, p.288

¹³ ANTOLISEI, come riportato da PADOVANI, *Difesa legittima*, p. 498.

¹⁴ MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in Dig. Disc. Pen., Vol. II, Torino, UTET, 1988, p.133.

¹⁵ Come confermato dai Lav. Prep. C.p. vol. V, I, 1929, p. 95.

In ogni caso, quale che sia il fondamento dell'istituto, perché la difesa sia legittima, è necessario che la stessa si muova entro i limiti tipizzati dalla legge. Il legislatore del 1930 ha scrupolosamente descritto in modo analitico e tassativo i requisiti in presenza dei quali il privato può difendersi da un'aggressione – o difendere un diritto altrui – e i limiti entro i quali la sua reazione difensiva è considerata lecita dall'ordinamento. Pertanto, solo chi agisce nel rispetto delle indicazioni del legislatore, pur commettendo un fatto lesivo di interessi penalmente rilevanti, sarà scriminato e quindi non punibile.

La disciplina di cui all'art 52,1° c.p. è finalizzata ad assicurare, per quanto possibile, il rispetto della ratio dell'istituto che essa contempla, evitando che le reazioni difensive vadano a tradire la volontà del legislatore, quella cioè di scongiurare il pericolo che la legittima difesa si trasformi, da scelta di civiltà, in uno strumento mediante il quale, da una parte si sfoga un mero istinto vendicativo, dall'altra si avalla nella prassi l'immagine di un cittadino-giustiziere chiamato a coadiuvare l'azione statale di prevenzione e repressione dei reati.

Colui che, servendosi della causa di giustificazione in questione, persegua un risultato contrastante con lo scopo per cui il diritto di difesa è stato riconosciuto dall'ordinamento, ovvero finalità che vanno oltre quelle previste dalla legge, si rende responsabile di un abuso del diritto.

L'abuso del diritto può essere definito, in linea generale, come un utilizzo della situazione giuridica soggettiva attiva non conforme al fine per il quale essa è stata prevista e tutelata dall'ordinamento.¹⁶

¹⁶ SANTORIELLO, "v. Abuso del diritto", in *Dig. Disc. Pen.*, 2016, www.studiolegale.leggiditalia.it.

L'autore offre una sommaria definizione della figura dell'abuso del diritto, affermando che: "Come può evincersi dalla radice etimologica del termine (*ab-uti*), con l'espressione 'abuso del diritto' si suole indicare un limite all'esercizio di un determinato diritto soggettivo. La particolarità di questa figura, tuttavia, è data dal fatto che nel caso di specie il limite non è dettato dalla medesima norma che attribuisce la facoltà giuridica esercitata né è previsto in via generale da un'altra specifica disposizione dell'ordinamento, ma è rinvenuto in via di interpretazione dall'operatore giuridico allorquando costui, valutando la condotta del singolo,

L'art 7 del progetto definitivo del codice civile del 1942 prevedeva che "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto". Tale norma, tuttavia, fu espunta dal testo e ad oggi il sistema codicistico italiano non contiene una generale previsione del divieto di abuso del diritto¹⁷.

Ciò nonostante, la dottrina italiana prevalente ha da sempre ritenuto opportuna l'attribuzione di una qualche rilevanza giuridica alla difformità fra l'esercizio, da parte di un soggetto di diritto, di una propria posizione o potere giuridico e le ragioni per cui tale facoltà è attribuita e tutelata a livello normativo. La necessità di reagire giuridicamente all'esercizio abusivo di una propria facoltà giuridica, evitando di riconnettere a tale condotta una riprovazione solo morale, ha trovato conferma nell'impostazione solidaristica e comunitaria della nostra Costituzione: quest'ultima, pur non prevedendo una clausola generale che vieti in modo espresso di abusare di un diritto o di un potere, ha spinto diversi autori a rinvenire un fondamento costituzionale a figure come quella dell' "abuso del diritto", recuperando un collegamento fra tali nozioni e le prescrizioni di cui agli artt. 2 (con il richiamo ivi presente ai doveri di "solidarietà politica, economica e sociale"), 3, 2° co. (che indica una dimensione sostanziale dell'uguaglianza), 41 (sull'iniziativa economica privata, che è libera,

ritenga che il comportamento di questi si ponga in contrasto con gli scopi etici e sociali per il cui il diritto stesso è riconosciuto e tutelato dal legislatore".

[...] "una condotta di abusivo esercizio di un diritto non si differenzia affatto sotto un profilo naturalistico dall'esercizio del medesimo diritto che abusivo non sia. Detto altrimenti: l'abuso del diritto quale comportamento illecito si connota e si caratterizza per una specificità che non può essere colta limitando l'esame della vicenda al solo profilo naturalistico, ovvero al comportamento materiale ed esteriore tenuto dal soggetto [...]".

¹⁷ ROMANO, voce *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in Enc. Dir., vol. I, Giuffrè, 1958, p. 166 e ss. A proposito della mancanza, nel codice, di una norma di carattere generale in merito all'abuso del diritto, l'autore sostiene che essa possa essere ritenuta giustificata in quanto quello dell'abuso del diritto è "un problema di teoria generale la cui soluzione di principio si lascia difficilmente tradurre in termini precettivi; la stessa formula che era stata progettata era di dubbio tecnicismo e avrebbe potuto rivelarsi infondata per l'assunzione dello scopo come elemento cui riferire l'abuso".

ma “non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale”), 42 (che fa riferimento alla “funzione sociale” della proprietà) Cost..¹⁸

Allo scopo di fornire un'interpretazione adeguatrice delle disposizioni ordinarie rispetto ai predetti principi fondamentali, dunque, è sempre più frequente il ricorso, nelle nostre aule giudiziarie, alla figura dell'abuso del diritto. Pertanto, si può senza dubbio sostenere che la giurisprudenza attribuisce pieno riconoscimento all'operatività di tale nozione nell'ambito del nostro ordinamento giuridico, ritenendo vigente un principio generale alla stregua del quale nessuno può esercitare un proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui tale diritto è stato riconosciuto o per finalità che vanno oltre quelle previste dalla legge.¹⁹

Tradizionalmente tale principio ha trovato applicazione in campo civilistico, ma il suo carattere generale consente di rinvenirne applicazioni anche in campo penale²⁰.

¹⁸ SANTORIELLO, voce *Abuso del diritto*.

¹⁹ In assenza di un'apposita previsione normativa idonea a reprimere l'abuso del diritto in via generale ed assoluta, dunque, si deve all'opera della giurisprudenza l'individuazione delle ipotesi in cui – in assenza di puntuali violazioni di singole prescrizioni – la difformità fra le ragioni di attribuzione di un diritto e le finalità per il cui perseguimento tale diritto veniva in concreto esercitato erano di tale rilievo da connotare di illegittimità la condotta del singolo.

²⁰ Circa l'opportunità della rilevanza dell'abuso del diritto in ambito penale non sono mancati i dubbi e le critiche di quanti sostengono che l'accoglimento da parte della giurisprudenza della figura dell'abuso del diritto determina necessariamente un significativo vulnus ai valori della certezza del diritto e della soggezione dell'autorità giudiziaria alla legge. Infatti, poiché l'abuso del diritto è determinata dalle particolari finalità che il singolo vuole perseguire mediante la condotta che pone in essere – la quale apparentemente si presenta conforme alla relativa disciplina legale –, la valutazione circa la sussistenza dell'abuso viene sempre ad essere pronunciata in assenza di parametri di decisione condivisibili ed oggettivi.

Ciò tuttavia non significa che il giudice, nella sua valutazione, sia privo di qualsiasi ancoraggio a dati oggettivi e materiali e debba (e possa) affidarsi a sue intuizioni arbitrarie ed assolutamente discrezionali, giacché egli può invece fare riferimento ad elementi fattuali esteriormente percepibili, quali, per esempio, gli esiti della vicenda ovvero le conseguenze che siano derivate dal comportamento *sub iudice* in termini di soddisfazione di esigenze personali del soggetto agente, di danni a terzi, di nuovi assetti contrattuali ed economici, di nuova ripartizione di benefici ed obblighi ecc.

Occorre però fare una precisazione: considerando che l'abuso del diritto, per definizione, non si sostanzia nel mero dato naturalistico del comportamento materiale ed esteriore tenuto dal soggetto, ma richiede che sia data rilevanza alla dimensione soggettiva e psicologica dell'agente, si deve escludere che esso possa assumere una rilevanza giuridica nell'ambito delle cause di giustificazione. In base al principio di rilevanza oggettiva delle scriminanti, infatti, anche il soggetto che, desiderando da tempo commettere un certo fatto criminoso, lo abbia commesso sfruttando l'occasione data dall'esistenza delle circostanze idonee a scriminarlo per legittima difesa, non sarà punito, qualora sia accertata l'esistenza concreta dei requisiti richiesti dalla lettera della legge per l'applicabilità della scriminante stessa.

Nell'ambito delle cause di giustificazione, e, per quello che ci interessa, della legittima difesa, la strumentalizzazione della situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento per la realizzazione di un fine illecito – nella quale consiste l'abuso –, non assume rilevanza sul piano delle conseguenze sanzionatorie.

A ben vedere, però, una forma di abuso del diritto di difesa, inteso come conseguimento di finalità che vanno oltre quelle previste dalla legge – e quindi come tradimento della ratio stessa del diritto – si può realizzare anche attraverso la violazione, dolosa o colposa, della disciplina legislativa prevista per l'operatività della causa di giustificazione. In tal caso, l'ordinamento – che non può e non deve restare indifferente – reagisce mediante un rifiuto di tutela, cioè 'neutralizzando' o riducendo l'efficacia della scriminante, a seconda che il soggetto abbia violato la legge con dolo o per colpa.

1.1. L'eccesso colposo di difesa come forma di abuso del diritto di cui all'art 52,1° c.p.

Alla luce delle considerazioni svolte in relazione al concetto di abuso del diritto in campo penale e, in particolare, al modo in cui questo si

atteggia in riferimento alla scriminante di cui all'art 52,1° c.p., non si può negare una certa assonanza fra tale figura e quella dell'eccesso di difesa.

Fermo restando che quest'ultima fattispecie sarà oggetto di analisi, in tutti i suoi aspetti, nel corso della trattazione, pare opportuno evidenziare fin da subito l'esistenza di una sorta di 'parentela' di questa figura con quella dell'abuso del diritto, alla quale risulta affine.

Certamente infatti, anche il soggetto che ecceda nella difesa - vale a dire colui che oltrepassi i limiti della necessità e della proporzione della reazione difensiva, previsti dalla legge per l'operatività della scriminante di cui all'art 52,1 c.p. - finisce per disattendere la ratio sottesa alla norma, realizzando, anche in questo caso, uno scopo contrastante con quello per cui il diritto di difesa è stato riconosciuto dall'ordinamento, ovvero finalità che vanno oltre quelle previste dalla legge.

Ad onore del vero, la figura dell'abuso del diritto, presupponendo il coefficiente psicologico del dolo, è maggiormente affine ai casi di eccesso doloso di difesa (cioè nei casi in cui il soggetto agente travalica in modo volontario e consapevole i limiti della scriminante, con l'intenzione di realizzare uno scopo che eccede quello della mera difesa). Ciò però non esclude che si possa parlare dell'esistenza di una forma di abuso, inteso magari in senso a-tecnico,²¹ anche nel caso di eccesso colposo di difesa, vale a dire nel caso di chi, pur nell'intenzione di difendersi, ecceda colposamente i limiti del diritto di autotutela previsto dal legislatore, devianandone di fatto le finalità.

²¹ SANTORIELLO, voce *Abuso del diritto*. L'autore precisa che l'elemento soggettivo doloso risulta per indispensabile per configurare una nozione tecnica di abuso del diritto penalmente rilevante: ciò che caratterizza l'abuso, infatti, "è lo scopo ulteriore verso cui tende la volontà del soggetto agente: volendo dirlo con categorie penalistiche, l'abuso del diritto è sempre e necessariamente un illecito a dolo specifico, integrato quando una condotta - di per sé consentita dall'ordinamento - presenti una tipizzazione dell'obiettivo finalistico ulteriore rispetto al comportamento tenuto e tale obiettivo sia considerato in termini negativi dal legislatore".

Dunque, anche in caso di eccesso di difesa (doloso o colposo), si può dire di essere in presenza di una forma di abuso del diritto di difesa il quale, essendo realizzato mediante la violazione della disciplina di cui all'art 52,1° c.p., fa sì che l'ordinamento impedisca all'autore del comportamento eccessivo di conseguire il vantaggio che sarebbe derivato dal corretto esercizio del diritto, disponendone la punibilità.

2. L'istituto dell'eccesso colposo di difesa: definizione e possibili modalità di configurazione della fattispecie

L'eccesso colposo di difesa è un istituto disciplinato dal combinato disposto degli articoli 52 e 55 del codice penale. La lettura combinata di queste due disposizioni fornisce infatti la definizione di tale fattispecie, i presupposti della sua applicabilità e il trattamento che il legislatore ha voluto riservarle.

L'art 55 del codice penale del 1930 introduce nell'ordinamento italiano l'istituto dell'eccesso colposo nelle cause di giustificazione e stabilisce che “quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo”.

Si tratta di una norma innovativa: l'eccesso colposo così come descritto dall'articolo 55 del Codice Rocco infatti può senza dubbio essere considerato un “istituto senza veri e propri precedenti legislativi”.²²

Il previgente codice Zanardelli, pur disciplinando la fattispecie dell'eccesso, non le attribuiva il ruolo sistematico e i connotati soggettivi che le sono propri in base alla vigente disciplina.

L'art 50 del codice del 1889, rubricato “eccesso scusabile”, recitava: “Colui che, commettendo un fatto nelle circostanze previste

²² SIRACUSANO, voce *Eccesso colposo*, in Dig. Disc. Pen., vol. IV, Torino, UTET, 1990, cit., p.180

dall'articolo precedente, ha ecceduto i limiti imposti dalla legge o dall'Autorità o dalla necessità, è punito con la detenzione per un tempo non inferiore a 6 anni, ove la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato medesimo ridotto a misura non inferiore a un sesto e non superiore alla metà, sostituita la detenzione alla reclusione e l'interdizione temporanea dai pubblici uffici alla interdizione perpetua".²³

L'istituto dell'eccesso nelle cause di giustificazione, dunque, si sostanziava in una mera circostanza attenuante, senza che rilevassero, ai fini della sua applicabilità, i possibili coefficienti psicologici, considerati rilevanti soltanto nella valutazione del giudice circa la maggiore o minore gravità del reato.

Diversamente, l'articolo 55 del codice penale vigente disciplina l'ipotesi in cui, nel commettere un fatto previsto da una causa di giustificazione, la condotta di chi agisce fuoriesce (*ex-cedere*) per colpa dai limiti ad essa collegati, cioè dai limiti entro e non oltre i quali la stessa causa di giustificazione trova applicazione, cosicché il comportamento del soggetto agente non potrà essere scriminato e sarà quindi punibile. Sotto il profilo sanzionatorio il legislatore prevede per questo caso l'applicabilità delle disposizioni previste per i delitti colposi, sempre che il fatto di reato sia previsto come delitto colposo.

Una volta chiarito, almeno in termini generali, il contenuto e la portata di tale norma, è possibile, applicandola al fatto specifico di cui all'art 52, 1° c.p., definire la fattispecie dell'eccesso colposo di difesa.

Sul piano della struttura oggettiva dunque – premesso che l'art 52, 1° c.p. scrimina il fatto di colui che agisce costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui dal pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la reazione difensiva sia proporzionata all'offesa

– saremo in presenza di un eccesso di difesa ogniqualvolta l'agente, nel commettere il fatto di cui all'art 52,1° c.p., ecceda i limiti imposti dalla

²³ Cod. Zanardelli, 1889, art.50

necessità di difendersi ovvero dalla proporzione, arrecando all'aggressore un'offesa più grave di quella che era sufficiente cagionare per soddisfare l'esigenza difensiva.

Tale definizione di massima ricalca la lettera dell'articolo 55 c.p..

Una parte della dottrina ha evidenziato però come in realtà il dettato dell'art 55 c.p. consenta di ipotizzare la fattispecie dell'eccesso secondo due forme diverse, cosicché anche l'eccesso nella legittima difesa può assumere, sul piano oggettivo, una duplice fisionomia.

Tralasciando, per il momento, l'analisi più approfondita delle teorie interpretative elaborate in relazione alle due possibili configurazioni della struttura oggettiva dell'eccesso colposo,²⁴ pare opportuno in questa sede fornire almeno una descrizione – utile a fini definitori – delle due possibili forme in cui può presentarsi la fattispecie di cui all'art 55 c.p. e dunque anche l'eccesso colposo di difesa.

Nella prima forma (quella descritta esplicitamente dalla lettera della norma), la fattispecie eccessiva si configura come un fatto nel commettere il quale si verifica la contrapposizione presupposti – limiti della scriminante. Pur sussistendo i presupposti della scriminante, non se ne rispettano però i limiti. In questo senso, “il fatto eccessivo è quello che implica, esso medesimo, la potenziale esistenza della circostanza scriminante e si compie nel suo difetto in concreto”.²⁵

Ciò accade per esempio, in relazione all'art 52,1° c.p., quando, in presenza di un pericolo attuale di un'offesa ingiusta il soggetto difenda il diritto proprio o altrui uccidendo l'aggressore senza che ricorrano i requisiti della necessità e della proporzione di tale reazione difensiva. Nella seconda forma,²⁶ l'eccesso, convenzionalmente definito “eccesso modale”, è dato da un fatto che esula dalla circostanza scriminante, ma che si verifica nel commettere un fatto in ordine al quale, viceversa, la scriminante sussiste. In relazione all'art 52,1° c.p., ciò accade, per

²⁴ Per un'analisi più approfondita sul punto v. *infra* cap. 2, par. 1 ²⁵ Così AZZALI, *L'eccesso colposo*, Milano, Giuffrè, 1965, cit. p. 17 ²⁶ Per un'analisi più approfondita sul punto v. *infra* cap 2, par. 1

esempio, quando in difesa del diritto ingiustamente aggredito – nel limite della proporzione – si distrugge lo strumento mediante il quale l’aggressore intende arrecare l’offesa e, contemporaneamente, si ferisce l’aggressore, senza però che ciò sia necessario.²⁷

Occorre precisare inoltre che una parte della dottrina – sulla base delle elaborazioni della dottrina tedesca – ha affiancato all’ eccesso di difesa dovuto al superamento dei limiti della necessità e della proporzione della reazione difensiva (cd eccesso intensivo), l’ulteriore ipotesi di eccesso dovuto al mancato rispetto del limite cronologico della attualità del pericolo, cioè del limite temporale di operatività della legittima difesa (cd eccesso estensivo).²⁸

Relativamente al profilo soggettivo della fattispecie, si richiede che i suddetti limiti siano travalicati per colpa.

Anche – e soprattutto – ²⁹ sotto tale profilo, la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato due diverse forme di eccesso colposo: si distingue infatti fra eccesso nel fine (o intellettuale, dovuto ad errore-motivo) ed eccesso modale (o nell’uso dei mezzi, dovuto ad errore-inabilità). L’analisi dei dibattiti dottrinali circa la configurabilità o meno dell’elemento della colpa previsto ex art 43 c.p. in relazione alle suddette tipologie di eccesso e la questione relativa ai connotati che la colpa assume in relazione ad esse saranno oggetto di approfondimento in una fase successiva della trattazione. ³⁰ Tuttavia è opportuno, in questa sede, fornire una definizione delle due ipotesi in questione.

In caso di eccesso di difesa nel fine, l’aggredito appresta mezzi di difesa eccessivi in rapporto all’aggressione, arrecando all’aggressore un’offesa più grave di quella che era consentita dalla situazione concreta. Tale fattispecie è caratterizzata dalla circostanza che tanto la

²⁷ Così AZZALI, *L'eccesso colposo*, p. 20.

²⁸ Così ROMANO in *Comment. sist. C.p., I*, art. 55, Milano, Giuffrè, 2004.

²⁹ Gli aspetti soggettivi della figura dell’eccesso colposo hanno meritato grande attenzione in dottrina e sono stati analizzati nella letteratura penalistica in modo accurato ed approfondito. Lo stesso non si può dire in relazione agli aspetti oggettivi della medesima figura.

³⁰ Per un approfondimento sul punto v. *infra* cap. 2, par. 2 e 3.

condotta, quanto l'evento sono voluti, ma tale volontà si fonda su un errore inescusabile di valutazione circa la situazione aggressiva da parte dell'agente, il quale cade conseguentemente in errore sui limiti della necessità e della proporzione della condotta difensiva.

Emblematico a tal proposito è il caso di Tizio che, sopravvalutando il pericolo scaturente da un'aggressione, volontariamente uccide l'aggressore, quando avrebbe potuto neutralizzarlo a suon di pugni.

Nel caso di eccesso di difesa nei mezzi, invece, l'agredito valuta esattamente la gravità dell'aggressione e i conseguenti limiti della liceità della sua difesa, ma, nella concitazione del momento, commette un errore inescusabile nell'esecuzione della condotta (dovuto a imprudenza o imperizia nell'uso dei mezzi difensivi) e cagiona all'aggressore un'offesa più grave di quella necessaria e quindi consentita.

Il caso emblematico è quello di Tizio che reagisce ad un'aggressione di Caio brandendo un bastone e, a causa di un'eccessiva energia applicata al mezzo contro la nuca dell'aggressore, lo uccide.

In ogni caso, l'eccesso colposo di difesa si fonda sulla volontà dell'agente di realizzare quel fine che, qualora fossero rispettati i limiti stabiliti dal legislatore, renderebbe giustificato il comportamento, vale a dire la difesa di un diritto proprio o altrui. In altre parole, lo scopo del soggetto agente è lo stesso di chi agisce in legittima difesa, cioè quello di impedire il verificarsi di un evento lesivo di un suo diritto o di un diritto altrui. Ciò che caratterizza il fatto eccessivo colposo – e che lo contraddistingue dal fatto scriminato ex art 52 c.p. – è la circostanza che, per colpa, si realizzi un evento più grave rispetto a quello che sarebbe stato sufficiente produrre per evitare il danno.

Dunque, nonostante il proposito dell'agente di tenere una condotta rispettosa della ratio di cui all'art 52 c.p. – e quindi una condotta conforme a quella scriminata dal legislatore nella medesima norma – il fatto commesso, concretamente, ha oltrepassato i limiti imposti dalla

legge, divenendo eccessivo, cosicché lo stesso, lungi dall'essere scriminato, sarà invece punito.

2.1 L'eccesso di difesa doloso e quello incolpevole (cenni)

Come noto, oggi l'art 55 c.p. è l'unica norma (nel diritto penale comune) che si occupa specificamente dell'eccesso nelle scriminanti.³¹

La norma in questione disciplina però solo una delle varianti psicologiche in cui si può presentare la fattispecie dell'eccesso, vale a dire quella colposa, tralasciando le ulteriori forme dell'eccesso doloso e incolpevole.

Come esplicitamente affermato dalla lettera della norma, infatti, il fatto eccessivo rilevante ex art 55 c.p. è quello che si sia realizzato per colpa (= "*colposamente*").

Ad avvalorare l'ipotesi che la volontà del legislatore fosse quella riservare l'applicabilità di tale disposizione ai soli casi di eccesso colposo concorre la relazione ministeriale sul progetto del codice penale, la quale ribadisce che "l'avverbio *colposamente* scolpisce il sistema che può riassumersi così: fuori della ipotesi di colpa nell'eccesso, non trova applicazione l'art. 55 c.p."³²

Si può dunque certamente affermare che le ulteriori forme dell'eccesso (doloso e incolpevole) non sono ascrivibili al paradigma normativo dell'art 55 c.p. e pertanto restano estranee alla relativa disciplina.

In assenza di una disciplina ad hoc, è opinione consolidata in dottrina e giurisprudenza quella per cui l'eccesso doloso e quello incolpevole nelle cause di giustificazione saranno trattati come un qualunque caso di responsabilità dolosa il primo e come una qualunque ipotesi di condotta incolpevole il secondo.

³¹ Come sottolinea ROMANO, *Commentario sistematico, C.p., I, art 55*.

³² Relazione Ministeriale sul Progetto del codice penale, I, Roma, 1929, p.99.

Nell'eccesso doloso (o volontario) il superamento dei limiti della scriminante è il frutto di una consapevole e deliberata decisione dell'agente, la cui volontà è quella di realizzare proprio il risultato eccedente l'area scriminata.

Un caso emblematico di eccesso doloso di legittima difesa è quello di Tizio che, pur rendendosi conto che basterebbero delle semplici percosse a far desistere un assalitore disarmato, lo ferisce con un coltello allo scopo di provocargli uno sfregio duraturo.³³

Dunque, l'agente, pur avendo correttamente valutato la gravità della situazione aggressiva ed essendo conseguentemente consapevole degli effettivi confini della condotta difensiva scriminata, decide di andare oltre il limite della liceità. I limiti della necessità e della proporzione richiesti dall'art 52,1 c.p. risultano volontariamente superati e la volontà dell'agente tende alla realizzazione di un fine criminoso. Ne deriva che, data l'insussistenza dell'efficacia scriminante dell'istituto di cui all'art 52,1° c.p. ed essendo pacifica in dottrina e giurisprudenza l'impossibilità di ricondurre una simile ipotesi all'art 55 c.p.,³⁴ l'agente sarà chiamato a rispondere del reato commesso per eccesso a titolo di dolo, secondo i principi generali del diritto penale in tema di colpevolezza.

Quanto all'eccesso incolpevole, esso è, insieme all'eccesso colposo, una forma di eccesso involontario. L'eccesso incolpevole si distingue però da quello di cui all'art 55 c.p. per la circostanza che la condotta si presenta comunque priva di connotazioni colpose, in quanto nessun

³³ L'esempio è riportato da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p. 275.

³⁴ Per un'analisi più approfondita si vedano *Ibidem.*; GROSSO, *Eccesso colposo*, in Enc. Giur. Treccani, XII, 1989; ROMANO, *Commentario sistematico c.p.*, I, art 55; SIRACUSANO, voce *Eccesso colposo*.

L'inapplicabilità dell'art 55 c.p. risulta già dai lavori preparatori del codice penale (verbali della relazione ministeriale n.14): il concetto di eccesso si risolve in un abuso del diritto determinato da errore che "se dipendente da dolo, non è più errore, perché se uno erra dolosamente, non erra; errore doloso è una contraddizione in termini".

In giurisprudenza: Cass. pen., 3 marzo 2010, n. 12420; Cass. pen., Sez. I, 15 aprile 1981, n. 148407, secondo cui "l'eccesso volontario, non rientrante nell'art 55 c.p., si inserisce occasionalmente nel rapporto difesa-offesa, che utilizza per la sua affermazione".

rimprovero può essere mosso all'agente per l'aver travalicato i limiti della scriminante. Mentre nella fattispecie di cui all'art 55 c.p. i limiti della scriminante sono travalicati per un errore colposo, cioè per un errore conseguente a condotta colposa, nel caso di eccesso incolpevole il comportamento oggettivamente eccessivo è dovuto ad un errore scusabile, imputato a caso fortuito o forza maggiore.

In maniera speculare rispetto all'eccesso colposo, anche l'eccesso incolpevole può presentarsi nella duplice forma di eccesso dovuto a errore - inabilità o di eccesso dovuto a errore - motivo, ma in nessuna delle due ipotesi l'errore è dovuto a colpa dell'agente.

Si pensi, per esempio, al caso dell'agredito che abbia indirizzato correttamente lo sparo verso parti non vitali dell'aggressore e ne abbia tuttavia causato la morte per effetto di un improvviso ed imprevedibile spostamento della vittima.³⁵

In tal caso, il fatto eccessivo non è stato rappresentato o voluto dal soggetto, né risultava prevedibile e/o evitabile, neppure da parte di un ipotetico agente modello che si fosse trovato nelle medesime circostanze di tempo e di luogo in cui si è trovato l'agente. L'accertata assenza dei profili della colpa comporta la non punibilità dell'agente, conformemente - ancora una volta - ai principi generali di diritto penale in tema di colpevolezza.

La diversità di regime giuridico fra eccesso colposo, doloso e incolpevole è pacificamente riconosciuta in giurisprudenza.³⁶

³⁵ L'esempio è riportato da PADOVANI, voce *Difesa legittima*, p.496.

³⁶ Cass. Pen., Sez. I, 22 novembre 2011, n. 47662: "Ai fini della configurabilità dell'eccesso colposo di legittima difesa, occorre preliminarmente accertare l'eventuale inadeguatezza della reazione difensiva, per eccesso nell'uso dei mezzi a disposizione dell'agredito nel particolare contesto spaziale e temporale nel quale si svolsero i fatti, e successivamente procedere all'ulteriore differenziazione tra eccesso dovuto a errore inescusabile di valutazione ed eccesso consapevole e volontario, poiché soltanto il primo rientra nello schema dell'eccesso colposo, mentre il secondo costituisce scelta volontaria, estranea alla predetta scriminante."

Cass. Pen. Sez. I, 6 novembre 2012, n. 27595: "Deve escludersi la ricorrenza dell'eccesso colposo di legittima difesa quando, alla luce di un giudizio ex ante che tenga conto delle effettive dinamiche fattuali della vicenda, emerga con chiarezza

Assodata l'impossibilità di ricondurre le ipotesi di eccesso doloso ed incolpevole alla fattispecie di cui all'art 55 c.p., contemplando quest'ultima soltanto la forma colposa dell'eccesso, qualcuno in dottrina si è spinto oltre, affermando che in realtà di eccesso in senso proprio può parlarsi solo con riferimento all'eccesso colposo.³⁷

Da una parte, infatti, la qualifica di eccesso non si addice ad una condotta dolosa, poiché la nozione stessa di eccesso presupporrebbe la liceità di una condotta base posta entro un preciso limite di non lesività, il quale venga superato involontariamente. Per cui in realtà sarebbe improprio, per esempio, parlare di omicidio commesso per eccesso doloso di legittima difesa, mentre sarebbe forse opportuno parlare direttamente di omicidio doloso.

D'altra parte, anche l'espressione 'eccesso fortuito' contiene in sé una contraddizione: non si può infatti parlare di eccesso per un'attività non attribuibile al soggetto, poiché la nozione di eccesso implicherebbe la presenza di un minimo coefficiente psichico, cioè un elemento di colpevolezza.³⁸

la reale volontà omicida dell'imputato ed in particolare la sproporzione del mezzo di difesa utilizzato, specie quando si tratti di un arma da fuoco (nella specie, la vicenda riguardava l'uccisione dell'ex marito di una donna, scaturita in seguito ad una lite furibonda tra la vittima e la donna, nel corso della quale era intervenuto l'attuale compagno della stessa che aveva dapprima iniziato una colluttazione con l'antagonista, per poi estrarre una pistola facendo esplodere un colpo mortale che aveva raggiunto l'addome della vittima)."

Cass. Pen. Sez. I, 29 novembre 2012, n. 1490: "Deve escludersi l'eccesso colposo che sottintende i presupposti della scriminante con il superamento dei limiti a quest'ultima collegati, quando si sia accertato l'inadeguatezza della reazione difensiva, sicché, per l'eccesso nell'uso dei mezzi a disposizione dell'agredito in un preciso contesto spazio temporale, si debba escludere che quest'ultimo sia dovuto ad un mero errore di valutazione delle circostanze, ma sia stato invece consapevole e volontario, per cui non rientrante nello schema delineato dall'art. 55 c.p."

³⁷ FARANDA, *L'eccesso colposo: Errore di giudizio ed errore modale nell'art. 55 c.p.*, Milano, Giuffrè, 1988, p.106

³⁸ In senso contrario AZZALI, *L'eccesso colposo*, cit., p.13: "L'eccesso si può concepire come l'offesa che si verifica nella modalità del fatto che valica il limite scriminante, indipendentemente dalla relativa qualificazione colpevole. Il concetto di eccesso, cioè, ricomprende anche il fatto incolpevole, e perciò, non punibile".

3. La ratio del combinato disposto degli articoli 52 e 55 del codice penale

Quanto alla *ratio* dell'eccesso colposo di difesa, si ritiene che un'effettiva comprensione delle ragioni della fattispecie non possa prescindere da una ricostruzione della stessa operata nell'ottica della teoria tripartita del reato.³⁹

Occorre premettere che nell'ambito della teoria tripartita, l'antigiuridicità rappresenta un'autonoma componente della figura criminosa e si sostanzia nella contrarietà del fatto tipico ai valori dell'ordinamento valutato nel suo complesso,⁴⁰ in presenza della quale il fatto è ritenuto illecito e dunque punibile.

L'elemento dell'antigiuridicità è escluso, e con esso l'illiceità del fatto e dunque la punibilità dell'agente, in presenza e nel rispetto dei limiti di una causa di giustificazione o scriminante, quale è, fra le altre, anche la legittima difesa (art 52,1° c.p.).⁴¹

Nell'ottica della teoria tripartita, la fattispecie dell'eccesso colposo di difesa – consistente, come detto, nel superamento per colpa dei limiti della necessità e della proporzione della reazione difensiva richiesti dall'art 52,1° c.p. – comporta la cessazione dell'efficacia scriminante della causa di giustificazione della legittima difesa e dunque la punibilità dell'agente. Il fatto commesso in violazione dei suddetti limiti, infatti, non più scriminato – e quindi antigiuridico –, integra gli estremi di un reato.

In altre parole, l'eccesso consiste nel superamento di un limite di liceità della condotta (nello specifico quello segnato dalla norma scriminante)

³⁹ Secondo la concezione tripartita, il reato si sostanzia in un fatto penalmente tipico, qualificato come antigiuridico, rispetto al quale sussiste l'elemento della colpevolezza dell'agente.

⁴⁰ Dunque, essa è concepita in senso oggettivo (attiene infatti al fatto tipico, cioè alla componente oggettiva del reato) ed è intesa in senso generico (non si identifica con quella di tipo penale, ma è desunta dall'ordinamento nel suo complesso).

⁴¹ Le cause di giustificazione costituiscono infatti dei limiti alla norma incriminatrice, nello specifico limiti che escludono la qualificazione criminosa del fatto. Per un approfondimento circa la scriminante della legittima difesa v. *supra* cap. 1, par 1.

e sotto questo profilo, il fatto eccessivo non è differente da un qualsiasi altro fatto di reato. La punibilità dell'agente è dovuta appunto all'identificazione eccesso-reato, o meglio, fatto eccessivo-fatto illecito. Quanto all'aspetto soggettivo, nella fattispecie derivante dal combinato disposto di cui agli art. 52,1° c.p. e 55 c.p., la colpevolezza dell'agente si presenta nella forma della colpa e, sotto il profilo sanzionatorio, il legislatore ha previsto l'applicabilità delle disposizioni concernenti i delitti colposi, con la conseguenza che il trattamento sanzionatorio è escluso se il fatto eccessivo non è previsto dalla legge come delitto colposo.

La natura del reato commesso per eccesso colposo di difesa è in realtà un aspetto molto controverso. I termini del dibattito ad esso relativo saranno ampiamente illustrati in seguito.⁴² Tuttavia, al momento, è opportuno rilevare che, qualora si sostenga la natura propriamente colposa del fatto eccessivo, allora il trattamento sanzionatorio per esso previsto dovrà essere considerato del tutto coerente ai principi generali d'imputazione soggettiva del fatto.

Qualora invece si prenda in considerazione la teoria, sostenuta da una parte della dottrina, per cui l'eccesso di cui all'art 55 c.p. integra in realtà un reato strutturalmente doloso, si deve ritenere che la stessa norma preveda una vera e propria riduzione di pena: alle ipotesi di eccesso colposo di difesa si applicano infatti le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è previsto come delitto colposo. Dunque, un illecito strutturalmente doloso non viene punito in quanto tale o non viene punito affatto.

Un simile trattamento sanzionatorio è la traduzione, sul piano normativo, della ridotta illiceità del fatto commesso, la quale consegue al superamento dei limiti di una causa di giustificazione.⁴³ Accogliendo

⁴² Vedi *infra*, cap. 2, par 3.

⁴³ MASARONE, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen*, 2004, I, p.1077 e ss. Secondo l'autrice, l'eccesso colposo costituirebbe una causa normativizzata di parziale elisione dell'illiceità del fatto, in ragione del diminuito disvalore d'azione della condotta

la concezione gradualistica dell'antigiuridicità infatti, si deve ritenere che un fatto, nel nostro sistema, può essere lecito o illecito (*tertium non datur*), ma "ciò non esclude che, una volta acquisita l'antigiuridicità del fatto, la si possa poi 'graduare': benché antigiuridico, irrevocabilmente, il fatto può esserlo 'più' o 'meno'".⁴⁴

La logica della 'antigiuridicità graduabile', alla quale è ricondotto l'eccesso colposo, si fonda su una considerazione quantitativa dell'illecito penale. La fattispecie tipica si comporrebbe di un disvalore d'azione e di un disvalore d'evento.⁴⁵ L'assenza di un disvalore d'azione determina dunque l'inesistenza di un illecito penale e può riguardare tanto il piano soggettivo, quanto quello oggettivo:⁴⁶ nel primo caso si sostanzia nella volontà dell'agente di porre in essere una condotta rivolta in modo idoneo all'aggressione di un bene, nonché come violazione evitabile di una regola di diligenza oggettiva alla quale si colleghi la lesione di un interesse tutelato; nel secondo caso il disvalore d'azione si sostanzia nella creazione di un rischio che appaia ad un osservatore medio potenzialmente adeguato alla realizzazione dell'evento offensivo. Il disvalore d'evento si identifica nel contenuto offensivo dell'illecito penale.

Specularmente, per le scriminanti si può ravvisare un valore d'evento e un valore d'azione. Il primo consiste nell'effettiva tutela di un bene di rilievo proporzionale a quello leso e di ulteriori presupposti oggettivi. Il secondo è dato da un aspetto soggettivo, consistente nella rappresentazione e volontà dell'agente di operare in presenza di una

(a sua volta ricollegabile alla presenza di alcuni elementi costitutivi della causa di giustificazione).

⁴⁴ MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. I, Torino, UTET, 1989, cit., p. 186.

⁴⁵ Nella dottrina italiana riconosce tali componenti nella struttura del reato, al fine di affermare la graduabilità dell'illecito: PALIERO, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, CEDAM, 1985.

⁴⁶ La teoria in esame dunque presuppone l'inclusione del dolo e della colpa nella categoria della tipicità ed accoglie dunque la teoria finalistica dell'azione in base alla quale si riconosce un duplice rilievo di dolo e colpa: dapprima sul piano della tipicità del fatto, poi rispetto alla colpevolezza dell'agente.

causa di giustificazione e da un aspetto oggettivo, costituito dalla prospettività ex ante degli elementi oggettivi della scriminante.

Detto questo, la scriminante opera giustificando il fatto tipico mediante un meccanismo di bilanciamento: il valore d'evento e il valore d'azione della scriminante prevalgono sul disvalore d'evento e sul disvalore d'azione che connotano il fatto tipico realizzato dall'agente.

Nel caso di eccesso dai limiti di una causa di giustificazione, il valore soggettivo d'azione costituito dalla rappresentazione e volontà d'agire in presenza dei presupposti di una scriminante è suscettibile di prevalere sul disvalore soggettivo d'azione del fatto tipico doloso: il dolo del fatto eccessivo, sussistente a livello di fatto tipico, dunque, dovrà considerarsi assiologicamente irrilevante. In caso di eccesso colposo residua un disvalore oggettivo d'azione fondato sull'errore colposo circa l'estensione dei limiti della scriminante e su questo si fonda la punibilità dell'agente per colpa.

C'è chi, ispirandosi alla dottrina tedesca,⁴⁷ ha parlato, a proposito dell'eccesso, di una 'situazione quasi scriminante', caratterizzata appunto dalla presenza incompleta degli estremi di una causa di giustificazione.⁴⁸ In questa prospettiva, la disciplina ricavabile dal combinato disposto degli articoli 52,1° c.p. e 55 c.p. è finalizzata ad assicurare un trattamento sanzionatorio più favorevole a chi si renda responsabile di un eccesso colposo di difesa, in ragione della ridotta illiceità del fatto eccessivo.

⁴⁷ La dottrina tedesca sostiene che la riduzione del contenuto illecito del fatto antiggiuridico sia dovuta al fatto che l'autore del fatto "impedisce il sopraggiungere di un'altra lesione di un bene giuridico, contestualmente, quindi, produce un valore di evento che si contrappone al disvalore di evento". D'altra parte, per quanto concerne il disvalore di azione "il superamento dei limiti della legittima difesa non è orientato solo alla lesione di un bene giuridico altrui, ma è sorretto contestualmente dalla volontà di proteggere da pregiudizi i beni giuridici aggrediti e di difendere il diritto contro l'illecito". Così RUDOLPHI, come citato da AZZALI, *L'eccesso colposo*.

⁴⁸ SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, Napoli, Jovene editore, 1998, p. 208 e ss.; MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, cit., p. 186: le "situazioni quasi scriminanti" si caratterizzano per la "presenza incompleta degli estremi di una causa di giustificazione".

4. I presupposti dell'eccesso colposo di difesa

Come detto, perché sia integrata la fattispecie dell'eccesso colposo di difesa, la condotta posta in essere dal soggetto nella commissione del fatto di cui all'art 52,1° c.p. deve divergere dalla condotta scriminata – autorizzata dalla legge in quanto lecita o doverosa – e la divergenza in questione deve essere determinata più esattamente dal superamento per colpa dei limiti della scriminante. Muovendo dalla definizione generale dell'eccesso colposo di difesa, è possibile – anzi, opportuno – procedere ad una disamina dei suoi presupposti.

4.1 La questione circa l'esistenza della scriminante della legittima difesa quale presupposto della relativa fattispecie eccessiva

Secondo la visione giurisprudenziale e dottrinale tradizionale – pressoché pacifica – non può configurarsi la fattispecie di cui all'art 55 c.p., ove non sussista effettivamente la causa di giustificazione di cui si eccedono colposamente i limiti: in altre parole, affinché si ecceda il limite previsto da una scriminante, si dovrà prima verificare la sussistenza della scriminante stessa.⁴⁹

Come è noto, i due macro-elementi costitutivi della legittima difesa consistono nell'esistenza di una situazione aggressiva, data dal pericolo attuale di un'offesa ingiusta ad un diritto proprio o altrui, e di una reazione difensiva che deve essere necessaria e proporzionata rispetto all'offesa.

⁴⁹ Cass. Pen. Sez. I, sent. 14 febbraio 2014, n. 15742: "La norma di cui all'art. 55 c.p. non può trovare applicazione in assenza di scriminante; in effetti, non può essere configurato l'eccesso colposo previsto in mancanza di una situazione di effettiva sussistenza della singola scriminante, di cui si eccedono colposamente i limiti."
Cass. Pen. Sez. I, 10 aprile 2013 n. 18926: "Non può essere configurato l'eccesso colposo previsto dall'art. 55 c.p. in mancanza di una situazione di effettiva sussistenza della singola scriminante, di cui si eccedono colposamente i limiti."

L'esistenza di tali elementi, e quindi della scriminante della difesa legittima, sarebbe dunque presupposto indefettibile dell'eccesso colposo di difesa risultante dal combinato disposto degli articoli 52 e 55 del codice penale.

A ben vedere, però, la logica accolta da tale orientamento giurisprudenziale, peraltro sostenuta dalla Suprema Corte, non è soddisfacente nella totalità delle ipotesi che possono farsi rientrare nell'istituto dell'eccesso colposo.

Indubbiamente la stessa nozione di eccesso di difesa richiede un confronto con tutti i requisiti della relativa scriminante, ma non per questo, ai fini della configurabilità della fattispecie eccessiva, dovranno sempre esistere – in qualità di presupposti – tutti i requisiti previsti dall'art 52, 1° c.p..

I requisiti della legittima difesa irrinunciabili perché possa configurarsi la relativa fattispecie di eccesso colposo saranno diversi a seconda della forma di eccesso presa in considerazione; pertanto sarà compito del giudice analizzare, di volta in volta, la forma adottata al fine di stabilirne i presupposti.

Considerando le possibili forme della fattispecie eccessiva dal punto di vista della sua struttura oggettiva, si può affermare che, se nel caso di eccesso modale (così come definito nel precedente paragrafo) il fatto eccessivo presuppone l'esistenza di un fatto scriminato e quindi la compiuta esistenza – in relazione a quest'ultimo – dei requisiti della scriminante, lo stesso non può dirsi per il caso in cui l'eccesso sia dato da un unico fatto in cui, all'esistenza dei presupposti della scriminante, si contrappone la mancanza dei requisiti che ne rappresentano i limiti. Analogamente, per quanto riguarda le forme dell'eccesso sotto il profilo soggettivo, se nell'ipotesi di eccesso dovuto a errore – inabilità è possibile rintracciare, nella situazione di partenza, tutti i requisiti della causa di giustificazione, i quali, solo in un secondo momento, per colpa, verrebbero superati, lo stesso non si può dire per il caso di eccesso dovuto ad errore - motivo in cui, data la valutazione erronea –

ab initio – della situazione di fatto, non potrà mai ritenersi presente il requisito della necessità, né tantomeno ovviamente quello della proporzione.

Dunque, concludendo, se nei casi di eccesso modale i requisiti della scriminante nella loro totalità si atteggiavano come presupposti del fatto eccessivo, estrinseci a questo in quanto relativi ad un fatto diverso con esso concorrente, nell'altra forma di eccesso, quella caratterizzata dalla contrapposizione presupposti – limiti, solo i presupposti della scriminante si attergeranno come presupposti del fatto eccessivo e, nello specifico, come presupposti intrinseci alla fattispecie.

Pertanto, in quest'ultimo caso, dottrina e giurisprudenza concordano sul fatto che la fattispecie dell'eccesso di difesa verrà ad esistenza nel momento in cui, presenti i requisiti "statici" della legittima difesa (esistenza di un diritto proprio o altrui, pericolo attuale di un'offesa ingiusta), siano superati i requisiti "dinamici" della stessa, requisiti attinenti alla condotta del soggetto agente, vale a dire quelli della necessità e proporzione della reazione difensiva.⁵⁰

Accertato il ruolo e l'importanza che i presupposti della legittima difesa (i cd requisiti statici) assumono in relazione alla relativa fattispecie eccessiva, pare opportuno in questa sede procedere ad un'analisi normativa e giurisprudenziale delle loro caratteristiche.

4.2 Il diritto proprio o altrui

Il "diritto proprio o altrui" rappresenta al contempo l'oggetto contro cui si dirige l'offesa ingiusta ed in favore del quale si esercita la difesa.⁵¹

⁵⁰ MAZZON, *Le cause di giustificazione*, Padova, Cedam, 2006, p. 51; COLOMBO, *Legittima difesa ed eccesso colposo*, in *Foro Ambrosiano*, 2009, fasc. I, p. 3. In proposito v. Cass., sez. V Pen., 11 maggio 2010, n. 26172, in *Cass. Pen.*, 2011, 9, 3044. Nello stesso senso già Cass., sez. V Pen., 14 novembre 2008, n. 2505, in *Cass. Pen.*, 2010, 5, 1832; Cass., sez. I Pen., 25 ottobre 2005, n. 45425, in *De Iure*. Recentemente: Cass., sez. 5 Pen., 8 marzo 2017, n. 11084.

⁵¹ Così T. PADOVANI, *Difesa legittima*, p. 500.

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che il concetto di “diritto” di cui all’art 52 c.p. non possa essere circoscritto ai soli diritti soggettivi *stricto sensu* intesi. L’identificazione del concetto di diritto con il solo diritto soggettivo non è confacente: da una parte, essa è ostacolata dalla natura controversa della nozione di diritto soggettivo, dato che la categoria dei diritti soggettivi ha confini assai mobili e variabili a seconda delle dottrine civilistiche cui si faccia riferimento; dall’altra, una concezione comunque restrittiva del diritto da difendere, finisce per lasciare prive di tutela situazioni giuridiche altrettanto meritevoli di essere tutelate, quali per esempio gli interessi legittimi.

Secondo l’interpretazione dominante, quindi, oggetto del pericolo di un’offesa ingiusta deve essere un diritto inteso come qualsiasi situazione giuridica soggettiva di vantaggio (o attiva).⁵²

Sono perciò ricompresi nel “diritto” ex art 52,1 c.p. i diritti soggettivi, ma le potestà, i diritti potestativi, ma anche gli interessi legittimi,⁵³ allorché se ne possa prospettare la tutela mediante un comportamento “attivamente” orientato verso l’impedimento dell’offesa.

Si parla di interesse *giuridicamente tutelato*, respingendo una teoria per così dire onnicomprensiva, secondo cui si potrebbe reagire a difesa di un qualsiasi interesse socialmente apprezzabile, quale che ne sia la qualificazione giuridica; dunque è esclusa la tutela di una semplice situazione di fatto da cui il cittadino possa trarre una qualche utilità, laddove non sia ravvisabile una qualche tutela giuridica di tale posizione di vantaggio: non sussiste l’elemento del diritto di cui all’art

⁵² La dottrina prospetta talora una nozione ancor più vasta, richiamando, in genere, un interesse giuridicamente protetto. Così, per esempio, GROSSO, *Difesa legittima*, in Enc. Giur. XXXIV, 1974. In senso contrario si veda PADOVANI, *Diritto penale*, X edizione, Torino, Giuffrè, 2012, cit., p.163: “in tale accezione, il riferimento al “diritto” risulterebbe superfluo, dato che il concetto di “offesa” sarebbe già sufficiente ad esprimere la lesione o la messa in pericolo di un interesse tutelato”.

⁵³ Agisce in legittima difesa, per esempio, il candidato che intervenga per impedire che un commissario trasmetta la prova d’esame ad un suo raccomandato.

52,1° c.p., per esempio, nel caso in cui un automobilista danneggi l'automobile altrui per difendere il proprio "diritto" a parcheggiare in uno spazio di un pubblico posteggio che egli aveva occupato per primo tramite la persona della moglie.⁵⁴ In altre parole, non è consentita al singolo una reazione difensiva per fatti per i quali costui non potrebbe chiedere tutela giurisdizionale alcuna.

L'interesse, oltre che giuridicamente tutelato, deve altresì essere individuale, cioè riferibile ad un soggetto determinato, come confermato dalla lettera della norma, la quale non si riferisce genericamente alla necessità di difendersi da un'offesa ingiusta, ma menziona espressamente il "diritto proprio o altrui" quale oggetto comune della difesa e dell'offesa. La nozione di diritto evocata dall'art 52,1 c.p. quindi è più ristretta di quella di bene giuridico tutelato o di interesse giuridicamente protetto in quanto restano esclusi gli interessi pubblici, collettivi e quelli diffusi, quali per esempio la tutela dell'ordine pubblico o la tutela dell'ambiente: il *quivis de populo*, per esempio, non può malmenare un soggetto per impedirgli di sversare rifiuti tossici in un corso d'acqua, a meno che tale comportamento non pregiudichi il diritto di proprietà (o altri diritti) suo(i) o di un terzo. Ciò si spiega in ragione della ratio dell'art 52,1 c.p.: la difesa legittima è infatti mezzo di autotutela e non esercizio autorizzato dei poteri di polizia.⁵⁵ Diverso è il caso in cui l'interesse – apparentemente collettivo – rappresenta in realtà la proiezione di interessi individuali: si tratta per esempio del caso dell'incolumità pubblica che è espressione sintetica con cui si designa la vita e l'integrità fisica di una pluralità di persone (per cui potrà reagire in legittima difesa, a tutela

⁵⁴ Cass. Sez. I, 17 novembre 1999, in Giur.it., 2002, p.135. Esaminando il caso specifico in cui una persona aveva reagito violentemente a chi tentava di sottrarle il posto per un parcheggio sul suolo pubblico, la corte ha stabilito che la priorità acquisita nell'occupazione è una situazione di mero fatto, non contemplata dall'ordinamento, e che dunque la condotta non poteva sussumersi al concetto stabilito dall'art. 52 c.p. della condotta offensiva, come anche in via diretta la reazione, peraltro postuma, non poteva considerarsi legittima.

⁵⁵ Sul tema v. *supra*, par. 1.

di un proprio diritto, colui che sorprenda un soggetto ad appiccare un incendio o a collocare un ordigno esplosivo).

La qualificazione del diritto ex art 52,1 c.p. come interesse individuale, personale, non è messa in discussione dalla previsione della possibilità di difesa di un diritto altrui: il "soccorso difensivo" a tutela di un diritto altrui infatti è ammesso, ma a condizione che tale diritto sia riferibile ad un soggetto determinato. Il diritto altrui salvaguardato, quindi, deve rientrare nella medesima categoria di diritti che l'autore del soccorso difensivo potrebbe legittimamente tutelare qualora l'aggressione lo riguardasse direttamente.

Per quanto riguarda il contenuto del diritto difendibile, è ormai indiscusso il fatto che tra le posizioni giuridiche tutelabili rientrano tutti i cd diritti della personalità (diritto alla vita, all'integrità fisica, alla libertà personale, sessuale, libertà di domicilio...), ma anche i diritti di carattere patrimoniale (diritto di proprietà, altri diritti reali, il possesso, i diritti sulle opere dell'ingegno, ecc.).⁵⁶

La situazione giuridica tutelata può consistere anche in un diritto di credito, ma, perché si possa parlare di legittima difesa, il creditore deve limitarsi a difendersi dal rischio di non vedere soddisfatta la propria pretesa (emblematico è il caso in cui il proprietario di un ristorante trattenga il cliente che intende allontanarsi senza pagare il conto fino all'arrivo della polizia).⁵⁷

⁵⁶ L'estensione dell'efficacia della scriminante alla tutela di ogni diritto rappresenta uno dei tratti innovativi della legittima difesa prevista dal Codice Rocco rispetto a quella contemplata dal previgente Codice Zanardelli il quale, non diversamente da quanto accadeva sotto l'impero dei codici preunitari, manteneva saldo il principio secondo cui i diritti patrimoniali e i beni non sono di per sé lecitamente difendibili.

⁵⁷ Si noti che tale ipotesi deve essere distinta da quella, non ricompresa nell' art 52,1 c.p., in cui il titolare del credito faccia valere la sua pretesa direttamente tramite la costrizione del debitore (come ad es. nel caso dell'affittante che entri illecitamente nell'azienda affittata non ancora restituita, nonostante la scadenza del termine). Tale condotta integra infatti gli estremi di un esercizio abusivo delle proprie ragioni, incriminato espressamente agli artt. 392 e 393 c.p.

4.3. Il pericolo

Sussistendo un diritto che presenti le suddette caratteristiche e che integri quindi gli estremi del “diritto” menzionato dall’art 52,1 c.p., presupposto necessario per la configurabilità della fattispecie dell’eccesso di difesa è che su tale diritto gravi il pericolo di un’offesa ingiusta.

La nozione di pericolo indicata dall’art. 52,1° c.p. coincide sostanzialmente con quella che contraddistingue i reati di pericolo in concreto, cioè le fattispecie incriminatrici che richiedono al giudice di valutare l’effettiva idoneità della condotta tipica a porre in pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma. Il pericolo consiste in un livello apprezzabile di probabilità – valutata alla luce delle leggi di scienza ed esperienza – che si verifichi la lesione.⁵⁸ Il criterio di valutazione del pericolo è di carattere probabilistico, fondato quindi sull’*id quod plerumque accidit*, oltre che su regole di conoscenza. Quanto all’accertamento del requisito del pericolo, in dottrina ci si è chiesti se nel giudizio circa la sua esistenza, si debba far riferimento esclusivamente agli elementi relativi al tempo della condotta difensiva

– chiedendosi se un uomo medio, idealmente posto nella situazione in cui si è trovato l’agente, avrebbe ritenuto probabile la verifica dell’evento lesivo, sulla base delle circostanze al momento conoscibili o concretamente conosciute dall’agente stesso – o se invece la situazione di pericolo debba essere valutata prendendo in considerazione tutti gli elementi materiali che oggettivamente potevano incidere sulla situazione, compresi quelli emersi, *ex post*, alla conclusione della vicenda. È evidente che nel caso del rapinatore

⁵⁸ Questa è la nozione approvata unanimemente dalla dottrina (PADOVANI, *Voce Difesa legittima*; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*; GROSSO, *Voce Legittima difesa*; MANTOVANI, *Diritto penale*; MARINUCCI – DOLCINI, *Diritto penale: Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2002; ROMANO, *Commentario sistematico c.p.*, I, art 55, et al.) ed è quella maggiormente idonea ad evitare gli opposti estremi di una valutazione in termini di ‘mera possibilità’ dell’offesa (in base alla quale sarebbe sempre ravvisabile la scriminante) o, al contrario, di certezza o alta probabilità del suo verificarsi (per cui verrebbe meno la ratio stessa della legittima difesa).

armato di una pistola giocattolo perfettamente simile ad una vera, il pericolo risulta ben diverso, a seconda che lo si valuti in base a ciò che appare al momento dell'aggressione o, dopo il suo epilogo, quando il rapinatore sia stato ucciso dalla persona minacciata.⁵⁹ Non mancano argomentazioni contrarie all'opportunità di un giudizio ex ante di prognosi postuma in concreto.

Si può innanzitutto osservare come un simile criterio di giudizio porti alla pratica indistinguibilità fra causa di giustificazione reale e putativa: nell'ipotesi sopra citata infatti dovrebbe essere ravvisato un pericolo reale e quindi una legittima difesa reale del presunto aggredito, con la conseguenza che la sua condotta difensiva dovrebbe ritenersi non solo scusata, ma anche lecita sul piano oggettivo, sebbene in base ad una valutazione della totalità delle circostanze – incluse quelle apprese ex post – sarebbe da riconoscere la chiara esistenza di un errore sulla scriminante ex art 59 ul. co. c.p. e quindi una legittima difesa putativa.

Contro tale condotta difensiva si potrebbe arrivare a riconoscere poi, sulla base della medesima tecnica di rilevazione del pericolo, una difesa reale non meno legittima in capo al presunto aggressore. Si ammetterebbe quindi una legittima difesa reciproca, andando incontro ad un'aporia sistematica paradossale.

La dottrina più accreditata (Padovani, Grosso, Mantovani) propende quindi per l'adozione di un diverso modello di accertamento del pericolo: il pericolo deve essere valutato in termini rigorosamente obiettivi, tenendo conto non solo delle circostanze conosciute e conoscibili ex ante da una persona giudiziosa, ma anche di quelle apprese ex post.

Per cui, per continuare nell'esempio, il soggetto minacciato che uccida il suo rapinatore, ignorando che quest'ultimo gli ha in realtà puntato contro una pistola giocattolo, non sarà scriminato in base all'art 52 c.p., né potrà essere accusato di eccesso di legittima difesa, non essendosi

⁵⁹ L'esempio è di PADOVANI, *Difesa legittima*, p.501

egli trovato in una reale situazione di pericolo; semmai, potrà andare esente da pena per il venir meno dell'elemento della colpevolezza in base all'art 59 ult. co. c.p., avendo erroneamente supposto gli estremi della scriminante.

Quando infatti il pericolo appare come tale *"agli occhi erranti di qualche homunculus – ex ante"*,⁶⁰ ma non esiste nella realtà, non vi è ragione di facoltizzare il sacrificio di un bene, per cui, la reazione del presunto aggredito, seppur scusata ex art 59 ult. co. c.p., resterà oggettivamente antigiuridica; e perciò contro tale reazione sarà ammessa una legittima difesa da parte del presunto aggressore.

4.3.1 L'attualità del pericolo e la fattispecie dell'eccesso estensivo di difesa

Requisito essenziale del pericolo di cui all'art 52,1 c.p. è, secondo quanto espressamente previsto dal legislatore, quello della sua attualità.

Il pericolo dunque deve essere presente, "in corso", "in atto",⁶¹ mentre non ha alcuna rilevanza l'esistenza di un pericolo passato né futuro.

Il pericolo è passato quando, al momento della reazione, si sia già risolto in ragione di fattori esterni, o quando l'offesa si sia ormai già consumata. In queste ipotesi, venendo meno la necessità di prevenire un'offesa, la condotta difensiva perde il suo connotato teleologico e non può più essere considerata tale, assumendo piuttosto le sembianze di una condotta vendicativa.⁶²

⁶⁰ MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, cit., p.132.

⁶¹ Così GORSSO, *Legittima difesa*, in Enc. Dir. XXIV.

⁶² Cass. Sez. I, 26 febbraio 1971, Praticò, in Cass. Pen. 1972, p.1558: "se l'aggressore sia stato disarmato, l'uso dell'arma passata in mano all'aggredito non potrà essere giustificato da una volontà difensiva preventiva".

Cass. 15 novembre 1972, in Giust. Pen, 1974, II, p. 7: "non c'è pericolo attuale quando l'aggredito ha disarmato l'aggressore".

Cass. 15 aprile 1999, De Rosa, in Cass. Pen. 2000, per la quale non è giustificabile il fatto commesso quando l'offensiva si è esaurita.

Cass. Pen. Sez. I, 11 dicembre 2013, n. 6118: "Non è legittimamente invocabile l'eccesso colposo in legittima difesa da parte dell'imputato il quale, dopo aver

Siamo invece in presenza di un pericolo qualificabile come futuro ogniqualvolta risulti ancora possibile ricorrere all'intervento dell'autorità pubblica, affinché questa provveda ad apprestare le misure idonee contro il rischio del verificarsi dell'offesa. In tal caso, un'eventuale condotta difensiva non potrà integrare gli estremi di una legittima difesa, ma si risolverà piuttosto in una mera difesa preventiva.⁶³

Dunque, l'attualità risulta un requisito irrinunciabile del pericolo, se si vuole rispettare la ratio dell'art 52, 1° c.p.

Il pericolo attuale è dato da un'offesa imminente, ormai sul punto di realizzarsi. Sorge nel caso di una concreta minaccia – già in corso di attuazione nel momento della reazione – la quale faccia percepire appunto il pericolo come realtà presente e non come eventualità futura.

Secondo un orientamento consolidato in dottrina e in giurisprudenza, sono ricompresi nella nozione di pericolo attuale anche il quello imminente e quello perdurante.

Nel caso di pericolo imminente, la condotta illecita comportante l'offesa non ha avuto ancora inizio, ma sussiste comunque una situazione che, se non interrotta, potrebbe sfociare – con alta probabilità – in una lesione del diritto. In altre parole, l'iniziativa aggressiva non è stata ancora avviata, ma circostanze univoche fanno ritenere che essa probabilmente sarà attuata.

A sostegno della riconducibilità del pericolo imminente a quello attuale di cui all'art 52,1° c.p., è stato evidenziato come la stessa norma non richieda, perché si configuri l'attualità, che sia in atto l'offesa, ma che sia in atto il pericolo di un'offesa, il quale si identifica non solo con la minaccia di un'offesa imminente, ma altresì con l'esistenza di una

disarmato la vittima che lo aveva minacciato con una pistola, riesca a frapponere tra sé e l'avversario l'ostacolo di una autovettura in sosta ed in quella situazione esploda al suo indirizzo due colpi di pistola il secondo dei quali con esito mortale, giacché ormai al di fuori esso imputato di una situazione per sé pericolosa suscettibile di diversa valutazione apprezzabile per colpa.”

⁶³ Cass. Sez. I 27 gennaio 2010, n. 6591, in Cass. Pen. 2011, 569.

situazione pericolosa in corso al momento della reazione e che si protrae fin quando l'aggressione non si esaurisca. ⁶⁴ È doveroso comunque precisare che non si può prescindere, in tal caso, dal postulare che la condotta dell'aggressore manifesti apertamente la sua decisione all'offesa e non sia quindi solo subdola ed equivoca.

Relativamente al momento iniziale dell'attualità del pericolo, è stato sostenuto in dottrina che questo coinciderebbe con il limite della rilevanza penale del tentativo. Sarebbe richiesta pertanto una prossimità dell'offesa, la quale dovrebbe essere rivelata da atti di esecuzione o al più da atti ad essi immediatamente precedenti. Secondo tale orientamento, sussiste un pericolo imminente nel caso, per esempio, dell'aggressore che con fare minaccioso si avvicini all'aggredito brandendo un cacciavite, mentre tale pericolo è escluso in caso di danno solo verbalmente preannunziato alla vittima, o di aggressione solo verbalmente preannunziata come imminente ("io ti ammazzo!"); ugualmente, non costituisce pericolo imminente la mera comparsa di un individuo che l'imputato sa essere animato da propositi di vendetta nei propri confronti.

Una parte della dottrina ha ulteriormente precisato però che l'elemento dell'attualità del pericolo non deve essere valutato soltanto in senso strettamente cronologico, specialmente nei casi in cui un'eventuale attesa dell'imminenza temporale dell'offesa renderebbe probabilmente inefficace la reazione difensiva.

Per chiarire questo punto può essere utile muovere dall'analisi di un caso concreto.

⁶⁴ In questo senso: BOSCARRELLI, voce *Legittima difesa (diritto penale)*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XVIII, 1988; PADOVANI, *Difesa legittima*, cit., p.503 il quale sottolinea che l'art 52 c.p. "concepisce l'offesa come oggetto del pericolo e non come danno in via di realizzazione". In giurispr.: Cass. Pen. Sez. I, 16 marzo 1987: definisce il pericolo attuale come "esistenza di una situazione chiaramente diretta a provocare danno alle persone o alle cose, tuttora in divenire e tale che la sua cessazione non può che necessariamente dipendere dall'intervento di colui che intende rimuovere le cause dell'imminente lesione". Cass., 19 gennaio 1984, n. 2771, Bertoncin, in CP 1985, p. 1094; Cass. 16 marzo 1987, Cioffi, in Cass. Pen. 1989, p.367 definisce pericolo attuale "l'esistenza di una situazione chiaramente diretta a provocare un danno".

Emblematico, a tal proposito, è il caso della ragazza che, non potendo fuggire, uccida il violentatore mentre questi sta dormendo, nella consapevolezza che questi, al suo risveglio, la sottoporrà nuovamente a violenza sessuale.

Sulla base di una valutazione del concetto di attualità del pericolo in termini meramente cronologici, la ragazza non potrebbe uccidere il suo aggressore mentre costui sta dormendo; se però la ragazza attendesse il momento immediatamente precedente alla successiva violenza sessuale e solo allora uccidesse l'aggressore, allora sarebbe scriminata.

Questa soluzione, seppur rispettosa della lettera dell'art 52,1° c.p., tradisce la ratio della scriminante stessa, cioè quella di permettere al soggetto di neutralizzare il pericolo in tutte quelle situazioni in cui la forza pubblica non appaia in grado di assicurare una tutela al cittadino. Secondo tale dottrina, alla luce di un'interpretazione teleologica dell'istituto della legittima difesa, pur in assenza di una rigorosa prossimità cronologica della verifica del danno, è ragionevole ritenere che la reazione della vittima possa essere giustificata anche nel primo caso, posto che l'attesa dell'imminenza della lesione sarebbe tale da rendere inefficace la reazione difensiva.

Si ammette dunque che ci sia attualità del pericolo anche quando, pur non essendo ancora né imminente né già in atto il verificarsi dell'offesa, sia comunque necessario agire subito, cioè 'ora o mai più'. In questa eventualità si può dire che il requisito dell'attualità del pericolo viene interpretato come attualità della necessità difensiva rispetto al momento in cui il soggetto agisce.⁶⁵

La giurisprudenza però non è dello stesso avviso; in un caso come quello in esame, il giudice sarebbe chiamato a compiere un giudizio prognostico che, come tutte le prognosi, è suscettibile di errore; in altri termini, quando il pericolo è futuro non è possibile avere alcuna certezza sul fatto che ci sarebbe stata l'effettiva lesione della posizione

⁶⁵ Così BALSANO, *La legittima difesa*, Padova, Exeo editore, 2016, p.20 e ss.

giuridica per la quale si reagisce. L'ordinamento non può tollerare la rinuncia ad un diritto certo come quello di cui è titolare l'aggressore, per un rischio inevitabilmente incerto.⁶⁶ Tale incertezza spiega perché molto spesso la legittima difesa anticipata non sia ritenuta ammissibile dalla giurisprudenza.

Quanto al pericolo perdurante, questo sussiste quando la lesione è in corso e possono esserne evitati gli ulteriori sviluppi, ritenuti probabili alla luce del contegno dell'agente-aggressore (pertanto non potrà riscontrarsi tale ipotesi di pericolo quando l'aggressore, esaurita la propria condotta, si stia allontanando dall'agredito, voltandogli le spalle).⁶⁷

In caso di pericolo perdurante, l'esposizione alla potenziale lesione del bene giuridico si protrae con chiarezza nel tempo, senza essere interrotta da "intervalli innocui": pertanto tale pericolo non sussiste nel caso del debitore che, duramente percosso dal creditore per non aver rispettato una scadenza, prima si reca da un parente per farsi prestare la somma dovuta all'aggressore-creditore e poi, al momento dell'incontro con costui, anziché consegnargli il denaro, lo uccide a colpi di fucile.⁶⁸

Rappresentano sicuramente situazioni di pericolo perdurante quelle che si vengono a creare nei casi di reato permanente in cui vi è una continuità nell'offesa del bene giuridico, che rende lecita la reazione difensiva in qualsiasi momento sino alla cessazione della permanenza. Per fare un esempio, nel caso di sequestro di persona ex art 605 c.p., la persona sequestrata potrà ben reagire contro il pericolo dell'ulteriore protrarsi della condizione di prigionia.

Diverso e bisognoso di ulteriori precisazioni è il caso dei reati abituali, caratterizzati da una reiterazione nel tempo di comportamenti

⁶⁶ Così, Cass. Pen. Sez. II. Sent. 4 luglio 2013, n. 41078, in www.italgiure.giustizia.it.

⁶⁷ Cass. 28 settembre 78, in Riv. Pen., 1979, p. 622: "non c'è pericolo attuale quando l'agredito sta allontanandosi"

⁶⁸ Cass., 20 marzo 1992, Patané, in Giust. Pen. 1993, II, p.21.

offensivi, intervallati, tuttavia, da apprezzabili soluzioni di continuità. In tali casi, l'attualità del pericolo sarà configurabile solo nel corso di ogni singola condotta aggressiva, ossia quando la situazione di pericolo, costante e "latente", si manifesta in una situazione di concreto pericolo di offesa nell'immediato. Pertanto, parte della dottrina, in linea con gli orientamenti della giurisprudenza, ritiene che non sarà scriminabile la donna maltrattata che, per porre fine alla sua condizione di sofferenza, uccida il marito che è solito rendersi responsabile di violenze nei suoi confronti, essendo la donna maltrattata in grado di esperire una strada alternativa, consistente nella denuncia del marito violento prima dell'attualizzarsi del pericolo. Una dottrina meno severa sostiene che, ai fini della configurazione di un pericolo attuale nei reati abituali, sia sufficiente la circostanza che si presentino le condizioni che solitamente determinano la condotta di reiterazione: così, nel caso dell'energumeno che, abitualmente, rientrando la sera ubriaco maltratta i familiari, il solo fatto che il soggetto abbia varcato l'uscio di casa in pieno stato di ebbrezza sarà idoneo a generare un pericolo attuale.

Attuale è anche il cd pericolo di consolidamento dell'offesa che sussiste quando la lesione non si è ancora consolidata, non essendosi completato il passaggio dalla situazione di pericolo a quella di danno effettivo. Così, nel caso del ladro che, dopo aver sottratto la cosa, tenta di impossessarsene fuggendo con la refurtiva, è lecita, sussistendo gli altri requisiti della scriminate, la reazione dell'agredito finalizzata a rientrare nel possesso della cosa.

Chiarite le caratteristiche e i confini dell'attualità del pericolo, assodato che tale requisito riveste un ruolo essenziale nell'economia della legittima difesa, cosicché la sua assenza impedisce l'esistenza della scriminante di cui all'art 52,1° c.p., occorre precisare che, riguardo al ruolo che esso svolge ai fini della configurabilità o meno dell'eccesso di difesa, la dottrina è divisa.

La giurisprudenza dominante e una parte della dottrina ritengono che, essendo l'attualità del pericolo un presupposto imprescindibile della legittima difesa, essa debba ricorrere, conseguentemente, anche in relazione alla corrispondente fattispecie eccessiva.

Secondo altri,⁶⁹ invece, come precedentemente accennato, non sempre l'attualità è un elemento imprescindibile ai fini dell'eccesso di difesa. Esiste infatti, a detta di questa parte della dottrina, una fattispecie di eccesso di difesa, detto eccesso estensivo, la quale si sostanzia, appunto, nel mancato rispetto dei limiti temporali della scriminante, cioè dell'attualità del pericolo.

Occorre però precisare che l'eccesso estensivo può assumere due forme – vale a dire quella dell'eccesso estensivo tardivo e quella dell'eccesso estensivo anticipato – rispetto alle quali l'assenza dell'attualità incide in modo diverso.

In caso di eccesso estensivo tardivo, l'attualità del pericolo viene meno nel senso che questo è passato. Il fatto quindi viene realizzato quando ormai il pericolo o l'aggressione non incombono più sul bene che si voleva proteggere con la condotta tipica: Tizio, ferito gravemente da Caio per un "regolamento di conti" spara nei confronti del suo aggressore che sta già allontanandosi dal luogo del delitto; oppure Tizio danneggia l'auto di Caio per aprirla e utilizzarla al fine di trasportare Sempronio all'ospedale, quando ormai sta già arrivando l'ambulanza.⁷⁰

Relativamente a tale ipotesi di eccesso estensivo è condiviso – e difficilmente criticabile – quell'orientamento dottrinale che nega la rilevanza di una parziale realizzazione della scriminante della legittima difesa, negando dunque anche l'eventuale applicazione della disciplina prevista per le ipotesi di eccesso colposo nelle cause di giustificazione. Un'opinione contraria finirebbe per disattendere la

⁶⁹ SCHIAFFO, *Le situazioni quasi scriminanti*, p. 234 e ss.; ROMANO, *Commentario sistematico c.p.*, I, art 55.

⁷⁰ Gli esempi sono riportati da SCHIAFFO, *Le situazioni quasi scriminanti*, p. 237.

stessa ratio della norma, dato che quello dell'attualità del pericolo costituisce, da questo punto di vista, un limite invalicabile se non si vuole trasformare la reazione difensiva in uno strumento di giustizia privata.

Diverso è il caso di eccesso estensivo anticipato.

In tal caso il pericolo non è attuale nel senso che è futuro. L'elemento comune a tutte le ipotesi di eccesso estensivo anticipato è dato dalla potenziale, futura attualità del pericolo.

Nelle ipotesi di eccesso estensivo anticipato, pur sussistendo il pericolo che un bene giuridico subisca un'offesa ingiusta, tale pericolo non è ancora attuale.⁷¹

In tal caso, l'esistenza di un pericolo, seppur non attuale, renderebbe opportuno dare rilevanza alla parziale realizzazione della scriminante della legittima difesa, permettendo quindi che alla relativa fattispecie eccessiva – che nel caso specifico assumerebbe appunto la forma di eccesso estensivo anticipato – si applichi, qualora sia ravvisato l'elemento psicologico della colpa, la disciplina dell'eccesso colposo nelle cause di giustificazione. L'attualità non sarebbe quindi proibitiva: non sarebbe considerata elemento costitutivo imprescindibile della fattispecie eccessiva, ma rivestirebbe il ruolo di limite all'autorizzazione normativa a reagire.

Detto questo, è evidente che lo spazio di operatività di questa fattispecie di creazione dottrinale è del tutto dipendente dall'estensione del concetto di attualità del pericolo: quanto più ampi risultano i confini dell'attualità, tanto più ristretto sarà l'ambito di applicabilità di tale fattispecie di eccesso.

Dunque, non si può negare che, accogliendo un concetto di attualità del pericolo assai ampio, tale da ricomprendere anche le ipotesi di pericolo imminente e perdurante, si finisce per lasciare uno spazio piuttosto

⁷¹ La dottrina puntualizza a questo proposito la differenza fra l'esistenza del pericolo e il requisito dell'attualità come specificazione temporale del primo.

ristretto all'operatività della fattispecie di eccesso estensivo di difesa anticipato.

4.3.2 Involontarietà e inevitabilità: requisiti impliciti del pericolo?

Secondo la giurisprudenza e parte della dottrina, il pericolo attuale di un'offesa ingiusta dovrebbe essere ulteriormente caratterizzato dai requisiti della involontarietà e inevitabilità della sua maturazione.

La produzione non volontaria del pericolo, non esplicitamente menzionata nell'art 52,1° c.p., è invece espressamente richiesta dal legislatore ai fini dell'operatività della scriminante dello stato di necessità di cui all'art 54 c.p. in base al quale "non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo".

L'interpretazione dell'inciso "pericolo non volontariamente causato" ha suscitato ampi dibattiti dottrinali, il primo dei quali ha riguardato l'oggetto della volontà rilevante ai sensi dell'inciso *de quo*.

Secondo la dottrina maggioritaria, ai sensi dell'art 54 c.p., "non voluto" deve essere anche l'evento stesso di pericolo e non semplicemente la sua causa, cioè l'azione che lo ha originato.

Data l'assenza di indizi legislativi idonei a chiarire la proposizione equivoca, sono state addotte, a conferma della suddetta diffusa opinione dottrinale, argomentazioni di carattere logico, sistematico e storico.

In primo luogo, è stato rilevato come il legislatore che avesse voluto inequivocabilmente fare riferimento alla sola volontà della causa del pericolo avrebbe potuto avvalersi di espressioni maggiormente chiare, quali "pericolo non imputabile ad una causa volontaria"; ancora, avrebbe potuto scrivere "purché il pericolo non derivi da una condotta volontaria" e via dicendo.

D'altra parte, invece, qualora avesse voluto riferirsi alla volontà dell'evento, avrebbe potuto semplicemente parlare di "pericolo non voluto", ma tale espressione avrebbe reso dubbia ed equivoca la necessità di un rapporto causale fra la condotta dell'agente ed il pericolo.⁷²

Dimostrata la possibilità del legislatore di utilizzare espressioni più chiare e inequivoche per esprimere il concetto di una volontà riferita alla condotta e appurato che tale possibilità non gli era data invece per esprimere il concetto di una volontà dell'evento di pericolo, si può concludere, mediante un ragionamento a contrario, che il legislatore del 1930 abbia optato per l'inciso di cui all'attuale art 54 c.p. in assenza appunto di proposizioni inequivoche e maggiormente adatte ad esprimere la sua intenzione, cioè quella di riferire l'avverbio "volontariamente" all'evento di pericolo e non semplicemente alla condotta.⁷³

Nel senso di questa interpretazione estensiva deve essere valutata anche la circostanza che l'inciso attualmente previsto ha sostituito quello di cui all'art 52 del Progetto definitivo del codice penale Rocco, il quale parlava di "pericolo non volontariamente causato": tale sostituzione può essere interpretata come una volontà del legislatore di chiarire che non solo la condotta, ma anche l'evento deve essere investito dalla volontà perché venga meno l'esimente di cui all'art 54 c.p.⁷⁴

Ulteriore oggetto di divergenze dottrinali è poi il significato dell'avverbio "volontariamente". Esso sta ad indicare una semplice

⁷² Qualora il legislatore avesse parlato semplicemente di "pericolo non voluto" avrebbe finito per escludere dall'alveo di applicazione della norma anche il caso di chi, per esempio, intenda produrre un pericolo, ma ponga in essere una condotta inidonea a raggiungere lo scopo voluto. Tale soluzione risulta irragionevole considerando che fra la condotta dell'agente ed il pericolo deve intercorrere necessariamente un rapporto causale giuridicamente rilevante.

⁷³ Così: GROSSO, *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo nello stato di necessità e nella legittima difesa in Studi in onore di F. Antolisei*, II, Milano, Giuffrè, 1956, p.55 e ss.

⁷⁴ Così: GROSSO, *Il requisito della produzione*, p.55 e ss.

“volontà della condotta” secondo l’accezione psicologica insita in tale espressione? Oppure è un sinonimo di “dolosamente”? O comprende ogni forma di colpevolezza?

La risposta preferibile, pur non sorretta dalla lettera della legge, sembra essere quella che dà rilievo anche alla semplice colpa, arrivando a considerare l’indicazione della volontà come sinonimo di colpevolezza.

Una simile estensione della portata dell’avverbio “volontariamente” e la conseguente inapplicabilità della scriminante a chi, dolosamente, o anche per colpa, si sia reso responsabile dell’insorgere del pericolo, è da ritenere ragionevole – alla luce di una interpretazione logica della lettera dell’art 54 c.p. – per l’esigenza di temperare la necessità che taluno ha di salvare sé od altri dal pericolo di un danno grave alla persona con quella che, a sua volta, un innocente ha di essere garantito contro possibili ragioni di insicurezza. Tale esigenza permette appunto di interpretare la norma in modo tale da negare l’esimente a chi, per sua imprudenza o negligenza, ha prodotto la situazione di pericolo, per sfuggire alla quale ha commesso un reato.⁷⁵

Il soggetto in pericolo quindi, conformemente all’orientamento della dottrina e della giurisprudenza prevalenti, potrà essere scriminato solo se incolpevole, vale a dire essendosi trovato nella situazione di pericolo senza averla egli stesso colposamente determinata.

Individuato il significato della formula “pericolo non volontariamente causato” di cui all’art 54 c.p., si tratta di capire se sia possibile la sua inserzione, in via interpretativa, nella scriminante della difesa legittima e se quindi tale requisito negativo debba sussistere perché possa configurarsi la relativa fattispecie di eccesso.

La giurisprudenza dominante, come anticipato, dà una risposta affermativa.

Una parte minoritaria della dottrina, in accordo con la giurisprudenza dominante, ritiene che la subordinazione della tipicità della difesa

⁷⁵ *Supra*, v. nota 74

legittima alla verifica della clausola negativa di cui all'art 54 c.p. deriverebbe, anzi sarebbe implicita, nei requisiti della necessità della reazione e dell'ingiustizia dell'offesa. Quanto alla necessità della difesa, essa è inconciliabile con la previsione del pericolo e con la libera accettazione di esso.

Dunque, l'esimente non è applicabile a chi agisce nella ragionevole previsione di determinare una reazione aggressiva, accettando volontariamente la situazione di pericolo da lui determinata, in quanto in tal caso la reazione difensiva di costui non sarà più necessaria, ma liberamente voluta.⁷⁶

Per quanto riguarda l'ingiustizia dell'offesa, si ritiene che qualora l'agredito determini con fatto proprio, o concorra a determinare con l'aggressore la minaccia attuale del suo diritto, non si potrà parlare del fatto dell'aggressore come fatto ingiusto.⁷⁷

Tali argomentazioni hanno ricevuto le critiche della dottrina prevalente.⁷⁸ Quanto alla prima, è stato obiettato che il requisito della necessità deve opportunamente essere preso in considerazione solo dopo che il pericolo è sorto, vale a dire nel momento in cui l'agredito si difende, momento in cui egli si trova di fatto nella necessità di reagire, pur se ha concorso a concretare la minaccia.

Quanto alla seconda, anch'essa è stata criticata sotto un profilo logico: è irragionevole infatti sostenere che la circostanza che l'agredito abbia volontariamente cooperato alla produzione della situazione di pericolo comporti il venir meno dell'ingiustizia dell'offesa; se ciò fosse vero si dovrebbe anche ammettere che non è punibile il soggetto che commetta un reato reagendo ad una provocazione; ma ciò è smentito

⁷⁶ In questo senso, PETTOELLO – MANTOVANI, *Volontarietà del pericolo e legittima difesa*, in Riv. Pen, II, 1955, p.886; in giurisp.: Cass. Sez. I, 14 febbraio 2006, n. 15025, in CP 2007, 2064. Conformi: cass., sez. I, 9 novembre 2011, n. 2654, CED 251834; Cass. Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 12740, CED 252352.

⁷⁷ Cass. Pen., sez. I, 2 aprile 1992, Pellini. Cass., 11 maggio 1980, Rivista penale 1980, p. 987.

⁷⁸ Per tutti GROSSO, v. *Legittima difesa*, in Enc. Dir. XXIV, p. 27 e ss.

dallo stesso diritto positivo il quale considera la provocazione una mera circostanza attenuante ex art 62 n. 2 c.p..

Al di là di queste specifiche contestazioni, il carattere superfluo della involontarietà del pericolo nella legittima difesa è stato sostenuto in dottrina⁷⁹ sulla base di un'osservazione di carattere più generale: data la vicinanza – topografica, ma non solo dello stato di necessità e della legittima difesa, il fatto che il legislatore abbia specificato tale requisito nell'una, ma non nell'altra, deve indurre a ritenere che la sua volontà fosse proprio quella di assoggettare i due istituti ad una disciplina differente.

Le due soluzioni fino ad ora prospettate – quella per cui il requisito dell'involontarietà del pericolo ex art 54 c.p. sarebbe presupposto tacito della scriminante ex art 52 c.p. e quella per cui lo stesso non avrebbe invece alcuna rilevanza ai fini dell'applicabilità della legittima difesa – non sono le uniche possibili.

Ad una analisi più attenta della questione in esame infatti, è stato osservato che, pur ammettendo che non sia applicabile alla legittima difesa il requisito dell'involontarietà del pericolo di cui art 54 c.p. così come definito da dottrina e giurisprudenza in relazione allo stato di necessità, non è escluso che si possa applicare alla scriminante ex art 52,1° c.p. una porzione soltanto di questo requisito, facendo rilevare solo una volontà particolarmente qualificata. Dunque, secondo tale orientamento dottrinale, l'avverbio “volontariamente” di cui all'art 54 c.p., applicato alla legittima difesa, non ha la stessa estensione che gli è stata attribuita parlando della scriminante dello stato di necessità: non è quindi sinonimo di “colpevolmente”, ma richiede l'intenzionalità del soggetto che cagiona il pericolo.⁸⁰

⁷⁹ FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*, p. 297; MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 254. ⁸⁰ Questa risulta peraltro una soluzione rispettosa della diversità della ratio delle due scriminanti in parola e della circostanza non trascurabile che nella legittima difesa, a differenza di quanto accade nello stato di necessità, viene meno l'esigenza di tutela di terzi innocenti, esigenza che giustifica invece il carattere così esteso del concetto di volontarietà nello stato di necessità.

Solo nel caso in cui l'agente abbia intenzionalmente cagionato la situazione di pericolo quindi sarà inapplicabile la legittima difesa.

Tale impostazione si concilia con l'orientamento, dominante in giurisprudenza, secondo il quale non è possibile invocare la legittima difesa e nemmeno la relativa fattispecie di eccesso nei casi di chi commetta reati nell'ambito di una rissa;⁸¹ o in occasione di un duello o di una sfida (lanciata o anche liberamente accolta);⁸² o a seguito di provocazione intenzionalmente diretta a suscitare l'aggressione di taluno, allo scopo di poterlo colpire impunemente.

La stessa giurisprudenza peraltro, apportando un temperamento ai principi sopra enunciati, ammette l'operatività della scriminante nei casi in cui, pur avendo il soggetto cagionato volontariamente la situazione di pericolo, costui si ritrovi a fronteggiare un pericolo più grave di quello ex ante prevedibile o sia destinatario di una offesa sproporzionata (sempre ovviamente in presenza di tutti gli altri requisiti richiesti dall'art 52,1° c.p.).⁸³ Quella parte della dottrina fermamente contraria ad una introduzione, in via interpretativa, del requisito della involontarietà del pericolo come presupposto tacito della legittima difesa (Fiandaca, Mantovani, Grosso), ribadisce però l'irreperibilità, nel sistema italiano, di alcun indizio che confermi la possibilità di inserire nella fattispecie ex art 52 c.p. il requisito negativo

⁸¹ Cassazione penale sez. I, 18 aprile 2013 n. 23883: "L'accertato contesto di rissa impone di escludere la scriminante della legittima difesa e tanto impedisce, alla radice, di configurare l'ipotesi dell'eccesso."

Cass. Pen., sez. I, 26 gennaio 1993, n. 710: "Al reato di rissa, ed a quelli commessi nel corso di essa, non è applicabile la legittima difesa perché i corrissanti sono animati dall'intento reciproco di offendersi ed accettano la situazione di pericolo nella quale volontariamente si sono posti, sicché la loro difesa non può dirsi necessitata".

⁸² Cass. Pen. Sez. I, 10 luglio 2013, n. 29481: "La legittima difesa non è neppure invocabile da parte di colui che accetti una sfida o si ponga volontariamente in una situazione di pericolo dalla quale è prevedibile o ragionevole attendersi che derivi la necessità di difendersi dall'altrui aggressione".

⁸³ Recentemente: Cass. Pen., sez. I, 26 novembre 2012, n. 45969: "L'esimente della legittima difesa può essere riconosciuta in relazione al reato di rissa quando, esistendo tutti gli altri requisiti voluti dalla legge, vi sia stata una reazione assolutamente imprevedibile e sproporzionata, ossia una offesa che, per essere diversa e più grave di quella accettata, si presenti del tutto nuova, autonoma ed in tal senso ingiusta".

de quo e osserva come l'inapplicabilità della scriminante ai casi in cui il soggetto abbia accettato o suscitato il pericolo sia riconducibile più semplicemente alla ratio della scriminante stessa, inconciliabile con l'atteggiamento, nella sostanza aggressivo, di chi provoca l'altrui aggressione o comunque volontariamente si espone al pericolo di una tale aggressione.

Sempre a differenza dello stato di necessità, la difesa legittima non subordina espressamente la rilevanza del pericolo attuale alla circostanza che esso non sia "altrimenti evitabile".

Nonostante questo, la giurisprudenza dominante ritiene inapplicabile la legittima difesa e la relativa fattispecie eccessiva qualora l'agente, che ragionevolmente ritenga di trovarsi in una situazione di pericolo, sebbene sia in grado di sottrarsi all'eventuale e temuta aggressione senza compromettere la sua dignità, accetti tale situazione di pericolo e reagisca.

Qualora il pericolo risulti evitabile, infatti, verrebbe meno la costrizione a difendersi, intesa come alternativa fra il reagire ed il subire l'offesa.⁸⁴

4.4. L'offesa ingiusta

L'offesa di cui all'art 52, 1° c.p. consiste in una lesione del diritto. Essa può essere realizzata mediante un'azione, ma anche mediante un'omissione. In altri termini, la causa di giustificazione di cui all'art. 52,1° c.p. è invocabile non solo quando il pericolo al diritto sia provocato da un comportamento materiale dell'aggressore, ma anche allorché tale rischio sia conseguenza del fatto che questi non compie una determinata azione, che sarebbe invece suo dovere fare. Perciò si qualifica come aggressione ingiusta l'omesso impedimento di un

⁸⁴ Per una trattazione più approfondita della questione si rinvia al par. 5.1 del presente capitolo.

evento lesivo, ai sensi dell'art. 40,2° c.p., ovvero l'omissione costitutiva di un reato omissivo improprio (ad esempio la fattispecie di cui all'art. 593 c.p.).⁸⁵ Si pensi, per fare un esempio, all'omissione di soccorso: la configurabilità della legittima difesa è indubbia nel caso in cui, colui che invochi tale scriminante costringa con la forza un soggetto a prestare soccorso ad una persona che si trova in pericolo; non risponde quindi di violenza privata la persona che si pone davanti alla vettura il cui conducente si stia allontanando, in modo da fermarlo e costringerlo a caricare in macchina un individuo in difficoltà, e garantire così a quest'ultimo cure maggiormente tempestive.⁸⁶

Non è richiesto, differentemente da quanto accadeva sotto la vigenza del codice Zanardelli, che la condotta aggressiva sia violenta,⁸⁷ ma necessariamente deve trattarsi di una condotta umana (più precisamente attribuibile ad una persona fisica).⁸⁸ Pertanto si esclude la rilevanza del pericolo di un'offesa scaturente da cose inanimate o da animali, salvo il caso in cui quest'ultimi siano usati come uno strumento nelle mani dell'effettivo aggressore (caso emblematico, a tal proposito, è quello del cane aizzato contro l'agredito). Quando però la cosa o l'animale siano riconducibili alla sfera giuridica di un soggetto

⁸⁵ L'art 40,2° c.p. statuisce che "non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico d'impedire, equivale a cagionarlo". Si definiscono omissivi impropri quegli illeciti penali nei quali il legislatore attribuisce rilievo al mancato adempimento di un obbligo giuridico, soltanto nella misura in cui questo è causa dell'evento dannoso o pericoloso.

⁸⁶ L'esempio è ripreso da BALSANO, *La legittima difesa*, p.***, oggetto e requisiti della legittima difesa. Sul punto, per ulteriori approfondimenti: PADOVANI, *La condotta omissiva nel quadro della difesa legittima*, in Riv. It., 1970, p.675 e ss.

⁸⁷ All'art 49,1° n.2 del codice penale del 1889 si prevede, infatti, che non sia punibile colui che ha commesso il fatto "per esservi stato costretto dalla necessità di respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta". Le espressioni "respingere" e "violenza" rimandano all'idea di una "contrapposizione fisica" tra offensore e aggredito. Nel codice Rocco la legittima difesa si svincola dal limite di tale contrapposizione fisica, estendendosi potenzialmente a qualunque contesto aggressivo, a qualunque reato (anche se quelli che assumono maggiore rilevanza sono i delitti di omicidio e lesioni personali, in occasione dei quali più frequentemente si invoca l'istituto della legittima difesa).

⁸⁸ Si ritiene opportuno escludere che l'aggressione possa derivare da una persona giuridica al fine di scongiurare il rischio di legittimare reazioni difensive rivolte contro l'ente, ma che colpiscono di fatto persone fisiche diverse da quelle che hanno materialmente proceduto all'aggressione in nome dell'ente.

(es. proprietario, custode...), sarà a quest'ultimo che andrà oggettivamente imputato il pericolo cagionato da questi: l'inadempimento del dovere di custodia sulla cosa o sull'animale sarà considerato come 'offesa' realizzata mediante condotta omissiva ai sensi dell'art 52,1° c.p.

Ne deriva che la reazione difensiva dell'agredito sarà lecita, sia che si diriga direttamente contro l'animale, sia che si diriga contro il soggetto tenuto alla sua custodia al fine di costringerlo a neutralizzare il pericolo.

Peraltro, la reazione diretta contro l'animale, sia esso selvatico o di proprietà di qualcuno, resta sempre atipica in quanto gli artt. 544 bis e 544 ter c.p. puniscono rispettivamente l'uccisione e il maltrattamento di animali solo quando il fatto tipico sia commesso "senza necessità". Requisito essenziale dell'offesa è la sua ingiustizia.

Secondo un orientamento dottrinale consolidato,⁸⁹ l'offesa ingiusta è quella recata in modo ingiustificato (*non iure*), vale a dire arrecata al di fuori di qualsiasi norma che la imponga (adempimento del dovere legittimo) o la autorizzi (esercizio del diritto, consenso dell'avente diritto, legittima difesa, uso legittimo delle armi). È stato abbandonato l'orientamento ermeneutico tradizionale che qualificava l'offesa ingiusta come meramente anti-giuridica (*contra ius*), vale a dire recata in violazione di norme dell'ordinamento giuridico che tutelano l'interesse minacciato. È ormai pacifico che il requisito dell'ingiustizia dell'offesa non debba essere identificato nell'illiceità panale del fatto offensivo:⁹⁰ tale interpretazione tradizionale infatti, non solo rischia di rendere il concetto di ingiustizia 'pleonastico' – essendo l'estremo dell'anti-giuridicità implicito nel concetto di offesa ad un diritto o ad un

⁸⁹ GROSSO, v. *Legittima difesa*; MANTOVANI, *Diritto penale*; FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*, PADOVANI, v. *Difesa legittima*, ROMANO, *Commentari sistematico, c.p., I, art 52*; e altri.

⁹⁰ Siffatta differenza era presente anche in seno alla giurisprudenza, dove a fronte di un orientamento che circoscrive la nozione di offesa ingiusta alle altrui condotte anti-giuridiche, un altro ritiene di privilegiare un'interpretazione estensiva del termine 'ingiustizia'. Così Cass. Pen. Sez. IV, Sent. 29 settembre 2006, n. 32282, in www.altalex.com.

interesse protetto – ma riduce anche drasticamente l'operatività della legittima difesa e le ipotesi di configurabilità della relativa fattispecie eccessiva, poiché porta a circoscrivere il concetto di offesa ingiusta alle sole offese colpevoli.

A ben vedere, qualificando l'offesa ingiusta come penalmente illecita si finisce per non avere alcun riguardo per la ratio dell'istituto della legittima difesa. L'illiceità penale infatti dipende da una somma di requisiti psichico-soggettivi che, certamente rilevanti per fondare una responsabilità e giustificare l'irrogazione della pena, non hanno alcun significato in relazione alla funzione della legittima difesa: rispetto alla finalità di consentire l'autotutela conservativa di un interesse giuridico minacciato non può avere alcuna importanza il fatto che l'aggressione costituisca o meno un illecito penale suscettibile di fondare la responsabilità di chi lo commette.⁹¹

L'interpretazione dell'offesa ingiusta come offesa *non iure* o *sine iure*, maggiormente rispettosa della ratio dell'art 52,1° c.p., permette di reagire per legittima difesa nei confronti di offese volontarie o colpose, ma anche incolpevoli (perché, ad es. provenienti da un soggetto naturalisticamente incapace o non assistite dal coefficiente psicologico della colpa; oppure perché commesse in difesa legittima solo putativa; oppure perché commesse in esecuzione di un ordine criminoso insindacabile ecc.); inoltre, è ammessa la legittima difesa nei confronti delle offese provenienti dagli immuni o di quelle provenienti da cose o animali altrui, contro le quali, come detto, è ammessa la reazione difensiva verso il custode o verso gli stessi.

È infine pacificamente ammessa la difesa legittima quando l'offesa dell'aggressore sia stata provocata dal fatto ingiusto del soggetto (poi) aggredito, poiché l'offesa è pur sempre non giustificata dall'ordinamento. Si tratta della cd legittima difesa del provocatore, possibile comunque solo entro i limiti della imprevedibilità e sproporzione della reazione del provocato.

⁹¹ PADOVANI, *Legittima difesa*, p. 506.

Più discussa è l'ipotesi dell'offesa arrecata dalla condotta di chi si trovi in stato di necessità (art 54 c.p.). Ponendo, per esempio, il caso di Tizio che, inseguito da un malvivente intenzionato ad ucciderlo, cerchi di rifugiarsi nell'abitazione di Caio, ci si chiede: può reputarsi ingiusta l'offesa arrecata da Tizio? E di conseguenza: è lecita la reazione violenta – integrante il reato di lesioni – con cui Caio tenta di impedirgli di entrare in casa? La dottrina prevalente ammette l'applicabilità della legittima difesa, sostenendo che al terzo innocente non può essere imposto di subire il sacrificio di un proprio interesse. Secondo tale orientamento dottrinale, la condotta necessitata resta oggettivamente antigiuridica (lo stato di necessità, in casi come questo, assume infatti il ruolo di scusante) e arreca un'offesa ingiusta ai sensi dell'art 52 c.p.. Una tesi minoritaria sostiene invece che la potenziale convergenza delle due scriminanti non può essere risolta aprioristicamente, ma solo attraverso un raffronto tra i valori coinvolti nella vicenda concreta (G.A. De Francesco). Ne deriva che l'offesa sarà da ritenersi ingiusta, e la difesa legittima potrà quindi trovare applicazione, solo laddove l'agredito sia minacciato da un pericolo analogo a quello che incombe sul soggetto necessitato (ciò accade per esempio quando il soggetto necessitato sia minacciato nella vita e l'agredito nell'integrità fisica; ma lo stesso non vale quando il pericolo dell'offesa gravi, per fare un esempio, su un diritto patrimoniale dell'agredito).

5. Necessità e proporzione della reazione difensiva come elementi di discriminazione fra lecito e illecito

È ormai chiaro che l'eccesso di difesa si sostanzia in un fatto che risulta eccessivo rispetto a quello scriminato dalla legittima difesa ex art 52,1°c.p..

Altrettanto chiaro è che il carattere eccessivo del fatto deriva da un travalicamento dei limiti imposti dalla necessità e dalla proporzione della reazione difensiva rispetto all'offesa.

Date per certe tali premesse, la cui validità è pacifica, non restano dubbi circa l'importanza del ruolo che gli elementi della necessità e della proporzione della reazione difensiva rivestono ai fini dell'applicabilità della legittima difesa, da una parte, e in relazione alla configurabilità della corrispondente fattispecie eccessiva dall'altra.

Nello specifico, da una parte, in presenza di tali elementi, il fatto dell'agredito di cui all'art 52,1° c.p. risulta conforme a quello scriminato dalla medesima norma e l'istituto della legittima difesa potrà svolgere, nei confronti del soggetto agente, il ruolo scriminante che gli è proprio, nel rispetto della ratio della norma che lo contempla. Dall'altra, il travalicamento della necessità o della proporzione della reazione difensiva rende il fatto dell'agredito eccessivo rispetto alla situazione aggressiva, cosicché, esclusa l'operatività della scriminante, si creano invece le basi per la punibilità del soggetto per eccesso di difesa.

Dunque, si può dire che necessità e proporzione rappresentino la linea di demarcazione fra l'area del penalmente lecito e dell'illecito.

Data la rilevanza della presenza o dell'assenza di tali elementi, ai fini rispettivamente dell'applicazione della scriminante della legittima difesa e della configurazione della relativa fattispecie di eccesso, si ritiene opportuna un'analisi dei loro contenuti e delle loro caratteristiche.

5.1. La necessità della condotta difensiva

Per quanto riguarda la necessità della condotta, la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria⁹² concordano sul fatto che la condotta difensiva può dirsi necessaria in presenza di tre condizioni.

La prima consiste nella circostanza che il soggetto aggredito sia stato costretto a difendersi. La costrizione a difendersi, valutata in termini

⁹² FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*; PADOVANI, *Diritto penale*; MANTOVANI, *Diritto penale*; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*.

oggettivi – nel rispetto del principio della rilevanza oggettiva delle scriminanti –,⁹³ consiste nell'effettiva inesistenza di alternative lecite idonee a neutralizzare il pericolo.⁹⁴

Sebbene, secondo una parte della dottrina, la costrizione a difendersi e la necessità siano elementi diversi (tanto che sono spesso trattati separatamente), un'opinione dottrinale diversa, seguendo l'orientamento della giurisprudenza, ritiene che questi siano strettamente connessi, nel senso che, perché si possa parlare di condotta difensiva necessaria, si richiede che l'agredito non si sia potuto sottrarre al pericolo dell'offesa senza offendere a sua volta l'aggressore; in altre parole, si richiede che l'agredito si sia trovato di fronte all'alternativa bloccata fra l'offendere e il subire.⁹⁵

In applicazione di tale principio, è stata esclusa, per esempio, l'esistenza della necessità della difesa nell'ipotesi di installazione di apparecchiature per intercettazioni telefoniche (costituenti reato ai sensi dell'art. 617 bis c.p.) per difendersi da insistenti molestie a mezzo

⁹³ Il principio in questione è espresso dall'art 59,1° c.p. in base al quale "le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute o da lui per errore ritenute inesistenti". Dunque, la rilevanza delle cause di giustificazione è oggettiva, nel senso che prescinde sia dalla conoscenza o meno da parte dell'agente degli estremi delle relative fattispecie sia dalla presenza di altri momenti soggettivi.

⁹⁴ Quello della costrizione è un concetto assai controverso. Secondo l'interpretazione obiettivistica – sostenuta dalla dottrina prevalente –, la costrizione coincide con la sussistenza stessa di una situazione aggressiva in cui l'agredito venga a trovarsi (anche senza rendersene conto: si pensi, ad esempio, al cacciatore che, scambiandolo per una lepre, uccida un altro cacciatore in procinto di sparare a sua volta su di lui). Dunque, l'inciso "costretto dalla necessità" di cui all'art 52,1° c.p., pur evocando immediatamente, nel corrente uso del linguaggio, l'idea di un significato psicologico, deve essere interpretato oggettivamente e non in senso psicologico - soggettivo come situazione di chi è determinato ad agire contro la sua volontà. Secondo l'interpretazione soggettivistica, invece, la costrizione presuppone la rappresentazione del pericolo da parte dell'agredito e un condizionamento, per mezzo della stessa, della sua volontà (in questa prospettiva la liceità della difesa sarebbe esclusa qualora l'agredito supponesse erroneamente la giustizia dell'offesa). In senso critico va però osservato che, pur apparendo la più fondata dal punto di vista letterale, tale lettura è difficilmente conciliabile con la *ratio* della scriminante, fondata sulla necessità di difesa del bene giuridico ingiustamente aggredito, a prescindere da ogni condizione di rimproverabilità dell'agente.

⁹⁵ Cass. Pen., 18 aprile 1977, in *Riv. Pen.* 1977, p. 833; Cass. Pen., Sez. I, 14 novembre 1990: "la reazione deve essere necessaria nel senso che deve sussistere l'impossibilità di scegliere fra più soluzioni ed agire diversamente."

del telefono, sulla base del rilievo che in tali ipotesi il cittadino è tenuto a rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere tutela.

Sulla base di tali considerazioni inoltre la giurisprudenza, come anticipato, esclude l'esistenza della necessità nel caso di offesa consapevolmente accettata o di pericolo volontariamente cagionato dall'agredito (cioè nelle ipotesi di reati commessi nell'ambito di una rissa, di un duello o di una sfida) e di pericolo evitabile.⁹⁶

A proposito di quest'ultimo aspetto, tradizionalmente si discute se la necessità venga meno quando l'agredito possa mettersi in salvo con la fuga.

Indubbiamente, la necessità di cui si discute è una necessità di fatto e non giuridica: il soggetto, in via di principio, è giuridicamente libero di difendersi o no. Tale osservazione ha indotto taluni ad affermare che, se il soggetto ha la possibilità di evitare l'aggressione, non può invocare la scriminante in parola, salvo che non gravino su di lui speciali obblighi di reazione.

A rigore di logica, la necessità non esiste quando il soggetto può salvarsi mediante mezzi alternativi alla difesa, cioè quando può optare per una soluzione diversa da quella consistente nell'offesa all'aggressore.

Ci si domanda quindi se, e in quali limiti, possa essere imposta all'agredito l'alternativa della fuga.

Certamente è ormai superata la concezione eroico-cavalleresca in base alla quale l'agredito non deve mai fuggire perché la fuga sarebbe indice di viltà e, in quanto tale, sarebbe capace di compromettere l'onore del soggetto.

⁹⁶ In senso contrario PADOVANI, *Difesa legittima*, cit., p.510: "la necessità, riferendosi alla condotta dell'agredito nel momento in cui è tenuta, non ha alcun rapporto di implicazione con l'inevitabilità del pericolo: il pericolo può essere evitabile con la massima facilità senza ricorrere alla difesa, ma, posto che di fatto non sia evitato, può risultare poi inevitabile la reazione; e, per converso, il pericolo può essere assolutamente inevitabile, ma risultare evitabile il mezzo difensivo in concreto adottato."

Secondo una concezione più matura, più vicina ai giorni nostri, l'agredito è tenuto a fuggire quando vi sia un *commodus discessus*, cioè la possibilità di un allontanamento non pericoloso, né disonorevole.

Dunque, la ritirata deve essere innanzi tutto sicura e agevole. Ciò accade, per esempio, nel caso di colui che, una volta raggiunta la propria automobile, ha la possibilità di allontanarsi dall'aggressore senza pregiudizio per sé o per altri; oppure nel caso di chi ha la possibilità di serrare la porta di casa di fronte a dei malintenzionati. Lo stesso non si può dire invece, nel caso dell'agredito che si debba allontanare voltando le spalle ad un aggressore armato o nel caso di una fuga in automobile pericolosa per l'agredito o per terzi utenti.

Dunque, per individuare le ipotesi di *commodus discessus*, si ricorre al criterio del bilanciamento degli interessi: il soggetto non è tenuto a fuggire quando con la fuga esporrebbe sé od altri ad un probabile danno eguale, superiore, o anche di non molto inferiore a quello che si arreca all'aggressore difendendosi. Pertanto, si riconosce la sussistenza della necessità a favore dell'agredito che uccida l'assalitore allo scopo di non provocare, mediante la fuga, una lesione grave a sé stesso.

Un'opinione consolidata sostiene, inoltre, che la ritirata dell'agredito deve essere moralmente accettabile, quindi non vergognosa. Secondo tale dottrina, fermo restando che l'ordinamento non può incoraggiare la spavalderia o la iattanza, sarebbe eccessivo affermare che, quante volte l'agredito possa porsi in salvo con la fuga, anche con una *turpis fuga*, egli sia obbligato a fuggire e la sua eventuale difesa sia illegittima. Dunque, la fuga dovrebbe essere tale da non trasformarsi in un disonorevole abbandono del campo, ma dovrebbe permettere all'agredito di preservare un minimo di decoro.

L'onore dell'agredito sarebbe anch'esso oggetto del suddetto bilanciamento di interessi e sarebbe in grado di giustificare una sua

reazione difensiva, benché di fatto potesse essere evitata mediante un allontanamento dello stesso.⁹⁷

Ma, sulla base di una più attenta valutazione dell'attuale sistema di valori che caratterizza il nostro ordinamento, una più recente opinione, peraltro accolta dalla dottrina più autorevole, sostiene che la tutela dell'onore non è più in grado di giustificare la lesione di diritti di una certa rilevanza dell'aggressore, quando tale lesione sarebbe potuta essere evitata senza alcun rischio personale per l'agredito, mediante un semplice allontanamento. Pertanto, si ritiene che la salvaguardia della dignità dell'agredito potrà giustificare una reazione limitata all'immobilizzazione o alle percosse, ma non l'uccisione o il ferimento dell'aggressore, da parte di chi poteva fuggire.

Relativamente al *commodus discensus*, occorre chiarire che la possibilità di un *discensus* per l'agredito deve essere valutata nel momento dell'aggressione, ossia nel momento in cui il pericolo è attuale, mentre si esclude che possa richiedersi un *commodus discensus* "preventivo" al fine di evitare un'aggressione solo ipotetica e futura: invero, un'aggressione ancora ipotetica che si ha il semplice timore di dover subire, non realizza un'alternativa nella quale possa identificarsi un "altrimenti evitabile" modo di ovviare ad un pericolo, che appunto, ancora non sussiste e che potrebbe anche non manifestarsi. La seconda condizione richiesta perché si possa parlare di una reazione difensiva necessaria è che la condotta abbia effettivamente neutralizzato, in tutto o in parte, il pericolo di un'offesa cui si reagisce. La condotta necessaria di cui all'art 52,1° c.p. è quindi quella per mezzo della quale si ottiene l'effettiva salvaguardia del bene ingiustamente minacciato. Si può facilmente intuire che la condotta, sotto questo profilo, può essere qualificata come necessaria soltanto ex post: una condotta astrattamente idonea – secondo un giudizio ex ante – a neutralizzare il pericolo, la quale però non si riveli efficace in concreto,

⁹⁷ In giurispr.: Cass. Pen. sez. I, 10 febbraio 1984, CP 1985, p. 2016; Cass. Pen., sez. IV, 12 ottobre 1993, GP 1994, II, p.310.

non è riconducibile alla condotta richiesta dall'art 52,1° c.p. ed è destinata a restare anti giuridica, salvo poi la possibilità di una esclusione della punibilità del soggetto agente sul piano della colpevolezza.

Esemplificando, è senza dubbio priva di necessità la reazione di chi, in procinto di subire una lesione patrimoniale, si affrettasse a distruggere una cosa dell'aggressore per realizzare una sorta di vendetta "anticipata".⁹⁸

Ultima condizione richiesta per la sussistenza dell'elemento della necessità è che il fatto offensivo in cui consiste la reazione difensiva non possa essere sostituito da un altro, meno dannoso, ma comunque idoneo ad assicurare la tutela dell'agredito.

Si richiede dunque che l'agredito, nel difendersi, ricorra al mezzo di difesa che, a parità di efficacia reattiva, risulti meno offensivo per l'aggressore. Per fare un esempio, consideriamo il caso di Tizio che, minacciato di morte da Caio che lo stava inseguendo con un coltello, potrebbe paralizzare l'avversario sia sparandogli alle gambe con una pistola, sia colpendolo al capo o al torace. La scelta necessaria è ovviamente rappresentata dalla prima alternativa.

Dunque, la necessità della condotta difensiva equivale, sotto questo profilo, all'inevitabilità altrimenti dell'offesa, cioè all'impossibilità del soggetto di difendersi dall'aggressore con un'offesa meno grave di quella arrecata. La condotta difensiva tenuta dal soggetto aggredito deve quindi essere inevitabile. Si tratta però sempre di una inevitabilità relativa: la necessità della condotta sarà pertanto esclusa ogniqualvolta esista una condotta alternativa meno lesiva, a patto che questa appaia egualmente efficace rispetto alla tutela del bene e che non esponga il soggetto a pericoli ulteriori.

Il giudizio circa la necessità-inevitabilità della condotta infatti non è assoluto, ma la reazione deve essere inevitabile in rapporto alle risorse difensive dell'agredito.

Dunque, nel valutare l'esistenza o meno della

⁹⁸ L'esempio è riportato da PADOVANI, *Difesa legittima*, p.511

necessità si deve tener conto di tutte le circostanze del caso concreto (mezzo difensivo a disposizione, forza fisica delle persone coinvolte, condizioni di tempo e di luogo, modalità dell'aggressione, ecc.). Ne deriva che una reazione ritenuta necessaria e quindi giustificata per un soggetto debole che si trovi in circostanze oggettive sfavorevoli, può non essere considerata tale qualora l'agente sia un soggetto fisicamente robusto che si è trovato in circostanze spazio-temporali maggiormente favorevoli.

Per concludere, in assenza della costrizione a difendersi, dell'effettiva idoneità della condotta a neutralizzare il pericolo o della inevitabilità del fatto offensivo in cui si sostanzia la reazione difensiva non si potrà mai affermare l'esistenza dell'elemento della necessità.

5.2. La proporzione fra difesa e offesa e i termini del relativo giudizio

La reazione difensiva, come detto, può dirsi legittima quando, oltre ad essere necessaria, risulta anche proporzionata.

L'art 52,1° c.p. richiede infatti espressamente l'esistenza di una proporzionalità fra difesa e offesa.

La previsione del requisito della proporzione come limite di operatività della legittima difesa, assente nel previgente codice Zanardelli ed introdotto solo con il codice del 1930, rappresenta un contro-bilanciamento della scelta dei compilatori del codice vigente di estendere l'applicabilità della scriminante ai diritti patrimoniali.⁹⁹

L'ampliamento dell'ambito di operatività della legittima difesa operato dal codice Rocco ha rappresentato una novità rispetto al previgente codice Zanardelli, il quale ammetteva l'applicabilità della scriminante

⁹⁹ Lav. Prep. del Cod. Pen e del Cod. di Proc. Pen, vol. IV, 1929: il nuovo codice consente la legittima difesa di ogni diritto e quindi anche dei diritti patrimoniali, autorizzando così la reazione difensiva a tutela d'ogni diritto di qualsiasi specie o natura.

solo nei casi di violenza alla persona o di aggressioni al domicilio e al patrimonio nei quali fosse però implicato anche un pericolo per la vita o per l'incolumità individuale.

L'estensione apportata dal Codice Rocco però, come evidenziato dalla dottrina più attenta, portava con sé il rischio che la necessità di difendere un interesse patrimoniale potesse giustificare persino l'uccisione dell'aggressore.

L'esigenza di evitare simili conseguenze ha indotto i compilatori a introdurre l'elemento della proporzione, che può quindi essere inteso come un correttivo al maggior campo di applicazione riconosciuto alla scriminante. Ne deriva che la ratio del requisito in questione è quella di rispondere ad un'esigenza di misura, di equilibrio fra la gravità dell'aggressione e la difesa.¹⁰⁰

Si può dire che attraverso l'introduzione del requisito della proporzione della difesa rispetto all'offesa, l'ordinamento abbia compiuto una precisa scelta sistematica, nel senso che ha esplicitamente escluso che l'aggressore, in quanto tale, debba sempre sopportare tutte le conseguenze che derivano dalla propria condotta illecita ed ha invece optato per una soluzione che tenga conto dell'importanza degli interessi in conflitto, risolvendo la legittima difesa in un bilanciamento di interessi.

La proporzione dunque realizza quel compromesso fra negare la difesa privata e ammetterla senza limiti.

Ciò premesso, la questione più delicata e più dibattuta in dottrina è quella relativa all'identificazione dei termini del giudizio di proporzionalità. Da questo punto di vista, il requisito della proporzione è quello che ha comportato i maggiori problemi applicativi, soprattutto per l'assenza di un criterio normativo mediante il quale verificare l'esistenza di siffatta condizione. Dottrina e giurisprudenza hanno tentato di colmare in via interpretativa tale lacuna normativa. Un

¹⁰⁰ Questa era appunto l'opinione prevalente in seno alla Commissione parlamentare per la redazione del codice presieduta dal senatore D'Amelio.

esame completo della questione, pertanto, richiede un'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione sul tema e un resoconto dell'interpretazione che la dottrina ha fornito del dettato normativo del codice penale.

Secondo un primo orientamento – sostenuto al momento dell'entrata in vigore del codice dalla giurisprudenza e da una dottrina minoritaria, ma oggi senz'altro in via di superamento –, la proporzione dovrebbe intercorrere fra i mezzi difensivi a disposizione dell'agredito e quelli effettivamente impiegati, potendo prescindere da qualsiasi valutazione dei beni giuridici in conflitto.

Dunque, la legittima difesa potrebbe essere invocata – ed è esclusa quindi la fattispecie dell'eccesso – anche da chi, reagendo, abbia provocato un'offesa maggiore di quella a lui minacciata, purché il mezzo impiegato fosse l'unico a disposizione.¹⁰¹

La tesi della proporzione fra mezzi va incontro però ad obiezioni difficilmente superabili. Innanzitutto, è stata osservata la sua incompatibilità con la lettera dell'art 52,1° c.p. che richiede una proporzione fra difesa e offesa (intesa quest'ultima nel senso di una lesione o messa in pericolo dell'interesse protetto). Stando a quanto espressamente richiesto dal legislatore, non pare che la tesi della proporzione fra mezzi possa essere accolta, a meno che – e ciò pare veramente assurdo – non si voglia identificare la difesa con i mezzi utilizzati e l'offesa con quelli disponibili.¹⁰²

¹⁰¹ In dottrina MANZINI, *Trattato di diritto penale*, p.311: "il confronto va fatto fra i mezzi che l'agredito aveva a propria disposizione e i mezzi da lui adoperati. Se questi erano i soli, che in concreto, rendevano possibile la ripulsione dell'offesa altrui, non si avrà eccesso punibile, per quanto grande sia il male subito dall'aggressore."; in giurispr.: Cass., Sez. V, sent. 1262 del 1969; Cass. 23 marzo 1965, in *Giur. It.*, 1966, II, cit., p.365: "sussiste la legittima difesa, senza che debba parlarsi di eccesso colposo, qualora l'agente abbia reagito solo con il mezzo di cui, all'atto dell'aggressione, poteva disporre, indipendentemente dall'entità del danno risentito dall'aggressore"; Cass. Pen., Sez. V, 6 dicembre 1968, in *Cass. Pen.* 1970

¹⁰² Così PADOVANI, V. *Difesa legittima*, p.512

In secondo luogo, il raffronto fra mezzi utilizzati e quelli disponibili è già imposto dal requisito della necessità il quale comporta l'obbligo dell'agredito di utilizzare il mezzo meno lesivo per l'aggressore.

Da ultimo, non si può non ammettere che l'accoglimento della tesi sopra esposta, in un ordinamento in cui la legittima difesa è ammessa anche per la salvaguardia di diritti patrimoniali, finisce per sovvertire la gerarchia di valori recepita dall'ordinamento stesso, arrivando a giustificare la lesione di un bene personale per la difesa di un bene meramente patrimoniale. È chiaro che il giudizio di proporzionalità, in questi termini, impedisce al requisito della proporzione di svolgere la funzione per la quale è stato introdotto, vale a dire quella di evitare la possibilità di scriminare i più gravi attentati alla vita o all'integrità personale dell'aggressore in difesa di beni considerati di rilevanza inferiore nella gerarchia di valori propria dell'ordinamento.

Nondimeno – come è stato ulteriormente rilevato dalla dottrina più recentemente – una lettura del requisito della proporzione che, di fatto, legittimi l'uccisione dell'aggressore in nome della tutela di interessi patrimoniali è oggi divenuta incompatibile con l'art 2 della

C.e.d.u. – efficace anche nel diritto interno – il quale, dopo aver sancito il diritto di ciascuno alla vita (1° co), dispone che: “la morte non è considerata inflitta in violazione di questo articolo nel caso in cui essa derivi da un ricorso alla forza assolutamente necessario per assicurare la difesa di qualsiasi persona dalla violenza illegale”, dunque per assicurare la difesa da un comportamento aggressivo di beni personali. La norma allude ad un requisito di proporzione per il quale i beni non attinenti alla persona umana non possono ritenersi equivalenti alla vita umana. Deve pertanto ritenersi assolutamente vietato ogni tentativo di legittimare l'inflizione della morte a chi minaccia esclusivamente interessi di natura patrimoniale.

Il caso di scuola, di cui frequentemente la dottrina si avvale per comprovare gli esiti infausti di una proporzione fra mezzi, è quello riguardante il proprietario di un fondo, vecchio e paralitico, che,

qualora si accogliesse la teoria in questione, non avendo altro modo di intervenire, potrebbe impunemente sparare ad un giovane ladruncolo per farlo desistere dal rubare frutti dagli alberi.

Ugualmente non condivisibile è l'opinione per cui la proporzione dovrebbe sussistere fra i mezzi usati dall'aggressore e quelli adoperati dall'agredito. Ai sostenitori di questa tesi si può obiettare infatti che il mezzo può avere una plurima potenzialità offensiva: un'arma infatti può servire per minacciare, ferire o uccidere. Dunque, il mezzo utilizzato, in sé, non dice niente circa l'offesa minacciata e quella inflitta dall'agredito. Esemplificando: non vi può essere proporzione fra offese quando con il bastone si uccide chi, con il bastone, si limitava solo a percuotere; non vi può essere proporzione nemmeno nel caso del padrone di un cane che uccida con un fucile l'aggressore dell'animale che abbia a sua volta utilizzato tale arma.

Il rigore – inaccettabile – della concezione della proporzione fra difesa e offesa come proporzione fra mezzi fu mitigato dalla stessa giurisprudenza della Corte Suprema, la quale arrivò, alla fine degli anni sessanta, ad affermare la necessità di effettuare un raffronto, oltre che tra i mezzi difensivi a disposizione e quelli in concreto utilizzati, anche tra il male subito o che vi era il pericolo di subire e quello inflitto per reazione.¹⁰³

Nonostante tale evoluzione giurisprudenziale, non sono mancate, nel corso degli anni successivi, decisioni che, accanto ai mezzi, hanno assunto come termini ulteriori del giudizio di proporzione i beni o gli interessi in conflitto, avulsi però dalla concreta situazione conflittuale in cui essi si trovano coinvolti.¹⁰⁴ Si può facilmente obiettare però che tale criterio accolto dai giudici non sembra essere decisivo ed anzi

¹⁰³ Cass., Sez. I, 2 luglio 1963, in CP 1963, p. 862: "anche se il giudizio di proporzione va desunto non dal rapporto fra il male minacciato dall'offensore e quello inflitto dal soggetto reagente, bensì dal confronto tra i mezzi reattivi che quest'ultimo aveva a sua disposizione e i mezzi adoperati, tuttavia non si può neppure prescindere dal tener presente l'entità del pericolo e il contenuto dell'offesa causata con la reazione."

¹⁰⁴ Fra le altre, Cass. Sez. II, 1 febbraio 1958, in Giust. Pen. 1958, II, p. 832.

potrebbe condurre a soluzioni a dir poco irragionevoli. Si pensi, a questo proposito, al caso di chi, per difendersi, arrechi una mutilazione all'aggressore, a fronte della minaccia di una lesione lieve alla propria integrità fisica. I beni in gioco sono indubbiamente omogenei, ma non per questo si può affermare che ci sia una proporzione fra difesa e offesa: è evidente infatti che un medesimo bene può essere offeso con intensità diversa e ciò non può non venire in considerazione nel giudizio di proporzionalità richiesto dall'art 52,1° c.p.

L'orientamento giurisprudenziale maggiormente condivisibile – oggi accolto dalla dottrina dominante¹⁰⁵ – è quello che identifica i termini del giudizio di proporzione con le offese – quella minacciata e quella arrecata. Nello specifico sussiste proporzione fra difesa e offesa quando il male inflitto all'aggressore è inferiore, uguale o anche tollerabilmente superiore al male da lui minacciato.¹⁰⁶

Il giudizio di proporzionalità dunque si basa su un bilanciamento tra bene minacciato e bene leso, ma in questo caso i beni non sono presi in considerazione – come accadeva nelle decisioni giurisprudenziali sopra richiamate – come entità astratte e statiche, bensì tenendo conto del rispettivo grado di messa in pericolo o di lesione cui sono esposti nella situazione concreta.

Nell'ipotesi in cui si contrappongano beni omogenei (es. integrità fisica contro integrità fisica) è sufficiente constatarne l'identità e poi raffrontare il diverso grado delle due offese, quindi il grado di lesività dell'azione aggressiva e dell'azione difensiva.

Nel caso di beni eterogenei (es. vita contro integrità fisica, libertà sessuale, patrimonio...), invece, la valutazione del grado di offesa dei

¹⁰⁵ MANTOVANI, *Diritto penale*; PADOVANI, voce *Difesa legittima*; FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*.

¹⁰⁶ Tale posizione tiene conto del fatto che difensore ed aggressore non possono essere collocati sul medesimo piano in quanto mentre il primo soggetto si limita a tutelare una propria o altrui posizione soggettiva, il secondo sceglie di porsi contro l'ordinamento che ha conferito proprio il diritto minacciato. Quindi l'interesse protetto attraverso la reazione difensiva merita di essere preferito a quello di cui è titolare l'aggressore, purché questa preferenza si mantenga entro limiti accettabili per l'ordinamento.

beni coinvolti dovrà essere preceduta da un bilanciamento fra gli interessi in gioco. Quanto al criterio utilizzabile per la valutazione comparativa degli interessi, è indubbio che si dovrà fare riferimento al sistema di valori etico sociali generalmente condivisi in un dato momento storico ed in particolare si dovrà basare sulla gerarchia di valori espressa dall'ordinamento attraverso la Costituzione, la legge penale, nonché mediante il recepimento della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.¹⁰⁷

L'applicazione di tale criterio di valutazione fa sì che possa essere tollerata l'esistenza di un divario non eccessivo fra offesa e difesa: la reazione potrà superare la gravità del danno minacciato, a condizione che il contesto complessivo della vicenda non renda socialmente e costituzionalmente intollerabile il dislivello.

Ne deriva che il bene della vita o dell'integrità fisica può soccombere di fronte alla libertà sessuale, per cui è scriminata la ragazza che uccide il bruto; non è viceversa legittimo inferire una grave lesione personale per difendere un mero bene patrimoniale, ma può essere lecito infliggere una ferita per difendere un patrimonio di ingente valore o anche i faticati risparmi di un pensionato.

In ogni caso, se – indubbiamente – il raffronto fra il rango dei beni in conflitto costituisce il punto di partenza ineludibile da cui deve prendere le mosse il giudizio di proporzione, è altresì necessario valutare il grado di messa in pericolo o di lesione cui tali beni sono esposti nella situazione concreta.

In quest'ultimo tipo di valutazione risulta doverosa una valutazione del concreto modo di presentarsi di una pluralità di elementi. Innanzitutto, non dovrà essere trascurato il valore specifico che il bene leso assume

¹⁰⁷ Cass. Pen. Sez. I, 5 novembre 2014, n. 51070: il requisito della proporzione dev'essere sempre escluso nel caso di conflitto fra beni eterogenei, allorché la consistenza dell'interesse leso (vita o incolumità fisica) sia più rilevante sul piano dei valori costituzionali, rispetto a quello minore difeso (riconosciuta, nella specie, l'attenuante dell'eccesso colposo di legittima difesa in capo all'imputato che, a seguito di una colluttazione, aveva disarmato la vittima in stato di ebbrezza, ferendola mortalmente con diversi colpi all'addome).

per quel determinato soggetto, vale a dire la portata dell'offesa dal punto di vista soggettivo (si pensi al significato che può avere il taglio di un dito per un celebre pianista rispetto a quello che la stessa lesione assume qualora vada a colpire un pensionato). Ugualmente rilevante, e quindi degna di considerazione in tale sede, è l'intensità del pericolo cui i beni sono esposti (per cui se, per esempio, si potrà reagire ad un grave attentato alla libertà sessuale come un tentativo di stupro anche con un'arma da fuoco puntata agli organi vitali dell'aggressore, altrettanto non potrà dirsi nel caso si tratti di un atto sessuale di minore gravità ai sensi dell'art 609 bis ultimo comma c.p.).

Ulteriori elementi che assumono rilevanza ai fini del giudizio in questione sono quelli del grado di costrizione a difendersi dell'agredito (si pensi al caso di Tizio che poteva fuggire e, non essendo fuggito, si difende arrecando un'offesa indispensabile per difendersi) e della consistenza della necessità intesa come esistenza di mezzi alternativi di difesa (non sempre, sussistendo la necessità di difendersi, è necessario difendersi in un determinato modo: così, per esempio, nel caso di Tizio che uccide chi minaccia di ucciderlo, ben potendo immobilizzarlo o ferirlo soltanto).

Si afferma frequentemente in dottrina¹⁰⁸ una rilevanza, nell'ambito del giudizio di proporzione, dello stato soggettivo dell'aggressore, per cui nei confronti di aggressori non imputabili la difesa andrebbe contenuta entro limiti più ristretti di quelli ordinari.

La dottrina in questione accoglie l'idea, elaborata nell'ordinamento tedesco, delle limitazioni etico-sociali del diritto di difesa: nei casi di offese che provengano da minori, immaturi, ubriachi, drogati, persone che agiscano in stato di necessità, persone che versino in errore, persone con cui l'agredito sia in stretta relazione, il giudizio sulla necessità di difendersi e sulla proporzione dovrebbe essere effettuato in termini più rigorosi, nel senso che la difesa degli aggrediti sarebbe legittima solo nei limiti imposti da una stretta esigenza di autotutela.

¹⁰⁸ MANTOVANI, *Diritto penale*; ROMANO, *Commentario sistematico c.p.*, I, art 52.

Alcuni¹⁰⁹ hanno obiettato che tale conclusione si concilia molto male con l'essenza dell'istituto della legittima difesa così come previsto dall'ordinamento italiano: se la ratio dell'istituto è quella di tutelare un interesse dell'agredito che rischia di essere leso senza alcuna ragione giuridica, allora è evidente che, dal punto di vista dell'agredito, la situazione non muta affatto a seconda che l'aggressore sia o meno imputabile. Quindi sarebbe poco condivisibile l'idea di poter pretendere dall'agredito un maggiore sforzo di sopportazione dell'offesa quando questa provenga da un soggetto non imputabile.

Si può però controbattere che, di fatto, la situazione di chi si trova a doversi difendere da un rapitore armato non è lontanamente paragonabile a quella di chi si trova a dover neutralizzare un bambino che punti una pistola senza conoscerne la pericolosità.¹¹⁰ E di ciò non si può non tener conto nel giudizio di proporzione imposto dall'art 52, 1° c.p.

Per concludere, quello della proporzionalità è evidentemente un elemento elastico, sensibile alle peculiarità del singolo caso ed il relativo giudizio consiste in un giudizio a vasto raggio che impone una valutazione del complesso della situazione aggressiva e del complesso della reazione difensiva.

Non si può non ammettere che soltanto in questi termini il giudizio di proporzionalità, seppur non sempre agevole, è in grado di rispettare la ratio del requisito della proporzione.

Occorre infine precisare che il giudizio di proporzionalità fra difesa e offesa richiesto dall'art 52, 1° c.p. è affidato al giudice, diversamente da quanto accade nell'ipotesi – che si avrà modo di approfondire nel corso della trattazione – della legittima difesa speciale contemplata dai commi 2 e 3 dell'art 52 c.p., vale a dire nei casi di legittima difesa domiciliare. Quanto alle modalità di accertamento della proporzione, è

¹⁰⁹*Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI e MARINUCCI, IPSOA editore, 2006, p.808.

¹¹⁰ L'esempio è riportato da PADOVANI, *Difesa Legittima*, p.513

indiscusso il fatto che il relativo giudizio debba essere eseguito mediante un procedimento ex ante, cioè calandosi nel momento in cui si svolge l'azione e considerando tutte le circostanze del caso concreto.

CAPITOLO 2

LE FORME DI MANIFESTAZIONE DELL'ECCESSO COLPOSO DI DIFESA

1. Le due forme dell'eccesso colposo di difesa in una prospettiva oggettiva

Riprendendo una definizione di massima, si può osservare come l'eccesso colposo configurato dall'art 55 c.p., guardato sotto il profilo obiettivo, consista "nel fatto che, dall'ambito della circostanza scriminante, sconfinava in quello della norma incriminatrice".¹¹¹

In base ad un'interpretazione tradizionale, lo sconfinamento del fatto dalla sfera del lecito a quella dell'illecito può verificarsi seguendo un unico schema, un'unica modalità di realizzazione. Pertanto, a detta della dottrina tradizionale, unica è anche la forma in cui la fattispecie eccessiva si presenta sotto il profilo della sua struttura obiettiva – fenomenica, vale a dire quella descritta esplicitamente dall'art 55 c.p. Stando alla lettera di tale disposizione, l'eccesso si sostanzia – come precedentemente detto ¹¹² – in un fatto nel commettere il quale si verifica la contrapposizione presupposti – limiti della scriminante. Dunque, il fatto eccessivo è quello che, realizzandosi in presenza dei presupposti della scriminante, ne travalica però i limiti, divenendo illecito.

La dottrina tradizionale ha parlato di una struttura bifasica del fatto eccessivo, il quale attraversa appunto due stadi, fra loro diversi e sempre distinguibili sul piano logico: in una prima fase, il comportamento dell'agente è strutturalmente riconducibile agli estremi tipologici e fattuali di una causa di giustificazione; esaurita tale prima fase, si perviene ad una seconda fase, l'apertura della quale sancirà che da questo momento in poi il comportamento in questione

¹¹¹ Così AZZALI, *L'eccesso colposo*, cit., p.11

¹¹² A tal proposito si veda quanto detto nel precedente capitolo in sede di definizione della fattispecie dell'eccesso colposo di difesa (par 2).

non potrà più considerarsi coperto dalla scriminante e sarà quindi antigiuridico.¹¹³

Seguendo la concezione bifasica della struttura oggettiva-fenomenica del fatto eccessivo, perché si abbia eccesso colposo nella difesa, occorre che il fatto di chi si difende sia iniziato nelle circostanze presupposte dalla difesa legittima (pericolo attuale di un'offesa ingiusta) e che questo, in un secondo momento, diventi sproporzionato, esuberante, eccessivo rispetto alla "situazione aggressiva", a causa di un comportamento difensivo che ecceda i limiti della necessità e della proporzione richiesti dall'art 52,1° c.p.

A questa prima forma di eccesso colposo – che, a detta della dottrina tradizionale, sarebbe stata anche l'unica possibile – una diversa dottrina ha affiancato una seconda forma di manifestazione della fattispecie sotto il profilo strettamente obiettivo.¹¹⁴ Si tratta del cd "eccesso modale",¹¹⁵ il quale si determina dal punto di vista oggettivo

– come precedentemente detto –¹¹⁶ nelle ipotesi in cui sia commesso un fatto che esula dalla circostanza scriminante, ma che si verifica nel commettere un fatto in ordine al quale, viceversa, la scriminante sussiste.

Questa ulteriore configurazione dell'eccesso colposo nelle cause di giustificazione è indispensabile se si vogliono superare i limiti all'applicabilità della fattispecie che derivano da una ricostruzione del profilo oggettivo della stessa basata sulla contrapposizione presupposti-limiti della scriminante.

Indubbiamente infatti, l'interpretazione della struttura obiettiva dell'eccesso colposo in questi termini non crea alcun problema, sotto il profilo applicativo della fattispecie, quando la scriminante "in gioco" è

¹¹³ Così SIRACUSANO, voce *Eccesso colposo*, p.180 e ss.

¹¹⁴ A tal proposito si veda AZZALI, *L'eccesso colposo*. La maggioranza della dottrina, invece, parla di due forme di eccesso colposo sotto un profilo prevalentemente o esclusivamente soggettivo.

¹¹⁵ Così denominato dalla dottrina al fine di distinguerlo lessicalmente dall'eccesso nella sua prima forma.

¹¹⁶ A tal proposito si veda quanto detto nel precedente capitolo in sede di definizione della fattispecie dell'eccesso colposo di difesa (par 2).

quella della legittima difesa, la quale, peraltro, è proprio quella sulla base della quale tale interpretazione si è affermata. Ma, a ben vedere, la suddetta configurazione della struttura oggettiva dell'eccesso colposo e l'interpretazione del fatto eccessivo in chiave bifasica, sono possibili solo quando la struttura della scriminante alla quale l'eccesso si riferisce sia tale da consentire che l'esistenza dei suoi presupposti si contrapponga, in ragione del medesimo fatto, alla mancanza dei requisiti che ne rappresentano i limiti,¹¹⁷ con la conseguenza che la fattispecie dell'eccesso colposo risulterebbe inapplicabile al di fuori delle scriminanti della legittima difesa e dello stato di necessità.

Volendo ammettere l'operatività della fattispecie anche per le restanti cause di giustificazione (esercizio di un diritto, adempimento di un dovere, consenso dell'avente diritto), una parte della dottrina ha ritenuto doveroso precisare che la norma di cui all'art 55 c.p., certamente idonea a contemplare l'eccesso in ogni possibile forma in cui lo stesso sia logicamente configurabile, ricomprende anche un diverso modello di eccesso: il cd eccesso modale.

Dal punto di vista della struttura oggettiva, questa seconda forma di eccesso si sostanzia in una sorta di concorso formale fra un fatto in ordine al quale esiste una causa di giustificazione nella sua completezza e un fatto eccessivo che esorbita completamente dalla sfera di operatività della medesima causa di giustificazione.¹¹⁸

Questa è l'unica modalità di configurazione della fattispecie dell'eccesso colposo in relazione alle scriminanti di cui agli art.50, 51 e 53 del codice penale (consenso dell'avente diritto, esercizio di un diritto e adempimento di un dovere e uso legittimo delle armi).

In queste ipotesi concorrono due fatti, quello eccessivo e quello scriminato. Per fare un esempio, si pensi al caso del soggetto che, nell'adempimento di un proprio dovere, esegua un arresto (fatto

¹¹⁷ Così AZZALI, *L'eccesso colposo*, p.18

¹¹⁸ Così SIRACUSANO, voce *Eccesso colposo*, p.183

scriminato), ma contemporaneamente arrechi una lesione personale all'arrestato (fatto eccessivo illecito).

Ferma restando la ratio di questo secondo modello di eccesso e assodato che questo è l'unico concepibile in relazione a talune scriminanti, si ritiene però che l'eccesso nella sua forma modale possa configurarsi anche in relazione a quelle scriminanti per le quali risulta possibile anche l'eccesso nella sua prima forma, quella descritta dalla dottrina tradizionale.

Per quello che concerne la legittima difesa, la possibilità che l'eccesso si manifesti nella sua forma modale sarebbe deducibile dalla lettera stessa dell'art 52,1°c.p.. Tale norma infatti esige che la difesa – e non il singolo fatto difensivo – sia proporzionata all'offesa, ma non si pone in termini analoghi in relazione al requisito della necessità.¹¹⁹ Per cui, rispetto ad una medesima situazione aggressiva, è possibile che vengano ad esistenza due fatti: uno rispetto al quale si verifica l'esistenza della necessità e della proporzione richiesti dall'art 52,1° e l'altro eccessivo rispetto al requisito della necessità. Così accade, per esempio, nel caso di Tizio che, in difesa del diritto ingiustamente aggredito, distrugge lo strumento mediante il quale viene portata l'aggressione (nel rispetto dei limiti della necessità e della proporzione), ma contemporaneamente uccide l'aggressore (senza che ciò sia necessario).

Dunque, concludendo, secondo una parte della dottrina, anche sotto il profilo oggettivo, l'eccesso colposo di difesa può assumere una duplice forma di manifestazione.

¹¹⁹ Così AZZALI, *L'eccesso colposo*, p.20

2. La duplice fisionomia dell'eccesso colposo in una prospettiva soggettiva

Perché si possa parlare di eccesso colposo di difesa e perché sia dunque applicabile la disciplina risultante dal combinato disposto degli articoli 52,1° c.p. e 55 c.p., il travalicamento – sul piano obiettivo – dei limiti della scriminante di cui all'art 52,1° c.p., deve potersi imputare ad una colpa dell'agente.

Come precedentemente detto, la dottrina prevalente e la giurisprudenza¹²⁰ individuano due forme di eccesso colposo avendo riguardo alla struttura soggettiva della fattispecie di cui all'art 55 c.p.: l'eccesso intellettuale e l'eccesso modale.

Nella prima ipotesi, la fattispecie si configura nella sua forma impropria o sub-putativa, mentre nella seconda si realizza nella sua forma propria o modale.¹²¹ Nei paragrafi che seguono saranno analizzate nello specifico le caratteristiche delle due possibili forme di configurazione della fattispecie dell'eccesso colposo quando questo interessa la scriminante della legittima difesa.

2.1 L'eccesso colposo di difesa nella forma intellettuale

Riprendendo la definizione precedentemente esposta,¹²² si può affermare di essere in presenza di un eccesso di difesa intellettuale

¹²⁰ NUVOLONE, *Le due forme dell'eccesso colposo*, in Giust. Pen., 1949, II, p. 803. In senso conforme si vedano i già menzionati FARANDA, *L'eccesso colposo*; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*; SIRACUSANO, v. *Eccesso colposo*; ROMANO, *Commentario sistematico*; AZZALI, *L'eccesso colposo*; SCHIAFFO, *Le situazioni quasi scriminanti*.

Diversamente, altra parte della dottrina (si rimanda a GROSSO, voce *Eccesso colposo*; ALTAVILLA, v. *Eccesso colposo: Diritto penale comune*, in Nvss. Dig. It., IV, Torino, UTET, 1960, p.338 e ss.) sposa una tesi che potrebbe definirsi monistica, secondo la quale l'eccesso colposo si esaurisce nel solo caso dell'errore di valutazione sui presupposti fattuali della scriminante, il quale si traduce nella supposizione erronea che il fatto sia coperto dalla causa di giustificazione e quindi in un errore sui limiti della scriminante. In Giurispr: Cass. Pen., sez. V, 13 febbraio 2009, n. 17923; Cass. Pen., sez. I, 25 ottobre 2005, n.455425.

¹²¹ FARANDA, *L'eccesso colposo*, p.142

¹²² Si veda *supra*, cap. 1 par. 2.

(anche detto eccesso nel fine) nel caso in cui l'agredito, nel difendersi, superi i limiti richiesti dall'art 52,1° c.p. (necessità e proporzione della reazione difensiva) a seguito di un errore inescusabile sulla concreta situazione aggressiva, arrecando all'aggressore un'offesa più grave di quella consentita. Nella fattispecie in esame, tanto la condotta difensiva, quanto l'evento lesivo cagionato sono voluti dall'agente, ma tale volontà risulta viziata da un errore inescusabile di valutazione dei presupposti fattuali della scriminante. Questo, infatti, si ripercuote negativamente sulla valutazione relativa ai margini concreti della liceità della reazione difensiva falsandola e induce l'agente a compiere un fatto eccessivo, nell'erronea convinzione di mantenersi entro i confini di operatività della scriminante. In altre parole, l'eccesso, in questa sua forma, si caratterizza, sotto il profilo soggettivo, per un errore di valutazione non scusabile circa la portata della causa di giustificazione della legittima difesa nella situazione di fatto. Alla base della fattispecie dell'eccesso colposo di difesa nella sua forma intellettuale o sub-putativa c'è, dunque, un'erronea valutazione dell'agente sui caratteri della concreta situazione aggressiva. Questa ha come conseguenza un'altrettanto erronea valutazione circa i reali limiti di operatività della scriminante che l'agente ritiene più ampi di quelli reali. Trovandosi a valutare la situazione aggressiva in cui si trova coinvolto, l'agredito può innanzi tutto errare sull'entità del pericolo dell'offesa. Più precisamente, l'errore consiste in una sopravvalutazione del pericolo, la quale induce l'agente ad apprestare mezzi di difesa che, rispetto alla reale gravità della situazione aggressiva, risultano non necessari o sproporzionati. Esemplificando, è stato ravvisato un eccesso colposo nel caso di due anziani fratelli che, aggrediti manualmente da parte di un individuo giovane e prestante, non si erano limitati a reagire colpendo una prima volta l'aggressore con un coltello (il che avrebbe costituito una reazione necessaria e proporzionata), ma avevano senza necessità inferto ulteriori coltellate all'aggressore, cagionandogli gravi lesioni, a causa di una

sopravvalutazione del pericolo da questi rappresentato.

Secondo una parte della dottrina,¹²³ tale forma di eccesso sarebbe ricompresa nell'ipotesi disciplinata dall'articolo 59,4° c.p., considerato che questo si riferisce alla supposizione erronea di circostanze di esclusione della pena che siano tali da giustificare il fatto realizzato dall'agente. Secondo un diverso orientamento¹²⁴ – maggiormente condivisibile –, la fattispecie in esame costituisce una particolare ipotesi di supposizione erronea della presenza di una causa di giustificazione,¹²⁵ che si differenzia però da quella prevista dall'art. 59, 4° c.p.¹²⁶ per i diversi presupposti fattuali di partenza: nel primo caso gli estremi oggettivi della scriminante sono presenti, nel secondo no. Nell'eccesso di difesa intellettuale infatti l'agente percepisce una situazione aggressiva realmente esistente, ma ne valuta in maniera inesatta la portata relativamente al caso concreto, determinandosi conseguentemente una condotta difensiva eccessiva che provoca un risultato lesivo più grave di quello consentito. Diversamente, nell'ipotesi risultante dal combinato disposto degli articoli 52,1° c.p. e 59,4° c.p., vale a dire nell'ipotesi di legittima difesa putativa, l'agente percepisce una situazione aggressiva che non esiste nella realtà. Accogliendo tale opinione dottrinale, si può dire che l'eccesso colposo di difesa, nella sua forma intellettuale, costituisce una fattispecie autonoma che si sostanzia in un errore sui *limiti* della scriminante della legittima difesa. Tale fattispecie si distingue dalla cd legittima difesa putativa, la quale costituisce invece un vero e proprio caso di errore

¹²³ AZZALI, *L'eccesso colposo*; BOScareLLI v. *Legittima difesa*; SIRACUSANO, v. *Eccesso colposo*; ROMANO, *Commentario sistematico c.p., I, art 55*; FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale*; MANTOVANI, *Diritto penale*.

¹²⁴ Così FARANDA, *L'eccesso colposo*; GROSSO, v. *Eccesso colposo*

¹²⁵ GROSSO, v. *Eccesso colposo*; vedi anche GALLO, v. *Colpa penale: c) diritto vigente*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, cit., p. 631: "la norma che contempla l'eccesso prende in considerazione un tipo particolare di errore sulle scriminanti o, più esattamente, una particolare modalità della condotta caratterizzata da errore sulle scriminanti".

¹²⁶ Dispone l'art. 59, 4° c.p.: "se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo".

sull'*esistenza* della scriminante.¹²⁷ Per concludere, nel raffronto tra l'art. 55 c.p. e l'art. 59, c. 4 c.p., viene messo in evidenza come le due norme disciplinino aspetti diversi della putatività: se quest'ultima previsione concerne l'errore sull'*esistenza* dell'esimente nella sua totalità, ¹²⁸ l'ipotesi di eccesso colposo si sostanzia nell'erronea valutazione dell'entità che ha in concreto una causa di giustificazione, effettivamente presente in tutti i suoi elementi. Si tratta, in un'ultima analisi, di un "errore sui confini del consentito".¹²⁹

La dottrina si domanda se possa rilevare ai sensi dell'art. 55 c.p. anche l'errore (colposo) sulla legge extra-penale qualificatrice di un elemento normativo di una causa di giustificazione.

In caso di risposta positiva, potrebbe risultare rilevante, ai fini della configurazione dell'eccesso colposo di difesa nella sua forma intellettuale, l'errore che ricadesse sul requisito dell'ingiustizia dell'offesa.

L'errore sulla legge extra-penale che determina un errore sul fatto è regolato dall'art. 47,3° c.p.¹³⁰ Tale norma, prevista formalmente nei confronti del solo errore sul fatto, deve essere estesa, secondo la dottrina, anche all'ipotesi di errore sulle scriminanti (art. 59,4° c.p.).¹³¹

¹²⁷ Così FARANDA, *L'eccesso colposo*, cit. p.65.: A sostegno dell'autonomia della fattispecie disciplinata dall'articolo 55 c.p. rispetto a quella prevista dall'art. 59,4° c.p., è stato evidenziato che, pur essendo assimilabili sul piano psicologico, esse presentano una diversa struttura oggettiva: in entrambe il soggetto si rappresenta una situazione che, se esistente, renderebbe lecita la condotta, solo che, nell'ipotesi di cui all'art. 59, c. 4 c.p., l'errore investe "l'esistenza stessa, in fatto, della causa di liceità quale condizione che legittima la condotta"; nell'ipotesi di cui all'art. 55 c.p., "esso è invece relativo alla quantificazione di una situazione scriminante realmente presente, ma non tale da legittimare l'azione o la reazione concretamente posta in essere".

¹²⁸ FARANDA, *L'eccesso colposo*, cit., p. 93: "bisogna dunque distinguere tra l'ipotesi di putatività piena dovuta ad errore scusabile (art. 59, c. 4, 1a pt. c.p.), ad errore colposo (art. 59, c. 4, 2a pt. c.p.), e l'ipotesi di errore colposo sui limiti della scriminante (art. 55 c.p.)."

¹²⁹ *Ibidem.*, cit., p. 67

¹³⁰ L'art. 47, c. 3 c.p. dispone che "l'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato"

¹³¹ BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, Giuffrè, 2010, p.411. L'autore riporta, fra i vari esempi, quello del keniano che uccide la sua ex- moglie perché convinto di essere la vittima di una sua stregoneria.

Se ciò è vero non vi è ragione per escludere che l'art 47,3° possa essere applicato anche alla particolare ipotesi di errore all'origine dell'ipotesi di cui all'art 55 c.p.¹³² Sennonché l'art 47,3° c.p., riferendosi all'errore, non ne specifica la natura, limitandosi a dichiarare la non punibilità del soggetto, senza riprodurre la riserva di residua responsabilità per colpa in caso di errore inescusabile. Tale circostanza ha aperto un dibattito dottrinale circa la compatibilità o meno dell'art 55 c.p. con l'art 47,3°. Si deve ritenere che, qualora l'omissione di cui all'art 47,3°

c.p. circa l'indicazione della colpa sia ritenuta priva di rilevanza, allora si potrà ammettere una responsabilità colposa dell'agente; se, invece, si ritiene che la volontà del legislatore fosse quella di escludere sempre la punibilità dell'agente, prescindendo dal carattere scusabile o meno dell'errore, allora si dovrà escludere ogni forma di responsabilità del soggetto, anche in caso di superamento del limite di un scriminante. Occorre infine precisare – per una corretta delimitazione dell'ambito di applicazione della fattispecie – che l'art 55 c.p. non dà alcuna rilevanza all'errore sulla norma che contempla la scriminante. Esula quindi dalla disciplina dell'art 55 c.p. l'errore di chi supera i limiti fissati per la scriminante nella convinzione che questi ultimi siano legislativamente più ampi. Si pensi, per esempio, a chi, assistendo da una finestra al tentativo di furto della propria autovettura, ritenga che la norma sulla legittima difesa lo autorizzi, considerata l'assenza di mezzi alternativi a disposizione, a sparare con un fucile al ladro.¹³³ L'erronea valutazione del significato e della portata della norma

L'appartenenza culturale dell'agente lo porta ad errare sul concetto di offesa ingiusta rilevante per il diritto. Il soggetto che crede nella stregoneria ravvisa l'esistenza di un pericolo per la propria vita e ritiene di doversi difendere. Sulla base dell'errore circa l'ingiustizia dell'offesa di cui all'art 52 c.p. si va a configurare, conseguentemente, un errore sulla scriminante. Colui che «ha voluto uccidere chi ha erroneamente "visto" nei panni di un aggressore alla sua vita (...) non lo si potrà ritenere responsabile per dolo del fatto anti-giuridico (di omicidio) che ha commesso, ma potrà essere chiamato a rispondere per colpa ex art 59,4° c.p.

¹³² GROSSO, v. *Eccesso colposo*.

¹³³ L'esempio è ripreso da FIORE, v. *Eccesso colposo*, in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, p.2081. In senso conforme: AZZALI, *L'eccesso colposo*; GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, Giuffrè, 1961.

scriminante incide infatti sull'estensione del divieto ed è quindi riconducibile all'ipotesi dell'ignoranza sulla legge penale, alla quale si applica indubbiamente l'art 5 c.p., in base al quale nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale. Dunque, l'agente che ha voluto l'evento per un errore sulla norma penale che prevede la scriminante – non scusato – risponderà a titolo di dolo, non essendo configurabile una responsabilità nella forma colposa.

2.2 L'eccesso modale nella legittima difesa

Nell'ipotesi in cui l'eccesso colposo di difesa si realizzi nella sua forma propria o modale, la condotta dell'agente è voluta, mentre l'evento verificatosi è diverso e più grave di quello che il soggetto si era rappresentato. In questo caso, l'agente valuta correttamente la situazione concreta, ma commette un fatto eccessivo a causa di un errore colposo nell'uso dei mezzi di azione o reazione. Si parla, a tal proposito, di errore di esecuzione (anche detto errore-inabilità) che comporta una responsabilità colposa per quanto cagionato fuori o al di là del voluto.¹³⁴ Anche in questo caso deve trattarsi di un errore inescusabile, nel senso che il difettoso controllo dei mezzi di difesa deve essere imputabile a imprudenza, negligenza o imperizia dell'agente.

Il caso emblematico della fattispecie in questione in relazione alla scriminante della legittima difesa è quello dell'agente che estrae un'arma allo scopo di intimorire l'aggressore che stava per percuoterlo, ma, nel maneggiarla maldestramente, fa partire un colpo che colpisce a morte l'avversario.

A proposito della fattispecie dell'eccesso colposo nella sua forma modale, caratterizzata – come detto – dal cd errore-inabilità o errore esecutivo, una parte della dottrina sostiene che tale ipotesi sia

¹³⁴ NUVOLONE, *Le due forme dell'eccesso colposo*, p.803 e ss.

disciplinata dalle disposizioni che regolano in via generale l'errore di fatto previsto dall'art 47,1° c.p.¹³⁵ Secondo tale orientamento, infatti, l'eventualità che il soggetto realizzi un fatto "eccessivo" senza la volontà di realizzarlo è una specificazione dell'ipotesi che ricorre ogni qual volta il soggetto causi il fatto senza rappresentarselo, come previsto nel comma 1 dell'art. 47 c.p. Da tali considerazioni si ricava che, in mancanza dell'art. 55 c.p., le ipotesi di eccesso per errore- inabilità ricadrebbero nella previsione dell'art. 47,1° c.p..¹³⁶ Questa lettura dell'eccesso colposo modale si risolverebbe in una *interpretatio abrogans* della stessa. Al fine di attribuire un'autonomia all'art 55 c.p. rispetto alla disposizione di cui all'art 47,1 c.p., una parte della dottrina ha ritenuto di dover escludere dall'ambito dell'art 55 c.p. l'eccesso colposo nella sua accezione modale: qualora, infatti, l'art 55 c.p. si limitasse a ricomprendere l'eccesso intellettuale, allora il carattere autonomo della norma non sarebbe messo in discussione, ferma restando la sua autonomia rispetto alla disposizione di cui all'art 59,4° c.p.. Volendo, però, affermare l'autonomia dell'art 55 c.p. continuando ad includere nella sua portata applicativa anche l'eccesso colposo dovuto ad errore-inabilità, una parte della dottrina ha affermato che, in realtà, entrambe le forme di eccesso colposo (intellettuale e modale) si risolvono in un errore di giudizio, il quale costituisce la matrice comune dell'errore motivato e dell'errore inabilità.¹³⁷ Si consideri per primo il caso dell'eccesso colposo dovuto ad un errore di valutazione

¹³⁵ Dispone l'art. 47, c. 1 c.p.: "l'errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell'agente. Nondimeno, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo".

¹³⁶ Tale ricostruzione è sostenuta da coloro che negano una duplicità delle forme di manifestazione dell'eccesso colposo sotto il profilo soggettivo, riducendo la fattispecie soltanto ai casi di errore sui presupposti fattuali della scriminante e conseguentemente sulla portata della stessa nel caso concreto. In senso conforme si pone anche quella parte della dottrina che nega un'autonomia alla fattispecie di cui all'art 55 c.p., ritenendo quest'ultima una norma superflua, espressiva dei principi generali di diritto penale vigenti in tema di colpa ed errore.

¹³⁷ FARANDA, *L'eccesso colposo*, cit., p. 6: "l'eccesso si delinea inoltre come errore di giudizio anche nella proiezione modale, che correttamente è riportata nell'ambito dello stesso art. 55 c.p."

sui limiti della situazione legittimante: è evidente come qui il soggetto sia spinto ad agire sulla base di un giudizio “falsato” (crede infatti di trovarsi in condizioni di liceità). Ora si faccia il caso dell'eccesso colposo dipendente da errore modale: secondo l'opinione in esame, in questa ipotesi si verificherebbe una distorsione del giudizio del soggetto agente circa l'efficacia lesiva della reazione che è legittimato a porre in essere.¹³⁸ Ciò potrebbe dipendere, sia da un errore sulle proprie capacità tecniche di azione (ipotesi di colpa per imperizia), sia da un errore nell'uso dei mezzi reattivi (ipotesi di colpa per imprudenza). Dunque, alla luce di tale ricostruzione, anche l'eccesso colposo modale si qualifica sempre come errore sui limiti scriminanti e possiede un ambito applicativo differente da quello delle ipotesi di cui all'art. 47, c. 1 c.p., che disciplina l'errore che cade sul fatto costitutivo del reato. Un ulteriore profilo meritevole di essere preso in considerazione è quello dei rapporti fra l'eccesso dovuto ad errore- inabilità e le ipotesi di reato aberrante di cui agli articoli 82 c.p. e 83 c.p.

La fattispecie di cui all'art 55 c.p. nella sua forma modale sembrerebbe riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 83 c.p. che, sotto la rubrica “evento diverso da quello voluto dall'agente”, prevede il caso in cui, “per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, si cagiona un evento diverso da quello voluto” (art. 83, c. 1, 1a pt. c.p.). In realtà, da un'analisi attenta della norma emerge chiaramente che l'ipotesi di eccesso modale di cui all'art. 55 c.p. non vi può in alcun modo rientrare.¹³⁹

¹³⁸ *Ibidem.*, cit., p. 98: in altre parole, qui l'errore di giudizio concerne “i modi di azione o di reazione idonei”. Sul punto v. anche AZZALI, *L'eccesso colposo*, cit., p. 51: in generale, secondo l'Autore, l'inabilità si sostanzia nel “difetto di rappresentazione in rapporto al contenuto della condotta, sia pure considerata nell'atto della sua esecuzione”.

¹³⁹ Di opinione contraria a questa conclusione GROSSO, v. *Eccesso colposo*, cit., p. 3: l'Autore, si è già visto, non ritiene che l'errore-inabilità rilevi ai sensi dell'art. 55 c.p. e, nell'ipotesi corrispondente al così detto eccesso modale, considera applicabile l'art. 83 c.p.

Innanzitutto, nell'*aberratio delicti* si richiede solo che l'evento sia diverso; nell'eccesso colposo modale, invece, questo è necessariamente più grave di quello voluto.¹⁴⁰ In effetti, da ciò si potrebbe semplicemente dedurre che l'art. 55 c.p. integri un'ipotesi di specie dell'art. 83 c.p.¹⁴¹ A questa ricostruzione si oppone, però, un altro dato significativo, emergente dal raffronto tra le norme: il presupposto di base dell'art. 83 c.p. è uno "stato iniziale d'illiceità penale", sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo. L'*aberratio delicti*, infatti, concerne l'eventualità della causazione di una conseguenza diversa da quella avuta in mente dal soggetto, quando la volontà di costui era diretta a cagionare un evento criminoso.¹⁴² All'opposto, nell'eccesso colposo lo scopo dell'azione è per definizione legittimo.¹⁴³ Dunque, l'art. 83 c.p. è inapplicabile alle ipotesi di eccesso colposo modale per la "mancanza di volontà di un'offesa costitutiva di reato".¹⁴⁴

Quanto all'ipotesi di *aberratio ictus* disciplinata all'art. 82 c.p., a sua volta rubricato "offesa di persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta", la norma prevede l'eventualità in cui "per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, è cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta" (art. 82, c. 1, 1a pt. c.p.).

¹⁴⁰ FARANDA, *L'eccesso colposo*, cit., p. 97; TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 94: il fatto "eccessivo" è più grave rispetto a quello voluto.

¹⁴¹ Infatti, il concetto di diversità dell'evento concretamente cagionato rispetto a quello voluto, include logicamente anche l'ipotesi della maggior gravità del primo. ¹⁴² FARANDA, *L'eccesso colposo*, cit., p. 134: "la volontà [...] è *ab origine* diretta ad un fatto penalmente illecito, cioè ad un determinato fatto di reato"; TRAPANI, *La divergenza*, cit., p. 89: "non v'è dubbio che l'evento voluto, nell'economia dell'art. 83, debba essere necessariamente costitutivo di reato e non penalmente lecito. ¹⁴³ FARANDA, *L'eccesso colposo*, cit., pp.97-98: [nell'eccesso colposo] "lo scopo diretto dell'azione – ossia l'evento cui si dirige la condotta – è [...] consentito sin dal momento iniziale".

¹⁴⁴ TRAPANI, *La divergenza*, cit., p. 94.

Si può notare che fra l'ipotesi di cui all'art 82 c.p. e talune ipotesi di eccesso modale esiste un'apparente affinità. Si pensi al caso dell'agredito che, per errore nell'uso dei mezzi difensivi o per altra causa rechi offesa a persona diversa dall'aggressore. Si deve ritenere che tale ipotesi di eccesso colposo di difesa dovuto ad errore-inabilità possa essere disciplinata dall'art 82 c.p., escludendo quindi una reale autonomia dell'art 55 c.p.?

La risposta più ragionevole sembra essere quella di segno negativo: nel raffronto tra questa ipotesi di eccesso colposo modale e l'ipotesi di *aberratio ictus*, infatti, vengono in rilievo alcune delle osservazioni appena svolte. Si ripropongono, infatti, le medesime riflessioni circa la differente finalità dell'azione: lecita nell'art. 55 c.p., illecita nel caso dell'art. 82 c.p. (l'errore è commesso nel compimento di un'attività criminosa). Per quanto concerne l'evento cagionato, invece, il discorso cambia.

Nell'ipotesi di *aberratio ictus* la divergenza coinvolge l'identità del soggetto passivo del reato: in seguito ad una deviazione del decorso causale previsto, l'agente reca offesa a persona diversa da quella designata.

La conseguenza che la norma ricollega a tale accadimento è che "il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere", salve le disposizioni di cui all'art. 60 c.p. (art. 82, c. 1, 2a pt. c.p.).

Da questa prescrizione si ricava necessariamente che, "agli effetti dell'esistenza del reato, non ha alcuna rilevanza l'identità del soggetto passivo".¹⁴⁵ Dunque, nell'ipotesi di *aberratio ictus*, in seguito all'errore modale è cagionato un evento lesivo che non diverge da quello voluto in modo penalmente rilevante. Nell'eccesso colposo, al contrario, si

¹⁴⁵ AZZALI, *L'eccesso colposo*, cit., p. 62.

A sostegno di quanto detto, si veda anche TRAPANI, *La divergenza*, p.16: secondo l'autore, dall'art. 82 c.p. si ricava che, nel nostro sistema penale, l'identità della persona offesa non rientra nell'oggetto del dolo; della stessa opera si veda anche p.103: nelle ipotesi di *aberratio*, l'evento "concretamente verificatosi *hic et nunc*" diverge da quello ideato per qualche aspetto, "sempre che la divergenza non ricada sulla mera identità personale della vittima designata".

realizza un fatto illecito a causa di un errore modale, in assenza del quale il fatto sarebbe stato assolutamente legittimo.

In questo caso, quindi, l'evento cagionato diverge da quello voluto in modo penalmente rilevante. L'offesa che l'agente si rappresenta è assistita da una scriminante a lui nota, quindi la condotta è tesa a realizzare un evento che non ha rilevanza penale. Per questa ragione, in riferimento al caso in esame non ha senso affermare che "il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere".

Evidentemente l'art. 82 c.p. non può essere applicato. La soluzione va ricercata nella disciplina dettata in materia di responsabilità colposa: l'agente risponderà dell'evento lesivo in danno del terzo estraneo a titolo di colpa, ove l'errore-inabilità sia colposo e il fatto cagionato sia previsto come delitto colposo.¹⁴⁶

3. Le questioni circa la natura giuridica del reato commesso per eccesso colposo di difesa

Come abbiamo avuto modo di osservare, l'art 55 c.p. si occupa delle ipotesi di eccesso nelle cause di giustificazione in cui il superamento dei limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'autorità pubblica, ovvero imposti dalla necessità, in relazione alle scriminanti di cui agli articoli 51-54 c.p., sia avvenuto colposamente.¹⁴⁷ L'applicabilità dell'art 55 c.p., dunque, è subordinata alla circostanza che la condotta eccessiva sia caratterizzata dal coefficiente soggettivo della colpa. Nonostante la struttura colposa della fattispecie di cui all'art 55 c.p. risulti in modo inequivocabile dallo stesso testo della norma, nonché dalla sua rubrica ("eccesso colposo nelle cause di giustificazione"), l'aspetto riguardante la natura giuridica della responsabilità penale

¹⁴⁶ GROSSO, v. *Eccesso colposo*, cit., p. 3

¹⁴⁷ Vedi *supra*, cap. 1, par. 2 e 2.1.

inerente ai fatti commessi per eccesso ex art 55 c.p. ha alimentato opinioni contrastanti. In dottrina, infatti, si è aperto un dibattito circa la configurabilità dell'elemento della colpa relativamente al fatto eccessivo contemplato dall'art 55 c.p.. Più precisamente, ci si è chiesti se la colpa, così come definita dall'art 43,3° c.p., sia ravvisabile tanto rispetto al fatto commesso per eccesso modale, quanto rispetto a quello commesso per eccesso intellettuale e se, dunque, in entrambi i casi, il soggetto agente possa essere chiamato a rispondere del fatto eccessivo a titolo di responsabilità colposa.

L'art 43,3° alinea c.p. afferma che "il delitto è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline".

Sulla base di tale disposizione il fatto eccessivo è addebitabile a titolo di responsabilità colposa se l'evento con il quale l'eccesso si compie non è voluto e si verifica a causa di imprudenza, negligenza o imperizia dell'agente. Ad esempio: in difesa di un diritto ingiustamente aggredito, il soggetto eccede dai limiti della necessità e della proporzione entro i quali si circoscrive l'ambito della scriminante contemplata dall'art 52 c.p., provocando non volontariamente la morte dell'aggressore per avere negligenzatamente calcolato la veemenza della propria reazione.¹⁴⁸

Prendendo in considerazione la definizione di 'colpa' offerta dal legislatore (art 43,3° alinea c.p.), si deve ritenere che il fatto commesso per eccesso dovuto a errore-inabilità (anche detto eccesso modale), sia perfettamente compatibile con la struttura tipica della responsabilità colposa.

¹⁴⁸ La fattispecie in esame si distingue dunque da quella dell'eccesso doloso per l'elemento negativo della non volizione dell'evento, mentre la presenza degli elementi dell'imprudenza, negligenza o imperizia differenziano la fattispecie da quella dell'eccesso incolpevole.

In tal caso, infatti, l'agente, dopo aver correttamente valutato la situazione, agisce per uno scopo tutelato dall'ordinamento, ma, nel perseguimento di tale scopo si rende responsabile di un superamento dei limiti scriminanti imposti dal legislatore e provoca un evento più grave di quello che sarebbe stato lecito provocare.

L'evento lesivo più grave in cui si sostanzia il fatto eccessivo non era previsto, né tanto meno voluto dall'agente, ma egli lo ha realizzato a causa di un uso improprio dei mezzi d'azione ovvero per un errore dovuto a negligenza, imprudenza o imperizia nelle modalità di attuazione del fatto.

È del tutto pacifica l'opinione secondo la quale, nel caso di errore- inabilità imputabile a imprudenza, negligenza o imperizia, il fatto eccessivo presenta tutti i connotati di un "normale" fatto colposo: data la volontà della condotta, ma non quella dell'evento, infatti, si può affermare che tale forma di eccesso risulti connotata dalla "colpa quale viene comunemente intesa".¹⁴⁹ Nulla osta al riconoscimento della natura colposa del fatto eccessivo e della possibilità, quindi, di addebitarlo all'agente a titolo di responsabilità colposa.

Lo stesso non si può dire per l'eccesso intellettuale, anche detto per errore motivato, il quale costituisce il nodo problematico dell'intera questione.

In tal caso l'eccesso è determinato da un errore (evitabile) di rappresentazione sui presupposti fattuali della scriminante, tale da indurre il soggetto agente a volere il comportamento tipico (eccessivo), credendolo giustificato dall'ordinamento.

Considerando la definizione codicistica del delitto colposo come delitto "contro l'intenzione", connotato dall'involontarietà dell'evento, sembrerebbe che lo schema tipico della colpa sia difficilmente applicabile alle ipotesi di eccesso dovuto ad errore-motivato, caratterizzato, appunto, dalla volontà della condotta e dell'evento più

¹⁴⁹ NUVOLONE, *Le due forme dell'eccesso colposo*, p.803 e ss.

grave (erroneamente ritenuto dal soggetto conforme ai limiti della giustificazione).

Per questo motivo, la dottrina e la giurisprudenza più risalenti avevano ritenuto che, nonostante l'art 55 c.p. parlasse di "eccesso colposo", il fatto eccessivo contemplato dalla norma configurasse un vero e proprio reato doloso.

Ne deriva che, nel caso specifico dell'eccesso colposo di legittima difesa, il fatto eccessivo commesso per errore-motivo sui limiti della necessità e proporzione della reazione difensiva di cui all'art 52 c.p., configurerebbe un reato sostanzialmente doloso, equiparato alla corrispondente fattispecie colposa solo ai fini del trattamento sanzionatorio (*quoad poenam*), in ragione della riduzione del contenuto illecito del fatto antiggiuridico dovuta alla realizzazione parziale della legittima difesa.

La teoria appena esposta distingue, in relazione all'eccesso colposo per errore-motivo, il dolo sussistente nella struttura tipica della condotta nella quale si realizza l'eccesso medesimo, dalle ragioni politico- criminali che ne determinano l'irrilevanza sul piano del giudizio di colpevolezza-responsabilità.¹⁵⁰

In giurisprudenza, la Suprema Corte ebbe modo di osservare che, "nonostante l'eccesso di legittima difesa nel pensiero del legislatore e nel precetto della legge si fondi senza dubbio sulla colpa, ciò non vale ad imprimere al reato compiuto in tale stato la qualificazione giuridica di reato colposo, giacché colposo è l'eccesso e non il reato. La colpa nell'eccesso di difesa consiste in un'affrettata o addirittura precipitosa

¹⁵⁰ È stato giustamente osservato che tale possibilità è ammessa solo laddove si accolga la cd teoria finalistica dell'azione, in base alla quale si procede ad una duplice valutazione di dolo e colpa: dapprima in sede di tipicità, ai fini dell'individuazione dei tipi di reato dolosi e colposi, e soltanto in seguito come oggetto del giudizio di colpevolezza, il quale, differentemente da quanto accade nell'ambito della teoria tripartita del reato, ha il compito di valutare l'illecito complessivo (cioè composto di momenti oggettivi e soggettivi) in rapporto al concreto autore del fatto e all'effettiva situazione in cui si è realizzato. Così MASARONE, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2004, p.1056 e ss.

sopravvalutazione del pericolo imminente, in un errore di calcolo nella valutazione della necessità della reazione, errore che conduce all'apprestamento di mezzi eccessivi di reazione in rapporto alla effettiva entità del pericolo. Ma l'evento derivante dall'eccesso è voluto, perché è conseguenza della propria azione volontaria. Ed invero, chi trovandosi in una situazione di pericolo ne sopravvaluta per errore di calcolo, e quindi per colpa, l'effettiva portata ed uccide, mentre potrebbe semplicemente percuotere o ferire per difendersi, vuole uccidere identicamente a colui che uccide dopo avere esattamente valutato l'effettiva portata del pericolo che gli sovrasta. Nessuna incidenza sulla qualificazione giuridica del reato causato da eccesso di legittima difesa deriva, poi, dal principio dell'estensione al reato stesso dell'applicabilità, quando vi siano, delle disposizioni che regolano i reati colposi. Invero, tale principio [...] trae causa unicamente da ragioni di politica criminale, avendo il legislatore, nel regolamento del reato stesso, dato prevalenza all'elemento della colpa e cioè alla causa dell'evento".¹⁵¹

La tesi dell'eccesso per errore-motivo come reato doloso trattato *quoad poenam* come colposo, però, è stata oggetto di decise critiche ed è stata da tempo abbandonata.

Da un'interpretazione storica e letterale dell'art 55 c.p., infatti, si evince che la suddetta teoria contrasta tanto con l'intento del legislatore storico,¹⁵² quanto con la lettera dello stesso articolo 55 c.p. il quale, dopo aver richiesto che l'eccesso dai limiti segnati dalla legge, dall'ordine o dalla necessità avvenga "colposamente", non opera un

¹⁵¹ Cass. Pen. Sez. I, 21 gennaio 1949, Sent. n. 72. In senso conforme, Cass. Pen. Sez. I, 7 febbraio 1969, Sent. n.185 con nota di LAUDI, *Enunciati dommatici e ratio decidendi sullo sfondo di un dibattuto problema: la cd colpa impropria*, in Riv. It. Dir Proc. Pen, 1971, p.987. La Corte asserisce che "l'evento è voluto dal soggetto e, quindi, il reato [...] è pur sempre doloso" mentre la colpa, nella condotta del reagente, "è [...] identificabile in una rappresentazione erronea dell'entità del pericolo imminente". Dall'accertamento della presenza della volontà dell'evento, i giudici traggono - coerentemente ad un certo modo di interpretare l'art 43,1° alinea - la conclusione che il reato compiuto nelle condizioni delineate dall'art 55

c.p. conserva la sua natura dolosa.

¹⁵² Lav. Prep. Vol. V, 1929.

semplice rinvio al trattamento sanzionatorio dei reati colposi, ma rinvia espressamente alla disciplina del reato colposo nella sua interezza. Il legislatore dispone, infatti, che “si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo”.

Tale circostanza deve indurre a ritenere che la lettera dell’art 55 c.p. alluda ad un vero e proprio reato colposo.¹⁵³

Un’attenta analisi relativa all’oggetto e alla struttura del dolo, inoltre, porta ad escludere che tale coefficiente psichico possa essere ragionevolmente invocato in relazione alla fattispecie dell’eccesso dovuto ad errore-motivo.

Secondo l’art 43 c.p. “il delitto è doloso, e secondo l’intenzione, quando l’evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell’azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l’esistenza del delitto, è dall’agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione”.

Da tale norma dottrina e giurisprudenza hanno dedotto che l’elemento psichico del dolo ha ad oggetto tutti gli elementi del fatto tipico¹⁵⁴ e si compone di due elementi imprescindibili: la rappresentazione e la volontà del fatto tipico stesso.

Quanto alla volontà, questa presuppone il momento della rappresentazione: dunque l’evento che non sia previsto è per ciò stesso evento non voluto.

Inoltre, si deve ritenere che essa non assuma alcuna rilevanza se posta in relazione ai diversi elementi del fatto tipico separatamente

¹⁵³ CODA, *Riflessioni in tema di eccesso colposo*, in *Rivista penale*, fasc. I, 2012, p.65 e ss. Tale interpretazione della lettera dell’art 55 c.p. è avvalorata dalla circostanza che, nei casi in cui ha inteso limitarsi a disporre l’applicazione ad un fatto doloso del trattamento sanzionatorio previsto per i reati colposi, il legislatore ha formulato il rinvio in termini diversi da quelli previsti dall’art 55 c.p.. Per es. relativamente ai casi di reato aberrante di cui all’art 83 c.p. è stabilito che “il colpevole risponde, a titolo di colpa, dell’evento non voluto, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo”.

¹⁵⁴ L’art. 43 c.p. riferisce il dolo all’evento dannoso o pericoloso, il quale deve essere identificato con lo stesso fatto tipico.

considerati: perché tale coefficiente volitivo rilevi ai fini della configurabilità del carattere doloso del fatto, è necessario che esso investa il fatto tipico considerato nella sua interezza, come una realtà unitaria, valorizzando i profili di connessione tra gli elementi che lo compongono.

Dunque, la volontà deve essere ricostruita alla luce del significato che gli elementi del fatto assumono nel loro reciproco collegamento, in particolare considerando il rapporto causale che intercorre fra essi: la volontà presuppone che, sul piano soggettivo, ci sia una percezione da parte dell'agente della *connessione causale fra condotta ed evento*.

Ne deriva che la volontà di cui all'art 43 1° alinea c.p., e dunque il dolo, potrà sussistere solo qualora il soggetto agente, essendosi rappresentato il fatto tipico e consapevole del significato della propria condotta e dell'influenza che essa ha sulla realizzazione del risultato offensivo, decida di operare in modo tale da cagionarlo.

Sulla base di queste premesse la dottrina e la giurisprudenza prevalenti¹⁵⁵ sono arrivate ad escludere che nell'ipotesi di eccesso dovuto ad errore-motivo possa essere ravvisato un fatto strutturalmente doloso: l'eccesso per errore-motivo presenta caratteristiche tali da escludere la configurabilità del dolo descritto nell'art 43 c.p., restando invece spazio per il coefficiente psicologico della colpa.

È stato osservato, infatti, come non si possa fare a meno di attribuire un qualche rilievo al carattere viziato della volontà dell'agente. Non si può ignorare che la volontà che si dirige all'evento è dovuta ad una negligenza, imprudenza o imperizia che si instaura sul processo volitivo dell'azione, operando in modo da far travisare al soggetto i limiti entro i quali può contenersi. L'evento è sì voluto, ma in forza di

¹⁵⁵ In dottrina: AZZALI, *L'eccesso colposo*; FARANDA, *L'eccesso colposo*; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*; NUVOLONE, *Le due forme dell'eccesso colposo*; ROMANO, *Commentario sistematico del c.p.*, I, art 55; SIRACUSANO, voce *Eccesso colposo*. In giurisprudenza: Cass. 2 dicembre 2998, in DPP 2009; Cass. Pen. sez. I, 22 gennaio 1982, n. 1946.

un processo di formazione della volontà medesima che è inficiato da un errore che può essere dovuto a imprudenza, negligenza imperizia o anche inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline – che induce il soggetto a ritenere di agire nei limiti del lecito.

La fattispecie dell'eccesso di cui si discute è caratterizzata dall'erronea convinzione del soggetto agente di svolgere la propria condotta entro un limite di giustificazione e tale errore, come del resto quello sul fatto costitutivo del reato, esclude sempre, per principio generale, la punibilità a titolo di dolo.

In altre parole, la volontarietà dell'evento, nel caso di reato commesso per eccesso colposo, è viziata da un errore inescusabile che si converte in una falsa rappresentazione dei confini entro i quali è consentito agire; pur sussistendo la volizione in senso psicologico dell'evento, non è possibile affermare l'esistenza del dolo, mancando l'esatta coscienza e volontà dell'intero fatto tipico, stante l'erronea rappresentazione di elementi non corrispondenti alla realtà.

Dunque, con riferimento all'ipotesi di eccesso colposo in legittima difesa dovuto ad errore-motivo, se è vero che "involontario non è l'evento, ma solo l'eccesso",¹⁵⁶ è anche vero che tale evento è stato voluto in costanza di una rappresentazione erronea della realtà fattuale. Ne deriva che oggetto del rimprovero nei confronti dell'agente non è di aver voluto l'evento, bensì di averlo cagionato per negligenza o imperizia nella valutazione dei presupposti di fatto della scriminante: usando l'ordinaria diligenza, infatti, l'agente si sarebbe potuto accorgere dell'errore in cui è incorso e avrebbe potuto evitare l'evento.¹⁵⁷

¹⁵⁶ DELITALA, *Legittima difesa e reato colposo*, cit., p.541. L'autore afferma che "dire che nell'eccesso colposo l'evento è involontario, perché non è voluta la sproporzione fra reazione e aggressione, è dire cosa inesatta o quanto meno imprecisa, perché la sproporzione fra offesa e difesa non incide in alcun modo sull'esistenza dell'evento, ma, semplicemente, sulla sua giuridicità."

¹⁵⁷ In questo senso, Cass. Pen. 2.12.2008, Tomaccio, in DPP, 2009: "il rimprovero che viene mosso all'agente rispetto ai limiti della scriminante riguarda [...] la gestione trascurata, mal ponderata dei poteri conferiti dalla causa di giustificazione".

In conclusione, il giudizio di colpevolezza dunque non può e non deve limitarsi al semplice accertamento della volontà dell'atto, ma deve considerarne anche la causa.

Accogliendo tale prospettiva, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, chiamate a dirimere la questione circa la natura giuridica delle due forme in cui può estrinsecarsi l'eccesso colposo di cui all'art 55 c.p., hanno affermato che nei casi in cui "la volontà si determini in funzione di uno scopo diverso dall'evento e l'evento si produca come conseguenza non voluta, o comunque, come conseguenza necessaria, ma non appetita in modo diretto dall'agente", siamo fuori dal dolo e resta quindi spazio per l'elemento della colpa.

Sulla base delle suddette osservazioni, i due fenomeni dell'eccesso intellettuale e modale possono essere entrambi ricondotti nell'alveo della colpa. In relazione all'eccesso intellettuale, però, si parla di una particolare forma di colpa: la cd colpa impropria.

Quest'ultima, caratterizzata dalla volontarietà dell'evento, differisce da quella descritta dall'art 43, 3° alinea c.p.¹⁵⁸

Nella colpa impropria è presente la volontà dell'evento, ma la situazione che il soggetto si rappresenta è diversa da quella effettiva. In altre parole, l'errore cade sulla rappresentazione, per cui il soggetto attivo vuole l'evento in senso naturalistico, ma non l'offesa al bene giuridico. L'evento viene determinato per un errore di valutazione della realtà oggettiva in cui agisce il soggetto e da cui scaturisce un atteggiamento mentale viziato nella volizione dell'evento che si reputa (erroneamente) non lesivo.

¹⁵⁸ Si afferma, quindi, implicitamente, che, sebbene l'art 43,3° alinea c.p. contenga il nucleo della definizione della colpa, esso non esaurisce al suo interno tutte le forme di delitto colposo. Esistono, infatti, casi eccezionali in cui l'evento è voluto, ma l'agente risponde ugualmente di reato colposo: si tratta delle ipotesi di cui agli articoli 55 c.p. (eccesso colposo nelle cause di giustificazione), 59,4° c.p. (erronea supposizione della presenza di una causa di giustificazione) e 47,1° c.p. (errore di fatto determinato da colpa).

Anche a proposito dell'eccesso intellettuale di cui all'art 55 c.p.,¹⁵⁹ dunque, si deve parlare di colpa impropria: in tale ipotesi, infatti, il soggetto agisce con la coscienza e volontà dell'evento, ma versando in una situazione di errore colposo quanto ai limiti della fattispecie scriminante.

Alla tesi appena esposta sono stati mossi due ordini di obiezioni: in primo luogo, appare estremamente difficile accertare che cosa avrebbe fatto il soggetto, se si fosse correttamente rappresentato la realtà esterna; in secondo luogo, non appare esatta la distinzione fra dolo e colpa elaborata da tale corrente dottrinale perché una responsabilità ex art 43, 1° alinea c.p. è perfettamente concepibile in presenza della realizzazione di un evento non appetito dal reo come scopo della sua azione (basti pensare alle ipotesi di dolo eventuale).¹⁶⁰

Una diversa parte della dottrina,¹⁶¹ sulla base della duplice accezione dell'"evento" di cui all'art 43, 3° alinea c.p., dopo aver escluso che in relazione all'art 55 c.p. si possa configurare l'elemento del dolo, ha ricondotto entrambe le forme di manifestazione dell'eccesso contemplate dalla norma nell'alveo della vera e propria colpa, così come definita ex art 43, 3° alinea c.p.

È stato osservato che l'evento – comunemente identificato, in senso naturalistico, come una modificazione della realtà esterna quale effetto di una condotta umana –, assume, in ambito giuridico, un'accezione più tecnica ed indica l'insieme del fatto e del suo disvalore e l'evento di cui all'art 43, 3° alinea c.p. deve essere interpretato come evento in senso giuridico, consistente nell'offesa sotto forma di effettiva lesione o esposizione a pericolo di un interesse protetto dalla norma penale. Alla luce di questa considerazione, si deve rilevare che, se anche l'eccesso colposo dovuto ad errore-motivo, in base ad un'accezione dell'evento

¹⁵⁹ Sono ricondotti alla categoria della colpa impropria anche gli istituti di cui agli articoli 59, 4° c.p. (erronea supposizione della presenza di una causa di giustificazione) e 47, 1° c.p. (errore di fatto determinato da colpa).

¹⁶⁰ Così LAUDI, *Enunciati dottrinali*, p.987 e ss.

¹⁶¹ GROSSO, voce *Eccesso colposo*, p.4; GALLO, v. *Colpa penale*, p.631 e ss.

puramente naturalistica, potesse essere considerato voluto – sia pure sulla base di un’erronea valutazione sugli elementi descrittivi o normativi extra-penali della scriminante –, questa possibilità deve essere esclusa laddove si prenda in considerazione invece l’evento nella sua accezione giuridica.

Sappiamo, infatti, che nell’eccesso colposo per errore-motivo, l’intenzione del soggetto agente non è quella di cagionare il fatto eccessivo, cioè il fatto connotato dal suo disvalore, ma quello di tutelare un bene giuridico posto in pericolo, riducendosi l’evento criminoso ad un mero mezzo attraverso il quale il soggetto crede (erroneamente) di raggiungere il fine verso cui tende la propria condotta.

L’evento nella sua accezione giuridica, quale offesa ad interessi normativamente tutelati dal punto di vista penale, non può considerarsi oggetto dell’intenzione dell’agente: la causa che ha spinto l’agente a volere la condotta causalmente collegata all’evento eccessivo, infatti, non è oggetto della rappresentazione e volontà di quest’ultimo. La contraddizione tra la definizione legale di delitto colposo incentrata sulla non volizione dell’evento, e l’ipotesi di eccesso colposo per errore-motivo nella quale esso risulta voluto risulta, dunque, superata, se si considera l’evento nella sua accezione giuridica. La colpa, in entrambe le forme di manifestazione dell’eccesso colposo, si radica nel difetto di una esigibile cautela la cui adozione avrebbe impedito la fuoriuscita dai limiti del lecito – e ciò grazie ad un più efficace controllo della condotta tenuta (eccesso modale) o in virtù di una maggiore attenzione o ponderazione rivolta alla situazione che il soggetto si trovava a fronteggiare (eccesso intellettuale) –, si deve concludere che l’eccesso colposo di cui all’art 55 c.p., quale che sia la forma in cui si manifesta – intellettuale o modale –, è quindi sempre connotato da una struttura colposa ex art 43, 3° alinea c.p..

Stando però all’opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza, si può affermare che, relativamente alla fattispecie specifica dell’eccesso

colposo di legittima difesa dovuto ad errore motivo, siamo in presenza di un'ipotesi di colpa autonoma e atipica, costituita da tre elementi: il primo consiste nella volontà dell'agente di difendere un diritto proprio o altrui dal pericolo attuale di un'offesa ingiusta; il secondo si sostanzia nella volontà di produrre l'evento come mezzo per difendersi; il terzo è dato dall'errore di giudizio dell'agente sull'entità del pericolo che egli si trovava a fronteggiare e dunque sui limiti della reazione difensiva legittima.

Quanto all'ipotesi di eccesso colposo di legittima difesa dovuto ad errore-inabilità, invece, si avrà la colpa così come comunemente intesa, vale a dire la colpa propria di cui all'art 43,3° alinea c.p.

Detto questo, il giudizio di colpevolezza seguirà in entrambe le ipotesi le regole dettate a tal proposito dal codice penale, per cui la rimproverabilità dell'agente sarà accertata avendo a riguardo non solo la situazione obiettiva, ma anche le caratteristiche soggettive dell'agente concreto, dovendosi valutare con maggior rigore la condotta di coloro che sono specificamente addestrati a gestire situazioni di pericolo (es. agenti di pubblica sicurezza), rispetto a chi si trovi solo eccezionalmente ad affrontare simili situazioni.

3.1 Le ricadute pratiche della natura giuridica dell'eccesso colposo

Il dibattito circa la natura giuridica, dolosa o colposa, dell'eccesso colposo di cui all'art 55 c.p. è tutt'altro che sterile.

La qualificazione del reato commesso per eccesso colposo – come reato colposo *quoad substantiam* o come reato doloso trattato come colposo soltanto *quoad poenam* –, determina significative ricadute in ordine alla compatibilità della fattispecie di cui all'art 55 c.p. con alcuni istituti. In primo luogo, si deve rilevare che la natura strutturalmente colposa del fatto eccessivo comporta l'incompatibilità della fattispecie di cui

all'art 55 c.p. con la figura del tentativo disciplinata dall'art 56 c.p.,¹⁶² che presuppone il dolo nell'agente.

Rispetto alla fattispecie di eccesso colposo di legittima difesa, si deve ritenere quindi che non si possa ipotizzare la punibilità dell'agente a titolo di dolo, in quanto, nonostante egli abbia posto in essere atti idonei e diretti a commettere il fatto eccessivo rispetto ai limiti della necessità e proporzione di cui all'art 52 c.p., sussiste un errore colposo circa i limiti della scriminante della legittima difesa intervenuto nella fase formativa della volontà (per es.: l'agente avventatamente sopravvaluta il pericolo scaturente dall'aggressione manuale di un energumeno e - ritenendo di essere esposto ad un pericolo di vita - esplose un colpo d'arma da fuoco verso di lui con l'intenzione di ucciderlo, senza tuttavia colpirlo). Sebbene il tentativo sia astrattamente possibile, non si può certo affermare che esso sia punibile secondo il diritto positivo, dato che il diritto positivo non ammette la punibilità del tentativo colposo.

Ampiamente dibattuta, inoltre, è la questione circa l'applicabilità all'art 55 c.p. della figura della cd colpa cosciente o con previsione dell'evento, prevista come aggravante dall'art 61 n.3 c.p..¹⁶³

Tale forma di imputazione soggettiva della responsabilità penale è caratterizzata, come quella della colpa generale, dalla mancanza di volontà dell'evento, ma si differenzia da quest'ultima in quanto l'agente si rappresenta e prevede il risultato offensivo e, tuttavia,

¹⁶² Cod. Pen., art.56, "Delitto tentato": "Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica. Il colpevole di delitto tentato è punito: con la reclusione da ventiquattro a trenta anni, se dalla legge è stabilita per il delitto la pena di morte (1); con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita è l'ergastolo; e negli altri casi, con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi. Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sè un reato diverso. Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà".

¹⁶³ *Ibidem.* art. 61 n.3: "Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti: [...] 3) l'averne, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento".

ritiene erroneamente che tale risultato non si verificherà come conseguenza della propria azione.¹⁶⁴

I rapporti fra tale forma d'imputazione della responsabilità e la fattispecie di cui all'art 55 c.p. risentono necessariamente della qualificazione attribuita, in termini di dolo o colpa, al reato commesso per eccesso.

Qualora si aderisca alla tesi del reato strutturalmente doloso, trattato soltanto *quoad poenam* come colposo, non si può mettere in discussione il fatto che l'applicabilità dell'aggravante di cui all'art 61 n

3 c.p. risulta del tutto esclusa: si tratta, infatti, di una figura ontologicamente prevista per i reati colposi.

Nel caso, invece, in cui il fatto eccessivo sia qualificato come colposo, è possibile concepire un margine di applicabilità dell'art. 61 n. 3 c.p., ma si deve comunque ritenere, a detta della dottrina prevalente, che tale aggravante non possa trovare applicazione per entrambe le forme di eccesso colposo riconducibili all'art 55 c.p.

Nel caso di eccesso colposo dovuto ad errore-inabilità l'applicazione dell'aggravante della previsione dell'evento risulta plausibile: in tale forma di eccesso, infatti, la colpa di colui che, nell'attuazione della condotta, ometta di adottare le doverose cautele pur prevedendo di

¹⁶⁴ Si tratta di una figura piuttosto affine a quella del dolo cd eventuale con la quale ha in comune la previsione del fatto, ma dalla quale si distingue – secondo la Cassazione, peraltro criticata dalla dottrina – per l'atteggiamento psicologico dell'agente: in caso di colpa cosciente, infatti, costui, pur prevedendolo, non accetta il rischio del verificarsi dell'evento lesivo del quale, erroneamente, esclude il possibile accadimento; in caso di dolo eventuale, invece, il risultato offensivo viene previsto come possibile conseguenza dell'azione e, ciononostante, l'agente pone in essere la condotta accettando il rischio di delinquere. Cass. Pen., I sez., 1 agosto 2012, Spaccarotella, con commento di MORELLO, "*Dolo eventuale in formato vecchio stile nella più recente giurisprudenza della Cassazione*", in Arch. Pen. 2013, n.1: "Dunque si finisce per valorizzare il dubbio che, ricondotto entro lo spazio riservato al dolo eventuale, si sovrappone a quest'ultimo. La colpa con previsione si segnalerebbe, al contrario, per il superamento del dubbio, sostituito da una sorta di contro-previsione di segno negativo, ossia dalla rappresentazione del non verificarsi dell'evento, giustificata dall'affidamento riposto nelle circostanze interdittive".

poter produrre un evento lesivo eccessivo sembra più grave della colpa di chi agisca non rappresentandosi una tale eventualità.¹⁶⁵

Lo stesso non vale però per le ipotesi di eccesso colposo dovuto ad errore-motivo (o eccesso intellettuale), in cui il fatto eccessivo – secondo l’opinione dottrinale prevalente – è connotato dalla cd colpa impropria (la quale presuppone la volontà dell’evento).

Occorre premettere che il fondamento dell’aggravante in questione risiede nella più elevata riprovevolezza di colui che non si astiene dalla condotta pur prevedendo il suo possibile esito lesivo.

Se questa è la *ratio* dell’art.61 n. 3 c.p., si deve ritenere che la sua applicazione ai casi di eccesso colposo dovuto ad errore motivo sia priva di fondamento: in tal caso, infatti, l’agente non solo prevede, ma addirittura vuole l’evento lesivo, ritenendo però di essere facoltizzato a cagionarlo in forza di un’erronea rappresentazione della situazione scriminante. Il fondamento psicologico della responsabilità per colpa, come abbiamo avuto modo di dire, non consiste nella mancata volizione dell’evento, ma nell’errata rappresentazione dei limiti della causa di giustificazione.

L’aggravante di cui all’art. 61 n. 3 c.p. risulta applicabile, conformemente alla ratio che l’ha ispirata, solo in relazione ai casi di causazione “involontaria” dell’evento, al fine di aggravarne il disvalore, mentre non pare compatibile in tutti quei casi in cui la condotta dell’agente abbia una connotazione volontaristica alla quale non sia possibile aggiungere un ulteriore disvalore. Dunque, si deve escludere la sua applicabilità ai casi di eccesso colposo intellettuale.

Di diverso avviso è quella parte della dottrina che riconduce entrambe le ipotesi di eccesso colposo di cui all’art 55 c.p. (intellettuale e modale) alla categoria della “colpa propria” di cui all’art 43,3° alinea c.p.:

¹⁶⁵ Nel senso di una soluzione differenziata tra le due forme di eccesso colposo, si veda NUVOLONE, *Le due forme dell’eccesso colposo*, p.803 e ss.; DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in Riv. It. Dir. Pen e Proc. Pen., 1988; GALLO, *Eccesso colposo e previsione dell’evento*, in GP, IV, 1932; FIORE, voce *Eccesso colposo*, p.2081 e ss.

secondo tale corrente dottrinale il fatto eccessivo ben può essere aggravato dalla previsione dell'evento di cui all'art. 61.3 c.p. alla stregua di ogni altro fatto colposo.¹⁶⁶

Si rileva infatti che, se è vero che considerando l'evento di cui all'art. 43 c.p. in senso naturalistico, difficilmente si potrà concretare l'ipotesi della colpa cosciente in relazione all'eccesso intellettuale, in cui l'evento, così inteso, è certamente voluto, a diverse conclusioni si arriva se si considera l'evento nella sua accezione giuridica. Considerato in senso giuridico, infatti, l'evento si va ad indentificare nel fatto tipico nella sua interezza, vale a dire nella sintesi del fatto e del suo disvalore.

Ciò che si richiede che sia previsto, ma non voluto, ai fini dell'applicabilità dell'art.61 n.3 c.p. è il fatto tipico. In questa prospettiva è ben possibile che si configuri l'aggravante della colpa con previsione: ciò accadrà ogniqualvolta, nonostante l'intenzionalità dell'evento naturalistico, il soggetto agisca ritenendo di mantenersi entro i limiti della scriminante, pur rappresentandosi la possibilità dell'eccesso.

Nelle ipotesi di eccesso colposo intellettuale, la previsione idonea a fondare la circostanza aggravante consiste nell'astratta rappresentazione della possibilità che la scriminante non copra l'azione, accompagnata dalla certezza soggettiva che essa sia invece presente e che l'eccesso non si verifichi.

In tema di legittima difesa, dunque, un eccesso colposo di difesa dovuto ad errore motivato ed aggravato dalla previsione dell'evento potrebbe configurarsi nell'ipotesi in cui l'agredito che si trovi a doversi difendere ponga colposamente in essere una reazione difensiva che esorbita dai limiti della necessità e della proporzione di cui all'art.52 c.p. (e dunque eccessiva), pur essendosi rappresentato il possibile carattere eccessivo della difesa rispetto all'offesa, a patto che l'agente non abbia accettato tale rischio, ma piuttosto, si sia erroneamente convinto della liceità della sua azione.

¹⁶⁶ GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, pp.4-5

L'esclusione del carattere doloso del reato commesso per eccesso colposo di cui all'art.55 c.p., inoltre, ha indotto la dottrina e la giurisprudenza ad escludere, per questa ipotesi, e dunque anche per il caso di eccesso colposo di difesa, l'applicabilità della circostanza attenuante di cui all'art.62 n.1 c.p. consistente nell'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale: "costituendo i moventi dell'azione delittuosa un elemento psicologico inerente al dolo, si deve ritenere che, ove questo non sussista, manchino anche i moventi".¹⁶⁷ La natura colposa del reato commesso per eccesso di difesa potrebbe indurre ad ammettere, in relazione a tale fatto illecito, l'applicazione dell'attenuante della provocazione di cui all'art.62 n.2 c.p.

Occorre però notare che, se è vero che l'applicazione della provocazione è ammissibile nei delitti colposi, è anche vero che nel caso di eccesso colposo di difesa, l'azione dell'agente deve essere mossa dalla necessità di difendersi dal pericolo di subire un'offesa ingiusta.

La giurisprudenza più risalente,¹⁶⁸ dunque, ha escluso che l'eccesso colposo di legittima difesa sia compatibile con l'attenuante della provocazione (art.62 n.2), sulla base dell'argomento secondo cui l'*animus defendendi* sarebbe incompatibile con lo stato d'ira richiesto per l'applicazione dell'attenuante.¹⁶⁹

Dalla natura colposa del reato commesso per eccesso di difesa, deriva poi l'inapplicabilità, per tale fattispecie, della disciplina del reato continuato di cui all'art 81,2° c.p. che prevede l'ipotesi in cui il soggetto "con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge".

¹⁶⁷ Sentenza della Corte d'Assise, Roma, I sez., 13 luglio 1948

¹⁶⁸ Cass. 12 gennaio 1945 in Giust. Pen. 1946, II; Cass 12 maggio 1954, in Arch. Pen. 1952, II.

¹⁶⁹ Semmai sarebbe applicabile la provocazione soltanto quando, esaurita l'azione dell'aggressore, l'agredito abbia agito per vendicarsi. Ma in tali ipotesi, come detto, deve essere esclusa tanto la legittima difesa, quanto la corrispondente fattispecie eccessiva, causa del venir meno del requisito del pericolo attuale di un'offesa ingiusta. Così, ALTAVILLA, voce *Eccesso colposo*.

Posto che l'elemento caratterizzante la fattispecie di cui all'art 8,2° c.p. è l'unità del disegno criminoso inteso come unità del fine perseguito, ne consegue che la continuazione può operare solo in relazione a fatti criminosi sorretti dalla volontà di commetterli, dovendosi invece escludere la sua operatività in relazione ai reati colposi, caratterizzati dall'assenza della volontà rispetto all'evento.¹⁷⁰

Al contrario, si ammette che, in relazione all'eccesso colposo di difesa possa configurarsi il concorso formale di cui all'art.81,1° c.p.,¹⁷¹ ben potendo il soggetto attivo dell'eccesso aver provocato con un'unica condotta ripetute violazioni di legge.

4. La configurabilità dell'eccesso colposo su legittima difesa putativa

Ai fini di una completa analisi dell'istituto dell'eccesso colposo di difesa risultante dal combinato disposto degli articoli 52 c.p. e 55 c.p., pare opportuno soffermarsi su una questione ampiamente dibattuta in dottrina, vale a dire quella relativa alla configurabilità di tale fattispecie in caso di scriminante putativa.

Come abbiamo avuto modo di anticipare, la scriminante della legittima difesa – così come le altre cause di giustificazione – può presentarsi anche nella sua forma putativa: ciò accade allorché l'autore del fatto di cui all'art.52 c.p. ponga in essere una reazione difensiva nella supposizione erronea della sussistenza di un pericolo di un'offesa ingiusta per un bene proprio o altrui. La disciplina della legittima difesa putativa è ricavabile dal combinato disposto degli articoli 52 e 59,4°

¹⁷⁰ Cass., 1 giugno 1949, Barba, in Arch. Pen. 1949.

¹⁷¹ Art.81,1 c.p.: "È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge".

c.p.:¹⁷² qualora l'erronea supposizione della scriminante sia dovuta ad un errore colposo, allora l'evento cagionato, pur essendo coperto dall'esimente nella sua forma putativa, sarà addebitato all'agente a titolo di colpa, sempre che il fatto sia preveduto dalla legge come delitto colposo; il soggetto agente sarà, invece, esente da pena nel caso in cui l'erronea supposizione della scriminante sia dovuta ad errore scusabile.

Quanto al giudizio di accertamento della fattispecie, la giurisprudenza ha precisato che il giudice, nel riconoscere la legittima difesa putativa, si avvale di un giudizio *ex ante* ed oggettivo, cioè emancipato dagli stati d'animo e dai criteri soggettivi che hanno potuto orientare la condotta dell'agente.

In altre parole, ai fini dell'operatività della scriminante putativa, è necessario che la convinzione in ordine alla sua ricorrenza sia giustificata da fatti materiali e non originari, invece, da una mera percezione soggettiva disancorata da presupposti concreti.¹⁷³

Come anticipato, l'ipotesi di errore contemplata dall'art.59.4° c.p. va tenuta distinta da quella disciplinata dall'art.55° c.p. in quanto la realtà oggettiva su cui verte l'errore è differente: in caso di legittima difesa putativa, infatti, l'errore, colpevole o meno, cade sull'esistenza del pericolo; nell'ipotesi dell'eccesso di difesa, invece, l'errore colposo o non colposo, cade sull'entità del pericolo.

¹⁷² Art.59,4° c.p.: "Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo."

¹⁷³ Cass. Sent. 47177 del 2015: "Quanto al profilo putativo della scriminante in esame, il relativo accertamento implica un giudizio 'ex ante', rapportato alle peculiari circostanze concrete della fattispecie, da condurre secondo il prudente apprezzamento del giudice di merito, che deve esaminare la situazione specifica per verificare se la stessa fosse tale da far sorgere nel soggetto l'erroneo convincimento di trovarsi in condizioni di fatto che, qualora realmente esistenti, avrebbero escluso l'antigiuridicità della condotta costituente reato, non potendo affidarsi a criteri soggettivi, oppure a stati d'animo turbati dell'agente".

Detto questo, secondo parte della dottrina,¹⁷⁴ l'art.55 c.p., prevedendo la commissione di "alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51,52,53 e 54" e l'eccesso dai "limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità", sembra fare riferimento a situazioni reali.

Stando alla lettera dell'art.55 c.p., sembrerebbe che dal suo ambito di applicazione dovessero essere escluse tutte le ipotesi di eccesso nei confronti di situazioni meramente putative, rilevando soltanto le situazioni di eccesso rispetto ad esimenti che esistono nella realtà.

Dunque, secondo tale orientamento dottrinale, non sarebbe configurabile la fattispecie dell'eccesso colposo di legittima difesa nei casi in cui l'agente abbia supposto erroneamente l'esistenza della scriminante di cui all'art.52 c.p.

Secondo alcuni autori,¹⁷⁵ peraltro, il riconoscimento della fattispecie di cui all'art.55 c.p. relativamente ad una scriminante putativa risulterebbe di dubbia costituzionalità. Esso, infatti, contrasterebbe con il principio di uguaglianza previsto dall'art.3 della Costituzione in quanto due situazioni differenti sul piano dell'antigiuridicità della condotta – vale a dire la legittima difesa reale e quella putativa – finirebbero per essere normativamente trattate nei medesimi termini. Dunque, sarebbe più conforme al principio di uguaglianza sancito dalla nostra Costituzione escludere l'applicabilità dell'art.55 c.p. al soggetto che, non solo abbia supposto per colpa l'esistenza della scriminante, ma, ancora per colpa, ne abbia travalicato i limiti.

Una diversa parte della dottrina, conformemente alla posizione assunta in modo unanime dalla giurisprudenza, ritiene invece che l'eccesso di cui all'art.55 c.p. possa configurarsi anche in relazione alla legittima difesa putativa, allorquando il soggetto attivo che abbia supposto l'esistenza della scriminante ne travalichi, per colpa, i confini.

¹⁷⁴ AZZALI, *L'eccesso colposo*; RAMPIONI, *Brevi osservazioni sulla configurabilità dell'eccesso colposo nella legittima difesa*, in Cass. Pen. Mass., 1977, p.1053 e ss. ¹⁷⁵ VERZERA, *Forme di manifestazione dell'eccesso colposo*, come citato da CODA, *Riflessioni*, in Riv. Pen., fasc. I, 2012, p.69

È stato rilevato, infatti, che l'eccesso colposo rappresenta un'evoluzione da una situazione scriminante che assume rilevanza ex se, a nulla rilevando se essa sia oggettivamente esistente o anche solo soggettivamente tale. Ne deriva che, sia in presenza dei presupposti oggettivi della legittima difesa, sia nelle ipotesi in cui questa sia erroneamente supposta ex art.59,4 c.p., può accadere che l'agente, nel dar corso all'azione, superi colposamente i limiti richiamati dall'art.52

c.p. ed è ragionevole, in entrambi i casi, riconoscere l'eccesso colposo. Affinché ricorra l'ipotesi di cui all'art.55 c.p., dunque, è sufficiente che siano integrati i presupposti oggettivi richiesti per l'applicazione dell'art.59,4 c.p..

Qualora l'agente supponga per errore colposo l'esistenza della legittima difesa, il fatto eccessivo, eccedente i limiti della situazione erroneamente considerata presente, comporterà per l'agente una responsabilità a titolo di colpa, qualora si dimostri il carattere colposo dell'eccesso. Diversamente, l'evento sarà imputato a titolo di dolo qualora si dimostri che il soggetto era consapevole del carattere eccessivo della reazione rispetto al putativo (es: il soggetto, supponendo per errore dovuto a colpa che esista un'aggressione che giustificherebbe una blanda reazione contro l'aggressore, decide invece di sfruttare l'occasione per uccidere il presunto aggressore, suo acerrimo nemico).

Nel caso in cui, invece, l'erronea supposizione degli estremi della causa di giustificazione sia scusabile, il fatto eccessivo sarà addebitato all'agente a titolo colposo o doloso (a seconda che l'eccesso rispetto al putativo sia colposo o doloso), mentre costui andrà esente da pena qualora non sia rimproverabile, essendo stato accertato il carattere incolpevole della condotta eccessiva.

Dunque, la fattispecie eccessiva può innestarsi anche qualora la legittima difesa si presenti nella sua forma putativa, sia che la supposizione dell'esistenza della scriminante sia dovuta ad errore

colposo, sia che si tratti di una supposizione dovuta ad errore incolpevole.

Alcuni autori¹⁷⁶ ritengono che le suddette conclusioni, sostenute dalla dottrina prevalente, circa la configurabilità dell'eccesso colposo in legittima difesa putativa siano discutibili.

Nel caso di erronea supposizione della scriminante dovuta ad errore colposo, infatti, chi si rende responsabile di un eccesso colposo di legittima difesa putativa (ritenendo colposamente che la sua condotta reattiva sia necessaria e proporzionata) è punito a norma dell'art.59,4 c.p.. Al soggetto che abbia posto in essere una condotta eccessiva, dunque, si applicherà l'art.59.4 c.p., ossia la medesima disposizione che il legislatore ha previsto per i casi in cui un soggetto reputi, per errore colpevole, di essere aggredito ingiustamente e di trovarsi conseguentemente in pericolo. La circostanza che il legislatore abbia previsto un'autonoma disciplina per l'eccesso colposo nelle cause di giustificazione reali, ma non abbia fatto altrettanto per l'eccesso colposo nelle cause di giustificazione putative, induce a pensare che debba essere smentita l'opinione di chi ritiene che all'eccesso nella legittima difesa reale – che la legge disciplina nell'art.55 c.p. – corrisponda l'eccesso in quella putativa, disciplinato, con uguale richiamo alle norme sui reati colposi, nell'ultima parte dell'art.59 c.p.. È stato osservato inoltre che, anche nel caso in cui il soggetto commetta un errore che incida senza colpa sull'esistenza della scriminante di cui all'art.52 c.p., ma colposamente sulla sua entità, non c'è spazio per la configurabilità di un eccesso colposo di difesa.

Pur essendo astrattamente ammissibile la coesistenza dell'eccesso colposo con l'erronea supposizione incolpevole di una causa di giustificazione, si deve ritenere che in concreto sia difficilmente configurabile una situazione in cui alla base del medesimo comportamento stanno due errori, uno scusabile, rispetto all'esistenza

¹⁷⁶ RAMPIONI, *Brevi osservazioni*, p.1053 e ss.

dei presupposti di fatto dell'esimente, e l'altro colposo, relativo ai limiti di essa.

Sul piano psicologico, infatti, non si può parlare di un doppio errore, o meglio di un errore in due tempi. L'errore è simultaneo: il soggetto, indotto in errore da false apparenze, si rappresenta come esistente una situazione di legittima difesa che non esiste, ma se la rappresenta in termini tali che a sua reazione gli pare proporzionata.

La giurisprudenza prevalente, dunque, ammettendo l'eventualità di un errore comprensibile nel momento della valutazione dell'esistenza della scriminante, ma incomprensibile nel momento della valutazione dei suoi limiti, darebbe origine ad un "*non senso psicologico*".¹⁷⁷

La dottrina prevalente, però, in linea con la giurisprudenza, controietta l'irragionevolezza di una eventuale esclusione della configurabilità dell'eccesso rispetto alla scriminante putativa: una tale soluzione, infatti, giungerebbe all'assurdo o di mandare impunito l'agente, nonostante l'eccesso colposo in una causa di giustificazione putativa, oppure di equipararlo a chi agisce indipendentemente dall'opinione di versare in una causa di non punibilità.

¹⁷⁷ L'espressione è di RAMPIONI, *Brevi osservazioni*, cit., p.1055. Secondo l'autore, infatti, "tutta la percezione del reale è viziata nella sua globalità ed è assurdo scusarla come non colposa per una metà ed incriminarla come colposa per l'altra".

CAPITOLO 3

LA LEGITTIMA DIFESA DOMICILIARE: VERSO UN'IMPLICITA ABOLIZIONE DELL'ECCESSO COLPOSO?

1. Il dibattito circa l'opportunità di una riforma della legittima difesa

L'art.52,1 del codice penale attualmente vigente costituisce il nucleo originario ed essenziale della normativa dettata dal legislatore italiano in tema di legittima difesa e risale al 1930.

Tale disposizione è stata – ed è ancora oggi – al centro di un pluriennale dibattito socio-politico riguardante l'opportunità di una riforma della scriminante che essa contempla.

Una parte della dottrina ritiene che quella enunciata dall'art 52,1° del codice Rocco sia una disposizione in sé perfetta, una norma di alto livello, ben congegnata e non bisognosa di modifiche a livello legislativo: il suo carattere generale ed astratto le ha permesso di oltrepassare indenne decenni di applicazione, accogliendo importanti mutamenti normativi a livello internazionale, quali, per esempio, quelli conseguenti all'introduzione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Come si è avuto modo di osservare, nel corso dei decenni di vigenza dell'istituto della legittima difesa, la realtà quotidiana ha fatto sorgere problematiche sempre nuove e l'applicazione dell'art 52,1° c.p. al caso concreto ha spesso impegnato la giurisprudenza che, mediante la sua opera interpretativa, ha integrato i fondamenti della scriminante, dando così risposta a casi che la sola lettera della norma non era in grado di soddisfare.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Si deve all'opera della giurisprudenza, per esempio, la determinazione dei confini cronologici del pericolo e le puntualizzazioni in tema di rilevanza dei requisiti dell'involontarietà e inevitabilità dello stesso; sempre con riguardo al requisito del pericolo, il formante giurisprudenziale ha proceduto all'analisi e alla risoluzione delle questioni ermeneutiche circa la natura – oggettivistica o soggettivistica – del relativo giudizio di accertamento. La giurisprudenza ha poi fornito importanti precisazioni relative al requisito della necessità della difesa (con particolare riferimento al caso in cui vi sia possibilità di fuga) e ha definito il concetto di proporzionalità, chiarendo anche i termini del relativo giudizio. Per

Secondo tale orientamento dottrinale, l'istituto disciplinato dall'art 52,1° c.p. – così come delineato in decenni di applicazione giudiziale e di studio dottrinale – risulta fedele alla *ratio legis* della norma: esso nel soddisfare le esigenze difensive dell'agredito, garantisce, allo stesso tempo, che l'esercizio del diritto di difesa avvenga nel rispetto dei principi generali del diritto penale e, soprattutto, della gerarchia dei valori tutelati dall'ordinamento. Dunque, l'articolo 52,1° c.p. realizza quel delicatissimo equilibrio tra la garanzia dei diritti dell'agredito e quella dei diritti dell'aggressore e – sia per le sue caratteristiche intrinseche, sia per l'interpretazione che ne ha dato la giurisprudenza nel corso dei decenni – risulta una disposizione inattaccabile, oltre che sotto il profilo giuridico, anche dal punto di vista etico-sociale.¹⁷⁹

Le suddette argomentazioni non sono risultate sufficienti a persuadere chi, invece, si è schierato a favore di una riforma della scriminante della legittima difesa, ritenendola, così come formulata dal legislatore del 1930, non sufficientemente attenta alle esigenze di difesa dei cittadini nell'odierna realtà sociale.

L'inadeguatezza dell'istituto di cui all'art 52,1° c.p. è imputabile, a detta dei sostenitori della riforma, ai suoi limiti di operatività, troppo angusti e spesso incerti.¹⁸⁰

Gli aspetti critici della scriminante – e dunque l'opportunità di una sua revisione – si sono manifestati in modo evidente nel periodo compreso tra la fine degli anni novanta e i primi anni del nuovo secolo, nel clima

un'analisi più approfondita dell'opera interpretativa svolta dalla giurisprudenza in relazione ai singoli elementi della legittima difesa di cui all'art 52,1° c.p. si rinvia al cap. 1.

¹⁷⁹ Per tutti, PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *Guida al diritto*, Il Sole 24 ore, 2006, fasc. 13, p. 52. Secondo l'autore, l'art 52 c.p. ha rappresentato un modello di sapienza giuridica e di equilibrio normativo, come testimonia la circostanza che, nei vari progetti di riforma della parte generale del codice succedutisi nel corso degli anni, il quadro della scriminante è stato mantenuto in termini sostanzialmente identici, solo prospettando una ratifica legislativa dei risultati ermeneutici già consolidati nella prassi applicative al fine di codificare la *cd law in action*.

¹⁸⁰ Per l'analisi dell'ambito di operatività della scriminante di cui all'art 52,1° c.p. e dei relativi limiti si rinvia al cap. 1.

di forte allarme sociale ingenerato da un aumento quantitativo¹⁸¹ e da un peggioramento qualitativo¹⁸² dei reati commessi da spregiudicati rapinatori – italiani, ma anche stranieri, spesso clandestini –¹⁸³ ai danni di inermi cittadini sorpresi nei loro appartamenti, nelle ville, nelle gioiellerie, nei distributori di benzina, ecc.

Indubbiamente, tali circostanze hanno rivestito un ruolo non poco importante nella genesi delle istanze di riforma della legittima difesa nei termini di un ampliamento della sua portata applicativa: dalla crescente spregiudicatezza della criminalità violenta è derivato, infatti, un senso di inquietudine e di profonda insicurezza nella collettività, che ha indotto quest'ultima a chiedere a gran voce un margine di operatività della legittima difesa più ampio, almeno in quelle situazioni in cui il pericolo di un'offesa ad un diritto proprio o altrui si manifesti a seguito della violazione, da parte dell'aggressore, di luoghi particolarmente sentiti dall'opinione pubblica come "intoccabili", quali il domicilio privato e quello lavorativo.¹⁸⁴

¹⁸¹ Statistiche giudiziarie penali Anno 2002, ISTAT, 2002. Il dato delle rapine denunciate all'autorità giudiziaria nell'arco di tempo indicato è in moderata, ma costante crescita: 37.726 nel 2000; 38.056 nel 2001; 40.006 nel 2002.

¹⁸² Nella relazione di accompagnamento al ddl 889 si legge che "branchi di uomini feroci – italiani o stranieri che siano – non esitano a versare sangue innocente e inerme, ad uccidere e torturare."

¹⁸³ Secondo una parte dell'opinione pubblica, della quale si fanno portavoce i propugnatori della riforma, esisterebbe uno stretto rapporto fra l'aumento dell'immigrazione clandestina che ha riguardato il nostro Paese e la "nuova" fenomenologia criminosa, nel senso che la prima avrebbe contribuito fortemente allo sviluppo della seconda: le condizioni di indigenza in cui versano gli immigrati, soprattutto se irregolari, fanno sì che questi ultimi siano disposti a commettere qualunque crimine pur di mitigare lo stato di estrema povertà in cui vivono.

Sul punto si esprime anche CADOPPI, *Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto: Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI e PALIERO, II, Milano, 2006, p.1377 e ss.

L'autore osserva che, a prescindere dall'esistenza o meno di riscontri statistico - criminali che possano confermare tale connessione, rileva il dato innegabile che la forte presenza di 'stranieri' in territori un tempo frequentati solo da 'compaesani' incute un senso di disagio e sospetto che tempo addietro non si percepiva.

¹⁸⁴ Il carattere "sacro" del domicilio, più volte sottolineato dai propugnatori della riforma, deriva dal suo essere proiezione immediata della sfera di intimità che circonda la persona.

A ben vedere, però, da un'analisi meno superficiale dell'eziologia della riforma, emerge che le ragioni profonde di quest'ultima risiedono altrove. In primo luogo, essa ha origine nella carenza di "effettività" dell'azione degli organi dello Stato chiamati a fronteggiare l'aumento della microcriminalità: una tale ineffettività della risposta statale contro una delinquenza percepita come sempre più pericolosa ha diffuso nell'opinione pubblica una grande sfiducia nei confronti degli organi dello Stato e delle istituzioni, ritenute generalmente incapaci di garantire la sicurezza dei cittadini e la tutela dei loro diritti.¹⁸⁵ In secondo luogo, si deve ritenere che un ruolo significativo nella genesi delle istanze di riforma sia stato svolto dalla "prova provata" dell'obiettiva impossibilità delle forze dell'ordine di garantire la loro presenza – e conseguentemente una tempestiva azione a tutela dell'agredito – soprattutto nei casi in cui l'aggressione si consumi in un privato domicilio, cioè in un contesto in cui naturalmente l'individuo si trova "isolato" dagli altri e in cui, pertanto, risulta più difficile invocare aiuto.

Dunque, se è vero che la legittima difesa costituisce una forma di autotutela privata sussidiaria rispetto a quella pubblica, allora è altrettanto vero che quanto più la difesa pubblica si riveli inefficiente e inefficace, tanto più si intensifica l'esigenza di ricorrere a quella privata. In altre parole, esistendo un rapporto di proporzionalità inversa fra la difesa pubblica contro il crimine e l'autodifesa privata, all'inadeguatezza della prima corrisponde un puntuale aumento della seconda e, rispetto a quest'ultima, sorge l'esigenza che le siano

¹⁸⁵ MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale* in *Riv. Ital. Dir. Proc. Pen*, 2006, p.446. La nostra società ha infatti fallito nella lotta alla criminalità: da una parte è venuta meno la contropinta culturale-sociale al crimine, nel senso che il sistema di valori anticrimine (cioè la cultura incentrata sui diritti e doveri umani, sul rispetto dell'altrui dignità, sull'alterità e la solidarietà) non è riuscito ad imporsi sul sistema di disvalori criminogeni; dall'altra, il diritto penale, da solo, non è risultato in grado di contenere la criminalità dilagante, anche e soprattutto per la nota ineffettività della pena dovuta a clemenzialismi legislativi e indulgenzialismi giudiziari che non hanno permesso al sistema penale di assicurare lo svolgimento di una seria politica di neutralizzazione dei delinquenti più pericolosi.

riconosciuti, a livello legislativo, margini di operatività più ampi di quelli che le sono tradizionalmente riconosciuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Alla luce delle suddette considerazioni, quindi, i sostenitori della riforma ritengono che in un contesto sociale caratterizzato da una delinquenza sempre più diffusa e pericolosa che le istituzioni pubbliche non riescono a fronteggiare, l'ampliamento dei margini di liceità della condotta difensiva scriminata dall'art 52,1° c.p. sia un rimedio indispensabile, se si vuole ottenere una più efficace tutela del cittadino contro le minacce della criminalità.¹⁸⁶

Il ristretto ambito di applicazione della legittima difesa non è però l'unico difetto della scriminante: le critiche mosse all'art 52,1°c.p., infatti, hanno riguardato anche e soprattutto il profilo della certezza dei confini del diritto di autodifesa che esso contempla.

Così come formulato dal legislatore del 1930, l'articolo 52,1° c.p. è impreciso, spesso incapace di dare certezza circa la liceità o meno della condotta difensiva: non è in grado di indicare con chiarezza, al cittadino prima e al giudice poi, la precisa estensione del diritto di difesa. Esiste, dunque, un difetto di determinatezza della norma, tale da rendere inevitabile una sua revisione a livello legislativo.¹⁸⁷

Una situazione di incertezza sulla valutazione giuridica della condotta difensiva di cui all'art 52,1° c.p. è certamente pregiudizievole per il cittadino, che, da una parte, prima di agire, non dispone di alcuna indicazione sicura da parte dell'ordinamento circa la liceità o l'illiceità

¹⁸⁶ Implicitamente, dunque, la domanda sociale di riforma vorrebbe indurre a riconsiderare la funzione della scriminante: questa, oltre che come strumento residuale di autotutela dei diritti individuali, dovrebbe essere concepita anche come strumento di prevenzione generale contro l'allarme della criminalità. Si auspica quindi una valorizzazione dell'istituto della legittima difesa in una prospettiva pubblicistica.

¹⁸⁷ Se è vero che le cause di giustificazione, in quanto norme attributive di facoltà e di obblighi, non possono essere considerate in senso stretto norme penali e pertanto ad esse non si applicherà direttamente il principio di determinatezza della norma penale ex art 25, comma 2 Cost, non è men vero che esse, dal punto di vista funzionale, interagiscono con le norme incriminatrici e fissano con esse il confine fra liceità e illiceità della condotta del consociato. Di qui l'ovvia esigenza di precisione anche della norma sulla legittima difesa.

della condotta difensiva che si accinge a compiere; dall'altra, dopo la commissione del fatto, si vede esposto all'alea di un processo del quale nessuno può ragionevolmente prevedere l'esito.

Ai fini dell'accertamento dell'esistenza (reale o putativa) della scriminante, infatti, chi si è difeso deve sottostare ad un lungo processo prima che gli sia definitivamente riconosciuto di aver agito per legittima difesa e, peraltro, non è detto che ciò avvenga: non è scriminato infatti – come detto – colui che abbia agito in assenza dei presupposti richiesti per l'operatività della scriminante di cui all'art 52,1° c.p., né colui che non abbia rispettato i limiti della necessità e proporzione della difesa, salvo che sia provata l'esistenza di un errore incolpevole alla base della condotta difensiva. Dunque, per esempio, nel caso in cui la reazione difensiva provochi la morte dell'aggressore, non è escluso che l'agredito possa ritrovarsi ad essere accusato, e poi condannato, per omicidio volontario o, nella migliore delle ipotesi, per eccesso colposo di difesa.

L'istituto della legittima difesa risulta carente, infine, sotto un ulteriore profilo, non meno rilevante di quelli appena descritti. L'art 52,1° c.p., come detto, subordina la propria efficacia scriminante al rispetto dei limiti della necessità e della proporzione della difesa rispetto all'offesa. Dunque, la disposizione in esame opera a patto che l'agredito calibri la propria reazione difensiva in modo tale da renderla proporzionata all'offesa e, ove ciò non accada, chi si difende sarà chiamato a rispondere di eccesso di difesa (doloso o colposo, a seconda che si accerti l'esistenza del dolo o della colpa).

Nel delineare il confine fra l'area in cui chi si difende va esente da pena e quella in cui lo stesso è punibile, il legislatore del 1930 non ha dato alcuna rilevanza ai profili emotivo-soggettivi dell'agredito.

L'art 52,1° c.p., diversamente dall'art 33 del codice penale tedesco,¹⁸⁸ non scrimina il soggetto che, in uno stato di turbamento

¹⁸⁸ *Cod. Pen. RFT*, § 33 St.GB: "Non è punibile chi eccede i limiti della legittima difesa, se l'eccesso è dovuto a paura, spavento o confusione".

psichico, di paura o di panico conseguente all'aggressione, ecceda – con dolo o per colpa – i limiti della legittima difesa. In altre parole, l'istituto della legittima difesa risalente al 1930 non ammette l'incapacità dell'agredito di adeguare la reazione difensiva ai termini offensivi dell'aggressione, anche quando la sproporzione della risposta sia dovuta ad uno stato psichico del soggetto tale da non poter esigere dallo stesso una reazione difensiva diversa da quella che ha avuto. Esemplicando, la legittima difesa di cui all'art 52,1° c.p. non scrimina chi, preso dal panico, uccida il ladro che sia penetrato violentemente nel domicilio durante la notte. All'agredito non servirà invocare panico o terrore, in quanto sebbene tali stati d'animo possano essere utilizzati dall'organo giudicante nell'ambito di un giudizio relativo e completo sulla situazione, non vi è nessuna espressa previsione legislativa che essi siano determinanti ai fini dell'esclusione della sua punibilità.

Dunque, lo stato di terrore in cui si è trovato l'agredito non esclude, di per sé, la punibilità di quest'ultimo. Il turbamento psicologico di chi si difende, inoltre, non fa venir meno il dolo della condotta difensiva, cosicché, di regola, in tali ipotesi, non sarà neppure invocabile dal difensore l'eccesso colposo di difesa, a meno che non si dimostri che il terrore da cui è stato assalito l'agredito lo abbia portato a commettere un qualche errore colposo che abbia causato un eccesso colposo di difesa (ciò accade, per esempio, quando l'agredito, scambiando un grimaldello per un'arma, valuti erroneamente l'entità del pericolo dell'offesa e, conseguentemente, reagisca in modo sproporzionato). Per rispondere alle esigenze di una maggiore indulgenza nei confronti delle vittime di aggressione, sarebbe dunque necessaria una riforma della disposizione dell'art 52,1° c.p. che sia in grado di dare rilevanza alla circostanza, già nota agli antichi Romani, sintetizzabile nella massima latina secondo la quale "*adgreditus non habet staderam in*

manu” ovvero la vittima di un’aggressione, nel momento del fatto, non ha una bilancia che gli permetta di soppesare l’effettiva gravità dell’offesa, soprattutto quando l’aggressione si consuma in ambiti, quale quello domiciliare, in cui l’agredito, colto di sorpresa, viene a trovarsi in uno stato oggettivo di minorata difesa e in uno stato emotivo di forte tensione.

I propugnatori della riforma, dunque, auspicano una nuova legittima difesa che adotti il principio della “considerazione dello stato d’animo dell’agredito”,¹⁸⁹ il quale, soprattutto nel caso in cui venga sorpreso in casa (o anche nel proprio negozio), non può avere una lucidità tale per capire la gravità del pericolo dell’offesa e reagire di conseguenza.¹⁹⁰ Le criticità evidenziate dai propugnatori della riforma relativamente alla disciplina dettata dal legislatore del 1930 in tema di legittima difesa sono state percepite in modo ancor più chiaro dall’opinione pubblica in seguito al verificarsi di certi episodi di cronaca che hanno avuto una forte risonanza mediatica.¹⁹¹

Si fa riferimento, in particolare, a due vicende accadute, in rapida successione, nella primavera del 2004.

La prima ha riguardato i titolari di una gioielleria di Milano, Rocco e Giuseppe Maiocchi: il 13 aprile del 2004, i due gioiellieri uscirono di

¹⁸⁹ L’espressione è del Ministro della Giustizia Castelli come citata in CADOPPI, *Si nox furtum faxit*, p.1379

¹⁹⁰ Nella relazione di accompagnamento al ddl 2287 si legge che la giurisprudenza sviluppatasi sull’art.52 c.p. non sempre terrebbe “nel giusto conto il particolare stato d’animo in cui viene a trovarsi il soggetto aggredito, dal quale certamente non si può pretendere un sangue freddo così eccezionale da rappresentarsi, nella terrificante situazione psicologica in cui si ritrova di fronte ad un’aggressione che pone in pericolo la sua vita ed i suoi beni, gli effettivi limiti della proporzionalità o il punto ideale in cui dovrebbe essere colpito l’assalitore. Questo vale in maniera particolare quando l’aggressione avviene nel domicilio dell’agredito, il quale viene a trovarsi in una situazione emotiva tale da non consentirgli una valutazione razionale di ciò che sta accadendo e delle contromisure da adottare e nella stragrande maggioranza dei casi ha una reazione istintiva, dettata dalla paura, dal sacrosanto diritto di difendere sé stesso, la sua famiglia, il suo territorio.”

¹⁹¹ Si discute circa il ruolo svolto dai mezzi di comunicazione di massa nella genesi delle istanze di riforma dell’istituto della legittima difesa: non è chiaro infatti se essi si siano limitati a dar voce ad un’istanza già radicata nel contesto sociale, ovvero se contribuiscano in maniera decisiva a rafforzare o addirittura a far nascere tale istanza.

corsa dal loro negozio, entrambi armati di pistola, e aprirono il fuoco contro due immigrati clandestini che, utilizzando una pesante mazza ferrata, avevano appena sfondato la vetrina della loro oreficeria sottraendo alcuni orologi. Uno dei due criminali, se pur ferito, riuscì a fuggire, mentre l'altro, Mihailo Markovic, ventunenne del Montenegro, rimase ucciso nella vettura utilizzata per il colpo.

Rocco Maiocchi, risultato, in base della perizia balistica, il responsabile della morte del ventunenne montenegrino, fu accusato di omicidio volontario, mentre a Giuseppe Maiocchi l'accusa contestò il reato di lesioni. Ad entrambi fu contestato il porto abusivo d'armi in luogo pubblico. Non fu contestato invece il tentato omicidio del secondo immigrato, contro il quale pure erano stati esplosi dei colpi di pistola (che appunto lo avevano ferito): tale scelta della pubblica accusa è dovuta, probabilmente, alla presunta mancanza del dolo di tentativo o, comunque, della direzione univoca degli atti, visto che, con riferimento all'omicidio consumato, era stata ventilata l'opzione del dolo eventuale.

Il 24 maggio del 2006 i due imputati furono assolti dalla Corte d'assise di Milano per il contestato reato di porto abusivo d'armi in luogo pubblico: i giudici riconobbero la legittima difesa putativa, in quanto, sfondando la vetrina della gioielleria, i due malviventi avevano prodotto un rumore che, anche secondo le risultanze di un'apposita perizia, poteva essere scambiato per quello di colpi di pistola, inducendo i due gioiellieri a supporre di doversi difendere da un pericolo di aggressione.

Al contrario, Rocco e Giuseppe Maiocchi furono condannati ad una pena lieve – comunque sospesa – rispettivamente per omicidio colposo e lesioni colpose, perché la loro tesi, secondo la quale avevano sparato in quanto, errando, avevano ritenuto che uno dei due malviventi stesse per prendere una pistola dal cruscotto dell'automobile, è stata ritenuta credibile e, conseguentemente, ha comportato l'applicazione della legittima difesa putativa, ma il loro errore è stato valutato colposo,

comportando una delle rare applicazioni dell'ultimo periodo dell'art. 59,4 c.p..

Il caso dei due gioiellieri milanesi e il processo che ne è seguito ha rappresentato, agli occhi dei sostenitori della riforma, la conferma delle carenze della scriminante della legittima difesa e della necessità di una revisione dell'istituto con riguardo al profilo dell'estensione e della certezza del suo ambito di applicazione.

La seconda vicenda, altrettanto significativa, in quanto anch'essa sintomatica della necessità e dell'urgenza di una riforma in tema di legittima difesa, è quella che ha riguardato un tabaccaio romano, Maurizio Notargiacomo, che, nel tentativo di opporsi ad una rapina nel suo negozio, fu ucciso da un pluripregiudicato ventisettenne.

La reazione di alcuni organi di stampa alle due vicende è emblematica del clima di forte insoddisfazione nei confronti della disciplina di cui all'art.52,1c.p.

“Se reagisci ti processano, se non lo fai muori”: queste le parole scritte da un giornalista commentando la notizia dell'apertura delle indagini per il delitto di omicidio volontario a carico dei gioiellieri milanesi, ennesima espressione, a suo parere, di una “Italia degli assurdi, ove un tabaccaio viene spazzato via dalla faccia della terra perché non aveva la pistola, e non ha potuto far fuoco per difendersi [...]. E dove due gioiellieri che erano armati hanno salvato la pelle, ma rischiano ventuno anni di carcere, quasi un ergastolo, e prima della sentenza un lunghissimo processo, i testimoni, le carte bollate e il marchio di assassini [...]. Eh no, non è possibile. Tutta la pietà per il rapinatore ucciso, tutta la compassione che volete, ma noi preferiamo un malvivente morto e un tabaccaio vivo”.¹⁹²

¹⁹² MAINERO, “Era meglio se il tabaccaio sparava”, *Libero*, 17 aprile 2004

2. La legge n° 59 del 13 febbraio 2006: “Modifica all’articolo 52 del codice penale in materia di diritto all’autotutela in un privato domicilio”

Nel corso della XIV legislatura (2001-2006) diversi progetti di riforma dell’articolo 52,1° c.p.¹⁹³ sono approdati in Parlamento con lo scopo di dare risposta all’istanza di una riforma della legittima difesa, sempre più diffusa nel contesto sociale

Il principale tentativo di modifica dell’istituto – nonché l’unico andato a buon fine – è rappresentato dal d.d.l. n.1899 (“Modifica all’articolo 52 del codice penale in materia di diritto all’autotutela in un privato domicilio”),¹⁹⁴ comunicato alla Presidenza del Senato il 20 dicembre 2002 ad iniziativa del senatore Gubetti e sostenuto da un nutrito gruppo di senatori di Forza Italia, AN, UDC e Lega Nord. Il disegno di legge in questione ha assorbito il progetto di legge 2287 (“Riforma dell’istituto della legittima difesa”),¹⁹⁵ presentato dal Sen. Danieli di

¹⁹³ Ricordiamo per esempio, la proposta AC 4115 che riscriveva l’articolo 52 del codice penale al fine di sopprimerne la parte relativa alla proporzionalità tra difesa e offesa, di prevedere che la legittima difesa ricorra anche quando vi sia la necessità di proteggere la propria o l’altrui proprietà dal rischio di una sua perdita o distruzione e di introdurre una presunzione di legittima difesa per quegli atti diretti a respingere l’ingresso, di notte, mediante effrazione, di sconosciuti in una abitazione privata; la proposta AC 4926 che, pur mantenendo il requisito della proporzionalità tra difesa ed offesa, prevedeva una presunzione di proporzionalità che legittima la reazione di chi abbia agito per respingere l’ingresso di sconosciuti che abbiano tentato di introdursi in una abitazione privata, ovvero di chi abbia reagito all’intromissione violenta o clandestina in un pubblico esercizio; infine, la proposta di legge AC 5417, la quale, anziché modificare nel suo complesso la disciplina dell’art 52 c.p., introduceva un’ulteriore ipotesi di legittima difesa destinata ad operare esclusivamente in ambito domiciliare.

¹⁹⁴ Nella sua formulazione originaria, il d.d.l. 1899 prevedeva l’introduzione di un articolo 52-*bis*, rubricato “*Diritto all’autotutela in un privato domicilio*” in base al quale: “Nel contrastare una violazione di domicilio finalizzata allo scopo di commettere altri reati, si configura in ogni caso come legittima difesa la condotta di chi: a) vedendo minacciata la propria o altrui incolumità, usa un’arma legalmente detenuta o qualsiasi altro mezzo idoneo per dissuadere o rendere sicuramente inoffensivo l’aggressore; b) vedendo minacciati i propri o altrui beni e constatata l’inefficacia di ogni invito a desistere dalla azione criminosa, per bloccarla usa qualsiasi mezzo idoneo o un’arma legittimamente detenuta, mirando alle parti non vitali di chi persiste nella minaccia”.

¹⁹⁵ L’esame congiunto dei d.d.l. 1899 e 2287, proposto dal presidente della Commissione II (Giustizia) del Senato Antonino Caruso, è stato approvato dalla Commissione stessa il 10 febbraio 2004.

Alleanza Nazionale e comunicato alla Presidenza del Senato il 28 maggio 2003.¹⁹⁶

All'esito dei lavori parlamentari, ottenuta l'approvazione del Senato (il 6 luglio del 2005), il 24 gennaio del 2006, con il sì definitivo della Camera dei deputati, il progetto di riforma è divenuto legge, la numero 59 del 13 febbraio 2006.¹⁹⁷

L'obiettivo ultimo della legge di riforma è quello di esaltare le risorse di autodifesa del cittadino di fronte alla sfida di una criminalità avvertita sempre più come aggressiva attraverso l'estensione dei confini che segnano l'ambito di applicazione della scriminante di cui all'art.52,1 c.p. in relazione alle ipotesi "critiche" di difesa contro illecite intrusioni nel proprio domicilio e contro rapine in pubblici esercizi, aumentando così le *chance* di riconoscimento della legittima difesa a beneficio di chi si difende da aggressioni che si consumano nei suddetti luoghi. La novella legislativa, dunque, intende assicurare una maggiore operatività della legittima difesa a favore dei cittadini "onesti" contro le aggressioni perpetrate dai 'criminali' ed una più esatta individuazione dei confini del diritto di autotutela di cui all'art 52 c.p..¹⁹⁸

A tale scopo, essa ha proceduto alla codificazione di una speciale ipotesi di legittima difesa che va ad affiancare quella comune di cui all'art.52,1 c.p.: si tratta della cd legittima difesa domiciliare. La "nuova" legittima difesa ha ad oggetto l'esercizio del diritto di autotutela all'interno dell'abitazione e degli altri luoghi ad essa equiparati e, in presenza di una serie di condizioni stabilite dal legislatore, prevede per queste ipotesi una presunzione di proporzionalità fra difesa e offesa.

¹⁹⁶ Il d.d.l. 2287 prevedeva l'introduzione di un nuovo articolo 52 *bis* rubricato "*Esclusione del criterio di proporzionalità*" che recitava: "Non si dà luogo al criterio di proporzionalità, di cui all'articolo 52 c.p., qualora il pericolo attuale di un'offesa ingiusta sia rappresentato dal porto di un'arma o in casi di violazione del domicilio dell'agredito".

¹⁹⁷ Il testo approvato è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n.51 del 2 marzo 2006. La novella legislativa è entrata in vigore il 17 marzo 2006.

¹⁹⁸ Relazione di accompagnamento all'originario d.d.l. Gubetti.

Contrariamente a quanto previsto dal progetto di legge originario, però, la legge 59 del 2006 (“Modifica all'articolo 52 del codice penale in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio”) non ha introdotto un nuovo articolo 52 bis c.p., ma, lasciando inalterato il primo comma della norma in esame, ha ampliato la disciplina della legittima difesa mediante l'introduzione, nell'art 52 c.p., di due ulteriori commi.

Il secondo comma dell'art 52 c.p. recita: “Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

- a) la propria o la altrui incolumità;
- b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

Ai sensi del terzo comma dell'art 52 c.p. “La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale”.

Chiariti i motivi e gli scopi della riforma dell'articolo 52 c.p. e date le prime indicazioni di massima circa il contenuto della nuova disciplina in tema di legittima difesa, resta da capire, attraverso un'analisi più attenta dei presupposti e dei connotati della “nuova” legittima difesa – alla quale procederemo nei successivi paragrafi – quali siano stati gli effetti dell'applicazione della nuova disciplina e, per quello che più interessa in questa sede, quali siano state le sue ricadute sull'istituto dell'eccesso colposo di difesa sotto il profilo della sua configurabilità in relazione alle ipotesi contemplate nei commi 2 e 3 dell'art 52 c.p.

3. I presupposti di operatività della “nuova” legittima difesa

3.1 Brevi osservazioni preliminari circa i rapporti fra la legittima difesa comune e la legittima difesa domiciliare

L'analisi dei presupposti di operatività della legittima difesa domiciliare non può prescindere da una premessa circa la sua natura giuridica e i suoi rapporti con la legittima difesa comune.

A tal proposito, la dottrina prevalente sostiene che la difesa in un privato domicilio di cui ai commi 2 e 3 dell'art 52 c.p. non costituisca una causa di giustificazione autonoma e distinta, ma una sotto fattispecie speciale della legittima difesa comune contemplata dal primo comma del medesimo articolo che si differenzia da quest'ultima, sotto il profilo della sua struttura, per la presunzione della proporzione della condotta reattiva tenuta da certi soggetti, secondo certe modalità e in certi frangenti, rispetto all'offesa.¹⁹⁹

Questa, peraltro, è la tesi sostenuta dalla Corte di Cassazione²⁰⁰, la quale ha preso posizione in ordine alla natura giuridica della legittima difesa domiciliare di cui all'art. 52 commi 2 e 3 c.p., schierandosi a favore dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui la novella legislativa contemplerebbe un'ipotesi speciale di legittima difesa e non una scriminante autonoma, con la conseguenza che la disciplina relativa all'autotutela in un privato domicilio non può trovare

¹⁹⁹ Secondo una tesi minoritaria (sostenuta, fra gli altri, da PADOVANI e GARGANI), invece, quella di cui all'art 52, 2° e 3° comma c.p. costituisce una nuova scriminante costituita dall'uso legittimo delle armi in un domicilio privato. Tale figura sarebbe diversa dalla legittima difesa e del tutto svincolata dal requisito della proporzione di cui all'art 52,1° c.p. A ben vedere infatti, la novella legislativa delinea, ex novo, i termini di liceità di una reazione difensiva attuata mediante un mezzo particolare, in un luogo definito e da parte di un soggetto qualificato. In presenza di tali condizioni, la condotta difensiva e le sue conseguenze lesive - quali esse siano - risultano lecite non perché sussiste la proporzione fra difesa e offesa, ma perché si prescinde dal requisito della proporzionalità.

²⁰⁰ Cass. Pen., Sez. I, 3 luglio 2014, Sent. n° 28802.

In senso analogo Cass. Pen., Sez. 1, Sent. n. 16677 del 08/03/2007; Cass. Pen., Sez. 1, Sent. n. 23221 del 27/05/2010; Cass. Pen. Sez. IV, 14-11-2013, n. 691.

In dottrina, fra gli altri, SEMERARO, *“Riflessioni sulla riforma della legittima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio”*, in Cass. Pen. 2006, p. 966 e ss.

applicazione in assenza dei requisiti strutturali richiesti dal comma 1° dell'art.52 c.p. (vale a dire il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, la costrizione e la necessità della difesa).

Uno dei casi sui quali la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi – e in occasione del quale ha avuto modo di chiarire la propria posizione sull'argomento –, riguarda una vicenda analoga ad uno dei casi di scuola più abusati dalla manualistica, vale a dire quello del proprietario di casa che spara al ladro per impedire il furto della propria autovettura.

Nel caso specifico, intorno alle due della notte, ignoti si erano introdotti nell'abitazione dell'imputato, il quale, avendo notato una persona che si stava impossessando della sua autovettura Mercedes, preso il fucile da caccia (regolarmente denunciato), aveva esploso un colpo di fucile, colpendo mortalmente al petto la persona che alla guida dell'auto si stava dirigendo verso il cancello.

L'imputato, condannato – ad esito di un giudizio abbreviato – per omicidio volontario dal Gup del tribunale di Bergamo (condanna confermata dalla Corte di Assise di Brescia, seppure con una riduzione di pena), proponeva ricorso in Cassazione, sostenendo che, ai fini dell'applicabilità della disposizione sulla legittima difesa domiciliare, non sarebbe richiesto che sia in corso un'aggressione personale o ai beni, ma che sussista semplicemente un pericolo di aggressione, ossia una situazione nella quale non è esclusa la possibilità dell'aggressione, ovvero è semplicemente possibile ed è, quindi, giustificata la reazione. La Corte chiarisce che le modifiche apportate all'art.52 c.p. dalla legge

n. 59 del 2006 hanno riguardato solo il concetto di proporzionalità, fermi restando i presupposti dell'attualità dell'offesa e della inevitabilità dell'uso delle armi come mezzo di difesa della propria o dell'altrui incolumità; di conseguenza, la reazione a difesa dei beni è legittima solo quando sussista un pericolo attuale per l'incolumità fisica dell'agredito o di altri. Al momento in cui il

ricorrente ha usato l'arma per sparare non vi era alcun pericolo di aggressione, posto che i malviventi si stavano allontanando rubando l'autovettura: non vi era alcuna aggressione in atto nei confronti dell'imputato o dei suoi familiari. Nel momento in cui l'imputato sparò, l'unico bene effettivamente aggredito era l'autovettura di cui voleva impedire il furto, mentre i ladri a bordo dell'auto stavano fuggendo e ogni aggressione doveva ritenersi ormai esaurita.

Difetta inoltre il requisito dell'assoluta necessità della reazione – anch'esso richiesto ai fini della sussistenza della legittima difesa –, laddove il ricorrente, accortosi che i ladri stavano fuggendo a bordo della sua auto, invece di porre in atto la reazione estrema effettivamente realizzata, sparando ad altezza d'uomo a poco più di tre metri di distanza, avrebbe potuto porre in essere una condotta meno dannosa, quale l'esplosione di un colpo in aria a scopo intimidatorio o l'esplosione di un colpo indirizzato alle ruote dell'auto, ugualmente idonea a mettere in fuga i malviventi, compresi quelli eventualmente rimasti all'interno dell'abitazione. Al contrario, l'imputato ha scelto volontariamente di sparare al parabrezza dell'auto dal quale era chiaramente visibile – tenuto conto dell'illuminazione del faro che gli permetteva di vedere chiaramente la sagoma del guidatore – la persona che era alla guida.

Dunque, per concludere, si deve ritenere che l'imputato non possa essere scriminato ai sensi dell'art 52,2° c.p. in quanto non ricorrono i presupposti di applicabilità della legittima difesa comune di cui all'art 52,1° c.p. i quali – seppur non esplicitamente menzionati dal legislatore per l'ipotesi speciale di legittima difesa di cui all'art 52,2° e 3° c.p.-, devono ritenersi implicitamente richiesti.²⁰¹

²⁰¹ Peraltro su tale aspetto concordano anche i sostenitori dell'autonomia della nuova figura (PADOVANI, GARGANI): sebbene, a detta di costoro, l'art 52, 2 e 3 c.p. non contempli una figura speciale di legittima difesa, bensì una diversa scriminante costituita dall'uso legittimo delle armi in un privato domicilio, si tratta pur sempre – per la stessa indicazione legislativa – di una forma di autotutela che, in quanto tale, può essere attuata solo in presenza della necessità di difendersi dal pericolo attuale di un'offesa ingiusta.

Detto questo, l'applicabilità della legittima difesa speciale è subordinata al verificarsi di ulteriori condizioni.

3.2 La violazione dell'articolo 614 c.p.

La prima delle condizioni richieste dalla legge per l'applicabilità della nuova fattispecie è che l'autotutela sia esercitata nei casi di cui all'art 614 commi 1° e 2° c.p., vale a dire allorquando l'aggressore si sia introdotto o si sia trattenuto nell'abitazione altrui, o in altro luogo di privata dimora o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, con offesa quindi del diritto all'inviolabilità domiciliare o comunque alla non turbativa delle attività nei suddetti luoghi extradomiciliari.²⁰²

Dunque, la reazione difensiva contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta deve verificarsi a seguito della violazione di uno dei "luoghi protetti" individuati *per relationem* nell'art 614 c.p.

Nello specifico tali luoghi sono:²⁰³

- a) l'abitazione, vale a dire il luogo ove la persona, liberamente ed attualmente conduce vita domestica (da sola o con altri, in tutto o in parte, permanentemente o temporaneamente, saltuariamente o continuativamente);
- b) i luoghi di privata dimora, i quali comprendono ogni altro luogo in cui la persona svolge attività della vita privata diverse da quelle domestiche (si tratta, per esempio, dei luoghi di esplicazione della vita culturale, quali le biblioteche o i circoli privati; dei luoghi di svago, quali i circoli ricreativi, club e sale

²⁰² Art 614 c.p.: "Chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con inganno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Alla stessa pena soggiace chi si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno"

²⁰³ La definizione relativa ai luoghi menzionati nelle lettere a), b) e c) è di MANTOVANI, *Legittima difesa comune*, pp.435-436

da gioco; dei luoghi della vita religiosa come una cappella privata nonché dei luoghi lavorativi, quali un ufficio privato, uno studio professionale o un laboratorio);

- c) le appartenenze dell'abitazione o di altro luogo di privata dimora che comprendono luoghi accessori ad essi (giardini, cortili, pianerottoli, scale comuni...).

A tali luoghi si affianca, per volontà espressa del legislatore ex art 52 comma 3° c.p., ogni altro luogo dove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

Relativamente a questi ultimi, si deve ragionevolmente ritenere che non sia necessario riscontrare il presupposto della illecita introduzione o dell'illecita permanenza, richiesto invece per gli altri luoghi cui si riferisce la norma: i luoghi menzionati dal comma 3 dell'art 52 c.p., infatti, sono per lo più luoghi aperti al pubblico, il quale fa abitualmente ingresso negli stessi senza richiedere, né ottenere, il permesso da parte di chicchessia.

Occorre inoltre precisare che non è necessario che l'aggressione avvenga durante lo svolgimento dell'attività (si pensi al gioielliere che si precipita di notte in negozio perché è scattato l'allarme e sorprende i ladri intenti a saccheggiare la cassaforte), né che si tratti di un luogo chiuso (si pensi all'area di rifornimento di carburante).²⁰⁴

Restano esclusi, in sostanza, solo i luoghi pubblici e quelli in cui non è possibile esercitare lo *ius excludendi*.

Si deve ritenere che la scriminante di cui all'art 52, 2° e 3° comma c.p. non operi nei casi in cui la violazione di domicilio si sia già consumata al momento della condotta difensiva. Per quanto riguarda la difesa contro un tentativo di violazione di domicilio (ad esempio contro chi si stia arrampicando all'esterno di un edificio per penetrare in un appartamento altrui), questa continuerà ad essere regolata dal 1°

²⁰⁴ FLORA, *Brevi riflessioni sulla recente modifica dell'art 52 c.p.: il messaggio mass mediatico ed il 'vero' significato della norma*, in *Riv. Ital. Dir. Proc. Pen.*, 2006, p.463.464

comma dell'art 52 c.p. Ugualmente, si applicherà la disciplina della legittima difesa comune nel caso in cui taluno, legittimamente entrato nel domicilio altrui e non espressamente invitato ad allontanarsi da parte del titolare dello *ius excludendi*, né ivi trattenutosi clandestinamente o con inganno, compia in quello stesso luogo atti aggressivi dell'incolumità o dei beni delle persone presenti.²⁰⁵

La precisazione che la condotta difensiva debba essere compiuta all'interno dei suddetti luoghi vale ad escludere che la scriminante possa coprire la condotta di chi, all'esterno di tali luoghi, esploda colpi d'arma da fuoco contro il ladro o il rapinatore ormai in fuga, con o senza il bottino.²⁰⁶

D'altra parte, è anche vero che non ogni condotta compiuta all'interno dei luoghi in parola sarà senz'altro da considerarsi lecita, dovendosi in concreto accertare la sussistenza degli altri requisiti richiesti dai commi 1 e 2.²⁰⁷

Quanto alla ratio di tale presupposto, forse il più significativo nell'economia della scriminante, si può dire che la riduzione dell'operatività della nuova ipotesi di legittima difesa a questa circoscritta realtà ambientale è il frutto di una considerazione del legislatore circa l'esigenza di assicurare più protezione a chi, colto di sorpresa dall'aggressore nel proprio ambiente casalingo o professionale, incontra maggiori difficoltà nell'apprestare una reazione difensiva idonea a rispettare tutti i parametri previsti dalla legittima difesa comune. Tali difficoltà sono per lo più dovute ad una

²⁰⁵ VIGANÓ, *Sulla nuova legittima difesa*, in *Riv. Ital. Dir. Proc. Pen.*, 2006, p.205 ²⁰⁶ Corte d'assise di Milano, 24 maggio 2006 in *Riv. Ital. di Dir. Pen e Proc. Pen.* 2006. Alla medesima conclusione sarebbe stato comunque possibile pervenire anche in applicazione del criterio della necessità di un perdurante pericolo di aggressione all'incolumità fisica al momento della condotta difensiva.

²⁰⁷ A tal proposito si ricorda il caso, di vasta risonanza mediatica, dell'esplosione di colpi d'arma da fuoco all'interno di una tabaccheria, ma alle spalle dei rapinatori ormai in fuga. Corte d'assise di Milano, 31 marzo 2009, in CM 2009: la corte negò la legittima difesa reale, ritenendo ormai esaurito il pericolo di aggressione a beni personali; al contempo furono riconosciuti gli estremi di una legittima difesa putativa, seppur riconducibile a errore colposo, in relazione all'erroneo convincimento degli imputati che un tale pericolo ancora perdurasse.

situazione psicologica fortemente compromessa dallo shock conseguente alla violazione di un ambiente che l'agredito percepisce
- o pretende di percepire - come "protetto".

3.3 La legittima presenza dell'agredito in uno dei luoghi di cui all'articolo 614 c.p. o 52,3°c.p.

Una volta compiuta una delimitazione di carattere ambientale dell'operatività della legittima difesa domiciliare, occorre precisare che questa è soggetta anche ad una delimitazione di natura personale: la disciplina di cui al comma 2° dell'art 52 c.p. opera, infatti, soltanto a beneficio dei soggetti legittimamente presenti nei luoghi sopra indicati, al fine di escludere che della disposizione in esame possa giovare lo stesso autore della violazione di domicilio.²⁰⁸

Occorre precisare che non necessariamente i soggetti legittimamente presenti coincidono con i titolari dello *ius excludendi*. È ragionevole ritenere che la presenza di un soggetto debba ritenersi legittima tutte le volte che questa sia espressamente o implicitamente autorizzata. Secondo tale impostazione, infatti, si evita di incorrere nel paradosso di escludere l'operatività della scriminante in esame a favore di chi si trovi in casa altrui per coltivare la relazione clandestina che ha con la moglie del (com)proprietario dell'abitazione (situazione che la giurisprudenza normalmente riconduce alla violazione di domicilio, punibile a querela del marito).²⁰⁹

3.4 L'utilizzo di un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo

Un ulteriore presupposto di applicabilità della legittima difesa domiciliare riguarda il mezzo utilizzato nella condotta difensiva che

²⁰⁸ A costui resterà applicabile il comma 1 dell'art 52 c.p., con le limitazioni riconosciute dalla giurisprudenza nei confronti di chi abbia provocato l'aggressione con il proprio precedente comportamento illecito.

²⁰⁹ FLORA, *Brevi riflessioni*, p.464

può consistere in un'arma legittimamente detenuta ovvero in altro mezzo idoneo a fini difensivi. A ben vedere però, tale requisito presenta delle criticità non poco evidenti.

Con il riferimento ad un'arma legittimamente detenuta il legislatore mirava ad escludere che la nuova disciplina potesse andare a beneficio di soggetti detentori illegittimi di armi, presumendo una loro maggiore propensione ad un 'uso facile' delle stesse. In altre parole, si riteneva che la presunzione di proporzionalità fra difesa e offesa potesse essere riconosciuta soltanto ai soli detentori legittimi di armi, poiché essi offrirebbero maggiori garanzie di un uso non spregiudicato di esse.

Ma il requisito della legittima detenzione dell'arma è, in verità, del tutto estraneo alla ratio della scriminante della legittima difesa, tanto che l'uso di un'arma illegittimamente detenuta non è mai stato ritenuto dalla giurisprudenza idoneo ad escludere la legittimità della difesa, comportando esso soltanto la punibilità del detentore abusivo in base alla normativa sulla detenzione illegittima di armi. Ad evitare il risultato assurdo di negare la legittima difesa a chi abbia usato un fucile da caccia ereditato dal padre – e del quale si era semplicemente dimenticato di denunciare il possesso –, sta il fatto che resta comunque aperta all'agredito la possibilità di essere scriminato ai sensi del primo comma dell'art 52 c.p., fermo restando l'accertamento giudiziale della proporzione fra difesa e offesa.

Ulteriore profilo critico del presupposto in questione è dato dal fatto che, descrivendo la condotta scriminata semplicemente con riferimento all'uso dell'arma o dell'altro mezzo prescelto, senza alcun riferimento all'effetto cagionato da tale uso, si finisce per legittimare qualsiasi evento lesivo dell'integrità fisica o addirittura della vita che possa derivare dall'uso dello strumento difensivo. Si pensi, per esemplificare, al caso in cui scoppi una lite fra due amanti all'interno dell'appartamento di proprietà di uno dei due e si immagini che, all'ingiunzione del proprietario di allontanarsi, l'altro reagisca con fare aggressivamente minaccioso. È ragionevole ammettere che l'amante

proprietario che vuole liberarsi dell'amante divenuto fastidioso possa legittimamente sparargli contro colpi d'arma da fuoco?²¹⁰

Ad evitare risultati paradossali, questa volta, è il requisito della necessità della condotta difensiva, intesa come non sostituibilità della condotta messa in atto con una lecita o meno lesiva. Invero, il secondo comma dell'art.52 c.p. non esime affatto il giudice dal compito di accertare l'estremo della necessità imposto dal primo comma, di guisa che, solo se questo risulterà esistente, la reazione difensiva del soggetto aggredito sarà scriminata.²¹¹

3.5 Il fine di difendere la propria o l'altrui incolumità ovvero beni propri o altrui

Ferma restando la necessaria sussistenza dei requisiti fino ad adesso menzionati, l'applicabilità della disciplina della legittima difesa domiciliare di cui all'art 52,2° c.p. presuppone – come richiesto espressamente dalla norma – che la condotta difensiva sia finalizzata a difendere la propria o l'altrui incolumità (art.52,2° c.p. *lett. a*) o i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione (art 52,2° c.p. *lett. b*). Dunque, oggetto della legittima difesa speciale, nonché presupposto oggettivo della sua applicabilità, non sono più i diritti propri o altrui di cui all'art 52,1° c.p., ma la propria o altrui incolumità (e, *a fortiori*, la vita) e i beni propri o altrui, da intendersi come beni patrimoniali.

²¹⁰ L'esempio è ripreso da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p. 305

²¹¹ Così CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (cd. "sproporzionata" o "allargata")*: *Molto fumo e poco arrosto*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p.434 e ss. In senso difforme, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.302e ss., a parere del quale un simile correttivo ermeneutico, in apparenza plausibile, è in realtà inopportuno, in quanto il concetto di necessità, affermatosi nell'ambito della tradizionale disciplina codicistica della legittima difesa e ricostruito alla luce del concetto di proporzione non si presta ad essere applicato in un diverso contesto normativo – quello dell'art 52,2° c.p. – il quale peraltro è caratterizzato proprio per la presunzione legislativa della proporzione.

Per quanto concerne specificamente l'ipotesi prevista dalla lettera a) del comma 2 in esame, essa, nel fare riferimento all'incolumità individuale propria o altrui, sembrerebbe rievocare la nozione di incolumità individuale sottesa alle incriminazioni contenute nel Capo I del Titolo XII, Libro II c.p. Se così fosse, tale ipotesi comprenderebbe i beni della vita e dell'integrità fisica, restando esclusi gli altri beni personali, quali la libertà personale (anche sessuale), la libertà morale, ecc. Secondo questa impostazione, i beni personali *de quibus* – considerato che questi, come si dirà, non sono riconducibili neppure alla lettera b) – resterebbero del tutto privi di una copertura ex art 52 comma 2° c.p. Indubbiamente, una tale soluzione sarebbe irragionevole: non si può negare che, apprestando una tutela a beni di rango sicuramente inferiore (ossia ai beni di natura patrimoniale) e non a beni di rango superiore, si realizza una vera e propria violazione del principio di uguaglianza. Si impone, dunque, un'interpretazione estensiva della nozione di incolumità di cui alla lettera a) dell'art 52,2° c.p., tale da ricomprendere nel suo alveo applicativo ogni aggressione concernente beni personali immanenti al corpo fisico, come per esempio, la libertà.

Quanto all'ipotesi prevista dalla lettera b) dell'art 52,2° c.p., questa, come detto, contempla il caso in cui l'agredito reagisca per difendere "i beni propri o altrui". Si deve ritenere che con il termine beni il legislatore abbia voluto riferirsi esclusivamente ai beni meramente patrimoniali.²¹²

In quest'ultima ipotesi, cioè quella in cui la reazione dell'agredito sia finalizzata a difendere un bene patrimoniale, l'applicabilità della disciplina di cui all'art 52,2° e dunque della presunzione di

²¹² A tal proposito, si veda MANTOVANI, *Legittima difesa comune*, p.437: l'autore sostiene che questa sia l'interpretazione maggiormente conforme alla volontà del legislatore; d'altra parte, poiché la nuova legge parla di "incolumità" e non di "beni personali", si deve ritenere che il termine "beni" non possa che riferirsi ai beni patrimoniali. Inoltre, nel linguaggio giuridico, il termine "bene", non ulteriormente specificato, sta ad indicare le "cose" di cui all'art.810 c.c.

proporzione fra difesa e offesa è subordinata alla sussistenza di due ulteriori condizioni. Il primo di tali requisiti è costituito dalla mancata desistenza dell'aggressore.

Il concetto di mancata desistenza può essere definito secondo una duplice chiave di lettura.

In base ad una prima interpretazione,²¹³ la non desistenza, in quanto implicita nell'esistenza di un attuale e persistente pericolo di aggressione, costituisce un requisito *ad abundantiam*. Stando a questa tesi interpretativa, essa si identifica con la persistente attualità di una situazione di pericolo che l'aggressore si astiene dall'interrompere, con la conseguenza che l'offesa risulta imminente o perdurante.²¹⁴ La desistenza dunque fa venir meno la stessa attualità del pericolo.

La mancata desistenza di cui alla lettera b dell'art 52,2° c.p., così intesa, assume rilevanza preclusiva anche quando sia minacciata l'incolumità, per la semplice ragione che, desistendo, l'aggressore fa per ciò stesso cessare il pericolo e impedisce dunque di riconoscere, nell'uso dell'arma o del mezzo idoneo, una finalità difensiva.

Secondo la dottrina prevalente,²¹⁵ l'esistenza del requisito della non desistenza non presuppone un preventivo invito a desistere da parte dell'agredito nei confronti dell'aggressore.

²¹³ Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, pp. 306-307; VIGANÓ, *Sulla nuova legittima difesa*, p.208

²¹⁴ Ne deriva che deve ritenersi esclusa l'applicabilità della scriminante quando, per esempio, il ladro fugge senza refurtiva e, nonostante ciò, il proprietario lo colpisca.

²¹⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.302 e ss.; VIGANÓ, *Sulla nuova legittima difesa*, p.209 e ss.; SEMERARO, *Riflessioni sulla riforma*, p.968 et al. L'opinione dottrinale in questione trova conferma nella circostanza che l'esplicita proposta di introdurre un vero e proprio invito a desistere contenuta nell'originario ddl di riforma della legittima difesa è stata poi accantonata durante i lavori preparatori. Significativa, a tal proposito, è anche la circostanza che il legislatore abbia descritto la nozione di desistenza senza connotarla come volontaria o spontanea, ammettendo automaticamente l'inapplicabilità dell'art 52,2° c.p. nel caso di desistenza realizzata a causa del sopravvenire di testimoni, o delle forze dell'ordine. In senso contrario, Viganò riporta il pensiero di Cadoppi, secondo il quale il solo modo per attribuire un significato autonomo all'inciso "quando non vi è desistenza" è quello di intenderlo in chiave dinamica, nel contesto di un trapasso, per effetto della reazione difensiva, da una situazione originaria di

L'invito a desistere, infatti, non esplicitamente richiesto dalla norma, non può neppure essere qualificato come requisito implicito della stessa.²¹⁶

Quella di rinunciare ad un preventivo onere di intimazione o di avvertimento in capo all'agredito nei confronti dell'aggressore è una scelta legislativa probabilmente tesa ad evitare di esporre la vittima ad ulteriori rischi: non è escluso, – ed anzi, è probabile –, che, alla vista di un'arma in mano al padrone di casa o al negoziante che gli intima l'allontanamento, il malvivente possa reagire per primo con la violenza contro la vittima, ancor prima che questa abbia il tempo di pronunciare per intero la classica intimazione "fermo o sparo".

Gli inconvenienti dell'accoglimento di una diversa tesi interpretativa, vale a dire quella che subordina la liceità dell'azione difensiva ad un onere di avvertimento in capo all'agredito sono piuttosto evidenti: si arriverebbe a sostenere, per esempio, che il padrone di casa, prima di poter legittimamente utilizzare mezzi difensivi violenti nei confronti del ladro intruso, dovrebbe intimargli di desistere e, solo qualora costui insistesse e si dimostrasse pericoloso, potrebbe far uso dell'arma o di altro mezzo difensivo.

La seconda condizione di applicabilità dell'art.52,2° c.p., relativamente ai casi in cui la reazione dell'agredito sia finalizzata a difendere un bene patrimoniale, è data dall'esistenza di un pericolo di aggressione. Dunque, stante il raccordo tra il comma 1 ed il comma 2 dell'articolo 52 c.p., si può concludere che il legislatore richieda un doppio pericolo per la configurazione dell'autotutela in un privato domicilio: il pericolo attuale di un'offesa ingiusta a un bene (patrimoniale) e il pericolo di un'aggressione.

aggressione ai soli beni patrimoniali, ad un'aggressione all'incolumità fisica. VIGANO', *Sulla nuova legittima difesa*, p.211

²¹⁶ SEMERARO, *Riflessioni sulla riforma*, p.969. A conferma dell'inesistenza dell'onere dell'agredito di chiedere all'aggressore di desistere dall'offesa si può osservare che, se il legislatore avesse voluto contemplarlo, avrebbe adottato la congrua formula "se vi è rifiuto di desistere".

Relativamente a quest'ultimo, la norma omette di precisare se questo debba essere necessariamente riferito alla vita o all'incolumità delle persone presenti nel domicilio ovvero possa rivolgersi anche soltanto a beni patrimoniali.

Secondo un'autorevole dottrina,²¹⁷ il pericolo di aggressione di cui alla lettera b) dell'art 52,2° c.p. si riferisce a beni di natura esclusivamente personale.

Tale interpretazione dottrinale è sicuramente l'unica in grado di attribuire una certa autonomia all'inciso in questione, se si considera che la sussistenza di un effettivo pericolo di aggressione ai beni patrimoniali è già autonomamente deducibile dai requisiti di cui al comma 1, il quale – come detto – richiede che al fine di difendere i beni patrimoniali minacciati corrisponda una situazione di pericolo attuale di un'offesa ingiusta ai beni medesimi.

La suddetta soluzione interpretativa, inoltre, sembra essere l'unica rispettosa della gerarchia di valori sancita dalla Costituzione: laddove l'inciso fosse riferito all'aggressione a beni patrimoniali, la norma si esporrebbe ad una censura di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art 2 Cost. (nonché con l'articolo 2 della Cedu),²¹⁸ nella misura in cui consentirebbe di considerare lecita l'uccisione intenzionale di un uomo in ragione della salvaguardia (soltanto) di beni di natura patrimoniale.

²¹⁷ CADOPPI, *La legittima difesa*, p.434 e ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.302 e ss.; VIGANÓ, *Sulla nuova legittima difesa*, p.208 e ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Torino, Giuffrè, 2012, p.168 e ss.; SEMERARO, *Riflessioni sulla riforma*, p.968 e ss. In giurisprudenza: Corte d'Appello di Salerno, 24 ottobre 2007, in *De Jure*; Corte d'Assise di Milano, 3 marzo 2009, CM, 2009. In senso contrario MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: Morte o trasfigurazione?*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen*, 2006, p.826 e ss., secondo il quale, il pericolo che si consideri lecita una condotta difensiva che giunga a sacrificare la vita umana in difesa di beni meramente patrimoniali è scongiurato dal requisito della necessità della difesa, comunque richiesto.

²¹⁸ In base al combinato disposto degli articoli 2 della Costituzione e della Cedu l'uccisione dell'aggressore da parte del privato aggredito può considerarsi lecita solo nella misura in cui una tale condotta risulti assolutamente necessaria per respingere una violenza illegittima in atto e non già una mera aggressione al patrimonio.

A sostegno dell'opinione di questa parte della dottrina è stato rilevato come la circostanza che il legislatore abbia parlato di *pericolo di aggressione*, abbandonando la formula del *pericolo attuale di un'offesa ingiusta* utilizzata nel comma 1 dello stesso articolo 52, sia indicativa della volontà dello stesso di riferirsi all'ipotesi di un'aggressione fisica e non ad un pericolo generico di aggressione ai beni patrimoniali.²¹⁹

Alla medesima conclusione pare condurre la considerazione per la quale il requisito della *mancata desistenza* descrive già per intero al suo interno il pericolo di una lesione del patrimonio, cosicché l'elemento del pericolo di aggressione acquista un significato innovativo e autonomo solo se viene ricollegato al bene dell'integrità fisica.

Poco condivisibile risulta l'opinione più "neutra" di chi sostiene l'irrilevanza della questione circa il termine a cui debba essere riferito il pericolo di aggressione. Secondo tale orientamento, infatti, occorrerebbe riconoscere l'automatica sussistenza di un pericolo per l'incolumità fisica del titolare del domicilio ogniqualvolta l'intruso non desista dall'aggressione ai beni patrimoniali. Si può tuttavia obiettare che tale soluzione non tiene conto della possibilità che, invece, da un'aggressione ancora in atto al patrimonio non scaturisca ragionevolmente alcun pericolo per la persona improvvisamente raggiunta sul luogo, tanto meno un pericolo di morte (si pensi, per esempio, al proprietario rientrato a casa che sorprenda un ragazzino intento a rovistargli negli armadi).²²⁰

Chiarito l'oggetto del pericolo di aggressione, occorre stabilire se anche per tale pericolo, come per quello richiesto per l'applicazione della lettera a), sia necessario il requisito dell'attualità.

²¹⁹ SEMERARO, *Riflessioni sulla riforma*, p.969 e ss.

²²⁰ A tal proposito, dalle statistiche giudiziarie si evince che le dimensioni del pericolo di morte cui è esposta effettivamente la vittima di una rapina sono, di regola, estremamente modeste: rispetto ad un totale di 40.006 rapine denunciate all'autorità giudiziaria nel corso del 2002, gli omicidi dolosi consumati a scopo di furto o rapina denunciati nello stesso anno sono stati 32, cioè meno dell'un per mille rispetto al totale delle rapine.

Secondo un primo orientamento dottrinale,²²¹ il legislatore ha voluto verosimilmente alludere alla sussistenza di una minaccia all'incolumità individuale non attuale, giacché in tal caso sarebbe applicabile la lettera a). Dunque, ciò che il legislatore richiede è che la condotta potenzialmente lesiva dei beni patrimoniali si sviluppi con modalità tali da rendere probabile un'evoluzione aggressiva verso la stessa incolumità dell'agredito. Pertanto, la situazione cui si riferisce la lettera b) è quella di un'aggressione futura, ancora non iniziata, ma rispetto alla quale sussiste una rilevante probabilità di verifica. Una diversa dottrina²²² ritiene invece opportuna una soluzione ermeneutica in senso affermativo, per la quale, sebbene il requisito dell'attualità non sia espressamente menzionato dal legislatore, questo è, per così dire, in *re ipsa*:²²³ la vicenda criminosa, infatti, è già in atto nel momento in cui si riscontra la presenza di agenti non desistenti, ma persistenti nel loro proposito criminoso e pronti a neutralizzare l'ostacolo costituito dalla presenza dell'agredito (solitamente attraverso la minaccia, la violenza, l'immobilizzazione, la chiusura in una stanza...). Dunque, il pericolo di cui alla lettera b) dell'art 52,2° c.p., o non esiste ancora (si pensi, per esempio, all'agente che ancora si

²²¹ PADOVANI, *Diritto penale*, p.168 e ss.; SEMERARO, *Riflessione sulla riforma*, p.969 e ss.; VIGANÓ, *Sulla nuova legittima difesa*, p.209 e ss. L'autore sostiene che per valorizzare la rilevanza pratica della riforma, si dovrebbe ritenere che "oggi, la persona legittimamente presente in un domicilio violato possa reagire già a fronte di una situazione di aggressione attuale al patrimonio, che lascia presagire una futura aggressione alla persona propria o di altro soggetto presente nel domicilio: a fronte, cioè di una situazione di pericolo non attuale per la vita o per l'incolumità fisica di taluno, e in mancanza di atti direttamente aggressive dell'incolumità fisica di chicchessia da parte dell'intruso".

²²² CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, pp.437-440. Nello stesso senso anche FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.302 e ss., secondo cui, prescindendo dal requisito dell'attualità del pericolo in questione si rischia un'applicazione giudiziale eccessivamente largheggiante della nuova legittima difesa, posto che, nella maggior parte dei casi concreti, non è mai in astratto escludibile la possibilità che il malvivente intruso, una volta scoperto, sviluppi azioni aggressive contro l'incolumità fisica delle persone presenti.

²²³ Lo stesso si può dire per la necessità della difesa, anch'essa non prevista espressamente dal legislatore, ma implicita, considerando che la vicenda criminosa si svolge nella ristrettezza spaziale del luogo domiciliare o degli altri luoghi menzionati, che non consentono nemmeno la fuga materiale della vittima, la quale si trova di fronte all'alternativa fra subire o difendersi.

trova nel giardino, non essendo ancora entrato in casa) oppure, se esiste, è necessariamente attuale (ad esempio nel caso in cui l'agente, intimato a desistere, dal giardino entra in casa dalla finestra o forzando la porta).

Occorre precisare che, in base a tali premesse, e stando a quanto affermato dalla Corte di Cassazione, deve ritenersi escluso un pericolo di aggressione alla persona nel caso in cui, l'intruso, scoperto dalle persone presenti nel domicilio, non si opponga al proprio arresto in flagranza (ad esempio alzando le mani in segno di resa) o si dia alla fuga, sia pure conservando il possesso della refurtiva e quindi non desistendo dall'aggressione al patrimonio.²²⁴

Il pericolo di un'aggressione deve essere accertato mediante un giudizio ex ante,²²⁵ su base totale, cioè prendendo in considerazione tutte le circostanze obiettive del caso concreto, anche se conosciute successivamente. In base al carattere reale o putativo del pericolo, poi, troveranno applicazione, rispettivamente, l'articolo 52 c.p. o l'articolo 59,4° c.p.

4. La presunzione di proporzionalità fra difesa e offesa

Il fulcro della riforma attuata dalla legge 59 del 2006 ha riguardato l'elemento della proporzionalità fra difesa e offesa, ritenuto dai propugnatori della riforma il vero responsabile dell'inadeguatezza dell'istituto di cui all'art 52,1° c.p..

Giova ricordare che la proporzionalità è il requisito al quale, nell'economia dell'art.52,1° c.p., è primariamente affidato il difficile compito di mantenere la scriminante in bilico fra le contrapposte

²²⁴ Così Cass. Pen., 4 luglio 2006, in CP 2007: il caso specifico riguardava l'uccisione di un ladro mediante esplosione di colpi d'arma da fuoco dalla finestra di un'abitazione nella quale la vittima si era in precedenza introdotta, ma dalla quale era ormai in fuga.

²²⁵ Ex post, infatti, il pericolo o si è concretizzato in danno, oppure non è insorto perché neutralizzato dalla pronta difesa del soggetto.

esigenze di tutela dei diritti dell'agredito e di quelli dell'aggressore.²²⁶ Si tratta, come detto, dell'elemento che costituisce il baricentro della legittima difesa in quanto assume il ruolo di spartiacque fra questa e la corrispondente fattispecie eccessiva, fra ciò che rientra nell'ambito di operatività della scriminante e ciò che invece esorbita da essa, ricadendo nell'area del penalmente illecito.

L'articolo 52,1° c.p., formulato mediante la tecnica normativa della *clausola generale*, affida la valutazione della liceità della condotta difensiva al giudice, chiamandolo ad esprimere un giudizio circa l'esistenza o meno, nel caso concreto, del requisito chiave della proporzionalità fra difesa e offesa – e dunque un giudizio circa l'applicabilità o meno della scriminante.

Il giudizio in questione risulta dalla valutazione discrezionale di un ampio novero di variabili: nella configurazione della legittima difesa prevista dal codice del 1930 l'organo giudicante, muovendo dal raffronto degli interessi in conflitto, deve procedere alla valutazione di tutti gli elementi che caratterizzano la situazione aggressiva e quella difensiva, prendendo in considerazione sia quelli conosciuti, sia quelli non conosciuti, ma esistenti al momento dell'aggressione, provvedendo così alla formazione di un'ampia base di dati sui quali lavorare per approvare o meno la condotta del reagente.

A detta dei sostenitori della riforma, la discrezionalità riconosciuta al giudice nell'ambito del giudizio di proporzionalità fra difesa e offesa – giudizio qualitativo e relativistico – rappresenta la principale criticità della scriminante di cui all'art 52 c.p..

L'aspetto maggiormente critico di un siffatto giudizio consiste nell'inevitabile incertezza dei margini di operatività del diritto di

²²⁶ PALAZZO, *Corso di diritto penale*, II ed., Torino, 2006, cit., p.407: "Nella misura in cui esclude che l'aggressore sia destinato a subire tutte le possibili conseguenze del suo fatto ingiusto, per il solo motivo di essersi posto contro l'ordinamento, il requisito della proporzione esprime una 'scelta di campo' del legislatore, assurgendo a fattore di equilibrio e di misura, che non solo evita reazioni difensive complessivamente in perdita per il sistema giuridico, bensì mantiene anche, dal punto di vista etico sociale, un orientamento personalistico, evitando che l'aggressore sia posto alla mercé dell'agredito e quasi fuori da ogni tutela".

difesa di cui all'art 52,1°c.p..

In primo luogo, non è escluso che il soggetto che si è difeso sia costretto ad accettare una decisione difforme da quella che altri tribunali hanno dato ad un caso simile.²²⁷

Ugualmente imputabile all'eccessiva discrezionalità di cui gode l'organo giudicante, è la difficoltà di chi si difende – al momento di porre in essere la reazione – di conoscere con esattezza quali possono essere i limiti di condotta che gli vengono imposti.

La giurisprudenza, da parte sua, non ha provveduto in alcun modo a colmare le mancanze della legge: nonostante i decenni di vigenza del codice Rocco, infatti, non sono stati mai enucleati, nella prassi giudiziaria, criteri di decisione omogenei, e sufficientemente riconoscibili, almeno per costellazioni casistiche di grande rilevanza, quali, per esempio, la difesa contro le rapine o le illecite intrusioni nel domicilio.

Ad avviso dei propugnatori della riforma, l'inevitabile oscillazione delle decisioni, – talvolta più favorevoli all'agredito, talaltra più propense a privilegiare la necessità di mantenere in limiti rigorosi la legittimità della reazione difensiva – fa sì che i crimini perpetrati ai danni di liberi cittadini si consumino nella paura delle vittime di reagire a causa del rischio di essere condannate per eccesso di

²²⁷ La relazione al d.d.l. Gubetti sottolineava come "l'eccessivo grado di discrezionalità che è stato lasciato al potere di interpretazione dei magistrati, finisce per vanificare la certezza del diritto. Fatti del tutto simili vengono giudicati in modo completamente difforme da un tribunale all'altro, da un grado di giudizio all'altro. Al povero imputato, colpevole di aver difeso la propria vita, i propri beni, la scritta nei tribunali – la legge è uguale per tutti – appare spesso come una beffa, il ghigno irridente di una giustizia cieca, imprevedibile e crudele". "In tal modo, si è voluto superare una pericolosa deriva culturale secondo cui i delinquenti e gli aggressori sarebbero da tutelare, quasi vi fosse un peccato che la nostra società deve scontare [...]. In base a questa impostazione culturale, che spesso e volentieri si traduce in una certa impostazione giurisprudenziale, le vittime sono lasciate senza tutela. In effetti, sino ad oggi si è affermata una mentalità deviata, se così la possiamo definire, per cui, da un lato, i delinquenti hanno tutti i diritti, compreso quello di entrare impuniti nelle case di persone oneste, mentre queste ultime hanno il dovere di rispettare i delinquenti, anche a rischio della loro vita [...]. Con questo provvedimento, la sicurezza del cittadino diventa finalmente un diritto primario, in quanto consente di esercitare il diritto alla difesa nella propria casa e nel proprio negozio"

legittima difesa nella malaugurata ipotesi in cui non sia riconosciuta, all'esito del giudizio, l'esistenza di una proporzione fra la reazione difensiva e l'offesa.²²⁸

Il nuovo articolo 52,2° c.p., con l'intento di porre rimedio ai suddetti inconvenienti, stabilisce che, in presenza delle condizioni indicate dal legislatore nella medesima norma, opera una presunzione di proporzionalità fra la condotta difensiva e l'offesa ingiusta, con la conseguente eliminazione della discrezionalità dei giudici in materia e la limitazione dei casi di assoggettamento dell'agredito ad un processo lungo, stressante e dispendioso.

In altre parole, la fattispecie di cui all'art 52,2° c.p. configura una scriminante chiusa,²²⁹ ossia una scriminante che autorizza specifiche condotte e in cui il conflitto di interessi sotteso al giudizio di anti giuridicità obiettiva è risolto una volta per tutte dalla previsione legislativa.

La presunzione di proporzionalità di cui si discute costituisce la vera innovazione dell'istituto della legittima difesa e ha lo scopo di evitare che colui il quale abbia reagito ad un'aggressione perpetrata nel proprio domicilio possa essere eventualmente chiamato a rispondere di fatto doloso o, nella migliore delle ipotesi, di eccesso colposo, per aver cagionato all'aggressore, per un errore di valutazione, un danno superiore al pericolo subito.

Si tratta di una presunzione *iuris et de iure* che, in quanto tale, vincola il giudice al riconoscimento della proporzionalità della reazione

²²⁸ Nella relazione di accompagnamento al d.d.l. n° 4926 del 22 aprile 2004 si legge: "La modifica proposta nasce dalla constatazione che la norma vigente, a causa della sua interpretazione giurisprudenziale, si è spesso tradotta in una sostanziale inapplicabilità dell'esimente in esame. Siamo cioè di fronte ad un caso in cui una garanzia, astrattamente condivisibile, finisce con il giovare innanzi tutto agli aggressori, imponendo all'agredito valutazioni che non sempre possono essere compiute per capire l'entità del pericolo che si sta prospettando. Si è perciò fatta avanti nell'opinione pubblica la convinzione che il difendersi possa paradossalmente far passare l'agredito dalla parte del torto".

²²⁹ Le scriminanti chiuse si contrappongono a quelle aperte, che sono cause di giustificazione in bianco: non definiscono direttamente le condotte giustificate, ma si avvalgono di clausole generali per indicare i fatti autorizzati.

difensiva rispetto all'offesa senza la possibilità per l'accusa di fornire una prova contraria.²³⁰

Nell'ipotesi di cui alla lettera a) dell'art. 52,2° c.p. la difesa deve avere ad oggetto "la propria o l'altrui incolumità". Se – come detto – con tale espressione normativa il legislatore allude ai beni della vita e dell'integrità fisica, allora esiste un rapporto di omogeneità qualitativa fra i beni personali che l'agredito difende e i beni che egli lede mediante l'uso di armi a danno dell'aggressore. L'aspetto innovativo della norma è dato, quindi, dal fatto che il giudice è dispensato da ogni valutazione comparativa tra la gravità del danno minacciato e quello patito dall'aggressore.

In base alla lettera a) dell'art 52 c.p., l'uso dell'arma (o di ogni altro mezzo difensivo) risulta scriminato anche in quelle situazioni nelle quali la giurisprudenza, sotto la vigenza della precedente disciplina, in assenza del requisito della proporzionalità fra difesa e offesa, avrebbe negato l'operatività della scriminante. Pertanto, deve ritenersi legittima una reazione sproporzionata sotto il profilo modale, e dunque eccessiva, quale sarebbe, appunto, l'uso di un'arma da fuoco conseguente all'offesa alla propria o altrui incolumità posta in essere da un soggetto anche senza armi o munito di arma priva di potenzialità omicidiaria.

Nell'ipotesi di cui alla lettera b), l'art 52,2° c.p. presume l'esistenza del requisito di proporzionalità fra difesa e offesa in caso di reazione ad un

²³⁰ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.302 e ss.; VIGANÒ, *Sulla nuova legittima difesa*, p.202. L'autore ritiene che non sia possibile affermare una presunzione *juris tantum*, per la quale notoriamente l'inferenza di un fatto ignoto da uno noto operata dalla norma deve ammettere una possibilità di prova contraria. Tale tipologia di presunzione infatti non trova appiglio nel tenore testuale della norma, nella quale non si rinviene alcuna possibilità di prova contraria all'affermazione della proporzione fra l'uso delle armi o di altro strumento idoneo e le azioni volte a difendere le tipologie di beni indicate dalla norma stessa. Contra MANTOVANI, *Legittima difesa comune*, cit., pp.443-444. "L'unica soluzione che consente di evitare gli scogli sia di un'eventuale illegittimità costituzionale sia di un'interpretazione abrogante resta quella della presunzione relativa dell'esistenza della proporzione, nel senso che quest'ultima si presume esistente, a meno che la pubblica accusa non ne provi l'inesistenza, sia obiettiva che putativa."

attentato o ad una effettiva lesione al patrimonio proprio o altrui, purché sussista pericolo di aggressione e non vi sia desistenza (es. furto mediante strappo ex art 624 bis; furto commesso da persona in possesso di armi, ex art. 624, 625 n.3 c.p.; rapina ed estorsione).

Come anticipato, si deve escludere che il legislatore abbia deciso di anteporre la salvaguardia dei beni patrimoniali addirittura al valore della vita e dell'integrità fisica di chi li aggredisce, scriminando, per esempio, il proprietario che, al fine di impedire la spoliazione patrimoniale, uccida o ferisca gravemente il ladro dopo averlo sorpreso nella propria abitazione o nel proprio negozio.²³¹ La presunzione di proporzionalità fra difesa e offesa è infatti subordinata alla presenza della non desistenza da parte dell'aggressore e del pericolo di aggressione. Sulla base delle considerazioni precedentemente svolte circa il significato da attribuire alle suddette condizioni,²³² si deve ritenere che anche nell'ipotesi di cui alla lettera b), perché una reazione difensiva violenta sia scriminata, occorre che sussista la presenza di un pericolo imminente di aggressione ai beni personali dell'agredito. Dunque, anche nei casi di cui alla lettera b), come accade per l'ipotesi prevista dalla lettera a), il legislatore prende in considerazione i casi in cui i beni che l'agredito difende siano qualitativamente omogenei rispetto a quelli dell'aggressore che egli stesso lede mediante l'uso di un'arma o altro mezzo difensivo.

Ancora una volta, quindi, la presunzione si riferisce al rapporto fra la qualità e intensità dell'offesa rispetto alla reazione difensiva dell'agredito: analogamente a quanto detto con riguardo alle ipotesi di cui alla lettera a), dunque, è esclusa ogni valutazione comparativa

²³¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.307: "Se questo fosse effettivamente il senso della nuova formula normativa in esame, cioè di concedere una 'licenza' di uccidere o ferire l'intruso che si limita ad aggredire beni patrimoniali altrui, essa risulterebbe assolutamente inconciliabile sia con il sistema di valori costituzionali (al cui interno il valore della vita e dell'integrità fisica risulta senza dubbio preminente rispetto a quello del patrimonio), sia con l'art 2 della Cedu (che considera legittima la privazione della vita altrui a condizione che avvenga per difendersi da una violenza illecita)."

²³² Si veda *supra*, par. 2.1.5 di questo capitolo.

tra la gravità del danno minacciato e quello patito dall'aggressore ad opera del giudice. La presunzione di proporzionalità fra difesa e offesa di cui all'art 52,2° c.p., introdotta dalla legge 59 del 2006, è il mezzo attraverso il quale la novella legislativa, da una parte, ha tentato di rendere più ardue le condanne di coloro che hanno difeso, anche con armi, i beni del patrimonio e della libertà domiciliare assieme all'incolumità o alla vita, propria o altrui, per non aver offerto adeguata prova dell'esistenza della proporzione obiettiva o quanto meno putativa incolpevole; dall'altra ha cercato di evitare che chi si sia difeso, debba sottostare a lunghi processi prima che gli venga definitivamente riconosciuto di aver esercitato il diritto alla legittima difesa propria o altrui.

Sotto il profilo soggettivo, la presunzione di proporzionalità fra difesa e offesa mira inoltre a colmare quella carenza dell'art 52,1° c.p. dovuta alla scarsa importanza che la norma attribuisce allo stato d'animo dell'agredito che si difende: liberando l'agredito dall'onere di misurare attentamente la propria reazione difensiva, infatti, l'art 52,2° c.p. permette di scriminare per legittima difesa anche chi, a causa di un forte turbamento emotivo dato dalla paura, non sia riuscito ad adeguare la propria condotta difensiva alla gravità del danno minacciato dall'aggressore.

Da questo punto di vista, tale presunzione di proporzionalità realizzerebbe l'obiettivo ultimo dei propugnatori della riforma, quello cioè, utilizzando le parole del Ministro della Giustizia Castelli, di far sì che "i delinquenti abbiano qualche timore in più e le brave persone, vittime di aggressione, qualche problema in meno".²³³ Se, infatti, nel vigore dell'art 52,1° c.p., era il cittadino costretto a difendersi a dover valutare con attenzione le conseguenze giudiziarie cui sarebbe potuto

²³³ Analogamente il Sen. Guido Giuseppe Rossi, nella seduta della Camera del 28 novembre 2005, afferma che "se nel vigore della vecchia norma era il cittadino costretto a difendersi a dover valutare con attenzione le conseguenze giudiziarie cui sarebbe potuto andare incontro, con questo provvedimento sarà invece chi intende aggredire a dover valutare attentamente i rischi che può correre."

andare incontro, con la nuova disciplina di cui all'art 52,2° c.p. sarà invece chi intende aggredire a dover valutare attentamente i rischi che può correre nell'attuazione del proprio piano criminoso.

5. I limiti di applicabilità dell'art 52,2° c.p. e gli spazi di configurabilità dell'eccesso colposo di difesa alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale della novella legislativa

Come detto, nell'economia della scriminante di cui all'art 52,1° c.p., la presenza o l'assenza del requisito della proporzionalità fra difesa e offesa rilevano ai fini rispettivamente dell'applicazione della legittima difesa e della configurazione della relativa fattispecie di eccesso, data appunto da una condotta difensiva travalicante i limiti della necessità e della proporzionalità della reazione difensiva.

Nella legittima difesa domiciliare la presunzione della proporzionalità fra difesa e offesa fa sì che tale requisito perda quel ruolo che le è proprio nell'ambito della legittima difesa comune.

Sorge spontaneo quindi domandarsi quale sia la sorte della fattispecie dell'eccesso colposo di difesa nei casi disciplinati dai commi 2 e 3 dell'art 52 c.p.: resta spazio per la configurazione della fattispecie risultante dal combinato disposto degli articoli 52 c.p. e 55 c.p.?

Indubbiamente, come detto, la presunzione di proporzionalità di cui si discute costituisce il mezzo attraverso il quale il legislatore del 2006 intendeva garantire una maggiore operatività della scriminante della legittima difesa a scapito della corrispondente fattispecie eccessiva, il cui ambito di applicazione, nella *mens legislatoris*, sarebbe dovuto essere notevolmente eroso. Stando al tenore letterale della norma, infatti, la presunzione relativa ai casi di cui ai commi 2 e 3 dell'articolo 52 c.p., impedendo al giudice ogni valutazione circa la proporzionalità della reazione difensiva rispetto all'offesa, sembrerebbe escludere, per le ipotesi dagli stessi commi contemplate, ogni applicazione dell'art 55 c.p..

A prima vista, in effetti, la “nuova” legittima difesa – soprattutto a causa della presunzione di proporzionalità fra difesa e offesa che la caratterizza – sembra quasi “neutralizzare” la fattispecie dell’eccesso di difesa: ferma restando la sua applicabilità rispetto ai casi di cui al comma 1° dell’art 52 c.p., questa, alla luce di un’interpretazione letterale della novella legislativa, non sarebbe invece configurabile nelle ipotesi previste dai commi 2 e 3 dello stesso articolo, quasi fosse stata, per questi stessi casi, implicitamente abrogata.

Tuttavia, l’interpretazione giurisprudenziale delle nuove disposizioni

– operata anche e soprattutto mediante i canoni dell’interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata – ha ridotto notevolmente la portata innovativa della novella legislativa, e dunque anche le suddette interferenze della nuova disciplina con la fattispecie dell’eccesso di difesa.

Un limite all’ambito di applicabilità della legittima difesa domiciliare (art 52, 2° e 3° c.p.) a vantaggio della corrispondente fattispecie eccessiva deriva dai rapporti della scriminante “speciale” con la scriminante della legittima difesa comune (art 52,1° c.p.).

Come detto, la circostanza che la nuova legittima difesa sia qualificata dalla giurisprudenza maggioritaria, nonché dalla Suprema corte, come una sotto-fattispecie della legittima difesa comune, comporta che la sua applicabilità sia subordinata all’esistenza dei requisiti di cui all’art 52,1° c.p., escluso ovviamente quello della proporzionalità fra offesa e difesa.

Ne deriva che, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, l’applicabilità dei commi 2 e 3 dell’art 52 c.p. presuppone l’esistenza di un pericolo attuale di un’offesa ingiusta e richiede la necessità della condotta difensiva.

Ferma restando la presunzione di proporzionalità fra difesa e offesa, non si può e non si deve trascurare la circostanza che anche nella nuova legittima difesa, perché la reazione difensiva sia lecita, questa deve

mantenersi entro il limite della necessità, che considerata, quindi, un requisito implicito della legittima difesa domiciliare.

Se è vero che l'eccesso di difesa consiste nel travalicamento dei limiti della necessità e della proporzione della condotta difensiva, allora non si può negare che, pur in presenza di una presunzione di proporzionalità fra difesa e offesa, esiste un margine di operatività della fattispecie disciplinata dal combinato disposto degli articoli 52 c.p. e 55 c.p. ogniqualvolta, in presenza dei presupposti stabiliti dai commi 2 e 3 dell'art 52 c.p. l'agredito, per colpa, tenga una condotta non necessaria.

In altre parole, la circostanza che, anche rispetto alla legittima difesa domiciliare, la necessità della condotta resti un requisito imprescindibile di liceità della difesa pone un limite significativo all'applicabilità della disciplina di cui ai commi 2 e 3 dell'articolo 52 c.p. a favore dell'eccesso colposo di difesa: accertato il superamento del limite della necessità, infatti, resta spazio per l'applicazione dell'art 55 c.p., sempre che si riscontri l'elemento della colpa dell'agente.

Considerando che, come detto precedentemente,²³⁴ si definisce necessaria quella condotta che risulti idonea a scongiurare o a ridurre l'entità del pericolo e, fra le possibili condotte difensive idonee, quella meno lesiva nei confronti dell'aggressore, si deve ritenere che se Tizio subisce nel proprio domicilio un'intrusione da parte di Caio e Caio attenta all'incolumità di Tizio, quest'ultimo potrà difendersi con un'arma o con altro mezzo idoneo, ma dovrà attuare la minima difesa necessaria ad impedire che la minaccia alla sua incolumità fisica si realizzi.

Per esemplificare, Tizio potrà far uso di una pistola, ma non sarà automaticamente autorizzato ad uccidere Caio; se sufficiente ad impedire di subire un pugno da Caio, potrà minacciarlo di sparare; ovvero potrà sparare in aria, o ancora, qualora nessun'altra condotta risulti idonea, potrà sparare al ladro in un punto non vitale e, solo

²³⁴ Per un'analisi approfondita del requisito in questione si veda il cap. 1, par. 5.1

come *extrema ratio*, cioè quando tutte le alternative meno lesive prospettabili non appaiano garantire un'efficace difesa contro l'eventuale aggressione fisica, potrà uccidere.²³⁵

Pertanto, a proposito dell'uso dell'arma di cui all'art 52,2° c.p., si deve ritenere che non qualunque uso sia legittimo, ma solo quell'uso conforme a necessità.²³⁶ Tale soluzione ermeneutica risulta avvalorata anche alla luce dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale di altre norme che autorizzano l'uso delle armi, quale, per esempio, l'articolo 53 c.p., che, secondo l'opinione maggioritaria in dottrina e giurisprudenza, ammette l'uso *minimo indispensabile* dell'arma.²³⁷ Un'ulteriore conferma della suddetta interpretazione emerge da un'analisi comparatistica dell'istituto. Quando un legislatore ha voluto riconoscere la legittima difesa ad ogni costo, permettendo all'agredito di usare illimitatamente l'arma qualunque fosse l'esito di quell'uso, lo ha detto espressamente: si pensi, a tal proposito, al codice di New York, secondo il quale il padrone di casa è autorizzato a uccidere il ladro che viene trovato nel proprio domicilio; analogamente, il codice ucraino prevede che "l'uso di armi o altri mezzi [...] per evitare un'indebita intrusione violenta in un luogo abitato o in altri edifici, non sarà

²³⁵ L'esempio è tratto da CADOPPI, *La legittima difesa* domiciliare, p.438. In senso contrario: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.306, secondo il quale "le sottili distinzioni circa la congruità tra i mezzi difensivi e offensivi" non sarebbero più necessarie sulla base della nuova norma, con la conseguenza che "l'agredito in casa potrà sparare mortalmente in ogni caso, anche se per respingere l'aggressore sarebbe stato sufficiente nella situazione concreta una reazione assai meno intensa e/o non armata".

²³⁶ Così CADOPPI, secondo il quale questa pare essere l'interpretazione migliore, e probabilmente l'unica plausibile, della novella legislativa.

²³⁷ Codice penale, art 53: "Ferma le disposizioni contenute nei due artt. precedenti, non è punibile il pubblico ufficiale che, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorità o di impedire la consumazione dei delitti di strage, naufragio, sommersione, disastro aviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona".

Il pubblico ufficiale che debba, ad esempio, impedire uno dei delitti contemplati dalla norma non può *tout court* uccidere, ma deve utilizzare l'arma secondo il criterio del minimo danno al delinquente.

considerato eccesso di difesa necessaria né darà luogo a responsabilità penale, quale che sia la gravità del danno causato dall'aggressore”.

Il criterio della necessità della condotta difensiva, inoltre, deve guidare l'agredito anche nella scelta dell'alternativa, esplicitamente prevista dall'art 52,2° c.p., fra l'uso di un'arma o di altro mezzo idoneo a difendersi. Dunque, esemplificando, se l'agredito ha a disposizione un mezzo (per esempio un mattarello) capace di impedire l'offesa alla propria o altrui incolumità e meno lesivo dell'arma da fuoco o di un'altra arma (per esempio un coltello), deve usare quel mezzo. Solo quando quest'ultimo non sia a sua disposizione, allora l'agredito potrà usare il mezzo più lesivo, ma occorre precisare che dovrà comunque usarlo nel modo meno dannoso possibile (ad esempio, l'arma da fuoco potrà essere utilizzata solo per minacciare l'aggressore).

Giova ricordare, inoltre, che la necessità della difesa presuppone l'esistenza di una costrizione a difendersi, per cui, affinché la condotta difensiva sia necessaria, si richiede che l'agredito non si sia potuto sottrarre al pericolo dell'offesa senza offendere a sua volta l'aggressore. In altre parole, la condotta difensiva può essere considerata necessaria a patto che essa sia anche inevitabile. Ne deriva che si dovrà ritenere non necessaria – e quindi eccessiva – la condotta dell'agredito che abbia offeso i diritti dell'aggressore nonostante esistesse l'alternativa di un *commodus discessus*.²³⁸

Sulla base di quest'ultima considerazione, una parte della dottrina²³⁹ ha sostenuto che, nella generalità dei casi presi in considerazione dalla

²³⁸ Per una trattazione più approfondita dell'aspetto della costrizione a difendersi si veda il cap. 1 par. 5.1.

²³⁹ PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2005, cit., p.307: “L'argomento addotto per ammettere la legittima difesa (il gioielliere spara al rapinatore per difendere la propria vita) non corrisponde alla realtà in situazioni del genere. Per mettere la pelle al sicuro, la scelta più prudente è lasciar perdere la borsa. La reazione difensiva, di fatto, mette a maggior rischio l'incolumità e la stessa vita, nel tentativo di difendere il patrimonio. L'argomento che parla di legittima difesa della vita serve a evitare di guardare in faccia lo sgradevole problema, se la difesa del patrimonio, in taluni casi, non possa essere attuata anche a costo dell'integrità fisica o, se non vi sono alternative, della stessa vita dell'aggressore”.

disciplina di cui ai commi 2 e 3 dell'art 52 c.p., la vittima dell'aggressione dispone di un'alternativa (sicura) alla reazione difensiva per evitare danni alla propria o altrui incolumità, alternativa che potrebbe considerarsi alla stregua di un *commodus discessus*. Per la vittima di un tentativo di rapina, per esempio, si presenta la possibilità di evitare danni alla propria o altrui incolumità consegnando il denaro o i beni, o comunque non opponendosi alla loro apprensione da parte del rapinatore, cosicché la condotta difensiva sfociante nell'uccisione del rapinatore deve ritenersi non necessaria e quindi eccessiva.

L'alternativa del *commodus discessus* è con buona probabilità idonea a tutelare l'incolumità dell'agredito, pur comportando per quest'ultimo la perdita dei propri beni patrimoniali. Viceversa, una reazione difensiva dell'agredito potrebbe aumentare l'aggressività del rapinatore e dunque il pericolo per l'incolumità della vittima.

Sarebbe priva di fondamento, in quanto non confermata dalle statistiche giudiziarie, l'obiezione di chi sostiene che la mancata opposizione alla rapina non ponga con certezza la vittima al riparo da ogni possibile pericolo, essendo "notorio" che molti tentativi di rapina sfociano comunque nell'uccisione del rapinato, a causa, per esempio, di una perdita di controllo del rapinatore.²⁴⁰

D'altra parte, una condotta difensiva fortemente dannosa o addirittura letale per l'aggressore, potrebbe risultare necessaria per tutelare beni di natura patrimoniale. Ma tale reazione difensiva non sarebbe comunque scriminata, dato il divieto di salvaguardare un bene

²⁴⁰ Così VIGANÒ, *Spunti per un "progetto alternativo" di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI e PALIERO, vol. II, Milano, 2006, cit., p.2047: "Dalle statistiche giudiziarie si evince che rispetto ad un totale di 40.006 rapine denunciate all'autorità giudiziaria nel corso del 2002, gli omicidi dolosi consumati a scopo di furto o rapina denunciati in quello stesso anno sono stati 32: meno dell'un per mille, dunque, rispetto al totale delle rapine".

meramente patrimoniale a prezzo della vita dell'aggressore.²⁴¹ L'unica "strada" perseguibile dalla vittima dell'aggressione, quindi, resta quella della mancata opposizione alla rapina, allo scopo di salvaguardare la propria vita, ingiustamente minacciata. La liceità dell'uccisione del rapinatore, quindi, dovrà riconoscersi nelle sole ipotesi in cui, in considerazione delle peculiarità della vicenda concreta, la mancata opposizione al rapinatore non appaia come un'alternativa sicura della stessa vittima della rapina o delle altre persone presenti (ad es., nell'ipotesi in cui il rapinatore appaia visibilmente in stato di sovraeccitazione o alterazione psichica, ovvero nell'istante in cui egli mostri in concreto di voler utilizzare l'arma a scopi diversi dalla mera minaccia).

Dunque, anche rispetto alle ipotesi contemplate dalla nuova legittima difesa, resta spazio per l'applicabilità della fattispecie di eccesso colposo di difesa dovuto al travalicamento del limite della necessità della reazione difensiva: tale fattispecie, infatti, potrà configurarsi ogniqualvolta l'agredito tenga una condotta difensiva che, stante l'alternativa di un *commodus discessus* idoneo a salvaguardare la propria e l'altrui incolumità, risulta non necessaria.

Pertanto, si deve concludere che, "seppure il requisito della necessità non sia sufficiente a garantire il rispetto della proporzione fra difesa e offesa, comunque esso svolge un'importante funzione di 'calmiere', grazie alla sua capacità limitatrice di difese eccessive rispetto, appunto, al necessario".²⁴²

Alla luce delle suddette considerazioni, si può ragionevolmente ritenere che, sotto il profilo della configurabilità della fattispecie di

²⁴¹ Il divieto in questione è ricavabile in via interpretativa sulla base del requisito del "pericolo di aggressione" richiesto dal legislatore per l'operatività della presunzione fra difesa e offesa nei casi in cui la condotta difensiva sia finalizzata alla tutela di un bene patrimoniale. Per ulteriori approfondimenti v. *supra*, par. 2.1.5 di questo capitolo.

²⁴² CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, cit., p.438: "[...] in molti casi il requisito della necessità è da solo in grado di contenere la veemenza della difesa. Ciò è tanto vero, che in certi ordinamenti si fa *tout court* (ad es.: in Germania) a meno della proporzione, incentrando i limiti della difesa sulla sola necessità".

eccesso colposo di difesa dovuto al superamento del limite della necessità della condotta difensiva, l'impatto pratico della nuova norma sia pari a zero.

Resta da chiarire quale sia l'incidenza del nuovo articolo 52 c.p. sulla fattispecie dell'eccesso colposo di difesa dovuto al mancato rispetto del limite della proporzionalità. Come detto, la presunzione di proporzionalità di cui al comma 2 dell'art 52 c.p. permette all'agredito di difendersi, nei casi specificati dalla medesima disposizione, senza essere in alcun modo vincolato ad esigenze di equilibrio tra l'entità del pregiudizio cui era esposto e l'entità del pregiudizio arrecato all'aggressore.

Esiste, però, una serie di limiti all'operatività della suddetta presunzione, cosicché il "campo di applicazione" della nuova norma risulta assai più ristretto di quello voluto dai propugnatori della riforma e anche le ricadute sulla fattispecie dell'eccesso di difesa risultano minime.

Come abbiamo avuto modo di osservare, l'operatività della nuova disciplina è soggetta a limiti di ordine spaziale, personale e oggettivo: essa è applicabile ai circoscritti casi di introduzione o intrattenimento abusivi nel domicilio altrui; opera esclusivamente a beneficio di certi soggetti, vale a dire quelli legittimamente presenti sul luogo dell'aggressione e ha ad oggetto la difesa della "propria o altrui incolumità" e dei beni propri o altrui.

Tali limitazioni, indubbiamente, mantengono legittima difesa domiciliare e la presunzione di proporzionalità che la caratterizza entro un'area di operatività ristretta e, al di fuori di quest'ultima, si deve ritenere che continui ad operare la legittima difesa comune, rispetto alla quale la configurabilità della corrispondente fattispecie eccessiva resta inalterata.

Certamente, però, il limite più significativo all'applicabilità della nuova disciplina è dato dal contenuto delle lettere a) e b) dell'art 52,2° c.p., in base alle quali - come detto - la presunzione di proporzionalità fra

difesa e offesa è subordinata all'esistenza del fine di difendere la propria o altrui incolumità (lett. a), o del fine di difendere i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione (lett. b).

Le suddette condizioni hanno svolto, nella prassi giurisprudenziale, una funzione limitatrice dell'operatività della nuova disciplina a favore della configurabilità della corrispondente fattispecie eccessiva.

Come anticipato, ²⁴³ la circostanza che la lettera a) dell'art 52 c.p. richieda che la condotta dell'agredito abbia il fine di difendere la propria o l'altrui incolumità porta ad escludere l'operatività della nuova disciplina per tutti quei casi in cui la vittima proceda all'uccisione del semplice ladro, necessaria per impedire un furto: indubbiamente tale condotta difensiva rende l'agente responsabile del reato di omicidio per eccesso di difesa (doloso o colposo a seconda che si riscontri l'elemento del dolo o della colpa).

La disciplina di cui all'art 52,2° lett. a) troverà applicazione soltanto qualora si ipotizzino situazioni diverse da quelle di scuola. Occorre prendere in considerazione casi meno paradigmatici e più difficilmente verificabili. Si prenda il caso di Tizio che si trova nel proprio domicilio. Caio viola il domicilio di Tizio entrando dalla finestra. Caio, esile ragazzino disarmato, si getta addosso a Tizio, ben più robusto di lui, il quale potrebbe benissimo affrontare la colluttazione con il ragazzino ed avere la meglio su di lui, ma, per evitare di subire anche un minimo danno alla sua incolumità fisica, prima decide di minacciare Caio con una pistola e poi, data la perseveranza di quest'ultimo, Tizio decide di sparargli alle gambe.²⁴⁴ In un caso simile, la previsione di cui all'art 52,2° lett. a), indubbiamente applicabile, rende certa l'operatività della scriminante, la quale sarebbe risultata di incerta applicazione sulla base del giudizio

²⁴³ Per l'analisi generale delle lettere a) e b) dell'art 52 c.p. si rimanda al paragrafo 3.5 del medesimo capitolo.

²⁴⁴ L'esempio è fornito da CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, p.439

di proporzionalità di cui all'art 52,1° c.p.: in base ad una considerazione dei beni in conflitto, infatti, si potrebbe comunque ritenere sproporzionata una ferita d'arma da fuoco alle gambe, rispetto a qualche ferita riportata in una colluttazione dall'esito così scontato. Al di fuori del caso descritto e di casi ad esso analoghi, però, non pare che vi sia spazio per l'applicabilità della suddetta disposizione e dunque, sotto questo profilo, l'erosione dell'area di configurabilità dell'eccesso di difesa risulta minima.

Quanto al requisito di cui alla lettera b) dell'art 52,2° c.p., abbiamo già avuto modo di chiarire che, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata del contenuto della disposizione, la giurisprudenza ha identificato il "pericolo di aggressione" in un pericolo all'incolumità personale di chi si difende.²⁴⁵ Ciò implica che il campo applicativo della 'nuova' legittima difesa riguarda non anche i delitti di furto, ma solo i delitti di rapina, sia che si tratti di delitti di rapina già premeditati e programmati, operati da soggetti armati, sia che si tratti di delitti di rapina dovuti a una mutazione di delitti di furto, programmati e iniziati come tali, ma sconfinati in rapine di fronte all'insorgere di ostacoli, quali, per esempio, la presenza, la resistenza o la reazione della vittima o delle vittime dell'aggressione.

La tipologia di criminalità che il legislatore ha tenuto in considerazione nell'opera riformatrice della legittima difesa, infatti, è proprio quella data da reati caratterizzati da un'aggressione non solo a beni patrimoniali, ma anche a beni primari dell'incolumità e della vita.²⁴⁶ Non opera l'art 52,2° c.p. – e sarà invece configurabile la fattispecie dell'eccesso di difesa – per colui che si renda responsabile

²⁴⁵ Per approfondimenti si veda il paragrafo 3.3 del medesimo capitolo.

²⁴⁶ MANTOVANI, *Legittima difesa comune*, pp.440-441. Secondo l'autore si deve escludere che il legislatore intendesse disciplinare i casi, per così dire, 'accademici' del ladro che in presenza della vittima, senza la necessità di neutralizzarla, proceda nella sua attività furtiva senza desistere (ciò accade, per esempio, nel caso del docile gioielliere che accetta di essere spogliato delle proprie cose preziose senza sottostare ad alcuna minaccia; oppure nel caso del ladro di frutta dell'altrui giardino che prosegue nel suo intento furtivo, sordo all'intimazione di desistere da parte del proprietario infermo).

dell'uccisione di chi si limiti ad aggredire un bene di natura soltanto patrimoniale. In altre parole, si deve concludere che – contrariamente a quella che era la volontà dei propugnatori della riforma –,²⁴⁷ anche sotto la vigenza della nuova disciplina, la prevalenza del bene della vita dell'ingiusto aggressore rispetto al patrimonio dell'agredito, impone al cittadino "onesto" di tollerare la lesione arrecata al proprio patrimonio da parte dell'aggressore, allorché essa non possa essere evitata se non a costo della vita di quest'ultimo:²⁴⁸ la vita dell'ingiusto aggressore vale più del diritto di proprietà dell'agredito. Per quanto impopolare, questa è l'unica soluzione rispettosa della gerarchia di valori fissata dalla Costituzione italiana, della disposizione di cui all'articolo 2 della CEDU e, più in generale, delle istanze umanitarie nei confronti del delinquente che ispirarono la lotta dell'illuminismo penale contro la pena di morte, anche per i colpevoli dei reati più gravi. Dunque, ancora una volta, la nuova disciplina risulta inidonea a scriminare padroni di casa che uccidono innocui ladruncoli, ladri in fuga e simili.

In base all'art 52,2° lett. b) c.p. colui che subisce un'illecita aggressione (soltanto) al proprio patrimonio ha la facoltà di reagire in maniera proporzionata a tale aggressione (per esempio servendosi di un'arma da fuoco al solo scopo di minacciare l'aggressore). Solo nel caso in cui tale (legittima) reazione dell'agredito inneschi una contraria reazione da parte dell'aggressore tale da esporre a serio pericolo la vita e l'incolumità fisica dell'agredito, allora quest'ultimo potrà certamente uccidere il malvivente. Dunque, contrariamente a quella che verosimilmente era la volontà del legislatore storico, si deve escludere che l'agredito possa lecitamente uccidere *d'emblée* l'aggressore che

²⁴⁷ A tal proposito, il sen. Valditara (AN) osservò che i cittadini "onesti", vittime di aggressione, devono avere la possibilità di difendere i propri beni patrimoniali, anche quando ciò dovesse comportare l'inflizione di lesioni o addirittura l'uccisione dell'aggressore.

²⁴⁸ VIGANÓ, *Spunti per un "progetto alternativo"*, p.2043

stia attentando al suo patrimonio, anticipando il futuro insorgere di un'aggressione fisica da parte dell'intruso.

Occorre infine considerare il fatto che l'esistenza delle condizioni normative alle quali è subordinata l'operatività della presunzione di proporzionalità della difesa resta comunque oggetto di accertamento giudiziale: sarà l'autorità giudiziaria a dover riconoscere l'esistenza dei presupposti della legittima difesa di cui all'art 52,1° c.p. implicitamente richiesti per l'applicabilità del comma 2 del medesimo articolo; nonché l'esistenza delle condizioni spaziali, personali e oggettive descritte dall'art 52,2 e 3 c.p.; l'esistenza della finalità di difendere la propria o l'altrui incolumità o i beni patrimoniali propri e altrui, nonché, per quest'ultima ipotesi, la mancata desistenza dell'aggressore e un pericolo di aggressione per l'agredito.

Dunque, seppure la presunzione di proporzionalità che caratterizza la nuova legittima difesa debba essere ritenuta una presunzione assoluta, non per questo viene meno la verifica processuale dei presupposti di liceità della condotta difensiva.

Nel complesso, la riforma della legittima difesa attuata con la legge 59 del 2006 è risultata una riforma fallimentare, sia per quanto riguarda gli obiettivi di politica criminale che i propugnatori si erano prefissati di raggiungere, sia sotto il profilo della tecnica normativa: da una parte, infatti, il legislatore non è riuscito ad ampliare significativamente i confini della legittima difesa in ambito domiciliare o lavorativo; dall'altra non è riuscito a rendere chiaro ai cittadini cosa possono fare e cosa non possono fare di fronte a certe aggressioni, né ha evitato agli aggrediti di finire sotto processo.

Si deve concludere quindi che un'analisi più attenta del nuovo articolo 52 c.p. e, soprattutto, l'interpretazione giurisprudenziale della nuova norma, finiscono per privare di fondamento certe accuse mosse contro

la nuova disciplina: lungi dall'essere una legge da *'Far West'*, la nuova norma dice molto meno di quello che le si avrebbe voluto far dire.²⁴⁹ La fisionomia della legittima difesa, anche di quella "allargata",²⁵⁰ il cui ambito di applicazione risulta peraltro abbastanza esiguo, non risulta così lontana da quella che l'istituto aveva precedentemente alla riforma. Conseguentemente, anche i rapporti fra l'art 52 c.p. e l'art 55 c.p. non risultano aver subito importanti alterazioni e la fattispecie dell'eccesso colposo di difesa continua a mantenere una significativa area di operatività.

²⁴⁹ In senso contrario DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: Leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *Diritto Penale e Processo*, 2006, p.432. Secondo l'autore le innovazioni introdotte dal legislatore del 2006 nella disciplina della legittima difesa attribuiscono alla scriminante il valore di una "licenza di uccidere". Il nuovo articolo 52 c.p. si pone in netto contrasto con la Costituzione, collocando inopinatamente sullo stesso piano beni, quali quelli della "vita" e dell'"integrità fisica", da una parte, e del "patrimonio" dall'altra, ritenuti dalla stessa Costituzione beni incommensurabili. Il tenore letterale della norma e la volontà storica del legislatore si pongono in aperto contrasto con la Costituzione. Sarebbero stati i giudici che, procedendo ad una lettura "secondo Costituzione" della norma, avrebbero evitato la proposizione della questione di legittimità della stessa al vaglio della Corte costituzionale.

²⁵⁰ L'espressione è di CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, p.434 e ss.

CAPITOLO 4

I RECENTI PROGETTI DI RIFORMA DELLA LEGITTIMA DIFESA DOMICILIARE

1. Il fallimento della riforma in tema di legittima difesa e il dibattito socio-politico circa l'esigenza di un'ulteriore modifica dell'art 52 c.p.

A dodici anni di distanza dall'approvazione della legge di riforma dell'articolo 52 c.p. (l. 59 del 2006), il dibattito circa l'opportunità di una modifica dell'istituto della legittima difesa è tutt'altro che sopito: ancora oggi, infatti, la collettività ed il mondo politico che ne è espressione avanzano la richiesta di una nuova riforma della disciplina relativa al diritto di autotutela di cui all'art 52 c.p..

Si può agevolmente constatare come l'esistenza di questa rinnovata domanda sociale di riforma sia imputabile al fallimento – ormai innegabile – dell'intervento riformatore in tema di legittima difesa operato dal legislatore del 2006.

Come abbiamo avuto modo di osservare,²⁵¹ l'ambito di operatività dell'art 52 c.p. così come modificato dalla legge 59 del 2006 è molto più ristretto di quello che era stato auspicato dai sostenitori della stessa riforma. La nuova fattispecie della legittima difesa domiciliare di cui all'art 52, 2° e 3° comma c.p., sia in virtù dei suoi rapporti con gli elementi della legittima difesa comune di cui all'art 52,1° c.p.,²⁵² sia per il particolare *modus operandi* della presunzione di proporzione,²⁵³ sia per l'interpretazione giurisprudenziale di certi elementi della norma dal significato ambiguo,²⁵⁴ non è stata in grado di raggiungere gli obiettivi che il legislatore si era prefissato.²⁵⁵

²⁵¹ Vedi *supra*, cap. 3, par. 5.

²⁵² Vedi *supra*, cap. 3 par. 3.1 e 3.5.

²⁵³ Per un'analisi più approfondita, vedi *supra*, cap. 3 par. 3.4 e 3.5.

²⁵⁴ Si veda soprattutto l'interpretazione giurisprudenziale dei requisiti della "non desistenza dell'aggressore" e del "pericolo di aggressione" di cui all'art 52,2° lett.

b) c.p. A tal proposito vedi *supra* cap. 3, par. 3.5 e 5.

²⁵⁵ Per l'analisi degli obiettivi della riforma vedi *supra* cap. 3 par. 1.

In altre parole, la novella legislativa, sia per la sua formulazione talvolta ambigua, sia per l'interpretazione "sterilizzante" che ne ha dato la giurisprudenza (interpretazione volta a ricavare una norma non in contrasto con l'ordinamento costituzionale), vede il proprio ambito di applicabilità ridotto al minimo e la portata della nuova fattispecie di legittima difesa risulta notevolmente ridimensionata, tanto che la nuova disciplina non è riuscita a trovare applicazione nemmeno in quel caso che ne aveva ispirato l'introduzione, il cd caso Maiocchi.²⁵⁶

Gli obiettivi che il legislatore si era prefissato di raggiungere con l'intervento riformatore del 2006 sono stati, pertanto, quasi del tutto disattesi: dal punto di vista sostanziale i margini di operatività della legittima difesa non hanno subito un significativo ampliamento ed è stata del tutto esclusa la possibilità che la scriminante operi a favore di colui che uccida l'aggressore allo scopo di difendere meri beni patrimoniali; dal punto di vista dell'accertamento processuale della scriminante, la presunzione di proporzione introdotta dalla riforma relativamente alle ipotesi di cui all'art 52,2° e 3° comma c.p. non ha escluso che anche coloro che, ingiustamente aggrediti, si siano difesi mediante una corretta difesa armata, siano sottoposti ad un processo che accerti le circostanze del fatto ed eventuali colpe. Le aspettative dei sostenitori della riforma sono state deluse anche per quello che riguarda l'obiettivo di un'erosione dell'ambito di applicabilità dell'eccesso colposo di difesa a favore di piene assoluzioni: anche sotto il profilo dei rapporti fra l'art 52 c.p. e la fattispecie di cui all'art 55 c.p., l'impatto della riforma è stato tendente a zero.

Quanto detto si evince già dalle prime sentenze della Corte di Cassazione post riforma. A pochi mesi dall'entrata in vigore del "nuovo" articolo 52 c.p. la suprema Corte si trovò a doversi esprimere su un caso relativo ad un aggressore, che, a seguito di un tentativo di furto notturno, datosi alla

²⁵⁶ Per l'analisi del caso, si veda *supra*, cap. 3, par.1.

fuga, venne colpito da un colpo d'arma da fuoco esploso dall'agredito e perse la vita.²⁵⁷

In tale occasione i giudici supremi negarono la possibilità di un'accettazione acritica della presunzione di proporzionalità fra difesa e offesa di cui all'art 52,2° c.p.. La Corte ritenne, infatti, che l'operatività della presunzione tra la condotta di azione e quella di reazione presupponesse inevitabilmente una verifica concreta delle circostanze menzionate esplicitamente dalla nuova disciplina, nonché di quelle derivanti dalla sua connessione con la legittima difesa tradizionale. Pertanto, afferma la Corte: "[...] dovendosi siffatta valutazione (relativa alla sussistenza dei requisiti di applicabilità della nuova disciplina) pur sempre operare in relazione alla situazione concreta sussistente nel momento in cui si faccia l'uso dell'arma, nella specie, nel momento in cui l'imputato fece uso di quell'arma, colpendo alle spalle il fuggitivo, più non sussisteva la necessità di difendere la propria o l'altrui incolumità e, quanto ai beni, più non sussisteva un pericolo di aggressione e la vittima, dandosi alla fuga, aveva in sostanza desistito dal suo iniziale intento aggressivo". Dunque, precisa la Corte, le conclusioni al riguardo assunte dalla sentenza impugnata, la quale riconosceva la responsabilità penale dell'imputato, "non sono inficiate o caducate dalla modifica normativa intervenuta dall'art 1 della legge 59 del 2006".

Quello appena descritto è solo uno dei numerosissimi casi in cui la Corte di Cassazione ha evidenziato la scarsa influenza che la riforma in tema di legittima difesa ha avuto sugli esiti applicativi dell'istituto.²⁵⁸

²⁵⁷ Cass. Pen. sez. IV, 29 settembre 2006, n. 32282

²⁵⁸ In un'altra sentenza di poco successiva alla riforma (Cass. Pen. sez. I, 23 marzo 2007, n. 12466), la Corte ha avuto modo di chiarire che "l'art. 52, comma 2 c.p., così come modificato dall'art. 1 della legge 13 febbraio 2006 n. 59, non consente un'indiscriminata reazione nei confronti del soggetto che si introduca fraudolentemente nella propria dimora, ma presuppone un attacco, nell'ambiente domestico, alla propria o altrui incolumità, o quanto meno un pericolo di aggressione". Il caso al vaglio del supremo collegio giudicante riguardava una signora che, schiava del gioco del lotto, aveva speso e perso una somma affidatale dal marito. Al fine di nascondere al congiunto quanto accaduto, ottenne da un'anziana vicina 700 euro, con l'impegno di restituirne 100 a

A fronte dell'inefficacia della suddetta riforma, si è riaperto, nel corso degli anni successivi al 2006, il dibattito socio-politico sulla necessità di una modifica dell'istituto di cui all'art 52 c.p.

Gli aspetti critici relativi all'art 52 c.p. – i quali costituirono il movente della scorsa riforma in tema di legittima difesa –²⁵⁹ si ripropongono ancora oggi e fanno sì che tale disposizione sia ancora una volta oggetto di discussione.

Analogamente a quanto è accaduto poco più di un decennio fa, l'interesse della popolazione sul tema della legittima difesa si è accresciuto a seguito di episodi di cronaca, divenuti poi oggetto di animate discussioni nei principali dibattiti televisivi.

Si pensi al "caso di Lodi": il 10 marzo 2017 un gruppo di malviventi ha fatto irruzione in un bar tabaccheria di un ristorante in provincia di Lodi e il titolare, Mario Cattaneo, ha reagito sparando e uccidendo uno dei ladri con il proprio fucile da caccia. L'uomo è stato indagato per omicidio volontario. "È l'ipotesi più ampia – ha spiegato il procuratore Domenico Chiaro – per procedere alle necessarie verifiche e l'esito potrebbe essere anche quello di un procedimento per eccesso colposo di legittima difesa oppure potrebbe trattarsi di legittima difesa e, in questo caso, vi potrebbe non essere un processo".

L'episodio descritto ed altri ad esso analoghi²⁶⁰ hanno fatto tornare sotto i riflettori il tema annoso della legittima difesa: quali sono e quali dovrebbero essere i limiti riconosciuti dalla legge italiana, oltre i quali dalla legittima difesa si sconfinava nell'omicidio? Ed è davvero

settimana. Dopo le prime tre rate, la signora sospese i pagamenti e quando la vicina minacciò di denunciare il fatto ai familiari della debitrice, presentandosi a casa di questa per ottenere la somma spettante, venne uccisa dalla debitrice con trentanove coltellate. L'imputata invocò la legittima difesa, sostenendo di essersi sentita minacciata nel proprio domicilio. I giudizi di merito si conclusero con la condanna a dodici anni e otto mesi di reclusione; la Cassazione dichiarò inammissibile il ricorso e condannò la ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro 1.000 alla Cassa delle ammende.

²⁵⁹ A tal proposito vedi *supra* cap. 3, par. 1.

²⁶⁰ La vicenda presa in considerazione è analoga a tante altre: si ricorda, per esempio, quella di Francesco Scignano che nel Milanese nell'ottobre del 2015 sorprese un ladro in casa e fece fuoco uccidendolo.

opportuno affidare il riconoscimento della scriminante al giudizio discrezionale dell'autorità giudiziaria?

Il rinnovato interesse sociale per la questione relativa all'adeguatezza dell'art 52 c.p. a rispondere alle esigenze di difesa dei diritti dei cittadini nell'odierna realtà sociale ha comportato la formulazione di diverse proposte di legge dirette ad ottenere quei risultati che i propugnatori della riforma del 2006 si erano prefissati, ma che non sono ancora stati raggiunti. In altre parole, il legislatore, "insoddisfatto" dei risultati ottenuti con le modifiche apportate alla difesa legittima dalla l. n. 59/2006, è ritornato sul tema cercando, ancora una volta, di ampliare i limiti di operatività dell'istituto nell'ottica, si ribadisce, di arginare il "crescente allarme sociale collegato al fenomeno dell'intrusione in forma violenta o clandestina nell'altrui dimora da parte di soggetti *malintenzionati*".²⁶¹

2. Il disegno di legge A.C. 3785: "Modifiche agli articoli 52 e 59 del codice penale in materia di legittima difesa"

Fra i vari progetti di legge approvati in Parlamento, l'unico che è riuscito ad ottenere il "via libera" della Camera è il d.d.l. n° 3785 d'iniziativa del deputato Ermini²⁶² rubricato "Modifiche agli articoli 52 e 59 del codice penale in materia di legittima difesa". Il d.d.l. in questione, presentato alla Camera il 28 aprile 2016, è stato approvato dalla stessa il 4 maggio 2017 ed è attualmente al vaglio del Senato (S. 2816).²⁶³ Tale progetto di legge, approvato dopo due lunghi anni di discussioni e dibattiti circa le modifiche maggiormente opportune da apportare all'istituto della legittima difesa, ha assorbito diverse

²⁶¹ DE FRANCESCO, *Diritto penale: I fondamenti*, cit., pag. 296.

²⁶² Deputato del *Partito Democratico* dal 19 marzo 2013.

²⁶³ A favore hanno votato Pd, Ap, Civici e innovatori. Contrari: M5S, Forza Italia, Lega Nord, Mdp, Sinistra Italiana-Possibile e Fratelli d'Italia. Astenuti: Centro democratico e Psi.

proposte di riforma giacenti in Parlamento. Fra le più significative si ricordano: il cd d.d.l. Molteni (A.C. n. 2892); il progetto La Russa (A.C. n. 3880); il d.d.l. Marotta-Sammarco (A.C. n. 3384); il d.d.l. Gelmini (A.C. n. 3427).

Il d.d.l. Molteni²⁶⁴ (A.C. n. 2892), recante “Modifiche all’articolo 52 del codice penale, in materia di difesa legittima”, presentato il 18 febbraio 2015, prevedeva di inserire all’art.52 il seguente comma: “Si presume, altresì, che abbia agito per difesa legittima colui che compie un atto per respingere l’ingresso, mediante effrazione o contro la volontà del proprietario, con violenza o minaccia di uso di armi da parte di persona travisata o di più persone riunite, in un’abitazione privata, o in ogni altro luogo ove sia esercitata un’attività commerciale, professionale o imprenditoriale”.

La proposta di legge, modellata sulla falsariga della disposizione in materia di legittima difesa domiciliare prevista dal codice penale francese,²⁶⁵ ipotizza una figura autonoma di legittima difesa del tutto svincolata dai requisiti classici dell’istituto. La formula utilizzata dal legislatore (“si presume, altresì che abbia agito per legittima difesa...”), lascia intendere che non solo si presume la proporzionalità fra difesa e offesa, ma anche l’immediatezza della reazione e la stretta necessità che impone di attivarsi. In altre parole, come autorevolmente sostenuto, la formulazione del ddl Molteni finisce per “presumere tutto”,²⁶⁶ cosicché non solo si impedisce la concretizzazione a livello giudiziale del bilanciamento fra beni, ma si propone l’eliminazione completa del processo penale per coloro che reagiscono all’interno del

²⁶⁴ Deputato della *Lege Nord* dal 19 marzo 2013.

²⁶⁵ L’art.122-6 c.p. francese recita: “Si presume che abbia agito in stato di legittima difesa colui che ha compiuto l’atto: 1° per respingere di notte un ingresso in un luogo abitato commesso con scasso, violenza o inganno; 2° per difendersi contro gli autori di un furto o un saccheggio posti in essere con violenza”.

²⁶⁶ “Roma - Difesa legittima, audizione esperti (09.02.16)”, video di Youtube, 57:39, postato da “Pupia News”, 10/02/2016, <https://www.youtube.com/watch?v=WQa-DqITZVs>. La citazione è del professor Padovani (minuto 23:44) durante “II Commissione Giustizia – Indagine conoscitiva in merito all’esame delle proposte di legge recanti modifica all’art.52 del Codice Penale in maniera di difesa legittima: Audizione”

domicilio.²⁶⁷ La presunzione legale della proposta di legge A.C. n. 2892 si caratterizza, rispetto a quella introdotta dalla legge n. 59/2006 per il mancato richiamo all'uso legittimo di armi legittimamente detenute e per l'assenza di qualunque riferimento alla legittimità della presenza nel domicilio. Inoltre, non si rinviene alcun richiamo al pericolo di aggressione alla persona: è stato osservato, infatti, che "il diritto di autotutela è affrancato dal pericolo (concreto) per l'agredito, essendo legittimato da modalità di ingresso che, per quanto non lecite, non attestano univocamente la probabilità di offesa alla persona e/o al patrimonio".²⁶⁸ La formula "per respingere l'ingresso", dunque, scriminerebbe la reazione del proprietario e la legittima difesa potrebbe operare, anche nel caso in cui, ad esempio, Tizio veda dalla propria villa dei figurati travisati che stanno forzando il cancello e, anziché alzare la cornetta del telefono e chiamare le Forze dell'ordine, prenda il fucile di precisione e uccida i malintenzionati.²⁶⁹

Una diversa proposta di riforma dell'art 52 c.p. è contenuta nel cd progetto cd La Russa ²⁷⁰ (A.C. n. 3880). Quest'ultimo, recante "Modifiche all'articolo 52 del codice penale in materia di legittima difesa" e presentato il 22 ottobre 2015, prefigurava di modificare l'art. 52 c.p. nei seguenti termini: "Art. 1: a) al terzo comma sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: 'ovvero nelle immediate adiacenze dei luoghi indicati nel presente articolo se risulta chiara e in atto l'intenzione di introdursi negli stessi con violenza o di volersene allontanare senza

²⁶⁷ Nella relazione di accompagnamento al ddl si legge infatti: "[...] si propone, innanzitutto, la modifica della proporzionalità tra difesa e offesa, non perché non si condivida la necessità di evitare reazioni spropositate per attacchi privi di una reale offensività, ma perché tale norma si è nei fatti tradotta, anche a seguito della sua interpretazione giurisprudenziale, in una sostanziale inapplicabilità dell'esimente in esame'. E ancora: [...] non vogliamo processi. Vogliamo certezze. La certezza è data dall'esplicitarsi degli elementi oggettivi, attraverso l'aggiunta di un'ulteriore comma all'articolo 52 c.p., che vogliamo far approvare da quest'Aula, affinché l'esistenza di determinati elementi consenta alla persona offesa, diritto, cioè automaticamente, di essere tutelata attraverso l'applicazione della scriminante della difesa legittima".

²⁶⁸ NOTARO, *La legittima difesa domiciliare*, cit., p.169

²⁶⁹ Si veda nota 263, l'esempio è di Padovani dal minuto 33:43.

²⁷⁰ Deputato di *Fratelli d'Italia - Alleanza Nazionale* dal 3 aprile 2013.

desistere dall'offesa'; b) è aggiunto, infine, il seguente comma: "il pericolo di aggressione e l'assenza di desistenza di cui al terzo comma sono presunti quando l'offesa ingiusta avviene all'interno dei luoghi indicati nel presente articolo in ore notturne o con modalità atte a creare uno stato di particolari paura e agitazione nella persona offesa". Il disegno di legge si propone di rafforzare la tutela delle persone oneste, altrimenti esposte al pericolo di lunghe e dolorose indagini giudiziarie, ed ovviare all'eccesso di discrezionalità riconosciuto al giudice "individuando con più precisione le varie fattispecie e il conseguente relativo nuovo perimetro di discrezionalità riservato dal legislatore al potere giudiziario": ²⁷¹ nel caso in cui l'estraneo aggredisca la vittima nella sua abitazione durante le ore notturne, il pericolo di aggressione e l'assenza di desistenza di cui al terzo comma sono presunti e la presunzione ha carattere assoluto; nel caso in cui la stessa aggressione avvenga nelle ore diurne, ma con modalità tali da provocare uno stato di particolare paura e agitazione nella persona offesa, è richiesto che il giudice accerti in concreto lo stato di soggezione in cui si è trovata la vittima dell'aggressione.

Il d.d.l. in questione presenta non pochi problemi: in primo luogo, l'assenza di qualunque riferimento alla violenza alla persona e al pericolo di aggressione (lett. *a*) rende sufficiente l'intenzione di introdursi nei luoghi del privato domicilio per giustificare la reazione del soggetto passivo; inoltre, la locuzione "immediate adiacenze" appare viziata da insita indeterminatezza; ²⁷² allo stesso modo, "l'intenzione di introdursi", certamente di difficile oggettivazione, non pare vada esente da obiezioni perché lascia spazio alle più diverse interpretazioni. La locuzione "stato di particolare paura e agitazione nella persona offesa", infine, richiama, per molti versi, il § 33 del codice penale tedesco ed evoca situazioni d'animo del tutto personali con la

²⁷¹ Relazione di accompagnamento al d.d.l.

²⁷² Si deve ritenere infatti che solo il giudice, successivamente alla commissione del fatto, potrà stabilire che l'aggressore si trovava nelle "immediate" vicinanze, nei dintorni, nei pressi dell'abitazione di colui che ha reagito.

conseguenza che la natura strettamente soggettiva di tale elemento solleva non poche difficoltà al momento della redazione della fattispecie penale improntata a determinatezza e tassatività.

Diversamente, la proposta di legge avanzata dai deputati Marotta e Sammarco²⁷³ (A.C. n. 3384) modifica l'art. 52 c.p. introducendo, dopo il comma 1, il seguente comma: "Del rapporto di proporzione di cui al primo comma non si tiene conto nei casi in cui l'offesa sia in concreto imprevedibile o sia arrecata approfittando di condizioni di minorata difesa".

La circostanza che la norma non preveda alcuna differenziazione tra l'aggressione a beni personali e quella a beni patrimoniali, induce a pensare che l'offesa cui si riferisce il legislatore possa riguardare, senza distinzione, entrambe le ipotesi, "con un conseguente svilimento della portata della proporzione a tutto vantaggio dei requisiti dell'imprevedibilità e della minorata difesa".²⁷⁴ In altre parole, poiché la reazione dell'agredito risulta giustificata sia nel caso in cui l'offesa abbia ad oggetto l'incolumità della persona e sia, ad esempio, qualora la stessa si diriga semplicemente verso le cose (sempre a patto che l'offesa stessa sia imprevedibile o sia arrecata approfittando di condizioni di minorata difesa della vittima) l'agredito, in presenza di un'offesa imprevedibile e trovandosi in condizione di minorata difesa, può reagire in modo letale contro l'aggressore che, ad esempio, si stia allontanando con la refurtiva. Tale soluzione prospettata dal disegno di legge preso in esame, però, pare irragionevole, soprattutto alla luce della gerarchia di valori cristallizzata nella nostra Carta costituzionale. Discutibile, inoltre, risulta l'inciso "sia in concreto imprevedibile". Questo, infatti, come è stato giustamente osservato, ha poco a che fare con la difesa legittima: "perché se è prevedibile che uno mi voglia

²⁷³ Deputati di *Alternativa Popolare*.

²⁷⁴ TELESKA, 2017, "Le proposte di legge in tema di legittima difesa 'domiciliare' ovvero l'impervia strada dell'oggettivazione della paura" in *Legislazionepenale*, <http://www.la-legislazionepenale.eu/le-proposte-di-legge-in-tema-di-legittima-difesa-domiciliare-ovvero-limpervia-strada-dello-ggettivazione-della-paura-mariangela-telesca/>, ultimo accesso 3/3/2018

ammazzare devo rispettare limiti rigorosi di proporzione? Se invece è imprevedibile no? Se io mi rendo perfettamente conto che uno mi sta ferendo devo rispettare la proporzione, e viceversa non la devo rispettare? Ma non la devo rispettare proprio perché sono in errore. Eccedo perché mi rappresento una cosa diversa”.²⁷⁵

La proposta presenta ulteriori profili problematici relativamente al coordinamento con le disposizioni introdotte dalla l. n. 59/2006: mentre le innovazioni inserite con la riforma del 2006 affermano che “sussiste il rapporto di proporzione”, seppure alle condizioni successivamente richiamate nella norma stessa, il d.d.l. n. 3384 stabilisce che “del rapporto di proporzione di cui al primo comma non si tiene conto”. Possono verificarsi allora due ipotesi: o le prescrizioni di cui al d.d.l. n. 3384 “assorbono” le disposizioni introdotte dalla riforma del 2006; oppure, più verosimilmente, le innovazioni *ex lege* n. 59/2006 si pongono in termini di “specialità” applicandosi solo nel caso di violazione di domicilio, mentre il progetto in discussione riguarderebbe situazioni diverse. In questa seconda ipotesi si potrebbero avere, però, risultati paradossali fino a risultare scriminato il comportamento di colui che, ad esempio, estrae la pistola e uccide di notte (minorata difesa) in una pubblica via la persona travisata, che lo aveva minacciato (imprevedibilità dell’offesa) per farsi consegnare il portafoglio.

Una diversa e ulteriore versione dell’art 52 c.p. è stata proposta con il d.d.l. Gelmini ²⁷⁶ (A.C. n. 3427) : per effetto delle modifiche ipotizzate da tale disegno di legge, l’art 52 c.p. risulterebbe formulato nei seguenti termini: “Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all’offesa o che il fatto sia stato commesso per concitazione o paura”.

²⁷⁵ Cit. Padovani, vedi nota 263.

²⁷⁶ Deputata di *Forza Italia- Il Popolo della Libertà- Berlusconi Presidente* dal 19 marzo 2013.

Il progetto di riforma in esame, dando rilevanza allo stato di concitazione e di agitazione psicologica generato dalla violenza subita dalle vittime nel proprio domicilio, risolverebbe uno degli aspetti critici della vigente disciplina in tema di legittima difesa: l'art 52,1° c.p., infatti, non prende in considerazione le condizioni psicologiche ed emotive delle persone che subiscono la violazione del proprio domicilio a scopo di furto o di rapina, né tiene conto dello stato d'animo in cui si trova la vittima del reato quando i tentativi siano reiterati nel tempo.

Volendo attribuire una reale portata innovativa alla proposta di legge in questione, si deve ritenere che, rispetto all'ipotesi di reazione difensiva attuata in stato di agitazione psicologica e concitazione non operi il requisito della proporzionalità fra difesa e offesa: se il requisito della proporzione fosse destinato ad operare anche quando il fatto sia commesso in uno stato di concitazione, o paura, infatti, la modifica apparirebbe superflua, in quanto il comma 1 dell'art. 52 c.p. assorbe già le ipotesi di reazione (proporzionata) commessa sotto un particolare stato d'animo.²⁷⁷ Non si può negare però che, se l'inciso risulti svincolato dalla proporzione, si creerebbero i presupposti per esiti paradossali: risulterebbe giustificato il comportamento dell'agredito che, solo perché si trova in uno stato di paura, uccida l'aggressore che si stia dando alla fuga. Inoltre, non si può ignorare il fatto che gli "stati d'animo" sono qualcosa di soggettivo che attengono alla sola psiche e, come tali, sono difficilmente trasferibili in una norma di legge necessariamente connotata da tassatività e determinatezza.

Il progetto di legge in questione, inoltre, procede all'eliminazione del riferimento alla desistenza, di cui al comma 2 dell'art. 52 c.p. Anche tale modifica ha il dichiarato scopo di ampliare le possibilità di reazione da

²⁷⁷ La collocazione dell'inciso nell'ambito della norma induce a pensare che questo sia svincolato dalla proporzione: qualora il legislatore avesse voluto riferire il requisito della proporzione anche allo "stato di concitazione o paura", allora la locuzione sarebbe stata sistemata prima dell'inciso "sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa".

parte dell'agredito legittimamente presente in uno dei luoghi di cui all'art. 614 c.p., che utilizza un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo, per difendere: a) la propria o altrui incolumità e b) i propri beni o altrui quando vi è pericolo di aggressione. Come anticipato, i suddetti disegni di legge sono stati recepiti dal d.d.l. Ermini (A.C. n. 3785) che, analogamente a questi, ha lo scopo di estendere la portata della legittima difesa.²⁷⁸

Esso all'art 1 stabilisce che:

1. All'articolo 52 del codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo il primo comma è inserito il seguente:

“Fermo restando quanto previsto dal primo comma, si considera legittima difesa, nei casi di cui all'articolo 614, primo e secondo comma, la reazione a un'aggressione commessa in tempo di notte ovvero la reazione a seguito dell'introduzione nei luoghi ivi indicati con violenza alle persone o sulle cose ovvero con minaccia o con inganno”;

b) al secondo comma, le parole: “Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma,” sono sostituite dalle seguenti: “Nei casi di cui al secondo comma,”;

c) al terzo comma, le parole: “La disposizione di cui al secondo comma si applica” sono sostituite dalle seguenti: “Le disposizioni di cui al secondo e al terzo comma si applicano”.

2. All'articolo 59 del codice penale è aggiunto, infine, il seguente comma:

“Nei casi di cui all'articolo 52, secondo e terzo comma, la colpa dell'agente è sempre esclusa quando l'errore è conseguenza del grave turbamento psichico causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione posta in essere in situazioni comportanti un pericolo attuale per la vita, per l'integrità fisica o per la libertà personale o sessuale”.

²⁷⁸ Nella relazione di accompagnamento al d.d.l si legge che “con la presente proposta di legge ci si propone di garantire ulteriormente, rispetto alla normativa vigente, colui che si trova nella situazione descritta dal secondo comma dell'art. 52 c.p., intervenendo sulla disciplina dell'errore”.

L'articolo 2 del progetto di legge afferma inoltre che:

“l'onorario e le spese spettanti al difensore della persona dichiarata non punibile per aver commesso il fatto per legittima difesa o per stato di necessità sono a carico dello Stato. Per la liquidazione dell'onorario e delle spese di cui al comma 1 si osservano le disposizioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115. Agli oneri derivanti dall'attuazione del presente articolo, valutati in 295.200 euro a decorrere dall'anno 2017, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento del fondo speciale di parte corrente iscritto, ai fini del bilancio triennale 2017- 2019, nell'ambito del programma 'Fondi di riserva e specialità' della missione 'Fondi da ripartire' dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2017, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della giustizia. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio”.

Dunque, per effetto delle ipotizzate modifiche, il nuovo testo dell'art.

52 c.p. risulta così delineato (in corsivo le parti aggiunte, in soprallineato le parti cancellate):

“Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.

Fermo restando quanto previsto dal primo comma, si considera legittima difesa, nei casi di cui all'articolo 614, primo e secondo comma, la reazione a un'aggressione commessa in tempo di notte ovvero la reazione a seguito dell'introduzione nei luoghi ivi indicati con violenza alle persone o sulle cose ovvero con minaccia o con inganno.

Nei casi di cui al secondo comma, ~~Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma,~~ sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente

in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

- a) la propria o la altrui incolumità;
- b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

Le disposizioni di cui al secondo e al terzo comma si applicano ~~La disposizione di cui al secondo comma si applica~~ anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale”.

La prima novità apportata dal progetto di legge in questione, dunque, riguarda l'ampliamento dei confini della legittima difesa, la quale, grazie alla modifica apportata all'art 52 c.p., risulta idonea a scriminare le reazioni di chi sia aggredito in tempo di notte, ovvero la reazione dell'aggredito a seguito dell'introduzione dell'aggressore in casa, in negozio o in ufficio, con violenza alle persone o alle cose, ovvero con minaccia o con inganno.

In secondo luogo, attraverso una modifica dell'art 59,4° c.p., si esclude che possa essere addebitata una responsabilità penale a titolo di colpa all'agente che sia incorso in errore a causa di un grave turbamento psichico causato dall'aggressione in situazioni comportanti un pericolo per la vita, l'integrità fisica, la libertà personale o sessuale.

L'ultimo aspetto innovativo della proposta di legge riguarda la previsione dell'assistenza legale a carico dello Stato: si stabilisce infatti che, quando sia dichiarata la non punibilità per legittima difesa, le spese processuali e i compensi degli avvocati saranno a carico dello Stato.

3. Il disegno di legge in tema di legittima difesa attualmente pendente innanzi al Parlamento: rilievi critici

Dalla lettura del d.d.l. 3785, approvato dalla Camera dei deputati ed attualmente sottoposto all'esame del Senato, emerge come l'ipotesi di riforma da esso prospettata presenti delle criticità notevoli.

Con riguardo alle modifiche apportate all'art 52 c.p., un primo aspetto discutibile è l'introduzione della clausola di riserva di cui al nuovo comma 2 ("fermo quanto previsto dal primo comma"). La previsione di una clausola simile apre inevitabilmente un dibattito circa la natura giuridica della nuova fattispecie: l'ipotesi prevista dal nuovo secondo comma dell'art 52 c.p. si sostanzia in una ipotesi speciale di legittima difesa oppure costituisce una nuova fattispecie del tutto autonoma?

Nel primo caso resterebbero applicabili i requisiti previsti per la legittima difesa e la portata innovativa della novella si esaurirebbe in un nulla di fatto: le condotte di legittima difesa in seguito a violazione del domicilio in orario notturno ovvero commessa con violenza alle persone o alle cose ovvero con minaccia o inganno potrebbero essere scriminate solo in presenza dei requisiti dell'attualità del pericolo, della necessità e proporzionalità dell'offesa, il cui accertamento non può che essere rimesso all'autorità giudiziaria.

La sussistenza dei requisiti di cui al comma 1 non sarebbe richiesta qualora, fornendo una diversa interpretazione della clausola di riserva di cui al nuovo secondo comma dell'art 52 c.p., si qualificasse l'ipotesi in esso contemplata come fattispecie autonoma. A tal fine, la locuzione "fermo restando quanto previsto dal primo comma" dovrebbe essere letta nei seguenti termini: fatte salve le ipotesi già scriminate ai sensi del primo comma, sono scriminate altresì le ulteriori ipotesi nelle quali l'agente reagisce a un'aggressione notturna nel domicilio (o avvenuta con le modalità descritte dalla norma).

Tale soluzione, però, renderebbe la disposizione contrastante con le norme costituzionali e convenzionali poste a tutela del diritto alla vita. È stato giustamente evidenziato che una tale lettura condurrebbe a

soluzioni assurde, come quella di ritenere legittima, ad esempio, la reazione ad un'aggressione non più attuale avvenuta nel domicilio la notte; essa si esporrebbe a gravi e insuperabili censure di legittimità costituzionale e convenzionale (art. 2 Cedu).²⁷⁹ Un'interpretazione costituzionalmente orientata della nuova norma, pertanto, imporrebbe di optare per la qualificazione della nuova fattispecie come ipotesi speciale della legittima difesa di cui al primo comma dell'art 52 c.p.²⁸⁰ con la conseguenza, però, del mancato raggiungimento, ancora una volta, dell'obiettivo di un ampliamento dei confini della legittima difesa.

Occorre poi osservare che le prospettate modifiche potrebbero avere, nel caso in cui la proposta di legge fosse approvata anche dal Senato, esiti applicativi a dir poco irragionevoli.

Uno dei profili su cui con maggiore intensità si sono appuntate le critiche è dato dal riferimento al tempo della commissione dell'aggressione.²⁸¹

Innanzitutto, si deve osservare che la proposizione è del tutto vaga, non corredata da alcuna indicazione utile ad individuare il "tempo di notte" che potrebbe essere letto come sinonimo di "tarda serata" o addirittura comprendente un lasso di tempo che inizia dopo il tramonto.²⁸² La norma, dunque, pecca sicuramente sotto il profilo della

²⁷⁹ VIGANÒ, *Spunti per un "progetto alternativo"*.

²⁸⁰ Anche relativamente alla legittima difesa domiciliare introdotta con la riforma del 2006 si era aperta la medesima questione circa la natura giuridica della nuova fattispecie, la quale è stata poi qualificata dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza come sotto-fattispecie speciale di legittima difesa. Per ulteriori approfondimenti si rimanda al cap. 3, per 3.1.

²⁸¹ Si tratta della formula precedentemente utilizzata dal d.d.l. A.C. n. 3380, che richiama le "ore notturne".

²⁸² Sul punto gli esempi potrebbero essere innumerevoli: un'aggressione commessa intorno alle 23:00 può essere collocata nel "tempo di notte"? E qualora la risposta fosse affermativa perché non anche alle 22.30 oppure alle 22.00 e così via; se poi si tiene conto che il solstizio d'inverno comporta un maggiore numero di ore notturne rispetto alla stagione primaverile sorge il dubbio che il comportamento dell'agredito risulti scriminato o, all'opposto, sanzionato per essere stato posto in essere in un mese anziché in un altro. E ancora: il fatto commesso verso le cinque di mattina, in primavera o estate, quando l'alba è già sorta o sta sorgendo si considera commesso in tempo di notte?

determinatezza, rendendo estremamente labile il confine fra condotte punibili e non punibili.

In contrasto con l'obiettivo della riforma, il nuovo art 52 c.p. proposto dal d.d.l. in questione rimetterebbe alla discrezionalità del giudice l'accertamento della ricorrenza della circostanza temporale in essa indicata.

La nuova norma, inoltre, sembra avere effetti paradossali, oltre che del tutto contrari agli obiettivi della riforma, se si prendono in considerazione i commi 2 e 3 dell'art 52 c.p.: se la disciplina della legittima difesa domiciliare trova oggi applicazione in tutte le ipotesi di violazione di domicilio, la nuova disciplina circoscrive le facoltà difensive alla violazione del domicilio commessa in tempo di notte ovvero realizzata con violenza alla persona o alle cose ovvero con minaccia o con inganno.

David Ermini, il relatore (PD) della proposta di legge, ha risposto alle polemiche relative alla circostanza temporale richiesta dal nuovo articolo 52 c.p. affermando che "la 'notte' è una tipica locuzione che si usa nei testi legislativi per rappresentare una situazione di minorata difesa; poi c'è un 'ovvero' che include anche le altre circostanze che fanno riferimento a tutta l'intera giornata". Dunque, stando a queste affermazioni, la circostanza che la norma faccia riferimento all'aggressione in tempo di notte non lascia senza difese di fronte ad un'aggressione commessa in ore diurne. Il riferimento alla 'notte' esprimerebbe solo la volontà del legislatore di consentire una reazione più veemente in considerazione del maggiore impatto che ha sulla persona l'aggressione commessa in una situazione di minorata difesa. A ben vedere, però, non si comprende per quale ragione l'aggressione realizzata nottetempo debba avere un trattamento diverso da quella commessa nelle ore diurne; si pensi ad un'aggressione commessa di giorno quando nel domicilio si trova una persona sola, anziana e magari affetta da qualche patologia rispetto all'aggressione notturna in un'abitazione dove vi sono più persone.

La proposta di legge, come detto, interviene anche sull'art. 59 c.p. in tema di "Circostanze non conosciute o erroneamente supposte" con l'aggiunta di un nuovo comma che esclude la colpa della vittima quando l'errore sia frutto di "grave turbamento psichico".

Secondo la versione dell'art 59,4° c.p. attualmente in vigore "Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo". Con la nuova formulazione, tale ultima ipotesi verrebbe meno qualora l'errore sia riconducibile al grave turbamento psichico scaturito dall'aggressione subita. L'intento del legislatore è ovviamente quello di valorizzare, ai fini della non punibilità, il sentimento di paura connesso ad episodi di rapina nel privato domicilio.

Come abbiamo avuto modo di osservare nel corso della trattazione²⁸³, l'ipotesi disciplinata dall'art 59,4° c.p. si distingue da quella presa in considerazione dall'art 55 c.p.: mentre la prima contempla un errore sull'esistenza della scriminante la quale è interamente putativa, la seconda prevede un errore sui limiti della scriminante i cui presupposti sono però realmente esistenti. Ferma restando tale distinzione, però, si può constatare che, anche nell'ipotesi di eccesso colposo di legittima difesa non si esclude che l'errore colposo alla base della condotta eccessiva sia determinato da uno stato di paura e agitazione del soggetto agente.

Si può quindi ritenere che, sebbene il legislatore della riforma non abbia preso in considerazione l'eccesso colposo di cui all'art 55 c.p., si potrebbe comunque optare per una lettura estensiva (*in bonam partem*) dell'art 55 c.p., escludendo la colpa dell'agente nelle ipotesi di grave turbamento psichico: si potrebbe ragionevolmente affermare, infatti, che, se sussiste responsabilità colposa nel caso in cui il soggetto, con una valutazione maggiormente ponderata della situazione,

²⁸³ Vedi *supra*, cap 2.

avrebbe potuto evitare di incorrere in errore, tale responsabilità deve essere esclusa qualora la possibilità di procedere ad una tale valutazione sia venuta meno a causa dell'esistenza di un grave turbamento psichico, il quale rende inesigibile un comportamento diverso da quello tenuto da chi abbia reagito ad un'aggressione, seppur in maniera eccessiva.

A ben vedere, però, l'introduzione della locuzione che dà rilievo al "grave turbamento psichico" è problematica sotto più profili.

Innanzitutto, l'interprete si trova di fronte alla non facile opera di individuazione della reale portata della locuzione utilizzata dal legislatore: nell'uso linguistico corrente, il termine "turbamento", nel richiamare stati d'animo propri di un'agitazione interiore, tende a sovrapporsi ad altri stati interiori come, ad esempio, quelli di inquietudine, sconcerto, smarrimento, preoccupazione, angustia.

Come si distingue il vero e proprio turbamento psichico da tali concetti ad esso affini?

Ma, ancor di più, non si possono ignorare le oggettive complessità di specificare in fattispecie penalistiche sensazioni che appartengono al foro interno dell'individuo; ed invero, mentre le componenti materiali sono caratterizzate da una consistenza empirico-naturalistica, all'opposto, il fatto psichico non si estrinseca nella realtà, ma permane nella mente del soggetto. Dunque, anche il tentativo di scusare il comportamento dell'agredito per aver ecceduto nella reazione in seguito alla particolare situazione psichica in cui si trovava non sembra che possa avere successo e, sotto questo profilo, la norma può essere considerata un nuovo maldestro tentativo di limitazione dell'area di applicabilità dell'eccesso colposo di legittima difesa.

Si deve quindi concludere che il progetto di legge in questione presenta rilevanti questioni non adeguatamente ponderate da un legislatore che sembra muoversi, non diversamente da come si è verificato con la riforma del 2006, nella mera ottica di tranquillizzare la collettività: alla base del nuovo intervento normativo, infatti, è facile cogliere il

tentativo di assicurare la comunità in ordine all'intangibilità del proprio domicilio.

Il legislatore del 2017, analogamente a quello del 2006, intento a rispondere alla domanda – che sorge prepotentemente dal contesto sociale – di una migliore tutela del “cittadino onesto”, ha prestato scarsa attenzione all'essenziale lato giuridico e tecnico che una norma di diritto penale deve possedere, nonché alle logiche giuridiche di uguaglianza e rispetto della Costituzione che indubbiamente ogni intervento legislativo deve seguire.

Non resta dunque che augurarsi che attraverso i lavori parlamentari di approvazione del d.d.l. n. 3785 al Senato portino ad una soluzione più razionale ed efficace, evitando così di dar vita all'ennesima “legge- manifesto”.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE DE LEGE FERENDA: L'OPPORTUNITÀ DI UNA MODIFICA DELL'ART. 55 C.P.

La disciplina dettata dal legislatore del 1930 in tema di legittima difesa riserva a colui che si sia trovato a doversi difendere da un'aggressione ingiusta un'apprezzabile area di non punibilità: da una parte, l'art 52,1° c.p. esclude l'antigiuridicità – e quindi la punibilità – della condotta difensiva in presenza di certi presupposti (pericolo attuale di un'offesa ingiusta) e nel rispetto di determinati limiti (necessità e proporzione della difesa); dall'altra, le disposizioni di cui agli articoli 59,4° c.p. (errore sulle scriminanti) e 55 c.p. (eccesso colposo nelle cause di giustificazione) delineano un ambito di non punibilità ulteriore sul piano – questa volta – della colpevolezza.²⁸⁴

Come detto, però, la disciplina risultante dal combinato disposto degli articoli 52,1°, 55 c.p. e 59,4° c.p. non è stata ritenuta in grado di garantire all'agredito un diritto di autotutela sufficientemente ampio e sicuro.²⁸⁵

Allo scopo di rispondere alla richiesta sociale di un diritto di difesa dai confini più estesi e più certi, almeno in riferimento alle aggressioni perpetrate in seguito ad una violazione del domicilio dell'agredito, il legislatore ha ritenuto opportuno procedere ad una modifica della disposizione di cui all'art. 52 c.p.. Nel 2006, dunque, attraverso l'aggiunta di due ulteriori commi all'art 52 c.p. è stato tipizzato il cd diritto di autotutela in un privato domicilio.²⁸⁶

La disciplina in tema legittima difesa domiciliare dettata dal legislatore del 2006, non diversamente da quella prospettata nei recenti progetti di riforma dell'art. 52 c.p., intendeva assicurare a favore dell'agredito

²⁸⁴ Le disposizioni di cui agli articoli 59,4° c.p. e 55 c.p. non disciplinano specificamente la legittima difesa, ma la toccano, appunto, in relazione alla sfera soggettiva dell'agente. Per un'analisi più approfondita delle ipotesi contemplate dalle suddette disposizioni e degli effetti della loro applicazione alla scriminante della legittima difesa vedi *supra*, cap. 2.

²⁸⁵ Per un approfondimento sul tema vedi *supra*, cap. 3 par. 1

²⁸⁶ Per l'analisi approfondita del contenuto della legge di riforma (l. 59 del 2006) vedi *supra*, cap. 3.

un ambito di operatività della scriminante di cui all'art. 52 c.p. più esteso e più certo attraverso la "neutralizzazione" del limite della proporzionalità fra difesa e offesa di cui al comma 1 dell'art 52 c.p..

A tale scopo l'art. 52,2° c.p., frutto della riforma, ha introdotto una presunzione di proporzionalità *iuris et de iure* per le ipotesi in esso contemplate, tentando di escludere, per tali casi, la necessità di un giudizio discrezionale rimesso all'autorità giudiziaria circa l'applicabilità della scriminante della legittima difesa.

Tuttavia, come abbiamo avuto modo di constatare nel corso della trattazione, la necessità di salvare il "nuovo" articolo 52 c.p. da una censura di incostituzionalità ha indotto la giurisprudenza a fornire un'interpretazione della disposizione costituzionalmente orientata e conforme alla CEDU, interpretazione che ha finito per rendere sterile la nuova disciplina, la quale si è dimostrata, appunto, incapace di incidere in modo significativo sulla disciplina risultante dal quadro normativo di cui agli articoli 52,1° c.p., 55 c.p. e 59,4 c.p.

L'intervento del legislatore del 2006 si è rivelato fallace: esso non ha sortito gli effetti che i propugnatori della riforma avevano promesso. Anche in virtù delle considerazioni svolte da dottrina e giurisprudenza in seguito alla riforma del 2006, pare di poter affermare che la proporzione fra difesa e offesa resti, ancora oggi, la pietra angolare dell'istituto della legittima difesa la cui opportunità non può e non deve essere messa in discussione.

Nella legittima difesa così come strutturata nel codice penale italiano, il giudizio sull'elemento liceizzante della proporzionalità fra difesa e offesa è imprescindibile.

Sotto il profilo sostanziale, infatti, esso risolve i casi di collisione giuridica – chiarendo le situazioni in cui uno o più beni giuridici debbono essere sacrificati per proteggerne altri – e distingue una difesa davvero legittima dall'abuso del diritto di difesa, censurando reazioni difensive eccessive.

È opportuno chiarire, dunque, che – alla luce della necessità di rispettare la gerarchia di valori contemplata dalla nostra Costituzione e, a livello internazionale dalla CEDU, nonché sulla base della collocazione sistematica della legittima difesa – l'eventualità di una presunzione di proporzionalità fra difesa e offesa non può che essere rifiutata. Può essere interessante osservare come, anche negli ordinamenti in cui la proporzione non è espressamente richiamata dalle norme sulle cause di giustificazione, essa mantenga un ruolo fondamentale ed ineliminabile atteggiandosi come principio generale su cui fare affidamento che permea la totalità dell'ordinamento.²⁸⁷

Il giudizio sulla proporzione fra difesa e offesa, poi, svolge un ruolo fondamentale anche sotto il profilo dell'accertamento processuale della scriminante.

Nell'ottica della teoria della tripartizione del reato,²⁸⁸ infatti, il diritto di difesa di cui all'art 52 c.p., è geneticamente un diritto obbligatoriamente incerto. In altre parole, la difesa non è, come è stato sostenuto,²⁸⁹ sempre legittima. Il fatto commesso dall'agredito allo scopo di difendersi è un fatto offensivo, oggettivamente e soggettivamente tipico non indifferente per il diritto penale. Dunque, esso non nasce come atipico e inoffensivo (né lo diventa in seguito ad un'eventuale esclusione della sua anti giuridicità), ma l'esistenza della scriminante della legittima difesa lo rende, ex post, lecito.

La liceità del fatto offensivo può essere dichiarata solo in seguito al giudizio circa la sua anti giuridicità finalizzato ad accertare se rispetto ad esso sussistano le condizioni richieste dall'art 52 c.p. per riconoscere l'esistenza della scriminante della legittima difesa.

²⁸⁷ Nell'ordinamento Tedesco, per esempio, la proporzione, pur riconosciuta esplicitamente, è utilizzata dalla giurisprudenza come limite alle reazioni eccessive.

²⁸⁸ Nella teoria in questione, accolta dalla dottrina dominante, il fatto tipico deve rimanere cronologicamente e sistematicamente separato dal giudizio sulle singole cause di giustificazione. In presenza di una scriminante, dunque, il fatto c'è, è offensivo ed è solo eventualmente liceizzato.

²⁸⁹ "La difesa è sempre legittima" è lo slogan che da tempo ricorre scritto o dichiarato nelle manifestazioni e nelle *convention* della Lega Nord.

Quest'ultima, dunque, può essere riconosciuta solo dopo aver effettuato gli opportuni accertamenti processuali circa l'esistenza degli elementi liceizzanti della necessità e proporzione della difesa richiesti dal legislatore ex art 52 c.p.

Si deve concludere che, fermo restando che non si può e non si deve pretendere il martirio davanti a pericoli per la vita o per l'incolumità personale, tuttavia la legittima difesa, in quanto diritto geneticamente incerto, necessita sempre di accertamenti processuali.

È stato osservato che "è assai arduo, se non impossibile, preventivare con sicurezza l'esistenza dei requisiti che gli ordinamenti richiedono per consentire alla legittima difesa di liceizzare una condotta altrimenti offensiva. Servirà quasi sempre un processo penale che (*ex post*) valuti (*ex ante*, al momento della condotta) l'ammissibilità del gesto: tipologia di azione, circostanze, lesione...".²⁹⁰

Pertanto, si deve concludere che, anche ritenendo gli obiettivi perseguiti dal legislatore condivisibili e degni di nota, sembra che questi non possano essere ragionevolmente raggiunti mediante una modifica dell'art 52 c.p. che sacrifichi il ruolo dell'autorità giudiziaria nell'accertamento della proporzionalità fra difesa e offesa.

Una presunzione totalizzante in ordine al requisito della proporzionalità e la conseguente estensione dell'ambito di operatività della legittima difesa, provocherebbero, di riflesso, la disapplicazione dell'eccesso colposo, di quello doloso e del procedimento penale stesso per quei casi che, sulla base della disciplina prevista dal legislatore del 1930, configuravano ipotesi punibili per eccesso di difesa.

Dimostrata la necessità di rifiutare l'applicabilità del meccanismo della presunzione relativamente ai parametri liceizzanti della condotta difensiva (in particolare a quello della proporzionalità fra difesa e offesa), si deve anche escludere che questi possano subire un processo di subiettivizzazione. Da questo punto di vista, l'introduzione -

²⁹⁰ DIAMANTI, *Il diritto incerto, legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2016, cit. p. 1364.

auspicata dai più recenti progetti di riforma dell'art. 52 c.p. – del parametro del “grave turbamento psichico” cagionato dall'aggressione ingiusta risulta piuttosto discutibile. Per evitare che una questione astenica come il turbamento psichico crei presunzioni di fatto, occorre innanzitutto delinearla bene sotto il profilo teorico e distinguerla da altre ad essa affini. Tuttavia, questa è una modalità di accertamento assai complessa e di difficile dimostrazione all'interno del processo penale e la rilevanza del suddetto stato emotivo non risulta, dunque, priva di aspetti critici.

In conclusione, si può ritenere che, la disposizione di cui all'art 52 c.p., come sostenuto da un'autorevole dottrina, non necessiti di alcuna riforma.²⁹¹

Considerando, però, come detto, che la disciplina in tema di legittima difesa non si esaurisce negli artt. 52 e 59 c.p., ma è condizionata anche dalla disposizione di cui all'art. 55 c.p., ci si chiede se l'esigenza di una maggiore tutela dei diritti degli aggrediti non possa essere ottenuta mediante una riforma relativa proprio a questa disposizione che tenda a dare un riconoscimento alle difficoltà tipiche di quelle condotte umane poste in essere velocemente, in uno stato psichico spesso alterato e, comunque, senza un previo adeguato ragionamento.

L'art. 55 c.p. prende in considerazione il caso di una persona che, nel difendersi, non riesca ad adeguare la propria reazione difensiva all'entità dell'aggressione perché vittima di rappresentazioni incolpevolmente falsate. In tal caso, qualora alla base della condotta difensiva eccessiva vi sia un errore colposo, il soggetto sarà chiamato a rispondere del fatto commesso a titolo di colpa. Occorre far presente, come sostenuto da un'autorevole dottrina,²⁹² che “l'eccesso entra ed

²⁹¹ PADOVANI, invitato ad esprimersi sull'opportunità dei recenti progetti di riforma in materia di legittima difesa ha affermato: “L'attuale vicenda parlamentare è un'impresa che appare priva di senso. Non so quante siano le proposte di modifica. Si rincorrono, cadono, ristagnano...Il problema fondamentale riposa su un grosso equivoco fi fondo: l'art 52 c.p. è, in sé, una norma perfetta e non deve essere toccato”.

²⁹² PADOVANI, vedi nota 263.

esce dalla responsabilità penale in funzione della colpa". L'esigenza di una maggiore operatività della legittima difesa potrebbe essere garantita da una diversa modulazione dell'applicabilità della corrispondente fattispecie eccessiva stabilendo che quest'ultima sia applicabile soltanto in caso di condotte gravemente colpose ed escludendo quindi la punibilità dell'eccesso provocato da lievi errori modali o di giudizio. Dunque, occorrerebbe una specificazione della tipologia di colpa di cui all'art. 55 c.p.: l'errore sul quale si costruisce la fattispecie eccessiva, dovrebbe essere causato da colpa grave.

In una prospettiva *de lege ferenda* dunque è stata auspicata una nuova definizione dei confini dell'eccesso colposo di legittima difesa nel senso di un loro ridimensionamento attraverso l'eliminazione dall'eccesso colposo della colpa lieve. Si dovrebbe prendere atto del fatto che, "almeno in tema di legittima difesa, non c'è eccesso senza colpa grave", ²⁹³ intesa, quest'ultima, come "violazione particolarmente grossolana dell'obbligo di diligenza con conseguente discostamento molto evidente del comportamento dell'agente dalle regole di diligenza, prudenza e perizia che il caso concreto avrebbe richiesto di osservare".²⁹⁴

²⁹³ DIAMANTI, *Il diritto incerto, legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in Riv. It. Dir e Proc. Pen., 2016.

²⁹⁴ La definizione è ripresa da Brocardi.it –Dizionario giuridico.

BIBLIOGRAFIA

Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale: Progetto definitivo di un nuovo Codice di procedura penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco, parte I, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929.

Relazione Ministeriale sul Progetto del codice penale, I, Roma, 1929.

Codice penale commentato, a cura di DOLCINI, E., – MARINUCCI, G., IPSOA editore, 2006.

ALIMENA, B., *I limiti e I modificatori dell'imputabilità*, vol. III, Bocca editore, Torino, 1984.

ALTAVILLA, E., voce *Eccesso colposo (diritto penale comune)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, Torino, UTET, 1960.

ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale: Parte generale*, XVI edizione aggiornata e integrata da L. CONTI, Milano, Giuffrè, 2003.

AZZALI, G., *L'eccesso colposo*, Milano, Giuffrè, 1965.

BALSANO, E., *La legittima difesa*, Padova, Exeo editore, 2016.

BOSCARELLI, M., voce *Legittima difesa*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XVIII, 1988.

CADOPPI, A., *La legittima difesa domiciliare (cd. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 4, 2006.

ID., *"Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto". Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di Dolcini E. e Paliero C. E., vol. II, Milano, 2006.

CARRARA, F., *Programma del corso di diritto criminale: Parte generale*, Lucca, Tipografia Giusti, 1867.

CODA, S. *Riflessioni in tema di eccesso colposo*, in Rivista penale 2012, fasc. 1.

COLOMBO, S., *Legittima difesa ed eccesso colposo*, in Foro Ambrosiano, 2009, fasc. 1.

DE FRANCESCO, G.A., *Diritto penale, i fondamenti*, II edizione, Torino, Giappichelli editore, 2011.

DIAMANTI, F., *Il diritto incerto: Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale 2016.

DOLCINI, E., *La riforma della legittima difesa: leggi 'sacrosante' e sacro valore della vita umana*, in Diritto penale e processo, fasc. 4, 2006.

ESCOBEDO, G., *Ancora l'eccesso di legittima difesa considerato come delitto colposo*, in La giustizia Penale, 1932, parte IV.

ESPOSITO, V., *Il requisito della 'proporzione' nella difesa legittima: l'incidenza della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella disciplina dell'istituto*, in La giustizia penale 1981, parte II.

FARANDA, C., *L'eccesso colposo: errore di giudizio ed errore modale nell'art 55 c.p.*, Milano, Giuffrè, 1988.

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale: Parte generale*, VII edizione, Bologna, Zanichelli, 2014.

IORE, S., voce *Eccesso colposo*, in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Milano, 2006

FLORA, G., *Brevi riflessioni sulla recente modifica dell'art 52 c.p.: il messaggio mass mediatico ed il 'vero' significato della norma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006.

GALLO, M., voce *Colpa penale: c) diritto vigente*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano, 1960.

GARGANI, A., *L'autotutela privata tra istanze securitarie e valori costituzionali*, in "Sicurezza e autotutela", a cura di Gian G. M. GRASSI, Pisa University Press, 2017.

GROSSO, C.F., voce *Legittima difesa*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, 1974.

ID., voce *Difesa legittima*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXXIV, 1974.

ID., voce *Eccesso colposo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XII, 1989.

ID., "*Il requisito della produzione non volontaria del pericolo nello stato di necessità e nella legittima difesa*" in *Studi in onore di F. Antolisei*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1956.

ID. *L'errore sulle scriminanti*, Milano, Giuffrè, 1961.

LAUDI, M., *Enunciati dommatici e ratio decidendi sullo sfondo di un dibattito problema: la cd colpa impropria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971.

MANTOVANI, F., *Diritto penale: Parte generale*, XI edizione, Padova, CEDAM, 2015.

ID., *"Legittima difesa comune e legittima difesa speciale"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006.

MANZINI, V., *Trattato di diritto penale*, vol. II, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1933.

MARINUCCI, G., voce *Cause di giustificazione*, *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. II, Torino, UTET, 1988.

ID., voce *Antigiuridicità*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. I, Torino, UTET, 1989.

MASARONE, V., *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004

MAZZON, R., *Le cause di giustificazione*, Padova, CEDAM, 2006.

MILITELLO, V., *La proporzione nella nuova legittima difesa: Morte o trasfigurazione?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006

NORDIO, C., *L'inferno di Ponte di Nanto* (prefazione), Paolo Citran, edizioni Mazzanti Libri, 2016.

NOTARO, D., "La legittima difesa domiciliare: una scriminante 'sensibile' ad istanze scusanti?", in *"Il reato lungo gli impervi sentieri del processo"*, Torino, Giappichelli editore, 2006.

NUVOLONE, P., *Le due forme dell'eccesso colposo*, in *Giustizia Penale*, 1949, parte II.

PADOVANI, T., voce *Legittima difesa*, in *Digesto delle Discipline Penali*, vol. III, Torino, UTET, 1989.

ID., *Diritto penale*, X edizione, Torino, Giuffrè, 2012.

ID., "Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze", in *Guida al diritto*, Il Sole 24 ore, 2006, fasc. 13.

PALAZZO, F., *Corso di diritto penale*, II ed., Torino, 2006

PALIERO, C.E., *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, CEDAM, 1985.

PANNAIN, R., *Natura giuridica del reato commesso per eccesso colposo*, nota a sentenza, Cass. Pen. Sez. I, n. 72, 21 gennaio 1949.

PETTOELLO, R., - MANTOVANI, F., *Volontarietà del pericolo e legittima difesa*, in *Rivista Penale*, II, 1955.

PULITANÒ, D., *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2008.

RAMPIONI, R., *Brevi osservazioni sulla configurabilità dell'eccesso colposo nella legittima difesa*, in *Cassazione penale Massimario*, 1977.

ROMANO, M., *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, Giuffré, 2004.

ROMANI, S., voce *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Giuffré, 1958.

SANTORIELLO, C., voce *Abuso del diritto*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, 2016, www.studiolegale.leggiditalia.it.

SANTORO, A., *La definizione del delitto colposo*, in *Rivista di diritto penitenziario*, VI, 1937.

SEMERARO, P., *Riflessioni sulla riforma della legittima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio*, in *Cassazione Penale*, I 2006.

SCHIAFFO, F., *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, Napoli, Jovene editore, 1998.

SIRACUSANO, P., voce *Eccesso colposo*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. IV, Torino, UTET, 1990.

TELESCA, 2017, "Le proposte di legge in tema di legittima difesa 'domiciliare' ovvero l'impervia strada dell'oggettivazione della paura" in *Legislazionepenale*, <http://www.la legislazione penale.eu/le-proposte-di-legge-in-tema-di-legittima-difesa-domiciliare-ovvero-limpervia-strada-dellogettivazione-della-paura-mariangela-tesca>.

TRAPANI, M., *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, Giappichelli, 2006.

VIGANÓ, F., “*Sulla nuova legittima difesa*”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006.

ID., “*Spunti per un progetto alternativo di riforma della legittima difesa*”, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini E., Paliero C.E., vol. II, Milano, 2006.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Cass. Pen., 3 marzo 2010, n. 12420;

Cass. Pen., Sez. I, 15 aprile 1981, n. 148407;

Cass. Pen., Sez. I, 22 novembre 2011, n. 47662;

Cass. Pen., Sez. I, 6 novembre 2012, n. 27595;

Cass. Pen., Sez. I, 29 novembre 2012, n. 1490;

Cass. Pen., Sez. I, 14 febbraio 2014, n. 15742;

Cass. Pen., Sez. I, 10 aprile 2013 n. 18926;

Cass. Pen., Sez. V, 11 maggio 2010, n. 26172, in *Cass. Pen.* 2011.

Cass. Pen., Sez. IV, 14 novembre 2008, n. 2505, in *Cass. Pen.*, 2010 Cass. Pen., Sez. I, 25 ottobre 2005, n. 45425, in *De iure*.

Cass. Pen., sez. V, 8 marzo 2017, n. 11084;

Cass. Pen. Sez. II, 17 novembre 1999, in *Giur. It.* 2002; Cass. Pen., Sez. I, 26 febbraio 1971, in *Cass. Pen.* 1972. Cass. Pen., 15 novembre 1972, in *Giust. Pen.*, 1974, parte II; Cass. Pen., Sez. I, 15 aprile 1999, in *Cass. Pen.*, 2000;

Cass. Pen., Sez. I, 11 dicembre 2013, n. 6118;

Cass. Pen., Sez. I, 27 gennaio 2010, n. 6591, in *Cass. Pen.*, 2011;

Cass. Pen., 19 gennaio 1984, n. 2771, in *Cass. Pen.*, 1985; Cass. Pen., Sez. I, 16 marzo 1987, in *Cass. Pen.*, 1989;

Cass. Pen., Sez. II, 4 luglio 2013, n. 41078, in www.italgiure.giustizia.it;

Cass. Pen., 28 settembre 1978, in *Riv. Pen.*, 1979;

Cass. Pen., 20 marzo 1992, in *Giust. Pen.* 1993, parte II;

Cass. Pen., Sez. I, 14 febbraio 2006, n. 15025, in *Cass. Pen.* 2007;

Cass. Pen., Sez. I, 9 novembre 2011, n. 2654.

Cass. Pen., Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 12740;

Cass. Pen., sez. I, 2 aprile 1992, in *Mass. Cass. Pen.*, 1992, fasc. 9 Cass. Pen., 11 maggio 1980, in *Riv. Pen.*, 1980.

Cass. Pen., Sez. I, 18 aprile 2013 n. 23883;

Cass. Pen., Sez. I, 26 gennaio 1993, n. 710;

Cass. Pen., Sez. I, 10 luglio 2013, n. 29481;

Cass. Pen., Sez. I, 26 novembre 2012, n. 45969;

Cass. Pen., Sez. IV, 29 settembre 2006, n. 32282, in www.altalex.com. Cass. Pen., 18 aprile 1977, in *Riv. Pen.*, 1977.

Cass. Pen., Sez. I, 14 novembre 1990;

Cass. Pen., Sez. I, 10 febbraio 1984, *Cass. Pen.*, 1985;

Cass. Pen., Sez. IV, 12 ottobre 1993, *Giust. Pen.*, 1994, parte II; Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 1262 del 1969;

Cass. Pen., 23 marzo 1965, in *Giur. It.*, 1966, parte II; Cass. Pen., Sez. V, 6 dicembre 1968, in *Cass. Pen.* 1970; Cass. Pen., Sez. I, 2 luglio 1963, in *Cass. Pen.*, 1963;

Cass. Pen., Sez. II, 1 febbraio 1958, in *Giust. Pen.* 1958, parte II; Cass. Pen., Sez. I, 5 novembre 2014, n. 51070;

Cass. Pen., Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 17923; Cass. Pen., Sez. I, 25 ottobre 2005, n.455425; Cass. Pen. Sez. I, 21 gennaio 1949, n. 72;

Cass. Pen., Sez. I, 7 febbraio 1969, n.185, in *Riv. It. Dir Proc. Pen*, 1971; Cass. Pen., 2 dicembre 1998, in *DPP* 2009;

Cass. Pen., Sez. I, 22 gennaio 1982, n. 1946; Cass. Pen. 2.12.2008, Tomaccio, in *DPP*, 2009;

Cass. Pen., sez. I, 1 agosto 2012, n. 31449, in *Arch. Pen.* 2013, fasc. 1; Corte d'Assise, Roma, Sez. I, 13 luglio 1948;

Cass.Pen., 12 gennaio 1945 in *Giust. Pen.* 1946, parte II; Cass 12 maggio 1954, in *Arch. Pen.*, 1952, parte II; Cass., 1 giugno 1949, in *Arch. Pen.*, 1949;

Cass. Pen. 2015, sent. n. 47177;

Cass. Pen., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 28802;
Cass. Pen., Sez. I, 8 marzo 2007, n. 16677;
Cass. Pen., Sez. I, 27 maggio 2010, n. 23221;
Cass. Pen., Sez. IV, 14 novembre 2013, n. 691; Corte d'assise di
Milano, 24 maggio 2006; Corte d'assise di Milano, 31 marzo
2009; Corte d'Appello di Salerno, 24 ottobre 2007; Corte
d'Assise di Milano, 3 marzo 2009;
Cass. Pen., 4 luglio 2006, in *Riv. Ital. di Dir. e Proc. Pen.*, 2006; Cass. Pen., sez. IV, 29
settembre 2006, n. 32282;
Cass. Pen. sez. I, 23 marzo 2007, n. 12466.