

INDICE

ABSTRACT	5
CAPITOLO I.....	7
IL MOSAICO DELLA LEGITTIMA DIFESA	7
1. <i>L'istituto.</i>	7
2. <i>La ricerca delle basi.</i>	10
3. <i>Il duplice fondamento della legittima difesa.</i>	11
4. <i>Conseguenze dell'opzione sulla ratio: i limiti.</i>	16
5. <i>Il dato legislativo.</i>	21
6. <i>Le nuove problematiche post novella 2006</i>	27
7. <i>Prospettive internazionali e comunitarie.</i>	34
CAPITOLO II	39
LE SOLUZIONI CONCRETE	39
1.1. <i>La Germania e la Notwehr.</i>	39
1.2. <i>L'inizio dell'aggressione ed il tentativo punibile.</i>	41
1.3. <i>La difesa preventiva.</i>	46
1.4. <i>La difesa ed i suoi limiti: premessa.</i>	49

<i>1.5. Le ragioni dei limiti al diritto di difesa.</i>	51
<i>1.6. Il recupero della proporzione e l'art. 2 C.E.D.U.</i>	53
<i>1.7. Le altre limitazioni etico-sociali al diritto di difesa.</i>	57
<i>1.8. Le ipotesi di eccesso.</i>	63
<i>2.1. La Spagna e la legittima difesa.</i>	67
<i>2.2. L'aggressione e la sua attualità.</i>	70
<i>2.3. La reazione difensiva e la sua necessità.</i>	74
<i>2.4. La difesa incompleta.</i>	78
<i>3.1. Il còde penal francese: la difesa della persona.</i>	80
<i>3.2. La proporzione nella difesa della persona.</i>	83
<i>3.3. La difesa dei beni patrimoniali.</i>	85
<i>3.4. La legittima difesa presunta.</i>	88
<i>4.1. Il sistema della legittima difesa nella common law.</i>	92
<i>4.2. Il presupposto della reazione difensiva e l'imminenza del pericolo.</i>	95
<i>4.3. Profili problematici in tema di minaccia imminente.</i>	99
<i>4.4. I limiti della reazione difensiva.</i>	101
<i>4.5. Il recente intervento legislativo ed il concetto di "ragionevolezza".</i>	107
<i>5.1. Il diritto penale internazionale.</i>	113
<i>5.2. La reazione difensiva: ragionevolezza e proporzione.</i>	116
<i>5.3. Il diritto alla vita nell'art. 2 della C.E.D.U.</i>	121

CAPITOLO III	127
LA DIFESA LEGITTIMA IN ITALIA	127
1. <i>L'art. 52 c.p. prima della riforma del 2006: l'aggressione</i>	127
2. <i>Questioni in tema di pericolo e di attualità</i>	132
3. <i>La proporzione fino alla l. n. 59 del 2006</i>	142
4. <i>La proporzione ed i casi limite della legittima difesa</i>	146
5. <i>La “nuova” legittima difesa post l. n. 59 del 2006</i>	148
6. <i>La nuova situazione offensiva</i>	153
7. <i>Alcune note comparatistiche</i>	161
8. <i>La reazione difensiva nell'ipotesi di cui all'art. 52, co. II c.p.</i>	163
9. <i>La presunzione di proporzionalità</i>	168
CAPITOLO IV	175
CONCLUSIONI.....	175
1. <i>La reale portata della riforma</i>	175
2. <i>La difesa eccessiva</i>	181
3. <i>Considerazioni conclusive</i>	185
BIBLIOGRAFIA.....	193

ABSTRACT

La legittima difesa in Europa e in Italia dopo la l. n. 59 del 13 febbraio 2006

La tesi si propone di definire con chiarezza i limiti legali della legittima difesa, individuati nell'attualità del pericolo e nella proporzione della reazione, specialmente dopo che la l. n. 59 del 13 febbraio 2006 ha modificato l'art. 52 c.p. introducendo due nuovi commi relativi alle ipotesi di aggressioni domiciliari, per le quali viene apparentemente ampliata l'area di legittima reazione.

Sulla base di un preventivo chiarimento dei fondamenti logici e giuridici dell'istituto della legittima difesa, e quindi dei due limiti in parola, si procede ad una approfondita analisi comparata di alcuni importanti ordinamenti della famiglia romano-germanica (Germania, Francia, Spagna) nonché del sistema inglese, onde verificare se ed in che modo le tematiche dell'attualità e della proporzione siano ivi conosciute, affrontate e risolte. Analogamente il tema dei limiti della legittima difesa viene studiato anche con riferimento alla C.E.D.U. ed allo Statuto della Corte Penale Internazionale. Emerge quindi una certa costanza, in tutti questi sistemi, circa l'individuazione dei due limiti in parola e circa il loro significato, soprattutto sul piano pratico al di là di apparenti diversità dommatiche. Viene poi presa in considerazione la situazione italiana, analizzando l'intervento riformatore del 2006 e chiarendone con precisione i contenuti ed il significato; si opera un confronto con le esperienze straniere alla luce del quale si formula un giudizio in ordine alla effettiva portata della riforma ed alla qualità dei suoi risultati. Si evidenzia quindi la portata invero modesta della novella, in grado di consentire solo un contenuto ampliamento delle facoltà difensive nei casi di aggressioni domiciliari, sia tramite un apertamente perseguito allargamento del limite della proporzione, sia tramite l'anticipazione della soglia di legittimità della reazione. Si conclude formulando l'auspicio di una futura migliore collocazione e formulazione della norma, sulla falsariga delle esperienze francesi o tedesche, pur riconoscendo la legittimità e l'opportunità di un intervento ampliativo delle facoltà di reazione nei casi di aggressione domiciliare.

*** **

Self Defence in Europe and Italy after law n. 59 of February 13th , 2006.

The dissertation's purpose is to settle clearly the legal limits of self defence, as individuated in the imminence of danger and in the proportionality of reaction, especially after law n. 59 of February, 13th, 2006 changed art. 52 c.p. by the introduction of two new commas regarding the cases of in home aggressions, seemingly widening the space for lawfully reactions.

Basing itself on the previous explanation of self defence's logical and juridical fundamentals, and so of its two above mentioned limits, the research carries on a comparative thoroughly studying of some important legal systems belonging to the roman-germanic family (Germany, France, Spain) as well of the English one, meaning by this way to verify whether imminence's and proportionality's themes are acknowledged, dealt and decided, and how. Similarly, self defence's theme is also studied referring to the E.H.R.C. and to the I.C.C. Statute.

A kind of constancy about the above mentioned limits and their meaning, especially on the practical side and beyond the appearance of dogmatic differences, is standing out after this research.

After that, the Italian situation comes in mind, by analyzing the reforming 2006 intervention and clarifying its contents and meaning; the comparison between Italian and foreign experiences brings to a judgment on the real reform's range and on the quality of its resulting effects. The new law's poor result, which brings only to a small widening of the defensive faculties in case of in home aggressions, is highlighted, as this result comes from an openly pursued widening of the proportionality limit and from the anticipation of the lawful reaction's threshold. Finally, looking at the French or German experience, the wish is about a future better placement and formulation of the law, although the recognition of the legitimacy and opportuneness of an enlargement of the reaction's faculties in cases of in home aggressions.

CAPITOLO I

IL MOSAICO DELLA LEGITTIMA DIFESA

1. L'istituto.

Apparentemente, nessuno può dubitare del fatto che chiunque, aggredito da una terza persona intenzionata a privarlo della vita o delle sue cose più care si difenda ledendo l'aggressore, si comporti correttamente. In altre parole, la bontà della scelta di chi, ingiustamente aggredito, per difendersi abbia in qualche modo offeso il proprio aggressore, è da tutti immediatamente apprezzata e riconosciuta.

La legittima difesa altro non è che lo strumento giuridico con il quale questa condivisa approvazione per la scelta e la condotta dell'aggredito viene riconosciuta dall'ordinamento, consentendo al difensore di vedersi sottoposto ad un trattamento affatto diverso da quello cui andrebbe normalmente incontro chi avesse a compiere le stesse azioni, ma in circostanze differenti.

Lo schema concreto dell'istituto in commento è invero quello di un conflitto fra due individui, uno dei quali si vede ingiustamente aggredito dall'altro: per evitare di vedere compromessa la propria sfera giuridica, l'aggredito ha davanti a sé, come unica opzione praticabile, quella di offendere l'aggressore finché la sua aggressione non si arresti.

Si badi che codesto conflitto si presenta come fortemente drammatico: ad una violenza contro una persona, viene contrapposta un'ulteriore

violenza. Come dice l'antico brocardo: «*vim vi repellere licet*», e la *vis* è forza, violenza, coazione nell'attacco ma anche nella difesa impiegata contro quest'ultimo¹. Non deve infatti trascurarsi un dettaglio assai importante: il difensore, per proteggersi, compie un'azione che normalmente non è accettata né tollerata dall'ordinamento, dalla comunità cui appartiene. Pensiamo al caso di chi, per sottrarsi all'altrui violenza sessuale, uccida il proprio aggressore; ovvero all'ipotesi in cui, onde evitare di vedersi sottratta la borsa dallo scippatore, la donna aggredita lo accechi impiegando l'apposita bomboletta di gas urticante; si rammenti infine il caso del contadino che, per evitare ulteriori furti dal proprio pollaio, si apposti nottetempo e, colto il "rubagalline" sul fatto, lo minacci e magari anche lo percuota: in tutti questi casi la condotta considerata, che verrà poi regolata dall'istituto della difesa legittima, consiste di volta in volta nell'uccidere, nel cagionare gravi lesioni, nel minacciare o anche nel percuotere un'altra persona. Normalmente simili condotte danno

¹ Bene illustra questa caratteristica della legittima difesa SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa. Un'indagine comparata*, Padova, 2003, 4. La stessa A. evidenzia pure come due siano i paradigmi tipici del conflitto interindividuale su cui si innesta l'istituto: il primo dello scontro in campo aperto fra due avversari in condizioni di tendenziale parità, secondo uno schema c.d. "del duello". L'esempio è quello dello scontro fra Clodio e Milone, ed i rispettivi sostenitori, lungo la via Appia, all'esito del quale Clodio viene ucciso da Milone: Cicerone tenterà - invano - di ottenere l'assoluzione di Milone invocando per lui il diritto di offendere onde salvare se stesso, essendosi egli trovato nella drammatica alternativa di *perire* o di *occidere* (CICERONE, *Pro Milone*, IV, 10 e ss.). Il secondo schema tipico della legittima difesa è inecce quello del *fur nocturnus*, ovvero sia dell'intruso che nottetempo entri in casa altrui e venga ivi colto dal padrone di casa. Le XII Tavole al proposito disponevano: « *Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caeso esto; luci, se telo defendit, endoque plorato* ». Si tratta di un'ipotesi totalmente diversa dallo scontro in campo aperto fra due avversari fra loro paragonabili: qui vi è un'intrusione clandestina nella sfera di massima intimità delle persone, in cui la vittima viene colta nel sonno o comunque in condizioni di assoluta impreparazione allo scontro; vi è quindi un fortissimo squilibrio fra aggressore e aggredito. In tal caso, quindi, il diritto romano concedeva all'ingiustamente aggredito una tutela maggiore, introducendo una presunzione per la quale l'intrusione con le suddette caratteristiche reca in sé il fondato timore di degenerare in un'aggressione contro la vita del padrone di casa e della sua famiglia: di notte è pertanto lecito uccidere il ladro scoperto in casa, senza ulteriori limiti; di giorno, invece, tale uccisione sarà consentita se il ladro resista con armi e se l'aggredito abbia inutilmente invocato aiuto (SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 15 e ss.).

corso ad una risposta repressiva dell'ordinamento, che formula nei loro riguardi un giudizio di severa disapprovazione, punendole infatti con l'*extrema ratio* della sanzione penale. Nelle ipotesi ora delineate però, l'atteggiamento del sistema giuridico è diverso: c'è qui qualcosa che impone una modificazione del giudizio e della conseguente reazione dell'ordinamento; il buon senso - prima ancora della legge - porta a ritenere necessario un diverso regolamento di condotte di per sé astrattamente identiche ma, concretamente, profondamente diverse. La legittima difesa è la variabile che muta la risposta che l'ordinamento dà a codeste condotte, e ciò avviene in ragione delle peculiarità del caso. Tali peculiarità risiedono nel particolare rapporto che intercorre tra l'aggressione ingiusta e la reazione dell'agredito: quest'ultima infatti si presenta rispetto alla prima anzitutto come idonea, poi come necessaria.

L'idoneità della reazione sta a significare l'attitudine di questa a rispondere all'aggressione, ponendone nel nulla gli effetti o quantomeno limitandoli nella massima misura possibile. La reazione è cioè in grado di evitare all'agredito di subire il pregiudizio che l'aggressione gli cagionerebbe, se non ostacolata; il mezzo in grado di proteggere l'agredito è l'aggressione dell'aggressore.

La necessità si pone su di un piano ulteriore: invero, l'offesa dell'aggressore deve essere oltre che idonea, anche indispensabile. Si intende con ciò che l'agredito non ha a disposizione altri strumenti per evitare l'offesa, trovandosi quindi egli nell'alternativa di subire un pregiudizio o di cagionarlo all'aggressore. L'agredito ha bisogno di offendere l'aggressore, vi è costretto, onde evitare di subire l'offesa

cui quest'ultimo, con la sua prima ingiusta aggressione, lo sta esponendo.

Alla base della legittima difesa, vi è quindi l'esigenza di garantire un diverso trattamento giuridico a situazioni giuridicamente rilevanti tra loro differenti, attribuendo l'opportuno rilievo al rapporto che intercorre, in certi casi e non in altri, tra la condotta del difensore e quella dell'aggressore.

Questa esigenza viene soddisfatta introducendo una disciplina più favorevole per chi abbia agito in situazioni di legittima difesa, rispetto a chi invece abbia agito fuori da quest'ambito².

2. La ricerca delle basi.

La domanda cui si deve innanzitutto dare una risposta riguarda la ragione per la quale il difensore ha diritto ad un diverso (e più favorevole) trattamento, rispetto a chi compia le sue stesse azioni in circostanze diverse. Per quali ragioni e su quali basi e presupposti una difesa venga giudicata legittima, è questione primaria rispetto ad ogni altra, nonché determinante il modo in cui l'istituto giuridico corrispondente verrà di volta in volta regolato.

² Nel tempo e nello spazio, nelle epoche e negli ordinamenti, è incredibilmente variegato il panorama delle concrete risposte fornite a questa esigenza, potendosi passare da ordinamenti fortemente restrittivi ad altri ben più permissivi. La legittima difesa può assumere allora la natura di circostanza attenuante o di scriminante, vuoi scusante vuoi giustificante, ed il relativo *onus probandi* può essere disciplinato sì da gravare in capo a chi la invochi o a chi invece la voglia escludere, e può essere spesso assistito da varie presunzioni, anch'esse graduabili da relative ad assolute; vi è poi chi ritiene sufficiente l'oggettiva sussistenza dei requisiti dell'istituto, e chi invece richiede anche un certo *animus defendendi* in capo all'agente. Nel presente lavoro si tenterà di esporre una panoramica delle soluzioni più significative attualmente esistenti, evidenziando ognuno dei suddetti aspetti: si veda *ultra*, cap. II e III.

D'altro canto, solo essendo ben consapevoli dell'essenza e della *ratio* dell'istituto, se ne possono evitare applicazioni ed interpretazioni aberranti ed ultronee rispetto all'esigenza di *unicuique suum tribuere* cui, come visto, anche la legittima difesa infine risponde.

Lo schema poc'anzi delineato lascia intuire che il problema principale in tema di legittima difesa è rappresentato dai limiti entro i quali la sua efficacia può venire riconosciuta: trattandosi di un istituto che, quantomeno nel comune buon senso, incontra un'unanime approvazione sul piano dell'*an*, le questioni più difficili e controverse che esso pone attengono al successivo profilo del *quandum*. Quando una reazione è necessaria? Quando essa è idonea? Quando una reazione non è più tale, ma si tramuta in vendetta od invece, più correttamente, va inquadrata quale autonoma aggressione?

Le risposte possono essere - e sono - le più varie, ma la loro legittimità si fonda sulla loro logica coerenza con le premesse fondanti dell'istituto e con le sue finalità. Come si vedrà, il problema dei confini della legittima difesa rimanda in modo ineludibile al problema del suo fondamento³.

3. Il duplice fondamento della legittima difesa.

Nel nostro Paese la discussione in ordine al fondamento della legittima difesa è segnata da una pluralità di posizioni, in ordine alle quali la dottrina più accorta e recente ha tentato una soluzione di

³ RONCO, voce *Legittima difesa*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV agg., Milano, 2009, 641.

sintesi, preoccupandosi di conciliare fra loro le elaborazioni più valide, quasi come se esse da sole non fossero in grado di cogliere la piena essenza dell'istituto⁴. Le varie elaborazioni sull'argomento individuano sempre il fondamento in parola o su di un diritto, privato o pubblico, o a volte su di un dovere⁵: ciascuna ha comunque offerto

⁴ Oramai abbandonata l'idea di trovare un unico fondamento comune per tutte le scriminanti, si è preso atto di come ciascuna di esse nasca da esigenze proprie e risponda quindi a finalità particolari, che possono a volte essere simili pur però senza dare spazio ad una unica chiave interpretativa. La *reductio ad unum* si è rivelata obiettivo irraggiungibile, a fronte delle insormontabili particolarità delle singole fattispecie. Nell'intento di fornire comunque una chiave interpretativa quanto più possibile uniforme del fondamento delle scriminanti, si è parlato anche dello schema dell'"interesse mancante, prevalente od equivalente". Posto che le scriminanti risolvono conflitti fra interessi contrapposti, nel caso del consenso dell'avente diritto, viene meno per esso uno dei due termini del conflitto; nel caso della legittima difesa, dell'esercizio del diritto o dell'adempimento del dovere e dell'uso legittimo delle armi, invece, è la legge che individua a priori la prevalenza di un interesse rispetto all'altro; nel caso infine dello stato di necessità, a fronte dell'equivalenza dei due interessi contrapposti l'ordinamento non esprimerebbe alcuna preferenza, mantenendo un atteggiamento di fatale disinteresse, limitandosi quasi ad una presa d'atto del sacrificio di uno dei due diritti in conflitto. Si è però osservato, giustamente, che tale teoria può spiegare il funzionamento delle scriminanti, ma non il loro fondamento (riprendono la teoria dell'interesse mancante o prevalente: MANTOVANI, *Diritto Penale, parte generale*, Padova, 2009, pag. 253; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, 521; prima ancora tale schema è richiamato da GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, 303 e ss.; ne evidenziano per contro la non rilevanza sotto il profilo del fondamento: PADOVANI, voce *Difesa legittima*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989, 497; SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 74).

⁵ Nel nostro ordinamento è indiscusso che la legittima difesa sia una causa di giustificazione, operante sul piano dell'antigiuridicità: ciò comporta che molte teorie formulate in passato e classificate come "soggettive" non possano trovare accoglimento, se non ai limitati fini della valutazione degli eccessi nella difesa, momento successivo a quello della (positiva) valutazione in punto antigiuridicità. Infatti, tali prime riflessioni soggettive finivano inevitabilmente per collocare la difesa legittima sul piano della colpevolezza, come istituto che al ricorrere di determinati presupposti ne comportava l'esclusione. ALTAVILLA, voce *Difesa legittima*, in *Nov. Dig. It.*, V, Torino, 1968, 620 e ss., raggruppa nell'insieme delle teorie soggettive quella "della coazione morale", quella "della mancanza di imputabilità" e quella "dei motivi determinanti". La prima afferma che l'agredito non può determinarsi in modo diverso a causa dello sconvolgimento in cui l'ingiusta aggressione lo getta, così dovendosene escludere ogni addebito di responsabilità, ovvero non potendosi nei suoi confronti formulare un giudizio di colpevolezza; la seconda, sulla stessa base, afferma però che ne risulta esclusa l'imputabilità e non la responsabilità; la terza infine, ricollegandosi al pensiero della scuola positiva, sostiene che i motivi che spingono ad agire l'agredito sono motivi conformi alla legge, e quindi il suo agire è a propria volta conforme al diritto: *feci, sed iure feci*. Si badi bene: la conformità al diritto è qui attribuito della volontà dell'agente e quindi attiene alla sfera che oggi chiameremmo del dolo, non è invece connotato oggettivo di una certa azione che ne esclude in radice l'antigiuridicità; è la liceità dello scopo perseguito che rende lecita l'azione compiuta. Nel diverso gruppo delle teorie oggettive vengono elencate svariate teorie, alcune delle quali (come quella della retribuzione o del sacrificio del bene meno importante), somigliano molto a quelle ricordate *retro* dell'interesse prevalente ed indifferente. Le altre, con varie sfumature, partono tutte dal presupposto che ogni individuo abbia il diritto di provvedere alla propria difesa: tale diritto è per alcune originario e quindi individuale,

una propria soluzione al quesito, esponendosi di volta in volta a critiche ed apprezzamenti, senza che mai si sia giunti all'accordo sull'una o sull'altra posizione.

Nel dialettico confronto tra i vari orientamenti, la linea interpretativa che appare oggi come la più convincente individua, per la legittima difesa, un duplice fondamento: da un lato di matrice privatistica, dall'altro di origine pubblicistica. Si tratta, invero, di un'elaborazione che ha il pregio di riprendere i due filoni più ricorrenti negli studi in argomento, e di conciliarli in una costruzione in grado di superare le obiezioni che, invece, vengono mosse a ciascuna delle singole teorie individualmente presa.

I due poli fondanti della difesa legittima sono quindi l'autotutela privata e la tutela pubblica, nel senso che si dirà.

Il richiamo all'autotutela privata consiste nell'idea per la quale nessun uomo può essere obbligato a rinunciare alla propria conservazione: è questo il diritto all'autotutela individuale, il diritto di ogni uomo a respingere gli attacchi che siano a lui diretti, e costituisce il primo fondamento dell'istituto di cui all'art. 52 c.p.⁶

per altre statuale e quindi di matrice pubblicistica. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1985, II, 379, ritiene che con l'art. 52 c.p. lo Stato abbia inteso concedere ai privati una delega eventuale e condizionata all'esercizio della pubblica potestà di polizia, di talché il privato che agisce in difesa ex art. 52 viene ad esercitare una pubblica funzione, finendo quindi per essere un "pubblico ufficiale temporaneo".

⁶ Ancora nel secolo XIX, CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Bologna, 1993, 198 e ss., affermava che la legittima difesa si fonda sulla cessazione del diritto a punire della società: essendo infatti la difesa pubblica sussidiaria a quella privata, « *bisogna per forza logica dedurre che quando la difesa privata poté essere efficace, mentre era inefficace la difesa pubblica, quella ha ripreso il suo diritto e questa lo ha perduto* ». In altre parole, sebbene il C. riconosca che il meccanismo della legittima difesa opera secondo lo schema della perturbazione dell'animo dell'agredito e quindi sul piano della sua volontà, ciò nonostante ammette anch'egli il fondamentale ed innato diritto di ciascuno alla propria autoconservazione, come precedente e preesistente all'ordinamento ed ai pubblici poteri.

In effetti, questo meccanismo presuppone comunque un riconoscimento, da parte dell'ordinamento, di quei "beni" per i quali l'autotutela privata è accettata: certo, l'ordinamento non può ammettere l'autotutela di una situazione soggettiva priva di rilievo per lo stesso, giacché con ciò verrebbe a negare la propria stessa effettività, ammettendo che vi è un "qualcosa d'altro" in grado di prevalere sulle proprie statuizioni di liceità ed illiceità. A tacere poi della non meno rilevante aporia logica e sistematica cui darebbe luogo il riconoscimento di un diritto cui non si accompagni il riconoscimento della legittimità della sua difesa da parte del titolare, quando versi in pericolo imminente: affermare l'esistenza di un diritto in capo ad una persona, e poi ammettere che altri possa offendere tale diritto senza che il suo titolare vi si possa opporre, è un'evidente contraddizione. L'autotutela che fonda la legittima difesa è allora il portato, la conseguenza necessaria ed inevitabile del riconoscimento di un diritto in capo ad un individuo: in altre parole, il fondamento primo della legittima difesa affonda le proprie radici nel fatto stesso che l'uomo è titolare, ha, certi diritti in difesa dei quali quindi potrà agire legittimamente, senza incorrere in sanzioni. Con ogni evidenza, affermando la primazia della persona umana e sancendone tutta una serie di innati diritti fondamentali, i quali competono ad un individuo in quanto essere umano, e che pertanto l'ordinamento giuridico deve - né può esimersi dal farlo - riconoscere e tutelare, si afferma anche che è innata in ogni persona la legittima facoltà di proteggere da sé tutti quei beni dei quali è titolare quando essi siano in pericolo, e che nemmeno tale facoltà l'ordinamento può non riconoscere o negare.

La conclusione cui si giunge è assai significativa: la prima *ratio* della legittima difesa ha natura privatistica, ovverosia individuale, trattandosi non di una facoltà attribuita dalla potestà statale, bensì di un diritto ad essa preesistente e da essa innegabile⁷.

Il secondo pilastro che regge l'edificio di cui si parla è, per contro, di natura pubblicistica: lo si può trovare nell'ordinamento positivo, nel campo quindi della pubblica potestà, quasi a controbilanciare il primo od anzi a completarlo. Si tratta invero della considerazione per la quale la legittima difesa è anche uno strumento di tutela dell'ordinamento, oltreché del singolo aggredito: precisamente, dobbiamo ricordare che alla base della legittima difesa vi è una ingiusta aggressione, una rottura dell'ordinamento con cui un altro soggetto vede compromesse quelle situazioni soggettive giuridicamente rilevanti che, appunto, l'ordinamento giuridico riconosce e tutela. L'aggressore, con la sua azione, si pone contro il singolo individuo che attacca, ma anche contro l'intero ordinamento giuridico che non vuole che questi attacchi avvengano, in quanto riconosce un determinato diritto in capo ai suoi soggetti. Chi aggredisce l'altrui proprietà, ad esempio commettendo un furto, non offende solo il proprietario possessore ma anche il sistema che riconosce e tutela la proprietà, che ne disciplina l'esercizio ed i modi

⁷ Come spiega uno dei più acuti alfieri di questa teoria: « *La difesa legittima si rivela quindi istituito dal fondamento originario autonomo, rispetto al contenuto dei poteri coercitivi pubblici* » (PADOVANI, voce *Difesa Legittima*, cit., 498). Se la vita, l'incolumità e la 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.

di acquisto e trasferimento: l'offesa è quindi duplice, privata e pubblica.

La legittima reazione difensiva costituisce quindi anche il modo per reintegrare l'ordinamento violato, per ripristinare il Diritto contro il Torto, per riaffermare la vigenza della legge contro chi la calpesta.

Questa seconda funzione che la difesa ex art. 52 c.p. svolge ne integra il fondamento sotto il profilo pubblicistico, attribuendole inoltre un significato positivo per l'intero ordinamento, che quindi non si limita - *quasi coactus* - a riconoscere il diritto di autotutela privata, ma se ne appropria ritenendolo compatibile ed utile ai propri fini, primo fra tutti quello della "lotta contro l'illecito"⁸.

4. Conseguenze dell'opzione sulla ratio: i limiti.

La primaria funzione di autotutela della legittima difesa porta con sé un importante limite intrinseco all'istituto: l'esigenza di difendere un diritto presuppone che esso sia in pericolo, ne sia imminente la lesione. In altri termini, il pericolo di ingiusta offesa deve essere attuale: diversamente non si tratterebbe di difesa, mancando anche un'effettiva aggressione.

Primo limite intrinseco della legittima difesa è pertanto quello dell'attualità: attualità del pericolo cui si reagisce, ché una difesa

⁸ Primo ad intuire questa ulteriore funzione dell'istituto, di riaffermazione dell'ordinamento violato, fu JHERING, *La lotta per il diritto*, trad. it. Milano, 1989, pag. 62 e ss: « ciascuno nel diritto proprio difende il Diritto. Difende anzi l'ordinamento della vita socievole. E coopera in fondo all'attuazione dell'idea del diritto », idea fondamentale che è quella per cui « *das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen* » (il Diritto non deve cedere al Torto).

senza offesa attuale viene a vedersi snaturata in vendetta od in aggressione.

Inoltre, come già detto, in quanto autotutela privata, la legittima difesa di un diritto implica necessariamente che tale diritto sia riconosciuto dall'ordinamento. Il ragionamento è passibile anche di venire rovesciato, evidenziando un altro limite della scriminante: essa infatti può esplicarsi solamente in relazione a posizioni soggettive giuridicamente rilevanti, in quanto riconosciute e tutelate dall'ordinamento giuridico. Possiamo precisare che, tra queste, alcune sono preesistenti all'ordinamento medesimo, in quanto inerenti alla persona umana come tale e non come cittadino o soggetto ordinamentale: il diritto alla vita, all'integrità fisica, alla libertà personale, sono tra i più eclatanti esempi di diritti umani fondamentali, per i quali nessuno dubita si possa agire sotto lo scudo dell'art. 52 c.p., ed in ordine alle quali tale norma si limita, in sostanza, ad una necessaria "presa d'atto". Altre situazioni, pure importanti ma in posizione più arretrata rispetto alle precedenti, potranno trovare tutela in quanto invece riconosciute, o anche "create" dall'ordinamento con una propria opzione legislativa esercitata in sede *de jure condendo*: il primo tema che viene alla mente è quello del diritto di proprietà, che trova variegata tutela nei vari ordinamenti. Nel nostro sistema, alla luce del dettato costituzionale (artt. 42, 43, 44 Cost.), la proprietà è sicuramente un diritto riconosciuto dall'ordinamento e, pertanto, legittimamente tutelabile ex art. 52 c.p. Il principio generale che si vuole evidenziare è il seguente: legittimamente difendibili sono, soltanto ma anche necessariamente, tutti quei "diritti" che

l'ordinamento riconosce e tutela, con la precisazione che i diritti umani fondamentali, in quanto universali, potrebbero tutelarsi anche in quell'ordinamento che, per ipotesi, avesse a negarli.

La conseguenza è di non poco momento, sol che si pensi al tema della difesa dei beni materiali: se anche la proprietà può essere legittimamente auto-difesa, giacchè la proprietà è un diritto (costituzionalmente) riconosciuto e protetto dall'ordinamento, allora ciò significa che si può offendere l'aggressore per tutelare un proprio bene materiale.

Fin qui, si può dire, sembra essere legittima l'uccisione a fucilate del ladro di pesche dall'albero, effettuata dal proprietario derubato: emerge allora imperiosa, alla coscienza individuale e giuridica di ognuno, l'inammissibilità di simili estremi e, quindi, la necessità di limitare in qualche modo la facoltà di reazione, pur riconosciuta anche a fronte del furto di una pesca dall'albero. Le radici del limite della proporzione sono qui: se tutti i diritti sono difendibili, occorre comunque che questa loro difesa non venga a stravolgere la gerarchia di valori che a tali diritti lo stesso ordinamento ha attribuito; occorre evitare che la legge, a fronte di una sua prima violazione venga, contraddittoriamente, ad ammettere in propria difesa un suo ulteriore sovvertimento.

Di immediata evidenza è che questa esigenza trova la propria giustificazione logica non nel primo pilastro della difesa legittima, quello individuale privatistico che, per contro, di per sé solo legittimerebbe qualsivoglia reazione con l'unico limite della sua efficacia difensiva, bensì nel secondo di stampo pubblicistico: se la

legittima difesa è uno strumento per reintegrare il Diritto violato, essa non può svolgersi in modo tale da realizzare un'ulteriore lesione del Diritto, ammettendo uno stravolgimento del rapporto gerarchico che l'ordinamento ha dato ai diritti ed ai valori che ha scelto di riconoscere. Il limite della proporzionalità della difesa rispetto all'offesa è quindi connaturato all'istituto in parola, rappresentando un corollario necessario della sua componente pubblicistica: oltre tale limite non vi è più spazio di difesa legittima, e la reazione sproporzionata non è più giustificata, potendo perciò fondare una risposta sanzionatoria dell'ordinamento.

D'altra parte, il rapporto tra l'autotutela privata e quella pubblica impone anch'esso alcune significative conseguenze. Va detto innanzitutto che, nel nostro sistema - ed in ogni moderno sistema democratico - l'uso della forza nei confronti delle persone è riservato alla Pubblica Autorità che, a propria volta, potrà esercitare tale facoltà solamente entro i limiti di legge. Il "monopolio statale dell'uso della forza" significa che ai privati non è consentito, nei loro rapporti, impiegare la violenza onde risolvere le proprie controversie ed affermare le proprie ragioni, mentre tale facoltà è riservata allo Stato, per i fini che gli sono propri e nei modi che la legge gli consente⁹.

Su queste basi, il rapporto tra autotutela privata e tutela pubblica non può che atteggiarsi in termini di sussidiarietà della prima alla seconda: in tanto un privato potrà usare la violenza nei confronti di un altro privato (che lo aggredisca), in quanto la tutela statale non sia in grado di intervenire utilmente, ovverosia in quanto la Pubblica

⁹ Ed infatti gli artt. 392 e 393 c.p. puniscono chi, al fine di esercitare un preteso diritto, adopera violenza sulle cose o sulle persone, potendo invece ricorrere al giudice.

Autorità non sia in grado di esercitare una tutela efficace, tempestiva ed adeguata del diritto aggredito. Il limite dell'attualità del pericolo, cui sia esposto l'aggredito, trova qui un'ulteriore giustificazione: se il pericolo non è attuale, se l'offesa non è imminente, allora colui che tema un pregiudizio per i propri diritti ben può rivolgersi all'ordinamento per assicurarne la piena tutela, utilizzando le opportune azioni civili e penali che a tal fine la legge ha predisposto.

La natura della legittima difesa impone quindi che siano sempre rispettati i due requisiti dell'attualità e della proporzionalità: se manca anche uno solo di essi, viene meno la ragione per la quale l'offesa cagionata dal "difensore" è giudicata, nel nostro ordinamento, non meritevole di pena¹⁰.

Sembra chiaro, a questo punto, che l'attualità è un limite per così dire "preventivo": il suo mancato rispetto comporta la negazione della

¹⁰ Anche sul piano della sistemazione dogmatica dell'istituto, l'opzione sulla *ratio* determina notevoli conseguenze. Così la radice pubblicistica, attribuendo pure per l'ordinamento giuridico valore positivo alla legittima difesa, in quanto è strumento di lotta contro l'illecito e di riaffermazione del Diritto, impone di riconoscere la natura giustificante della difesa stessa: la reazione difensiva è giustificata, è conforme a diritto poiché costituisce un atto di reazione all'illecito. Allora, il difensore che reagisca dovrà - salvo il rispetto dei limiti - andare esente da pena in quanto il suo comportamento è lecito: dal punto di vista della tripartizione, la condotta del difensore non è antigiuridica. Invero, una diversa opzione in chiave, ad es. esclusivamente privatistica, può facilmente dare luogo a conclusioni diverse: si pensi al caso in cui l'istinto di autoconservazione individuale venga inteso come operante sulla sfera soggettiva dell'agente, impedendo all'aggredito di determinarsi diversamente. In tal caso, si dice, l'aggredito non può non reagire offendendo l'aggressore, perché il proprio istinto di autoconservazione gli impedisce di agire altrimenti: è evidente che, in tal caso, la legittima difesa andrebbe ad operare non sul piano oggettivo dell'antigiuridicità bensì su quello della colpevolezza. La scriminante in parola sarebbe allora una scusante, in presenza della quale non sarebbe possibile formulare un giudizio di colpevolezza nei confronti dell'ingiusto aggredito. Così, seppur nel diverso caso dello stato di necessità, quando i beni in conflitto siano omogenei e di elevato rango, ad es. vita contro vita, certo non vi è giustificazione ma scusa: l'ordinamento non può ritenere giusto il sacrificio della vita di un terzo innocente, nemmeno per salvare un'altra vita; al più chi abbia ucciso altri per salvare sé stesso, come il naufrago che abbia sopraffatto l'altro per ottenere l'unico salvagente, potrà essere scusato perché un diverso comportamento era da lui inesigibile. Siamo ovviamente nel campo della colpevolezza, e quindi oltre il tema dell'antigiuridicità: non a caso il diritto tedesco prevede due distinte figure di stato di necessità, uno giustificante (quando i beni non sono di elevato rango ed omogenei) ed uno scusante.

stessa situazione di fatto su cui può poi insistere la legittima difesa. Se manca un'aggressione imminente, la reazione non è una difesa bensì un primo attacco oppure una vendetta di un vecchio torto. La proporzione è, a propria volta, un limite "successivo": la legittima reazione difensiva ad un attacco effettivamente imminente può esplicarsi, ma non può superare la linea dell'equilibrato rapporto fra le due. Se ipotizziamo che la condotta umana si svolga come una retta, l'attualità è il punto iniziale e la proporzione è il punto finale di un segmento di questa condotta, sul quale l'istituto in commento esplica il proprio effetto giustificante; prima e dopo questi due punti, l'agire umano non può giovare di tale intervento.

5. Il dato legislativo.

Il codice penale sardo del 1859 contemplava in due articoli di parte speciale una causa di esclusione dei reati di omicidio, ferite e percosse: l'art. 559 dettava la regola "generale"¹¹, mentre l'art. 560 disciplinava specificamente l'ipotesi di aggressione domestica notturna, o di furti e saccheggi con violenza alle persone. Il primo codice unitario, invece, si colloca "a metà del guado": accanto ad una innovativa previsione di parte generale, l'art. 49, si trova ancora una norma in parte speciale, all'art. 376. La prima stabiliva che: «*non è punibile colui che ha commesso il fatto [...] per esservi stato costretto*

¹¹ Tale norma infatti contempla le ipotesi di «*necessità attuale di legittima difesa di se stesso o di altri, od anche del pudore in atto di violento attentato*»: sebbene limitata ai soli delitti contro la vita e l'incolumità fisica, la regola ha comunque chiaramente individuato il presupposto essenziale della scriminante, ovvero il pericolo attuale di un'offesa ingiusta.

dalla necessità di respingere da sé o altri una violenza attuale e ingiusta. La norma di parte speciale, d'altro canto, manteneva l'esplicita previsione della non punibilità di chi avesse commesso fatti di violenza nei confronti di altri per difendere i propri beni patrimoniali, a fronte di aggressioni costituenti rapina estorsione ricatto o saccheggio, nonché di chi avesse agito onde respingere l'aggressione domestica notturna o anche diurna, se in luogo isolato e con fondato timore per la sicurezza personale degli inquilini.

L'istituto *de quo* finalmente, con il codice Zanardelli, veniva ammesso come causa scriminante per ogni reato, sul presupposto dell'esistenza di un pericolo attuale per il bene tutelato: anche alla luce delle riflessioni che faremo in merito alla recente riforma dell'art. 52 c.p., sarebbe però un giudizio superficiale quello di chi liquidasse l'art. 376 c.p. 1865 come un reperto tralatizio, dovendo invece ammettersi che, forse, il primo legislatore unitario intendeva garantire la massima protezione dei cittadini nei momenti di massimo e più intenso pericolo per i loro beni più importanti¹².

L'art. 52 c.p. (nella sua formulazione pre-riforma del 2006) porta a compimento l'evoluzione della legittima difesa, arrivando a formulare un precetto di parte generale, in grado di abbracciare ogni situazione di potenziale rilevanza, ed espressamente costruito sui due limiti

¹² È opportuno notare come già nell'art. 376 cit. la massima estensione del diritto di difesa fosse prevista per aggressioni che, pur se principalmente od originariamente dirette contro beni patrimoniali, avevano in realtà una fortissima carica di potenzialità offensiva anche per i beni personali della vita e dell'integrità fisica: i delitti di rapina, estorsione, ricatto o saccheggio sono in realtà aggressioni plurioffensive, che mettono in pericolo anche vita, integrità e libertà delle persone. L'intrusione domestica notturna è, fin dal diritto romano, intesa come situazione di massimo pericolo anche per la vita degli inquilini, a fronte della quale fin dalle XII tavole l'ordinamento ha normalmente reagito introducendo la presunzione di liceità dell'uccisione del *fur nocturnus*, mentre l'aggressione diurna viene comunque descritta con modalità tali da richiedere che sussista un concreto ed apprezzabile pericolo per i beni della vita e dell'incolumità dell'aggredito.

dell'attualità del pericolo e della proporzione fra difesa ed offesa: l'abbandono di formule "speciali" non può non significare che, per il legislatore del '30, la nuova norma è in grado di accogliere e soddisfare ogni esigenza legata alla tutela dei consociati dalle aggressioni reciproche, senza bisogno di appendici o corollari ulteriori¹³. L'attualità e la proporzione sono i limiti generali che l'istituto, altrettanto generale, della legittima difesa deve rispettare per esplicare la propria massima efficacia giustificante: se invece tali limiti vengono superati, ecco che la condotta del "difensore" si colora di anti giuridicità, venendo ritenuta illecita dall'ordinamento, come confermano l'art. 55 (eccesso colposo) e l'art. 59 c.p. (circostanze non conosciute o erroneamente supposte)¹⁴. Sebbene i limiti siano stati travalicati, e la difesa si sia quindi illegittimamente esplicata, il combinato disposto degli artt. 55 e 59 con l'art. 52 c.p. attribuisce a tale difesa "fuori dai limiti" efficacia scusante: infatti, solo se i limiti sono stati violati per colpa, l'agente ne risponderà - e sempre a

¹³ Invero, poco sensato è ritenere che il codice Rocco intendesse restringere la facoltà di difesa dei cittadini proprio in quei casi nei quali, come più volte detto, massima è l'esigenza di pronta ed efficace difesa, perché massima è sia l'intensità sia l'imminenza del pericolo.

¹⁴ L'art. 55 è certo più consona a quei casi nei quali l'agente venga a porre in essere una reazione sproporzionata rispetto all'offesa, ovvero sia i casi in cui il limite travalicato sia quello della proporzione. Invero, l'art. 59, co. IV c.p., meglio si presta a disciplinare le fattispecie nelle quali l'agente abbia agito nell'erronea convinzione dell'esposizione a pericolo da parte di un ipotetico aggressore: in tal caso egli agisce in risposta ad un pericolo che in realtà non è attuale, e così il mancato rispetto del limite dell'attualità si traduce nell'inesistenza della scriminante stessa. Come detto, infatti, se manca il pericolo attuale non esiste la stessa situazione di fatto presupposta dalla legittima difesa; se invece si reagisce in maniera smodata rispetto al pericolo evitando, ed effettivamente esistente, allora si agisce su di una base legittima che poi viene superata. Nel primo caso il "difensore" potrà sostenere di aver agito nell'erronea convinzione dell'esistenza della scriminante in commento, secondo il disposto dell'art. 59, co. IV c.p. (legittima difesa c.d. "putativa"); il suo errore però, se colpevole, non lo scuserà. Nel secondo caso invece egli potrà dire di aver erroneamente sorpassato i limiti del lecito, secondo il disposto ex art. 55 c.p. (eccesso colposo); le conseguenze saranno poi identiche, ovvero sia vi sarà responsabilità per colpa, se l'errore fu colposo e se il fatto è previsto dalla legge anche come reato colposo. In caso di doloso eccesso, o di consapevole assenza di attuale pericolo, evidentemente - ferma l'inesistenza della legittima difesa - non si parla più di rilevanza di un errore, bensì di responsabilità a titolo di dolo per il reato di volta in volta commesso.

condizione che il fatto sia previsto dalla legge come reato colposo -, altrimenti il "difensore" incolpevolmente smodato potrà andare esente da qualsivoglia conseguenza sul piano penale.

Un rapido esame degli ordinamenti europei conferma quanto fin qui siamo andati dicendo: in Francia, il nuovo codice penale, vigente dal 1994, all'art. 122-5 detta la disposizione generale in tema di *légitime défense*, e stabilisce che non è punibile chi abbia commesso un atto dettato dalla necessità della legittima difesa propria od altrui nel momento in cui si trovava esposto ad un'aggressione ingiusta, salvo che vi sia sproporzione tra i mezzi di difesa impiegati e la gravità dell'attacco¹⁵. La reazione deve essere posta in essere nel momento in cui si è esposti al pericolo: ovverosia, la presenza di un'attuale ed imminente minaccia è il primo requisito posto dalla norma; la reazione poi deve esplicarsi con modalità tali da non risultare sproporzionata rispetto all'aggressione fronteggiata: ovverosia, la difesa deve essere proporzionata all'offesa¹⁶.

Nel codice penale tedesco, il § 32 prevede che legittima è la difesa necessaria a respingere, da sé o da altri, un attacco presente. A

¹⁵ Il codice francese detta due distinte norme per la difesa di beni personali (che è quella ora riportata) e per i beni patrimoniali: quest'ultima fa riferimento alla necessità di interrompere la commissione di un reato contro un bene, ed alla proporzionalità fra mezzi difensivi e gravità dell'infrazione: ancora una volta, i due limiti sono l'attualità (è in corso un reato contro un bene non personale) e la proporzionalità.

¹⁶ Il successivo art. 122-6 detta un'importante regola, per la quale "è presunto" che abbia agito in stato di legittima difesa chi abbia commesso l'atto per respingere, nottetempo, l'ingresso violento, fraudolento o clandestino in un luogo abitato, ovvero per difendersi da autori di furti o saccheggi eseguiti con violenza. La presunzione è solo relativa e, come i nuovi co. II e III dell'art. 52 c.p. (che al *còde* invero si sono almeno in parte ispirati), non elimina il limite della proporzione dalla legittima difesa, ammettendo comunque prova contraria ed essendo finalizzata a garantire una protezione rinforzata ai consociati in determinate situazioni, dove massima ne è l'esigenza (MERLE, VITU, *Traité de Droit Criminel*, I, Parigi, 1997, pag. 585). Come più volte detto, fin dal *fur nocturnus* delle XII tavole, nei casi consimili il Legislatore riconosce che sussista un grave ed imminente pericolo anche per la vita ed incolumità degli abitanti del domicilio violato: allora la proporzione è conservata, in quanto la difesa è diretta non solo a proteggere i beni patrimoniali, ma anche la vita e l'incolumità degli aggrediti (SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 17).

dispetto dell'apparente mancanza del requisito della proporzione, anche per lo St.G.B. la reazione difensiva non può essere smodata rispetto all'offesa: dottrina e giurisprudenza tedesche hanno ormai da anni valorizzato il requisito della "costrizione" onde recuperare *de facto* questo limite, che viene quindi percepito (paradossalmente forse in misura anche maggiore rispetto ad altri ordinamenti che lo contemplano espressamente) come connaturato all'istituto della *notwehr*. La difesa sproporzionata non è infatti imposta dall'esigenza di respingere l'attacco presente, perché eccede l'effettivo bisogno difensivo¹⁷. Anche qui, pertanto, proporzione e attualità segnano i confini fra lecito ed illecito, tra attacco preventivo, difesa e vendetta. La Spagna dedica alla legittima difesa il co. IV dell'art. 20 del codice penale del 1995, il quale parla espressamente di imminenza del pericolo solamente riguardo alla difesa di beni patrimoniali. Il dato normativo non deve trarre in inganno: l'attualità dell'aggressione è requisito generale implicito della legittima difesa, che viene tipizzato con riguardo alla difesa del patrimonio in quanto, riguardo a essa, il Legislatore spagnolo ha inteso dettare una disciplina più restrittiva rispetto a quella della difesa di beni personali¹⁸. Il limite dell'attualità

¹⁷ « (I) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig. (II) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden ». Il co. I del § 32 dice che chi commette un fatto-reato, imposto dalla legittima difesa, non agisce anti giuridicamente; al co. II si definisce poi la legittima difesa, come illustrato nel testo. È l'imposizione di cui al co. I che viene valorizzata onde recuperare il requisito della proporzione: la difesa non imposta è quella non adeguata rispetto all'offesa, ovvero sia quella da un lato inefficace per difetto e, dall'altro, sovra efficace per eccesso; imposta è la difesa giustamente efficace, non di più né di meno. La difesa eccessiva non è imposta e quindi non è giustificata: esattamente come, in Italia, non è legittima una difesa sproporzionata rispetto all'offesa.

¹⁸ Anche in Spagna le ragioni per le quali la difesa dei beni patrimoniali va contenuta, onde evitare l'intollerabile sacrificio dei beni personali (quindi sovraordinati) dell'aggressore, vengono definite "etico-sociali" (MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 2004, 324).

è visto come intrinseco nel concetto stesso di aggressione, primo ed essenziale elemento strutturale della scriminante, secondo la consueta considerazione per la quale un'aggressione non ancora venuta ad esistenza od oramai svanita non richiede alcuna difesa, trattandosi in tal caso di attacco preventivo o di vendetta¹⁹. Di maggiore interesse è la questione del rapporto tra aggressione e difesa: il codice iberico parla di « *ragionevole necessità del mezzo impiegato* » per impedire o respingere l'ingiusta aggressione, introducendo così per la prima volta, nella nostra panoramica, il concetto di "ragionevolezza" della difesa. Ebbene, per ora basti dire che in questo concetto rientra, come sua non unica componente, anche il parametro della proporzionalità fra offesa e difesa: questo rapporto tra le due è cioè anche qui un elemento essenziale ai fini della sussistenza della scriminante, sebbene venga inserito in un più ampio contesto rispetto alla nostra esperienza normativa²⁰.

Il mondo di *common law* mantiene anch'esso, pur con varie sfumature, i suddetti confini della legittima difesa: se il pericolo per i beni tutelati deve essere imminente o in corso, così la reazione deve essere ragionevole. Pure questa *reasonableness* reca in sé un nucleo che, di fatto, è rappresentato dal giudizio di proporzione fra difesa ed offesa²¹.

¹⁹ COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 1991, 386.

²⁰ Si riprenderà oltre, al cap. II, § 2.2., il discorso in tema di ragionevolezza, approfondendolo adeguatamente. Ciò che preme evidenziare in questa sede è che, comunque, anche il *codigo penal* richiede che non vi sia sbilanciamento fra offesa e difesa: oltre tale confine, vi sarà eccesso di difesa, come tale non più giustificata (MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, cit., 326).

²¹ AA. VV., *Oxford Dictionary of law*, New York, 2006, 440. La forza impiegata nel respingere un'aggressione deve essere ragionevole: tale giudizio, costituendo punto di fatto, è demandato alla valutazione della giuria. Come vedremo, l'esatta articolazione di tale giudizio è stata oggetto di molteplici pronunce giurisprudenziali, e coinvolge anche ulteriori importanti aspetti. Ad es.,

Se quindi è comune la volontà di rinchiudere l'autodifesa privata entro limiti che ne evitino la degenerazione in vendetta o in fattore destabilizzante la pace sociale, come pure in negazione del sistema valoriale dell'ordinamento, è pur vero che in concreto ogni Paese fornisce una propria interpretazione dei due confini suddetti, declinandoli di volta in volta alla luce delle proprie peculiarità giuridiche, culturali, sociali, politiche ed economiche. Ad esigenze analoghe e comuni, i vari ordinamenti danno diverse risposte: non ci si può non chiedere quanta e quale sia la loro reale divergenza, e se sia possibile o meno una loro interazione, con quali conseguenze.

6. Le nuove problematiche post novella 2006

Con la l. n. 59 del 13 febbraio 2006 il Legislatore ha inteso precisare i confini della legittima difesa, con particolare riguardo alla proporzione²², in ordine alla quale è stato introdotto un meccanismo di presunzione sulla cui esatta portata si è dibattuto fin dall'approvazione della norma, e che ha da ultimo generato nuove questioni e dubbi proprio nel momento in cui sembrava si fosse raggiunto, almeno in dottrina, una soluzione interpretativa della proporzione equilibrata e consapevole, ma anche fedele al testo ed allo spirito della norma²³. In

rientra nel tema della ragionevolezza la valutazione, nel caso che noi definiremmo di eccesso colposo o di scriminante putativa, della colpa dell'errore. Si veda *amplius* cap. II, § 4.1. e ss.

²² In tal senso basta scorrere i vari resoconti parlamentari relativi alla discussione ed all'approvazione della legge in commento, ad es. per il Senato si veda <http://www.parlamento.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=14&id=118068>.

²³ Il riferimento va alla interpretazione illustrata in PADOVANI, voce *Difesa Legittima*, cit., 502 e ss., di cui anche MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 258; RONCO, *sub art. 52 c.p.*, in RONCO, ARDIZZONE, ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2009, 391.

altri termini, la ferita appena rimarginata è stata brutalmente riaperta: di nuovo si sono registrate molteplici e contrapposte interpretazioni della norma in punto proporzione, gettando nuovi dubbi lì dove un sostanziale accordo era stato faticosamente raggiunto; si tratta ora di comprendere se ciò si è accompagnato ad effettive modifiche, e quale ne sia la reale portata. Tra le voci critiche della riforma, vi è chi ha parlato di «*licenza di uccidere*» con evidenti profili di illegittimità costituzionale²⁴; chi ha ritenuto l'assoluta eterogeneità dell'istituto di cui all'art. 52, co. II c.p. rispetto alla legittima difesa propriamente detta, che si accompagna alla «*inquietante*» cancellazione di qualsiasi limite in merito alla reazione “difensiva”²⁵; chi ha concluso che la nuova legge sacrificasse la vita umana sull'altare del senso di sicurezza e dell'emotiva reazione al turbamento della libertà domiciliare²⁶. All'opposto non è però mancato chi ha parlato di «*molto fumo e poco arrosto*», perché la riforma non legittimerebbe né l'uccisione di innocui ladruncoli, né consentirebbe un illimitato impiego delle armi da fuoco a fini difensivi, ben potendosi offrire della nuova legge una interpretazione «*morigerata*» ed in grado di evitare i paventati eccessi²⁷. Doveroso è allora chiedersi oggi quale

²⁴ DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi “sacrosante” e sacro valore della vita umana*, in *D.P.P.*, 2006, IV, 431 e ss.

²⁵ GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio (l. 13 febbraio 2006, n. 59)*, in *S.J.*, 2006, IX, 970.

²⁶ PISA, *La legittima difesa tra Far West ed Europa*, in *D.P.P.*, 2004, VII, 797: come si intuisce, le perplessità qui ricordate hanno avuto origine già in sede di progetto di legge.

²⁷ CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. “sproporzionata” o allargata): molto fumo e poco arrosto*, in *D.P.P.*, 2006, IV, 434 e ss. Segnaliamo che in tale commento l'A. non manca di rivolgere il proprio veloce sguardo anche alla situazione di altri ordinamenti, in punto limiti alla legittima difesa, secondo quello che sarà il metodo anche di questo lavoro.

siano l'esatta natura e portata della proporzione di cui all'art. 52 c.p., dopo l'apparente "tsunami" legislativo del 2006²⁸.

Peraltro sembra che la riforma abbia, almeno su un punto, trovato unanimità di apprezzamento da parte di interpreti e studiosi: la qualità tecnica della norma licenziata dalle Camere è stata infatti censurata da tutti coloro che si sono confrontati con essa, evidenziandone imprecisioni, omissioni, lacune ed approssimazioni. La conseguenza di tale oramai non più sorprendente circostanza è che la legge n. 59 del 2006 ha ingenerato dubbi ed incertezze pure riguardo a punti che, almeno nella volontà legislativa, non dovevano formare oggetto di riforma o modifica. Tra tutti, spicca ai fini del presente lavoro il problema dell'effettiva rilevanza per l'istituto di cui al co. II dell'art. 52 c.p., del requisito del pericolo attuale: esso costituiva - prima della riforma - un indiscusso caposaldo della legittima difesa sia nella sua rilevanza sia nella sua interpretazione, tanto che in proposito non si registravano da tempo particolari difficoltà o dubbi applicativi.

Il nuovo co. II cit. però ha, pure qui, aperto la porta a nuove questioni: in particolare, la lett. a) *ibidem* non parla di pericolo attuale, addirittura non parla di pericolo *tout court*, mentre la successiva lett.

²⁸ Nel presente lavoro si cercherà di esprimere una valutazione della riforma e delle sue conseguenze; per ora basti anticipare che se è vero, come è vero, che la proporzione è frutto della matrice pubblica dell'istituto, dal punto di vista giuridico con l'intervento del 2006 il Legislatore ha tentato di meglio conciliare tale aspetto con le opposte istanze, di matrice privatistica, volte alla piena affermazione del diritto di autotutela individuale, elaborando una formulazione che - almeno nel *volutum* legislativo - avrebbe dovuto consentire una più sicura esplicazione del diritto di autotutela privata nelle situazioni in cui massima ne è l'esigenza. Appare difficile negare che, per certi versi, si tratti di un ritorno al passato: se la norma del 1930 era effettivamente un modello di equilibrio e tecnica normativa, allora - evidentemente - nella sua interpretazione ed applicazione concreta non ha saputo esprimere efficacemente questa sua caratteristica, sicché il legislatore del 2006 ha avvertito la necessità di un intervento che correggesse questa problematica. Il Legislatore del 1930 seppe fondere in un'unica, concisa, norma generale tutte le istanze e le tematiche sottese all'istituto: oggi invece alcune di queste sono state "estrapolate" ed esplicitate, a delineare un particolare sottotipo, una *species* nel più ampio *genus* della legittima difesa. Si veda, *amplius*, *ultra* cap. III.

b) parla di «*pericolo di aggressione*» introducendo una locuzione nuova rispetto al testo previgente. Il problema sta nell'individuare la corretta interpretazione di questi dati: il pericolo attuale è ancora necessario ai fini della lett. a) e b) del co. II cit.? Ovvero il co. II va interpretato in maniera autonoma rispetto al co. I, prescindendo quest'ultimo dalla presenza di un pericolo attuale (ed accontentandosi magari della già sussistente violazione di domicilio)? Ed ancora, il pericolo di cui alla lett. b) in che consiste, come va interpretato?

Non si tratta di dubbi infondati né trascurabili: pochi mesi dopo la novella, la giurisprudenza di legittimità confermò la condanna dell'imputato che aveva sparato, uccidendolo, al ladro in fuga, espressamente affermando che «*le conclusioni [in ordine all'esclusione della legittima difesa] non sono inficcate o caducate dalla modifica normativa intervenuta con l'art. 1 della L. n. 59/2006*», in quanto «*nel momento in cui l'imputato fece uso di quell'arma, colpendo il fuggitivo (che aveva già guadagnato la strada) alle spalle, più non sussisteva la necessità di "difendere la propria o 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*»²⁹, sebbene non sia chiaro se siffatta conclusione discenda da consapevoli e meditate riflessioni sul novellato dettato normativo ovvero dalla fisiologica resistenza al cambiamento di orientamenti interpretativi consolidati e tradizionali. Più di recente la questione è tornata all'attenzione della Suprema Corte, la quale ha meglio precisato quanto anticipato con la ora

²⁹ Cass. pen., sez. IV, 04 luglio - 29 settembre 2006, 32282, in *G.a.D.*, 2006, XLV, 52.

ricordata sentenza, concludendo che *«la causa di giustificazione prevista dall'art. 52, comma secondo, c.p., così come modificata dall'art. 1 l. 13 febbraio 2006 n. 59, [...] presuppone un attacco, nell'ambiente domestico, alla propria o altrui incolumità, o quanto meno un pericolo di aggressione»*³⁰. Ci si deve chiedere allora come si sia giunti a tale conclusione e, soprattutto, se essa rappresenti davvero la più corretta e plausibile interpretazione della norma in esame, andando quindi ad investigare un argomento che, come detto, sembrava oramai entrato nel *corpus* tralatizio dei manuali.

L'intervento riformatore ha posto nuovi problemi ma, altresì, non sembra sia riuscito a risolverne alcuni fra quelli preesistenti: sempre in tema di attualità, ancora oggi non si è giunti ad una soluzione pacifica e condivisa nei casi c.d. dell'"ora o mai più", nei quali cioè il difensore non si trova esposto ad un immediato e diretto pericolo di aggressione, che però è certo che si presenterà in un prossimo futuro, e che solo ora potrebbe efficacemente neutralizzare. Tipici sono, nella pratica, gli esempi dell'uccisione del bruto dormiente da parte della giovane fanciulla rapita ovvero l'uccisione del marito - aguzzino da parte della donna maltrattata: con riguardo a quest'ultimo caso la giurisprudenza di merito si è misurata ancora di recente, arrivando ad affermare che *«l'azione [...] è stata determinata dalla necessità di difendere la vita propria e dei quattro figli, nell'imminenza di un gravissimo e concreto pericolo per la stessa [...]. Il pericolo attuale di un'offesa ingiusta [...] prescinde non solo dalla consumazione, ma pure dal tentativo: è già pericolo attuale "il subito prima" purchè non*

³⁰ Cass. pen., sez. I, 21 febbraio 2007, Sampino, in *ius17@unibo.it*, Bologna, 2008, I, 209.

si identifichi in pericolo meramente futuro; è già attuale dunque un'offesa dai momenti antecedenti la condotta dell'aggressore, in rapporto a quelle che sono le circostanze oggettive del caso: il tempo, il luogo ed i mezzi a disposizione dell'aggressore e dell'agredito»³¹.

Le obiezioni che, anche in questo caso, possono sollevarsi a chi invochi l'esimente della legittima difesa sono le seguenti: ben avrebbero potuto l'imputata ed i suoi figli rivolgersi alla Pubblica Autorità per ottenere aiuto e protezione; d'altra parte, nel momento dell'uccisione del marito, l'imputata non era esposta ad alcun effettivo e concreto pericolo imminente. La riforma non è intervenuta espressamente su questi aspetti, imponendo all'interprete la necessità di verificare se, almeno indirettamente, essa comunque vi incida ovvero se la loro risoluzione possa essere trovata altrimenti.

I temi e le questioni proposte dalla riforma del 2006 sono forse nuovi e d'avanguardia per l'Italia, ma essi in realtà sono già da tempo oggetto di riflessione ed approfondimento in altri paesi il cui dato

³¹ G.I.P. Bassano d. Grappa, 03.03.2009, A.N., in *ius17@unibo.it*, II, 2009, 365 e ss. Il caso concreto può così riassumersi: l'imputata A.N. aveva ucciso il marito durante il sonno. Il rapporto con il marito era stato costellato per venticinque anni da continui abusi e maltrattamenti, fisici e psichici, a danno della donna e della prole ma, nelle ultime due settimane, era andato peggiorando: a seguito del ricovero in ospedale per curare gli esiti degli ennesimi maltrattamenti, A.N. viene fatta oggetto di ancor più pesanti vessazioni da parte del marito (alterato perché la donna si era sottoposta a visita ginecologica, così permettendo al personale ospedaliero di accedere alle proprie zone genitali), e con lei i figli rei di essere stati partoriti da siffatta "donnaccia". Alle vessazioni si aggiungono le minacce, sempre più gravi e frequenti, tanto da spingere i quattro figli della donna (tutti maggiorenni) a fare dei turni per non lasciarla mai sola. Il giorno della propria morte, il marito giunge all'apice delle proprie minacce, dicendo che quella notte passerà all'azione, uccidendoli tutti, e che per tale ragione non ha nemmeno bisogno di caricare il camion per la notte. Nella notte A.N., presa dalla disperazione, approfitta del sonno e del torpore alcolico del marito ubriaco e lo uccide, con tre colpi di accetta. Le obiezioni che, anche in questo caso, possono sollevarsi a chi invochi l'esimente della legittima difesa sono le seguenti: ben avrebbero potuto A.N. ed i suoi figli rivolgersi alla Pubblica Autorità per ottenere aiuto e protezione; d'altra parte, nel momento dell'uccisione del marito, A.N. non era esposta ad alcun effettivo e concreto pericolo imminente.

normativo presenta, ora più ora meno, differenze ed analogie rispetto all'originario testo dell'art. 52 c.p.

Così, in ordine sparso e rifacendosi agli ordinamenti poc'anzi richiamati, la Germania richiede che l'aggressione sia "presente" e, come anticipato, al § 32 St.G.B. non si fa alcuna menzione della proporzionalità fra difesa ed offesa; d'altra parte al § 33 *ibidem* si prevede che non possa punirsi chi abbia travalicato i confini della legittima difesa per paura, terrore o panico. Si può inoltre ricordare l'art. 122-6 del codice francese, il quale contempla una presunzione di legittima difesa a beneficio del difensore che agisca: a) per respingere, di notte, l'ingresso illegittimo di taluno in un luogo abitato; b) per difendersi contro gli autori di furti o saccheggi eseguiti con violenza. Il codice spagnolo, all'art. 20, detta una specifica disciplina per la tutela della dimora e delle sue dipendenze, prevedendo che l'indebita intrusione in esse integri gli estremi dell'aggressione ingiusta, mentre in riferimento alla tutela dei beni patrimoniali l'aggressione ingiusta sussiste quando integra un delitto od una contravvenzione ed espone i beni ad un pericolo grave ed imminente di perdita o distruzione. Il codice penale di New York, al § 35.20, prevede addirittura, espressamente, che *«una persona in possesso o controllo di [...] un'abitazione o di un edificio abitato, che ragionevolmente ritiene che qualcuno sta commettendo o sta tentando di commettere un furto in tale abitazione o edificio, può uccidere tale persona, se ritiene ragionevolmente che ciò sia necessario per prevenire o mettere fine alla commissione o al tentativo di un tale furto»*.

Sembra allora che, fuori dalla penisola, non sia raro imbattersi in sistemi che prevedono una specifica e rafforzata tutela del domicilio, ovvero spazi maggiori di legittima reazione per chi sia ingiustamente aggredito: resta da verificare quale sia l'effettiva portata di questi fenomeni, e se essi possono fornire utili spunti interpretativi per la normativa italiana, specie con riguardo alla recente riforma³².

7. Prospettive internazionali e comunitarie.

L'affermarsi, negli ultimi anni, di sempre più intense e numerose forme di cooperazione internazionale fra gli Stati, anche nel campo del diritto penale, è fenomeno di cui nessuno dubita, e che nel caso dell'Italia si manifesta soprattutto in ambito europeo, sebbene sia frequente anche l'adesione a convenzioni internazionali che, in vari settori, si vengono a porre come fonti anche immediate per il diritto interno. Tra le fonti di origine europea, spicca sicuramente la C.E.D.U., siglata a Roma nel 1953, la cui norma che più di ogni altra interagisce con l'istituto della legittima difesa è quella dell'art. 2, del diritto alla vita, che sancisce come esso diritto sia protetto dalla legge per ogni persona, vietando l'uccisione di alcuno se non in esecuzione di una pena capitale. Il comma 2 di tale articolo quindi precisa che: «*La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente*

³² La bontà e l'utilità di un'indagine storico-comparatistica, estesa anche ad ordinamenti di *common law*, è evidenziata anche in CADOPPI, «*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*». *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in *Studi Marinucci*, II, Milano, 2006, 1382 e ss.

necessario: a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione ». Va detto che la norma si rivolge agli Stati, e quindi solo mediatamente ai cittadini, ma ciò significa che le norme nazionali dei Paesi aderenti alla C.E.D.U., anche quelle in tema di legittima difesa, devono garantire una protezione del diritto alla vita di ciascuno, e quindi anche dell'ingiusto aggressore, in modo conforme ai canoni dell'art. 2 suddetto. Subito ci si chiederà, alla luce della lett. a), se si possa uccidere il ladro per impedire il furto, ovverosia se e quando, in generale, l'agredito possa agire in difesa di sé, di terzi o dei beni propri o di terzi, utilizzando una forza letale per l'aggressore. Per quanto riguarda l'Italia il dibattito si è recentemente riaperto, proprio a seguito della ben nota modifica dell'art. 52 c.p.: la presunzione di cui al co. II ha infatti indotto alcuni autori a dubitare seriamente della compatibilità di tale novella con l'art. 2 C.E.D.U.³³. Il quesito ci condurrà, ancora una volta, ad interrogarci sui confini di legittimità della reazione difensiva, sotto il profilo dell'attualità o effettività del pericolo, e del corretto rapporto fra gli interessi in gioco.

Altro profilo di interesse deriva dal fatto che oggi si va oramai affermando anche il c.d. "diritto penale internazionale" il quale, promosso dall'ONU, ha da ultimo portato all'istituzione della Corte

³³ Ad es., fortemente critico della riforma nel senso ora detto è BONFIGLIO, "Nuova" legittima difesa e convenzione europea sui diritti dell'uomo, nota a Cass. pen., 21 febbraio 2007, n. 12466, in *Ind. Pen.*, 2009, 2, 671. Anche questo aspetto sarà trattato più oltre, cap. III.

Penale Internazionale³⁴. Lo Statuto di Roma ha così istituito una Corte permanente, con aspirazioni di giustizia globale, deputata a conoscere qualsiasi crimine internazionale commesso dopo l'entrata in vigore dello Statuto nei territori di uno qualsiasi dei Paesi parte o da cittadini di uno degli Stati parte. L'aspetto indubbiamente più significativo è però legato alla prima ed embrionale codificazione di parte generale tentata dallo Statuto di Roma: infatti, oltre ad un consueto elenco di fatti costituenti reato, ed alla previsione degli "elementi costitutivi" di ogni reato, gli artt. da 22 a 24, contenuti nella parte III (significativamente denominata "Principi Generali"), dettano i fondamentali principi di legalità del reato e della pena, e di irretroattività della legge penale; altra parte dello Statuto individua pure le pene applicabili ed i criteri per la loro determinazione (art. 77 e 78)³⁵. Non manca, in questo testo così articolato, anche una parte

³⁴ Già alla fine degli anni '40 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite diede mandato alla Commissione sul diritto internazionale di esaminare la possibilità di istituire una Corte penale internazionale permanente; parallelamente a tale progetto, fu elaborato anche un "*Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*", che avrebbe dovuto costituire il primo esempio di codice mondiale dei crimini contro l'umanità secondo il diritto internazionale. Nel 1954 fu quindi pubblicato il testo del *Draft Code* che, all'art. 1, stabiliva che le offese alla pace ed all'umanità contemplate nel codice costituivano reato secondo il diritto internazionale, per i quali le persone responsabili andavano punite. L'art. 2 quindi esordiva elencando una serie di atti che costituivano offese alla pace ed alla sicurezza dell'umanità; tra essi, spicca ai fini del presente lavoro il punto n. 1 che recita: « *Any act of aggression, including the employment by the authorities of a State of armed force against another State for any purpose other than national or collective self-defence or in pursuance of a decision or recommendation of a competent organ of the United Nations* ». La legittima difesa veniva quindi riconosciuta a rango di giustificante internazionale anche per i crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità: resta però il problema di definire in modo certo e condiviso il contenuto della scriminante. Il progetto non ebbe però seguito, per difficoltà dovute alla situazione politica internazionale dei decenni successivi (VAN DEN WYNGAERT, STESENS, *International Criminal Law - A Collection of International and European Instruments*, The Hague, 1999, 502; AMATI, CACCAMO, COSTI, FRONZA, VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2006, 19).

³⁵ Va evidenziato il fatto che, in tal modo, la C.P.I. viene costituita per giudicare dei crimini che saranno commessi dopo la sua costituzione, e non per giudicare di fatti già accaduti, così segnando la sua fondamentale differenza dai precedenti Tribunali di Norimberga, di Tokio, o da quelli più recenti per il Ruanda e l'ex Jugoslavia. Lo Statuto di Roma è stato siglato il 17 luglio 1998 ed è entrato in vigore dopo il deposito presso il Segretariato Generale dell'Onu della sessantesima ratifica, il 1 luglio 2002; la C.P.I. ha sede all'Aia.

dedicata alle cause di esclusione della responsabilità penale. Ai sensi dell'art. 31, lett. c) dello St.C.P.I. « *non è penalmente responsabile chi al momento del fatto: [...] (c) Abbia reagito ragionevolmente per difendere sé stesso o altri o, nei casi di crimini di guerra, i propri beni, essenziali per la propria o altrui sopravvivenza ovvero per compiere una missione militare, da un attuale ed illegittimo uso della forza, in modo proporzionato al grado di pericolo cui era esposto o cui erano esposte le altre persone o i propri beni protetti. L'essere impegnato in un'operazione di difesa condotta da forze armate non integra di per sé la causa di esclusione della responsabilità penale prevista dalla presente lettera* »³⁶. Ad un primo e sommario esame non sfuggono due considerazioni: innanzitutto, ancora una volta, attualità e proporzione sono requisiti essenziali della scriminante; inoltre, la loro definizione è il frutto evidente dell'incontro delle diverse matrici giuridiche dei Paesi che hanno partecipato alla redazione dello Statuto, le più importanti delle quali sono state prima brevemente illustrate³⁷. Ovviamente, la comprensione della sintesi non sarà possibile, se non avendo ben chiari i vari addendi e fattori la cui unione vi ha dato origine.

³⁶ REALE, *Lo statuto della Corte Penale Internazionale*, Padova, 1999, 125.

³⁷ Ad esempio, la norma contiene un richiamo sia alla ragionevolezza della reazione, sia alla proporzione tra difesa ed offesa: come accennato la prima ha in sé la seconda, pur non esaurendosi in essa; si dovrà quindi ben approfondire ciascuno dei due concetti, onde poter intendere la loro contemporanea presenza nello Statuto.

CAPITOLO II

LE SOLUZIONI CONCRETE

1.1. La Germania e la Notwehr.

Già si è detto che, secondo il codice penale tedesco, la difesa legittima è quella difesa che è necessaria per respingere da sé o da altri un attacco presente: pertanto, non agisce antigiuridicamente chi commette un fatto imposto dalla difesa legittima.

A completare il quadro così tratteggiato dal § 32 St.G.B. interviene poi il successivo § 33, il quale stabilisce che non è punito chi ecceda i limiti della difesa per turbamento, paura o panico.

I giuristi tedeschi, interrogandosi sulla *ratio* della scriminante, sono oggi sostanzialmente concordi nel riconoscerne anch'essi la duplicità: accanto ad un nucleo primo ed ineliminabile, di tipo individuale e privatistico, convive nell'istituto *de quo* pure un'importante componente pubblicistica. Anche qui, pertanto, la legittima difesa si fonda sul primo diritto individuale alla propria autoconservazione, costituendo esso una radice sovralegale e parastatuale della scriminante; segue poi l'aspetto generale e metaindividuale della lotta del Diritto contro il Torto, per il quale la legittima difesa è il contributo del singolo aggredito alla riaffermazione dell'ordine della legge, violato dall'ingiusto aggressore³⁸.

³⁸ RÖNNAU, *Vor § 32*, in *Leipziger Kommentar*, XII ed., II, Berlino, 2006, 106.

L'esame della norma positiva lascia intendere come, al momento della redazione dello St.G.B., fosse predominante nella visione del Legislatore tedesco la considerazione del primo dei due elementi: solo così si spiega infatti la più che evidente assenza di qualsivoglia richiamo, fra i limiti del diritto di autodifesa, al rapporto tra offesa e difesa³⁹ e quindi l'apparentemente illimitatezza dello stesso diritto, salvo il requisito dell'attualità del rischio. Invero, l'unico limite contemplato dall'autodifesa privata è quello dell'esistenza di una situazione di pericolo imminente, che rende necessaria la reazione difensiva: non vi è invece alcuna ragione per porre dei limiti alla misura in cui quest'ultima poi si esplicherà, anzi più essa sarà intensa e quindi efficace, maggiore sarà la sua giustificazione.

Ciò nonostante, nel § 32 St.G.B. il limite dell'attualità del pericolo viene espresso con una locuzione diversa ed apparentemente più stringente di quella ex art. 52 c.p., in quanto lo St.G.B. parla di un "attacco" già "presente" e non di un semplice "pericolo" più o meno "imminente": la differenza terminologica sembra voler dire che la soglia oltre la quale scatta la *notwehr* è posticipata rispetto ai nostri parametri, precludendo fra gli altri ogni possibilità di difesa anticipata. In realtà, come vedremo, non vi sono significativi scollamenti rispetto alla disciplina italiana: l'interpretazione comune vuole infatti che l'aggressione sia attuale quando essa può dirsi imminente o prossima ad iniziare, appena iniziata, non ancora conclusa: l'attualità sussiste

³⁹ MAURACH, ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1992, 353; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlino, 1996, 336-337. Secondo l'interpretazione individualistica, il rapporto tra il valore dei due interessi in gioco non ha, fondamentalmente, alcun ruolo nella legittima difesa: è vero che dottrina e giurisprudenza tedesche hanno saputo poi valorizzare ampiamente la componente "sociale" e pubblica della legittima difesa, recuperando gli altri importanti limiti di essa, ma ciò non toglie che di essi la norma non faccia espressa menzione.

quindi sin dal pericolo della lesione, e fino al momento in cui la lesione si consuma, esaurendo così l'attacco.

1.2. L'inizio dell'aggressione ed il tentativo punibile.

Per individuare con precisione il momento iniziale dello stato di legittima difesa, che giustifica la reazione difensiva, i giuristi tedeschi fanno riferimento al momento in cui il bene protetto viene messo in pericolo: non appena tramite l'imminente aggressione si presenta un pericolo immediato e diretto per l'interesse tutelato, allora sussiste un *Angriff* legittimamente respingibile; il comportamento dell'aggressore sta quindi per tramutarsi nella vera e propria condotta lesiva, senza ulteriori passaggi intermedi⁴⁰.

Il concetto di attualità così elaborato fa apparentemente coincidere il momento iniziale dell'aggressione antigiuridica rilevante ex § 32 St.G.B., con la soglia oltre la quale l'aggressione medesima diviene punibile a titolo di tentativo, ai sensi del § 22 *ibidem*: « *sembra [...]* *che l'aggressione sia attuale nel momento in cui l'aggressore passa dallo stadio degli atti preparatori a quello del tentativo* »⁴¹. Ed invero,

⁴⁰ Tradizionalmente, nel dare concretezza a queste formule astratte, la dottrina tedesca riporta alcuni esempi ormai tratatizi, tutti tratti dall'esperienza giudiziaria, nei quali è ravvisabile l'attacco presente di cui al § 32: quando l'aggressore porti la mano alla fondina dove ha la pistola, non è necessario attendere che egli la estragga e la punti contro l'agredito, perché questi possa legittimamente difendersi; la persona armata che stia momentaneamente ripiegando (c.d. ripiegamento tattico) pur essendo ancora intenzionata a sparare ove ne abbia modo, che non ottemperi all'ordine di gettare l'arma, sta anch'essa ponendo in essere una condotta di *gegenwärtiger Angriff*. Così LENCKNER, *Vor § 32*, in SCHÖNKE, SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2001, 608. JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 342.

⁴¹ ROXIN, *Da quale momento un'aggressione è attuale e dà origine al diritto di legittima difesa?*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, 284 e ss. La distinzione tra atti preparatori (non punibili) ed atti esecutivi (punibili), è stata abbandonata dal codice italiano in

a proposito del tentativo, la giurisprudenza tedesca ne riconosce la sussistenza facendo leva sull'effettiva messa in pericolo del bene giuridico tutelato e quindi sull'imminenza dell'evento lesivo⁴²: i concetti sono esattamente gli stessi che poc'anzi abbiamo menzionato a proposito dell'attualità dell'aggressione, rivelando il forte legame fra tentativo punibile e legittima difesa.

I due istituti però presentano tra loro anche delle differenze, una in particolare gravida di conseguenze per quanto qui di interesse: se infatti la legittima difesa, per la sua *ratio*, meriterebbe un riconoscimento quanto più ampio possibile, onde garantire al massimo grado la tutela e la protezione di ogni singola persona umana e del Diritto, così invece non è per il tentativo. Si deve ricordare, infatti, che l'incriminazione del tentativo comporta una innegabile anticipazione della soglia di punibilità rispetto a quanto normalmente avviene in un diritto penale del fatto: si punisce non la effettiva realizzazione di un risultato vietato dalla legge penale, bensì già la relativa volontà. Il pendolo della sanzione penale sta cioè oscillando, tra i due estremi del fatto esteriore e della volontà interna, verso quest'ultimo allontanandosi dal primo, secondo un processo che ogni moderno e democratico stato di diritto deve contenere quanto più possibile, onde evitare pericolose derive soggettive e totalizzanti.

In altri termini, mentre ai fini della legittima difesa la soglia di rilevanza dell'aggressione può essere anticipata senza che ciò desti particolari problemi sotto il profilo della garanzia per le libertà

favore di una nuova definizione, più attenta all'effettiva pericolosità della condotta e quindi incentrata su idoneità ed univocità degli atti. Va precisato che il codice tedesco, sul punto, si limita a definire il tentativo come la condotta di chi, secondo la propria rappresentazione del fatto, si determina alla immediata realizzazione del fatto reato tipico (§ 22 St.G.B.).

⁴² Ad es. BGHSt. 4, 333, 334; BGHSt. 2, 380, 381.

individuali, al contrario nel tentativo il limite oltre il quale scatta la punibilità della condotta deve essere quanto più possibile prossimo alla realizzazione del fatto reato completo, onde evitare eccessi repressivi ed arbitrari: il contrasto è evidente ed ha imposto, nelle riflessioni più attente, un approfondimento sui rapporti fra legittima difesa e tentativo.

Per vero, in tema di tentativo è affermata, nel diritto tedesco, la teoria per la quale il tentativo diviene punibile solo con l'ultimo segmento di condotta prima della realizzazione del fatto tipico, ovverosia l'azione che, senza ulteriori atti intermedi, sfocia nell'evento⁴³: come è agevole intuire, simile opzione interpretativa comporta una significativa posticipazione della soglia di rilevanza della condotta aggressiva che, infatti, viene portata quanto più possibile a ridosso della fattispecie consumata. Tale impostazione, se adottata *sic et simpliciter* anche ai fini della legittima difesa, porta a conseguenze contraddittorie con la stessa funzione dell'istituto: è elevato il rischio di imporre all'agredito di dover attendere fin troppo prima di poter reagire, precisamente fino al momento in cui l'aggressione è ormai giunta al suo massimo culmine e quindi si presenta con la sua massima intensità. Ciò da un lato comporterebbe che la difesa ha minori probabilità di successo data la maggior carica dell'attacco rispetto ai suoi momenti iniziali, dall'altro imporrebbe all'agredito di utilizzare mezzi difensivi sempre più forti e consistenti: sotto il primo profilo, si comprimerebbe ingiustificatamente il diritto individuale di difendersi mentre, sotto il secondo, si aumenterebbe il rischio anche per

⁴³ ROXIN, *Da quale momento*, cit., 286; SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 389.

l'aggressore che, come detto, verrebbe esposto a reazioni molto più intense e lesive. Facendo un esempio, se il tentativo è punibile solo quando l'aggressore estrae la pistola e la punta contro l'agredito, e la soglia di rilevanza dell'aggressione ex § 32 St.G.B. coincide con questo istante, allora l'agredito avrà tempo forse per sparare a propria volta un colpo di pistola, ma non avrà certo tempo per prendere bene la mira né per sparare un secondo colpo qualora, ad es., il primo avesse mancato il bersaglio. In altri termini, sono minori le possibilità di successo nel difendersi, disponendo oramai di pochissimi istanti per tentare di respingere l'attacco e non avendo alcuna speranza di poter rimediare ad un'eventuale primo fallimento difensivo. Inoltre, a questo punto, l'aggressore potrà essere fermato dal difensore solamente attingendolo con i propri colpi di pistola: anche per lui il rischio di gravissimi pregiudizi aumenta. Per completare il quadro, quindi, anche dal lato dell'aggressore si realizza una eccessiva ed ingiustificata compromissione di quei beni e diritti fondamentali che oggi, anche in capo a chi viola la legge, devono essere garantiti comunque⁴⁴.

Tutte queste considerazioni hanno indotto i giuristi germanici ad introdurre un correttivo alla teoria "del tentativo", per il quale costituisce aggressione rilevante ex § 32 St.G.B. non l'ultimo segmento di condotta prima della realizzazione del reato, bensì ancor prima quella fase della condotta che potremmo definire della preparazione prossima al tentativo: è cioè il momento in cui ci si

⁴⁴ Le ragioni di questa affermazione sono le stesse che impongono oggi la sussistenza di un rapporto di proporzionalità fra offesa e difesa: nel moderno ordinamento personalistico, ogni persona ha dei diritti indisponibili ed irrinunciabili che lo Stato deve comunque garantire, quali *in primis* la vita e l'integrità fisica, nonostante gli atteggiamenti devianti e antisociali della persona stessa.

accinge all'aggressione che, pertanto, rileverà come tentativo solo da un istante successivo⁴⁵. Tornando all'esempio concreto, è rilevante ai fini della legittima difesa la condotta di chi, dopo aver in passato minacciato una persona, le si faccia incontro in un altro giorno e ponga la mano in direzione della fondina ove tiene una pistola: sebbene la persona già minacciata possa qui ravvisare un'aggressione e quindi lecitamente possa difendersi, pur tuttavia l'aggressore potrebbe andare esente da censure sotto il diverso profilo della responsabilità per delitto tentato⁴⁶.

Nella più recente ed autorevole dottrina si è cercato di dare maggior precisione a questa nozione, rappresentando come solo in tale momento sia possibile, per il difensore, prevenire l'aggressore: oltre tale istante, infatti, non sarà più possibile per l'agredito impedire all'aggressione immediatamente imminente di tramutarsi in una effettiva - seppur magari minima - lesione del bene aggredito⁴⁷.

⁴⁵ Come dice LENCKNER in SCHÖNKE, SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., 608: « nelle aggressioni volontarie, questa è la condotta che si colloca immediatamente prima dell'inizio del tentativo ».

⁴⁶ Il caso si fonda sulla sentenza BGHSt. del 7 novembre 1972 (BGH NJW 73, 255): il giudice ritenne che l'agredito aveva legittimamente sparato per primo all'aggressore, non appena ne aveva visto il movimento della mano verso la fondina. Possiamo ricordare anche il caso BGHSt. del 19.9.1973: l'imputato aveva tentato di ricomporre una lite tra un gruppo di persone che palesemente intendevano picchiarsi; poco dopo però tre di queste persone avevano fatto ritorno e si erano avvicinate all'imputato lasciando «intendere chiaramente che in quel momento sarebbe stato versato del sangue», uno di loro poi impugnava nella mano alzata un cacciavite. Sicuramente i tre non potevano essere ritenuti responsabili per tentativo di lesioni volontarie, pur tuttavia il BGH riconobbe che la situazione in cui si era venuto a trovare l'imputato rappresentava per lui un'aggressione attuale, e così fondò in suo favore il giudizio di sussistenza della legittima difesa (egli infatti li aveva dapprima minacciati con un arma, poi aveva sparato un colpo di avvertimento ed infine aveva sparato nella loro direzione. ROXIN, *Da quale momento*, cit., 289). Va detto che, agli occhi di un giurista italiano, la fattispecie ora vista poteva trovare analogia soluzione riconoscendo gli aggressori responsabili del delitto consumato di minaccia anche grave, salvo il rispetto del canone di proporzionalità fra difesa ed offesa.

⁴⁷ RÖNNAU, HOHN, § 32, in *Leipziger Kommentar*, XII ed., II, cit., 455 e ss. In Italia il recente caso di cui alla sentenza G.I.P. Bassano d. Grappa, 03.03.2009, A.N. (vd. *retro sub cap. I*) ha ripreso queste elaborazioni, affermando in particolare che: «il pericolo attuale [...] prescinde non solo dalla consumazione, ma pure dal tentativo: è già pericolo attuale "il subito prima" purchè non si identifichi in un pericolo meramente futuro; è già attuale dunque un'offesa dai momenti

1.3. La difesa preventiva.

Il concetto di attualità poc'anzi individuato non va confuso con le ipotesi in cui l'aggressione ancora non è sorta, sebbene sia assai probabile o certo il suo futuro subentro: in altri termini, l'aggressione attuale, per quanto anticipata come prima visto, è pur sempre un'aggressione "presente", e come tale è ben diversa dall'aggressione "futura". Si intende cioè il caso in cui un futuro attacco sia certo, eppur non ne siano iniziate in alcun modo l'attuazione né la preparazione: manca qui proprio il requisito dell'attualità dell'attacco, cosicché non può correttamente parlarsi, con riguardo all'eventuale "difesa" posta in essere da chi voglia ripararsi dalla futura certa aggressione, di una legittima difesa scriminata ex § 32 St.G.B.

La situazione descritta non ha mancato di suscitare dubbi e discussioni, soprattutto con riguardo all'eventualità in cui l'ultimo momento utile per respingere la *futura* offesa certa venga a porsi *prima* dell'inizio di essa: in tali casi infatti, la mancanza di uno dei limiti strutturali dell'istituto ne impedisce l'operatività, eppure si avverte l'esigenza di garantire un trattamento opportunamente differenziato all'"agredito" che abbia posto in essere una condotta volta a neutralizzare la "minaccia", rispetto a quello che gli competerebbe se avesse agito con scopi meramente aggressivi.

antecedenti la condotta dell'aggressore, in rapporto a quelle che sono le circostanze oggettive del caso: il tempo, il luogo ed i mezzi a disposizione dell'aggressore dell'agredito».

L'esempio elaborato dalla dottrina tedesca, per ben comprendere ed analizzare questo tema, è quello del gestore del locale isolato, il quale ascolti i suoi pochi avventori che pianificano un'aggressione ai suoi danni, per quando sarà giunta l'ora di chiusura: il locandiere quindi versa nelle birre dei clienti dei narcotici, posto che non sarebbe poi in grado di respingere la loro aggressione⁴⁸. Nell'ipotesi così delineata, è evidente che la condotta del locandiere non può essere semplicemente equiparata a quella di chi narcotizza fraudolentemente una persona, ad es. per derubarla: si è quindi parlato, in riferimento alla condotta del locandiere, di legittima difesa preventiva, individuando una scriminante da derivarsi in via analogica dal § 32 St.G.B.⁴⁹. Simile soluzione non trova però consenso, soprattutto sul rilievo che finisce, inevitabilmente, per porsi in aperto contrasto col dettato legislativo il quale ha inteso apertamente limitare il diritto di difesa privata alle sole ipotesi di aggressione attuale⁵⁰: pretendere di far rientrare una semplice "avvisaglia" nel concetto di "aggressione attuale" è

⁴⁸ L'esempio è stato elaborato per la prima volta da LENCKNER, *Der rechtfertigender Notstand*, Tübingen, 1965, 102, il quale lo ripropone anche in SCHÖNKE, SCHRÖDER, LENCKNER, *Strafgesetzbuch*, cit., 608. Un caso concreto che pone problemi analoghi e che, all'epoca, destò anche un certo scalpore, è quello c.d. "Spanner": una coppia veniva disturbata nel corso della notte da un *voyeur* il quale, per più notti di seguito, si era introdotto nell'appartamento spiandoli, anche in camera da letto. Il marito infine, onde evitare ulteriori intrusioni e future aggressioni che ad esse avrebbero potuto accompagnarsi, si decise a reagire e sparò all'inopportuno visitatore, ferendolo alla natica ed al fianco. Il BGH ne trattò nella sentenza riportata in NJW, 1979, 2053.

⁴⁹ SUPPERT, *Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage"*, Bonn, 1973, 404.

⁵⁰ Oltre a ciò, tale tesi presenta significative analogie con quella - ormai risalente - della "difesa più efficace": essa, elaborata per risolvere il problema del momento iniziale dell'aggressione ai fini del § 32, lo individua in quello oltre il quale una difesa efficace non sarebbe più possibile, perché la difesa successivamente posta in essere non potrebbe avere successo (SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1975, 347; BALDUS, § 53, in *Leipziger Kommentar*, IX ed., München, 1974, rdn. 5; SAMSON, § 32, in RUDOLPHI, HORN, SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, Frankfurt a. M., 198, rdn. 10). Come ben evidenziato da ROXIN, *Da quale momento*, cit., 287, tale tesi sfocia però in una eccessiva anticipazione della "difesa", la quale verrebbe ad essere ammessa anche a fronte di mere avvisaglie, e quindi a fronte di situazioni nemmeno più di pericolo di aggressione, bensì di futura aggressione, ad es. quali quelle prima ricordate nel testo. Ancora una volta, quindi, si finirebbe per eludere il limite dell'attualità e quindi per uscire dalla fattispecie normativa della legittima difesa.

linguisticamente e teleologicamente impossibile, perché la legittima difesa presuppone una “situazione di conflitto” attuale⁵¹.

Il problema viene oggi risolto riconducendo i casi sopra visti alla diversa figura dello stato di necessità giustificante di cui al § 34 St.G.B., e la soluzione appare senza dubbio corretta ove si consideri che l’aggressore è in realtà, in queste ipotesi, un terzo “innocente” per il diritto penale, non potendo in capo ad esso ravvisarsi nemmeno un tentativo punibile di aggressione. Si ritiene cioè che il predetto locandiere, non potendo allertare tempestivamente la polizia né potendo rifugiarsi in modo sicuro nelle proprie stanze, agisca in stato di necessità a fronte di un attuale pericolo per la propria vita, integrità, libertà, onore, proprietà o altri beni giuridici che non può altrimenti evitare, quale quello descritto nell’esempio.

La soluzione, a ben vedere, si regge sul fatto che ciò che non costituisce aggressione attuale per il § 32 St. G.B., vale invece ad integrare un pericolo attuale per il successivo § 34: ciò è possibile grazie alla differente terminologia impiegata dal legislatore tedesco nelle suddette norme, dove la prima parla di *Angriff*, la seconda invece di *Gefahr*. Dove per la legittima difesa è richiesto un *attacco*, per lo stato di necessità è sufficiente un *pericolo*: i tre avventori della locanda quindi, pur non avendo ancora posto in essere un attacco (rilevante ex § 32 St.G.B.), rappresentano comunque un pericolo per il locandiere. La diversa formulazione permette allora di attribuire al § 34 un’area di incidenza maggiore rispetto a quella del § 32, comprendendovi ipotesi che invece la legittima difesa non potrebbe

⁵¹ Le parole sono di ROXIN, *Lo stato di necessità difensivo provocato dall’uomo*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, 325.

tutelare: non sfugge però come questa maggior estensione venga controbilanciata da una serie di requisiti e limiti ben più stringenti e puntuali rispetto a quelli dettati per la legittima difesa⁵².

In ultima analisi ed a dispetto del nome, la legittima difesa preventiva è in realtà un istituto diverso da quello di cui al § 32 St.G.B., trattandosi di una particolare ipotesi di stato di necessità, frutto di un'interpretazione volta a garantire adeguata copertura ai casi in cui il pericolo non è ancora sufficientemente imminente per poter reagire sotto lo scudo della difesa legittima, pur essendo il suo intensificarsi e la sua realizzazione pressoché certi, e nei quali il protrarsi dell'attesa comporti un drastico calo delle possibilità di efficace difesa.

1.4. La difesa ed i suoi limiti: premessa.

È comune in Germania l'affermazione per la quale il difensore deve adottare, fra più opzioni difensive disponibili, quella meno lesiva per l'aggressore: va subito chiarito che tutto ciò non riguarda il diverso problema del rapporto fra offesa e difesa, ovverosia non concerne il tema della proporzione, ma è invece un portato del fondamento logico-giuridico dell'istituto. Precisamente, la legittima difesa si basa

⁵² Parafrasando il § 34 St.G.B.: il pericolo deve essere attuale e non altrimenti evitabile; inoltre, il confronto fra gli interessi configgenti, in particolare tenendo conto del bene giuridico aggredito e del grado della sua messa in pericolo, deve sfociare in un giudizio di "netta prevalenza" dell'interesse difeso su quello sacrificato; tutto ciò a patto che il fatto appaia come uno strumento proporzionato al pericolo. Si noti bene, ad es., come il requisito della proporzione venga qui espressamente previsto come ultimo ed ineludibile attributo della condotta, ben diversamente dalla norma in tema di legittima difesa che non ne fa cenno alcuno. Evidenziano RÖNNAU, HOHN, § 32, in *Leipziger Kommentar*, XII ed., cit., 454, che in tali casi il difensore è maggiormente tenuto ad adottare soluzioni alternative, ed inoltre che egli dovrà rispettare il confine della proporzionalità.

innanzitutto sul principio di autoconservazione individuale, e poi anche sull'esigenza di tutela del Diritto dal Torto: essa non ha invece, in alcun modo, il compito di punire l'aggressore, di sanzionarne la violazione del Diritto, poiché ciò va oltre l'esigenza di autoconservazione e di ripristino della legalità violata⁵³. Conseguentemente, al difensore non competono né la facoltà né il diritto di punire l'aggressore: chi si difende può soltanto tutelare sé stesso ed i propri beni dovendosi arrestare una volta ottenuto tale risultato, il cui superamento consisterebbe in una indebita e non consentita appropriazione di pubblici poteri; in ultima analisi, il difensore che oltre a tutelare i propri beni punisce l'aggressore per la sua condotta, si arroga prerogative che non gli competono e quindi pone in essere, egli stesso, un'aggressione illecita⁵⁴.

Qualora il difensore possa scegliere tra più opzioni difensive, tutte ugualmente idonee ed efficaci per proteggere i beni pericolanti, la scelta di quella fra tutte meno lesiva per l'aggressore è imposta non per un'esigenza di contemperamento di opposti interessi configgenti, tutti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, bensì per non tramutare la difesa in una punizione, conservando quindi l'essenza e la finalità dell'istituto in parola.

Sicura conferma di quanto ora detto, si trova nella considerazione per la quale, una volta adottata la difesa necessaria e meno lesiva fra tutte per l'aggressore, ogni suo esito sarà giustificato: anche gli esiti non

⁵³ In Italia la teoria c.d. "sanzionatoria" ebbe invece maggior fortuna; principale sostenitore fu GROSSO, *Difesa legittima*, cit., 303 e ss.

⁵⁴ In soccorso del difensore interverranno poi le norme sull'eccesso colposo, quale il § 33 St.G.B., scusandone in certi casi la troppo intensa reazione.

voluti della difesa necessaria saranno coperti dal § 32, nonostante essi non sarebbero stati di per sé necessari alla difesa del bene aggredito⁵⁵.

1.5. Le ragioni dei limiti al diritto di difesa.

Fatta questa precisazione preliminare, occorre chiedersi allora se il rapporto fra offesa e difesa trovi spazio nell'operatività dell'istituto di cui al § 32, nonostante la sua assenza nel testo della norma. Attualmente, è dato acquisito in Germania che il § 32 non giustifichi né l'uccisione del ladro che stia rubando un vasetto di marmellata da pochi centesimi, né il contadino che uccida a fucilate il vagabondo che stia cogliendo un frutto dal suo albero, nemmeno qualora queste siano le uniche possibilità di efficace protezione dell'interesse aggredito: si afferma che in tali casi sussiste una crassa sproporzione fra la lesione minacciata dall'aggressione e quella prodotta dalla difesa, intollerabile e quindi non giustificata ai sensi della norma in esame. La risposta al quesito d'apertura è quindi senza dubbio affermativa, ma richiede un adeguato approfondimento.

Il primo problema in argomento concerne, ovviamente, l'aggancio normativo di queste limitazioni al diritto di difesa individuale: il principio di legalità esige che anche qui vi sia, nel testo di legge, la previsione formale delle restrizioni alle facoltà difensive

⁵⁵ LENCKNER, in SCHÖNKE, SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., 617; l'A. riporta alcuni esempi: utilizzo della pistola come corpo contundente, dalla quale però parta un colpo; colpo d'arma da fuoco diretto alle gambe, che però attinga il tronco; pugno che conduca alla perdita degli occhi; colpo al braccio che vada a ledere il cervello, avendo colpito anche il mento. Come si vede, in nessun conto è tenuto il rapporto tra offesa e difesa, il quale non esplica qui alcun rilievo ai fini dell'operatività della scriminante in parola.

dell'agredito, nonostante la norma in questione non abbia natura propriamente incriminatrice. Ebbene, è il requisito dell'imposizione (*gebotenheit*) di cui al co. I l'elemento cui si fa riferimento per fondare la legittimità formale, secondo il principio di legalità, delle limitazioni in esame: la predetta norma infatti prevede che il fatto sia giustificato se fu commesso perché imposto dalla legittima difesa, e questo "essere imposto" segna il limite della reazione difensiva, secondo quanto diremo⁵⁶.

Come si diceva *retro*, anche per il diritto tedesco la legittima difesa trova il proprio duplice fondamento nell'interesse individuale all'autoconservazione ed in quello pubblico alla tutela della Legalità: al ricorrere di una situazione offensiva come quella descritta dal § 32, al co. II, la reazione difensiva corrisponde ad ambedue questi principi fondanti e, pertanto, è "imposta". Si intende con ciò che la difesa dovrà essere posta in essere per soddisfare sia l'interesse individuale che quello pubblico sottesi all'istituto in commento: diversamente, almeno uno dei due interessi verrebbe sacrificato⁵⁷.

In senso inverso, è altrettanto evidente che se in un dato caso, attese le sue concrete peculiarità, uno dei due interessi sopra detti non ricorre ovvero ricorre con una minima intensità, anche il grado di imposizione della reazione difensiva ne sarà corrispondentemente attenuato: tra l'imposizione della reazione difensiva ed il duplice

⁵⁶ RÖNNAU, HOHN, § 32, cit., 515, evidenziano come non manchino comunque voci critiche a questa impostazione, sul rilievo che non è univoco il significato che il Legislatore intendeva attribuire al termine "*geboten*", ed inoltre che la sua valorizzazione sembra, in ultimo, costituire una vera e propria forzatura del dettato legislativo, sollevando delicati interrogativi sotto il profilo del rispetto del principio di legalità.

⁵⁷ Nella norma italiana, all'art. 52 c.p., analogo concetto viene reso con l'espressione "essere stato costretto": si intende con ciò, infatti, che l'agredito si trova nell'alternativa di reagire o subire l'aggressione, per cui la difesa è, di fatto, una scelta obbligata (ad es. PADOVANI, voce *Difesa Legittima*, cit., 509).

fondamento della legittima difesa sussiste un rapporto di proporzionalità diretta, per cui tanto è forte la prima, quanto è intenso il secondo e viceversa.

Quest'ultima considerazione apre la via all'introduzione di limiti al diritto di reazione, poiché tutte le volte in cui le esigenze di tutela individuale o pubblica siano sensibilmente "sbiadite", per le specifiche caratteristiche della situazione concreta, altrettanto limitata dovrà essere la reazione difensiva, la quale oltre certe soglie sarebbe priva di giustificazione logico-razionale e quindi illegittima.

Sono stati individuati alcuni gruppi di ipotesi nelle quali la concreta situazione di pericolo cui è esposto l'agredito sembra legittimare un sensibile contenimento della sua facoltà di difesa: la crassa sproporzione; l'esistenza di strette relazioni personali fra agredito ed aggressore; aggressioni incolpevoli o a colpevolezza ridotta; aggressioni provocate dall'agredito. In tutti questi casi, ragioni di carattere "etico-sociale" prima ancora che giuridiche fanno sentire all'interprete la necessità di limitare la facoltà difensiva, onde evitare esiti concretamente non condivisibili alla comune coscienza: da ciò il nome comunemente attribuito alla classe in commento, ovverosia il nome di "limitazioni etico-sociali" alla legittima difesa.

1.6. Il recupero della proporzione e l'art. 2 C.E.D.U.

Nel caso in cui l'aggressione si diriga contro beni di scarsissimo valore, seppur non ancora irrilevanti, ovvero in cui l'intensità della

lesione incombente sia quasi insignificante sebbene non ancora trascurabile, deve consentirsi comunque all'agredito di porre in essere la condotta difensiva volta ad evitare l'ingiusta - seppur minima - offesa: ciò discende dal fatto che i beni aggrediti o la lesione minacciata sono bensì di minima importanza od intensità, ma non ancora del tutto privi di rilievo e tutela giuridici. I casi concreti sono quelli delle pere sull'albero, o del barattolo di marmellata del valore di pochi centesimi: il loro furto integra un'offesa al diritto di proprietà dell'agredito ed alla vigenza dell'ordinamento, offesa minima ma pur sempre esistente. In casi siffatti, la minima entità dell'offesa si riverbera, secondo la regola del rapporto diretto prima illustrata, anche sulla concreta giustificazione della reazione difensiva, oltremodo attenuandola sicché la difesa dovrà, necessariamente, essere contenuta. Infatti, a fronte della quasi irrilevante lesione della legalità e del diritto individuale, altrettanto minime sono l'esigenza di autotutela privata e quella di conservazione dell'ordinamento.

Si rivela pertanto come intollerabile la legittimazione di una reazione difensiva grandemente sproporzionata rispetto all'aggressione respinta: il contadino non potrà allora sparare al vagabondo che rubi una pera dall'albero, né potrà il negoziante fare altrettanto contro il balordo che gli sottragga un barattolino di marmellata del valore di pochi centesimi. La regola generale è oggi quella per cui occorre procedere ad una valutazione complessiva degli interessi confliggenti: qualora la natura ed il carattere della lesione del bene giuridico dell'agredito così impedita si rivelino largamente fuori misura rispetto al carattere ed alla natura della lesione dei beni giuridici

dell'aggressore cagionata dalla reazione difensiva, allora sussiste una crassa sproporzione fra offesa e difesa, sicché quest'ultima non potrà dirsi giustificata ai sensi del § 32 St.G.B.⁵⁸.

Sembra quindi che, dall'originaria considerazione delle ipotesi delle aggressioni quasi irrilevanti, il tema della crassa sproporzione possa essere portato su di un piano più generale, per cui la suesposta regola sarebbe valida non solo quando la lesione minacciata sia minima, ma in tutti i casi in cui si ponga un problema di legittima difesa. In altri termini, il requisito della non intollerabile sproporzione fra offesa e difesa potrebbe oramai essere ritenuto un requisito generale della *Notwehr*, valido in tutti i casi regolati dall'istituto⁵⁹. Si è così compiuto il recupero del limite della proporzione, che sebbene non trovi espressa menzione legislativa, anche nel diritto penale tedesco assolve comunque alla sua fondamentale funzione di contemperamento dei contrapposti interessi, tutti meritevoli di tutela nel moderno ordinamento.

Strettamente connesso al tema della proporzione è quello del rapporto fra § 32 St.G.B. e art. 2, co. II lett. a) C.E.D.U., con particolare riferimento al caso in cui si tratti di difesa di beni patrimoniali. In

⁵⁸ SCHÖNKE, SCHRÖDER, LENCKNER, *Strafgesetzbuch*, cit., 623; RÖNNAU, HOHN, § 32, cit., 519. I due esempi corrispondono a due casi giurisprudenziali riportati, il primo (OLG Stuttgart, in *DRZ*, 1949, 42) anche da FORNASARI, *Principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 274, il secondo (BGH, in *NJW*, 1976, 41) anche da VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 82.

⁵⁹ Il primo passo in questa direzione sembra averlo fatto già Roxin, quando afferma che non ci si deve limitare a considerare la sola tenuità del danno minacciato all'agredito, ma ci si deve spingere a compiere un vero e proprio confronto fra tale danno e quello che subirà l'aggressore per effetto dell'offesa, sicché il negoziante non potrà uccidere il ladro nemmeno per difendere un incasso di 60 marchi, e non solo nel caso del furto di un barattolo di marmellata da pochi centesimi di prezzo (ROXIN, *Le limitazioni etico sociali alla legittima difesa*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., 272). Più recentemente, anche MAURACH, ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1992, 366, riconosce il carattere ormai generalizzato della tendenza a limitare la legittima difesa secondo il principio del bilanciamento dei beni, al fine di evitare conseguenze segnate dalla suddetta *krassen Missverhältnis*.

Germania il problema viene risolto dai più, ritenendo che l'art. 2 C.E.D.U. non abbia alcun effetto immediato sul diritto di autodifesa dei cittadini, secondo una corposa linea di pensiero tesa ad immunizzare il diritto nazionale dagli influssi della fonte convenzionale. Vi sono state voci che hanno tentato di fornire una spiegazione più approfondita, asserendo che nel concetto di "difesa di una persona contro una violenza illegittima" rientri anche la difesa della sua proprietà. L'argomento giuridicamente più intrigante è però senza dubbio quello che richiama l'attenzione sulla natura della C.E.D.U.: è essa fonte internazionale pattizia, che ha vigenza nell'ordinamento grazie alla sua ratifica tramite legge federale nazionale; oltre a ciò, essa non si rivolge ai singoli cittadini, bensì allo Stato imponendogli di realizzare un sistema di diritto (penale) che garantisca la vita secondo i principi di cui al predetto art. 2. Non si deve nemmeno dimenticare che il codice tedesco è stato integralmente rinnovato nel 1975 e che, quindi, esso si caratterizza rispetto alla C.E.D.U. come *lex posterior*⁶⁰: per tutte queste ragioni la limitazione del campo applicativo del § 32 St.G.B. in forza della C.E.D.U. appare contraria ai generali principi dell'ordinamento, ed in ogni caso quest'ultima non ha, né può avere, applicazione diretta sui singoli cittadini⁶¹.

⁶⁰ La C.E.D.U. è stata infatti ratificata dalla Germania con legge del 07.08.1952; frequente è invero l'errore di ritenere che la C.E.D.U. rientri nella famiglia del diritto comunitario ma, come detto, così non è, con tutte le conseguenze in tema di vigenza interna ai singoli ordinamenti degli Stati Parte.

⁶¹ SPENDEL, § 32, in *LK*, XI ed., Berlino, 1992, 124 e ss.; giova evidenziare che anche RÖNNAU e HOHN, nell'ultima edizione del *LK*, conservano questa impostazione; l'unico "temperamento" della radicale posizione ora illustrata, concerne le uccisioni volontarie: per esse si ammette che la legittima difesa potrebbe operare solo con riguardo a casi assolutamente eccezionali, ma ciò - si dice - già sulla base del solo § 32, senza bisogno di invocare la fonte

1.7. Le altre limitazioni etico-sociali al diritto di difesa.

La prima classe di ipotesi nelle quali il diritto di autodifesa viene contenuto per ragioni di carattere “etico-sociale” è quella delle aggressioni a colpevolezza ridotta o assente: vengono qui in esame le offese provenienti da malati di mente, bambini, ubriachi ed altri soggetti che, per qualsivoglia ragione, sono privi o quasi della capacità di intendere e volere; ma anche i casi in cui l’aggressore agisca sulla base di un incolpevole errore sul fatto ovvero in presenza di una scusante (quale ad es. l’eccesso di legittima difesa o lo stato di necessità scusante). Siamo distanti dall’archetipo della legittima difesa costituito dallo scontro in campo aperto fra avversari ad armi pari od anche dall’intrusione del *fur nocturnus*, dovendo invece collocare simili casi ai confini dell’idea di conflitto cui la legittima difesa normalmente si riferisce. Il portato di tale constatazione è che, come ben si comprende, la carica offensiva per la vigenza dell’ordinamento insita in queste condotte è sensibilmente meno intensa rispetto a quella delle aggressioni consapevoli e volontarie, ove invece vi è una ben più diretta ed intensa “ribellione” contro la Legge. La seconda fondamentale istanza della legittima difesa, volta alla tutela del Diritto, trova pertanto in tale situazione ben poco appiglio: solo - o essenzialmente - l’istanza di autotutela individuale spinge a giustificare la difesa contro consimili aggressioni e pertanto,

convenzionale (RÖNNAU, HOHN, § 32, in *LK*, cit., 522; così pure ROXIN, *Le “limitazioni etico-sociali” del diritto di legittima difesa*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., 275 e ss.).

assottigliandosi il fondamento giuridico della reazione difensiva, se ne riducono anche gli spazi di legittimità secondo la regola già anticipata. In un'altra prospettiva, si è anche detto che l'ordinamento rinuncia, in questi casi, a punire l'agente con il massimo della propria severità, ragion per cui non può il privato cittadino difendere l'ordinamento senza limite alcuno alla propria reazione, a pena di un'insanabile contraddizione sistematica.

In concreto, a fronte delle suddette aggressioni, l'agredito deve innanzitutto evitare l'aggressione e ricorrere all'aiuto di terzi (tipicamente dell'Autorità): se ciò non è possibile, egli potrà opporre una resistenza solo di contenimento correndo anche il rischio di subire minimi pregiudizi. Oltre a tale soglia, cioè quando l'aggressione diviene significativa, il limite non può operare e quindi l'agredito conserva, anche in tal caso, il suo pieno diritto di difendersi⁶². In effetti, sembra di essere di fronte ad un corollario della proporzione, posto che se l'offesa minacciata dall'incapace è contenuta, anche la difesa dovrà essere limitata e di lieve entità; se però l'aggressione presenta notevole intensità, allora la reazione potrà spiegarsi pienamente, anche se diretta contro soggetti incapaci.

Un'altra classe che qui rileva è quella delle aggressioni fra persone legate da strette relazioni intersoggettive, nozione che ricomprende soltanto le relazioni familiari (come i genitori con i figli e - soprattutto - i coniugi) o equiparabili (tipicamente, la convivenza *more*

⁶² ROXIN, *Le "limitazioni etico-sociali" del diritto di legittima difesa*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., 258; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 346, ricorda che sebbene sia vero che, ad es., al bar si debba evitare l'aggressione dell'avventore ubriaco che lanci offese e che si può al massimo reagire soltanto a parole, è pur altrettanto vero che la protezione dell'ubriaco non è illimitata, come non lo è per quei minorenni (e quindi, incapaci) che commettano gravi fatti di reato.

uxorio). Tra le persone legate da stretti vincoli di parentela si ritiene sussista una posizione di garanzia dell'uno verso l'altro, per cui in capo a ciascuno incombe nei confronti dell'altro un dovere di solidarietà e di protezione. Questo dovere comporta, in caso di aggressione proveniente dal soggetto con il quale sussiste la relazione *de qua*, un vero e proprio innalzamento della soglia di sopportazione del pericolo cui è chiamato l'agredito: quest'ultimo dovrà assumere una condotta di difesa quanto più possibile passiva oppure scegliendo la fuga, adottando misure controffensive solo ove esse siano assolutamente necessarie e, comunque, adottando quelle che comportino per l'aggressore la minima offesa possibile. In altri termini, il coniuge che subisca un'aggressione dall'altro coniuge non potrà reagire subito con una controffesa, rinunciando ad impiegare quel mezzo di difesa che sia sicuramente efficace ma, probabilmente, mortale⁶³: egli invece dovrà innanzitutto tentare di fuggire o comunque di sviluppare un'azione di mero contenimento dell'altrui attacco, eventualmente anche tollerando di subire minime lesioni alla propria sfera giuridica; solo poi potrà sviluppare una difesa controffensiva, secondo un *climax* ascendente dalla meno offensiva alla più letale. Anche in questo caso, qualora l'agredito rischi una significativa compromissione della propria integrità fisica e della propria vita, egli potrà fin da subito difendersi senza dover rispettare questi limiti: il dovere di sopportazione non sussiste a fronte di aggressioni estreme o particolarmente intense, per cui, ad es., la moglie aggredita con un arma dal marito, ben potrà subito reagire

⁶³ Quest'espressione è utilizzata nella sentenza NJW, 1975, 62.

controffensivamente anche con mezzi letali. Di nuovo, allora, ci troviamo di fronte ad una particolare declinazione del tema della proporzione fra offesa e difesa. Infatti, in ultima analisi e volutamente semplificando, un'aggressione lieve legittima una reazione contenuta, ed un'aggressione forte legittima una difesa piena.

Ad evitare aberrazioni o storture ben facilmente intuibili, si deve precisare che qualora la relazione interpersonale sia oramai compromessa, ad es. nei casi di abituale e sistematica oppressione e degradazione di uno dei soggetti della relazione, da parte dell'altro, si verte al di fuori dei casi qui contemplati: in tali ipotesi ben potrà il coniuge difendersi senza particolari limiti o doveri di sopportazione. L'esigenza di tutela del diritto e dell'ordinamento è qui meno intensa che altrove, perché temperata dalla contemporanea presenza dell'obbligo di reciproca tutela gravante su aggredito ed aggressore, e ciò giustifica pertanto questo tipo di limiti al diritto di legittima difesa individuale⁶⁴.

Infine, si deve considerare l'ipotesi nella quale l'aggressione sia stata provocata dall'aggredito, prima fra tutte quella in cui l'aggredito abbia appositamente provocato l'aggressore onde preconstituirsene una scriminante per la propria "reazione" ai danni dell'aggressore.

Occorre fare una duplice precisazione: anzitutto, la provocazione che qui consideriamo non integra, a propria volta, un'aggressione rilevante ai fini del § 32 St.G.B. (in tal caso, infatti, la provocazione sarebbe un'aggressione legittimamente respingibile in via di legittima difesa),

⁶⁴ Sicuramente, la più chiara esposizione di questi concetti è quella di ROXIN, *Le "limitazioni etico-sociali" del diritto di legittima difesa*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., 277 e ss.

bensì solamente un antecedente causale dell'aggressione, che opera sul piano volitivo dell'aggressore. Inoltre, la provocazione così intesa non costituisce una causa di giustificazione o di scusa per la successiva reazione (ovvero attacco da parte) del provocato, reazione che quindi può rappresentare, per il provocatore, un'aggressione antiggiuridica rilevante ai sensi del § 32 St.G.B.

La provocazione può essere intenzionale, ovvero diretta a cagionare l'altrui attacco, ed anche preordinata, cioè finalizzata allo scopo di crearsi una situazione di legittima difesa, della quale il provocatore intende beneficiare con riferimento alla "difesa" che porrà in essere ai danni dell'"aggressore". In questo primo gruppo di ipotesi, la dottrina tedesca maggioritaria e più tradizionale nega che al provocato competa in realtà alcun diritto di legittima difesa, a fronte dell'aggressione così provocata: ciò sul rilievo per cui il provocatore non ha, in realtà, alcuna esigenza di tutela perché il pericolo cui è esposto è stato da lui stesso provocato⁶⁵; ovvero perché il provocatore, avendo volutamente prodotto una violazione dell'ordinamento, non può poi essere validamente chiamato a difenderlo⁶⁶. Le posizioni più

⁶⁵ ROXIN, *Le "limitazioni etico-sociali" del diritto di legittima difesa*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., 263. MAURACH, ZIPF, *Strafgesetzbuch*, cit., 368, ritengono che il provocatore perda sempre il diritto di difendersi, in tutti quei casi nei quali l'aggressione che subisce corrisponde a quanto egli si era prefigurato.

⁶⁶ In passato si è fatto ricorso anche alla teoria dell'*actio illicita in causa*, secondo la quale, pur potendosi e dovendosi riconoscere anche al provocatore il diritto di difesa, costui andava comunque punito in virtù della sua prima condotta provocatrice, col contraddittorio risultato per cui il provocatore, allo stesso tempo, veniva giustificato e però punito. Anche si era parlato di abuso del diritto, intendendo che limite intrinseco ad ogni diritto, e quindi anche a quello di legittima difesa, è il non abusarne utilizzandolo in contrasto con i fini per i quali esso è stato conferito: la provocazione, mirando a preconstituire una copertura per la futura offesa dell'avversario, integra un chiaro abuso del diritto di legittima difesa che, certo, non è finalizzato a consentire impunemente di offendere i propri nemici. Principale difetto di questa teoria è il fatto che manca un aggancio normativo sicuro cui ricollegare il divieto di abuso del diritto, determinandone anche il contenuto (FIERRO CENDERELLI, *Legittima difesa e provocazione. Rilievi comparatistica*, in *R.I.D.P.P.*, 1978, 1394 e ss.).

moderne e moderate, invece, riconducono anche questa classe di ipotesi nell'ambito delle limitazioni etico-sociali della legittima difesa, riconoscendo quindi anche al provocatore intenzionale il diritto di difendersi, sebbene secondo l'ormai consueto canone del semplice contenimento dell'altrui attacco, dovendo egli sopportare anche delle contenute lesioni ai propri beni giuridici, potendo impiegare mezzi controffensivi solamente a fronte di aggressioni particolarmente intense⁶⁷.

Il diverso caso della provocazione non preordinata né voluta, ovverosia della provocazione colposa, vede in pratica il provocatore contribuire - più o meno intensamente - alla causazione dell'aggressione che poi egli stesso subirà. Questa considerazione lascia comprendere come l'aggressione diretta contro il provocatore rechi in sé una bassa carica destabilizzatrice per l'ordinamento, quanto più intenso è stato l'apporto causale del provocatore: invero, senza di questo, l'aggressione non vi sarebbe stata o sarebbe stata minore. Tanto è sufficiente per indurre l'ordinamento tedesco a richiedere in capo al provocatore involontario o non preordinato, una condotta di difesa passiva e volta al solo contenimento dei danni, dovendo egli rinunciare all'immediato impiego del mezzo più efficace ma al tempo stesso più pericoloso per l'aggressore⁶⁸. Si torna quindi alla consueta regola, senza particolari difficoltà.

⁶⁷ SCHÖNKE, SCHRÖDER, LENCKNER, *Strafgesetzbuch*, cit., 626, bene spiega che « la negazione della legittima difesa [in capo al provocatore] sarebbe non solo una capitolazione all'Ingiustizia, ma anche una sua promozione, ché in tal modo il provocatore si vedrebbe caricato, come risultato pratico, di un dovere di sopportare un'aggressione antigiuridica ». Anche RÖNNAU, HOHN, § 32, in *LK*, cit., 530, TRÖNDLE, FISCHER, *Strafgesetzbuch*, cit., 279, JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 347, propendono per la tesi più moderata.

⁶⁸ In tal senso, in giurisprudenza, BGHSt. 26, 256 e ss., citata anche da ROXIN, *Le "limitazioni etico-sociali" del diritto di legittima difesa*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., 265.

1.8. Le ipotesi di eccesso.

Se quelli ora visti sono i limiti posti dalla legge tedesca alla legittima difesa dalle ingiuste aggressioni, v'è da chiedersi come la stessa legge regoli i casi in cui tali limiti vengono superati. Il caso dell'eccesso nella legittima difesa trova una specifica disciplina al § 33 St.G.B.: « *Qualora l'agente superi i limiti della legittima difesa a causa di confusione, paura o panico, allora egli non sarà punito* ». Si tratta di una particolare causa di non punibilità dell'agente, il cui fondamento risiede nella particolare situazione in cui egli si è venuto a trovare al momento della propria eccessiva condotta: la norma infatti limita il proprio campo di applicazione ai soli casi nei quali il superamento del limite sia casualmente dovuto allo stato di confusione, paura o panico (c.d. effetti astenici) in cui si è trovato l'agente, così escludendone tutti i casi di eccesso volontario o colposo "semplice", come diremo⁶⁹. Si intuisce che il legislatore tedesco ha inteso qui considerare, principalmente, le ipotesi di attacco a sorpresa, ove le condizioni oggettive dell'attacco (luogo e tempo) e soggettive dell'agredito sono tali da determinare reazioni dettate dal panico e dal terrore più che dalla rabbia o dalla "brama di dominio" dei propri beni: tipico è allora il caso dell'intruso notturno nella casa della famiglia che dorme, ove il capo famiglia, terrorizzato dalla scoperta e sconvolto dal pensiero dei

⁶⁹ Giova evidenziare come il Legislatore del 1975 abbia puntualmente innovato la versione previgente della norma (§ 53 St.G.B. *ante* riforma del 1975) con riferimento allo stato soggettivo dell'agente, sostituendo l'espressione "in condizioni di" con quella "a causa di" ("*aus*" al posto di "*in*"): ne risulta chiaramente che le condizioni soggettive di paura o turbamento devono essere state causa determinante dell'eccesso, onde poter beneficiare dell'istituto *de quo*.

propri cari in pericolo, reagisca smodatamente ed irrazionalmente. L'attenzione della legge si fissa sulle condizioni soggettive del "difensore" e le considera tali da fondare un'esclusione della sua punibilità: si tratta, ad ogni evidenza, di una causa scusante che si fonda sulla riconosciuta inesigibilità, da parte dell'agente, di un diverso comportamento⁷⁰.

Non crea particolari problemi il primo gruppo di ipotesi di eccesso, nel quale l'agente ha, sostanzialmente, esagerato nella misura o nei modi della propria reazione: l'aver colpito l'aggressore con un coltello, quando sarebbe stato sufficiente minacciare l'uso dell'arma ovvero un semplice pugno; l'aver sparato un colpo - poi fatale - in direzione del ladro, quando sarebbe stato sufficiente uno sparo di avvertimento in aria; l'aver insomma tenuto una reazione troppo intensa rispetto a quella, altrettanto efficace, che si poteva e doveva porre in essere tenuto conto della reale entità della minaccia sviata⁷¹. Simile classe concerne quindi l'eventualità in cui l'agente abbia tenuto una condotta diversa, perché più intensa, da quella "imposta" (*geboten*) dalla situazione: nella parte "eccedente", la reazione non ha più fondamento, non rispondendo essa ad alcuna delle due finalità essenziali della legittima difesa. Non si tratta, precisamente e sul piano

⁷⁰ Il senso dell'istituto è indubbio: lo dimostra il fatto che nessun rilievo hanno altri effetti anch'essi astenici, quali ad es. ira, rabbia o frenesia da battaglia, che sono propri di un diverso modo di reagire alla situazione di pericolo cui ci si trova esposti (TRÖNDLE, FISCHER, *Strafgesetzbuch*, cit., 282). La valutazione effettuata in sede di politica legislativa è chiara: si è inteso favorire chi, ingiustamente aggredito, abbia sbagliato nella propria reazione perché travolto dalle circostanze e non perché animato da propositi normalmente censurabili. Del resto, chi reagisce con rabbia e violenza tende, da un lato, a sostituirsi alla Pubblica Autorità nel reprimere gli illeciti e, dall'altro, a creare ulteriori *vulnera* alla pace sociale ed alla vigenza dell'ordinamento (una reazione eccessiva è bensì scusata, ma pur sempre antigiuridica).

⁷¹ Questi ed altri casi pratici sono riportati da ZIESCHANG, § 33, in *LK*, cit., 563 (si tratta di BGH MDR 1980, 453 e di RGSt 56, 33; TRÖNDLE, FISCHER, *Strafgesetzbuch*, cit., 283, ricordano NJW 95, 973, per la quale l'effettiva possibilità di fuga o di ricorso alla Pubblica Autorità escludono anche l'applicabilità del § 33, oltre che del § 32.

teorico, di un ipotesi di violazione del rapporto di proporzione fra offesa e difesa, ma gli esempi fatti lasciano già intuire come i due fenomeni siano almeno nella pratica, coincidenti.

Il secondo gruppo di casi concerne invece il limite temporale della legittima difesa, e comprende - almeno concettualmente - sia le ipotesi di difesa tardiva che quelle di difesa anticipata: il difensore cioè reagisce all'aggressione dopo che questa si è già conclusa (con o senza lesione del bene minacciato), ovvero prima che essa sia messa in atto. Partendo dal caso più semplice, può accadere che l'agredito offenda l'aggressore dopo che il suo attacco ingiusto si è già concluso: il limite dell'attualità viene superato "in avanti", oltrepassando i confini temporali della legittima difesa. Volendo fare un esempio pratico, si prenda il caso dell'agredito che abbia già attinto l'aggressore, a propria volta armato, con un colpo di pistola alle gambe, fermandolo e rendendolo quindi inoffensivo, e però gli spari contro ulteriori colpi: l'aggressore ferito, caduto a terra e così incapace di arrecare offesa alcuna, non rappresenta più un reale pericolo per l'agredito che quindi, con i colpi aggiuntivi, eccede nel difendersi; non c'è più pericolo sicchè non c'è più offesa, bensì forse vendetta. In siffatto caso, solamente l'eccesso determinato da terrore o turbamento varrà a scusare l'agredito: eccessi frutto di rabbia o di volontà di vendetta non resteranno impuniti, evitando devianti ed intollerabili "licenze di uccidere".

La giurisprudenza tedesca e parte della dottrina sembrano però recalcitranti all'idea di ammettere un eccesso temporale nella legittima difesa nel senso qui illustrato, soprattutto sul rilievo che mentre

nell'eccesso "quantitativo" prima visto, uno stato di legittima difesa è effettivamente sussistente, qui invece esso sarebbe inesorabilmente venuto meno con il cessare dell'aggressione⁷². Un'interpretazione della norma attenta alla *ratio* della legittima difesa ed improntata al buon senso, consente però di superare anche questo scoglio: invero, è innegabile che una "difesa" posta in essere molto tempo dopo la cessazione dell'attacco è in realtà una vendetta, ovvero essa stessa un nuovo attacco; del pari però si deve riconoscere che quando vi sia una stretta connessione temporale tra il respingimento di un vero attacco imminente e l'autodifesa da un attacco che non sussiste più, si può realisticamente considerare il quadro come unitario. In altri termini, la stretta contiguità temporale fra i due istanti legittima l'interpretazione del secondo in termini di eccesso rispetto al primo: l'eccesso si presenta come una prosecuzione ed una conseguenza della difesa e non come un nuovo e distinto accadimento. Tornando all'esempio d'apertura, una cosa è sparare in preda al panico alcuni colpi in rapida ed immediata sequenza in direzione dell'aggressore armato, altra è sparare un colpo e ferirlo, per poi avvicinarsi e sparargli un altro colpo.

All'opposto si può teorizzare anche il caso in cui l'agente anticipi troppo la propria reazione difensiva, così agendo fuori dai confini della legittima difesa ma, appunto, prima dell'inizio dell'area così scriminata e non oltre il suo limite esterno. Si ritiene che in questo caso non vi sia, in senso proprio, "superamento" («*überschreitung*»)

⁷² TRÖNDLE, FISCHER, *Strafgesetzbuch*, cit., 283, citando NSTZ 02, 141 f, ricordano che quando l'agente non riconosce la fine del pericolo e continua ad agire nelle condizioni di cui al § 33, egli versa in realtà in una situazione di eccesso di difesa putativa che, per i fatti così commessi, esclude la responsabilità a titolo di dolo ma non quella a titolo di colpa.

dei limiti della legittima difesa, come prescritto dal § 33: invero, si supera quando si va oltre non quando ci si arresta prima. Per tale ragione è generalmente respinta la tesi dell'ammissibilità di un eccesso anticipatore di legittima difesa, scusabile ai sensi del § 33 St.G.B.

Infine, occorre dar conto di quello che la dottrina chiama eccesso "spaziale": si intende qui il caso in cui la reazione difensiva, di per sé legittima, venga ad incidere anche sulla sfera giuridica di terzi diversi dall'aggressore. In siffatti casi sarà a volte applicabile il § 33 St.G.B., altre volte sarà necessario fare ricorso all'istituto dello stato di necessità, giustificante o scusante: così ad es. nel caso in cui l'agredito non possa difendersi efficacemente se non colpendo anche un terzo innocente⁷³; non appena venga meno la necessità della lesione del terzo ai fini della difesa, si entrerà nel campo dell'errore scusante oppure della responsabilità per colpa, a seconda del caso concreto.

2.1. La Spagna e la legittima difesa.

Ad un primo esame non si può negare che il codice tedesco e quello spagnolo presentino apparenti significative somiglianze, per quanto concerne la legittima difesa: nemmeno nel codice spagnolo si parla di proporzione fra offesa e difesa; apparentemente poi, anche il codice

⁷³ Pensiamo all'ipotesi in cui Tizio, trovandosi in una piccola stanza, sia aggredito da Mevio e per difendersi si veda costretto a brandire una sedia e lanciarla contro costui ma, così facendo, venga inevitabilmente a colpire anche Caio: verso quest'ultimo Tizio potrà invocare lo stato di necessità e non l'eccesso di legittima difesa (ZIESCHANG, § 33, in *LK*, cit., 567).

penale spagnolo contiene una specifica previsione concernente l'ipotesi della reazione dettata dal panico, analogamente al § 33 St.G.B.; in aggiunta rispetto al codice tedesco, invece, la legge iberica disciplina espressamente il caso dell'aggressione provocata: queste affinità rendono pertanto opportuno passare a trattare del codice penale spagnolo.

Nel *còdigo penal* del 1995 la legittima difesa trova una collocazione originale, rispetto alle altre soluzioni di tecnica legislativa maggiormente invalse: nel libro I, il capo II consta di due articoli che esauriscono la disciplina delle «*cause che esimono da responsabilità penale* », disciplinando l'art. 19 l'ipotesi della minore età, ed il successivo art. 20 l'incapacità di intendere e volere (co. 1°, 2° e 3°), la legittima difesa (co. 4°), lo stato di necessità (co. 5°), il timore insuperabile (co. 6°) e l'adempimento del dovere (co. 7°). Un unico articolo definisce tutte le scriminanti e la loro struttura, delineandone gli elementi ed i limiti, e così recita (per la parte che qui interessa): «*Sono esenti da responsabilità penale: [...]*

4° Chi agisce in difesa della persona o di diritti propri o altrui, sempre che ricorrano i seguenti requisiti:

Primo. Aggressione ingiusta. Quando si difendono dei beni, si considera aggressione ingiusta l'attacco ai medesimi che costituisce delitto o contravvenzione e li espone ad un pericolo grave ed imminente di perdita o distruzione. In caso di difesa della dimora o delle sue dipendenze si considera aggressione ingiusta l'indebita introduzione in esse.

Secondo. Ragionevole necessità del mezzo impiegato per impedirgli o respingerla.

Terzo. Mancanza di adeguata provocazione da parte dell'agredito»⁷⁴.

Come anticipato, non si legge nel testo alcun riferimento alla proporzionalità della difesa rispetto all'offesa, e si trova invece un concetto fin qui sconosciuto, ovvero quello della "ragionevole necessità del mezzo impiegato"; quanto al tema dell'attualità, l'art. 20 sembra dare espresso rilievo a tale limite solo nel caso di difesa di beni: si vedrà che, ancora una volta, la realtà non coincide con queste prime impressioni.

Degne di nota, quanto alla struttura normativa dell'istituto, sono la differenziazione fra il caso in cui la difesa riguardi la persona ovvero riguardi beni patrimoniali (primo elemento) e la presenza di un requisito negativo con riferimento alla provocazione, che deve quindi mancare affinché l'agredito possa legittimamente difendersi (terzo elemento); la reazione difensiva viene considerata facendo riferimento ai mezzi difensivi impiegati (secondo elemento). Viene richiesto anche un elemento soggettivo, ovvero sia che l'agente abbia operato al fine di difendersi, come palesato dall'*incipit* del co. 4°.

In ogni caso, pacifiche sono sia la natura di giustificante che è propria della legittima difesa spagnola, sia il suo duplice fondamento individuale e collettivo, ovvero il fatto che la stessa si regge da un lato sull'esigenza individuale di autotutela e, dall'altro, sull'esigenza di

⁷⁴ Per la traduzione ci siamo rifatti a OLIVARES, NARONTE, *Il codice penale spagnolo*, Padova, 1997, 55.

riaffermare la vigenza dell'Ordinamento violato dall'ingiusta aggressione⁷⁵.

2.2. *L'aggressione e la sua attualità.*

Nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale spagnola non si colgono, circa il concetto di aggressione e della sua attualità, particolari differenze o peculiarità rispetto alle corrispondenti nozioni tedesche o italiane: in generale si riconosce che l'attualità è un attributo indispensabile dell'aggressione, implicitamente quanto innegabilmente ricompreso nel concetto stesso di necessità della difesa, senza il quale non si potrebbe parlare di legittima difesa bensì di vendetta o di aggressione preventiva⁷⁶; del pari, si ammette che l'imminenza dell'aggressione è sufficiente ad integrare un'aggressione rilevante ai fini qui in parola. Ciò è ancor più vero, se si tiene presente che, nell'istituto spagnolo, è requisito essenziale anche l'elemento soggettivo del difensore: ovverosia, la scriminante richiede in capo all'agente la corrispondente volontà difensiva, che non può

⁷⁵ COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, *Derecho penal, parte general*, Valencia, 1991, 384, sintetizzano efficacemente quella che è la posizione oramai condivisa fra gli studiosi spagnoli. A proposito della riflessione circa la *ratio*, evidentemente fortissima è l'influenza della dottrina tedesca, ma in passato pure di quella italiana: quest'ultima, in particolare, con la teoria manziniana della "delegazione dei poteri di polizia" - per vero oggi abbandonata anche in Spagna - era stata ripresa ad es. da Antòn Oneca.

⁷⁶ Ad es. MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, Valencia, 2004, 325, spiegano: «l'aggressione deve essere, altresì, presente o attuale. Non si può ravvisare la legittima difesa quando l'aggressione è cessata o nemmeno è cominciata. Uccidere, per esempio, l'aggressore quando egli fugge, sparandogli alle spalle, è un eccesso estensivo che impedisce di riconoscere la legittima difesa. In questo caso, più che di legittima difesa si può parlare di un atto di vendetta. Lo stesso vale quando l'aggressione non sia nemmeno iniziata. La cosiddetta difesa preventiva non si basa su di una aggressione, bensì su di una previsione e non costituisce, pertanto, legittima difesa».

prescindere dalla presenza di una aggressione attuale, nel senso ora illustrato.

Va però opportunamente evidenziato come il Legislatore spagnolo, differenziando le ipotesi di difesa dei beni personali da quelle di difesa dei beni patrimoniali, riguardo a queste ultime abbia compiuto uno sforzo tipizzatore ulteriore, nel chiaro intento di segnare con maggiore certezza i confini della scriminante anche - ciò che ora interessa - con specifico riguardo all'attualità dell'aggressione. Infatti, dice l'art. 20, che quando si tratta della difesa di beni patrimoniali⁷⁷ occorre che l'aggressione esponga i beni suddetti ad un pericolo grave ed imminente, e che essa costituisca altresì delitto o contravvenzione. Non desta particolari problemi esegetici il primo di questi due incisi, assolutamente analogo a quelli già visti in questo nostro lavoro: la presenza espressa di tale requisito vuole spingere l'interprete ad un maggior rigore nell'applicazione della legge quando si verta in tema di difesa di beni patrimoniali. Quanto al fatto che l'aggressione debba costituire un delitto od una contravvenzione, va detto che normalmente i giuristi spagnoli riconducono tale ultimo requisito al tema dell'antigiuridicità dell'aggressione⁷⁸: è però innegabile che questo limite ha indubbi riflessi anche sul piano dell'attualità e, quindi, dei limiti temporali della difesa. Infatti, fintanto che la condotta aggressiva non venga ad integrare la fattispecie tipica, almeno per quanto concerne l'elemento oggettivo non potrà dirsi che vi sia aggressione rilevante ai fini della difesa: chiaramente la soglia

⁷⁷ Con l'espressione "beni" il codice spagnolo fa riferimento ai beni c.d. patrimoniali in contrapposizione a quelli c.d. personali quali la vita e l'integrità fisica: MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., 323; COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, cit., 384.

⁷⁸ Così ad es. MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, Barcellona, 2006, 432.

iniziale dell'attualità è assai ravvicinata al momento dell'effettiva aggressione, comprimendo al massimo la possibilità di difesa c.d. preventiva. L'imminenza del pericolo dovrà essere giocoforza intesa alla luce anche di questa precisazione, per cui il pericolo non potrà dirsi imminente se non risulti integrato, da parte dell'aggressore, quantomeno un tentativo penalmente rilevante. Anzi, il Legislatore spagnolo ha voluto indicare una speciale prossimità della lesione dei beni aggrediti, in modo tale da far avvicinare quanto più possibile il momento di attivazione della scriminante al momento dell'imminenza della lesione, cioè all'ultima fase del tentativo, successiva a quella - precedente - dell'insorgenza del rischio tipico⁷⁹.

⁷⁹ Nel senso del testo POMARES CINTAS, in PRADEL, CADOPPI (a cura di), *Casi di diritto penale comparato*, Milano, 2005, 76 e ss. L'art. 16 del c.p. spagnolo afferma che: « Si ha tentativo quando l'agente dà direttamente inizio all'esecuzione del delitto tramite atti esteriori, realizzando tutti o parte degli atti che obbiettivamente dovrebbero produrre il risultato, e senza interruzioni questo non si produce per cause indipendenti dalla volontà dell'autore ». Questa nozione è idonea a ricomprendere sia il tentativo compiuto che quello incompiuto, superando con ciò la dicotomia previgente, sebbene lasci tutt'ora degli spazi di incertezza in merito all'effettivo momento iniziale della condotta punibile. Su questo specifico aspetto, la dottrina migliore ritiene si debba muovere da un punto di vista "obbiettivo-soggettivo", ovverosia che si debba valorizzare adeguatamente il piano criminoso perseguito dall'agente, alla luce però di due criteri obiettivi. Tali sarebbero il criterio dell'immediatezza temporale - in base al quale la condotta punibile deve comunque essere la più prossima possibile al delitto compiuto - e quello della esposizione immediata al pericolo: occorre quindi che il bene giuridico protetto sia esposto al rischio immediato di una lesione, sicché il tentativo sussiste quando effettivamente la condotta dell'agente diviene in concreto pericolosa. A differenza della Germania (per la quale vd. *retro sub* § 1.2), il sistema spagnolo tende quindi a posticipare la soglia di rilevanza dell'aggressione ai fini dell'art. 20 rispetto a quella rilevante ai fini dell'art. 16 c.p. iberico; con specifico riguardo agli atti preparatori (l'ultimo segmento dei quali potrebbe già rilevare, secondo i tedeschi, ai fini della legittima difesa) la dottrina iberica si limita infatti a sancirne la generale non punibilità, senza però ricollegarvi particolare rilievo per l'eventuale operatività, a fronte di essi, della legittima difesa; sul punto si veda MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., 344 e ss., 431-433; MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., 419 e ss. Questa differenza non può essere sottovalutata: invero, l'impostazione spagnola ora descritta è (anche) il frutto della particolare sensibilità politico-culturale di quel paese, evidenziando una certa diversità in proposito rispetto alla Germania. Se infatti quest'ultima si preoccupa di garantire il massimo spazio di efficace difesa all'aggredito, in Spagna simile esigenza non è avvertita allo stesso modo, rivelando con ciò una minore attenzione alle ragioni dell'aggredito e forse anche un certo "timore", quasi che l'ordinamento non si fidasse di concedere troppo spazio all'autotutela privata; la più che legittima esigenza di tutela anche dell'aggressore - che in quanto tale non perde comunque la propria soggettività e dignità - è sicuramente una causa di simile approccio, ma forse non ne è la sola.

Analogamente, il codice spagnolo ha inteso puntualizzare che quando si difende il domicilio, l'indebita intrusione in esso è considerata aggressione ingiusta: indubbiamente però, una siffatta aggressione sarà, di per sé, anche attuale.

Chiaro è, innanzitutto, l'intento del Legislatore di introdurre requisiti più certi e precisi per la difesa c.d. patrimoniale, nell'intento di garantire per tale via una maggiore tutela anche ai beni personali dell'aggressore che, ad oggi, non possono essere privati di protezione da parte dell'ordinamento in considerazione della loro primaria rilevanza (diritti fondamentali della persona)⁸⁰. Al verificarsi di tali situazioni, comunque, l'aggressione sarà per ciò stesso considerata attuale e tale dato sarà difficilmente suscettibile di contestazione in sede di giudizio: ciò si traduce, simmetricamente, in un vantaggio per l'agredito, quasi a controbilanciare la scelta di lasciare fuori dalla copertura della legittima difesa le situazioni che precedono le situazioni suddette.

Sulla scorta di tale considerazione, sembra innegabile che il Legislatore spagnolo abbia inteso al tempo stesso fornire una tutela rafforzata a certi beni (diritti della persona, domicilio) che, per il loro particolare valore, fanno passare in secondo piano anche i diritti più importanti dell'aggressore: tra i due soggetti l'ordinamento si schiera a favore di quello che si è visto ingiustamente aggredito, sebbene ciò

⁸⁰ Sotto un altro profilo, però, è altrettanto chiaro che la legge spagnola, così facendo, ha introdotto due meccanismi presuntivi della sussistenza del requisito dell'attualità: uno con riferimento al caso in cui l'aggressione integri un delitto od una contravvenzione, e l'altro per il caso in cui l'aggressione consista nell'illecita intrusione nell'altrui domicilio. Vero è che per l'aggressione ai beni patrimoniali, si richiede anche che il pericolo sia grave ed imminente, ma ciò non toglie che l'art. 20 c.p.s. introduca qui una presunzione di legge, seppure con riguardo ad uno solo dei due componenti in cui consiste l'attualità quando si tratti della difesa del patrimonio.

comporti il sacrificio di importanti beni giuridici dell'ingiusto aggressore.

2.3. La reazione difensiva e la sua necessità.

Occorre preliminarmente ricordare che, con la legittima difesa, l'ordinamento spagnolo afferma bensì la propria prevalenza rispetto alla condotta antigiuridica dell'aggressore ribadendo la protezione dei beni giuridici attaccati, e però esso non pertanto diviene indifferente rispetto alla sorte dell'aggressore e dei suoi diritti. Solo su questa base si potrà comprendere l'esatta portata del requisito della "ragionevole necessità del mezzo impiegato per impedire o respingere l'aggressione".

Sotto un primo profilo, con tale requisito la legge spagnola intende innanzitutto - come anticipato - che vi sia un pericolo attuale per un bene giuridicamente protetto, pericolo a fronte del quale si pone quindi l'esigenza di intervenire in modo tale da evitarne, o comunque contenerne quanto più possibile, la effettiva realizzazione.

Sotto un secondo profilo, la necessità è intesa come necessità del mezzo difensivo impiegato, avuto riguardo alle caratteristiche di questo ed a quelle del pericolo fronteggiato. Nel suo secondo significato, la necessità della difesa intende fungere da limite alla facoltà di reazione dell'aggredito, la cui *ratio* è data dalla perdurante preoccupazione dell'ordinamento spagnolo, descritta in premessa, di

non privare l'aggressore ed i suoi diritti della tutela che comunque, in quanto uomo, non gli può essere negata.

Per distinguere questi due profili si parla anche, rispettivamente, di necessità astratta e concreta della difesa: mancando la prima non vi sarà spazio alcuno per la legittima difesa; mancando solo la seconda, invece, potrebbe residuare spazio per un'eventuale applicazione della c.d. esimente incompleta.

La necessità così intesa viene a confondersi con i concetti di idoneità e proporzionalità: la difesa sarà cioè legittima in quanto idonea ad impedire od evitare la lesione del bene in pericolo, ed in quanto non sia sproporzionata rispetto a quest'ultimo. In effetti, la dottrina e la giurisprudenza iberiche sono concordi nel ritenere che “necessità concreta della difesa” significhi anche e soprattutto sua proporzionalità rispetto al pericolo evitando, da valutarsi - secondo il T.S.⁸¹ - comparando gli strumenti di attacco e quelli di difesa; la dottrina più attenta invece propone un allargamento dei fattori rilevanti, sollecitando un giudizio condotto anche alla luce delle modalità dell'attacco e della difesa, ovvero secondo una valutazione globale dell'”offesa” e della “difesa” nella loro completezza⁸².

Il tratto di originalità del sistema spagnolo risiede però, a parere di chi scrive, nel fatto che questa “proporzionalità” e questa “idoneità”

⁸¹ Ad es. S.S.T.S., 6.11.1986; S.T.S., 9.03.96; S.T.S., 24.02.2000; in effetti, la formulazione della norma, riferendosi al “mezzo” impiegato per la difesa, sembra offrire maggior appiglio alla tesi giurisprudenziale; diversamente, il nostro art. 52 c.p. parla, in punto proporzione, di “offesa” e “difesa”, così prestandosi meglio ad una interpretazione che voglia un giudizio ampio ed onnicomprensivo dell'intera situazione offensiva e difensiva.

⁸² Non si è mancato, tuttavia, di sottolineare come la legge non faccia alcun riferimento alla proporzionalità, ragion per cui è errato ridurre a essa soltanto il significato del secondo requisito di cui all'art. 20, co. IV, c.p. spagnolo: la legge infatti esige soltanto che la reazione sia “razionalmente necessaria” per la difesa (COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, cit., 387).

devono essere “razionali”, a tal proposito dovendosi fare riferimento alla funzione della scriminante: in altri termini, il fondamento concettuale della ragionevolezza risiede nello scopo difensivo che caratterizza l’istituto *de quo*, per cui il perseguimento di esso scrimina l’agente quando la reazione sia ragionevolmente necessaria rispetto a tal fine⁸³. In questo modo però, nel giudizio in merito alla necessità in concreto della difesa, si dovrà tener conto anche di una serie di aspetti attinenti la sfera soggettiva che altrimenti non potrebbero venire in considerazione. Si intende infatti che la “necessità” richiesta dalla norma è, per effetto dell’inciso “razionale”, solamente approssimativa, ovvero si deve essere valutata secondo il parametro dell’*homo eiusdem condicionis*, collocato nel momento e nella situazione in cui si è trovato l’agente⁸⁴. In altri termini, si dovrà tener conto anche della difficoltà in cui versava l’agente che, per l’aggressione ed il pericolo cui era esposto, non era in grado di valutare attentamente e precisamente quale fosse la corretta intensità da dare alla propria reazione: il riferimento alla “razionalità” (o forse meglio, “ragionevolezza”) della reazione permette all’interprete di fare applicazione, ad es., della regola per cui *adgreditus non habet staderam in manu*, così ammettendo la giustificazione di condotte che, secondo un giudizio rigoroso e obiettivo, potrebbero apparire come eccessive o non necessarie.

⁸³ RONCO, voce *Legittima difesa*, cit., 647, spiega che, su questa base, non è ragionevole l’uso di un mezzo idoneo a cagionare significative offese ad un bene di rango sensibilmente superiore rispetto al bene difeso.

⁸⁴ MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., 436, fa pure questo esempio: la difesa sarà ragionevolmente necessaria quando la donna abbia colpito con un coltello il ladro introdottosi in casa forzando la porta, e avventatosi contro di lei, anche qualora risultasse provato che ella aveva la possibilità di colpire l’aggressore con un altro oggetto, stordendolo senza causarne la morte. Ciò perché, dice l’A., «l’urgenza del momento non permette di effettuare un freddo esame di tutte le possibilità».

Punto fermo affinché una difesa possa essere razionalmente necessaria, è comunque che essa sia la meno lesiva per l'aggressore⁸⁵: a tal proposito si è specificato che la fuga, benché possibile, non va intesa come alternativa obbligata all'impiego di un mezzo difensivo lesivo dell'aggressore, e ciò valorizzando la radice pubblica dell'istituto. Si ricorda infatti il principio secondo il quale il Diritto non deve cedere al Torto, ragion per cui l'impiego di una difesa attiva a fronte di una lesione della legalità assume, in molti casi, un valore positivo di ripristino della stessa: sebbene la fuga sia, in molti casi, il mezzo di difesa meno lesivo per l'aggressore, tuttavia da un punto di vista più generale essa non rappresenterà necessariamente la miglior soluzione possibile, discendendone la sua non obbligatorietà per l'agredito⁸⁶.

A chiusura, ricordiamo un ultimo limite posto dalla legge spagnola al diritto di legittima difesa: il difensore non dovrà aver provocato l'aggressione. Con una precisa e chiara presa di posizione, il Legislatore iberico ha così definito una questione intorno alla quale invece molto si discute, nell'assenza di una norma omologa, in Germania ma anche in Italia⁸⁷. Ad evitare risultati in concreto inaccettabili, si intende la norma nel senso che solo quando l'aggressione è la reazione normale alla provocazione, allora al

⁸⁵ POMARES CINTAS, in PRADEL, CADOPPI (a cura di), *Casi di diritto penale comparato*, cit., 79, al riguardo ricorda le sentenze del T.S. del 17.10.2001, del 08.06.1999, del 16.02.1998, del 14.03.1997, del 03.04.1996, del 10.11.1994, del 23.06.1993.

⁸⁶ COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, cit., 387.

⁸⁷ Invero, la semplice quanto intelligente soluzione sembra aver fatto breccia anche nel nostro ordinamento: ad es., il progetto di nuovo codice penale elaborato dalla c.d. "Commissione Nordio" prevedeva espressamente una norma pressoché identica. Recita infatti l'art. 30, co. II del Progetto: «non è scriminato il fatto di chi ha preordinato a scopo offensivo la situazione da cui deriva la necessità di difesa».

provocatore dovrà negarsi il diritto di legittima difesa ex art. 20, co. IV c.p.s.; in ogni caso la provocazione intenzionale è generalmente ritenuta incompatibile con la legittima difesa c.d. “completa”⁸⁸.

2.4. *La difesa incompleta.*

All’art. 21 il codice iberico contempla una particolare circostanza attenuante, con riferimento alle «*causes expresse nel capitolo precedente quando non concorrano tutti i requisiti necessari per l’esonazione della responsabilità nei singoli casi*»: mancando allora uno o più dei requisiti previsti per la legittima difesa, l’agente verrà punito ma potrà beneficiare di una non insignificante riduzione di pena. La norma è applicabile solo quando manchino i requisiti c.d. non essenziali dell’esimente completa di volta in volta considerata: in generale, si ritiene che manchi un requisito non fondamentale della scriminante qualora, pur nell’assenza di questo, persista comunque la base concettuale di essa sicchè se ne può riconoscere la sussistenza almeno parziale; si dovrà poi verificare caso per caso, con riferimento a ciascuna scriminante, l’effettiva applicazione di questa regola. In relazione alla legittima difesa, si comprende allora come la mancanza della necessità astratta della difesa escluda in radice la sussistenza dell’esimente in esame, anche incompleta; all’opposto, la mancanza della sola necessità concreta non impedirà il ricorrere della legittima

⁸⁸ C’è chi parla, a tal riguardo, di abuso del diritto (MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., 327) e chi si rifà al tema dell’*actio illicita in causa* (MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., 439).

difesa “incompleta” di cui all’art. 21 c.p.s.⁸⁹: nel primo caso, per vero, mancherebbe l’aggressione attuale ed antigiuridica; nel secondo invece difetterebbe la ragionevole idoneità e proporzionalità della reazione.

Ciò significa che in caso di eccesso nell’intensità della difesa, ovvero di sproporzione fra difesa ed offesa e pertanto di mancanza di necessità concreta di difesa, il difensore beneficerà della sola esimente “incompleta”, e cioè di una semplice attenuazione di pena⁹⁰.

Tale discorso vale però solo con riguardo all’ipotesi di eccesso nell’intensità della difesa, quindi nel caso difetti il requisito della proporzionalità tra difesa ed offesa. Qualora infatti venga ad essere superato il limite temporale della scriminante, e quindi si reagisca a fronte di aggressioni non più attuali, si deve concludere per la mancanza della base concettuale stessa della legittima difesa: presupposto essenziale della difesa è che vi sia un attacco da respingere, sicchè quando questo manchi non v’è spazio nemmeno per la seconda. L’eccesso “estensivo” è in realtà una non difesa; l’eccesso “intensivo” presuppone un attacco e consiste in una difesa smodata, che avrebbe dovuto - razionalmente - essere meno lesiva.

Anche la mancanza del requisito del difetto di provocazione (art. 20, co. IV, terzo requisito, c.p.s.) porta l’agente a beneficiare dell’”esimente incompleta”: per vero, non si ritiene che questo sia un requisito fondamentale della legittima difesa e quindi che, pur mancando, sussista la base concettuale della suddetta scriminante.

⁸⁹ Si veda MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., 423, 435. POMARES CINTAS, in PRADEL, CADOPPI (a cura di), *Casi di diritto penale comparato*, cit., 81.

⁹⁰ In giurisprudenza si vedano S.T.S. 29.11.99, 30.11.94, 02.10.81, 26.06.73.

Per concludere questo breve *excursus*, ricordiamo un altro caso di difesa “incompleta”, che ricorre quando difetta in capo all’agente il requisito soggettivo della difesa, ovvero quando egli non agisca con la consapevolezza del pericolo cui è esposto e la volontà di respingerlo: in Spagna come in Germania, infatti, si richiede che l’agente operi con la volontà di difendersi, sebbene tale requisito non sia qui inteso come fondamentale e quindi la sua mancanza, pur non escludendo la punibilità dell’agente, non gli preclude una significativa riduzione della pena irroganda.

3.1. Il còde penal francese: la difesa della persona.

Abbiamo già anticipato che in tema di legittima difesa il nuovo codice penale francese (entrato in vigore il 01 marzo 1994) prevede due norme molto importanti, gli artt. 122-5 e 122-6: come vedremo, il primo detta la regola generale, il secondo una sua speciale “eccezione”.

L’art. 122-5 distingue innanzitutto, come il quasi coetaneo codice spagnolo, le due ipotesi di difesa della persona e del patrimonio, dettando una disciplina più rigorosa in relazione alla seconda, nell’ormai consueto intento di garantire, specie in tal caso, la minima ed irrinunciabile protezione dovuta anche alla persona dell’ingiusto aggressore: le tratteremo pertanto in rapida successione, cominciando dalla difesa “personale”. Recita l’art. 122-5, al co. I: *«non risponde penalmente la persona che, a fronte di un attacco ingiustificato contro*

di sé o un'altra persona, compie nello stesso momento, un atto imposto dalla necessità di difendere legittimamente sé stesso o un'altra persona, salvo che vi sia sproporzione tra i mezzi impiegati per la difesa e la gravità dell'attacco». Con riferimento al limite temporale della difesa, la legge francese richiede quindi che il difensore si trovi di fronte ad un attacco e che egli reagisca nel medesimo momento in cui questo attacco sussiste: sembrerebbe che la difesa presupponga un attacco già iniziato, e che essa non possa svolgersi prima o dopo l'attacco, ma necessariamente nel suo stesso istante. Effettivamente, il Legislatore d'oltralpe ha voluto avvicinare quanto più possibile il momento della legittima difesa a quello dell'effettiva realizzazione del pericolo, in base al principio secondo cui solo un attacco immediato e diretto mette la persona aggredita in condizione di non poter ricorrere alla protezione della legge e della forza pubblica: su questa base, il momento oltre il quale si riconosce il diritto di autodifesa deve necessariamente venire postergato quanto più possibile⁹¹. In generale si afferma allora che l'aggressione debba essere immediata, ammettendosi come tale quella che sia almeno imminente ovvero oramai prossima ad iniziare: il limite negativo è dato dall'aggressione c.d. futura che, per la sua non immediata imminenza consente al minacciato di rivolgersi allo Stato per ottenere la necessaria protezione. Se così non fosse, la legittima difesa

⁹¹ Il raffronto con il previgente art. 328 sembra confermare che il Legislatore francese ha perseguito l'obiettivo di limitare la facoltà di autodifesa ai casi in cui sia effettivamente impossibile rivolgersi alla protezione dello Stato. La norma abrogata parlava espressamente di «*necessità attuale*» della difesa, con una formulazione all'evidenza meno vincolante rispetto all'odierna. Tuttavia, si è affermato in dottrina che la nuova norma «*corrisponde in pratica all'interpretazione giurisprudenziale dei termini assai più laconici del vecchio art. 328*» (DESSPORTES, LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Paris, 2009, 699).

verrebbe ad essere tramutata in un mezzo di giustizia personale preventiva, con evidente sviamento della propria funzione e della propria *ratio*⁹². Ancora una volta, nella corretta interpretazione della legge sulla legittima difesa assume rilievo decisivo l'attenta considerazione del fondamento logico-domatico dell'istituto, vero e proprio criterio guida cui rifarsi per risolvere i dilemmi ed i problemi di volta in volta proposti dalle singole fattispecie: l'attualità dell'aggressione, ai fini di cui all'art. 122-5 c.p.f., viene perciò a dipendere dalla possibilità o meno, nel singolo caso, di fare efficace ricorso alla pubblica protezione, poiché solo se questa non sarà in grado di intervenire tempestivamente allora lo Stato potrà tollerare l'esercizio del pur insopprimibile diritto-istinto di autoconservazione. L'impostazione, così delineata, marcatamente pubblicista dell'istituto è confermata dall'ulteriore precisazione per la quale la reazione deve venire posta in essere «*nello stesso momento*» dell'attacco: spostando l'attenzione sulla difesa, il Legislatore d'oltralpe intende completare la delimitazione "temporale" della legittima difesa, esplicitando concetti per vero già insiti nella logica interna dell'istituto e nelle premesse normative fin qui illustrate. La reazione non potrà quindi essere posta in essere prima di un attacco eventuale, allo scopo di prevenirlo: ad es. la vittima di una minaccia non ha il diritto di proteggersi in via preventiva andando a picchiare l'autore delle minacce. Allo stesso tempo, la difesa non potrà essere posta in essere dopo l'attacco, tramutandosi altrimenti in vendetta⁹³. In giurisprudenza si è così precisato che non rientra nella legittima difesa lo sparare

⁹² MERLE, VITU, *Traité de droit criminel*, I, Parigi, 1997, 576.

⁹³ DESPORTES, LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, cit., 700.

sull'aggressore che fugge, né può godere della scriminante chi rientri in una rissa dopo esserne uscito, anche se ne poteva beneficiare quando questa era cominciata⁹⁴.

Tutto ciò suona, alle nostre orecchie, molto simile a quanto fin'ora visto in relazione agli ordinamenti prima esaminati: in altri termini, la legge francese articola su due passaggi (l'essere di fronte ad un attacco e il reagire contemporaneamente ad esso) il limite fondamentale della legittima difesa costituito dall'attualità dell'aggressione, così raggiungendo per una propria via originale i medesimi risultati in precedenza visti. A parere di chi scrive, la soluzione dell'art. 122-5, co. I, pur nulla innovando sul punto, ha comunque il pregio di evidenziare ed esplicitare la relazione cronologica che deve intercorrere tra attacco e difesa, a vantaggio di tutti coloro che sono chiamati a confrontarsi con la norma stessa⁹⁵.

3.2. La proporzione nella difesa della persona.

La reazione difensiva per essere legittima deve anche rispettare un requisito quantitativo, poiché i mezzi impiegati per difendersi

⁹⁴ Crim., 7 dicembre 1999, B., e Crim., 16 ottobre 1979, D., in *I.R.*, 1980, 552.

⁹⁵ Che la reazione debba essere al più tardi contemporanea all'aggressione è - come già più volte spiegato nel presente lavoro - sottinteso alla stessa struttura logica della fattispecie, ed è insito nel riferimento alla necessità difensiva che sorge a fronte di un pericolo attuale. Va però riconosciuto che la formula normativa in commento dà opportuno risalto a tale implicito requisito, a vantaggio di una maggiore chiarezza interpretativa ed applicativa: nel già ricordato caso di chi spari alle spalle dell'aggressore che ormai si è dato alla fuga, è subito percepibile l'inapplicabilità della *l'égitime d'égense* perché si tratta di reazione non (più) contemporanea all'offesa; all'opposto, la reazione contro il ladro che fugga recando con sé il bottino può trovare maggiore legittimazione, posto che verrebbe realizzata nello stesso momento in cui l'attacco è (ancora) in corso.

dovranno essere proporzionati alla gravità dell'attacco. Ricordiamo innanzitutto che il co. I dell'art. 122-5 prende in considerazione la difesa c.d. "personale", ovvero quella che fronteggia un'aggressione generatrice di rischio fisico per la persona: messa in pericolo della vita, della libertà di movimento, dell'integrità personale o sessuale. Nel caso in commento il difensore agisce allora per proteggere beni giuridici di rango primario, e ciò contribuisce a facilitare non poco la risoluzione del problema del giudizio di proporzionalità, anche quando siano stati lesi beni "importanti" dell'aggressore. Invero, le maggiori difficoltà si pongono - in pratica come in teoria - con riguardo a quelle ipotesi nelle quali l'atto difensivo ha provocato la morte dell'aggressore, specie quando quest'ultimo non aveva realmente messo in pericolo la vita dell'agredito: la questione è di esclusiva spettanza del giudice del fatto, il quale non potrà trascurare, nel proprio apprezzamento, di considerare anche la particolare situazione nella quale l'agredito si è trovato, data dalla fulmineità dei fatti, dall'esposizione a pericolo e dalla correlata impossibilità di ben ponderare le proprie determinazioni⁹⁶. Va opportunamente precisato che i termini del giudizio di proporzione individuati dal *còde penal* sono la "gravità dell'attacco" ed i "mezzi difensivi impiegati": la prima, senza

⁹⁶ DESPORTES, LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, cit., 701. Gli stessi Aa. evidenziano come la proporzione sia un portato del requisito della necessità della difesa, nel senso che una difesa smodata è una difesa non necessaria in relazione alla fattispecie concreta di attacco: così, si ricorda che in giurisprudenza è stato affermato che un colpo di pistola non è una legittima risposta ad uno schiaffo (Crim., 4 agosto 1949, in *R.S.C.*, 1950, 47); altresì è stato detto che non reagisce proporzionatamente la donna che, molestata e presa per il collo in un bar da un cliente ubriaco, lo percuote violentemente con il tacco a spillo delle proprie scarpe, pur dopo che un gruppo di avventori era intervenuto circondandoli per neutralizzare l'ubriaco (Crim., 6 dicembre 1995, in *Dr. Pèn.*, 1996, 98).

particolari dubbi, impone di prendere in esame il bene posto in pericolo dall'aggressione e la misura di questa, ovvero l'entità della prospettata lesione del bene. Per quanto riguarda i "mezzi difensivi" invece, dall'analisi dei casi più significativi in tema di proporzione nella difesa personale, sembra potersi evincere che, al di là del dato letterale, sia decisiva la considerazione della lesione cagionata o potenzialmente cagionabile all'aggressore con la difesa concretamente posta in essere: in altri termini, nonostante la legge parli di "mezzi", si deve aver riguardo al risultato che questi hanno prodotto o potevano produrre⁹⁷. Così, è proporzionata la reazione di colui che spari prima un colpo in aria e poi un secondo ai piedi dei quattro aggressori armati avanzanti verso di lui, nonché quella del professore che abbia dato un leggero colpo all'allievo che lo aveva insultato pesantemente e volgarmente, o infine quella di chi impieghi una bomba lacrimogena contro l'usciera che stia commettendo una violazione di domicilio, un sequestro ed altre vie di fatto⁹⁸.

3.3. La difesa dei beni patrimoniali.

⁹⁷ MERLE, VITU, *Traité de droit criminel*, cit., conferma questo assunto, lì dove spiega che: «La maggior parte delle volte, i tribunali, guidati dal principio secondo il quale la risposta deve essere rapportata all'intensità dell'attacco, condannano la vittima che ha volontariamente impiegato dei mezzi, e prodotto un risultato, sproporzionati rispetto alla gravità del pericolo: la legittima difesa cessa in effetti allorché taluno risponda ad un pugno con un colpo di pistola (e qui si parla, propriamente, di mezzi e di loro potenziali effetti, n.d.a.) o ancora allorché taluno uccida o ferisca un vagabondo che non aveva alcuna intenzione omicida (e qui si guarda all'offesa minacciata, nella specie assente, ed alla offesa realizzata dall'agredito per difendersi, n.d.a.)»; i casi citati sono Crim., 21 novembre 1961, e Crim., 12 dicembre 1929.

⁹⁸ Nell'ordine: Crim., 28 novembre 1972; Crim., 18 giugno 2002, in *Dr. Pèn.*, 2002, 134; Crim., 20 ottobre 1993, in *Dr. Pèn.*, 1994, 34.

«Non risponde penalmente la persona che, per interrompere l'esecuzione di un crimine o di un delitto contro un bene, commette un atto di difesa, diverso da un omicidio volontario, allorché questo atto sia strettamente necessario allo scopo perseguito, fintanto che i mezzi sono proporzionati alla gravità dell'infrazione»: così viene delineata, dall'art. 122-5, co. II del codice francese, la legittima difesa dei beni patrimoniali. Che questi ultimi siano i diritti protetti dalla norma, emerge dal raffronto col co. I (ove si parla di difesa da un attacco contro la persona) e dal riferimento al delitto contro un bene, sicchè si deve concludere che la norma in commento disciplina in casi in cui l'attacco non sia diretto contro la persona, ed integri la realizzazione di un crimine⁹⁹.

Dalla lettura della norma, si desume innanzitutto che, per la difesa del patrimonio, sono richiesti presupposti più rigorosi e stringenti che non per la difesa personale: invero, non ogni attacco legittimerà la reazione, bensì solamente quelli che costituiscano un delitto, escludendo perciò dal novero delle aggressioni rilevanti ex art. 122-5, co. II, la vasta gamma delle semplici contravvenzioni (tra le quali, tipicamente, il danneggiamento lieve di cui all'art. 635-1)¹⁰⁰. D'altro canto, ciò porta ad escludere che l'ultimo segmento di condotta che

⁹⁹ Il progetto governativo del nuovo codice, del 1986, parificava totalmente la difesa delle persone e quella dei beni: in Parlamento, l'Assemblea Nazionale era però contraria a simile scelta, temendo una recrudescenza degli eccessi di autodifesa; il Senato per contro appariva più favorevole alla proposta governativa. Il testo vigente è quindi frutto del compromesso fra le due opposte posizioni, avendo dettato una disciplina - come si vedrà - più restrittiva per la difesa del patrimonio ed avendo volutamente evitato, per considerazioni di natura simbolica, qualsivoglia riferimento all'espressione "difesa di un bene".

¹⁰⁰ La giurisprudenza ha chiarito che la condotta di chi colpisce un'auto con un calcio non può giustificare la reazione violenta del proprietario di essa (Trib. Tolosa, 24 gennaio 2002, in *Dr. Pèn.*, 2002, 52).

precede il tentativo possa giustificare la difesa del patrimonio: necessariamente, il proprietario dovrà attendere, per reagire, che sussista almeno il tentativo di delitto, con ciò postergando al massimo la soglia di legittimità della difesa. La scelta di fondo del Legislatore è evidente: i beni giuridici fondamentali dell'aggressore debbono trovare comunque tutela, sebbene a discapito delle possibilità di massima tutela dei beni patrimoniali di chi sia ingiustamente aggredito, e pertanto i diritti personali dell'aggressore potranno essere compressi per la tutela di questi ultimi solamente quando l'aggressione nei loro confronti sia giunta ad assumere una rilevanza tale da essere giudicata, dall'ordinamento, penalmente sanzionabile. Anche qui, la legge interviene definendo direttamente il momento in cui l'aggressione è attuale, tipizzandola e sottraendone l'apprezzamento al giudice del caso concreto: l'attualità coincide con la commissione di un delitto, secondo il tipo normativo di questo. La prossimità con la disposizione di cui all'art. 20, co. IV c.p. spagnolo è evidente ed innegabile, rivelando una forte consonanza tra i due codici, non a caso praticamente coevi.

Ovviamente, la difesa potrà prodursi solamente fintanto che il delitto "offensivo" sia in corso di esecuzione, non più quando la consumazione di esso si sia conclusa: con riferimento al classico caso del ladro che fugga col bottino, si è precisato che la nozione di consumazione del reato deve essere intesa in senso diverso da quello usuale, non coincidendo essa con l'apprensione della cosa, bensì con il definitivo consolidarsi dell'offesa. Su questa base, l'impiego della

forza contro il ladro scoperto a fuggire con il bottino sarà legittimo perché l'esecuzione del reato è, in quel momento, ancora in corso.

Spostando ora l'attenzione sulla reazione difensiva, essa deve per prima cosa essere "strettamente necessaria" allo scopo di respingere la realizzazione del delitto contro il patrimonio: la difesa impiegata deve cioè rappresentare l'unico mezzo interruttivo dell'illecito, di cui disponeva l'agredito¹⁰¹. Oltre a ciò, i mezzi difensivi impiegati dovranno comunque essere proporzionati non al bene in gioco, bensì alla gravità dell'infrazione commessa dall'autore: il parametro di riferimento del giudizio di proporzionalità viene così ancorato ad un dato (almeno in parte) normativo, svincolato dal semplice richiamo al valore materiale del bene. La legge detta poi un chiaro limite negativo alla proporzionalità: nella difesa del patrimonio essa non sussiste se il difensore commette un omicidio volontario. Con il duplice stratagemma del riferimento alla gravità dell'infrazione e non al valore del bene protetto, nonché con l'espressa esclusione della scriminante "patrimoniale" per i casi di omicidio volontario, il *còde penal* cerca di mantenersi all'interno del perimetro di conformità all'art. 2 C.E.D.U., non ammettendo il sacrificio della vita dell'aggressore se non nei casi in cui ciò sia necessario per difendere la vita e l'incolumità dell'agredito.

3.4. *La legittima difesa presunta.*

¹⁰¹ DESPORTES, LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, cit.,704 : va esclusa la legittimità di reazioni violente che non siano state precedute da ammonimenti verbali (così ad es. sparare di sorpresa alle gambe del ladro, senza avergli previamente intimato la resa), se tali avvertimenti avrebbero potuto evitare la violenza.

Completa il quadro della legittima difesa la norma di cui all'art. 122-6 c.p.f., la quale così recita: «*si presume che abbia agito in stato di legittima difesa colui il quale ha commesso l'atto: 1° per respingere, di notte, l'ingresso con effrazione, violenza o inganno in un luogo abitato; 2° per difendersi dagli autori di furto o saccheggio eseguiti con violenza*». In virtù di questa norma, viene accordata una protezione rinforzata ai beni del domicilio (1° ipotesi) e, congiuntamente, della persona e del patrimonio (2° ipotesi), sulla scorta di considerazioni oggettive e soggettive: le prime si rifanno al valore dei beni aggrediti, particolarmente intenso; le seconde invece evidenziano come, in quelle particolari circostanze, è molto difficile per l'aggredito riuscire a mantenere il proprio autocontrollo, mantenendo così la propria reazione nei rigorosi limiti di cui all'art. 122-5¹⁰².

È a questo punto opportuno definire con precisione il significato della norma in commento: essa introduce una presunzione, in forza della quale la persona accusata di un reato, tipicamente contro altra persona (ad es. omicidio o lesioni), potrà sfuggire la condanna beneficiando dell'applicazione della legittima difesa qualora riesca a dimostrare la sussistenza delle condizioni delineate ai numeri 1° o 2° dell'art. 122-6. In altri termini, se l'accusato dimostrerà di aver sparato contro il "ladro" che, entrato in casa ed impossessatosi dei preziosi ivi trovati stava poi per usare violenza agli altri inquilini, ebbene allora per legge si presumerà che egli abbia agito in stato di legittima difesa, con tutte

¹⁰² Nel senso del testo: PRADEL, in PRADEL, CADOPPI (a cura di), *Casi di diritto penale comparato*, Milano, 2005, 56.

le conseguenze del caso. La presunzione dell'art. 122-6 non si limita quindi a presupporre la sussistenza della proporzione fra i mezzi difensivi e la gravità dell'attacco o dell'infrazione, ma sopperisce alla carenza nel caso concreto di qualsivoglia elemento strutturale della scriminante come delineata dall'art. 122-5; certo, nella pratica è la mancanza della proporzione che, più di ogni altra, viene ad essere superata grazie all'art. 122-6, dato che le ipotesi di cui al 122-6 consistono pur sempre in una reazione posta in essere a fronte di un attacco alla persona od ai beni, ma la portata di questa ultima norma è, almeno concettualmente, più ampia¹⁰³, come ora si vedrà.

La presunzione opera, per giurisprudenza e dottrina unanimi, solo relativamente: di fatto si verifica un'inversione dell'onere probatorio, grazie al quale l'accusato viene esonerato dal compito di fornire la prova della sussistenza dei requisiti ex art. 122-5 (in ciò soccorso dalla presunzione ex art. 122-6), ed invece l'Accusa si trova a doverne

¹⁰³ RONCO, voce *Legittima difesa*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 2009, 646, ben chiarisce questo concetto: il Legislatore francese afferma che l'autore in difesa, nei casi di cui all'art. 122-6, ha agito in stato di legittima difesa a prescindere da requisiti e condizioni ulteriori rispetto a quelli di cui a tale norma (e cioè quelli di cui al precedente art. 122-5), per cui non è corretto parlare di presunzione di proporzione. Ciononostante, lo stesso A. riconosce infine che l'art. 122-6, «*in definitiva, ammette che, in taluni casi [...] sia giusto respingere l'offesa anche al di là di un rapporto di proporzione tra il bene minacciato con l'aggressione e quello sacrificato con la reazione. [...] a cagione della particolare intensità dell'offesa, della incontrollabile espansività della stessa e del pericolo pluridimensionale cui la vittima è sottoposta [...]*». Sul punto è notevole la differenza, almeno concettuale, rispetto al nuovo art. 52, co. II c.p. nostro, che invece espressamente si riferisce al «*rapporto di proporzione*». Peraltro, abbiamo visto come anche in punto attualità del pericolo l'art. 122-5 abbia dettato limiti particolarmente stringenti, mediante l'utilizzo di espressioni precise e puntuali quali «*nello stesso momento*» (co. I) o «*per interrompere l'esecuzione di un crimine o di un delitto*»: simili locuzioni non sono riprodotte nell'art. 122-6 sicchè, per la sua applicazione, sarà possibile adottare canoni valutativi meno rigidi e più favorevoli al difensore anche in punto attualità. In tal senso, l'ipotesi sub 2° dell'art. 122-6 potrà ricorrere non solo quando il "ladro" abbia già impiegato la forza per sottrarre il bene, ma anche quando l'uso della violenza sia imminente, pur dopo la già intervenuta commissione del furto (così ad es. PRADEL, in PRADEL, CADOPPI (a cura di), *Casi di diritto penale comparato*, cit., 57).

dimostrare la mancanza¹⁰⁴. Almeno in teoria, se l'Accusa riuscirà in tale compito l'accusato potrà venire condannato nonostante egli abbia previamente dimostrato la sussistenza dell'ipotesi di cui all'art. 122-6, e ciò è confermato dal fatto che in tal caso l'art. 132-18, II alinea, c.p.f. prevede in suo favore una fortissima riduzione di pena: se la presunzione fosse assoluta, l'art. 132 ora visto non sarebbe applicabile perché una condanna del difensore sarebbe impossibile¹⁰⁵. Pure qui, spesse volte nella pratica l'Accusa tenterà di dimostrare l'insussistenza del requisito della proporzione, per le stesse ragioni dianzi esposte, ma la presunzione di cui all'art. 122-6 potrebbe cadere anche qualora venisse dimostrato che in realtà non vi era alcuna aggressione attuale perché, ad es., il ladro stava fuggendo.

La presunzione qui in commento, in ultima analisi, svolge un'importante funzione di salvaguardia del sistema della legittima difesa: essa evita che i rigorosi limiti dettati dall'art. 122-5 vengano a sfociare in risultati considerati inaccettabili per tutta quella serie di ipotesi nelle quali il rango dei beni aggrediti, la particolare intensità del loro attacco, nonché le peculiari condizioni di perturbamento della vittima che usualmente ivi sussistono, impongono una specifica considerazione del caso, al di fuori degli usuali criteri analitici. Si comprende come il problema sia dato dal riemergere, nei casi di cui all'art. 122-6, del paradigma del *fur nocturnus*, il quale non trova

¹⁰⁴ MERLE, VITU, *Traité de Droit Criminel*, cit., 586: la persona che beneficia dell'art. 122-6 non dovrà dimostrare di essere stata vittima di un ingiusto attacco, attuale o imminente, contro la persona od i beni; né egli dovrà dimostrare che la sua risposta era "necessaria". Concordi in giurisprudenza Crim., 21 febbraio 1996, B. e, nella vigenza del vecchio e pressoché identico art. 329, Crim., 11 luglio 1844, S.

¹⁰⁵ Se l'Accusa non riuscirà in tale compito, ovviamente, l'imputato verrà assolto per aver commesso il fatto in stato di legittima difesa, grazie al combinato disposto degli artt. 122-5 e 122-6.

adeguata disciplina nella norma dell'art. 122-5, elaborata con chiaro riferimento al diverso paradigma dello scontro paritario in campo aperto. Senza l'art. 122-6, la vittima del *fur nocturnus* verrebbe trattata alla stessa stregua di chi si trovi a combattere "alla pari" in campo aperto, andando con ciò incontro a sicura reprimenda da parte dell'ordinamento: tale conclusione non è accettabile perché, come detto, si tratta di due situazioni radicalmente diverse e cariche di specifiche insopprimibili esigenze, che rendono necessario un più forte intervento dell'ordinamento al fianco dell'ingiustamente aggredito¹⁰⁶.

4.1. Il sistema della legittima difesa nella common law.

Eleggendo l'Inghilterra a - ovvio - prototipo degli ordinamenti di *common law*, cui principalmente ci riferiremo nella nostra analisi, dobbiamo anzitutto delineare il quadro normativo di riferimento per la legittima difesa, come attualmente vigente in quel Paese: la *self defence* è infatti un istituto ampio, comprendente al proprio interno diverse articolazioni, alle quali corrispondono diverse fonti normative. In via generale possiamo dire che la *self defence* consiste nell'uso legittimo della forza, in difesa di un determinato diritto privato o pubblico, a determinati scopi: a seconda degli scopi perseguiti, si possono distinguere le principali figure di "legittima difesa" presenti nell'ordinamento inglese. La difesa privata, che è la figura più

¹⁰⁶ In argomento è d'obbligo rinviare a SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 14 e ss.

prossima alla nostra legittima difesa, ricorre quando l'uso della forza è finalizzato a proteggere l'agente od un terzo da un'ingiusta aggressione alla vita od all'incolumità fisica ovvero da un'ingiusta compressione della libertà personale: la fonte normativa è in questo caso la *common law*.

L'uso della forza può essere inoltre diretto a proteggere la proprietà dell'agente o di un terzo da un'illegittima appropriazione, distruzione, danneggiamento o utilizzo: in tal caso la fonte è la *statutory law*, precisamente la *section 5* del *Criminal Damage Act* del 1971¹⁰⁷, salvo che l'attacco alla proprietà fosse compreso all'interno di un attacco alla persona, nel qual caso si verterà nella prima ipotesi e, quindi, si tornerà ad applicare la *common law*; in questi due primi casi si parla di *private defence*, ove gli interessi protetti sono appunto quelli privatistici di un singolo soggetto. Infine, l'uso della forza può essere impiegato per prevenire o interrompere la commissione di un crimine, ovvero per compiere o concorrere ad un legittimo arresto in flagranza o di persona indiziata di un reato o di una persona evasa: in questi casi si parla di *public defence* posto che, com'è evidente, gli interessi tutelati hanno natura prettamente pubblicistica. Fonte normativa della *public defence* è il *Criminal Law Act* 1967, precisamente la *section 3*

¹⁰⁷ Precisamente, la *section 5 (2) (b)* recita: «Una persona accusata di un'offesa cui sarebbe applicabile questa sezione [...] dovrà venire trattata come se avesse una scriminante legittima [...] se egli ha distrutto o danneggiato o minacciato di distruggere o danneggiare la proprietà in questione o, nel caso di un'accusa di un'offesa secondo la sezione 3, intendeva usare o causare o permettere l'uso di qualcosa per distruggere o danneggiarla, al fine di proteggere una proprietà appartenente ad egli stesso o ad un terzo ovvero un diritto o interesse nella proprietà che era o che egli credeva essere stato concesso a lui o ad un terzo, ed al tempo dell'atto o degli atti asseritamente offensivi egli credeva (i) che la proprietà, il diritto o l'interesse avessero immediata necessità di protezione; e (ii) che i mezzi di protezione adottati o previsti fossero o sarebbero stati ragionevoli avuto riguardo a tutte le circostanze».

di essa legge: «(1) una persona può usare la forza ragionevole secondo le circostanze per prevenire un reato, ovvero per eseguire o coadiuvare l'esecuzione di un arresto legittimo di un reo o di un sospettato di reato o di una persona illegittimamente a piede libero. (2) La sottosezione (1) di cui sopra sostituisce le regole di common law in merito alla questione di quando la forza usata per uno scopo menzionato nella sottosezione è giustificato da quello scopo»¹⁰⁸.

A completare il quadro è recentemente intervenuto il *Criminal Justice and Immigration Act* del 2008, la cui *section 76* si propone di “chiarire” il funzionamento delle preesistenti scriminanti di legittima difesa, con particolare riguardo ai loro punti più delicati e

¹⁰⁸ SMITH, HOGAN, *Criminal Law, Cases and Materials*, London, 1993, 308, 318. All'entrata in vigore del *Criminal Law Act* nel 1967 ci si chiese se tale legge venisse a disciplinare anche la *private defence*, sul rilievo per cui chi si difende da un'aggressione alla propria persona agisce anche per impedire o interrompere la commissione di un crimine, cioè ai fini di cui alla *section 3* della legge in parola. Così SMITH, HOGAN, *Criminal Law*, Londra, 1978, 325, dicevano che: «La difesa privata e la prevenzione del crimine sono a volte indistinguibili tra loro. Se D interviene in difesa di E, che P sta tentando di uccidere, egli esercita il diritto di difesa privata ma cerca anche di prevenire la commissione di un crimine. Sarebbe assurdo chiedere a D se egli stava agendo in difesa di E oppure per impedire la commissione di un omicidio, e che quindi la legge applicabile al caso di specie dipendesse da questa risposta. D stava facendo entrambe le cose. La legge non può avere dettato due tipi di regole per governare la stessa situazione ed è scontato che sia applicabile la s. 3 del *Criminal Law Act*. Si può ritenere che questa legge sia intervenuta a chiarificare la common law». Oggi la maggior parte dei giuristi inglesi ritiene che le due scriminanti vengano spesso a sovrapporsi l'una all'altra, pur continuando a coesistere l'una nel *common law* l'altra nella *statutory law*: ciò però non desta particolari problemi atteso che ambedue rispondono comunque agli stessi principi di base. In altri termini, la difesa pubblica arricchisce lo schema base della legittima difesa alla luce delle particolari connotazioni pubblicistiche delle situazioni che essa deve disciplinare: conseguentemente, se difettano i requisiti della *public defence* non è però detto che il difensore non possa utilmente invocare la *private defence* e la sua più semplice struttura, che sta alla prima come il meno sta nel più. I casi paradigmatici sono quelli dell'aggressione proveniente da un minore degli anni 10, da un malato di mente, da persona non imputabile per qualsiasi causa o da soggetto che agisca sulla base di un errore sul fatto: in ognuna di queste ipotesi l'aggressione non costituisce reato e, quindi, non è applicabile la legge scritta, dovendosi fare ricorso al *common law*. Insomma, vi è una coesistenza tra *common law* e legge scritta che in certi casi viene ad evidenza ma che, per lo più, non è nemmeno percepita: così ad es. si vedano ELLIOT, QUINN, *Criminal Law*, Harlow, 1998, 239; DINE, GOBERT, *Cases & Materials on Criminal Law*, Londra, 1993, 375.

problematici, senza espressamente innovare alcunché: nelle intenzioni del Governo inglese, che fu promotore di tale legge, essa avrebbe dovuto «*chiarire la legge sulla legittima difesa, affermando la responsabilità dello Stato di schierarsi dalla parte di coloro che agendo in buona fede impiegano la forza per legittima difesa*», nel più ampio proposito di «*proteggere la collettività, promuovere e rafforzare l'accesso alla giustizia, ed aumentare la fiducia della collettività nel sistema giudiziario*»¹⁰⁹. Come vedremo, la sezione 76 ora detta interviene puntualmente su alcuni degli aspetti tradizionalmente più discussi della legittima difesa fornendo delle risposte che, almeno nelle intenzioni del Legislatore, dovrebbero definitivamente risolvere i correlati dubbi e perplessità: se ne parlerà in dettaglio affrontando i singoli argomenti cui essa norma si riferisce.

4.2. Il presupposto della reazione difensiva e l'imminenza del pericolo.

Nel sistema di *common law*, si afferma che l'uso della forza in legittima difesa presuppone che essa sia necessaria: a codesto concetto

¹⁰⁹ Questi gli intenti perseguiti dal Governo, come descritti sul sito istituzionale www.justice.gov.uk/; il *C.J.I. Act* intende dare concreta attuazione al proposito governativo, reso pubblico nel 2006, di «*riequilibrare il sistema giudiziario penale in favore della maggioranza rispettosa della legge*» (www.legislation.gov.uk). Fin d'ora evidenziamo la forte assonanza di questi concetti con quelli espressi, nello stesso periodo di tempo, dal Parlamento Italiano nel cammino che ha condotto all'approvazione della l. n. 59 del 2006, ove la preoccupazione era ancora una volta quella di garantire una maggiore tutela all'agredito, specie ma non solo quando attaccato negli spazi e nei beni più cari. Così si veda <http://www.parlamento.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=14&id=118068>. Sarà allora interessante vedere come gli stessi (dichiarati) scopi siano stati perseguiti e attuati dall'uno e dall'altro ordinamento, pur nelle reciproche peculiarità.

di necessità vanno ricondotti diversi profili, che agli occhi dello studioso continentale andrebbero collocati in altri ambiti, come si vedrà nel corso della trattazione. Si dice allora che nel decidere se una data condotta difensiva era necessaria, le Corti dovranno prendere in considerazione tre fondamentali aspetti: se l'agente poteva ritirarsi dalla situazione di pericolo, se la minaccia era imminente, se l'agente ha commesso degli errori che lo hanno indotto a ritenere che il proprio agire era giustificato¹¹⁰.

Se la minaccia è imminente allora vi è immediata necessità di impiego della forza: ma quando si può dire che la minaccia è imminente? Tradizionale riferimento va, sul punto, al caso *Attorney General for Northern Ireland's Reference No. 2 (1977)*¹¹¹: un cittadino dell'Irlanda del Nord, titolare di un negozio, custodiva al suo interno delle bottiglie incendiarie; scoperto dalla Polizia, fu sottoposto a processo per la loro detenzione senza scopo legittimo. La difesa evidenziò che il negozio dell'imputato era stato recentemente devastato da un tumulto che la Polizia non era riuscita a controllare, sicchè le bottiglie incendiarie erano state predisposte come strumento di difesa in vista di future analoghe situazioni: la giuria fece propria questa tesi, ritenendo che la minaccia di una futura nuova devastazione al negozio del prevenuto fosse sufficientemente imminente. Questa decisione, certo generosa nei confronti dell'imputato, è comunque fondata su un dato importante: era stato infatti dimostrato che in caso di tumulti popolari

¹¹⁰ Quest'ultimo punto attiene al tema dell'operatività soggettiva della scriminante in parola, e non incide direttamente sull'aspetto - qui per noi di interesse - dell'attualità del pericolo e della soglia temporale di legittimità della reazione, sicchè ne tratteremo solamente in modo incidentale, salvo approfondire alcuni punti a proposito del requisito della ragionevolezza.

¹¹¹ ASHWORTH, *Principles of criminal law*, Oxford, 2003, 142; ELLIOT, QUINN, *Criminal Law*, cit., 240.

la Polizia non riusciva a proteggere il prevenuto ed il suo negozio, ed inoltre, tenuto conto del particolare contesto, era fuor di dubbio che simili tumulti erano frequenti e probabili. I concetti chiave su cui si è basato il giudizio in punto attualità sono pertanto quelli già noti, e cioè probabilità del verificarsi di un'offesa (i.e. sussistenza di un pericolo apprezzabile), possibilità di far ricorso alla protezione della Forza Pubblica e di riceverne una tempestiva ed efficace tutela: la presenza del primo e l'assenza degli ultimi due rendono imminente la minaccia e, quindi, immediata la necessità dell'uso della forza. Non sfugge poi come questa impostazione sia tendenzialmente benevola nei confronti della difesa anticipata, ovvero come il requisito dell'attualità venga interpretato in modo pragmaticamente sensibile alle esigenze dell'agredito: ciò trova corrispondenza nel fatto che non si dubita, nel Regno Unito, circa la legittimità della difesa "preventiva", posta in essere quando un'aggressione illegittima è solo imminente e non ancora iniziata¹¹². Per meglio comprendere questo concetto di «*pre-emptive strike*» giova ricordare che i giuristi d'oltremania, parlando di minaccia imminente, fanno comunque riferimento ad un'aggressione che sia almeno iniziata: «*la forza impiegata in legittima difesa di sé o di altri è di solito diretta contro un aggressore che sta tentando un attacco illegittimo*»¹¹³. Utilizzando gli schemi della *civil law*, potremmo dire che la soglia di rilevanza dell'aggressione, ai fini della legittima difesa, viene qui a coincidere

¹¹² ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., 142; per meglio comprendere il concetto di «*pre-emptive strike*» giova ricordare quanto affermano DINE, GOBERT, *Cases and materials on Criminal Law*, cit., 376: «*la forza impiegata in legittima difesa di sé o di altri è di solito diretta contro un aggressore che sta tentando un attacco illegittimo*». Il conce

¹¹³ Così affermano DINE, GOBERT, *Cases and materials on Criminal Law*, cit., 376.

con la soglia di punibilità del tentativo: com'è noto però, simile impostazione non è del tutto soddisfacente e rende necessaria un'anticipazione del punto oltre il quale è lecito difendersi, onde consentire un'efficace tutela dei beni ingiustamente aggrediti anche in casi nei quali non può riconoscersi la sussistenza di un tentativo penalmente rilevante. Grazie alla difesa c.d. "preventiva", allora, il sistema inglese legittima la difesa posta in essere prima che un'aggressione sia cominciata anche solo come tentativo punibile, a fronte del solo pericolo del suo verificarsi.

A completamento di quanto fin qui detto, consideriamo l'eventualità che il difensore abbia la possibilità di evitare il conflitto e di ritirarsi: ciò escluderà la sussistenza di una minaccia imminente? La risposta è tendenzialmente negativa, ma con una precisazione: invero sembra esservi sostanziale accordo circa il fatto che non sussiste, in capo all'aggredito un obbligo giuridico di evitare lo scontro, ma tale possibilità assume significato nella diversa sede del giudizio sulla necessità dell'uso della forza, e sulla ragionevolezza della forza impiegata, come statuito in *McInnes (1971)*¹¹⁴.

¹¹⁴ Nel caso *McInnes (1971)* si affermò che il non aver approfittato di una possibilità di ritirata è un mero indizio («*simple evidence*») che la giuria può impiegare per decidere se fu necessario impiegare la forza e se la forza impiegata fu ragionevole (ELLIOT, QUINN, *Criminal Law*, cit., 240; si veda anche SMITH, HOGAN, *Criminal Law*, cit., 326). ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 143, auspica l'introduzione di un siffatto obbligo generale in grado di controbilanciare il riconoscimento di un diritto di difesa "preventivo", evitando così una pericolosa incentivazione del ricorso all'uso della forza da parte dei privati.

La volontaria esposizione al pericolo da parte del "difensore" esclude in radice la necessità dell'uso della forza, a prescindere da ogni riflessione circa l'imminenza della pretesa minaccia, come affermato ad es. in *Malnik v DPP (1989)*: l'imputato si era recato a visitare una persona che sospettava avergli rubato l'auto; tale presunto ladro era conosciuto per essere una persona violenta sicchè l'imputato aveva portato con sé un arma da arti marziali; egli fu arrestato mentre si avvicinava alla casa del presunto ladro; la Corte respinse la tesi difensiva per la quale il possesso dell'arma era giustificato per l'imminente pericolo di un attacco, puntualizzando che l'imputato si

4.3. Profili problematici in tema di minaccia imminente.

Questa interpretazione tradizionale sconta delle difficoltà ad es. nei casi “limite” di aggressioni intrafamiliari, poste in essere in essere in un quadro di abituale e sistematica violenza domestica: le c.d. *battered women* rappresentano il tipico caso in cui gli schemi ordinari soffrono diversi profili di criticità, non appena si confrontano con paradigmi conflittuali diversi da quelli consueti, con ciò evidenziando molti problemi tutt’ora irrisolti e bisognosi di approfondimento. Si tratta di casi nei quali un soggetto debole del rapporto familiare (in genere la moglie), all’esito di una lunga storia di violenze e soprusi, finalmente reagisce in genere uccidendo il proprio aggressore: la peculiarità sta nel fatto che la reazione non avviene *in continenti* rispetto ad un’ennesima violenza subita, bensì tipicamente quando l’”aggressore” non sembra rappresentare un pericolo (ad es., tipicamente, quando il bruto dorme) ovvero nel fatto che la reazione, quasi sempre letale, è impiegata per fronteggiare un’aggressione apparentemente assai minore sicchè sembrerebbe sussistere una evidente sproporzione fra offesa e difesa¹¹⁵. Restando sul primo aspetto, secondo l’impostazione tradizionale si dovrebbe escludere la sussistenza del diritto di legittima

era volontariamente esposto al pericolo scegliendo di recarsi a casa del ladro (ELLIOT, QUINN, *Criminal Law*, cit., 240).

¹¹⁵ Il tema ha suscitato, negli ultimi anni, vasto interesse; qui ricordiamo alcuni fra gli studi più importanti: WALKER, *The battered woman*, New York, 1979; ID., *The battered woman syndrome*, New York, 1984; DRESSLER, *Battered women who kill their sleeping tormentors*, in *Criminal Law Theory*, Oxford, 2004; in Italia SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 174 e ss.

difesa in capo alla donna che uccida il bruto dormiente: invero, una persona che dorme non rappresenta alcun pericolo né attuale né imminente, a fronte del quale non sussiste alcuna necessità immediata di uso della forza.

La soluzione a questo problema, originariamente elaborata nello scenario nordamericano, risiede nella parziale soggettivizzazione del giudizio circa la sussistenza di una minaccia imminente: se infatti in generale, secondo un parametro oggettivo, una persona che dorme non costituisce un pericolo, è però vero che prendendo in considerazione tutte le circostanze del caso concreto la conclusione può essere diversa. Questo stesso principio verrà utilizzato anche per affrontare la questione della ragionevolezza della reazione della donna maltrattata, pertanto lo si tratterà più compiutamente in quella sede; per l'istante, preme evidenziare come sia tramite l'apertura al piano soggettivo che si può dare adeguata risposta alle istanze ora evidenziate. Ciò è il frutto, come meglio si vedrà oltre, del costante riferimento che i giuristi inglesi fanno alla ragionevolezza della reazione, sicché il tema qui trattato potrebbe essere ripensato nel modo seguente: si potrà ammettere la legittima difesa, se la donna maltrattata riteneva ragionevolmente di essere esposta ad un pericolo (per la propria vita) che non avrebbe potuto, in un successivo momento, evitare¹¹⁶.

Ad ogni modo, il tema è tutt'altro che esaurito, dato che non mancano voci che propongono diverse soluzioni, ad es. mediante l'introduzione di nuove apposite scriminanti¹¹⁷.

¹¹⁶ ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 143.

¹¹⁷ In termini favorevoli all'introduzione di un'apposita scriminante, incentrata sul piano soggettivo della donna maltrattata ed almeno in parte operante a livello della capacità di intendere

4.4. I limiti della reazione difensiva.

Abbiamo detto che la difesa pubblica o privata consiste nell'impiego della forza a determinati scopi: non basta però, ai fini scriminanti, questa destinazione teleologica della *vis*, occorrendo anche che essa presenti ulteriori caratteristiche, fra le quali alcune dipendono dalla fattispecie concreta nel suo complesso ed altre invece si riferiscono - secondo un meccanismo a noi più familiare - al rapporto "quantitativo" fra offesa respinta ed offesa prodotta. Senza il rispetto di questi requisiti, la forza non è legittimamente impiegata e quindi l'agente va incontro a certa punizione: egli quindi, nel porre in essere la propria difesa, deve rispettare dei veri e propri limiti, secondo quanto ora esporremo.

Il diritto inglese impiega, per descrivere tutti questi limiti, il concetto di "ragionevolezza": in ognuna delle tre figure di legittima difesa che abbiamo dianzi ricordato, l'uso della forza deve essere «*ragionevole*» onde essere legittimo, e molto si discute ancor'oggi sull'esatto contenuto di questo concetto. Va detto comunque che il concetto di ragionevolezza è strettamente connesso a quello di necessità: è infatti legittimo l'uso della forza che è ragionevole in rapporto alla necessità

e volere, si esprime la Commissione per la riforma legislativa irlandese, come riferito da ROBERTS, *Global Digest, Legitimate Defence - Ireland*, in *Crim. L. R.*, 2007, 587. Sembra infatti che si stia ivi vagliando l'introduzione di una nuova scriminante per i casi nei quali la donna maltrattata ha "reagito" senza che fosse imminente - secondo la concezione tradizionale - alcun attacco, scriminante significativamente denominata "disturbo emozionale o mentale estremo". Il rischio che si intenderebbe così evitare è quello di una sostanziale abolizione del requisito dell'imminenza, che svolge una fondamentale funzione di contrasto all'abuso del diritto di autodifesa.

difensiva, ovverosia in rapporto alla situazione di pericolo che si deve fronteggiare ed agli scopi così perseguiti.

La questione è resa più complessa dal fatto che nel sistema inglese compete alla giuria popolare, e non al giudice, decidere se una determinata reazione sia stata o meno ragionevole: ciò fa sì che, nonostante il giudice fornisca alla giuria delle direttive più o meno precise onde valutare la sussistenza del requisito in parola, pur tuttavia l'esito del giudizio finale spesso risente di aspetti e valutazioni emotivi o scarsamente tecnici, approdando a risultati non sempre accettabili su di un piano strettamente tecnico giuridico, infine determinando una costante esigenza di approfondimento e chiarificazione.

Si parla, con riferimento a questo particolare punto, di “test di ragionevolezza” cui deve essere sottoposta la condotta dell'agente e dal cui esito dipende, in ultima analisi, l'applicabilità o meno dell'invocata scriminante. La definizione esatta del concetto di *reasonableness* può essere ricavata dall'attenta analisi di questo test, quasi estrapolando dalle sue concrete applicazioni nei vari casi giurisprudenziali, e dalla loro risoluzione, il preciso significato del requisito in commento.

Ciò premesso, l'evoluzione giurisprudenziale¹¹⁸ ha infine condotto il

¹¹⁸ Invero, muovendo dal precedente *Palmer* (1971), che adottava un test eminentemente soggettivo, la giurisprudenza era giunta a conseguenze estreme ed oramai inaccettabili. Nel caso *Palmer*, Lord Morris così istruì la giuria: «*la forza impiegata non deve tendere alla vendetta e l'agente deve aver ritenuto, su basi ragionevoli, che la forza da lui usata fosse necessaria a prevenire o resistere l'attacco e, nel decidere se l'impiego della forza concretamente usata sia stato ragionevole occorrerà avere riguardo a tutte le circostanze del caso*» (SMITH, HOGAN, *Criminal law, Cases and materials*, London, 1993, 313); precisava altresì il giudice che «*una persona che si sta difendendo non può valutare con assoluta precisione la quantità di azione difensiva necessaria. Se la giuria ritiene che, in un momento di inatteso pericolo, la persona aggredita abbia fatto soltanto ciò che istintivamente ed onestamente pensava fosse necessario, questa è la miglior prova del fatto che ella intraprese un'azione difensiva del tutto ragionevole*» (R. v. *Palmer*, in *Crim. L. R.*, 1971, 60). Insomma, secondo Lord Morris la ragionevolezza della reazione dipende per lo più da ciò che, onestamente ed istintivamente, ha ritenuto l'agente: se cioè costui ha agito "in buona fede", convinto di non poter fare diversamente e di essere nel giusto, allora egli deve andare assolto per aver agito in stato di legittima difesa.

Le conseguenze di simile impostazione sono emerse, con evidente franchezza, nel caso *Scarlett* (1994): qui un buttafuori, allontanando un ubriaco dal locale, aveva ecceduto nell'uso della forza cagionando la morte dello sfortunato avventore. La giuria riconobbe bensì l'eccessività della forza impiegata dall'imputato, ma riconobbe che egli «*intendeva solamente impiegare una forza sufficiente ad allontanare il deceduto dal bar*» e, pertanto, ritenne che costui avesse fatto solo ciò che istintivamente ed onestamente pensava fosse necessario. Sulla scorta dell'insegnamento di *Palmer*, la giuria assolse Scarlett dall'accusa di *manslaughter* (R. v. *Scarlett*, in *Crim. L. R.*, 1994, 288 e ss.). Severe critiche furono mosse a questa impostazione nell'ambiente dottrinario, in particolare da Parish, il quale non mancò di sottolineare come si finisse in tal modo per accordare all'imputato quasi un'autorizzazione a delinquere: invero, secondo tale A., l'applicazione dei criteri di onestà ed istintività porta molto spesso a ritenere ragionevole, e dunque pienamente lecita, una data reazione difensiva anche se si fonda su di un errore non scusabile, e quindi colpevole, dell'agente determinato da negligenza ed imprudenza. Inoltre, il test soggettivo permette all'imputato di sottrarsi facilmente alla sanzione penale affermando, ogni volta, di aver usato soltanto il grado di forza che egli onestamente, ossia in assoluta buona fede, reputava ragionevole nelle circostanze concrete effettivamente esistenti o da lui ritenute tali. Passando quindi alla *pars construens* della propria riflessione, Parish caldeggia l'adozione di una versione oggettiva del test di ragionevolezza, sulla scorta di due fondamentali considerazioni: innanzitutto, «*la ragionevolezza è, per definizione, un concetto oggettivo. È pertanto illogico dire che qualcosa è ragionevole solo perché una persona crede che sia necessario*»; del resto, «*la legge esiste per proteggere il debole dal forte, non per scusare il forte solo perché crede di essere debole*» (PARISH, *Self defence: the wrong direction?*, in *Crim. L. R.*, 1997, 201 e ss.). A onor del vero, anche la giurisprudenza inglese aveva avvertito, almeno in parte, i potenziali rischi e le inaccettabili conseguenze connesse all'adozione di un test di ragionevolezza marcatamente soggettivo: così, nel caso *Owino* (1995) si giunse a disapplicare l'insegnamento di *Palmer*. L'imputato aveva sparato all'aggressore che lo minacciava di colpirlo con un semplice pugno: secondo il test di Lord Morris, l'imputato avrebbe potuto essere assolto perché riteneva di aver agito in maniera onesta ed istintiva, così però andando contro ogni più elementare senso di giustizia e contro le stesse evidenze del caso concreto. La Corte giunse pertanto a ritenere irragionevole il grado di forza impiegato dall'agente per respingere l'aggressione, nonostante egli

sistema inglese ad adottare un test di ragionevolezza di tipo oggettivo: la giuria deve cioè adottare come proprio parametro di riferimento il c.d. «*reasonable man standard*», ossia assumere quale paradigma di ragionevolezza la condotta dell'uomo medio ordinariamente prudente. A seguito di ulteriori approfondimenti e riflessioni¹¹⁹, il test è stato ulteriormente raffinato mediante l'inserimento di alcuni profili soggettivi, per cui oggi si parla - più correttamente - di «*reasonable person standard*»: occorrerà cioè compiere un giudizio tendenzialmente obiettivo, quindi identico per tutti, e però al contempo prendere in considerazione anche le specifiche peculiarità del caso concreto che possono aver inciso sul comportamento serbato dall'agente. In questo modo la valutazione, pur astrattamente identica per tutti ed ancorata a parametri oggettivi e quindi comuni, può venire correttamente calibrata rispetto al singolo caso, prendendo in considerazione ad es. le caratteristiche soggettive dell'agredito e dell'aggressore (il primo anziano e solo, il secondo prestante e notoriamente violento), i loro particolari rapporti interpersonali (pregressi episodi di violenza o invece assenza di specifici contrasti) nonché tutti gli altri elementi idonei ad incidere, anche sotto il profilo psicologico, sulla condotta del difensore¹²⁰.

fosse convinto di aver istintivamente agito in maniera onesta, perché «è inaccettabile che un soggetto sia legittimato ad usare ogni grado di forza egli ritenga ragionevole, quanto tale sua convinzione è erroneamente fondata» (R. v. Owino, in *Crim. L. R.*, 1995, 744 e ss.).

¹¹⁹ Ad es. DINE, GOBERT, *Cases and Materials on Criminal Law*, cit., 377, scrivono: «per definizione, la ragionevolezza implica uno standard oggettivo - quello che una persona ragionevole penserebbe in base a determinate circostanze. La percezione delle circostanze, tuttavia, può essere una questione soggettiva».

¹²⁰ Come afferma VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, Padova, 2002, 377: «il test di ragionevolezza è assai delicato, perché, pur essendo in linea di principio oggettivo, deve tenere conto anche degli stati d'animo dell'agredito, il quale reagisce coinvolto emotivamente e, quindi, con minore lucidità».

In questo modo è allora possibile ammettere la ragionevolezza di reazioni che, secondo il parametro rigorosamente oggettivo del *reasonable man* non sarebbero tali, ed il riferimento primo va ai casi delle *battered women*: ad es. nel caso Kelly (1984)¹²¹, l'imputata aveva ucciso il marito dopo l'ennesimo violento litigio, avvenuto stavolta in pubblico e alla presenza della giovane figlia della coppia, fuggita terrorizzata. Messasi quindi alla ricerca della figlia, la sig.ra Kelly si imbattè nuovamente nel marito che le si parò dinnanzi minacciosamente, agitando i pugni: il marito di Kelly era uomo manesco e brutale, non nuovo ad aggressioni e maltrattamenti in famiglia. Convinta che il marito volesse ucciderla, l'imputata pugnalò il marito con un paio di forbici prese dalla borsa, uccidendolo. Kelly fu infine assolta dall'accusa di omicidio, grazie al riconoscimento in suo favore della scriminante della legittima difesa: la giuria ritenne infatti che la reazione di Kelly fosse ragionevole, alla luce dei ripetuti abusi di cui era stata vittima nel corso del matrimonio. Così, nel caso Diaz (1985)¹²², l'imputata, svegliatasi all'alba, aveva ucciso il marito

Il sistema inglese sul punto è fortemente debitore di quello nordamericano, ove la componente soggettiva del parametro della ragionevolezza ha un peso significativo e riconosciuto: si è anche detto che l'essenza del diritto di legittima difesa è la ragionevole convinzione del difensore in base alle circostanze che gli appaiono al momento, convinzione sufficiente onde riconoscere la scriminante in favore del difensore; questa opinione soggettiva verrà poi sottoposta ad un vaglio oggettivo di ragionevolezza da parte della giuria (KNOOPS, *Defenses in contemporary International law*, Leiden, 2008, 66 e ss.). Come spiegano Perkins e Boyce (citati in KNOOPS, *Defenses in contemporary International law*, cit., 67): «la domanda non è se la giuria ritenga che la forza impiegata era necessaria per la legittima difesa, bensì se il difensore, agendo come una persona ragionevole, nutriva questa convinzione».

¹²¹ Si veda SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 174 e ss.

¹²² Vd. nota precedente. I casi qui riferiti sono di provenienza nordamericana, ma la loro valenza persuasiva ben può essere tenuta presente, nel sistema di *common law*, anche dai giudici di altri ordinamenti appartenenti alla medesima famiglia giuridica: anche i giudici inglesi, quindi, hanno preso in considerazione i principi ivi espressi, facendoli propri ed inserendoli così nel sistema giuridico del Regno Unito; del resto, il *Criminal Justice and Immigration Act 2008* mostra di aver

mentre questi ancora dormiva: al processo emerse che la vittima abusava abitualmente della moglie, costringendola a pratiche sessuali particolarmente scabrose. Tenuto conto di questo importante elemento, la giuria ritenne ragionevole la condotta della sig.ra Diaz e la mandò assolta dall'accusa di omicidio¹²³.

Ambedue tali casi sarebbero andati incontro ad un diverso esito se la giuria avesse dovuto applicare il test in chiave esclusivamente oggettiva, posta l'apparente sproporzione - nel primo caso - tra pericolo effettivo e reazione attuata nonché per l'apparente assenza - nel secondo - di qualsivoglia pericolo al momento dell'azione: valorizzando invece alcuni dati, attinenti alla dimensione soggettiva del caso, è stato possibile giungere ad un risultato diverso; è per queste ragioni che si parla di test "tendenzialmente" oggettivo¹²⁴.

Il test è lo stesso per ciascuna delle ipotesi di legittima difesa conosciute dall'ordinamento inglese, ovvero non muta a seconda che

fatto propri questi insegnamenti (vd. oltre). Si tratta pertanto di veri e propri *leading cases* imprescindibili nell'analisi dell'argomento.

¹²³ Qui vediamo come il concetto di ragionevolezza, adeguatamente impiegato, consente di superare le perplessità che il caso suscita non solo con riguardo alla misura della reazione, ma anche con riguardo all'attualità del rischio: il marito dell'imputata invero dormiva e, secondo un generale criterio eminentemente oggettivo, non poteva perciò rappresentare per la moglie alcun pericolo imminente. Il giudizio di ragionevolezza consente però di alzare lo sguardo del giudice (qui, della giuria) anche ai dati soggettivi della vicenda, cioè al profilo caratteriale e comportamentale dei suoi protagonisti, ai loro rapporti interpersonali ed a tutte le altre tessere del complesso mosaico al cui interno essa si colloca. In tal modo, inevitabilmente si giunge ad ammettere la ragionevolezza della reazione e quindi ancor prima si ammette che, ragionevolmente, quell'uomo in quel contesto rappresentava un pericolo incombente per quella donna, sebbene fosse addormentato.

¹²⁴ Questo tipo di test ha comunque pregi e difetti: tra i primi, si evidenziano la sua semplicità e flessibilità che consentono di applicare la legge in modo equo in una gran varietà di contesti sociali, nei quali è possibile che si debba far ricorso alla forza per fermare la violenza od il crimine. Semplicità e flessibilità sono però al tempo stesso difetti del test, poiché il concetto di "forza ragionevole" è assai generale e dipende in misura elevata dal contesto cui deve essere applicato: ciò rende incerti, specie per i cittadini, i confini precisi della legittima difesa, generando in tal modo insicurezza e dubbi (DENNIS, *A pointless exercise*, in *Crim. L. R.*, 2008, 507).

si tratti di difesa pubblica o privata; ciò detto, si deve comunque fare una puntualizzazione per i casi di pubblica difesa finalizzata alla prevenzione di un reato: in tale ipotesi infatti sono diversi i limiti entro i quali è legittimo l'uso della forza, a seconda che l'agente sia un poliziotto ovvero un comune cittadino. *Leading case* cui fare riferimento è *Reed v. Wastie (1972)*: è stato qui riconosciuto che è ragionevole la condotta dell'agente di Polizia che utilizzi la forza quale unico mezzo onde reprimere un reato, anche qualora questo sia di modesta gravità mentre, all'opposto, il privato cittadino non potrebbe agire analogamente, dovendo rivolgersi alla Pubblica Autorità¹²⁵. La diversa portata del concetto di ragionevolezza deriva allora dalla sussistenza, in capo agli agenti di Polizia, di un vero e proprio dovere di prevenire e reprimere la commissione dei reati, mentre per i privati è questa una semplice facoltà.

4.5. *Il recente intervento legislativo ed il concetto di "ragionevolezza".*

Come anticipato, nel 2008 è entrato in vigore il *Criminal Justice and Immigration Act*, il cui intento "chiarificatore" si è principalmente

¹²⁵ Questo il caso: due poliziotti, imbattutisi in un camion fermo sulla corsia di emergenza di una strada (fatto costituente reato secondo l'art. 121 del *Highways Act 1959*), chiesero all'autista di spostarlo ma questi si rifiutò e reagì assumendo un atteggiamento violento nei loro confronti, condendolo di numerosi insulti. I due poliziotti allora arrestarono il camionista ammanettandolo, facendo a tal fine uso della forza; successivamente però uno dei due agenti (Wastie) picchiò il prigioniero rompendogli il naso. I giudici inglesi riconobbero l'illegittimità di quest'ultimo atto, in quanto irragionevole poiché privo di qualsivoglia finalità difensiva; finalità invece ravvisabile nella prima condotta (l'arresto), posta in essere onde interrompere la commissione di un reato, sebbene di scarsa gravità, che quindi fu ritenuta legittima. Si veda *Reed v. Wastie*, in *Crim. L. R.*, 1972, 221 e ss; VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, Padova, 2002, 376.

concentrato, in tema di legittima difesa (*section 76*), sul test di ragionevolezza, statuendo alcuni importanti principi, qui di seguito riportati nelle parti di maggior interesse:

(3) la questione se il grado di forza usato dal difensore era ragionevole in quelle circostanze va decisa con riferimento alle circostanze come conosciute o ritenute esistenti dal difensore;

(4) se il difensore afferma di essere stato convinto dell'esistenza di determinate circostanze

(a) la ragionevolezza di questa convinzione è rilevante per decidere se il difensore la nutrivava sinceramente, ma

(b) se risulta che il difensore la nutrivava sinceramente, egli potrà legittimamente fidarsi su essa ai fini del punto (3), se

(i) essa era stata erroneamente supposta, o

(ii) (se erroneamente supposta) l'errore era ragionevole.

(6) il grado di forza impiegato dal difensore non potrà essere considerato ragionevole, nelle circostanze da egli supposte, se in quelle circostanze era sproporzionato.

(7) nel decidere la questione di cui al punto (3) si devono tenere presenti le seguenti considerazioni (qualora siano rilevanti nelle circostanze del caso):

(a) che una persona che agisce per uno scopo legittimo può non essere in grado di soppesare con precisione l'esatta misura di un'azione necessaria; e

(b) la prova che una persona ha fatto solo ciò che onestamente ed istintivamente credeva fosse necessario per uno scopo legittimo

costituisce forte prova che da quella persona, per quello scopo, è stata posta in essere solo un'azione ragionevole.

(8) il punto (7) non deve esser letto nel senso di impedire che altre materie possano essere prese in esame, ove siano rilevanti per decidere la questione menzionata al punto (3).

(10) in questa sezione

(c) i riferimenti al grado di forza impiegato si rifanno al tipo ed alla misura di forza impiegata.

Si tratta in effetti di una codificazione di regole oramai assodate nella *common law*, dalla cui lettura possiamo trarre alcune interessanti conclusioni: è vero che l'agente che abbia onestamente ed istintivamente fatto ciò che riteneva necessario fare onde difendersi, potrà beneficiare della scriminante in parola anche se la sua convinzione era basata su circostanze *erroneamente* ed *irragionevolmente* supposte (punti 3 e 4), però è anche vero che questa sincera convinzione non potrà sopperire alla mancanza di proporzionalità tra il grado di forza usato ed il pericolo evitato (punto 6)¹²⁶. Inoltre, si precisa (punto 8) che il giudizio dovrà essere condotto alla luce di ogni circostanza rilevante nel caso concreto, con ciò confermando la validità del “*reasonable person standard*” come definito in via giurisprudenziale, fermo altresì il principio per cui la condotta dell'agredito dovrà essere necessariamente elastica, data la particolare situazione in cui egli opera: insomma si deve ricordare che *adgreditus non habet staderam in manu*.

¹²⁶ Il *C. J. A. I. Act* ribadisce poi che per “scopi legittimi” si intendono quelli di legittima difesa secondo la *common law*, la prevenzione dei reati, l'effettuazione di arresti legittimi di cui alla *section 3* del *C.L.A. 1967*; inoltre il riferimento alla legittima difesa comprende la difesa di terzi.

Può essere interessante notare come sia in Italia che in Inghilterra il Legislatore abbia avvertito, pressoché contemporaneamente, la necessità di intervenire sulla disciplina della legittima difesa, onde migliorare l'effettiva tutela per essa apprestata in capo ai soggetti chiamati a difendersi a fronte di ingiuste aggressioni: (anche) in Inghilterra la novella legislativa ha agito introducendo quella che, ai primi studiosi, è apparsa come una "presunzione legale" di dubbio significato ed effetto, cui sono conseguite critiche e perplessità. In particolare, si è poc'anzi riportato il punto (7) (b), secondo il quale la prova che taluno abbia fatto solo ciò che onestamente e istintivamente credeva necessario per il proprio legittimo scopo, costituisce "forte prova" («*strong evidence*») della ragionevolezza della condotta stessa: non è chiaro cosa intenda il Legislatore con quest'ultima espressione, né si comprende se ed in che misura essa introduca una presunzione legale nel sistema¹²⁷.

All'esito di questa panoramica, si ritiene di poter concludere affermando che la ragionevolezza cui si richiama il diritto inglese consiste di un misto di colpevolezza e proporzionalità: ovverosia, ragionevole è quella condotta che, essendo nella volontà dell'agente sinceramente finalizzata allo scopo difensivo, appare non rimproverabile (e questo si intende quando si parla di condotta "onestamente" e "istintivamente" posta in essere per evitare il pericolo). Il rilievo attribuito all'intima volontà dell'agente ed alle sue

¹²⁷ Tanto che - si è detto - «*ci si potrebbe chiedere se questa legge abbia fatto molto per chiarificare qualsiasi cosa*», vd. *R. v Drane*, in *Crim L. R.*, 2009, 204; per le critiche si fa rinvio a DENNIS, *A pointless exercise*, cit., 507. Lo studioso italiano non potrà esimersi dal notare, altresì, l'affinità della soluzione normativa inglese - e delle critiche che ad essa sono state rivolte - rispetto alle nostrane vicende di cui alla l. n. 59/2006 (vd. *ultra cap.* III).

(financo erronee) oneste ed istintive determinazioni si spiega col fatto che la legittimità dell'uso della forza dipende dalla sua rispondenza agli scopi di legge: se l'agente ha posto in essere la condotta da lui onestamente ed istintivamente reputata necessaria onde evitare una qualsivoglia offesa ragionevolmente ritenuta imminente, allora l'uso della forza è consentito dall'ordinamento in quanto teleologicamente orientato ad un obiettivo riconosciuto ed approvato dall'ordinamento stesso. Si consideri infatti che se una reazione non è onesta o istintiva, allora essa è frutto di mala fede, cioè risponde a scopi non di difesa bensì di offesa e, pertanto, esula dall'area logica e giuridica della legittima difesa¹²⁸.

D'altro canto, in coerenza con la funzione e con la volontà difensive della reazione, quest'ultima non può essere smodata o sproporzionata rispetto al male che mira ad evitare, altrimenti si paleserebbe per una vendetta o per una punizione, proprio come se fosse disonesta e calcolata. Irragionevole è allora la condotta offensiva non posta in essere per respingere una minaccia seria ed incombente (o ragionevolmente ritenuta tale), ovvero manifestatasi in forme ed

¹²⁸ Quasi superfluo è allora sottolineare che la *self defence* opera soggettivamente, ovverosia richiede da parte dell'agente la piena consapevolezza - o il suo pur erroneo convincimento - in merito agli elementi di cui la scriminante si compone. Ad es., in *R. v Dadson (1850)* fu condannato il custode che sparò ad un ladro in fuga, in quanto egli aveva fatto fuoco senza conoscere l'esatta posizione giuridica della vittima, che avrebbe giustificato simile reazione e senza nemmeno essersela erroneamente raffigurata (SMITH, HOGAN, *Criminal law*, cit., 328; ASHWORTH, *Principles of criminal law*, cit., 142); più recente è l'altro *leading case R. v. William (Gladstone) 1984*, in *Crim. L. R.*, 1984, 164, nel quale il giudice, riconosciuto che l'agente aveva reagito sulla base di quello che, per il giurista continentale, è un errore di fatto (l'imputato aveva attaccato un altro soggetto che, a propria volta, aveva "aggredito" uno scippatore per bloccarlo: equivocando la realtà, l'imputato aveva scambiato la reazione allo scippo per una ingiusta aggressione), ebbe modo di affermare che: «l'imputato deve essere giudicato sulla base della sua percezione soggettiva della situazione di fatto».

intensità non necessarie rispetto all'esigenza difensiva pur esistente. Il giudizio sul punto dovrà essere fondamentalemente oggettivo e generale ma, al tempo stesso, temperato dalla considerazione di tutti quei dati concernenti la specifica fattispecie concreta ed i suoi protagonisti che, per la loro natura, possono contribuire al pieno apprezzamento ed alla compiuta valutazione del singolo episodio.

In merito al contenuto del giudizio di ragionevolezza, con particolare riguardo all'aspetto della proporzione fra offesa e difesa, grande importanza va data alla comparazione fra i beni giuridici contrapposti, alla natura ed al grado della forza impiegata, alla gravità del male evitato ed alla possibilità di impiegare altri mezzi¹²⁹. Si noti però che il mero raffronto fra i beni in conflitto non è affatto esaustivo: invero nel sistema inglese la legge ben ammette l'uso della forza a tutela della proprietà privata, con ciò ammettendo l'astratta occasionale prevalenza di quest'ultima anche sui beni personali dell'aggressore. In proposito si è recentemente detto che la valutazione in punto ragionevolezza e proporzione va condotta «*senza attribuire speciale valore al diritto di proprietà solamente perché l'altra parte è nel torto (cioè sta commettendo un reato)*», e d'altra parte non si può oggi prescindere dall'influenza dell'art. 2 C.E.D.U., in base al quale si deve riconoscere che il bene vita dell'ingiusto aggressore può essere sacrificato solamente a tutela di beni giuridici personali di rango altrettanto elevato, ed a fronte di minacce di loro serie lesioni¹³⁰.

¹²⁹ CROSS, JONES, *An introduction to Criminal Law*, cit., 137, riportando le parole del settimo rapporto del Comitato per la revisione del diritto penale, su cui si basò anche il *Criminal Law Act* 1967.

¹³⁰ Sul punto ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., 140: si tratta della posizione sicuramente più avanzata e, comunque, più attenta agli insegnamenti della Corte di Strasburgo. Tra

5.1. Il diritto penale internazionale.

La prima compiuta codificazione internazionale della legittima difesa è contenuta nello Statuto di Roma, ovverosia dello Statuto per la Corte Penale Internazionale Permanente siglato a Roma il 17 luglio 1998¹³¹, all'art. 31, lett. c).

La scriminante viene configurata come una causa individuale di esclusione della responsabilità penale, destinata ad operare in modo indipendente dalla responsabilità internazionale dei singoli Stati ai quali l'agente può venire ricondotto, secondo quanto meglio diremo

questi ricordiamo la sentenza *McCann*, che direttamente riguarda l'Inghilterra: dei sospetti terroristi dell'I.R.A. vennero uccisi in un conflitto a fuoco dalle forze speciali inglesi; in base alle informazioni possedute, i sospettati stavano preparando un attentato e disponevano perciò di molto esplosivo, circostanza poi smentita; ciò nonostante, la Corte Europea ritenne che le forze speciali avessero agito ragionevolmente sulla base delle informazioni di cui disponevano e cui ragionevolmente prestarono fede (si trattava di informazioni loro fornite dai servizi di sicurezza governativi). I giudici europei però chiarirono che l'uso di forza letale da parte degli agenti di sicurezza non deve mai essere automatico ma anzi deve costituire per loro un'*extrema ratio*; tant'è che anche il loro addestramento deve essere finalizzato innanzitutto a neutralizzare l'avversario senza cagionargli lesioni o comunque contenendo al minimo le conseguenze per lui dannose (COPPEL, *The human rights Act. Enforcing the European Convention in the domestic courts*, Chicester, 1999, 191). Altra conseguenza di queste affermazioni è che il giudizio in punto proporzionalità dovrà essere più severo nei confronti degli operatori delle forze di Polizia che non rispetto ai privati cittadini.

¹³¹ La firma del trattato era il culmine della conferenza svoltasi a Roma dal 15 giugno al 17 luglio del 1998, cui presero parte 120 Stati; i lavori preparatori erano comunque in corso già da diversi anni. Il Trattato è entrato in vigore il 1 luglio 2002, con la sessantesima ratifica. La Corte Penale Internazionale si pone come organo permanente e generale, a differenza dei precedenti Tribunali Speciali per il Rwanda e per l'Ex Jugoslavia: essa potrà pertanto giudicare di qualsiasi crimine internazionale commesso dopo l'entrata in vigore dello Statuto nei territori di uno qualsiasi dei paesi parte o da cittadini di uno degli Stati parte, come sancito agli artt. 4 e 12 dello Statuto (AMATI, CACCAMO, COSTI, FRONZA, VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 18 e ss.; vd. inoltre *retro* cap. I, § 7, p. 31 e ss.). L'influenza del sistema di *common law* nella redazione di questa norma appare evidente, specie dopo quanto esposto ai paragrafi precedenti, come si intuisce dalla presenza di riferimenti alla ragionevolezza ed all'uso della forza.

più oltre. La struttura dell'istituto è quella consueta: un soggetto impiega la forza onde respingere un pericolo di offesa ingiusto ed attuale, mantenendo la propria reazione nei limiti della ragionevolezza e della proporzione.

Quanto alla situazione offensiva, premessa necessaria dell'operatività dell'istituto, essa viene espressamente definita come “uso della forza imminente ed ingiusto”: è evidente che, non parlando la norma di “pericolo” ma di “uso della forza”, l'esatta definizione del concetto di imminenza è importante onde evitare un'eccessiva postergazione della soglia di legittimità della reazione difensiva, con il conseguente svuotamento della scriminante. Come visto, è generale opinione dei vari ordinamenti nazionali quella per la quale sarebbe assurdo imporre ad un soggetto di attendere che contro di lui parta il colpo, prima di difendersi, in quanto così si verrebbe in pratica a negare la protezione di quei beni giuridici che la legittima difesa intende tutelare.

In merito all'esatta individuazione del punto oltre il quale è legittimo reagire, occorre considerare la forte influenza che, nella redazione dello Statuto, ha avuto il sistema della *common law*: in particolare, dobbiamo ricordare che in quell'ambito si ammette senza riserve il diritto di «*pre emptive strike*», inteso come possibilità di impiegare legittimamente la forza per respingere un'aggressione illegittima che sia solo imminente e non ancora iniziata, nemmeno a livello di tentativo punibile¹³². Tenuto conto di questo, sembra possibile legittimare una reazione posta in essere a fronte del solo pericolo attuale di un attacco, intendendo con tale espressione quel segmento di

¹³² Vd. *retro* § 4.2.

condotta che immediatamente precede la realizzazione di un tentativo punibile e però già rappresenta, per il “difensore”, un rischio serio a fronte del quale si pone la necessità ragionevole di difendersi, onde evitare una futura irrimediabile lesione dei beni giuridici protetti. Il pericolo dovrà essere obiettivamente esistente: la sua semplice supposizione, da parte dell’agente, potrà al più valere ai fini dell’art. 32 St.C.P.I. quale errore di fatto¹³³.

Ciò chiarito, l’evidente coincidenza della nozione internazionale di situazione offensiva con quella propria dei singoli ordinamenti nazionali, ha determinato il riprodursi anche in quella sede di alcuni problemi recentemente emersi all’attenzione dei vari Stati: il riferimento va a quelle situazioni di violenza reiterata, nelle quali la vittima ritiene di essere costantemente esposta a gravi pericoli per la propria vita ed incolumità fisica anche quando, obiettivamente, manchi l’imminenza di un’offesa. Tenuto conto del tipo di crimini devoluti alla giurisdizione della C.P.I., caratterizzati dalla sistematicità dell’aggressione e dal carattere massivo dell’offesa, è facile comprendere come sia tutt’altro che improbabile che in tali vicende taluno abbia avuto la percezione di una permanente imminenza della minaccia, all’interno di un contesto di violenza prolungata e diffusa brutalità.

È agevole riconoscere in questa situazione i tratti di una figura oramai conosciuta al lettore, ovvero quelli delle violenze domestiche e

¹³³ Affianca espressamente il pericolo all’uso della forza ESER, *sub art. 31*, in AA.VV., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden, 1999, 549. Lo stesso A. evidenzia come lo St.C.P.I. diverga in modo significativo, sul punto, dai sistemi di *common law* nei quali il semplice convincimento dell’agente circa la sussistenza di un pericolo imminente, anche quando tale convinzione è irragionevole, vale a fondare l’operatività della scriminante.

intrafamiliari tipiche dei casi di c.d. donne maltrattate: in queste ultime situazioni, come in quelle conoscibili dalla C.P.I., si pongono i medesimi problemi in merito all'effettiva sussistenza di una minaccia imminente ed alla proporzionalità della reazione, con il rischio di soluzioni disomogenee e scoordinate.

La formulazione dell'art. 31 St.C.P.I. ricalca sul punto la lapidarietà e la sinteticità delle legislazioni nazionali che ne sono matrice, non dando risposta a tali problemi: ancora una volta, dunque, dovrà farsi riferimento alle varie esperienze statali onde reperire i più opportuni criteri di risoluzione e, in tal senso, sembra prevedibile che il riferimento alla ragionevolezza indurrà la Corte ad adottare un modello di giudizio misto, obiettivo e soggettivo, idoneo ad attribuire rilevanza anche alla percezione soggettiva dell'agente, così da consentire il riconoscimento della legittima difesa anche nelle circostanze ora in esame¹³⁴.

5.2. La reazione difensiva: ragionevolezza e proporzione.

Anche in merito al secondo polo della legittima difesa, la formulazione dell'art. 31 St.C.P.I. non presenta significative novità rispetto a quanto visto soprattutto nel panorama della *common law*: la

¹³⁴ Poc'anzi si è detto, *sub* §§ 4.3. e seguenti, delle soluzioni elaborate dal sistema inglese e nordamericano in merito alle ipotesi di *battered women* e quella sarà la strada che, presumibilmente, percorrerà la Corte nel risolvere i casi qui in esame. A proposito di quanto esposto nel testo si veda AMATI, CACCAMO, COSTI, FRONZA, VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 236 e ss.

ragionevolezza della reazione andrà tarata in riferimento allo scopo difensivo ed alla convinzione soggettiva dell'agente, secondo un giudizio misto oggettivo e soggettivo, ovverosia con riferimento al parametro dell'individuo medio, calato però nel contesto e nelle circostanze del caso specifico. L'agente potrà pertanto invocare la scriminante *de qua* anche qualora il pericolo non sia stato effettivamente esistente: come visto infatti, secondo il sistema inglese, ciò che rileva sul punto è soprattutto l'atteggiamento interiore dell'agente, cioè la ragionevolezza della sua reazione in rapporto alla situazione offensiva percepita¹³⁵.

La reazione ragionevole deve anche essere proporzionata rispetto al grado di pericolo cui erano esposti l'agente o il terzo, ovvero i loro beni: occorre però ora fare una precisazione.

Invero, la C.P.I. internazionale è chiamata a giudicare di gravissimi illeciti che costituiscono motivo di allarme per l'intera comunità internazionale, riconducibili a quattro diverse categorie: a) genocidio; b) crimini contro l'umanità; c) crimini di guerra; d) crimine di aggressione (art. 5 St.C.P.I.). Si tratta cioè di illeciti che, all'atto pratico, si traducono in gravi offese ai beni della vita e della incolumità individuale delle vittime: si pensi al caso del genocidio,

¹³⁵ Abbiamo ricordato prima, ai §§ 4.1. e ss., che nel sistema della *common law* non rileva la circostanza che la situazione aggressiva sia stata irragionevolmente supposta dall'agente, quanto piuttosto che egli abbia tenuto una reazione ragionevole rispetto a tale situazione irragionevolmente supposta; in termini continentali, potremmo dire che l'errore in merito alla sussistenza dei presupposti operativi della scriminante, anche se colpevole, comunque giova all'agente. Tale principio trova il proprio bilanciamento nell'inderogabile requisito della proporzionalità fra offesa e difesa e nella regola per la quale la reazione deve comunque essere coerente rispetto al fine difensivo; si vedano AMATI, CACCAMO, COSTI, FRONZA, VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 240 e ss.; KNOOPS, *Defenses in contemporary International law*, cit., 76 e ss.

che consiste nell'uccisione di tutti gli individui appartenenti ad un certo gruppo etnico. La legittima difesa ex art. 31 St.C.P.I. manderà esente da responsabilità penale il singolo che abbia commesso taluno dei fatti rientranti in queste categorie e, quindi, ha l'effetto di scriminare tutta una serie di lesioni alla vita ed alla incolumità individuale, cioè ammette la lesione di beni giuridici primari.

Su questa base, il requisito della proporzione non pone particolari problematiche ove l'agente abbia reagito onde difendere la vita e l'incolumità individuale propria od altrui, trattandosi di beni giuridici omogenei; al contrario, perplessità possono sorgere con riguardo alla difesa dei beni patrimoniali visto il diverso rango dei beni giuridici vita e incolumità individuale rispetto al diritto di proprietà, e tenuto conto dell'entità numerica e qualitativa della compromissione dei primi (si pensi, ad es., al genocidio).

Ben si comprende allora perchè l'inclusione della difesa dei beni patrimoniali all'interno dell'art. 31 St.C.P.I. sia stato uno dei punti più dibattuti nei lavori preparatori dello Statuto, con polemiche non sopitesi nemmeno dopo l'approvazione finale dello stesso: invero, ammettere la commissione di crimini così gravi contro la vita e l'incolumità individuali, onde tutelare la semplice proprietà, a taluni è apparso uno svuotamento della norma, un modo per rendere ineffettiva la tutela che essa intende apprestare alla vita ed all'incolumità individuale¹³⁶. L'inclusione della proprietà fra i beni

¹³⁶ SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2004, 90; LEE (a cura di), *The International Criminal Court*, L'Aja, 1999, 207; AMATI, CACCAMO, COSTI, FRONZA, VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 238 e ss.; KNOOPS, *Defenses in contemporary International law*, cit., 76 e ss., ove si rammenta come soprattutto

legittimamente difendibili risponde però a ben precise esigenze, che si riflettono nelle pesanti limitazioni che solo per questa sono previste dall'art. 31 cit. A differenza infatti della difesa della persona, lo Statuto limita innanzitutto la difesa dei beni patrimoniali ai soli crimini di guerra: ciò significa che i più gravi crimini internazionali contro le persone (genocidio e crimini contro l'umanità, in particolare) non potranno mai essere tollerati onde proteggere la proprietà di chicchessia. Inoltre, la tutela dei beni materiali viene distinta in due sottoclassi: la prima consiste nella protezione di beni che siano «*essenziali per la sopravvivenza della persona*» dell'agente o di un terzo; in questo caso allora la tutela dei beni materiali è in realtà un modo indiretto di tutelare la vita e l'incolumità delle persone, che si realizza tramite la protezione di quei beni che sono essenziali per la loro sopravvivenza. Ergo sul punto il requisito della proporzionalità non soffre particolari difficoltà applicative: la commissione di atti costituenti crimini di guerra (ad es. rappresaglia contro civili) potrà essere tollerata se ha rappresentato il mezzo per realizzare la indiretta protezione della vita dell'agente o di terzi.

Il vero *punctum dolens* della norma è rappresentato dall'altra sottoclasse: l'art. 31 ammette infatti la tutela dei beni patrimoniali «*essenziali [...] per compiere un'operazione militare*»: legittimare la realizzazione di crimini di guerra, posti in essere onde consentire il compimento di missioni militari appare, a prima vista, contraddittorio rispetto alla dichiarata volontà di perseguire tali crimini. Tale

quattro studiosi belgi abbiano formulato severe critiche a questa scelta; critico anche CASSESE, *The Statute of the ICC: some preliminary reflections*, in *Eur. J. of Int. L.*, 1999, 154 e ss.

obiezione, in sé legittima, può venire superata mediante l'esatta individuazione del concetto di "operazione militare" al cui compimento è finalizzata la tutela dei beni patrimoniali: essa deve consistere in un'operazione militare legittima secondo il diritto internazionale, tenendo presente che il carattere difensivo dell'operazione bellica cui l'agente partecipa non determina, di per sé solo, tale legittimità¹³⁷. Si comprende allora la *ratio* della norma: consentire ai soggetti che si occupano di salvaguardare i beni materiali necessari allo svolgimento di un'operazione militare legittima, di beneficiare personalmente della causa di esclusione della responsabilità di cui all'art. 31 St.C.P.I. e cioè, in ultima analisi, di assicurare l'efficace svolgimento delle operazioni militari legittime.

Si dovrà allora ammettere la legittimità di una reazione che colpisca beni giuridici primari, quali la vita o l'integrità personale dell'aggressore, anche se posta in essere onde tutelare dei semplici beni patrimoniali (a patto che essi fossero essenziali per scopi militari legittimi, e che si siano commessi "solo" dei crimini di guerra): è lo Statuto che sancisce questo principio, sottraendo il confronto fra i beni coinvolti al giudizio della Corte, pur nell'ambito di precisi paletti.

Ecco allora che il limite della proporzione ex art. 31, lett. c) St.C.P.I. va inteso in modo peculiare, rispetto a quanto abbiamo visto avvenire solitamente nei vari ordinamenti nazionali: qui il giudizio di comparazione fra beni è predefinito dal legislatore, sicchè il giudice

¹³⁷ AMATI, CACCAMO, COSTI, FRONZA, VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 241-242; ESER, *sub art. 31*, in AA.VV., *Commentary on the Rome Statute*, cit., 549-550; KNOOPS, *Defenses in contemporary International law*, cit., 79-80; MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello statuto della Corte Internazionale Penale*, in *R.I.D.P.P.*, 2000, 258-259.

dovrà prendere in considerazione tutti gli altri fattori che permettono di definire la “misura” dell’offesa minacciata, quali l’intensità della lesione che questa determinerebbe, la prossimità temporale del suo verificarsi rispetto al momento in cui la reazione viene posta in essere, la possibilità di fare ricorso a strumenti alternativi o comunque meno lesivi per evitare l’offesa e la tempestività della reazione stessa.

Insomma, anche la C.P.I. è chiamata a compiere un giudizio oggettivo, che tenga però conto di tutte le circostanze rilevanti del caso concreto, secondo un principio oramai noto e, come si spera di aver fin qui chiarito, generalmente diffuso e condiviso.

5.3. Il diritto alla vita nell’art. 2 della C.E.D.U.

A completare il quadro europeo, non può tacersi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo la quale, all’art. 2, impone ad ogni Stato Parte di realizzare un sistema legale che tuteli il diritto alla vita di ognuno, e altresì sancisce il generale divieto di intenzionale privazione della vita¹³⁸; il co. II dello stesso articolo è quello più

¹³⁸ Originariamente la norma conteneva una clausola di salvezza per i casi di condanne a morte pronunciate da Tribunali per reati puniti con la pena capitale: tale inciso ha però perso di significato quando, con il VI Protocollo addizionale del 1983, gli Stati membri del Consiglio d’Europa hanno scelto di bandire la pena di morte dai loro sistemi sanzionatori (VIGANÓ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Cass. Pen.*, 2008, Supp. XII, 89). È appena il caso di ricordare che la C.E.D.U., in quanto accordo fra Stati, vincola questi ultimi e non direttamente i loro cittadini (anche se sul punto vi sono voci di diverso avviso, si veda in DASSONVILLE, *Droit de légitime défense et débordement éventuels: aperçu de droit comparé*, in *R. D. P. Crim.*, 2008, I, 9): in particolare, la Convenzione di Roma impone ai vari Paesi di realizzare un sistema legale di protezione effettiva, completa ed efficace del diritto alla vita di ogni persona all’interno del loro territorio, con ciò gravando gli Stati contraenti di veri e

rilevante ai fini della legittima difesa, in quanto prevede alcune espresse ipotesi nelle quali la morte di un individuo non si considera cagionata in violazione dello stesso articolo, poiché rappresenta «*il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario*» per difendere un'altra persona da una violenza illegale, per eseguire un arresto od impedire un'evasione, per reprimere legalmente una sommossa od una insurrezione.

Il diritto alla vita può allora essere oggetto, in predeterminate ipotesi, di limitazioni: gli ordinamenti dei vari Stati Parte non potranno pertanto ammettere il sacrificio del diritto alla vita di alcuno, fuori dai casi sopra detti di cui alle lettere da a) a c) dell'art. 2, co. II C.E.D.U.¹³⁹.

Sappiamo (ad es. dallo studio del diritto inglese) che quando si parla di uso della forza onde proteggere una persona da una violenza illegale, si parla di legittima difesa: la lettera a) del co. II dell'art. 2 cit. merita pertanto, in questa sede, un doveroso approfondimento. Non sfugge infatti che tale norma si traduce nel divieto di scriminare il sacrificio del diritto alla vita dell'ingiusto aggressore, salvo che tale sacrificio sia «*assolutamente necessario*» onde proteggere un'altra

propri obblighi positivi di *facere*. Gli Stati membri devono infatti astenersi dal compiere azioni che pongano in pericolo la vita dell'individuo, ma devono pure attuare un sistema che offra adeguata protezione alla vita delle persone poste sotto la loro giurisdizione anche contro pericoli provenienti non dallo Stato, ma da terzi individui (RUSSO, BLASI, *Art. 2, Diritto alla vita*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, Padova, 2001, 40 e ss.).

¹³⁹ Forte è l'assonanza fra questo articolo e la *Section 3 del Criminal Law Act 1967* vigente nel Regno Unito, da noi ricordato ai §§ 4.1. e ss. di questo capitolo: anche lì, infatti, l'uso della forza veniva legittimato in relazione agli scopi cui era preordinato, i quali per vero sono praticamente gli stessi nell'uno e nell'altro sistema (e potremmo riassumerli nella dicotomia tutela dei singoli individui - tutela della legalità e della collettività). Ciò riflette la grande attenzione che il Legislatore inglese ha tributato alla C.E.D.U. ed alle sue norme, ed il conseguente sforzo di realizzare un sistema penale compatibile con queste.

persona da una violenza illegale: in altri termini, nessun ordinamento potrà ammettere l'uccisione dell'ingiusto aggressore per fini di tutela di beni giuridici non attinenti alla *persona* dell'ingiustamente aggredito. Questo principio dispiega la propria efficacia, quanto alla legittima difesa, sul secondo dei limiti legali che essa conosce, ovvero sulla proporzione, ponendo una prima regola di giudizio di efficacia pressoché decisiva: il sacrificio di beni giuridici personali dell'ingiusto aggressore non è legittimo se finalizzato alla tutela di beni giuridici di tipo diverso da questo. In altri termini, se uno Stato Parte dovesse ammettere nel proprio sistema penale l'uccisione dell'ingiusto aggressore onde tutelare beni meramente patrimoniali, ebbene tale Stato si renderebbe responsabile di una violazione dell'art. 2 C.E.D.U. poiché ammetterebbe il sacrificio del bene giuridico vita per fini non di tutela della persona. Questa affermazione va però adeguatamente precisata, date le importanti conseguenze che possono derivarne: l'art. 2 C.E.D.U. ammette infatti il sacrificio della vita di un consociato se ciò è necessario per proteggere una «*persona*» da una «*violenza*» illegale. Ebbene, è indubbio che riferendosi alla «*persona*» l'art. 2 cit. abbia inteso riferirsi non solo al bene giuridico vita, ma anche all'incolumità individuale dei singoli; del pari, parlando generalmente di «*violenza*» si è voluto comprendere ogni forma di attacco alla persona, e cioè alla vita ed all'incolumità individuale di ognuno, quale che ne fosse il grado di intensità e la carica offensiva. Trasponendo queste precisazioni al tema della legittima difesa, possiamo concludere che sarà conforme a C.E.D.U. quel sistema che ritenga la proporzione fra offesa e difesa in tutti i casi nei quali beni

giuridici primari dell'aggressore (cioè vita e incolumità individuale di costui) siano stati sacrificati per proteggere beni giuridici altrettanto primari dell'agredito, senza però che si debba concludere nel senso che l'omicidio sia scriminabile solo per proteggere la vita e non anche la semplice incolumità individuale: ben potrà l'ingiustamente agredito respingere un attacco non mortale alla propria persona ricorrendo ad una forza mortale, se tale difesa è assolutamente necessaria a tal fine¹⁴⁰.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo valuterà in autonomia il rispetto dell'art. 2 da parte degli Stati, in punto proporzione secondo un giudizio il più possibile ampio ed onnicomprensivo, attento non soltanto agli atti compiuti dagli agenti, ma anche al complesso delle circostanze del caso; in punto di rispondenza alle finalità di cui alle lettere da a) a c) dell'art. 2, sarà necessario accertare la sussistenza, in capo agli agenti, di una «*convinzione plausibile ritenuta, per buoni motivi, valida all'epoca degli avvenimenti [anche se] successivamente si rivela errata*»¹⁴¹. È pertanto confermata la necessità di un requisito soggettivo della difesa, in altri ordinamenti definito come

¹⁴⁰ Già CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 152 e ss., riconosce il significato ampio del termine «*persona*» impiegato dall'art. 2 C.E.D.U.; nel senso del testo anche SIRACUSANO, *Questioni ancora aperte sulla riforma della legittima difesa*, in *Ind. Pen.*, 2008, 46 e 57; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 258. La stessa Corte Europea ha comunque chiarito che nel valutare la legittimità dell'uso della forza (da parte di agenti dello Stato), occorre tener conto anche «*del pericolo per le vite umane e l'integrità fisica*», confermando così l'ampia portata della nozione di «*persona*» di cui all'art. 2, co. II, lett. a) C.E.D.U. (*Parere della Commissione nel caso Diaz Ruano*, citato da DE SALVIA, *Compendium della CEDU*, Napoli, 2000, 31).

¹⁴¹ Tutti questi principi sono stati chiaramente enunciati nella Sentenza della Corte *McCann e altri c. Regno Unito*, del 27.09.1995, riportata nella parte di interesse in DE SALVIA, *Compendium*, cit., 31. La sentenza attiene alla responsabilità dello Stato per la violazione dell'art. 2 C.E.D.U. nell'ambito di operazioni antiterrorismo: le regole ivi enunciate si pongono però come principi generali validi anche per la difesa individuale. Questi arresti dovranno essere tenuti presenti quando si tratterà del nuovo art. 52, co. II c.p. (vd. *ultra* cap. III).

“ragionevolezza” della reazione, e di un giudizio misto oggettivo - soggettivo quanto al rapporto di proporzione fra offesa e difesa, i.e. ampio e comprensivo di tutte le circostanze del caso concreto.

CAPITOLO III

LA DIFESA LEGITTIMA IN ITALIA

1. L'art. 52 c.p. prima della riforma del 2006: l'aggressione.

La formulazione originaria dell'art. 52 c.p. è stata significativamente definita «*un modello di sapienza giuridica e di equilibrio normativo*», tanto che mai si era avvertita la necessità di un intervento riformatore in proposito¹⁴². In effetti, non può negarsi come il testo del 1930 fosse al contempo sintetico, preciso e capace di governare la gran parte delle situazioni che potevano entrare nel cono d'ombra della scriminante: il presupposto logico e giuridico di quest'ultima è descritto come «*pericolo attuale di una offesa ingiusta*», mentre la reazione difensiva viene definita come «*fatto*» commesso «*per esser[vi] stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui [...] sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa*».

L'appartenenza alla famiglia giuridica dei sistemi romano - germanici è resa evidente dall'impiego di termini afferenti a nozioni astratte e generali, dal rifiuto dell'elencazione casistica e dall'assenza di evidenti riferimenti a giudizi soggettivi di ragionevolezza: certo siamo ben lungi dal dettagliato e - a volte - complicato elenco di cui al *Criminal Justice and Immigration Act 2008*, ma notevole è anche la

¹⁴² Sono le note parole di PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *G.a.D.*, 2006, XIII, 52. Occorre fare una piccola premessa metodologica: molti ed approfonditi sono stati gli studi sull'art. 52 c.p. pre-riforma, sicchè nella nostra esposizione ci limiteremo a ricordarne i risultati oramai acquisiti e pacifici, senza indugiare sulle diatribe e le difficoltà che essi hanno dovuto e saputo superare; maggior spazio ed approfondimento verrà invece dedicato all'analisi dell'intervento novellatore e delle sue conseguenze.

distanza dalla partizione ad es. spagnola tra difesa personale e patrimoniale. All'opposto, grazie all'utilizzo di espressioni neutre e generiche quali «*offesa*», «*diritto*», «*difesa*», «*fatto*», l'art. 52 dettava una regola indistintamente applicabile alle aggressioni alla persona od alle cose, quale che ne fossero il grado, l'intensità e l'imminenza.

Ecco dunque che, quanto alla situazione offensiva, il Legislatore del 1930 ha adottato il concetto di pericolo attuale di un'offesa ingiusta: cioè la reazione sarà lecita a fronte non solo di un'aggressione iniziata e quindi di un'offesa in corso, ma anche prima di questo momento. Qui il nostro sistema coglie pienamente nel segno, poiché attorno a questo primo requisito gravita il senso stesso della scriminante: la reazione in tanto può definirsi difesa, in quanto si eserciti prima che l'offesa si sia realizzata, ma pur sempre dopo che essa si è prospettata come evento futuro apprezzabilmente probabile nella sua verifica¹⁴³.

«*Pericolo*» significa infatti probabilità apprezzabile del verificarsi di un evento futuro e dannoso, potendosi pertanto ammettere la difesa legittima anche se un attacco non è ancora iniziato, ovvero se l'aggressore ancora non ha sferrato il primo colpo: tale conclusione è pacifica e non necessita di particolari riflessioni o giustificazioni, diversamente da quanto avviene in altri sistemi ove l'impiego di locuzioni quali «*attacco*» o «*minaccia*» richiede uno sforzo maggiore

¹⁴³ PADOVANI, voce *Difesa legittima*, cit., 501. In altri termini occorre che sussista un *quid* riconoscibile come aggressione - intesa almeno come probabilità di futura lesione di interessi giuridicamente protetti - affinché si possa parlare di difesa e non di attacco preventivo; d'altro canto, l'aggressione dovrà essere ancora in corso al momento della difesa, la quale altrimenti si traduce in vendetta o sanzione postuma per l'avvenuta e consumata ingiusta lesione di un diritto dell'aggredito.

onde legittimare anche la difesa commessa prima che il colpo offensivo sia partito¹⁴⁴.

La sussistenza di questo pericolo va valutata con un giudizio oggettivo, condotto alla stregua delle leggi di esperienza e tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, anche se non conosciute dal soggetto agente al momento del fatto: non conta infatti, nell'impostazione tradizionale, la situazione percepita dall'agente bensì quella obiettivamente esistente. Ciò del resto è un imprescindibile corollario della distinzione tra giustificanti e scusanti propria del nostro sistema: solamente un pericolo effettivo, riconoscibile come tale anche dall'esterno e quindi pure dall'ordinamento, vale a giustificare una condotta altrimenti punita cioè a renderla obiettivamente lecita per l'intero sistema; all'opposto, un pericolo non effettivamente esistente ma percepito dall'agente al momento dei fatti, che pertanto è stato causa determinante di quella che, soggettivamente, è stata posta in essere come una reazione difensiva, varrà al più sul diverso piano soggettivo della colpevolezza, quale ragione per escludere il giudizio di rimprovero in capo all'erroneo difensore, pur mantenendo fermo il giudizio obiettivo di illiceità del suo comportamento. Dal punto di vista normativo, l'ipotesi del pericolo solo soggettivamente supposto è disciplinata non

¹⁴⁴ Il riferimento è al § 32 St.G.B., in merito al quale la dottrina tedesca ha dovuto precisare (vd. *retro* cap. II, § 1.1. e ss., p. 36 e ss.) che l'attacco è presente quando sussiste il pericolo di lesione del bene giuridico, ma anche al sistema inglese per il quale la minaccia è imminente alle stesse condizioni (vd. *retro*, cap. II, § 4.2., p. 91 e ss.): è la messa in pericolo dell'interesse protetto il dettaglio decisivo e l'art. 52 c.p. dimostra di averlo ben compreso. Nel corposo panorama dottrinario italiano, ci limitiamo a ricordare ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1994, 9 e ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 253; VIGANÓ, *sub art. 52*, in MARINUCCI, DOLCINI, *Codice penale commentato*, Milano, I, 2006, 578.

dall'art. 52 c.p., bensì dall'art. 59, co. IV *ibidem*¹⁴⁵ appunto come scusante.

Il pericolo deve essere attuale, ovverosia non basta che il pericolo semplicemente esista, non è sufficiente la sola probabilità del verificarsi futuro di un danno, occorre un *quid pluris* che il nostro Legislatore ha individuato nel concetto di attualità. Ebbene, il problema che in tal modo si è voluto risolvere è quello di individuare con precisione il momento a partire dal quale e fino al quale la reazione può dirsi difensiva, tenendo presente alcuni punti importanti. Innanzitutto, occorre ricordare che un'eccessiva anticipazione della soglia di legittima reazione porterebbe a snaturare l'istituto, traducendosi in uno sviamento dalla sua *ratio* di strumento di autoconservazione e di tutela della legalità: occorre considerare che molti sono i pericoli cui ogni consociato è esposto nel corso della propria esistenza, ma non tutti ammettono l'autodifesa in quanto per molti è possibile fare ricorso agli strumenti di tutela pubblica predisposti dall'ordinamento. Lo spazio che correttamente occupa la difesa ex art. 52 c.p. è quello delle situazioni nelle quali il pericolo, cioè la probabilità di realizzarsi della lesione, è talmente prossimo alla propria trasformazione in offesa da non consentire altra tutela altrettanto efficace: attuale è quindi il pericolo che sia prossimo a

¹⁴⁵ Chiaro, rigoroso e preciso è l'argomentare di GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., 66 e ss., nel dimostrare come il giudizio sull'esistenza del pericolo debba essere oggettivo e su base totale od *ex post*, unica soluzione che consenta un corretto ed accettabile coordinamento fra gli art. 52 e 59, co. IV c.p. A differenza di ciò, i sistemi di *common law* non danno rilievo alla distinzione giustificanti - scusanti e pertanto, coerentemente, ammettono l'operatività della scriminante anche sul presupposto della mera rappresentazione soggettiva del pericolo da parte dell'agente, sebbene addirittura irragionevole: cioè anche in quei casi nei quali l'errore di percezione è colpevole e quindi, secondo l'art. 59 c.p., non vale ad escludere una residua responsabilità colposa dell'agente.

realizzarsi e quindi che sia imminente. Questa classe non esaurisce però il campo: invero, si riconosce l'attualità del pericolo anche quando esso si è già trasformato in aggressione, realizzando un'offesa, ma ancora questa non si sia conclusa, come quando taluno abbia già colpito una volta la vittima ferendola e stia levando il braccio per vibrare un'altra coltellata. A ben vedere, in tale ultima classe il pericolo che è attuale (e che si intende respingere) è quello di *ulteriori* offese, ed ogni pregressa offesa già consumata contribuisce a rendere più probabile e prossimo il pericolo di future nuove lesioni.

Si è efficacemente detto che rispetto al verificarsi dell'offesa «è già pericolo attuale il “subito - prima”; dopo il corso dell'offesa (il “durante”), lo è ancora il “subito - dopo” l'offesa, se questa può essere ancora neutralizzata nei suoi effetti, o contenuta (ed impedito dunque il suo consolidamento)»: intesa in questo senso, l'attualità è direttamente connessa alla possibilità di fare efficacemente ricorso alla tutela pubblica, a prescindere dalla soglia di punibilità del tentativo, nonostante l'originario disegno del Legislatore del 1930 fosse quello di far coincidere i due punti¹⁴⁶. Grazie all'uso nell'art. 52 del termine «*pericolo*», l'ancoraggio del concetto di attualità al momento oltre il quale l'efficacia della difesa va solo diminuendo non trova particolari ostacoli e, d'altro canto, si pone come coerente corollario della *ratio* privatistica della legittima difesa: per essa infatti la scriminante deve

¹⁴⁶ La citazione è di ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2004, 555; già FROSALI, *Sistema penale italiano*, II, Torino, 1958, 295, ammetteva la difesa «*quando ancora [...] non c'è quanto occorrerebbe per costituire reato tentato*». Sul tema dei rapporti fra tentativo punibile e attualità del pericolo si vedano VIGANÓ, *sub art. 52*, in MARINUCCI, DOLCINI, *Codice penale commentato*, cit., 580; Le ragioni di questa divergenza sono già state esposte *retro*, cap. II, § 1.2., 37 e ss.

consentire all'ingiustamente aggredito di preservare i propri diritti, senza imporgli di subirne alcuna lesione dato che ciò sarebbe contraddittorio ed ingiustificato, sicchè correttamente si ammette l'anticipazione della soglia di legittimità della difesa al momento oltre il quale le possibilità di difesa senza danno (o con danno minimo) vanno solo scemando¹⁴⁷. Conclusivamente, si potrà reagire legittimamente pur a fronte di atti che ancora non costituiscono tentativo punibile, rappresentandone essi anzi l'antecedente logico e fattuale, se l'ulteriore posticipazione della difesa ne avrebbe compromesso l'efficacia e quindi il successo, in tutto od anche solo in parte.

2. *Questioni in tema di pericolo e di attualità.*

La conclusione cui si è giunti alla fine del precedente paragrafo è stata elaborata, nella sua formulazione più significativa¹⁴⁸, con riferimento ad una ben precisa situazione fattuale, che ora illustreremo. Si pensi così all'energumeno che sia solito darsi all'alcool e poi, al ritorno a casa, malmenare o comunque maltrattare la moglie e gli altri familiari: la ripetitività costante nel tempo di queste circostanze e di questo comportamento giustifica la definizione di tali vicende come "offese

¹⁴⁷ È questa la posizione più avanzata in materia, elaborata e riproposta da PADOVANI, voce *Difesa legittima*, cit., 502; RONCO, *sub art. 52 c.p.*, cit., 386, che a tal proposito parla di legittima difesa anticipata, o di situazioni «dell'ora o mai più»; SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 392 e ss. Di recente, nella giurisprudenza di merito, la già ricordata G.I.P. Bassano d. Grappa, 03.03.2009, A.N., in *ius17@unibo.it*, II, 2009, 365 e ss., che praticamente ricalca le parole riferite nel testo.

¹⁴⁸ PADOVANI, voce *Difesa legittima*, cit., 502.

abituale”, anche per descrivere la condizione di costante e persistente precarietà nella quale si trovano le vittime del brutale congiunto. A questo punto del presente lavoro è agevole riconoscere, nella fattispecie descritta, i tratti tipici di quelle situazioni che già abbiamo detto essere le più problematiche per l’applicazione della scriminante, almeno secondo la sua impostazione tradizionale: ricorre infatti anche qui un duplice ostacolo, rappresentato dall’apparente assenza di un pericolo *attuale* e dalla conseguente difficoltà di ravvisare la proporzionalità fra la (solitamente grave) difesa e l’apparentemente assente o minima offesa. Il primo aspetto è quello che più direttamente ha rilievo in questa sede: tradizionalmente si afferma che quando una persona rientra in casa, financo ubriaca, ciò comunque non costituisce un pericolo per l’incolumità dei familiari conviventi; del pari, pensiamo al caso della giovane che, oramai da anni costretta dal padre a subire rapporti sessuali incestuosi, in un clima di terrore e isolamento, senza trovare aiuto nella madre o in nessun altro, infine respinga un amplesso ed approfitti del sonno del padre per ucciderlo con un colpo di pistola alla testa: anche in questa ipotesi sembra assente il pericolo perché, banalmente, il bruto dormiva e l’aggressione sessuale si era quindi conclusa¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Si tratta del caso “Cerzeto”, di cui alla sentenza T. Minori Potenza, 05 marzo 1953, in *Giust. Pen.*, 1953, II, 755 e ss., analizzato da SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 214. Il Tribunale pervenne comunque ad una assoluzione dell’imputata ex art. 52 c.p., sul rilievo che la minore imputata aveva reagito per difendersi non tanto dal reato, istantaneo, di violenza sessuale, sebbene da quello, permanente, di plagio: per tale delitto l’offesa era ancora in corso quando la giovane si armò della pistola e sparò, sebbene il padre plagiatore fosse addormentato. Il rilievo del carattere permanente dell’offesa, di cui però al delitto di plagio del quale la ragazza è stata riconosciuta vittima, ha allora consentito di sopperire all’apparente assenza di pericolo attuale di aggressione: certo, così facendo il Tribunale potentino ha reso una pronuncia sostanzialmente “giusta” ma, d’altro canto, ha aggirato il problema senza effettivamente risolverlo. Inquietante e tragico è il fatto che la vicenda concreta è pressoché integralmente sovrapponibile a quella di cui

Pensiamo anche al caso Sacchinello¹⁵⁰: l'imputata veniva da un matrimonio infelice, contrassegnato da anni di minacce e maltrattamenti continui, in merito ai quali il marito teneva sempre la medesima condotta: aggressione fisica, sosta momentanea, nuova aggressione fisica; a nulla erano valse fughe di casa, richieste di aiuto alla famiglia di origine, una denuncia penale ed infine il ritorno dal marito in compagnia di un'amica: sempre il marito aveva aggredito la moglie, picchiandola e minacciandola. Un'ultima notte il marito aggredisce la moglie con ancor maggiore violenza, riducendola in condizioni estremamente gravi: egli però non si ferma qui, profferendo pure chiare ed inequivocabili minacce alla moglie ed alla cognata, anch'essa presente, tanto da ostentatamente prendere una pistola e caricarla alla vista di tutti, per poi riporla sotto il cuscino, a portata di mano, con la terribile promessa che nessuno sarebbe uscito vivo dalla casa; dopo di che egli si corica per dormire. All'alba la sig.ra Sacchinello si sveglia prima del marito ed afferra la pistola che il marito teneva sotto il cuscino, sparandogli e uccidendolo. Pure qui, la circostanza per la quale la "vittima - aggressore" dormiva al momento della "difesa", si pone come apparente ostacolo all'applicabilità della legittima difesa, segnando la mancanza di un attuale pericolo per la sig.ra Sacchinello. I giudici giunsero ad una decisione assolutoria, ai sensi dell'art. 52 c.p.: riconobbero infatti che

alla ben più recente, e già ricordata, sentenza G.I.P. Bassano d. Grappa, 03.03.2009, A.N., in *ius17@unibo.it*, II, 2009, 365 e ss

¹⁵⁰ Ass. App. Milano, 19 aprile 1977, in *Ind. Pen.*, 1979, 135, con nota di NUVOLONE, *Questioni in tema di legittima difesa*: anche qui la Corte perverrà ad una pronuncia assolutoria dell'imputata, ai sensi dell'art. 52 c.p. Di nuovo, il principale rinvio in proposito va a SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 219. Inquietante e tragico è il fatto che la vicenda concreta è pressoché integralmente sovrapponibile alla ben più recente, e già ricordata, sentenza G.I.P. Bassano d. Grappa, 03.03.2009, A.N., in *ius17@unibo.it*, II, 2009, 365 e ss.

in quel momento vi era l'imminente probabilità di un proseguimento e di un rinnovarsi dell'aggressione, in misura ancora più cruenta di prima, non appena il marito si fosse svegliato; d'altro canto la situazione era tale per cui la donna non aveva reale possibilità di fuga efficace, sicchè il suo gesto «*ha il senso e la rilevanza di un estremo e necessitato gesto difensivo, nella pendenza di un pericolo vero, attualissimo*».

Pressochè identici, dal punto di vista fattuale, i casi Peruffo e Torelli¹⁵¹: in questi però la soluzione giudiziaria è stata meno favorevole all'imputata, essendosi in ambo i casi pervenuti ad una sentenza di condanna, al più attenuata ex art. 62 n. 2 c.p. Le difficoltà di riconoscere la sussistenza di un pericolo attuale in questi casi hanno quindi indotto, diversamente dagli esempi precedenti, ad escludere la sussistenza della legittima difesa. Nel caso Peruffo si riconobbe non l'esistenza di un *oggettivo* stato di continua violenza, bensì un atteggiamento *soggettivo* di agitazione e di conseguente alterazione psicologica delle vittime; nel caso Torelli i giudici del merito hanno invece concluso per la sussistenza di uno stato d'ira dell'agente,

¹⁵¹ In merito al caso Peruffo si veda Ass. App. Venezia, 26 febbraio 1993, ed in merito al caso Torelli Cass., I, 23 gennaio 1997, ambedue riportate da SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 226 e ss. Alcuni dettagli: nella vicenda Peruffo furono le giovani figlie ad uccidere il padre, grazie all'aiuto del fidanzato di una di loro che aveva procurato anche la pistola ed i proiettili poi impiegati. Il sig. Peruffo fu quindi ucciso mentre riposava dopo il pranzo domenicale: le figlie gli avevano sparato due colpi, di cui uno solo andato a segno. Nel caso Torelli, ancora una volta, era stata la figlia ad uccidere il padre: dopo alcuni giorni di continue ed asperime violenze, costui usciva a cena con gli amici, profferendo però alla moglie ed alle figlie un'ultima minaccia ("non è finita qui"). La moglie manifesta l'intenzione di uccidersi, ma per il momento va a dormire; altrettanto fanno le figlie: verso mezzanotte il Torelli suona il campanello per rientrare e minaccia la figlia maggiorenne, affacciata, di ucciderla se non si sbriga. La giovane, terrorizzata, pensa che stavolta il padre lo farà davvero e prende la pistola che egli deteneva in camera, scende e gli spara due colpi attraverso la porta, facendolo cadere (e uccidendolo, risulterà poi), quindi esce e gli spara altre due volte.

determinato dal precedente fatto ingiusto della vittima, che avrebbe determinato in capo all'imputata (figlia della vittima) una volontà di offesa conseguente ad un torto subito ma già concluso e non di difesa da un pericolo che in concreto, nel momento dei fatti, non sussisteva e nemmeno veniva percepito.

Per risolvere questa *empasse*, occorre innanzitutto richiamarsi a quanto dianzi detto in ordine alla *ratio* della scriminante: prima ed insopprimibile esigenza cui essa deve fare fronte, è quella di consentire ad un individuo di non subire ingiuste compromissioni dei propri beni giuridici, onde preservare sé stesso e la propria esistenza. Il requisito del pericolo deve pertanto essere inteso alla luce di questa funzione, valorizzando l'esigenza di preservare i beni giuridici protetti da lesioni che non sia possibile evitare altrimenti, ad es. mediante il ricorso alla Forza Pubblica.

Su questa base, il momento in cui si potrà reagire in difesa è quello passato il quale l'ingiustamente aggredito non potrà evitare di subire un pregiudizio o, comunque, un pregiudizio maggiore ai propri beni giuridici, né facendo ricorso all'autodifesa privata né affidandosi alla difesa pubblica: qui l'indefettibilità della reazione è evidente, la necessità della difesa è innegabile. In quel momento, se l'aggredito attendesse l'intervento della Pubblica Autorità astenendosi da condotte difensive, ovvero attendesse il risveglio del bruto dormiente e l'inizio effettivo della sua aggressione prima di *tentare* una difesa, ebbene egli perderebbe la (verosimilmente) unica ed irripetibile occasione di impedire l'ingiustificata lesione dei propri diritti, potendo successivamente - e nella migliore delle ipotesi - solo limitarne

l'entità¹⁵². Come insegna anche il confronto con altri sistemi europei, se si imponesse a taluno di attendere, prima di sparare all'aggressore, che questi puntasse la pistola contro il nostro agente che così, per le circostanze del caso concreto, perderebbe ogni o le migliori possibilità di salvezza, ebbene allora si contraddirebbe la funzione autoconservatrice della difesa, così vanificandone la stessa previsione normativa¹⁵³.

¹⁵² Abbiamo ricordato, a proposito della Germania (cap. II, 1.7., p. 54), la teoria delle "limitazioni etico - sociali della legittima difesa", secondo la quale in deroga a quanto detto nel testo, ad es. la moglie è tenuta a sopportare una pur minima lesione dei propri diritti a fronte dell'aggressione recatale dal marito, in virtù dello stretto legame personale, giuridicamente rilevante come obbligo di protezione, che la lega a costui: ciò però non vale più, è bene ricordarlo, nelle relazioni ormai degenerate, dove la relazione interpersonale sia oramai compromessa, ad es. nei casi di abituale e sistematica oppressione e degradazione di uno dei soggetti della relazione, da parte dell'altro. Ivi si verte al di fuori dei casi cui si riferisce la teoria in commento: in tali ipotesi, ammettono senza dubbio i tedeschi, ben potrà il coniuge difendersi senza particolari limiti o doveri di sopportazione. Già abbiamo evidenziato inoltre che questa impostazione dell'attualità, intesa in collegamento con l'efficacia della difesa, ha preso sicuramente piede nelle posizioni più recenti, riscuotendo anche autorevoli consensi nel panorama dottrinario italiano: vd. *amplius retro*, al paragrafo precedente, nonché GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., 79, secondo il quale «non può [...] ragionevolmente negarsi che "attuale" [...] serva a precisare semplicemente la necessità che il rischio sussista, sia presente quando il soggetto agente pone in essere la condotta reattiva», concludendo poco dopo che «la difesa legittima [...] è contraddistinta da un limite interno: non potrà essere applicata tutte le volte in cui il soggetto ha la possibilità di invocare l'azione degli organi statuali. Se la realizzazione dell'offesa ingiusta non è imminente, l'intervento di tali organi può essere senz'altro richiesto».

¹⁵³ *Retro* cap. II, § 3.1., p. 76 e ss., abbiamo visto come anche il sistema francese concepisca l'attualità del pericolo in relazione all'efficacia della reazione ed alla impossibilità di fare ricorso alla protezione dello Stato: nella formulazione del codice francese però, si specifica che la reazione deve essere posta in essere nello stesso momento dell'attacco e ciò pone un'ulteriore difficoltà per i casi qui considerati. Invero, sebbene le Corti e gli Studiosi francesi intendano tale inciso in modo praticamente poco difforme da quanto si va dicendo in Italia (soprattutto valorizzandolo come limite cronologico *finale* della difesa), è però innegabile la forzatura del dettato normativo che si realizza con riguardo ai casi limite qui in esame: attacco infatti non c'è, c'è invece un pericolo costante, che può essere fronteggiato solo prima di tramutarsi in attacco; sembra allora che l'art. 52 c.p. sia decisamente più adatto a disciplinare anche queste ipotesi problematiche. Abbiamo anche visto che non è sbagliato riconoscere l'esistenza di un pericolo attuale in capo a colui che, dopo una lunga serie di minacce reiterate nel tempo, incontrando il loro bersaglio porti la mano alla fondina della pistola: si veda cap. II, § 1.2., pag. 40 e ss., quanto detto a proposito della Germania.

Tali principi ben possono essere applicati anche ai casi qui in esame, con le seguenti precisazioni. Innanzitutto, occorre verificare che ricorra, nella singola fattispecie concreta, un pericolo oggettivo: questo giudizio dovrà essere condotto certamente alla stregua di regole generali ma non potrà prescindere dalla considerazione di tutti i dati concreti della vicenda. Si dovrà allora considerare bensì che il padre padrone, il marito aguzzino, stava dormendo, epperò bisognerà anche ricordare che cosa egli fece e disse prima di coricarsi, che cosa egli prospettò per il suo risveglio, se effettivamente vi erano altri ed altrettanto efficaci strumenti di tutela¹⁵⁴ ed anche la complessiva storia della relazione interpersonale dei due protagonisti della vicenda: il giudizio dovrà allora essere oggettivo, nel senso che non avrà rilievo l'intima agitazione delle mogli maltrattate e delle figlie abusate, non si darà rilievo alla loro paura ed alla loro opinione. All'opposto, si valuterà la situazione nella sua completezza, ed alla stregua di leggi scientifiche e di comune esperienza, si accerterà la presenza di un pericolo costante o perdurante al momento del fatto. Ad es. nel caso Sacchinello, in ogni istante della notte il marito avrebbe potuto

¹⁵⁴ Per quanto concerne le ipotesi di maltrattamenti in famiglia, o di *battered women*, il punto relativo alla possibilità di fuga o di ricorso alla tutela dell'Autorità è assai delicato: invero, la storia concreta di questi casi insegna che il ricorso all'aiuto esterno, quale che sia (famiglia di origine, Pubbliche Istituzioni, amici), ha scarsi risultati nel far cessare le violenze né riesce a contrastare il fenomeno, apparentemente inspiegabile, per il quale la donna maltrattata non lascia la casa ed il marito ove subisce le violenze. A tal proposito in America, si è anche giunti a riflettere se non vi sia, in capo alla donna maltrattata che rimane in casa con l'aguzzino, una sorta di accettazione del rischio della reazione letale che in futuro ella potrebbe porre in essere (vd. approfonditamente, SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 262 e ss., e dottrina anglosassone ivi citata *sub* note 109-110; SELLA, *L'uccisione nel sonno del tiranno domestico: legittima difesa o legittima difesa putativa?*, nota a G.I.P. Bassano d. Grappa, 03.03.2009, A.N., cit.). Indubbiamente, il giudizio dovrà tener conto delle peculiarità di questo genere di casi, anche alla luce degli insegnamenti della criminologia, della sociologia e della psicologia (leggi scientifiche obiettive) onde cogliere con precisione l'effettiva possibilità, in capo alla donna maltrattata, di ricorrere ad altri mezzi di tutela (*in primis* l'abbandono della casa coniugale).

svegliarsi, ed oggettivamente è assai probabile che al suo risveglio egli avrebbe ripetuto la sua condotta di violenze, per di più con una pistola carica pronta sotto il cuscino; ancora è chiaro che la moglie non poteva attendere prima di reagire, perché se il marito si fosse svegliato ed avesse preso la pistola per attuare i propri propositi, per lei sarebbe stato troppo tardi. Alla luce di tutte le circostanze del caso concreto la moglie, trovandosi a dividere il letto con il marito, si è trovata esposta ad un pericolo perdurante, i.e. alla probabilità costantemente attuale di subire una violenza, dove il sonno del bruto rappresenta una pausa nell'offesa ma non nel rischio: «*nelle pause, l'offesa non c'è, ma il pericolo non scema*»¹⁵⁵. Tornando all'ipotesi dottrinale delle offese abituali, il pericolo è attuale ogni qual volta si ripresentano le condizioni che solitamente, secondo esperienza e secondo un giudizio obiettivo, determinano la condotta violenta: il pericolo è attuale ogni qual volta il bruto rientri a casa a tarda sera ubriaco¹⁵⁶.

Tramite il ricorso al concetto di pericolo perdurante, da valutarsi oggettivamente ma alla luce di tutti i dati del caso concreto, e collegando il limite dell'attualità all'efficacia della difesa, è allora

¹⁵⁵ NUVOLONE, *Questioni in tema di legittima difesa*, cit., 140.

¹⁵⁶ PADOVANI, voce *Difesa Legittima*, cit., 502. Onde evitare eccessi nel senso opposto, con un indiscriminato allargamento delle ipotesi di legittima autotutela domestica in danno di genitori troppo rigidi o di mariti poco indulgenti, ma certo non aguzzini come quelli qui ricordati, si dovrà procedere con il massimo rigore al vaglio della situazione concreta: il pericolo dovrà essere sempre obiettivamente apprezzabile, sulla scorta di precise e concrete risultanze di fatto (numerose e pregressi abusi o violenze, reiterazione degli stessi, ripetersi delle condizioni nelle quali hanno luogo, atteggiamento di persistente ostilità e sopruso da parte dell' "aggressore", e tutte quelle altre in grado di rivelare l'esistenza di un rischio obiettivo per gli altri inquilini della casa). L'intimo convincimento dell'agente potrà invece rilevare ai sensi dell'art. 59 co. IV: chi agisca convinto di dover respingere un pericolo, agisce infatti sotto la copertura della scriminante putativa della legittima difesa, ritenendo erroneamente sussistenti i presupposti fattuali necessari per l'operatività dell'istituto ex art. 52 c.p.

possibile mantenere alla legittima difesa la propria funzione di strumento di autoconservazione dalle ingiuste offese anche nei casi di offese abituali o di c.d. «*battered women*»: per la persona vittima del bruto sarà infatti possibile porre in essere quanto necessario onde evitare di subire ingiuste lesioni dei propri diritti, tutte le volte in cui si realizzino le condizioni cui normalmente segue la violenza e che fanno sorgere un pericolo obiettivo di subirla, senza dover attendere il momento in cui il bruto si sia svegliato ed in cui poco o nulla si potrebbe fare per difendersi, peraltro con scarso successo.

Queste riflessioni, già in parte presenti nelle sentenze Cerzeto e Sacchinello, hanno recentemente trovato nuova linfa in G.I.P. Bassano del Grappa, 03.03.2009, A.N., relativa ad un caso praticamente identico a quello di Sacchinello, ove il giudice ha affermato: «*l'aggressione non era in atto ma il pericolo di vita per A. ed i suoi figli era reale, concreto e consistente in quanto l'offesa si palesava imminente e certa in relazione a tutte le circostanze concrete. Una volta che M. avesse intrapreso i propositi manifestati per A. non ci sarebbe stata la minima possibilità di reazione o scampo, come non c'era mai stata*»¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Concorde anche, in commento a tale pronuncia, SELLA, *L'uccisione nel sonno del tiranno domestico*, cit., 372. La storia è tragica: A.N. è sposata da 25 anni con un marito con il quale ha avuto quattro figli, e che - come dettagliatamente emerso in sede di istruttoria - si è sempre dedicato alla violenza spietata, immotivata e feroce nei confronti di lei e dei figli (si parla anche di percosse con spranghe di ferro inferte nel cuore della notte, durante il sonno), costringendoli a non avere pressoché alcun contatto con l'esterno, in particolare ad evitare contatti con strutture sanitarie e di pubblica assistenza in genere. Alla fine del 2008 la donna deve però venire ricoverata per un'improvvisa emorragia; rientrata in casa il marito la minaccia di morte in quanto "donnaccia" che avrebbe consentito a degli estranei (i sanitari dell'ospedale) di accedere alle sue zone genitali; anche i figli subiscono simile trattamento, in quanto indegni "per derivazione" dalla madre. Il marito giunge quindi ad affermare, ripetutamente, che dovrà uccidere tutti per salvare il suo onore, terrorizzando i familiari con minacce varie. Infine, il 13 marzo decide che quella sera attuerà i propri propositi e pertanto ostentatamente non carica il camion per il lavoro del giorno

La soluzione qui suggerita è debitrice delle riflessioni prima viste a proposito del sistema inglese, in merito ai casi di *battered women*¹⁵⁸: anche lì infatti la strada imboccata è quella della parziale soggettivizzazione del giudizio sulla minaccia imminente e sulla ragionevolezza della reazione. Come spiegato, tramite un giudizio obiettivo ma aperto alla considerazione delle circostanze del caso concreto, il sistema inglese riesce a superare le difficoltà che pone questo tipo di fattispecie, ottenendo al contempo una soluzione equilibrata sul piano pratico e corretta dal punto di vista logico-giuridico. Insomma, il criterio del «*reasonable person standard*» si presta, *mutatis mutandis*, ad indicare la risoluzione dei medesimi problemi anche nel nostro ordinamento.

Se si ammette, secondo quanto detto, l'esistenza di un pericolo attuale anche nei casi problematici prima visti, allora si può correttamente risolvere anche il problema della proporzione: occorrerà però avere ben chiaro l'esatto contenuto di codesto pericolo. A fronte quindi del pericolo serio e concreto di venire uccisa dal marito al suo risveglio, la sig.ra Sacchinello lo uccide con l'arma che egli aveva destinato a lei; prima di subire un nuovo incestuoso assalto sessuale, la giovane sig.na Cerzeto spara al padre addormentato: in tutti questi casi la natura dei beni coinvolti dall'attacco e dalla difesa, il tipo e l'entità delle loro lesioni (rispettivamente minacciata e prodotta) fanno ritenere, senza particolari sforzi, che sussista il rapporto di proporzione, anche alla luce di quanto preciseremo più oltre.

successivo; quindi, dopo aver molto bevuto, si getta a letto. A.N. nella notte prende un'accetta e con tre colpi lo uccide.

¹⁵⁸ Si veda *retro* cap. II, § 4.2. e ss.

3. La proporzione fino alla l. n. 59 del 2006.

Il limite in parola è stato introdotto nel nostro sistema con il codice del 1930, quale opportuno contrappeso alla contestuale estensione dell'applicabilità della scriminante alla tutela di tutti i beni giuridici: ciò onde evitare che per la difesa di beni giuridici di rango minimo venissero tollerate gravi lesioni di beni superiori (ad es. uccisione del ladro per difendere il frutto sull'albero). All'entrata in vigore della novella del 2006, sembrava che anche in punto proporzione si fosse giunti ad una soluzione interpretativa condivisa e funzionale¹⁵⁹, frutto dell'adeguata valorizzazione della componente pubblicistica della *ratio* della legittima difesa e dell'attenta lettura della norma.

¹⁵⁹ RONCO, *sub art. 52 c.p.*, cit., 392. Ben nota è la teoria della proporzione c.d. "fra i mezzi" che per decenni ha trovato ampio seguito in giurisprudenza, sulla scorta della relazione al codice (*Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, I, Roma, 1929, 95) e della pur autorevole posizione di MANZINI, *Trattato*, cit., 414 e ss., secondo la quale il raffronto andava condotto «tra i mezzi reattivi che l'agredito aveva a propria disposizione, e i mezzi da lui adoperati». Questa teoria fu *ab origine* avversata da numerose altre voci, ad es. PENSO, *La difesa legittima*, Milano, 1939, 245 e ss.; ZIMMERL, *L'art. 52 del codice penale italiano dal punto di vista sistematico*, in *R.I.D.P.*, 1931, 358 e ss., ma sicuramente la più completa ed autorevole critica le venne da GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., per cui essa condurrebbe a risultati assurdi (dovendosi ad es. scriminare il contadino che abbia sparato uccidendolo al ragazzo che rubava una mela dall'albero, se non aveva altro mezzo a disposizione) ed inoltre contrasterebbe in modo evidente con il dato normativo, che parla di confronto tra offesa e difesa (così anche ZAGREBELSKY, *La proporzione tra difesa e offesa nell'art. 52 codice penale*, in *Giur. It.*, 1980, II, 2, 67 e ss.). L'erroneità di questo approccio è così evidente che PADOVANI, voce *Difesa legittima*, 512, lo definisce «una deplorabile amenità». Quest'ultimo Autore sposa invece la posizione illustrata nel testo, in perfetta sintonia con MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 257 e ss.; ROMANO, *sub art. 52 c.p.*, in *Commentario sistematico*, cit., 558; RONCO, *sub art. 52 c.p.*, in RONCO, ARDIZZONE, ROMANO, *Codice penale commentato*, cit., 391 e ss.; SZEGŐ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 310 e ss.; VIGANÓ, *sub art. 52 c.p.*, in MARINUCCI, DOLCINI, *Codice penale commentato*, cit., 603 e ss.

La proporzione andava così ad esprimere un rapporto di corrispondenza valutativa fra due termini ampi, definiti dall'art. 52 c.p. come «*offesa*» e come «*difesa*»: ciascuno di essi richiamava all'interprete, rispettivamente, il complesso della situazione offensiva a fronte del quale si è prodotta la reazione difensiva, ed il complesso di quest'ultima. Primaria importanza riveste, in quest'ottica, il dato dei beni giuridici coinvolti: a quale bene l'aggressione puntasse e quale bene la difesa abbia colpito, in altri termini quale bene si sia salvato e quale si sia dovuto sacrificare. Il giudizio però non deve essere astratto, bensì deve essere condotto tenendo a mente anche il grado e l'intensità della lesione minacciata e prodotta in capo a detti beni, e deve pure tenere in conto tutta una serie di parametri ulteriori, attinenti alla fattispecie concreta, che possono avere avuto rilievo nella determinazione del rischio e del danno. In altri termini, occorrerà considerare cosa si rischiava e cosa si è sacrificato, ma anche quanto si rischiava e quanto si è sacrificato, senza trascurare le circostanze particolari del caso che possono avere avuto un ruolo effettivo nella determinazione di questi dati. Ben si è chiarito¹⁶⁰ che la proporzione deve investire il pericolo attuale e la sua intensità, l'ingiustizia dell'offesa e la sua misura, la colpevolezza dell'aggressione e lo stesso grado di costrizione determinatosi in capo al difensore, ovvero se vi fossero, quali e quanto praticabili fossero eventuali soluzioni alternative: tutti questi fattori determinano l'effettiva entità dell'offesa, cui raffrontare poi la difesa.

¹⁶⁰ PADOVANI, voce *Difesa legittima*, cit., 513.

Nel caso allora del ladro che sottragga al pensionato il libretto con tutti i suoi risparmi, e che venga fermato dal proprietario mediante l'uso di un arma, ferendolo ad es. ad un arto, si dovrà considerare che l'attacco ingiusto era diretto contro il bene giuridico del patrimonio, che il grado dell'offesa minacciata a questo era notevole (tutti i risparmi) e che per le qualità della vittima tale danno era ulteriormente ingigantito (anziano pensionato) né poteva essere evitato altrimenti (anziano che non poteva efficacemente ricorrere alla difesa a mani nude); del pari, si dovrà considerare che la difesa ha colpito il bene giuridico della incolumità individuale dell'aggressore e che il danno arrecato è stato comunque contenuto (solo ferita ad un arto, non mortale e priva di particolari conseguenze), che l'aggressione era pienamente ingiusta e pienamente colpevole.

Simile approccio è reso necessario dal fatto che l'ordinamento, tra l'ingiusto aggressore e l'ingiustamente aggredito, si schiera a fianco di quest'ultimo esprimendo un giudizio di preferenza per i suoi beni rispetto a quelli del primo, se non altro per coerenza logica: sarebbe invero contraddittorio che l'ordinamento si schierasse dalla parte di chi non lo rispetta, violando la legge.

Ne consegue allora che la proporzionalità non può essere intesa come matematica equivalenza tra offesa e difesa, bensì appunto come conveniente rapporto di equilibrio, determinato dalla considerazione di tutte le circostanze del caso concreto. Riprendendo l'esempio poc'anzi fatto, ben si può riconoscere un conveniente equilibrio fra la difesa posta in essere dal pensionato e l'offesa che egli ha dovuto evitare: seppure i beni giuridici coinvolti siano di diverso rango (e

astrattamente prevarrebbe quello dell'aggressore, attinente ai beni personali), è pur vero che considerando anche il grado della loro compromissione (minacciata e prodotta) e le altre circostanze oggettive e soggettive del caso di specie, l'apparente disparità tra offesa e difesa tende a livellarsi e la fattispecie viene riequilibrata.

Questo tipo di approccio "in concreto" consente anche di superare alcune obiezioni che si potrebbero formulare con riguardo all'uso della forza per difendere dei beni patrimoniali: invero, il rango costituzionalmente riconosciuto ai primi, superiore a quello del patrimonio, ed anche le fonti internazionali (fra cui l'art. 2 C.E.D.U.), lascerebbero intendere che l'uccisione od il ferimento del ladro non siano mai consentiti onde impedire la perdita del patrimonio. Ebbene, si deve riconoscere che l'uccisione intenzionale del ladro non può oggi ritenersi proporzionata rispetto all'attacco da costui diretto *esclusivamente* al patrimonio: l'art. 2, co. II C.E.D.U. lo afferma chiaramente, e non si vede ragione per contraddirlo. D'altra parte, però, una lesione dell'integrità fisica del semplice ladro, a fronte di aggressioni patrimoniali più o meno gravi, appare invece compatibile con Costituzione e C.E.D.U.¹⁶¹: l'attenta considerazione del grado dell'offesa e della difesa permette allora di risolvere positivamente anche il più ampio problema del conflitto fra beni giuridici eterogenei, nel senso appunto che un bene di rango astrattamente superiore potrà

¹⁶¹ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 444, afferma: «*troppo rigida [...] è la proposizione di solito accolta in dottrina e giurisprudenza, che per difendere un bene patrimoniale non si possa mai ledere un bene personale. Vi è di certo che non si può uccidere, né inferire una lesione personale grave, a chi aggredisce ingiustamente un bene patrimoniale (quando, s'intende, l'aggressione sia chiaramente limitata a quest'ultimo, e non comporti un pericolo anche per i beni personali: come nel caso di chi, rientrando di notte in casa, vi trovi un ladro)*»; conforme anche MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 258.

subire un sacrificio per tutelare anche un bene di rango astrattamente inferiore. Qualora i beni siano di pari rango (es. beni personali: vita contro incolumità fisica) decisiva sarà l'entità della lesione minacciata e prodotta, nonché la possibilità di ricorso ad altre tutele, ferma la preferenza per l'ingiustamente aggredito (sicché ben potrà la giovane sessualmente aggredita uccidere il suo violentatore).

4. La proporzione ed i casi limite della legittima difesa.

Nei casi Cerzeto, Sacchinello, Peruffo, Torelli ed A.N., come in generale in tutti i casi di *battered women* e di violenze intrafamiliari, si sono posti alcuni interrogativi non solo con riguardo al profilo dell'attualità del pericolo, bensì anche in riferimento alla proporzionalità fra offesa e difesa: quasi sempre infatti la difesa posta in essere dalla donna maltrattata è letale per il proprio aguzzino, come emerge dalla disamina dei casi suddetti nei quali, più volte, il padre padrone è stato ucciso nel sonno. La difesa viene a toccare il bene giuridico di rango massimo nel nostro ordinamento (la vita individuale), realizzandone la lesione più grave e definitiva (uccisione): stante quanto detto al paragrafo precedente, affinché sia rispettato il vincolo della proporzione occorrerà allora che, al momento del fatto, per l'agente sussistesse quantomeno un grave ed inevitabile pericolo per la propria incolumità individuale. Altra opzione non è praticabile, a pena di negare nella fattispecie concreta

l'equilibrio fra offesa e difesa, e quindi negare l'applicabilità della giustificante in esame.

Si è sostenuto poche pagine or sono che nei casi qui in esame la donna è esposta ad un pericolo attuale, in quanto costante, di subire una violenza da parte del marito non appena questi si abbia a svegliare, sulla scorta di una valutazione obiettiva di tutte le circostanze del caso concreto: se ciò è vero, allora il giudizio di proporzionalità dovrà confrontare questa offesa con la difesa poi realizzata dalla donna.

Nel caso Sacchinello, sembra allora agevolmente riconoscibile un sostanziale equilibrio tra attacco e difesa: in ambo i casi il pericolo esistente era assai grave perchè obiettivamente consistente nel rischio di pesanti lesioni dell'incolumità fisica o addirittura di morte (si ricordi: pistola carica sotto il cuscino, minacce esplicite e reiterate, crescendo di violenza nei giorni immediatamente precedenti il fatto, pregressa e lunga storia di costanti violenze fisiche). Nel caso Cerzeto, il rischio per la figlia era quello di venire nuovamente violentata dal padre al suo risveglio, ed in ciò ricorre certo il pericolo di una grave violenza personale. Nel caso A.N., la reazione letale della donna appare pienamente equilibrata rispetto al serio rischio di morte o di gravissime violenze personali cui ella era esposta e che ha così evitato. All'opposto, nel caso Peruffo e nel caso Torelli, i giudici di merito hanno negato la sussistenza di un pericolo oggettivo cui l'agente fosse esposta al momento del fatto, sicchè il problema della proporzione nemmeno si pone: se i giudici di merito avessero ravvisato gli estremi di un grave pericolo oggettivo ed attuale per la vita o l'incolumità delle imputate, allora la conclusione avrebbe dovuto essere diversa,

nel senso di ammettere anche qui la proporzionalità tra offesa e difesa¹⁶².

Si badi che la presenza di un pericolo attuale non determina, di per sé sola, la proporzionalità tra offesa e difesa: si va qui affermando una cosa diversa, ovvero che una difesa letale è proporzionata rispetto al pericolo concreto di morte o gravi lesioni che incombeva sull'agente al momento del fatto, e che quindi il limite *de quo* è rispettato. Se nella fattispecie concreta si ravvisano gli estremi di questo pericolo, allora quasi inevitabilmente si dovrà concludere per la sussistenza del rapporto anzidetto.

5. La “nuova” legittima difesa post l. n. 59 del 2006.

Con la l. n. 59 del 13 febbraio 2006 l'art. 52 c.p. è stato ampliato tramite l'aggiunta di due commi. Il nuovo co. II spiega che: *«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 altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione»*; prosegue

¹⁶² Nel caso Peruffo la “reazione” era venuta non dalla moglie, bensì dalle figlie aiutate dal fidanzato di una di loro, che avevano preordinato il delitto costruendo appositamente a tal fine una pistola artigianale; inoltre, mentre la moglie appariva effettivamente spezzata dalle violenze del marito, le due figlie parevano ben più forti e meno rassegnate. Questi dati concreti sembrano far intuire che, anche ammettendo l'esistenza in capo alle figlie di un pericolo obiettivo ed attuale, esso però sarebbe stato comunque minore rispetto a quello incombente sulla moglie sicché l'uccisione del Peruffo da parte delle figlie appare effettivamente eccessiva: più correttamente, si sarebbe dovuto fare applicazione delle norme in tema di eccesso colposo ex art. 55 c.p.

quindi il co. III stabilendo che tale disposizione 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*».

Balza subito agli occhi un primo dato: la riforma non ha toccato la struttura della scriminante, concentrandosi invece sui suoi limiti spaziali, soggettivi, quantitativi e temporali¹⁶³. Assistiamo infatti all'extrapolazione dal novero delle fattispecie prima rientranti nell'art. 52 c.p. originario, di quelle svolgentesi nel domicilio: per le aggressioni che hanno luogo all'interno di questo spazio il Legislatore sceglie di dettare una normativa speciale, che tenga il luogo di quella di cui al co. I, la cui validità generale negli altri casi è ferma ed indiscussa¹⁶⁴. Inoltre, non tutti coloro che si trovano all'interno di uno dei luoghi suddetti potranno beneficiare di tale norma speciale, ma soltanto coloro che vi si trovino legittimamente, con ciò escludendosi che possa invocare il co. II ad es. il ladro introdottosi clandestinamente in casa per rubare; anche l'uso dell'arma viene "consentito" ai soli soggetti che legittimamente la detengano.

La *voluntas legis* riformatrice mirava a garantire al soggetto ingiustamente aggredito nel proprio domicilio una maggiore tutela

¹⁶³ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 259.

¹⁶⁴ Aderiamo qui, per le ragioni che si cercherà di illustrare nel testo, alla tesi secondo cui i co. II e III dell'art. 52 c.p. delineano una figura speciale di legittima difesa, e non una nuova ed autonoma scriminante; in questo senso, si vedano FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2006, 887; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 259; PISANI, *La legittima difesa*, in RONCO, *Il reato*, II, Bologna, 2007, 651 e ss. *Contra* invece, per l'irriducibilità dei nuovi commi a figure speciali di legittima difesa, si rinvia a PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, cit., 52 e ss.; GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio (L. 13 febbraio 2006, n. 59)*, in *St. Jur.*, 2006, IX, 963 e ss.; RONCO, voce *Legittima difesa*, cit., 649 e ss.

rispetto alle altre fattispecie, espressamente ampliando i margini di liceità della sua reazione anche tenendo conto, da un lato, della particolare gravità che connota un'aggressione subita nel proprio domicilio e, dall'altro, del conseguente perturbamento psichico che affligge il difensore e che gli rende ancora più difficile mantenere un sufficientemente sereno controllo sulla propria reazione: su queste basi, l'enucleazione dei due limiti in parola, spaziale e soggettivo, appare comprensibile e coerente.

Non è una novità peraltro che la difesa privata incontri una specifica disciplina per le fattispecie afferenti al domicilio: il codice Zanardelli contemplava all'art. 376 una particolare ipotesi di legittima difesa, ulteriore rispetto a quella generale di cui all'art. 49 (limitata ai soli casi di difesa della persona), in virtù della quale era ammesso l'uso della forza per difendersi da furti commessi con violenza, da saccheggi o ricatti, nonché per respingere aggressioni notturne nel domicilio; essa fu abbandonata con il codice Rocco perché questo, a differenza del precedente, ammetteva la legittima difesa come generale scriminante a tutela di tutti i diritti e non solo di quelli personali, con ciò rendendo apparentemente superflua la previsione speciale¹⁶⁵. Abbiamo inoltre visto che il codice penale francese ancora oggi conosce una norma molto simile a quella di cui all'art. 376 codice Zanardelli, precisamente all'art. 122-6; anche il codice penale spagnolo dedica uno specifico inciso all'ipotesi di aggressione

¹⁶⁵ Così ad es. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata")*: *molto fumo e poco arrosto*, cit., 434; ID., «*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*», cit., 1394 e ss.; SIRACUSANO, *Questioni ancora aperte sulla riforma della legittima difesa*, cit., 19 e ss.

domiciliare, all'art. 20, 4°, primo requisito¹⁶⁶: la riforma non si pone pertanto come un *portentum* giuridico, ma anzi si inserisce nel solco di una ampia tradizione anche europea di tutela rafforzata del domicilio¹⁶⁷. La cosa non può stupire, attesa la particolare rilevanza che ha il domicilio nel sistema dei beni giuridici del nostro ordinamento, risultante dall'espressa norma costituzionale di cui all'art. 14 Cost., nonché dalla specifica tutela penale ex art. 614 c.p. e processualpenale di cui ad es. all'art. 266, co. II c.p.p.; apposita tutela viene garantita al domicilio anche in ambito internazionale, ad es. dall'art. 8 della C.E.D.U.

La novella afferma poi, perentoriamente, che «*sussiste il rapporto di proporzione*» quando nei detti luoghi una delle dette persone utilizzi un'arma od altro mezzo idoneo ai fini indicati alle successive lettere a) e b): si è efficacemente evidenziato che con questa formulazione il Legislatore del 2006 ha spostato l'asse del rapporto di proporzione dal piano dei fatti in cui consistono l'offesa e la difesa, a quello delle condotte offensiva e difensiva¹⁶⁸. Invero, il co. II in parola parla di proporzione con riferimento, dal lato dell'ingiusta offesa, ad un attacco all'incolumità dell'agredito (lett. a)) o ad essa ed ai beni di costui (lett. b)), e dal lato della difesa si riferisce all'impiego di

¹⁶⁶ Quanto alla Spagna, per la quale si rinvia *retro* cap. II, § 2.1., l'art. 20, 4°, I requisito recita: «*In caso di difesa della dimora o delle sue dipendenze si considera aggressione ingiusta l'indebita introduzione in esse*»; il codice francese, all'art. 122-6 c.p.f., afferma: «*si presume che abbia agito in stato di legittima difesa colui il quale ha commesso l'atto: 1° per respingere, di notte, l'ingresso con effrazione, violenza o inganno in un luogo abitato; 2° per difendersi dagli autori di furto o saccheggio eseguiti con violenza*», si veda, nel presente lavoro, al cap. II, § 3.4.

¹⁶⁷ CADOPPI, «*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*», cit., 1393, evidenzia come siano costanti nei diversi tempi e luoghi due tipi di eccezioni al limite della proporzione, collegata la prima alle ipotesi di aggressione domiciliare e la seconda allo stato di terrore, paura o panico nei quali versa l'agredito e che lo inducono ad eccedere nella difesa.

¹⁶⁸ RONCO, voce *Legittima difesa*, cit., 649.

un'arma o di altro mezzo idoneo a fini di difesa, senza considerare gli esiti che questa condotta ha avuto: non si guarda alle conseguenze dell'uso dell'arma, giustificando in radice l'impiego di essa quale che ne sia l'effetto concreto. La novità è effettiva, ed avvicina notevolmente la legittima difesa al diverso istituto dell'uso legittimo delle armi di cui all'art. 53 c.p. ma, in fin dei conti, non sembra sconvolgere la struttura della scriminante della difesa legittima: infatti il nuovo co. II dell'art. 52 c.p. postula pur sempre un conflitto tra due interessi privati contrapposti, l'uno dei quali ingiustamente aggredito dal soggetto titolare dell'altro; per respingere l'ingiusto sacrificio dell'uno, si rende necessario l'impiego della forza a discapito del o degli interessi dell'ingiusto aggressore e l'ordinamento, schierandosi dalla parte di chi è ingiustamente attaccato, legittima questa lesione di interessi normalmente protetti. Il requisito della proporzione, che nell'art. 53 c.p. non figura, rimane al contrario necessario anche per la figura di cui al nuovo art. 52, co. II c.p., che infatti per operare lo postula come esistente, sebbene il relativo giudizio sia vincolato ad una precisa valutazione effettuata in via generale ed astratta dalla legge¹⁶⁹. Anche questa scelta, di giustificare a priori l'impiego di armi

¹⁶⁹ Su questi punti si veda la dottrina richiamata alla precedente nota 163; aggiungiamo solamente che, come fa notare PISANI, *La legittima difesa*, cit., 654, l'effetto proprio della scriminante non viene descritto nei nuovi co. II e III dell'art. 52: solamente il co. I ne sancisce l'efficacia giustificante, con ciò confermando il rapporto di genere e specie che lega fra loro la "vecchia" e la "nuova" difesa legittima, al di là dei punti di contatto con l'istituto ex art. 53 c.p. È stato chiaramente spiegato che la riforma del 2006 è fortemente debitrice del lavoro della Commissione di Riforma del Codice Penale presieduta dal dott. C. Nordio: nell'intento di allargare i confini della reazione per i soggetti aggrediti all'interno del proprio domicilio, tenuto conto anche dello stato soggettivo in cui questi si vengono a trovare per tali circostanze (ragionevole timore), il Progetto redatto dalla Commissione prevedeva l'introduzione dell'uso legittimo delle armi da parte del privato, accanto a quello tradizionale riservato al pubblico ufficiale (RONCO, voce *Legittima difesa*, cit., 648-649; si vedano in proposito anche CADOPPI, «*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*», cit., 1407 (peraltro favorevole alla qualificazione di tale norma come

in certe situazioni, corrisponde alle dichiarate finalità dell'intervento riformatore; vedremo poi quale esito sia stato effettivamente raggiunto. Concludiamo questo primo approfondimento, evidenziando che se la difesa ex art. 52 co. II e III è una figura speciale della generale scriminante tratteggiata al co. I *ibidem*, allora ciò comporta che il mancato rispetto dei nuovi requisiti speciali non precluderà comunque l'applicabilità al difensore della scriminante generale. Così, pensiamo al caso di chi, nel proprio domicilio, venga effettivamente e seriamente minacciato di morte immediata da un intruso armato, e per difendersi uccida quest'ultimo impiegando una pistola illegittimamente detenuta perché ad es. non denunciata e con numeri di matricola abrasi: ebbene il dato dell'illegale possesso dell'arma è ostativo all'applicazione del co. II ma, come ben si vede, nulla osta a che il difensore venga scriminato sulla base della vecchia norma del co. I, tenuto conto dell'attualità del pericolo cui era esposto e della chiara proporzione tra offesa e difesa. Il coordinamento tra le due norme per certi versi ricorda il rapporto che, nel sistema inglese, intercorre tra la legittima difesa di *common law* e la *public and private defence* di cui alla *Section 3* del *Criminal Law Act 1967*: anche qui, in caso manchino i requisiti di cui alla norma scritta, potrà comunque invocarsi, in via residuale, la norma di origine giurisprudenziale¹⁷⁰.

6. La nuova situazione offensiva.

eccezione alla regola generale in tema di legittima difesa); PADOVANI, *Una introduzione al progetto di parte generale della commissione Nordio*, in *Cass. Pen.*, 2005, XI, 2852).

¹⁷⁰ Si veda *retro* cap. II, § 4.2.

Merita chiarire che con la riforma il Legislatore ha comunque introdotto alcune precisazioni attinenti all'ambito della situazione offensiva sul cui presupposto si legittima la reazione difensiva, in particolare con riguardo al tema dell'attualità. Il co. II dell'art. 52 c.p. si apre infatti richiamando i «*casi previsti dall'art. 614, primo e secondo comma*»: ciò significa che la fattispecie cui la norma intende applicarsi è quella in cui un reato è già stato commesso ed è ancora in corso di attuazione, poiché si è consumata una violazione di domicilio ai sensi dell'art. 614 c.p. che ancora non si è conclusa. In altri termini, c'è già in corso un'offesa che si sta tutt'ora protraendo e che in tal modo fonda il pericolo del suo ulteriore verificarsi: un intruso è presente in casa e non se ne va¹⁷¹; parleremo quindi di intruso per definire quello che è, a tutti gli effetti, un ingiusto aggressore.

La legge prevede che, verificatasi questa prima offesa e sussistendo quindi già il pericolo del suo ulteriore protrarsi, si realizzi una *escalation* di violenza per cui si viene a profilare un nuovo pericolo anche per altri beni giuridici, in aggiunta alla già intervenuta lesione del domicilio: l'intruso presente in casa cioè non solo non se ne va, ma

¹⁷¹ Va detto che certamente questa intrusione poteva venire legittimamente respinta ex art. 52, co. I c.p. e che anche mentre essa perdura, tale norma può essere invocata senza particolari difficoltà. Si pensi al caso in cui taluno, entrato clandestinamente in casa altrui e da questi scoperto, nonostante le esplicite diffide non accenni a lasciare la casa assumendo una condotta di resistenza meramente passiva (ad es. sdraiandosi al suolo e non accennando a muoversi): non sussiste qui alcun pericolo per le persone né per i beni patrimoniali, ma solo una perdurante offesa alla libertà ed inviolabilità del domicilio, sicché non si potrà invocare la nuova norma di cui all'art. 52, co. II c.p. Come sappiamo però, nel caso di offese perduranti ogni momento in cui l'offesa si realizza fonda il pericolo del suo verificarsi nel momento successivo, sicché certo in un caso quale quello in parola si dovrà riconoscere la sussistenza di un attuale pericolo di ulteriore offesa ingiusta al domicilio, legittimamente respingibile entro il limite di una equilibrata reazione: potrà allora il padrone di casa ad es. trascinare fuori l'intruso ma non potrà "attaccarlo" e cagionargli lesioni di alcun tipo.

anzi si accinge ad una nuova ed ulteriore aggressione ai beni patrimoniali ovvero alle persone presenti in casa.

Ci troviamo allora di fronte ad un secondo pericolo particolarmente serio: esso è infatti assai probabile nel suo verificarsi, atteso che l'agente ha già commesso un primo illecito di gravità non trascurabile (la violazione di domicilio) e su questa base si accinge a proseguire nella sua attività criminosa.

Inoltre è evidente che tale pericolo, per le complessive caratteristiche della situazione concreta, è quanto mai attuale: ricordiamo qui che è già un pericolo attuale quel segmento di condotta che si colloca subito prima della soglia di rilevanza penale del tentativo, e che l'attualità di esso è inversamente proporzionale alla possibilità di fare efficace ricorso alla tutela pubblica. Pertanto, nelle circostanze delineate dalla norma è innegabile che la richiesta di aiuto alle Forze di Polizia sia difficilmente praticabile con successo, come del resto è chiaro che i gesti dell'intruso che ancora non costituiscono un tentativo punibile di omicidio o di rapina possono comunque rendere necessaria una reazione difensiva che, a tentativo iniziato, potrebbe non essere più possibile o non più efficace.

L'attenta analisi della norma induce però ad alcune ulteriori precisazioni: infatti, quanto alla lett. a) del co. II in parola, sembra chiaro che il pericolo attuale ha ad oggetto una lesione dell'incolumità personale dell'agente o di terzi, sicchè l'ipotesi è quella dell'intruso che abbia fatto o detto qualcosa che, pur non costituendo un tentativo di delitto contro l'incolumità personale, ne precede di poco la realizzazione. Occorre però notare che impiegando il termine

«*incolumità*» il Legislatore ha limitato la prima figura di legittima difesa allargata ai soli casi nei quali il pericolo minacci la vita o l'integrità fisica delle vittime e non un qualche altro bene giuridico comunque attinente alla persona quale, ad es., la libertà di movimento: nel caso tutt'altro che improbabile nel quale i ladri intendano solo legare ed imbavagliare il padrone di casa, per poi agire indisturbati, sembra allora non esserci spazio per la difesa "allargata" mancando il pericolo per l'incolumità.

Di indubbio interesse è l'esame della lett. b), di cui all'art. 52, co. II c.p.: la norma, affermando che la difesa deve essere finalizzata alla difesa dei «*beni propri od altrui*», chiaramente intende rivolgersi al caso in cui l'intruso stia per dedicarsi ad un'offesa al patrimonio¹⁷². Il prosieguo della frase rivela però l'esatta situazione presa in esame dal Legislatore: occorre infatti che non vi sia desistenza e che vi sia pericolo di aggressione.

L'assenza di desistenza: non può liquidarsi, frettolosamente, questo inciso come una duplicazione del generale requisito del pericolo attuale; se la norma ha previsto questo elemento, esso va letto come un'aggiunta rispetto al testo previgente, che mira ad arricchire e non ad appesantire. In tal senso, la mancata desistenza non significa solamente che l'intruso non si dà alla fuga, ma anzi introduce un onere a carico del padrone di casa, il quale prima di reagire facendo uso dell'arma dovrà in qualche modo intimare al ladro di cessare dal proprio attacco al patrimonio. Efficacemente si è detto che questo

¹⁷² GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio*, cit., 970-971, e PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo*, cit., 54, evidenziano come questa sia, ancora una volta, l'unica interpretazione sensata possibile.

requisito va letto come un obbligo di intimazione posto a carico del difensore¹⁷³: solo dopo il suo inutile adempimento, dovuto appunto alla mancata desistenza da parte del ladro, il difensore potrà - nel rispetto dell'ultimo requisito dato dal pericolo di aggressione - finalmente sparare. Al di là di condivisibili considerazioni sulla non eccelsa qualità tecnica della formulazione normativa, è chiaro che questo requisito afferisce all'ambito dell'attualità del pericolo, in quanto postula che l'intruso, già orientatosi alla commissione di un ulteriore illecito contro il patrimonio, non demorda dal proprio intento nonostante nel frattempo sia stato scoperto e "avvertito" dal padrone di casa. Questo dato aumenta notevolmente la probabilità del verificarsi del nuovo ulteriore danno (l'agente non demorde nonostante i primi segnali "reattivi" della vittima), ed al contempo indica che esso è quanto mai prossimo: infatti l'intruso sta progressivamente vincendo tutti gli ostacoli che si frappongono alla realizzazione del suo intento, sicchè si trova oramai ad avere la strada spianata e, all'opposto, sempre minori sono le possibilità che ha la vittima di richiedere e di ottenere un efficace intervento della Forza Pubblica.

¹⁷³ CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, cit., 440, il quale evidenzia che così facendo il Legislatore ha inteso sancire esplicitamente il diritto del derubando di opporsi al furto, sebbene obbligandolo a preavvisare il ladro anche a costo di esporsi così alla sua reazione pericolosa. Del resto, in tal caso, il derubando potrebbe sparare per difendersi ai sensi, quantomeno, della lett. b). Conforme anche PISANI, *La legittima difesa*, cit., 659. Se quindi l'intruso, scoperto e "preavvisato", si desse alla fuga, così rivelando le proprie intenzioni di "semplice" ladruncolo, ebbene il padrone di casa non gli potrebbe certo sparare, sia che la fuga avvenga con o senza il bottino (vd. nota 172). Diversamente, AMATO, *Non c'è il temuto «strappo» nel sistema*, in *G.a.D.*, 2006, XIII, 60, che definisce la desistenza come una riproposizione dell'attualità in una diversa formulazione letterale; SIRACUSANO, *Questioni ancora aperte sulla riforma della legittima difesa*, cit., 87.

Potremmo dire che ormai siamo agli istanti immediatamente precedenti il superamento della soglia di punibilità del tentativo (che è già offesa del bene protetto): è evidente il disegno legislativo di dettare una disciplina *ad hoc* per i casi di maggiore gravità, che si traduce anche nel prendere in considerazione le ipotesi più drammatiche di pericolo per il patrimonio¹⁷⁴.

Vi è a questo punto un ultimo paletto che la legge pone all'agredito prima di autorizzarlo a fare uso dell'arma legittimamente detenuta "per difendere i propri beni": occorre che vi sia pericolo di aggressione. Ancora una volta, la riforma pecca di scarsa precisione e di poca chiarezza: la legge del 2006, con quest'ultimo requisito, intende infatti che deve sussistere anche un pericolo per la persona in aggiunta al pericolo drammaticamente attuale per il patrimonio, che ora abbiamo descritto. Altra lettura dell'inciso non è possibile: invero, l'esistenza di un pericolo per i beni patrimoniali è il presupposto operativo della legittima difesa allargata contemplata dall'art. 52, co. II, lett. b) c.p., sicchè la locuzione «*pericolo di aggressione*» deve necessariamente avere un altro significato; inoltre, il termine «*aggressione*» viene usato per la prima volta nel contesto dell'art. 52, ed assume un significato più ristretto rispetto a quello di «*offesa*», rimandando con evidenza a delle ipotesi di attacco alla persona¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Che la nuova legittima difesa presupponga comunque un pericolo attuale per la vittima, è stato espressamente confermato anche in una delle prime pronunce di legittimità successive all'entrata in vigore della riforma: Cass., sez. IV, 29 settembre 2006, 32282, in *G.a.D.*, 2006, VL, 52.

¹⁷⁵ Così anche CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, cit., 439; GAMBERINI, *Percorsi autoritari ed esiti simbolici della legittima difesa*, in INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 75; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 259, e SIRACUSANO, *Questioni ancora aperte sulla riforma della legittima difesa*, cit., 88, segnalano come anche nei lavori parlamentari che hanno preceduto l'approvazione della legge, sia stato più volte ribadito che la difesa del bene patrimoniale è sempre e comunque legata alla tutela della sicurezza personale.

Spicca che codesto pericolo non sia descritto come attuale, ma la cosa non stupisce, atteso che le ipotesi di attuale pericolo per l'incolumità personale ricadono nella diversa fattispecie di cui alla lett. a), ed attesa inoltre la stessa *ratio* della riforma: ampliare le facoltà di difesa per chi si trovi aggredito da un intruso in casa propria¹⁷⁶. La conclusione è necessaria: è sufficiente la presenza oggettiva di un pericolo, i.e. la probabilità significativa di un danno futuro, che si accompagni alla offesa al domicilio già in essere ed al pericolo attuale già gravante sui beni patrimoniali; non occorre allora che l'intruso sia oramai prossimo alla realizzazione di un delitto tentato contro la persona. Facendo un esempio, se il padrone di casa scopre degli intrusi che, avendo con sé delle armi, stanno forzando la cassaforte e che non desistono dopo una sua intimazione, si potrebbe ravvisare il «*pericolo di aggressione*» tenuto conto delle peculiarità della vicenda (di fatto un ipotesi di *fur nocturnus*), del numero e delle caratteristiche soggettive degli aggressori (es. loro prestanza fisica, indole violenta e aggressiva palesantesi dalla loro condotta) e soprattutto del fatto che gli stessi sono armati: in questa situazione la legge vuole scriminare il padrone di casa che reagisca a questa situazione impiegando l'arma

All'opposto DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, cit., 432, riferisce il pericolo di aggressione ai beni patrimoniali, definendolo «*il pendant oggettivo della finalità di difesa che anima l'agente*»; conclude quindi l'A. che, così facendo, la riforma avrebbe intollerabilmente equiparato i beni giuridici personali della vita ed incolumità individuali a quelli patrimoniali.

¹⁷⁶ È stato detto invece che il pericolo di aggressione di cui alla lettera b) va letto in rapporto alla ipotesi base di cui al co. I dell'art. 52 c.p., sicchè si dovrebbe intendere come pericolo attuale di aggressione (GAMBERINI, *Percorsi autoritari ed esiti simbolici della riforma della legittima difesa*, cit., 76; in giurisprudenza segue questa tesi Cass., sez. I, 08 marzo 2007, n. 16677, in www.dejure.giuffre.it).

legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo, senza che egli debba attendere di venire attaccato¹⁷⁷.

Al termine di queste riflessioni, appare chiaro che la nuova legittima difesa richiede comunque la presenza di un pericolo attuale ed obbiettivo per l'incolumità o per il patrimonio, senza il quale la reazione dell'agredito è illecita in quanto assume natura di attacco o di vendetta, a seconda che preceda o segua l'offesa: in tal senso del resto si è pronunciata anche la giurisprudenza di legittimità, negando la scriminante a chi faccia fuoco sul ladro che fugge o a chi la invochi onde porre in essere una indiscriminata reazione contro il semplice intruso¹⁷⁸. Anche nella difesa allargata il pericolo dovrà essere pertanto valutato sulla base di tutte le circostanze del caso concreto, in una valutazione elastica ovvero non ancorata solo a parametri generali

¹⁷⁷ RONCO, voce *Legittima difesa*, cit., 651, spiega che «il pericolo rilevante è quello che risulta dalla situazione di conflitto emergente dal relazionarsi dell'offensore con la vittima secondo la descrizione volutamente dinamica contemplata dalla norma». Il paradigma offensivo del *fur nocturnus*, fin dall'antica Roma, ha rappresentato una tipica ipotesi nella quale il Legislatore ravvisava, in via generale ed astratta, una maggiore pericolosità dell'aggressione dovuta alle sue circostanze spaziali e temporali (intrusione notturna nella casa, presenza di familiari "indifesi" che il capo famiglia sente l'esigenza di proteggere), secondo quanto bene spiega SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 14 e ss. Che con la riforma questa figura sia riemersa dalle pieghe dell'art. 52 c.p. è dato evidente, oltre che pacifico.

¹⁷⁸ Che la nuova legittima difesa presupponga comunque un pericolo attuale per la vittima, è stato espressamente confermato anche in una delle prime pronunce di legittimità successive all'entrata in vigore della riforma: Cass., sez. IV, 29 settembre 2006, 32282, in *G.a.D.*, 2006, VL, 52. Qui l'imputato aveva fatto fuoco al gruppo di ladri che, inizialmente introdottosi in casa sua, era poi fuggito in strada e si stava ormai allontanando nell'oscurità. Cass., sez. I, 21 febbraio 2007, Sampino, in *ius17@unibo.it*, 2008, I, 209 e ss., a piena conferma di quanto illustrato nel testo, così insegna: «la causa di giustificazione prevista dall'art. 52, comma secondo, c.p. [...] presuppone un attacco, nell'ambiente domestico, alla propria o altrui incolumità, o quanto meno un pericolo di aggressione. (Nella fattispecie è stata esclusa la legittima difesa in relazione all'omicidio di una persona che si era introdotta con inganno nel condominio dell'imputata per ottenere il pagamento di un debito»; conforme anche Cass., sez. V, 28 giugno 2006, 25339, in *CED Cass. pen.*, 234382.

ed astratti, svincolati dagli aspetti anche soggettivi della singola fattispecie.

7. Alcune note comparatistiche.

Questa ultima considerazione vale a temperare le conseguenze della ricomparsa, nel nostro sistema, della figura del *fur nocturnus*: vi è infatti una significativa differenza rispetto all'originaria figura del diritto romano. Nell'antica Roma, le XII tavole introducevano una vera e propria presunzione di sussistenza del pericolo per la persona dell'agredito e della sua famiglia: in altri termini, la legge a priori affermava che un ladro, introdottosi nottetempo in casa costituisce pericolo anche per la vita e l'integrità della vittima, e pertanto ne ammetteva l'uccisione. Il nuovo art. 52 c.p., al co. II, presenta la medesima *ratio* di quell'istituto ma richiede che nella situazione concreta esista un effettivo pericolo per la vittima: senza questo effettivo pericolo, che poi sarà oggetto di valutazione da parte del giudice, la vittima non potrà impunemente sparare al "ladro"¹⁷⁹.

Sicuramente, tra tutti gli ordinamenti analizzati in precedenza, è in quello francese che si trova la norma più simile al nuovo art. 52 c.p.:

¹⁷⁹ Le XII tavole così recitano: «*si nox furtum faxit, si im occisit, iure caeso esto; luci, si se telo defendit, endoque plorato*». Quanto al ladro che agisca di giorno, vi è allora una significativa modifica: la difesa letale è ammessa se l'aggressore resiste a mano armata e a condizione che la vittima abbia previamente chiesto aiuto (evidentemente senza ottenerlo). Fortissima l'assonanza con la nuova lett. b) in parola: mancanza di desistenza e pericolo di aggressione sembrano infatti essere la versione moderna della resistenza a mano armata e dell'inutile invocazione di aiuto; il ladro domestico del co. II in parola è oramai più un rapinatore che non un semplice "rubagalline". Al riguardo CADOPPI, «*si nox furtum faxit, si im occisit, iure caeso esto*», cit., 1382 e ss.; SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 16.

l'art. 122-6 delinea due ipotesi nelle quali si presume la legittima difesa in capo a chi abbia agito per respingere una violazione notturna di domicilio commessa con violenza o con effrazione o con inganno (1° ipotesi), ovvero per respingere un furto o saccheggio commessi con violenza (2° ipotesi).

A ben vedere la norma francese è a tratti più “generosa” di quella italiana, concedendo al padrone di casa di usare la forza anche per respingere una semplice violazione di domicilio commessa con l'inganno: non è infatti richiesto in siffatta eventualità un effettivo pericolo per l'incolumità della vittima, mentre secondo il nuovo art. 52 c.p. una violazione di domicilio “non violenta” non rientra nei casi di difesa allargata. La 2° ipotesi invece si avvicina molto di più a quella di cui alla nostra nuova lett. b): la reazione ivi considerata è infatti diretta contro chi sia responsabile di un delitto contro il patrimonio (furto) eseguito con violenza; abbiamo allora un pericolo attuale diretto contro i beni patrimoniali che si accompagna ad un pericolo per l'incolumità fisica della vittima. Va detto però che in questo caso la vicenda può svolgersi anche in luoghi diversi dal domicilio, mentre tale collocazione spaziale della vicenda è presupposto necessario per l'applicazione del nuovo art. 52, co. II c.p. Ad una più attenta analisi, quanto al presupposto operativo della nuova legittima difesa, sembra di poter concludere che la riforma del 2006 ha in pratica unificato le due ipotesi previste dall'art.122-6 c.p.f., fondendole insieme in una nuova fattispecie, i cui effetti sono comunque più contenuti rispetto a quelli d'oltralpe¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Per l'analisi dell'art. 122-6 c.p.f. si veda *retro*, cap. II, § 3.4.

Viene inoltre in rilievo il codice spagnolo che, all'art. 20, co. 4°, primo requisito, specifica che quando si difende il domicilio, l'illecita intrusione in esso è considerata aggressione ingiusta: si tratta di una presunzione che attiene alla sussistenza del presupposto operativo della legittima difesa, la cui applicazione sottosta però nel resto alle consuete regole senza altre eccezioni. In altri termini, il Legislatore iberico ha scelto di accordare bensì una maggiore tutela al bene del domicilio, ma in modo più contenuto rispetto al codice francese ed anche a quello italiano: chi trovi un intruso in casa propria potrà contare sulla legittima difesa per difendersi, in quanto tale situazione integra per legge un'ipotesi di aggressione ingiusta, e non dovrà attendere l'insorgere di un ulteriore pericolo per sé o per i propri beni; la reazione però dovrà esplicarsi nei limiti di quanto ragionevolmente necessario, come in ogni altra ipotesi di ingiusta aggressione¹⁸¹.

Per quanto concerne la situazione offensiva presupposto della nuova legittima difesa allargata, l'art. 52 c.p. appare quindi in armonia con il panorama europeo, ove diffusa è l'attenzione per il bene del domicilio e per le offese che lo vanno a colpire; il nostro istituto va anzi a collocarsi in una posizione intermedia, garantendo una protezione particolare al domicilio che certo è più ampia rispetto a quella di cui al codice spagnolo ma che, al tempo stesso, si presenta più ristretta rispetto a quanto previsto dal ben noto art. 122-6 francese.

8. La reazione difensiva nell'ipotesi di cui all'art. 52, co. II c.p.

¹⁸¹ In merito alla difesa legittima in Spagna si veda *retro* cap. II, § 2.2. e ss.

Come già accennato, il Legislatore del 2006 descrive la reazione difensiva in un modo nuovo, facendo riferimento non al fatto difensivo in sé, bensì alla condotta che lo determina. Questa condotta, secondo la legge, deve essere finalizzata alla difesa da uno dei pericoli di cui alle lett. a) e b): occorre quindi un'effettiva corrispondenza della reazione allo scopo di respingere l'attacco suddetto, dalla quale discende il giudizio di non antigiuridicità della difesa, secondo quello che abbiamo visto essere anche l'approccio tipico del sistema inglese. In contraddizione con i dichiarati scopi della riforma, questo primo inciso si traduce nell'aggiungere quello che, chiaramente, è un requisito soggettivo alla struttura della scriminante, in merito al quale il giudice dovrà compiere un accertamento¹⁸².

La reazione difensiva viene allora descritta come uso di un arma legittimamente detenuta o di altro mezzo idoneo, al fine difensivo predetto: l'attenzione si focalizza sui mezzi difensivi impiegati e non sul loro esito nei cui confronti il Legislatore si mostra indifferente.

Onde esattamente comprendere il senso vero della riforma, occorre ricordare che il concetto portante della legittima difesa sta nel rapporto di necessità che lega la reazione rispetto all'aggressione: la difesa si pone come unico strumento utile per evitare l'ingiusto pregiudizio, e

¹⁸² PISANI, *La legittima difesa*, cit., 656; VIGANÓ, *sub art. 52 c.p.*, cit., 606; PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo*, cit., 54, spiega che l'interpretazione di tale inciso in senso oggettivo è preclusa dal fatto che già la legge predetermina l'esistenza di un pericolo oggettivo, cui si rende necessario reagire, descrivendo i presupposti operativi della nuova scriminante, ovvero la già avvenuta violazione di domicilio e i pericoli di cui alle lett. a) e b). Prima della riforma molto si era discusso se la scriminante contemplasse la presenza di un elemento soggettivo, lì dove parlava della "costrizione ad agire" (si veda ad es. ANGELINI, *L'elemento soggettivo nella scriminante della legittima difesa*, in *Ind. Pen.*, 2001, 191 e ss.): quanto alla difesa allargata, allora, il problema è stato risolto dal Legislatore.

pertanto viene scriminata. Ciò vale anche in questa sede, come è reso evidente dai seguenti indici: innanzitutto la difesa allargata si colloca pur sempre nell'ambito della legittima difesa, compiutamente delineata al co. I dell'art. 52, che prevede espressamente l'elemento della necessità; inoltre, parlando dei mezzi difensivi diversi dall'arma, la riforma precisa che essi devono essere "idonei", con ciò richiamando l'idea della loro rispondenza alla necessità di evitare la lesione minacciata; infine, anche il requisito soggettivo (il fine "di difendere") conferma la perdurante esigenza di un rapporto di necessità fra la reazione e l'aggressione. Se ciò è vero, come è vero, allora non ogni utilizzo dell'arma sarà scriminato dal nuovo art. 52 c.p., bensì solamente quel suo uso che risponda allo scopo, oggettivo e soggettivo, di respingere uno dei pericoli considerati dalla norma. Approfondendo il tema, si comprende che la nuova legge non legittima, nemmeno sotto questo aspetto, indiscriminate reazioni armate, in quanto il ricorso alle armi non potrà comunque essere svincolato dalla sua effettiva necessità¹⁸³. Una diversa interpretazione si tradurrebbe in un tradimento della *ratio* della legittima difesa, che serve a garantire efficaci strumenti di autoconservazione dell'individuo e non a punire, in via privata, chi violi la legge.

Tutto ciò produce importanti conseguenze in ordine a quello che è sicuramente il punto più dibattuto della novella, ovverosia il rapporto di proporzione nei casi di cui all'art. 52, co. II e III c.p. Secondo il nuovo co. II citato, «*sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma [...] se taluno [...] usa un'arma legittimamente detenuta o*

¹⁸³ AMATO, *Non c'è il temuto «strappo» nel sistema*, cit., 60; CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, cit., 438; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 256 e ss.

altro mezzo idoneo al fine di difendere» i beni giuridici elencati alle successive lett. a) e b): siamo di fronte, è evidente, ad una presunzione legislativa di proporzionalità del mezzo difensivo impiegato (l'arma o altro mezzo idoneo) con il pericolo per l'incolumità di cui alla lett. a) o con il pericolo per i beni patrimoniali unito al pericolo personale, di cui alla lett. b). I termini di paragone sono da un lato l'offesa, dettagliatamente descritta alle due lettere in commento, e dall'altro la condotta difensiva quale ne sia l'esito: tra i due, per legge, sussiste un rapporto di conveniente equilibrio, grazie al quale l'agredito potrà beneficiare della scriminante in commento. Conseguentemente, nei casi descritti ai co. II e III l'agredito può indifferentemente uccidere l'aggressore, ferirlo, od anche solo tentare di colpirlo: la conclusione è ineludibile ma merita alcune precisazioni.

Innanzitutto, l'impiego dell'arma o dell'altro mezzo idoneo deve essere stato "necessario": ciò sbarra la strada ad ipotesi estreme di eccessiva disinvoltura nell'uso della violenza, in quanto comunque non si potrà sparare per uccidere se, onde fermare l'aggressore, era sufficiente intimidirlo minacciando l'uso dell'arma. La valutazione su questo primo aspetto non è affatto semplice, tuttavia dovrà comunque essere compiuta, alla stregua di criteri obiettivi che tengano conto di tutte le circostanze del caso concreto: ad es., se l'intruso è armato di un bastone e dista dall'agredito una decina di metri, perché si trova nel giardino della villa mentre il padrone di casa è affacciato alla finestra, è chiaro che per quest'ultimo è sufficiente sparare in aria o alle gambe dell'intruso onde fermarlo; se però nelle stesse circostanze il padrone di casa, campione di tiro con pistola, prendesse la mira e

con un unico colpo centrasse quell'intruso in fronte uccidendolo, ebbene si dovrebbe dubitare dell'effettiva necessità di tale uso della pistola. Questa interpretazione è suffragata non solo dalla tradizionale opinione secondo la quale la difesa necessaria è quella, fra tutte le possibili opzioni, meno lesiva per l'aggressore, ma anche da un veloce richiamo ad altri ordinamenti.

Ci riferiamo precisamente al sistema tedesco nel quale, come visto, il § 32 St.G.B. non prevede espressamente alcun limite di proporzione nella reazione difensiva: ciò nonostante, l'ordinamento tedesco riesce ad evitare intollerabili eccessi difensivi proprio valorizzando il rapporto di necessità e di imposizione che deve legare la difesa all'offesa, sicchè una difesa smodata ed eccessiva, in quanto non necessaria e non imposta, non può dirsi legittima. Il principio è lo stesso che si trova sotteso all'istituto dell'art. 53 c.p.: anche qui la legge sembra ammettere la legittimità dell'uso dell'arma senza limite alcuno, quale ne sia l'esito ma, in realtà, dottrina e giurisprudenza concordano nell'ammettere la liceità del solo uso che sia minimo indispensabile per il fine perseguito. Avendo più armi a disposizione, tutte ugualmente efficaci per respingere l'offesa, l'agredito dovrà optare allora per quella meno lesiva per l'aggressore: solamente l'uso di quest'arma potrà dirsi "imposto" dalla "necessità" di difendersi. L'esempio è quello del padrone di casa che disponga di una mazza e di una pistola: se le circostanze concrete del caso rendono sufficiente l'impiego della sola mazza, non potrà l'agredito impiegare la pistola

perché mezzo sovradimensionato rispetto all'effettiva necessità e, quindi, mezzo non necessario né imposto¹⁸⁴.

Analogamente a quanto avviene in Germania, queste prime riflessioni consentono, all'atto pratico, di negare ancor'oggi la legittimità di reazioni spropositate, segnate da quella che i tedeschi chiamano "crassa sproporzione".

9. La presunzione di proporzionalità.

Spostando l'attenzione al tema della proporzione, si impone una prima serie di considerazioni, legate al primo termine di paragone della relativa presunzione, ovverosia alla situazione offensiva. Abbiamo infatti visto che il nuovo co. II dell'art. 52 c.p. descrive, alle lettere a) e b), delle particolari fattispecie, nelle quali vi è un pericolo attuale per la vita o l'integrità fisica dell'agredito, ovvero per il suo patrimonio in uno però con un effettivo rischio anche per la sua persona: l'attacco contro cui impiegare l'arma è allora un attacco particolarmente grave perché attinge direttamente i beni supremi dell'ordinamento, nel caso della lett. a), ovvero si pone come potenziale fonte di loro offesa (lett.

¹⁸⁴ Per quanto concerne la *Notwehr* si rinvia *retro* al cap. II, § 1.5 e ss. del presente lavoro; nella dottrina italiana, nel senso del testo, CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, cit., 437-438; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 260; PISANI, *La legittima difesa*, cit., 655. In ultima analisi, è la *ratio* stessa della legittima difesa che non consente diversa conclusione: se infatti si legittimasse un uso delle armi non necessario e non imposto dalle circostanze, si devierebbe dalla funzione di autoconservazione individuale propria dell'istituto, attribuendogli un compito diverso, ovvero quello di sanzionare il colpevole per la sua illecita condotta. Tale ultima funzione non coincide con quella di strumento di ripristino della legalità violata, altro pilastro della legittima difesa, bensì ne rappresenta un *quid pluris*, uno strumento di tutela per il futuro incentrato su finalità di prevenzione.

b)). La presunzione introdotta nel 2006 sancisce pertanto che l'uso di un arma per fini difensivi è mezzo di difesa equilibrato rispetto ad un attacco alla persona che avvenga nel domicilio ed in costanza della sua violazione, sia esso attacco alla persona diretto ovvero mediato da una previa aggressione al patrimonio.

In questa prospettiva, allora, dobbiamo certo ammettere che la riforma non si pone né come un sovvertimento della scala di valori espressa dalla nostra Costituzione, né come una inopinata equiparazione della vita umana al patrimonio: per vero, la proporzione presunta vede una sostanziale equivalenza dei beni aggrediti e dei beni attingibili dalla reazione difensiva, in quanto sia gli uni che gli altri afferiscono alla sfera dell'integrità personale dei singoli; si rammenti poi che l'aggressione ingiusta alla persona, immediata o mediata, si accompagna all'offesa di un altro importante bene giuridico, quale il domicilio¹⁸⁵.

A sostegno di questa opinione è possibile richiamare anche l'esperienza comparatistica svolta ai capitoli precedenti del presente lavoro. Invero, se torniamo all'esame del sistema francese, notiamo che l'art. 122-5, nell'ambito delle previsioni generali sulla legittima difesa personale e patrimoniale, adotta una formula analoga a quella italiana: si richiede un rapporto di proporzionalità fra i mezzi

¹⁸⁵ Quanto detto ora è riconosciuto anche da FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 889, i quali ciò nonostante esprimono riserve in merito all'opportunità di questa novella, giudicata poco ragionevole: furti o rapine commessi in casa non sono infatti, necessariamente, più pericolosi di quelli che avvengono in altri luoghi. Vero è che scopo della riforma era proprio quello di rafforzare la tutela individuale del domicilio e nel domicilio, secondo una valutazione di politica legislativa di competenza del Legislatore. Su questa base vanno allora ridimensionate le critiche e le perplessità formulate ad es. da DOLCINI, *La riforma della legittima difesa*, cit., 432, nonché da PISA, *La legittima difesa tra Far West ed Europa*, in *D.P.P.*, 2004, VII, 797 (l'A. scriveva riferendosi al progetto di legge che poi sfociò nell'attuale nuova norma).

impiegati a difesa e la gravità dell'attacco respinto. Per quanto riguarda i "mezzi difensivi" sappiamo che, al di là del dato letterale, per il giudice francese è decisiva la considerazione della lesione cagionata o potenzialmente cagionabile all'aggressore con la difesa concretamente posta in essere: in altri termini, nonostante la legge parli di "mezzi", si deve aver riguardo al risultato che questi hanno prodotto o potevano produrre. Così, è proporzionata la reazione di colui che spari prima un colpo in aria e poi un secondo ai piedi dei quattro aggressori armati avanzanti verso di lui, nonché quella del professore che abbia dato un leggero colpo all'allievo che lo aveva insultato pesantemente e volgarmente, o infine quella di chi impieghi una bomba lacrimogena contro l'usciera che stia commettendo una violazione di domicilio, un sequestro ed altre vie di fatto. Anche la legge spagnola fa riferimento ai mezzi impiegati, richiedendo che essi siano "ragionevoli" ovvero, come spiegato, idonei e proporzionati rispetto all'offesa che devono evitare. In effetti, la dottrina e la giurisprudenza iberiche sono concordi nel ritenere che "necessità concreta della difesa" significhi anche e soprattutto sua proporzionalità rispetto al pericolo evitando, da valutarsi comparando gli strumenti di attacco e quelli di difesa; la dottrina più attenta ha proposto un allargamento dei fattori rilevanti, sollecitando un giudizio condotto anche alla luce delle modalità dell'attacco e della difesa, ovvero secondo una valutazione globale dell'"offesa" e della "difesa" nella loro completezza, in tal modo addivenendo alle stesse

conclusioni cui era giunta la migliore dottrina italiana a proposito del giudizio di proporzione *ante* riforma del 2006¹⁸⁶.

Gli esempi stranieri ora ricordati dimostrano infine che, nonostante il nuovo richiamo ai mezzi difensivi, non è errato ancorare il rapporto di proporzione di cui al novellato art. 52, co. II c.p. quantomeno ai beni oggetto di attacco e di difesa, e su questa base giungere a riconoscere il sostanziale (e non solo presunto) equilibrio di tali due poli.

In merito poi alla ipotesi di tutela c.d. “mediata” della persona, di cui alla lettera b) del co. II dell’art. 52 c.p., va ricordato che anche lo Statuto della Corte Penale Internazionale ammette la scriminante della legittima difesa per la tutela di beni patrimoniali, se essenziali per la sopravvivenza della persona o per il compimento di una missione militare legittima: *mutatis mutandis* la norma qui in commento appare ricalcare questo principio, fatto proprio con l’istituzione della C.P.I. anche dal nostro Paese (oltre che da molti altri)¹⁸⁷. Non dovrebbero pertanto sussistere dubbi o perplessità circa la compatibilità di questa norma con la nostra Costituzione e con i principi fondamentali della tutela dei diritti umani.

Resta da chiarire l’esatta portata della presunzione: non è un caso che molti fra coloro che hanno espresso forti perplessità sulla riforma, abbiano interpretato tale presunzione come assoluta, insuscettibile quindi di prova contraria¹⁸⁸. Se così fosse, infatti, sarebbero inevitabilmente giustificate anche reazioni difensive assolutamente

¹⁸⁶ Nel presente lavoro il tema della ragionevolezza dei mezzi impiegati, elemento richiesto dalla legge spagnola sulla legittima difesa, è trattato *retro* al cap. II, § 2.3.

¹⁸⁷ Se ne è parlato al cap. II, § 5.2. del presente lavoro.

¹⁸⁸ Così ad es. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa*, cit., 432, che infatti vi ravvisa una vera e propria licenza di uccidere; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 888; PISA, *La legittima difesa tra Far West ed Europa*, cit., 797.

sproporzionate rispetto alla reale entità della minaccia, con l'esito pratico di legittimare l'uso delle armi da parte dei privati in modo illimitato ed a prescindere dalle effettive esigenze difensive: in pratica, intendendo la presunzione come assoluta, i rilievi prima formulati con riguardo alla persistente esigenza di un nesso di necessità tra la difesa e l'offesa anche nella nuova legittima difesa, verrebbero vanificati. La presunzione assoluta di proporzionalità finirebbe per eliminare anche un altro elemento strutturale della scriminante, ovverosia il rapporto di necessità e di costrizione intercorrente tra l'aggressione ingiusta e la reazione difensiva: anche nei casi nei quali i tedeschi ravvisano la c.d. "crassa sproporzione" - che come spiegato rivela l'assenza del nesso di "costrizione" tra attacco e difesa¹⁸⁹ - il giudice italiano dovrebbe invece, per legge, affermare l'esistenza della proporzione e quindi infine affermare che la difesa fu necessaria ed imposta, anche se in realtà così non era. All'atto pratico, ciò si tradurrebbe nell'indiscriminata giustificazione di qualsivoglia impiego di armi

¹⁸⁹ Come illustrato *retro* al cap. II, § 1.5. e ss., per il diritto tedesco la legittima difesa trova il proprio duplice fondamento nell'interesse individuale all'autoconservazione ed in quello pubblico alla tutela della Legalità: al ricorrere di una situazione offensiva come quella descritta dal § 32, al co. II, la reazione difensiva corrisponde ad ambedue questi principi fondanti e, pertanto, è "imposta". Si intende con ciò che la difesa dovrà essere posta in essere per soddisfare sia l'interesse individuale che quello pubblico sottesi all'istituto in commento: diversamente, almeno uno dei due interessi verrebbe sacrificato. In senso inverso, è altrettanto evidente che se in un dato caso, attese le sue concrete peculiarità, uno dei due interessi sopra detti non ricorre ovvero ricorre con una minima intensità, anche il grado di imposizione della reazione difensiva ne sarà corrispondentemente attenuato: tra l'imposizione della reazione difensiva ed il duplice fondamento della legittima difesa sussiste un rapporto di proporzionalità diretta, per cui tanto è forte la prima, quanto è intenso il secondo e viceversa. Tutte le volte in cui le esigenze di tutela individuale o pubblica siano sensibilmente "sbiadite", per le specifiche caratteristiche della situazione concreta, altrettanto limitata dovrà essere la reazione difensiva, la quale oltre certe soglie sarebbe priva di giustificazione logico-razionale e quindi illegittima. Una difesa oltremodo eccessiva, ovverosia sovradimensionata rispetto all'effettiva esigenza difensiva, è allora una difesa non imposta, una difesa illegittima.

nelle condizioni di cui al co. II dell'art. 52 c.p., a prescindere dalla sua obiettiva rispondenza a finalità difensive: il padrone di casa che scopra degli intrusi di notte in casa, che non desistano e che rappresentino un pericolo per lui o la sua famiglia, potrebbe allora anche decidere di attaccarli lanciandogli contro una bomba a mano che li uccida tutti, sebbene egli avesse avuto a disposizione altri mezzi meno letali ed altrettanto efficaci (ad es., sparare con una pistola ad uno solo dei malviventi ferendolo, e così mettere in fuga gli altri), ma questo è un modo per punire i criminali in via privata e non un modo per proteggere la propria famiglia ed i propri beni.

Ad ogni evidenza, simile interpretazione non può essere accolta: essa infatti renderebbe del tutto incompatibile il nuovo istituto con la sua stessa *ratio*, finirebbe per sovvertire la gerarchia di valori espressa dalla nostra Costituzione, e si porrebbe in aperto contrasto anche con la C.E.D.U. che, all'art. 2, ammette l'offesa alla vita individuale solo se ciò è *assolutamente necessario* onde tutelare un'altra persona dalla violenza illegale. Infatti, come detto, si legittimerebbe qualsivoglia offesa alla vita dell'aggressore a prescindere dalla sua effettiva necessità; si contraddirebbero poi i principi di inviolabilità della persona e di uguaglianza espressi dalla Costituzione; si finirebbe per attribuire alla legittima difesa la funzione di sanzione privata in luogo di quelle di strumento di autoconservazione e di ripristino della legalità violata che invece le sono proprie.

Tutte queste considerazioni impongono allora di interpretare la presunzione in parola come soltanto relativa, e quindi passibile di prova contraria: in tal modo i soggetti interessati (tipicamente il

pubblico ministero) potranno dimostrare che in concreto la difesa fu palesemente smodata ed eccessiva, così svelando l'assenza di necessità e costrizione in merito a tale reazione. Adottando questa opzione interpretativa, sarà possibile mantenere la nuova legittima difesa all'interno dei confini di legittimità costituzionale e di compatibilità con la C.E.D.U. che poco fa si ricordavano: non saranno infatti ritenute legittime quelle "difese" che sacrificano la vita dell'aggressore fuori dei casi in cui ciò sia assolutamente necessario, o che si pongono al di fuori della logica difensiva della scriminante¹⁹⁰.

L'analisi comparatistica sembra confortare la bontà di questa conclusione: anche in Francia la presunzione di cui all'art. 122-6 viene intesa come soltanto relativa, e quindi vincibile da prova contraria¹⁹¹.

Del resto, appare metodologicamente corretto adottare, tra due opzioni interpretative, quella conforme a Costituzione ed agli altri principi fondamentali dell'ordinamento: la tesi della presunzione solo relativa consente di attribuire alla norma un significato compatibile con tali parametri ed anche per questo merita di essere preferita a quella opposta.

¹⁹⁰ Nel senso del testo MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 260. Accenna a tale teoria anche PISANI, *La legittima difesa*, cit., 673. SIRACUSANO, *Questioni ancora aperte sulla riforma della legittima difesa*, cit., 89 e ss., pur con alcune peculiarità (definisce infatti la proporzione ex art. 52, co. II una «verità interinale»), sembra infine sposare l'idea che la proporzionalità stabilita *ex lege* possa andare incontro a smentita, all'esito di un attento esame della fattispecie concreta. A proposito dell'art. 2 C.E.D.U., si veda al cap. II, § 5.3. del presente lavoro.

¹⁹¹ In questo lavoro, cap. II, § 3.4.

CAPITOLO IV

CONCLUSIONI

1. La reale portata della riforma.

In base all'analisi fin qui svolta, si può affermare che un privato cittadino che abbia subito un'intrusione domestica, potrà usare un'arma (legittimamente detenuta) contro l'intruso solamente per respingere un possibile attacco alla propria incolumità, immediatamente attuale ovvero mediato da una previa aggressione ai propri beni, e solo a tal fine; se questa reazione sarà stata effettivamente necessaria ed imposta dalle esigenze difensive, beneficerà della nuova scriminante senza che il raffronto tra il rischio corso ed evitato, ed il danno cagionato all'ingiusto aggressore, possa valere ad escluderne l'applicazione: egli cioè andrà esente da punizione a prescindere dalla concreta sussistenza di un conveniente equilibrio tra la difesa e l'offesa.

Il privato dovrà dimostrare la sussistenza di una complessa serie di elementi oggettivi e di uno soggettivo, senza i quali l'uso dell'arma non sarà affatto scriminato: occorrerà accertare la violazione di domicilio; andrà provata l'effettiva sussistenza di un ulteriore pericolo per l'incolumità personale secondo le lettere a) o b) del co. II dell'art. 52 c.p.; dovrà inoltre essere dimostrato che l'agredito intendeva solo difendersi e dovrà del pari verificarsi l'oggettiva natura difensiva della condotta (in particolare sotto il profilo della necessità e

dell'imposizione). Superato positivamente questo vaglio, per l'ultimo elemento della scriminante soccorrerà la presunzione di legge sicchè sul punto il privato sarà completamente esonerato da qualsivoglia onere probatorio.

Non ci si potrà allora esimere dal valutare in concreto la sussistenza del pericolo attuale e della necessità della difesa; del resto è indispensabile che il pericolo riguardi anche l'incolumità personale.

Possiamo quindi escludere con certezza che la nuova norma legittimi l'uccisione di chicchessia per scopi di mera difesa del patrimonio, come del resto possiamo affermare che non sarà possibile nemmeno oggi avvalersi di mezzi difensivi significativamente "violenti" per difendersi da aggressioni minime, e questo del resto è anche l'orientamento della migliore giurisprudenza¹⁹².

Va però precisato che all'atto pratico, nonostante questa interpretazione che secondo le parole di autorevole dottrina potremmo definire "ortopedica"¹⁹³, la nuova norma può giustificare fattispecie nelle quali sussiste un effettivo squilibrio tra offesa e difesa, sebbene

¹⁹² Cass., sez. I, 08 marzo 2007, n. 16677, cit., afferma: «è stato modificato soltanto il concetto di proporzionalità, fermi restando i presupposti dell'attualità dell'offesa e della inevitabilità dell'uso dell'arma [...]; deve rilevarsi che il legislatore, al di là della affermazione di principio per cui "sussiste il rapporto di proporzione..." non ha voluto operare una completa equiparazione fra qualsiasi tipo di interesse, nel senso che appare evidente che neppure il novum legislativo legittima sempre una reazione implicante l'uso indiscriminato e senza limiti delle armi, finalizzato a ledere la incolumità dell'aggressore, bensì impone ugualmente una comparazione degli interessi poiché consente l'uso dell'arma in difesa della propria o altrui incolumità, e, nel caso di difesa dei beni, solo quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione. Il che significa che la difesa con armi dei beni, pur nell'ambito del concetto di proporzionalità ora normativamente stabilito, è legittima solo se vi è anche un rischio concreto di un pregiudizio attuale (se non vi è desistenza) per la incolumità fisica dell'agredito o di altri». In dottrina, bene diceva CADOPPI, «*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*», cit., 1395, che il ladro notturno non poteva (prima della riforma) venire ucciso impunemente nel nostro ordinamento, salvo che l'agredito fosse riuscito a dimostrare che sussisteva un preciso pericolo per la sua vita nel momento in cui ha reagito: anche dopo la riforma, allora, nulla p cambiato sul punto.

¹⁹³ PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo*, cit., 54.

non tale da tradursi nella non necessità e nella non imposizione di quest'ultima: si pensi al caso di chi abbia sparato all'intruso notturno che lo aggrediva a mani nude, ferendolo o uccidendolo. In casi siffatti, secondo la norma originaria dell'art. 52 c.p. e adottando il criterio ampio di valutazione della proporzione, attento a tutte le circostanze del caso concreto e non solo ai beni in conflitto, forse si potrebbe dubitare della sussistenza di un rapporto di "conveniente equilibrio" fra l'offesa e la reazione, specie quando l'aggressore presentava caratteristiche tali da far ritenere contenuto il pericolo che poteva rappresentare per la vittima (ad es. aggressore esile, anziano e poco prestante a fronte di un aggredito giovane, robusto e magari anche addestrato nella lotta). Tali dati inducono a ritenere che il pericolo obiettivo corso dall'aggredito fosse limitato (rischio di lesioni fisiche non gravi), mentre serio è il pregiudizio cagionato all'aggressore (quantomeno ferito da colpi di arma da fuoco): è però vero che se non avesse reagito, l'aggredito avrebbe potuto subire delle lesioni personali, sicchè è innegabile l'oggettiva difensività della reazione. Stante ciò, la presunzione di proporzionalità impone di tollerare questo squilibrio, mandando l'aggredito esente da pena ed anzi giustificando la sua condotta.

A sommosso avviso di chi scrive, tale esito non può essere definito aberrante: invero, occorre ricordare che chi ha fatto uso dell'arma era pur sempre vittima di una violazione di domicilio, e vedeva esposto sé stesso ed i propri beni al rischio di ulteriori aggressioni. La situazione offensiva era cioè grave, e rappresentava per la vittima la possibile fonte di conseguenze altrettanto gravi ed ingiuste: se la *ratio* della

legittima difesa è anche quella di consentire al singolo individuo di proteggere i propri beni giuridici da aggressioni ingiustificate quando non può contare sulla protezione della Forza Pubblica, ebbene la nuova norma si pone come una riaffermazione di questo principio, universalmente condiviso e riconosciuto.

Maggiori perplessità possono sorgere con riguardo all'ipotesi di tutela mediata della persona, di cui alla lett. b) del co. II dell'art. 52 c.p.: qui infatti il pericolo di aggressione non è richiesto sia attuale¹⁹⁴, sicchè potrebbe ravvisarsi un'eccessiva anticipazione di tutela. Si può però opporre che nel complessivo contesto fattuale delineato dalla norma in esame, l'agredito si trova nella condizione di dover agire subito, in via preventiva, onde poter efficacemente tutelare la propria incolumità poiché se dovesse attendere l'attualizzazione del pericolo rischierebbe di perdere l'unica occasione di efficace autotutela, con gravissime conseguenze¹⁹⁵. Pensiamo al caso in cui una persona sola scopra, di notte, che al piano inferiore della propria casa sono presenti più intrusi, giovani e forti nonché dotati di mazze e altri strumenti da scasso, intenti a rubare: nonostante il padrone di casa abbia svelato la propria presenza (ad es. urlando od accendendo le luci) gli intrusi non accennano a desistere ed anzi mantengono un atteggiamento per nulla

¹⁹⁴ Anche se, come visto *retro* al § 1.5., l'opinione sul punto non è pacifica.

¹⁹⁵ CADOPPI, «*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*», cit., 1409, prima della riforma evidenziava come a tal proposito vi fossero effettivamente esigenze di specifica tutela: «*Infatti, può essere che in simili frangenti l'attesa di una "maggiore concretizzazione" del pericolo (attendere, ad es., che il ladro notturno punti la pistola e stia per premere il grilletto) significhi morte sicura per il difensore. Sicchè il pericolo è in realtà già "attuale", se la nozione di attualità viene estesa ai prodromi del "pericolo finale", da cui non ci si potrebbe difendere. Talora, poi, si tratta di pericolo non attuale, in quanto potenziale, o dubbio. [...] Ebbene, in relazione a queste ipotesi, una norma ad hoc chiarirebbe tale portata applicativa della legittima difesa, ed eviterebbe oscillazioni giurisprudenziali - espresse o occulte - e disparità di trattamento dei poveri difensori*».

intimorito; il numero degli aggressori, le loro caratteristiche soggettive, il loro possesso di strumenti atti ad offendere, il loro atteggiamento complessivo, inducono a ritenere che sussista un pericolo per l'inquilino sebbene non prossimo ad una immediata realizzazione perché gli intrusi non sono ancora giunti al piano di sopra, nella stanza ove egli si trova. In siffatte circostanze, se prima di poter reagire utilizzando l'arma l'inquilino dovesse attendere passivamente che gli intrusi lo raggiungano, ebbene è chiaro che per lui le possibilità di una efficace difesa sarebbero notevolmente diminuite: egli si troverebbe a subire l'iniziativa degli aggressori, perdendo qualsivoglia vantaggio tattico che prima poteva avere e che, in casi simili, è spesso decisivo per gli esiti dello scontro.

Nei casi quali quello dell'esempio, non v'è chi non riconosca che l'anticipazione della soglia di legittima reazione risponde ad esigenze obiettive di assicurare all'agredito una maggiore tutela, rispetto ad altre ipotesi di aggressione; non va dimenticato, tra l'altro, che tutta la vicenda ha luogo in quello che per la vittima è il domicilio, ovverosia il luogo considerato per antonomasia l'ultimo vero rifugio di una persona, dal quale non è possibile fuggire né sarebbe giusto imporre a taluno di farlo.

Su queste basi, nemmeno la lettera b) qui in commento appare in contrasto con la *ratio* dell'istituto e con i principi fondamentali del nostro ordinamento: la reazione "anticipata" che essa ammette si pone pur sempre come strumento di tutela efficace di beni personali, in situazioni nelle quali la loro protezione potrebbe non essere più possibile in un momento successivo. Le peculiarità delle fattispecie

contemplate dalla norma valgono altresì a sedare le perplessità che - giustamente - desta ogni eccessiva anticipazione della soglia di legittimità della reazione: nelle dette circostanze, come visto, vi sono obiettive e specifiche ragioni che spiegano tale scelta.

A fugare i dubbi rimasti, può ricordarsi l'esperienza comparatistica precedentemente svolta. Abbiamo infatti visto¹⁹⁶ che in Germania si sono espresse riserve all'ammissione di una simile anticipazione della soglia di legittimità della difesa, se non altro perché la norma del § 32 St.G.b. parla di aggressione, adoperando una locuzione che non può essere forzata fino a ricomprendervi un pericolo non ancora attuale. Ciò è talmente vero che, onde sopperire alle esigenze di tutela qui considerate, i tedeschi fanno ricorso alla diversa norma sullo stato di necessità ove si parla di pericolo e non di aggressione.

La nostra norma invece parla di pericolo, adottando quindi una nozione pienamente compatibile con l'idea di un'aggressione "futura", ovvero il caso in cui un futuro attacco sia certo, sebbene non ne sia iniziata ancora la preparazione: nulla osta allora a che le esigenze di anticipata tutela proprie di determinate fattispecie, come tali avvertite anche da altri ordinamenti, possano trovare adeguato riscontro nel nuovo art. 52 c.p. Potremmo dunque ipotizzare che la lett. b) in parola introduca nel sistema italiano un'ipotesi di legittima difesa "preventiva" della persona, attuata prima che sia iniziata anche solo la preparazione di un'aggressione il cui verificarsi è - per legge - certo o altamente probabile, e che si giustifica per il rango elevato del bene giuridico protetto nonché per l'impossibilità, in quelle date

¹⁹⁶ Il riferimento è a cap. II, § 1.3. *retro*.

circostanze, di garantirgli un'efficace protezione in base alle regole generali. Sono queste le stesse ragioni che, in passato, avevano determinato l'adozione di altre specifiche norme, tipicamente l'art. 376 del codice Zanardelli¹⁹⁷.

2. *La difesa eccessiva.*

Risulta evidente, a questo punto, che anche dopo la riforma nulla è cambiato per quelle ipotesi nelle quali l'agredito abbia travalicato i limiti legali della legittima difesa, per ragioni ricollegabili al particolare stato emotivo in cui si trovava, e ciò sia nel caso in cui l'agente abbia erroneamente ritenuto sussistere un pericolo per la propria incolumità in realtà assente, sia nel caso in cui abbia erroneamente attuato una reazione smodata ed in questo senso non necessaria rispetto all'effettivo pericolo corso.

Nel primo caso possiamo ipotizzare il seguente esempio: Tizio, svegliatosi nel cuore della notte a causa di alcuni rumori sospetti, si avvede della presenza di un intruso nella propria abitazione; Tizio viene quindi travolto dalla paura per l'incolumità propria e dei propri

¹⁹⁷ CADOPPI, «*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*», cit., 1386; SIRACUSANO, *Questioni ancora aperte sulla riforma della legittima difesa*, cit., 20 e ss., ricorda le ragioni che avevano determinato la previsione di cui all'art. 376, evidenziandone la persistente attualità, quasi che fossero una costante della legislazione penale: «[...] gli argomenti posti tradizionalmente a base di questi coefficienti di pericolo puntavano sulle stesse modalità di "attacco" al bene, sull'"equivocità" di questi atti, e rimarcavano, nell'area di una specifica tutela, la condizione soggettiva di insuperabile insicurezza di fronte a determinate forme di "aggressione" del domicilio. [...] L'incertezza sulle intenzioni dell'"aggressore" spiegava il timore di chi subiva la violazione del domicilio»; si veda anche GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio*, cit., 962-963.

congiunti presenti in casa (moglie e figli infanti) e, in preda al terrore, afferra la pistola regolarmente detenuta; Tizio allora senza prima svelare la propria presenza, spara alla cieca nella direzione da cui ha sentito provenire i rumori uccidendo l'intruso; si scopre poi che l'intruso era un giovane ed esile ladro, disarmato, intento a sottrarre alcuni oggetti di valore esposti in bella vista in casa.

Nell'esempio così ipotizzato mancano gli stessi presupposti oggettivi della scriminante ex art. 52, co. II c.p.: sebbene sussista la violazione di domicilio, manca invero la desistenza (Tizio infatti non ha in alcun modo svelato la propria presenza al ladro) e soprattutto difetta qualsivoglia pericolo per l'incolumità personale degli abitanti della casa, come è evidente avuto riguardo al fatto che l'intruso era disarmato, solo, fisicamente poco prestante ed intento a commettere un piccolo quanto semplice furto.

La "reazione" di Tizio è stata dettata dal terrore di cui egli era preda, che lo ha indotto a porre in essere una reazione incontrollata, di certo non lucida né calcolata: ciò nonostante, la nuova norma non fornisce alcun aiuto a Tizio, il cui caso andrà quindi risolto secondo i medesimi principi vigenti anteriormente al 2006. La questione è pertanto se il terrore di cui Tizio fu preda e che lo determinò ad uccidere valga ad escluderne la colpa¹⁹⁸, ed in proposito la riforma del 2006 nulla dice.

¹⁹⁸ Si dovrà infatti riconoscere che, giusta la violazione di domicilio ed il furto in atto, sussisteva per Tizio un pericolo attuale di ulteriore offesa dei beni giuridici del domicilio e del patrimonio: ciò determina l'applicabilità al caso in esame della norma generale del "vecchio" co. I dell'art. 52 c.p., alla luce del quale la reazione di Tizio, seppur ritenuta necessaria, è quantomeno sproporzionata rispetto all'offesa, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto. Si è trattato infatti di una difesa letale posta in essere per respingere un'offesa, contenuta, al solo patrimonio e non alla persona. Tizio ha quindi travalicato i limiti della legittima difesa e perciò, ai sensi dell'art. 55 c.p., potrà andare esente da punizione solamente se l'errore non è dipeso da colpa e se i fatti commessi non sono previsti come reato colposo. Questa problematica era oggetto di

Il secondo caso può così essere esemplificato: Caio, uomo sano e robusto, scopre un intruso nella propria casa che sta cercando denaro ed altri preziosi di cui impossessarsi; l'intruso, avvedutosi della presenza di Caio non desiste ed anzi gli intima di fornirgli i valori posseduti, con tono di voce affatto spaventato ed anzi muovendo alcuni passi verso Caio; Caio a questo punto versa in preda al panico ed è angosciato dal pensiero della figlia infante che dorme nell'altra stanza sicchè estrae la pistola - che in quanto agente di polizia di rientro dal turno di lavoro portava sotto la giacca - e spara più colpi al petto dell'intruso uccidendolo. Si accerta poi che l'intruso era disarmato e che era fisicamente poco prestante, anzi palesemente svantaggiato in un ipotetico confronto fisico con Caio, il quale per giunta, essendo poliziotto, conosceva tecniche di lotta corpo a corpo che gli conferivano un notevole vantaggio; la figlia dormiva serenamente e mai aveva corso alcun rischio; del resto, Caio aveva tenuto nascosta la pistola e l'aveva impiegata direttamente e solo per uccidere. La reazione di Caio si rivela pertanto smodata e non necessaria rispetto all'effettiva offesa, tenuto conto che il pericolo corso era obiettivamente limitato e che egli disponeva di molti altri modi di impiego dell'arma, ad es. soltanto minacciandone l'uso o sparando in aria o, in estremo subordine, mirando a parti non vitali. Secondo l'interpretazione "ortopedica" della nuova legittima difesa, in siffatti casi la scriminante allargata va esclusa in quanto, sebbene

irrisolta discussione, non fornendo la normativa vigente alcuna soluzione valida, a differenza invece del codice tedesco che, con il § 33, espressamente scusa chi abbia travalicato i limiti della necessità per il particolare stato emotivo in cui versava al momento del pericolo (vd. *retro* cap. II, § 1.8.); si veda anche CADOPPI, «*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*», cit., 1394 e ss.

sussistessero i presupposti obiettivi dell'aggressione descritta al co. II dell'art. 52 c.p., la difesa è stata non necessaria e non imposta: l'agente aveva infatti a disposizione molti altri modi meno lesivi di impiegare l'arma, tutti verosimilmente efficaci tenuto conto dell'effettivo pericolo corso. In base al nuovo co. II dell'art. 52 c.p. a nulla rileva, ancora una volta, la particolare condizione emotiva in cui versava Caio, preda del panico e dell'angoscia per i propri cari presenti nel domicilio: il difetto di necessità della reazione è determinante. Pure qui, la questione decisiva per la sorte del "difensore" è data dalla possibilità di formulare in capo a costui un giudizio di rimprovero circa l'erroneo, in quanto eccessivo, impiego dell'arma, ovvero sia circa l'erroneo superamento del limite di proporzionalità¹⁹⁹.

Queste considerazioni inducono a valutare criticamente la riforma del 2006: essa invero era animata dalla volontà di rafforzare il diritto di autotutela nel privato domicilio, controbilanciando una prassi applicativa ritenuta troppo poco favorevole all'agredito che si difende, in quanto poco attenta non solo alla obiettiva pluridimensionalità del pericolo rappresentato dalle intrusioni domiciliari, ma anche perché scarsamente sensibile alla difficoltà che in quelle circostanze incontra il difensore nel mantenere la propria reazione entro rigorosi limiti di proporzionalità²⁰⁰. Con la novella però

¹⁹⁹ Anche in questo caso, infatti, sarà possibile ipotizzare l'operatività della "vecchia" norma generale di cui al co. I dell'art. 52 cit., alla luce della quale però la reazione difensiva, seppur necessaria, appare quantomeno sproporzionata. Nuovamente, si verte in un'ipotesi di eccesso dei limiti legali di legittima difesa, disciplinata ancora oggi dall'art. 55 c.p. Nel senso del testo ad es. AMATO, *Non c'è il temuto «strappo» nel sistema*, cit., 61.

²⁰⁰ GAMBERINI, *Percorsi autoritari ed esiti simbolici della riforma della legittima difesa*, cit., 67 e ss.; GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio*, cit., 960. Come gli stessi Aa.

nulla è mutato per chi, aggredito in casa propria, sia preda del terrore e perciò reagisca in modo smisurato: ancora valgono le regole di cui all'art. 55 c.p., senza alcuna "miglioria" per il difensore. Diversamente sarebbe stato se il Legislatore fosse intervenuto introducendo nel nostro ordinamento una norma simile al § 33 St.G.B., ovverosia un'apposita scusante per i casi nei quali l'aggredito eccede nella propria difesa a causa della condizione particolarmente concitata nella quale versa al momento dell'aggressione (descritta dai tedeschi come paura, terrore, panico): per tale via si sarebbe ottenuto il risultato di mandare esente da pena i responsabili di tali fatti, conseguendo l'obiettivo proclamato di evitare a chi si difenda in casa propria di subire conseguenze penali ritenute contraddittorie ed ingiuste²⁰¹.

3. Considerazioni conclusive.

In estrema sintesi, possiamo ritenere che la riforma della legittima difesa abbia introdotto nel nostro sistema una ipotesi di difesa preventiva della persona nei casi di intrusioni illecite nel domicilio, e

illustrano, pare che con la riforma si invocasse per il difensore quasi più una esenzione dal processo e dalle indagini, che non dalla pena: sebbene giuridicamente simile assunto appaia poco condivisibile, non va trascurato il dato obiettivo e di comune esperienza secondo il quale assai spesso oggi, nel nostro sistema, la vera pena è il processo. Prima della riforma sottolineava l'esigenza di una più attenta considerazione degli stati soggettivi in cui versa l'ingiustamente aggredito CADOPPI, «*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*», cit., 1401 e ss.

²⁰¹ La soluzione qui proposta è caldeggiata, *inter alios*, da CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, cit., 440; SIRACUSANO, *Questioni ancora aperte sulla riforma della legittima difesa*, cit., 95 e ss.; evidenzia l'importanza del § 33 St.G.B. nel sistema tedesco RONCO, voce *Legittima difesa*, cit., 646.

che per tali casi abbia anche sancito la legittimità dell'impiego di armi onde proteggere l'incolumità personale delle vittime.

Il primo profilo è un risultato inaspettato della riforma che, apparentemente, era concentrata sul tema della proporzione tra l'offesa e la difesa: tuttavia, questo esito realizza l'obiettivo di ampliare gli spazi di tutela per coloro che subiscono ingiuste aggressioni nel proprio domicilio, sancendo la legittimità di una reazione violenta posta in essere prima che il pericolo personale per le vittime divenga drammaticamente attuale, nell'ottica di assicurare una protezione dei diritti individuali ingiustamente aggrediti che sia la più piena ed efficace possibile.

Nulla dice la riforma con riguardo ai casi limite di legittima difesa che, tipicamente, riguardano i casi delle c.d. 'donne maltrattate': uno dei temi di maggior interesse concernenti la legittima difesa, e in capo al quale sarebbe certo utile un intervento chiarificatore e puntualizzatore, è stato così totalmente trascurato dal Legislatore del 2006. In proposito occorrerà perciò fare ancora riferimento ai criteri di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, di matrice anglo-americana, che abbiamo descritto nel corso del presente lavoro e che, almeno in alcune occasioni, hanno già trovato terreno fertile nel nostro ordinamento.

Il secondo profilo corrisponde maggiormente agli scopi perseguiti dal Legislatore ma, in ultima analisi, si rivela assai meno dirompente e rivoluzionario di quanto da taluni paventato e da altri, forse, auspicato: di fatto, la nuova norma legittima il sacrificio di beni giuridici personali dell'aggressore onde tutelare beni giuridici di pari rango

dell'agredito, e l'unica novità in proposito è data dal fatto che nessun rilievo viene riconosciuto al grado ed all'intensità della loro lesione. In tal modo verranno giustificate reazioni che forse, secondo un giudizio di proporzionalità ampio, a carattere misto oggettivo e soggettivo quale quello da ultimo proposto prima della riforma del 2006, andrebbero ritenute non equilibrate rispetto all'effettiva offesa: si tratta però pur sempre di ipotesi limitate nel numero e nella frequenza, peraltro giustificabili senza particolare sforzo mediante il richiamo alla preferenza che l'ordinamento correttamente accorda agli interessi del soggetto ingiustamente aggredito, nonché alla particolare rilevanza che questi hanno nei casi cui si riferisce la nuova scriminante. In altri termini, vi è un effettivo allargamento delle facoltà di difesa privata che però è, realisticamente, contenuto e comunque compatibile con il nostro sistema costituzionale e con i principi internazionali in tema di tutela dei diritti umani.

Anche il confronto con altri importanti ordinamenti europei ha dimostrato che scelte legislative quali quella in commento non sono affatto anomale o eccezionali, ma anzi corrispondono ad una sensibilità comune seppur variamente declinata nelle sue concrete applicazioni. Il sistema francese si caratterizza per una disciplina più favorevole per l'agredito, rispetto a quella nostra: l'art. 122-6 introduce una presunzione non di sola proporzionalità, bensì di generale legittima difesa per chi abbia respinto una mera violazione di domicilio ovvero un'aggressione al patrimonio commessa con violenza anche fuori dal domicilio; il sistema spagnolo si limita invece ad anticipare la soglia di legittimità della difesa, presumendo non la

proporzionalità bensì la sussistenza di un'aggressione attuale allorquando vi sia un attacco alla dimora; il diritto tedesco invece ricorre alla norma dello stato di necessità giustificante di cui al § 34 St.G.B. onde legittimare ipotesi di difesa anticipata analoghe a quelle di cui alla lettera b) del nuovo co. II dell'art. 52 c.p. Infine, anche in Inghilterra si è sentito recentemente il bisogno di intervenire sulla disciplina della legittima difesa, mediante il *Criminal Justice and Immigration Act (2008)*: la sua *section 76* ha introdotto una sorta di presunzione di ragionevolezza per determinate ipotesi di reazione difensiva, sulla scorta essenzialmente dell'atteggiamento soggettivo tenuto dall'agente al momento dei fatti.

La legge n. 59 del 13 febbraio 2006 muove allora da esigenze condivise nel panorama europeo, e adotta soluzioni assai simili a quelle seguite, prima di essa ma anche successivamente ad essa, da altri Paesi dell'Unione Europea.

Ogni sistema fornisce poi la propria soluzione concreta allo stesso problema, e ciò è l'ineliminabile portato delle differenze culturali prima ancora che giuridiche esistenti tra i vari Paesi: da questo punto di vista, opinare circa la bontà della scelta del nostro Legislatore è legittimo ma, forse, poco attinente al campo dell'analisi dello *jus conditum* e più adatto alla riflessione in tema di politica legislativa.

Nello specifico, la scelta di ampliare la tutela della persona nel caso di aggressioni domiciliari appare più che compatibile con i principi di cui all'art. 2 C.E.D.U., sia nell'obiettivo che nella via adottata per raggiungerlo dato che, come detto, i beni giuridici in conflitto nelle ipotesi di cui al co. II cit. sono pur sempre attinenti alla sfera della

persona, e non del patrimonio. Del pari, il meccanismo di tutela mediata della persona, di cui alla lettera b) del nuovo co. II dell'art. 52 c.p., è analogo a quello adottato nell'art. 31 dello St.C.P.I. onde legittimare la difesa dei beni patrimoniali: tale sostanziale somiglianza fugge ogni dubbio circa la piena ammissibilità della nuova norma, al contempo svelandone il carattere di non eclatante novità.

Ricollegandoci poi alle riflessioni svolte in apertura del presente lavoro, attinenti alla *ratio* della legittima difesa, emerge come la nuova legge sia una coerente valorizzazione della prima istanza fondante dell'istituto, ovverosia di quel principio di autoconservazione individuale che tutti gli ordinamenti riconoscono come innegabile diritto di ogni persona, diretta conseguenza del suo riconoscimento come soggetto giuridico al cui servizio si pone l'ordinamento.

Per queste ragioni vanno respinti i toni allarmistici o eccessivamente polemici da taluno adoperati all'entrata in vigore della nuova legge: veramente questa non si pone come norma di rottura dell'ordine costituzionale e della gerarchia di valori da esso espressa, né come apertura all'indiscriminato uso delle armi con nefaste conseguenze criminogene.

All'opposto, come Altri ben hanno detto, il concreto effetto pratico di questa riforma è modesto, pur se non del tutto irrilevante.

Vanno invece condivise le considerazioni critiche attinenti non al merito della riforma, bensì alla qualità tecnica della nuova legge: invero, i nuovi commi dell'art. 52 c.p. ricalcano per molti tratti essenziali il progetto di riforma non della legittima difesa, bensì della diversa scriminante dell'uso legittimo delle armi. Tale progetto

prevedeva l'introduzione, accanto alla figura tradizionale riservata al pubblico ufficiale, di una nuova fattispecie di uso legittimo delle armi da parte del privato, proprio per i casi di aggressioni domiciliari: la foga riformatrice e la correlata esigenza di scendere a compromessi in sede parlamentare, hanno determinato lo snaturamento di questo progetto mediante l'inserimento di essa norma nel diverso istituto della legittima difesa. Ci troviamo così di fronte ad un istituto che potremmo paragonare ad un o.g.m. del diritto: una legittima difesa modificata mediante l'innesto di elementi dal diverso codice genetico, che pertanto richiede non pochi interventi correttivi ed adeguatori onde poter vivere e sopravvivere in armonia con l'ambiente ove è collocata.

Oltre a questo primo gruppo di difficoltà interpretative ed applicative, connaturate alla stessa genesi della nuova norma, ve ne sono altre derivanti dalla scarsa precisione terminologica e concettuale adottata dal Legislatore, come ad es. il riferimento ai "beni" ed al "pericolo di aggressione" di cui alla lettera b) del nuovo co. II. Tali aspetti meritano sicura censura, nell'auspicio di una più compiuta ed organica riforma del sistema penale, che in quanto tale sia frutto di una più attenta e precisa ponderazione.

De jure condendo, è quindi auspicabile che l'ibrido giuridico della nuova legittima difesa venga abbandonato o quantomeno riveduto: la ventilata introduzione di un'apposita figura di uso legittimo delle armi per il privato, che eviti le confusioni e le difficoltà ingenerate dalla sua commistione con il diverso istituto della legittima difesa, consentirebbe di affermare con chiarezza il diritto dei privati di

difendersi con le armi in determinate situazioni, nonché al contempo di trasmettere ai consociati una norma di condotta chiara e precisa, di immediata comprensibilità e di più semplice applicazione. In tal modo si amplierebbe l'area di legittima autotutela privata e si eviterebbero pericolosi equivoci circa la sua effettiva portata, con piena soddisfazione sia delle istanze riformatrici sia di quelle attente alla complessiva tenuta del sistema giuridico.

Diversamente, volendo mantenersi nel campo della legittima difesa, si potrebbe introdurre una presunzione, espressamente relativa, di sussistenza dell'intera scriminante nei casi di aggressioni domiciliari, secondo il modello di cui all'art. 122-6 del codice penale francese: in tal modo si fornirebbe a "chi si difende in casa propria" uno strumento chiaro e rapido per evitare conseguenze giudiziarie ritenute ingiuste e per difendere efficacemente sé stesso, i propri cari e la propria casa da un tipo di aggressione giudicato più grave degli altri, salva la possibilità per il pubblico ministero di provare l'assenza in concreto di uno qualsiasi dei presupposti della legittima difesa, così punendo i casi non meritevoli di giustificazione.

A completare il quadro, nell'ambito della legittima difesa andrebbe inserita una nuova apposita norma che, sulla falsariga del § 33 St.G.B. prevedesse una causa scusante per il soggetto che, reagendo ad una ingiusta aggressione domiciliare, abbia travalicato i limiti della legittima difesa a causa della particolare condizione soggettiva nella quale si trovava in quel momento, secondo il principio *adgreditus non habet staderam in manu*.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Oxford Dictionary of law*, New York, 2006
- AA.VV., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden, 1999
- ALTAVILLA, voce *Difesa legittima*, in *NN.D.I.*, Torino, 1960
- AMATI, CACCAMO, COSTI, FRONZA, VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2006
- AMATO, *La reazione deve essere l'unica possibile non sostituibile con altra meno dannosa*, in *G.a.D.*, 2006, XVI
- AMATO, *Non c'è il temuto «strappo» nel sistema*, in *G.a.D.*, 2006, XIII
- ANGELINI, *L'elemento soggettivo nella scriminante della legittima difesa*, in *Ind. Pen.*, 2001
- ANGIONI, *Pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Sassari, 1981
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003
- ASHWORTH, *Principles of criminal law*, Oxford, 2003
- BAGNATI, *Spunti di ricerca su fuga e legittima difesa*, in *Arch. Pen.*, 1992
- BALDUS, § 53, in *Leipziger Kommentar*, IX ed., München, 1974
- BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, Padova, 2001
- BATTAGLINI, *Sulla legittima difesa*, in *Riv. It. di Dir. Pen.*, 1933
- BELING, *Die lehre vom verbrechen*, Tübingen, 1906

- BERTONI, *La Difesa Legittima*, in “*Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*”, a cura di VASSALLI, Milano, 1982
- BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 1986
- BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885
- BOCKELMANN, *Notwehr gegen verschuldete angriffe*, in *F.S. Honig*, Göttingen, 1970
- BONFIGLIO, “*Nuova*” *legittima difesa e convenzione europea sui diritti dell’uomo*, nota a Cass. pen., 21 febbraio 2007, n. 12466, in *Ind. Pen.*, 2009, II
- BOSCARELLI, voce *Legittima difesa*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990
- CADOPPI, «*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*». *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in *Studi Marinucci*, Milano, 2006
- CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. “sproporzionata” o allargata)*: molto fumo e poco arrosto, in *D.P.P.*, 2006, IV
- CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Bologna, 1993
- CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Bologna, 1993
- CASSESE, *The Statute of the ICC: some preliminary reflections*, in *Eur. J. of Int. L.*, 1999
- CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969

- CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969
- COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 1991
- CONSORTE, *La nuova legittima difesa e il pericolo di aggressione*, nota a Cass., sez. I, 21 febbraio 2007, Sampino, in *ius17@unibo.it*, 2008, I
- CONTENTO, *Liceità apparente e Responsabilità penale nella difesa legittima e nello stato di necessità*, in *Arch. Pen.*, 1956, I
- COPPEL, *The human rights Act. Enforcing the European Convention in the domestic courts*, Chicester, 1999
- CROSS, JONES, *An introduction to Criminal Law*, Londra, 1972
- DASSONVILLE, *Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé*, in *R. D. P. Crim.*, 2008
- DE SALVIA, *Compendium della CEDU*, Napoli, 2000
- DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930
- DELITALA, *Legittima difesa e reato colposo*, in *Riv. It. di Dir. Pen.*, 1940
- DEMURO, *Giustificazione e scusa: evoluzione dottrinale e analisi comparata*, in *Giur. di Merito*, II, 1995
- DENNIS, *A pointless exercise*, in *Crim. L. R.*, 2008
- DESPORTES, LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Paris, 2009
- DI PINTO, *Cause oggettive di esclusione del reato*, in *Enciclopedia-Diritto penale*, diretta da CENDON, Padova, 2004
- DINE, GOBERT, *Cases & Materials on Criminal Law*, Londra, 1993

DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi “sacrosante” e sacro valore della vita umana*, in *D.P.P.*, 2006, IV

DRESSLER, *Battered women who kill their sleeping tormentors*, in *Criminal Law Theory*, Oxford, 2004

ELLIOT, QUINN, *Criminal Law*, Harlow, 1998

ESER, *Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime*, in *Rechtvergleichende Perspektiven*, I, a cura di ESER-FLETCHER, Freiburg, 1987

FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2006

FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, Bologna, 2004

FIERRO CENDERELLI, *Legittima difesa e provocazione. Rilievi comparatistici*, in *Riv. It. di Dir. e Proc. Pen.*, 1978

FORNASARI, *Principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993

FROSALI, *Sistema penale italiano*, II, Torino, 1958

GAMBERINI, *Percorsi autoritari ed esiti simbolici della riforma della legittima difesa*, in INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006

GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio (l. 13 febbraio 2006, n. 59)*, in *S.J.*, 2006, IX

GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970

GRANDE, *Justification and excuse (le cause di non punibilità nel diritto anglo-americano)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993

GROSSO, *Difesa Legittima e Stato di Necessità*, Milano, 1964

GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964

GROSSO, *Il requisito della produzione involontaria del pericolo nello stato di necessità e nella legittima difesa*, in *Studi F. Antolisei*, II, Milano 1965

GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961

GROSSO, voce *Legittima difesa*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano 1974,

GROSSO, voce *Offendicula*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano 1979, 750 ss

GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur funktion der rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln/Berlin, 1983

HIMMERLREICH, *Notwehr und unbewusste fahrlässigkeit*, Berlin/New York, 1971

HIRSCH, *Die Notwehrvoraussetzung der rechtswidrigkeit des Angriffs*, Berlin/New York, 1977

HIRSCH, *La posizione di giustificazione e scusa nel sistema del reato*, in *Riv. It. Di Dir. e Proc. Pen.*, 1991, 758 ss

JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996

JHERING, *La lotta per il diritto*, trad. it. Milano, 1989

KNOOPS, *Defenses in contemporary International law*, Leiden, 2008

KRAUSE, *Zur problematik der notwehr*, in *F.S. Bruns*, Köln, 1978

KREY, *Zur einschränkung des notwehrrechts bei der verteidigung*

LEE (a cura di), *The International Criminal Court*, L'Aja, 1999

LENCKNER, vor §32, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2001

MAGGIORE, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 1958

MANTOVANI, *Diritto Penale, parte generale*, Padova, 2009

MANTOVANI, voce *Offendicula*, in *NN. D. I.*, XI, Torino 1965

MANZINI, *Trattato di diritto penale Italiano*, II, Torino, 1981

MAURACH-ZIPF, *Deutsches strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1992

MERLE, VITU, *Traitè de Droit Criminel*, I, Parigi, 1997

MEZGER, *Diritto Penale*, I, Padova, 1935

MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello statuto della Corte Internazionale Penale*, in *R.I.D.P.P.*, 2000

MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, Barcellona, 2006

MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964

MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 2004

NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972

NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982

NUVOLONE, *Questioni in tema di legittima difesa*, nota a Ass. App. Milano, 19 aprile 1977, in *Ind. Pen.*, 1979

OLIVARES, NARONTE, *Il codice penale spagnolo*, Padova, 1997

PADOVANI, *La Condotta omissiva nel quadro della difesa legittima*, in *Riv. It. di Dir. e Proc. Pen.*, 1970

PADOVANI, *Una introduzione al progetto di parte generale della commissione Nordio*, in *Cass. Pen.*, 2005, XI

PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *G.a.D.*, 2006, XIII

PADOVANI, voce *Difesa legittima*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989

PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960

PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003

PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, Torino, 1967

PARISH, *Self defence: the wrong direction?*, in *Crim. L. R.*, 1997

PENSO, *La difesa legittima*, Milano, 1939

PETTOELLO MANTOVANI, *Volontarietà del pericolo e legittima difesa*, in *Riv. Pen.* 1955, II

PISA, *La legittima difesa tra Far West ed Europa*, in *D.P.P.*, 2004, VII

PRADEL, CADOPPI (a cura di), *Casi di diritto penale comparato*, Milano, 2005

REALE, *Lo statuto della Corte Penale Internazionale*, Padova, 1999

RISTORI, voce *Offendicula*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994

RIZ, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana. Considerazioni sulla tripartizione*, in *Ind. Pen.*, 1981

RIZ, *Lineamenti di diritto penale, parte generale*, Padova, 2001

ROBERTS, *Global Digest, Legitimate Defence - Ireland*, in *Crim. L. R.*, 2007

ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. It. di Dir. e Proc. Penale*, 1990

ROMANO, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, I, Milano, 2004

ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004

RONCO, *Il reato*, II, Bologna, 2007

RONCO, *sub art. 52 c.p.*, in RONCO, ARDIZZONE, ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2009

RONCO, voce *Legittima difesa*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV agg., Milano, 2009

RÖNNAU, *Vor § 32*, in *Leipziger Kommentar*, XII ed., II, Berlino, 2006

ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996

SABATINI G., *Provocazione e legittima difesa: requisiti comuni e differenziali*, in *F. I.*, 1936

SAMSON, § 32, in RUDOLPHI, HORN, SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, Frankfurt a. M., 1984

SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2004

SCHMIDHÄUSER, *Über die wertstruktur der Notwehr*, in *F.S. Honig*, Göttingen, 1970

SELLA, *L'uccisione nel sonno del tiranno domestico: legittima difesa o legittima difesa putativa?*, nota a G.I.P. Bassano d. Grappa, 03 marzo 2009, A.N., in *ius17@unibo.it*, 2009, II

SIRACUSANO, *Questioni ancora aperte sulla riforma della legittima difesa*, in *Ind. Pen.*, 2008

SMITH, HOGAN, *Criminal Law, Cases and Materials*, London, 1993

SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura della scriminante*, Padova, 1980

SPENDEL, *vor § 32*, in *Leipziger Kommentar*, Berlin/New York, 1992

STILE, *Die irrtum als Unrechts-und/oder Schuldausschluss im italienischen Strafrecht*, in *Beitrage und Materialien aus dem Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht*, Freiburg, band 26, 1990

STRATENWERTH, *The problem of Mistake in Self-Defense*, in *Rechtvergleichende Perspektiven*, II, a cura di ESER, FLETCHER, Freiburg, 1988,

SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Padova, 2003

TAMIETTI, *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita*, nota a Cass., sez. IV, 6 febbraio 2003, in *Cass. Pen.*, 2003, VI

TRÖNDLE-FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2003

TURNER, *Kenny's outlines of Criminal Law*, Cambridge, 1962

VAN DEN WYNGAERT, STESENS, *International Criminal Law - A Collection of International and European Instruments*, The Hague, 1999

VENAFRO, *Scusanti*, Torino, 2002

VIGANÓ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Cass. Pen.*, 2008, Supp. XII

VIGANÓ, *sub art. 52*, in MARINUCCI, DOLCINI, *Codice penale commentato*, Milano, I, 2006

VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, Padova, 2002

VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, Padova, 1993

WALKER, *The battered woman syndrome*, New York, 1984

WALKER, *The battered woman*, New York, 1979

ZAGREBELSKY, *La Proporzione fra difesa e offesa nell'art. 52 c.p.*, in *G.I.*, 1980

ZIESCHANG, § 33, in *Leipziger Kommentar*, XII ed., II, Berlino, 2006

ZIMMERL, *L'art. 52 del codice penale italiano dal punto di vista sistematico*, in *Riv.It. di Dir.Pen.*, 1931

U.U.P.L.

A me stesso e, umilmente, al Prof. A.A. Calvi, indimenticato Maestro di Legge e di Buon Senso.