



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
1/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Francesco Lazzeri, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



1/2019

VERSO LA “LEGITTIMA OFFESA”?

Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa

di Roberto Bartoli

Abstract. *A dispetto di alcune, per la verità pochissime, luci, la proposta di riforma della legittima difesa, già approvata dal Senato, presenta molti lati oscuri, alcuni dei quali non esitiamo a definire addirittura bui.*

SOMMARIO: 1. Gli aspetti positivi della riforma. – 2. Gli aspetti negativi. – 2.1. La presunzione di proporzione. – 2.2. La presunzione/eliminazione della necessità di difendersi. – 2.3. La rilevanza dello stato di grave turbamento. – 2.4. La riforma dell’art. 2044 c.c. – 3. I limiti dell’attuale sistema derivanti più dalla prassi applicativa che dalla legislazione astratta. – 4. Una proposta per indurre la giurisprudenza ad ampliare le ipotesi di irresponsabilità per eccesso o errore punitivo determinati da paura.

1. Gli aspetti positivi della riforma.

Gli aspetti positivi che si riscontrano sono essenzialmente due. Anzitutto, è da salutare con favore l’idea di dispensare l’agredito da tutte le spese e gli oneri di giustizia¹. Da un lato, non sembra sussistere un’irragionevole disparità di trattamento tra il soggetto che sia stato – per così dire – ingiustamente indagato per il sospetto, poi rivelatosi infondato, che abbia commesso un reato, e il soggetto indagato in quanto autore di un reato perché ingiustamente aggredito: mentre il primo ha subito – per così dire – una sola ingiustizia (indagato nonostante fosse innocente), il secondo va incontro a una sorta di duplice ingiustizia “rafforzata”, perché non solo “ingiustamente indagato” in quanto alla fine irresponsabile, ma oltretutto indagato pur essendo vittima di

¹ Dispone il nuovo art. 115-bis d.P.R. n. 115/2002 (T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia): «l’onorario e le spese spettanti al difensore, all’ausiliario del magistrato e al consulente tecnico di parte di persona nei cui confronti è emesso provvedimento di archiviazione motivato dalla sussistenza delle condizioni di cui all’articolo 52, commi secondo, terzo e quarto del codice penale o sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento perché il fatto non costituisce reato in quanto commesso in presenza delle condizioni di cui all’articolo 52, commi secondo, terzo e quarto del codice penale nonché all’art. 55, sono liquidati dal magistrato nella misura e con le modalità previste dagli articoli 82 e 83».

un'aggressione. Dall'altro lato, però, la norma risulta irragionevole nella parte in cui non ricomprende nell'"esenzione" anche colui nei cui confronti i medesimi provvedimenti di "irresponsabilità" sono motivati dalla sussistenza del primo comma dell'art. 52 c.p.

In secondo luogo, altro aspetto positivo della riforma è l'assenza di una disciplina che era stata originariamente prospettata, secondo cui i soggetti che hanno agito in legittima difesa non devono essere nemmeno sottoposti a procedimento. Una disciplina del genere, oltretutto tecnicamente difficile da formulare, aveva generato da subito una totale sollevata di scudi².

Amnesso e non concesso che esista l'"irrelevante giuridico" totale, la sottraibilità all'accertamento giurisdizionale di un fatto della cui illiceità si discute può essere ipotizzata tutt'al più in altri settori del diritto, come ad esempio quello civile, dove in presenza di un fatto illecito l'autonomia privata può sostituirsi all'esercizio della giurisdizione (si pensi all'accordo che due parti raggiungono là dove sussiste un illecito aquiliano), non certamente nell'ambito del diritto penale, che ha un carattere pubblicistico sottratto alla disponibilità dei privati e quindi vive esclusivamente in sede giurisdizionale. Con la conseguenza che ogni volta che vi sono fatti che si ritiene possano assumere rilevanza penale, la giurisdizione non può che attivarsi.

Non solo, ma la circostanza che si discuta della qualificazione di un fatto tipico offensivo in termini di liceità perché conforme a una causa di giustificazione alla fin fine impone a maggior ragione un accertamento: da un lato, infatti, un'offesa c'è; dall'altro lato, problematica non è soltanto la sussistenza o meno dell'aggressione ingiusta, ma soprattutto il carattere legittimo della difesa, non potendosi dimenticare che nella realtà, come anche nelle dinamiche processuali, si pone praticamente sempre la questione dell'eccesso (doloso, colposo o incolpevole) e/o della supposizione erronea (colposo o incolpevole), con buona pace per chi ritiene che la difesa sia sempre legittima³.

2. Gli aspetti negativi della riforma inerenti la legittima difesa domiciliare.

Al di là di questi due aspetti positivi, la riforma risulta problematicissima sotto quattro profili, tutti attinenti alla legittima difesa c.d. domiciliare. Preso atto dell'impossibilità di prescindere da un accertamento giurisdizionale, lo scopo perseguito dal legislatore attraverso queste novità risulta essere l'annullamento della

² Cfr. il comunicato dell'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE, [La riforma della legittima difesa deve essere conforme ai principi costituzionali e sovranazionali e non può ingannare i cittadini](#), in questa *Rivista*, 24 luglio 2018.

³ Sullo slogan "*la difesa è sempre legittima*", si legga quanto scrive lucidamente D. PULITANÒ, [Legittima difesa: fra retorica e problemi reali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2017, p. 262 ss.: «una tautologia che si presta ad essere adattata a ciò che il destinatario ritiene giusto, caricandosi di un significato valutativo e prescrittivo. Una finta tautologia, che se resa esplicita ("*la legittima difesa è sempre legittima*", ho sentito dire in una intervista televisiva) si rivela banale, perde l'*appeal* propagandistico. *Difesa sempre legittima* è una formula retorica che nasconde (lascia in ombra, come se fosse già risolto) il problema di chiarire che cosa si debba intendere per difesa e per difesa legittima».



1/2019

discrezionalità giudiziale: non potendo impedire l'intervento della giurisdizione, si prova ad annichilire la discrezionalità del suo esercizio.

2.1. La presunzione di proporzione.

Anzitutto, viene prevista una presunzione di proporzione, per cui nell'ipotesi di legittima difesa domiciliare si sancisce che "sussiste *sempre* il rapporto di proporzione". Come si ricorderà, già con la riforma del 2006 il legislatore aveva cercato di introdurre una presunzione di proporzione là dove la reazione difensiva fosse stata realizzata all'interno del domicilio. Tuttavia, proprio al fine di ricondurre la disciplina al rispetto della Costituzione, sulla scia di quanto prospettato già nei primi commenti alla riforma⁴, la nuova disciplina è stata nella sostanza neutralizzata dalla giurisprudenza che ha sempre richiesto l'accertamento del requisito della proporzione⁵. A dire il vero, una parte della giurisprudenza di merito aveva anche proposto una lettura in parte diversa e meno dirompente della normativa emergente dai commi 2 e 3 dell'art. 52 c.p., ricostruendola come ipotesi speciale di eccesso colposo non punibile, ma la Cassazione non ha avallato nemmeno questa interpretazione⁶. Oggi il legislatore ci riprova aggiungendo l'avverbio "sempre" tra il verbo "sussiste" e i sostantivi "il rapporto di proporzione", con la conseguenza che dovrebbe essere sempre legittima e quindi non colpevole la reazione sproporzionata.

Tuttavia, c'è da ribadire che una presunzione del genere non risulta compatibile con la nostra Costituzione, sia perché contrasta con qualsiasi *ratio* della legittima difesa, sia perché nel nostro ordinamento le presunzioni sono ammesse soltanto se non sono contraddette dalla realtà. In particolare, sotto il primo profilo della *ratio*, se ci si muove in una prospettiva individualistica, secondo cui la reazione costituisce una sorta di "diritto all'autotutela", questa autotutela non può diventare sconfinata all'interno di uno spazio "libero dal diritto": anche in una prospettiva individualistica il diritto all'autotutela deve essere comunque bilanciato con gli altri interessi in gioco, anche quando tali interessi appartengono a un soggetto che si è messo nella condizione di subire una reazione difensiva. Parimenti, se ci si muove in una prospettiva statalistica, e cioè nell'idea che il privato stia esercitando un potere reattivo su delega dello Stato, è impensabile che tale delega sia – per così dire – in bianco e senza limiti: come la reazione di uno Stato deve essere proporzionata, alla stessa stregua deve essere proporzionata la reazione di un cittadino.

⁴ V. per tutti E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 431 ss.; A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto*, *ivi*, 2006, p. 434 ss.

⁵ Cass. pen., Sez. I, 8 marzo 2007-2 maggio 2007, Grimoli, in *CED Cass.*, n. 16677/2007; Cass. pen., Sez. I, 27 maggio 2010-16 giugno 2010, Grande, *ivi*, n. 23221; Cass. pen., Sez. I, 25 febbraio 2014-3 luglio 2014, Monella, *ivi*, n. 28802/2014.

⁶ Cass. pen., Sez. V, 13 febbraio 2014-11 marzo 2014, Bohuslav, in *CED Cass.*, n. 11806/2014.

Sotto il secondo profilo della legittimità delle presunzioni, si deve ricordare che per la giurisprudenza costituzionale «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell’*“id quod plerumque accidit”*, ragion per cui «l’irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»⁷. Le presunzioni sono quindi di per sé plausibili, ma sono illegittime quando il dato esperienziale addirittura le contraddice. E non ci vuole molto a rendersi conto che una presunzione di proporzione è disattesa da tutti quegli accadimenti in cui, ad esempio, a una tenue aggressione patrimoniale (tentativo di furto) si risponde con una consistente aggressione alla persona (uccisione del ladro). Più a fondo si può osservare come una presunzione di proporzione nell’ambito della legittima difesa sia inevitabilmente contraddetta dalla realtà, non solo quando tra beni di contenuto omogeneo i due poli offensivo e difensivo risultano di diversa intensità (si pensi all’ipotesi di chi si difende con una coltellata da chi vuole dare una spinta), ma anche, a maggior ragione, quando si devono comparare offese a interessi eterogenei, rendendosi indispensabile una sorta di “omogeneizzazione” dei due poli che comporta una valutazione estesa a una pluralità di fattori concreti che soltanto il giudice è in grado di compiere.

Inoltre, la presunzione è fortemente indiziata di illegittimità anche per la violazione dei principi di garanzia europei. Sia che si applichi direttamente l’art. 2, comma 2, CEDU ai rapporti tra privati, sia che si faccia leva sull’esistenza di un obbligo positivo dello Stato di proteggere la vita, obbligo che in ordine alle esimenti, compresa la legittima difesa, impone di prevedere norme che contengano testualmente o in via interpretativa i limiti della assoluta necessità e della stretta proporzione ricavabili dall’art. 2, comma 2, CEDU, c’è da ritenere che il ricorso alla “forza letale” da parte di agenti statali o privati debba risultare “assolutamente necessario”⁸.

2.2. La presunzione/eliminazione della necessità di difendersi.

In secondo luogo, ed è questo sicuramente l’aspetto più problematico dell’intera proposta di riforma, viene prevista una presunzione, ma forse sarebbe meglio dire l’eliminazione, del requisito della necessità difensiva: dispone infatti il nuovo quarto comma dell’art. 52 che «nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa, colui che compie un atto per respingere l’intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone».

⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 183/2011, concernente presunzioni relative alla recidiva.

⁸ In argomento cfr. F. DIAMANTI, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1367 ss.; nonché S. ZIRULIA, *Diritto alla vita*, in AA.VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino, 2016, p. 47 s. e p. 52 ss.



1/2019

La questione è delicatissima. Il legislatore, non contento di richiedere una presunzione di proporzione, si è spinto molto oltre, andando a incidere sulla stessa struttura della legittima difesa e cioè sul requisito della necessità di difendersi.

Da un punto di vista politico-criminale questa riforma è stata giustificata esasperando sia la *ratio* individualistica che quella statalistica sottese alla legittima difesa. Sotto il profilo individualistico, si è affermato che “chi entra illegittimamente in casa mia, può uscirne morto”. L’idea di fondo è che la violazione del domicilio debba essere considerata non soltanto un’aggressione alla persona, ma una violazione talmente “intollerabile” da giustificare qualsiasi reazione. Questa sorta di identificazione del domicilio con un luogo assolutamente inviolabile corrisponde a una logica “sovranista” esasperatamente individualistica, secondo cui la violazione di domicilio annulla la valenza di tutto ciò che vi è presente in modo illegittimo. Interessante e da approfondire sarebbe il parallelo tra riforma della legittima difesa e le nuove politiche di gestione dei flussi immigratori.

Sotto il profilo statalistico, si è affermato che “chi commette un crimine, sa cosa rischia”, attribuendo così alla difesa, proprio in quanto non solo sproporzionata ma addirittura “anticipata”, una maggiore funzione deterrente, e quindi legando la maggiore efficacia della reazione dello Stato delegata al cittadino alla sua dimisura. Andando ancora più a fondo si potrebbe affermare che proprio al fine di colmare quel *gap* che sussiste tra l’efficacia deterrente dell’intervento statale e l’efficacia deterrente dell’intervento privato, lo Stato attribuisce al privato una forza che da reattiva tende a farsi in qualche modo preventiva, inducendo il ladro ad evitare di introdursi in un luogo dove tutto può accadere.

Dal punto di vista tecnico-giuridico la ragione di questo passo ulteriore si spiega in quanto con ogni probabilità il requisito della proporzione sarebbe stato recuperato in via interpretativa proprio attraverso il requisito della necessità di difendersi. Tale requisito infatti è l’anello che congiungendo l’aggressione alla reazione consente di valutare la proporzione della seconda rispetto alla prima, anche proprio perché una reazione che risulta sproporzionata presenta anche il carattere della non necessità. Insomma, anche là dove si decidesse di sopprimere la proporzione, la proporzione è destinata a riemergere in quanto costituisce una sorta di requisito implicito della necessità e nel momento in cui la necessità è requisito imprescindibile, si porta dietro con sé anche l’esigenza di valutare una corrispondenza tra aggressione e reazione.

D’altra parte la presunzione/eliminazione del requisito della necessità di difendersi finisce per stravolgere la legittima difesa. Nel momento in cui si elimina la necessità di difendersi e si presume che la mera presenza illegittima nel domicilio è già di per sé pericolo di aggressione ad altri beni, salta il legame tra aggressione e reazione con la conseguenza che la seconda può essere del tutto scollegata dalla prima. Il legame tra aggressione e reazione difensiva finisce per essere del tutto estrinseco, basandosi esclusivamente sulla concomitanza spazio-temporale della condotta illegale consistente nella violazione del domicilio, non necessariamente aggressiva di ulteriori beni patrimoniali o personali, e della reazione, non necessariamente difensiva mancando per l’appunto una vera e propria aggressione. Con la conseguenza che ad esempio, si potrebbe considerare legittima perché finalizzata a respingere una intrusione, la

reazione di chi spara contro chi, dopo essersi introdotto in un domicilio, sia sorpreso in una stanza della casa o si stia dando alla fuga.

Il punto è che una disposizione di questo genere ribalta completamente la logica che sta dietro alla legittima difesa, convertendola in una vera e propria offesa. Se infatti si muove dalla *ratio* che la legittima difesa è un diritto all'autotutela, nel momento in cui manca la necessità di difendersi la reazione non è più espressione di autotutela, ma di aggressione; se si muove da una *ratio* statalista, lo Stato non può delegare un cittadino ad utilizzare la forza in assenza di un'aggressione che la giustifica. Insomma, non siamo più in presenza di una legittima difesa e quindi di una reazione, ma di una legittima difesa "anticipata" e quindi di una aggressione.

Dalla prospettiva europea ciò che viene a mancare è la stessa "violenza illegale" prevista dalla lettera a) del comma 2 dell'art. 2 CEDU, contro cui è legittimo ricorrere alla forza. Il punto è delicato e merita approfondimento. Si potrebbe ritenere che in realtà una "violenza illegale" sia prevista, in quanto la riforma proposta parla espressamente di compimento di "un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone". Tuttavia, il testo non è chiaro, anzi direi che è decisamente e forse anche volutamente ambiguo, perché se da un lato è chiaro che la violenza deve accompagnare l'atto di introdursi, dall'altro lato, però non si comprende se la violenza debba accompagnare anche ciò che si compie una volta che ci si è introdotti. E che in quest'ultima ipotesi, nella prospettiva del legislatore riformatore, la violenza non risulti necessaria lo si ricava dal fatto che, diversamente, non ci sarebbe stata la necessità di una riforma di questa tenore, trovando applicazione la legittima difesa "classica".

2.3. La rilevanza dello stato di grave turbamento

In terzo luogo, la proposta di riforma incide sulla disciplina dell'eccesso. Dopo il primo comma dell'art. 55 c.p. si prevede di aggiungere il seguente comma: «nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, numero 5) [minorata difesa], ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto».

Al di là del fatto che si pongono sullo stesso piano due situazioni molto diverse tra di loro, una oggettiva (minorata difesa) e l'altra soggettiva (grave turbamento), si deve osservare come la previsione di questa causa di non punibilità sia del tutto inutile, se non addirittura controproducente. Da un lato, la non punibilità si riferisce ad ipotesi che sono già ipotesi di irresponsabilità in quanto coperte dalle presunzioni, con la conseguenza che non si comprende per quale ragione, una volta sancita l'irresponsabilità nei commi 2, 3 e 4 dell'art. 52, per le stesse identiche situazioni si preveda un'ulteriore causa di non punibilità connessa a particolari fattori ulteriori. Dall'altro lato, dall'inquadramento del fatto nell'art. 52, commi 2, 3 e 4 o nell'art. 55, comma 2, derivano conseguenze di disciplina in ordine al risarcimento del danno che tuttavia, come vedremo nel prossimo paragrafo, si rivelano prive di ragionevolezza.



1/2019

A ben vedere, questa disposizione sembra essere la spia della cattiva coscienza del legislatore, il quale, ben consapevole che le norme che prevedono le presunzioni di proporzione e della necessità di difendersi sono destinate alla illegittimità costituzionale, ha aggiunto una disposizione che, riferendosi alle stesse ipotesi, dà rilievo ad altri fattori, risultando destinata ad operare proprio nell'ipotesi in cui le presunzioni siano dichiarate costituzionalmente illegittime o comunque interpretativamente neutralizzate.

Tuttavia, anche in quest'ultimo scenario la norma si rivelerebbe problematica perché la sua formulazione è coerente con la previsione delle presunzioni. Con particolare riferimento alla scusante soggettiva, si deve osservare infatti come sia scomparso ogni riferimento all'eccesso, il cui richiamo sarebbe stato in contraddizione con le presunzioni, e quindi non sia richiesto un nesso tra l'eccesso e lo stato di grave turbamento (peraltro non definito: ansia, paura, panico?), facendo riferimento "semplicemente" al fatto che la reazione difensiva sia accompagnata da tale stato. Ma, non solo lo stato di grave turbamento psichico tende ad essere sempre presente in qualsiasi dinamica difensiva, ma ciò che rende ragionevole una scusante nelle dinamiche della legittima difesa è la circostanza che sia proprio l'eccesso a trovare la propria causa diretta nell'alterazione del procedimento motivazionale.

2.4. La riforma dell'art. 2044 c.c.

La proposta di riforma incide infine sulla disciplina delle conseguenze civili aggiungendo due commi all'art. 2044 c.c.: il nuovo secondo comma sancisce che nei casi di cui all'art. 52, commi 2, 3 e 4 è esclusa anche la responsabilità civile; il nuovo terzo comma prevede che nel caso di cui all'art. 55, comma 2, sia dovuta una indennità. Ma anche questa riforma risulta affetta da irragionevolezza. La prima disposizione (comma 2 dell'art. 2044 c.c.) finisce per trattare alla stessa stregua ipotesi che sono tra di loro diverse, e cioè chi ha "effettivamente" agito in legittima difesa e chi invece gode di presunzioni. Con la conseguenza che non solo si garantisce l'impunità all'autore di un eccesso colposo, ma si eliminano anche i rimedi risarcitori, rendendo così del tutto privo di tutela il diritto alla vita. La seconda disposizione (comma 3 dell'art. 2044 c.c.), se è plausibile nel momento in cui prevede una indennità da parte di chi ha agito in presenza di una scusante, tuttavia determina una irragionevole disparità di trattamento, per cui chi ha compiuto un eccesso colposo senza lo stato di grave turbamento non andrà incontro ad alcuna conseguenza trovando applicazione il nuovo secondo comma, mentre chi lo ha compiuto in presenza di uno stato di grave turbamento dovrà una indennità.



1/2019

3. I limiti dell'attuale sistema derivanti più dalla prassi applicativa che dalla legislazione astratta.

Se da un lato la riforma non soddisfa, dall'altro lato, però, si deve anche riconoscere che l'attuale disciplina risulta manchevole, non tanto dal punto di vista della legge astratta, quanto piuttosto sul piano applicativo.

Preliminarmente si devono compiere tre precisazioni. Anzitutto, si deve osservare come nella prassi applicativa, in presenza di una aggressione ingiusta alla quale si è reagito, si ponga sempre un problema di eccesso o di supposizione erronea. Detto diversamente, nei processi non si discute mai soltanto dell'esistenza o meno dell'aggressione ingiusta, ma soprattutto anche del tipo di reazione.

In secondo luogo, sempre dalla prassi emerge come ipotesi problematica non sia tanto il raro errore inabilità che si risolve sempre in un eccesso colposo (art. 55 c.p.), quanto piuttosto l'errore motivo, che può risolversi in un eccesso colposo (esiste la necessità di difendersi, ma l'errore motivo di valutazione cade sui limiti risultando la reazione sproporzionata: art. 55 c.p.) oppure in una supposizione erronea (si suppone l'esistenza del pericolo o della necessità di difendersi che tuttavia non esistono: art. 59 comma 4 c.p.).

Infine, non si può fare a meno di considerare come le ipotesi di legittima difesa in ambito domiciliare si caratterizzino per indubbe peculiarità. Il domicilio è sentito come un luogo particolarmente delicato, dove l'agredito esplica la propria personalità più intima e la cui violazione determina un accentuato senso di vulnerabilità e insicurezza. Si tratta poi di un luogo chiuso dove la necessità di difendersi si fa particolarmente stringente risultando assolutamente inevitabile, visto che in assenza di una difesa si esporrebbero al pericolo beni rilevanti e significativi che possono consistere anche nell'incolumità dei propri familiari. Ma soprattutto, e conseguentemente, da un lato, la stessa permanenza illegittima nel domicilio è avvertita come un'aggressione da cui difendersi; dall'altro lato, proprio nella permanenza illegittima si tende a scorgere un intrinseco pericolo di aggressione ai beni patrimoniali o personali che si trovano nel domicilio.

Da tutto ciò consegue che si tratta di situazioni in cui l'attenzione deve spostarsi dalla dimensione oggettiva del bilanciamento dei beni a quella soggettiva del procedimento motivazionale dell'agredito, in quanto la reazione tende ad essere accompagnata da una alterazione psico-motivazionale che là dove giunge a consistere in uno stato di vera e propria paura può determinare ipotesi di eccesso oppure di supposizione erronea decisamente incolpevoli, visto che il turbamento impedisce un vigile controllo sul proprio comportamento.

Ebbene, già con la disciplina vigente si potrebbero ampliare le ipotesi di esclusione della responsabilità. Escluso infatti che ricorra un eccesso doloso, occorre verificare se l'eccesso o la supposizione erronea siano colposi, determinando la punizione del fatto per colpa, là dove sia prevista l'ipotesi colposa, oppure incolpevoli, determinando quindi la non punibilità del fatto. E nel valutare se si tratta di errore colposo o incolpevole, sarebbe sufficiente valorizzare la dimensione soggettiva della

paura con l'effetto di estendere l'ambito applicativo della non punibilità⁹: la paura è un fattore che può escludere la colpa nel valutare la sussistenza o i limiti della difesa in quanto impedisce un controllo vigile sul proprio comportamento.

Tuttavia la giurisprudenza tende a compiere una valutazione fortemente oggettivizzata del carattere colposo o incolpevole dell'eccesso o della supposizione erronea, dando rilevanza non solo e non tanto alle sole circostanze di fatto, ma soprattutto a un loro apprezzamento da parte di un agente modello¹⁰, precludendosi così la possibilità di scandagliare l'eventuale incidenza sulla colpa delle reali condizioni psichiche del singolo soggetto in carne ed ossa¹¹.

Anche se, a dire il vero, un'attenta analisi della giurisprudenza mostra come nell'accertamento del carattere colposo o incolpevole dell'eccesso o della supposizione erronea i due diversi registri, oggettivo o soggettivo, non siano del tutto casuali, dipendendo piuttosto, ragionevolmente, dalla intensità del pericolo e quindi dalla più o meno elevata probabilità di realizzazione dell'aggressione, per cui più bassa è la probabilità anche in virtù della distanza spazio temporale che intercorre tra l'aggressore e l'aggregato, più il giudizio tende a farsi oggettivo, mentre più la probabilità è alta, più il giudizio assumere carattere soggettivo.

4. Una proposta per indurre la giurisprudenza ad ampliare le ipotesi di irresponsabilità per eccesso o errore punitivo determinati da paura.

Se così stanno le cose c'è allora da chiedersi se non sia auspicabile l'introduzione di una norma che in qualche modo induca la giurisprudenza a dare maggiore rilevanza alla presenza e all'incidenza di alterazioni psichiche con efficacia scusante, norma che potrebbe essere collocata in un quarto comma dell'art. 52 e che potrebbe essere così formulata: "nei casi di cui al secondo e terzo comma dell'art. 52, non è punibile chi a causa della paura suppone erroneamente l'esistenza delle circostanze della legittima difesa ovvero ne eccede i limiti".

Una formulazione del genere avrebbe anzitutto il pregio di mettere sullo stesso piano le ipotesi di eccesso e quelle di putativo¹². Vero che si tratta di due situazioni oggettivamente diverse (nell'eccesso la necessità di difendersi esiste effettivamente, nel putativo è solo immaginata), tuttavia, com'è stato efficacemente affermato, «non è escluso che anche l'erronea supposizione di una necessità difensiva inesistente possa essere indotta da un turbamento psichico indotto da situazioni obiettive e soggettive

⁹ Cass. pen., Sez. IV, 20 giugno 2018-28 giugno 2018, Ursu, in *CED Cass.*, n. 29515/2018; anche in questa *Rivista*, 22 ottobre 2018, con nota di G.L. GATTA, [Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della cassazione \(caso Birolo\) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento](#).

¹⁰ Cass. pen., Sez. IV, 14 novembre 2013-10 gennaio 2014, Gallo Cantone, in *CED Cass.*, n. 691/2014.

¹¹ In argomento cfr. anche M. SPINA, [La Cassazione considera \(già\) inutile quel che la politica promette di eliminare. Il paradosso dell'eccesso colposo di legittima difesa \(art. 55 c.p.\)](#), in questa *Rivista*, fasc. 7-8/2018, p. 28, il quale osserva che se l'applicazione dell'art. 55 c.p. da parte della giurisprudenza può essere considerata parsimoniosa, quella dell'art. 59, comma 4, c.p. risulta del tutto marginale.

¹² Nel senso invece di distinguere le due ipotesi, cfr. D. PULITANÒ, *Legittima difesa*, cit., p. 6.

sulle quali avrebbe potuto essere esercitato un più vigile controllo, che però è mancato proprio a causa del turbamento»¹³. Nel momento in cui si valorizza il procedimento motivazionale, la paura può incidere sia sull'errore motivo che dà luogo all'eccesso sia su quello che dà luogo alla supposizione erronea, dovendosi anzi ammettere che proprio a causa della paura l'errore tende ad essere non solo più di tipo motivo che di tipo inabilità, ma soprattutto più putativo, relativo cioè alla sussistenza dei requisiti, che sui limiti della reazione: insomma, la presenza di notte di una persona nella propria abitazione non può che indurre a credere che sia in atto un'aggressione quanto meno al patrimonio o comunque un pericolo di aggressione per l'incolumità di chi è presente nell'abitazione.

Inoltre, tale norma consentirebbe di neutralizzare un equivoco in cui a volte incorre la prassi: in presenza di un putativo incolpevole, la giurisprudenza tende comunque a punire per colpa là dove riscontra un eccesso tra la situazione di pericolo erroneamente rappresentata e la reazione posta in essere¹⁴. E se in una prospettiva oggettiva questa soluzione ha una sua plausibilità, in quanto una proporzione è misurabile sia che l'aggressione esista effettivamente sia che risulti soltanto immaginata, in una prospettiva soggettiva in cui si valorizza la paura si deve ritenere che la valenza della paura, oltre a rendere la supposizione erronea incolpevole, si estenda anche all'eccesso della reazione.

Infine, rispetto a una disposizione del genere, avrebbe senso prevedere un esonero dalle conseguenze civili e comunque un'eventuale indennità.

Restano aperte due ultime questioni strettamente legate tra di loro. Una, tutta da indagare, relativa a come si accerta la paura. Ed è interessante osservare come i margini per estendere le ipotesi di irresponsabilità finiscano in realtà per dipendere proprio dalla discrezionalità del giudice. La seconda questione è se il legislatore, proprio al fine di cercare di ovviare in parte a questi inconvenienti, non debba tipizzare, oltre alla violazione del domicilio, altri fattori che secondo *l'id quod plerumque accidit* possono concorrere a determinare una alterazione del procedimento psico-motivazionale: si pensi alla presenza di familiari nel luogo dell'aggressione, alla vicinanza o distanza spaziale tra l'aggressore e il difensore, alla circostanza che si sia agito di notte o comunque in condizioni di scarsa visibilità o che l'intrusione sia avvenuta in una casa isolata o mentre si stava dormendo.

Il tema che si apre è quello delle scusanti, il capitolo della colpevolezza che forse più di ogni altro necessita ancora di approfondimenti¹⁵. Se, da un lato, è vero che per la sussistenza di una scusante non è sufficiente l'accertamento degli elementi oggettivi che determinano il motivo a delinquere, risultando necessaria anche una verifica del movente, dall'altro lato, però, è anche vero che l'accertamento del movente rimanda poi ad elementi oggettivi dai quali inferire lo stesso movente, con la conseguenza che più la

¹³ F. PALAZZO, *Audizione del 19.9.2018*, Senato della Repubblica, Commissione 2^a Giustizia, p. 6.

¹⁴ Cass. pen., Sez. V, 27 aprile 2015-16 luglio 2015, Felice, in *CED Cass.*, n. 31001/2015.

¹⁵ In argomento cfr. P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000; E. VENAFRO, *Scusanti*, Torino, 2002; nonché, volendo, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005,



1/2019

situazione obiettiva è determinata dal legislatore più si agevola il compito di accertamento del giudice.

Se quanto affermato fin qui ha una sua plausibilità, si può trarre una conclusione davvero interessante in ordine ai rapporti tra legislatore e giudice nella configurazione della disciplina della legittima difesa domiciliare. Dietro a tale realtà non v'è tanto un problema di scriminanti e bilanciamento di interessi, ma di scusanti e alterazione del procedimento motivazionale. Da ciò consegue che la soluzione più opportuna non è costituita né dalla totale discrezionalità giudiziaria che contraddistingue il giudizio di proporzione allorquando si devono bilanciare interessi, né dalle rigidità presuntive imposte dal legislatore per eliminare l'ampia discrezionalità nel giudizio di proporzione. Piuttosto la soluzione è da trovare in un sapiente equilibrio tra la tipizzazione da parte del legislatore della situazione obiettiva da cui scaturisce il movente all'agire criminoso e l'accertamento giudiziario del movente stesso, dovendosi riconoscere che proprio nell'ambito più imponderabile della colpevolezza è soprattutto l'attività di tipizzazione del legislatore ad assumere un ruolo significativo.