



5/2019

LEGITTIMA DIFESA. RAGIONI DELLA NECESSITÀ E NECESSITÀ DI RAGIONEVOLEZZA

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. La necessità di difesa, presupposto necessario della giustificazione. – 2. L'eccesso di difesa non punibile. – 3. La retorica del 'sempre legittima'. – 4. Il problema della proporzione. – 5. La legittima difesa in ottica liberale.

1. La necessità di difesa, presupposto necessario della giustificazione.

La lettera del Presidente Mattarella che ha accompagnato il 26 aprile 2019 la promulgazione della novella sulla legittima difesa¹ è stata subito accolta come un riferimento significativo per le riflessioni sulla nuova legge². Nucleo del messaggio è il richiamo del *fondamento costituzionale* dell'istituto: *l'esistenza di una condizione di necessità*.

È questo il punto cruciale per l'interpretazione e valutazione della nuova normativa. C'è un problema di legittimità costituzionale? Sulla premessa indicata dal Presidente, il problema si porrebbe per chi ritenesse scardinato dalla nuova legge il requisito della necessità di difesa, quale presupposto della giustificazione: un'interpretazione che, nella discussione in parlamento, è presente anche in discorsi di opposizione.

¹ Ricordiamo, in estrema sintesi, il *novum* del nuovo testo legislativo. Con riguardo alle medesime situazioni ambientali (privato domicilio e ambienti equiparati) considerate dalla novella del 2006, la legge 26 aprile 2019 n. 36 ha modificato l'art. 52 c.p. inserendo nel secondo comma la parola *sempre* (nei casi considerati *sussiste sempre il rapporto di proporzione*) e introducendo un nuovo comma 4: *“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”*. Ha inoltre ristretto l'ambito di punibilità per eccesso colposo, inserendo un nuovo comma nell'art. 55: nel caso di difesa da aggressioni in luogo privato (commi 2, 3, 4 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'art. 61, primo comma, numero 5 (cioè in condizioni di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa), ovvero in stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto”*.

² R. DE VITO, *Promulgata la nuova legge sulla difesa... non sempre legittima*, in *questionegiustizia.it*, 28 aprile 2019; G.L. GATTA, [Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il Presidente della Repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019](#), in questa *Rivista*, 6 maggio 2019.

Cause di non punibilità (in senso lato, comprensivo anche delle cause di giustificazione) “*abbisognano di un puntuale fondamento, concretato dalla Costituzione o da altre leggi costituzionali*”, non necessariamente con disposizione espressa, purché *l'esenzione da pena sia il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco* (Corte Cost. n. 148 del 1983³. Nella specie, fondamento di legittimazione è la *necessità* di difesa, come ribadito nella lettera del Presidente Mattarella.

Una ragionevole interpretazione della nuova legge esclude che il presupposto della necessità sia stato toccato.

La *necessità* della reazione, per la difesa del diritto aggredito, è *elemento della definizione del concetto stesso di difesa*. La reazione per la quale si pone il problema della giustificazione è la difesa in una situazione di necessità, dice la tradizione giuridica della quale è figlio il nostro ordinamento. La legittima difesa è *Notwehr*, difesa necessitata.

Necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, dice il codice Rocco nel 1° comma dell'art. 52, che *non è modificato* ed è espressamente richiamato nel 2° comma introdotto nel 2006, a sua volta richiamato nel nuovissimo quarto comma.

Paradigma della difesa legittima, chiaramente espresso nell'art. 52, è dunque la *difesa necessitata da un pericolo attuale*. Uscire da questo paradigma significherebbe andare *verso la legittima offesa*, come segnalato, con punto interrogativo, nel titolo di interventi critici sul testo in discussione⁴ poi divenuto legge.

La lettera del Presidente Mattarella aggiunge l'argomento, di per sé decisivo, del fondamento costituzionale: ciò che fonda è il paradigma della difesa necessitata, quello che tutti gli argomenti d'interpretazione – testuali, teleologici e sistematici – leggono nell'art. 52: nella norma base del codice Rocco e nelle novelle del 2006 e 2019 che ad essa hanno fatto espresso riferimento.

La legittimità della reazione difensiva presuppone – oggi come ieri – la *attualità dell'aggressione* (la nuova norma non autorizza una difesa anticipata) e la *necessità di difesa*. Soltanto una difesa *necessitata*, non sostituibile con reazioni meno lesive, sarà valutata secondo il metro introdotto dalle novelle del 2006 e del 2019, nei casi cui esse si riferiscono⁵.

La legittimità della *difesa necessitata* si inserisce in modo coerente nel quadro in cui, in via generale, le necessità di difesa da aggressioni future sono affidate allo Stato, il grande Leviatano detentore del monopolio della forza. Con le parole del Presidente Mattarella: la prevenzione e difesa dalla criminalità è *primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini, esercitata e assicurata*

³ Corte cost. n. 148 del 1983.

⁴ R. BARTOLI, [Verso la “legittima offesa”?](#), in questa *Rivista*, fasc. 1/2019, p. 17 ss.; G. INSOLERA, *Dalla legittima difesa all'offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica dell'art. 452 c.p.*, in [questionegiustizia.it](#), 28 gennaio 2019; Cfr. anche G.L. GATTA, [La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento](#), in questa *Rivista*, 1 aprile 2019.

⁵ In questo senso la giurisprudenza sulla legge del 2006: Cass. 8 marzo 2007, rv. 236502; Cass. 27 maggio 2010, n. 23221; Cass. 18 aprile 2013, n. 20473; Cass. 7 ottobre 2014, n. 50909.

attraverso l'azione generosa ed efficace delle Forze di Polizia: una responsabilità che la nuova normativa non indebolisce né attenua.

2. L'eccesso di difesa non punibile.

Nella lettera del Presidente Mattarella c'è un secondo riferimento alla Costituzione, che riguarda la modifica (il nuovo comma 2) dell'art. 55 c.p.: *“è evidente che la nuova normativa presuppone, in senso conforme alla Costituzione, una portata obiettiva del grave turbamento e che questo sia effettivamente determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta”*.

Una *portata obiettiva* debbono averla tutti gli elementi d'una fattispecie legale, prevista dal diritto penale sostanziale: è un'esigenza fondata sul principio di legalità/determinatezza nella formulazione - e interpretazione - della legge penale. Non una questione di discrezionalità del giudice, come hanno detto alcuni commentatori.

È *evidente*, osserva la lettera presidenziale, che il nuovo testo di legge presuppone (non tocca e non intacca) i principi della legalità penale: i presupposti della scusante debbono (ovviamente!) essere oggetto d'accertamento ai fini della decisione del giudice investito d'un caso concreto. Prima ancora, debbono essere delibati dall'organo titolare dell'investigazione e dell'azione penale, ai fini delle scelte di sua competenza. Ovviamente, l'onere della prova grava sull'accusa.

L'allargamento dell'area di non punibilità dell'eccesso di difesa è una strada già imboccata da altri ordinamenti. Per il codice penale tedesco (§ 33) non è punibile l'eccesso (*Überschreitung der Notwehr*) *aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken* (turbamento o confusione, paura, spavento).

La non punibilità dell'eccesso di difesa conseguente a grave turbamento psichico era prevista nel testo approvato dalla Camera (in prima lettura) da una maggioranza diversa nella XVII legislatura⁶. Era stata collegata all'art. 59 (errore sulla situazione scriminante): ciò avrebbe portato alla non punibilità dell'eccesso colposo anche in danno di un supposto aggressore. L'aggancio all'art. 55 significa *non punibilità di una reazione eccessiva contro un vero aggressore*: un bilanciamento d'interessi più equilibrato.

La nuova disposizione⁷ ha inteso escludere la punibilità in casi in cui l'eccesso di difesa sarebbe colposo (anche per colpa grave) secondo i parametri ordinari di valutazione, e quindi punibile ex art. 55, 1° comma. Ciò che è stato spostato non è il confine della giustificazione obiettiva. Porre in chiaro questo punto serve a evitare fraintendimenti in cui sono incorsi anche intellettuali non giuristi: non è vero che secondo la nuova legge *“la legittimità si misurerebbe in ordine al vissuto soggettivo della paura”*⁸. Il confine che è stato spostato (ristretto) non è il confine della obiettiva

⁶ Era stata oggetto della proposta di legge n. 3785, presentata alla Camera il 28 aprile 2016 dall'on. Ermini (PD), l'attuale vice-presidente del CSM.

⁷ Sulla quale cfr. F. BACCO, [Il grave turbamento nella legittima difesa. Una prima lettura](#), in questa Rivista, fasc. 5/2019, p. 53 ss.

⁸ S. ARGENTIERI, *Tempeste emotive e diritto*, in *Micromega*, n. 3/2019, p. 87.

legittimità, ma della responsabilità penale, per ragioni relative al profilo soggettivo: si tiene conto della difficoltà di reagire in modo corretto in situazioni di minorata difesa, e/o della condizione di grave turbamento psichico derivata dalla situazione di pericolo in atto.

3. La retorica del 'sempre legittima'.

È entrata nel linguaggio legislativo, nel comma 2 e nel nuovo comma 4 dell'art. 52 c.p., la formula della *difesa sempre legittima*. Ha avuto successo come slogan di propaganda politica; la sua efficacia comunicativa è legata alla sua intrinseca ambiguità. Non dice che cosa si debba intendere per difesa e per difesa legittima: esibisce una parvenza di ovvietà, come se fosse una tautologia, vera per definizione perché priva di contenuto informativo, 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*") perderebbe appeal.

Inserito in testi di legge, il *sempre* induce alla ricerca di significati normativi. Certamente il legislatore ha inteso lanciare un messaggio. Qualcuno ha parlato di rafforzamento della presunzione di proporzionalità fra offesa e difesa nel domicilio⁹. Molti (sostenitori o critici) vi hanno letto un superamento del limite della necessità: una conclusione insostenibile sul piano dell'interpretazione sistematica, e comunque incompatibile con il fondamento costituzionale sottolineato dal Presidente Mattarella.

Secondo il significato usuale della parola, il *sempre* non introduce alcun nuovo elemento di fattispecie: cifra retorica della novella del 2019, il *sempre legittima* è *pura parola*, priva di significato normativo.

Il *sempre* non dilata la fattispecie in cui si iscrive, vale per tutti e soli i casi ricompresi nella fattispecie. Potrebbe significare (rendere esplicito o stabilire *ex novo*) che non vi sono eccezioni: un problema che non si pone nel nostro caso. Con o senza la parola *sempre*, la descrizione della fattispecie giustificante è la medesima¹⁰.

La vacuità logica dell'inserzione del *sempre* è un buon esempio di come parole riescono ad insinuarsi anche là dove mancano i concetti¹¹, e trasmettere *messaggi*, più o meno *ingannevoli*¹².

Il riconoscimento (ovvio) della possibilità di un eccesso di difesa prende atto che *la difesa non sempre è legittima*. Eccesso dalla necessità e (con le differenziazioni introdotte dalle novelle) eccesso dalla proporzione, si collocano oltre i confini della difesa legittima. A ridosso dei limiti, allargando l'area dell'eccesso scusato.

⁹ R. DE VITO, *Promulgata*, cit., p. 3.

¹⁰ Ciò è stato posto bene in rilievo da F. Minisci, Presidente dell'ANM, nell'audizione alla Camera il 10 gennaio 2019.

¹¹ Così Goethe, nel Faust, fa dire a Mefistofele, in un'ironica illustrazione di che cosa si studia nelle facoltà universitarie.

¹² Così il comunicato sulle proposte in materia di legittima difesa, della AIPDP, Associazione italiana dei professori di diritto penale (pubblicato in *questioneigiustizia.it*, 30 luglio 2018).

4. Il problema della proporzione.

Nella fattispecie di base (art. 52, 1° comma) la reazione difensiva necessitata è legittima “*sempre che la difesa sia proporzionata all’offesa*”. Aggiungendosi al requisito della necessità, il requisito della *proporzione* comporta una restrizione ulteriore dell’ambito della giustificazione. “*Anche se la nostra bilancia pende a favore di colui che si difende, si arriva a un punto in cui gli interessi umani basilari dell’aggressore superano quelli di una vittima innocente*”; si può discutere su dove stia il punto di rottura, a un certo punto dobbiamo dire basta¹³. Non si può sparare al ladro di frutta sull’albero per impedirgli di rubare.

Entro l’ambito segnato dalla legittimità di principio della difesa necessitata (*Notwehr*) la proporzione è un *limite di tollerabilità etico-sociale* che comporta un *costo etico-sociale*: la limitazione del diritto di difendere propri diritti, che il criterio della proporzione introduce, in certi casi preclude di fatto la possibilità di una difesa legittima. Sta qui la peculiare problematicità di questo limite, pur presente anche nel codice Rocco, di matrice autoritaria ed assai sensibile ai problemi di contrasto alla criminalità. Secondo il comunicato dell’AIPDP è la proporzione il *solo e vero problema, assai delicato*, relativo al confine fra difesa necessitata legittima ed eccesso di difesa. Fermo il presupposto della necessità di difesa da un pericolo attuale d’offesa ingiusta, il problema della proporzione (o non sproporzione) ha a che fare con la *ripartizione di costi di sostenibilità etico-sociale, in situazioni di conflitto*.

Secondo l’uso linguistico normale e una normale ragionevolezza assiologica, la formula della difesa *sempre legittima* si oppone a limiti ulteriori a quelli immanenti all’idea di difesa, cioè di difesa necessitata. Mette in discussione il limite della giustificazione segnato dalla proporzione, in presenza di necessità di difesa.

Le novità introdotte dalle novelle del 2006 e del 2019, nei nuovi commi inseriti nell’art. 52 c.p., riguardano esclusivamente il problema della proporzione, nei casi di aggressione e di conseguente reazione difensiva (necessitata!) in luogo privato. Hanno allargato la giustificazione di reazioni difensive in situazioni particolarmente delicate. L’intrusione o permanenza abusiva in luogo privato (in particolare nell’altrui domicilio) è di per sé un’offesa in atto, oltre che premonizione e pericolo di sviluppi offensivi ulteriori.

Il nuovo comma 4 introdotto nel 2019 ritaglia una situazione fortemente caratterizzata, come intrusione con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica. In tale situazione, la reazione *sempre legittima* sarebbe la *reazione necessitata contro un pericolo attuale particolarmente marcato*. Un allargamento della giustificazione è nelle intenzioni del legislatore; non è una giustificazione *sempre e comunque*, ma pur sempre delimitata da presupposti indicati dalla legge. Le critiche sulla

¹³ G. FLETCHER, *A crime of self-defence: Bernhard Goetz and the Law on Trial*, 1988, traduzione italiana *Eccesso di difesa*, Milano, 1995, p. 36.

proposta poi divenuta legge hanno posto in rilievo, con accenti diversi, l'esistenza di limiti costituzionali ed incertezze interpretative.

C'è, e fin dove si spinge, un allargamento della giustificazione nel nuovo comma 4 introdotto nel 2019? Spostamento o azzeramento del limite della proporzione? Fin dove può spingersi la reazione *per respingere l'intrusione*? Sui problemi di proporzione, il legislatore ha margini di discrezionalità ed incontra limiti. La non menzione della proporzione, nel comma 4, è una chiara presa di posizione legislativa a favore dell'agredito. Come limiti di legittimità della reazione restano fermi i presupposti del pericolo attuale e della necessità. Forse sufficienti per evitare applicazioni eccessivamente slabbrate della nuova norma (per es. nel caso di intrusione non ancora completata¹⁴), come fosse una sostanziale licenza di uccidere.

Di fatto, i problemi della legittima difesa – e dei limiti di legittimità della difesa – anche dopo la tanto discussa novella del 2006 hanno avuto nella casistica giudiziaria una dimensione quantitativamente molto ridotta. Scenari da selvaggio West, aumento della violenza di aggressori e/o aggrediti, non si sono visti. C'è da augurarsi – e forse ci si può ragionevolmente attendere – che così sarà anche in futuro.

Forse la novità del comma 4 è fumo servito come arrosto. Una saggia ermeneutica delle situazioni di fatto, oltre che dei principi giuridici, potrà forse assicurare il riconoscimento dovuto al diritto degli aggrediti, senza (forse) spezzare l'equilibrio con il rispetto dei diritti fondamentali di altri. Attendiamo verifiche dall'esperienza.

5. La legittima difesa in ottica liberale.

Nell'insieme, la riforma legislativa sulla legittima difesa ha dato risposta – buona o cattiva – ad interessi ed emozioni diffuse. Ha inteso trasmettere (e forse è riuscita a trasmettere a molti) un messaggio di rassicurazione. Sul piano politico ha acquisito una centralità paradossale: il problema della legittima difesa si pone in pochissimi casi, ma viene sentito come problema generale di risposta alla criminalità, anche da persone per le quali la prospettiva del difendersi da un aggressore non è realistica.

Sulle proposte di riforma è stata combattuta un'aspra battaglia, preoccupata di contrastare l'idea che la difesa dalla criminalità sia nelle mani (e richieda l'armarsi) di privati cittadini: un'idea pericolosa per la tenuta dell'ordine giuridico, che rischia di essere accreditata dal fare apparire il problema della legittima difesa (importante in via di principio, ma nei fatti quantitativamente modesto) come cruciale per il contrasto alla criminalità. Così non deve essere e non è, ha ribadito il Presidente Mattarella: *la nuova normativa non indebolisce né attenua la primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini.*

Ci siamo preoccupati di contrastare concezioni e pulsioni che vedono (forse) nella reazione contro un aggressore anche una componente punitiva che la difesa privata non

¹⁴ Su questo punto cfr. le preoccupate considerazioni di F. Minisci, nella citata audizione.

ha e non deve avere. La punizione è riservata allo Stato, e incontra limiti – anche ‘di proporzione’ – *più stringenti* di quelli della difesa¹⁵.

La lettera del Presidente Mattarella ha posto in evidenza, con linguaggio consono all’autorevolezza dello scrivente, il punto centrale: la necessità di difesa quale fondamento costituzionale della legittimità della difesa. Di fronte alla proposta *in itinere*, critici ben intenzionati avevano sollevato il problema e lanciato l’allarme. Di fronte a testi ambigui è ragionevole presentare, prima che diventino legge, un’ermeneutica del sospetto. A legge approvata è opportuno guardare al futuro: agli effetti (se ve ne saranno) della nuova legge, ad eventuali problemi di politica legislativa, ai problemi ermeneutici relativi ai testi entrati a far parte del sistema.

Un autorevole magistrato ha espresso l’opinione che, per quante critiche possa meritare la nuova normativa sulla legittima difesa, *maggiore* è il danno derivante dal *fuorviante* messaggio “la difesa è sempre legittima”: ne risulta svisato un diritto antico quanto la storia del diritto, “*all’elementare ed umanissima regola che lo ha sempre ispirato si sono sostituite formule estensive, perentorie o allusive, che non offriranno più protezione o più sicurezza: ma intanto un po’ più di violenza legittima è penetrato nell’ordinamento, tanto più pericoloso quanto più incerti ne restano gli effettivi confini*”¹⁶.

A legge entrata in vigore, l’ermeneutica del sospetto, utilizzabile e utilizzata in via preventiva, deve lasciare il campo a un’ermeneutica più razionale. La lettera del Presidente offre l’aggancio fondamentale: l’autotutela privata ha una ragion d’essere là dove l’intervento del Leviatano sia in concreto impossibile, cioè non sia attuabile il dovere di soccorso da un’aggressione in atto; là dove, in concreto, non sia dato attendere l’intervento della pubblica autorità senza pregiudizio per il diritto aggredito. In tal caso la difesa necessitata da aggressioni in atto è in via di principio un *diritto della persona ingiustamente aggredita*; la legittima difesa privata, nel suo nucleo irriducibile, è un diritto che l’ordinamento non potrebbe negare.

Il diritto di difesa necessitata si iscrive nella *lotta per il diritto*: è un diritto della persona, di matrice individualistica e valenza liberale. Difendere la propria vita è un diritto così fondamentale che anche per Hobbes, il grande teorico dello Stato assoluto, un eventuale patto di non difendersi dalla forza con la forza sarebbe nullo: *a covenant not to defend myself from force, by force, is always void*¹⁷.

L’aggressione con intrusione in luoghi privati è obiettivamente un’aggressione grave, particolarmente nel caso di intrusione nel domicilio (*inviolabile*: art. 14 Cost.), e pericolo di aggressione a beni ulteriori. In tal caso, la situazione di difesa può essere matrice non solo di obiettiva giustificazione, ma anche di scuse ragionevoli e di ragionevoli discolpe o esoneri da responsabilità.

¹⁵ Anche in ordinamenti giuridici in cui la pena di morte non è prevista, a certe condizioni la morte dell’aggressore può essere coperta dalla scriminante della difesa legittima, o da altre ragioni di non punibilità.

¹⁶ N. ROSSI, *Il privilegio dell’utopia... e la necessità di non abusarne*, Editoriale di *Questione giustizia*, n. 1/2019, dedicato a *Populismo e Diritto*.

¹⁷ T. HOBBS, *Leviatano*, XIV, n. 29.



5/2019

L'attenzione verso l'agredito che si è difeso emerge anche nella previsione (art. 8) che accolla allo Stato, in caso di archiviazione o di proscioglimento, i costi di chi si sia trovato coinvolto in problemi di giustizia penale per avere avuto la sfortuna di essersi trovato in una situazione di necessità di difesa. È un favore discriminatorio rispetto ai tanti altri casi di coinvolgimento di persone innocenti, ma che dà risposta a un problema reale.

Dentro il quadro della politica populista del più penale (il penale-spazza¹⁸) la riforma della legittima difesa è l'unico pezzo che comporta un ritrarsi del penale, un allargamento di spazi di giustificazione o di scusa in ottica liberale¹⁹. Un ritrarsi, in parte, ragionevole, rispondente a proposte che nella XVII legislatura erano venute da un fronte politico diverso. Pur entro un discorso fortemente critico su aspetti caratterizzanti e *messaggi ingannevoli* trasmessi dalla riforma, questo aspetto merita di essere rimarcato. L'ottica garantista della delimitazione dell'intervento penale (*l'extrema ratio!*) vale anche a favore di chi abbia avuto la sfortuna di trovarsi nella conduzione di agredito (e, come dice un antico detto evocato nel comunicato AIPDP, *non habet staderam in manu*).

Sarà bene fare attenzione a non lasciare in mano al discorso populista – ai suoi furbi e fuorvianti slogan – temi che possono e dovrebbero essere impostati in ottica liberale.

¹⁸ D. PULITANÒ, [Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro](#), in questa *Rivista*, fasc. 4/2019, p. 235 ss.

¹⁹ Le cause di non punibilità o di giustificazione introdotte nella legge n.3 del 2019, c.d. Spazzacorrotti, guardano (bene o male) a ritenute esigenze d'indagine, non alla protezione di diritti individuali.