

Prefazione

La legge di recente approvata sulla legittima difesa promette quello che nessuna legge in uno Stato di diritto può assicurare, ossia l'impunità. Anzi, nelle intenzioni di chi l'ha fortemente voluta, promette qualcosa di ancora meno possibile, ovvero l'anestetizzazione dell'azione giudiziaria.

Si tratta di promesse che non possono essere mantenute, salvo che tutti gli operatori del sistema giudiziario non rinuncino a muoversi in una cornice di legalità penale. È indubitabile che qualunque sia la norma scritta o la formulazione prescelta nel descrivere questa causa di giustificazione, l'indagine giudiziaria non potrà comunque essere evitata. L'indagine è dovuta, qualunque sia la legge. L'indagine è una forma di tutela nei confronti di chi si è difeso, se lo ha fatto in modo legittimo, onesto, non sproporzionato. Se c'è stato un morto il giudice ha il dovere di indagare, comunque. D'altronde la persona uccisa potrebbe non essere un ladro, ma un vicino di casa o un poliziotto in borghese.

Da anni si discute se e come modificare la norma sulla legittima difesa allo scopo di proteggere i cittadini da furti, rapine, violazioni di domicilio. Eppure l'articolo 52 del codice penale era stato cambiato pochi anni addietro, nel febbraio del 2006, sul finire della XIV legislatura. Già allora era stato eroso il principio di proporzionalità tra il bene minacciato dall'aggressore e il bene offeso da colui che si difende. Fu così riscritta la norma voluta da Alfredo Rocco nel lontano 1930 in un codice che, va ricordato, era di evidente ispirazione fascista e dunque non accusabile di lassismo. A partire dal 2006 è dunque già consentito usare l'arma a propria difesa ogniqualvolta vi sia un'intrusione nella propria dimora o in altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale. Nel 2019 si è voluto fare un passo ulteriore indietro, esplicitando che vi è sempre proporzionalità (e non responsabilità) quando ci si difende.

Tra il 2006 e il 2019 le statistiche criminali e giudiziarie non hanno giustificato un dibattito politico-parlamentare così serrato. Le motivazioni intorno alle modifiche legislative sono dunque di natura meta-giuridica e at-

tengono al campo della politica piuttosto che a quello del diritto o della prevenzione criminale.

Contro la legge approvata si sommano argomenti costituzionali (la proporzionalità reale e non presunta tra offesa e difesa salvaguarda la ragionevolezza dell'azione penale nonché il rapporto tra i diritti fondamentali e i diritti soggettivi), di sicurezza pubblica (viene sancito che la difesa dal crimine è questione privata e non più un affare monopolistico delle forze dell'ordine) e di politica criminale (la percezione di poter usare liberamente le armi ne potrebbe determinare un abuso o quanto meno un uso improprio, pericoloso anche nei confronti di persone estranee ai fatti delittuosi).

Il tema della legittima difesa impone poche parole sulla missione dei giuristi. Prendo in prestito a riguardo le parole di Papa Francesco rivolte all'associazione internazionale dei penalisti nel 2014: "In questo contesto, la missione dei giuristi non può essere altra che quella di limitare e di contenere tali tendenze. È un compito difficile, in tempi nei quali molti giudici e operatori del sistema penale devono svolgere la loro mansione sotto la pressione dei mezzi di comunicazione di massa, di alcuni politici senza scrupoli e delle pulsioni di vendetta che serpeggiano nella società". Le tendenze di cui parla Papa Francesco sono quelle riassumibili nella logica della vendetta. Tocca ai giuristi smascherare e limitare le falsità del populismo penale. Questo libro si muove in questo benemerito solco.

PATRIZIO GONNELLA

Introduzione

Questo volume esce a poche settimane dall'entrata in vigore della legge 26 aprile 2019, n. 36 la quale si compone di nove articoli, introdotti nell'ordinamento giuridico a conclusione di un ampio dibattito svoltosi nel Parlamento e nella società sulla riforma della disciplina della legittima difesa. Si sono cioè confrontati correnti di pensiero sui limiti che ciascuna persona deve rispettare, qualora commetta un fatto penalmente rilevante (cioè un reato), per la necessità di difendere il patrimonio giuridico (incolumità fisica e beni materiali) proprio o altrui da una pericolosa aggressione. Difendersi anche con la violenza da un imminente pericolo rientra in un naturale istinto, la cui legittimità è riconosciuta dallo Stato, che in tal modo compensa l'impossibilità di tutelare in qualsiasi momento e in qualsiasi circostanza la vita e i beni dei cittadini. La rinuncia dello Stato – sia pure estemporanea e occasionale – al monopolio della violenza rientra nella quotidiana disciplina dell'ordine e della legalità, tenendo presente che un eccessivo spazio dell'autodifesa da parte dei singoli cittadini può sfociare in un ritorno a rissosi e cruenti rapporti tra i consociati. Questo delicato equilibrio tra difesa pubblica e autodifesa privata, tra beni patrimoniali e beni personali ha costituito oggetto dell'acceso dibattito culturale e politico, che si è concluso con la promulgazione della legge n. 36/2019, il cui commento è contenuto nel presente *istant-book*.

Nello svolgere la professione si è abituati a sposare più tesi e punti di vista, a seconda di chi sia l'assistito. La presente valutazione della legge – nonché tentativo di ricapitolare la disciplina sulla legittima difesa – fanno emergere un conflitto costante tra aggressore e aggredito, tra reo e persona offesa, tra tutela pubblica e autotutela privata. L'interprete sembra debba rimanere in equilibrio, come su una corda sospesa nello *slacklining*.

Ho cercato quindi di dare una rappresentazione il più possibile oggettiva ed "equilibrata" dell'istituto e della sua applicazione; il lettore valuterà se il tentativo abbia avuto esito positivo.

Com'è stato sostenuto, "la giustizia penale è un male necessario, se essa

supera i limiti della necessità resta soltanto il male” (Roxin) e questa profonda verità – che sintetizza le aspirazioni ad un diritto penale laico, liberale, sussidiario, ma anche razionale ed efficiente – rappresenta in maniera impeccabile una realtà normativa e culturale che vede nel rispetto dell’uomo e delle sue prerogative di autonomia e dignità la realizzazione di un comune, alto ideale di civiltà e democrazia.

Il bilanciamento è un’operazione complessa nelle mani dell’interprete, ma il suo faro è sempre la Costituzione della Repubblica, che pone all’apice della scala gerarchica dei diritti fondamentali il diritto alla vita, come base e presupposto del godimento di tutti gli altri. Il diritto penale deve necessariamente rispettare i principi di legalità, determinatezza e tassatività (art. 25, comma 2 e 13 Cost.), di personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.), di proporzione e ragionevolezza (art. 3 Cost.), di offensività (artt. 13 e 25, commi 2 e 3, Cost.), di materialità (19 e 25, comma 2, Cost.) e di tutela della dignità umana (artt. 2, 3, comma 1, 27, commi 1 e 3, 32, comma 2, 41, comma 2, Cost.). Valuteremo se tali principi siano in armonia con la riforma *de qua*.

Capitolo 1

Origine storica ed evoluzione della legittima difesa

Sommario: 1. Premessa. – 1.1. Le cause di giustificazione. – 1.2. L'eccesso colposo (art. 55 c.p.). – 1.3. L'art. 59 c.p. – 2. Le radici della legittima difesa nella storia italiana. – 2.1. Il principio di autotutela. – 2.2. La nascita dell'art. 52 nel codice Rocco. – 2.3. Democrazia e legittima difesa.

1. Premessa

1.1. Le cause di giustificazione

Le cause di giustificazione (ovvero scriminanti o esimenti) sono situazioni particolari nelle quali un fatto, che di regola è reato, viene imposto o consentito dalla legge, pertanto non è anti-giuridico e conseguentemente è esente da pena.

L'espressione tecnica "cause di giustificazione" non si legge nel codice penale, costituisce infatti una categoria di matrice dottrinale. Il legislatore le definisce solo come "circostanze che escludono la pena" (art. 59 c.p.), ma sul piano teorico e pratico non sono da confondere con le cause di esclusione della colpevolezza (o scusanti), le quali invece mantengono l'anti-giuridicità del fatto.

Le scriminanti in definitiva possono definirsi, secondo F. Antolisei, come "quelle speciali situazioni nelle quali un fatto, che di regola è vietato dalla legge penale, non costituisce reato per l'esistenza di una norma che lo autorizza o lo impone".

Com'è noto, le cause di giustificazione sono elementi negativi del fatto nella teoria bipartita. La concezione tripartita¹ ha espresso l'esigenza di in-

¹ Per la teoria della tripartizione, sorta in Germania all'inizio del novecento e recepita in Ita-

trovare accanto al fatto materiale e alla colpevolezza, un terzo elemento, l'antigiuridicità obiettiva, attraverso il quale dare adeguata sistemazione dogmatica al requisito negativo dell'assenza di cause giustificatrici.

Il reato "scriminato" non contrasta più con gli interessi della società, come avviene normalmente; non vi è più un danno sociale, perché viene salvato un bene giuridico che ha un valore superiore per la comunità, o per lo meno uguale, rispetto a quello che si sacrifica².

Le cause di giustificazione si basano sul principio del bilanciamento di interessi, il quale avviene sulla base del rispettivo valore attribuito nel caso concreto.

La scriminante risolve un conflitto di interessi, tutelando quello che ritiene prevalente: se Caio cagiona la morte di Tizio in stato di legittima difesa, la tutela della vita dell'aggressore soccombe rispetto a quella dell'agredito. Ciò in quanto l'aggressore si è posto contro il diritto, così l'interesse dell'agredito acquista un valore socialmente più elevato.

In conclusione, le scriminate escludono l'offesa al bene giuridico in quanto non è più tutelato dalla norma. Vi sarà un'offesa in senso naturalistico (la perdita della vita nell'uccisione per legittima difesa), ma non un'offesa in senso giuridico, perché appunto giustificata³.

Il codice penale prevede, accanto alla disciplina delle scriminate (artt. 50-54 c.p.) alcune norme comuni per tutte le cause di giustificazione, ossia gli articoli 55 e 59 c.p.

1.2. L'eccesso colposo (art. 55 c.p.)

L'eccesso colposo ricorre allorché sussistono i presupposti di fatto di una causa di giustificazione, ma l'agente per colpa ne travalica i limiti. In base all'art. 55 c.p. "quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti da-

lia negli anni trenta, il reato si compone di tre elementi: il fatto tipico, inteso come fatto materiale, comprensivo dei soli requisiti oggettivi (condotta, evento, causalità); l'antigiuridicità obiettiva, ossia la contrarietà del fatto materiale all'ordinamento giuridico; la colpevolezza, nelle sue forme del dolo e della colpa, nonché di quella intermedia della preterintenzione. La differenza tra tripartitismo e bipartitismo sta nel modo di considerare l'antigiuridicità e di collocare le scriminate come elementi negativi del fatto o della antigiuridicità: i sostenitori della dottrina degli elementi negativi del fatto, considerano il fatto tipico come "antigiuridicità tipizzata" e individuano, quindi, nell'esistenza di una causa di giustificazione, una ipotesi di esclusione dello stesso fatto tipico.

² F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 269.

³ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 232 ss.

gli artt. 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo”.

Il legislatore distingue tra errore sul fatto che costituisce reato (disciplinato dall'art. 47 c.p.) ed errore sulle scriminanti (art. 59 c.p.), mentre all'art. 55 c.p. contempla un'ipotesi particolare, una modalità della condotta caratterizzata da errore sulle scriminanti.

La previsione normativa disciplina quelle situazioni particolari nelle quali, per colpa, determinata da imperizia, negligenza o imprudenza, si superano i limiti scriminanti effettivamente esistenti. La condotta fino ad un certo punto del suo svolgimento è sorretta da una scriminante realmente esistente, ma in una fase successiva è connotata dalla mera putatività di un elemento dell'esimente, della quale vengono in realtà ecceduti i limiti.

Vi sono quindi due possibili ipotesi. Nella prima, l'agente ritiene necessario, o consentito, un comportamento che fuoriesce dai limiti della giustificazione. Trattasi dell'errore c.d. motivo, in cui l'agente valuta erroneamente la situazione di fatto, ritenendo così di rientrare nella scriminante e pertanto vuole l'evento più grave.

Nella seconda ipotesi, l'agente non riesce a contenere la propria condotta nei limiti della scriminante, per inabilità, imprudenza o altra causa. Trattasi dell'errore c.d. inabilità, ove l'agente valuta giustamente la situazione, ma erra nell'esecuzione, producendo l'evento più grave che non vuole.

L'eccesso colposo dà quindi luogo ad un fatto antiggiuridico, che deve qualificarsi come un vero e proprio delitto colposo, quando preveduto dalla legge come tale.

Il giudizio sulla natura colposa del superamento dei limiti consentiti si effettua – ovviamente – alla stregua dei parametri previsti in materia di colpa dall'art. 43 c.p.

Per aversi eccesso, come detto, devono sussistere tutti i presupposti della scriminante e il relativo accertamento deve essere effettuato dal Giudice con un giudizio “*ex ante*” calato all'interno delle specifiche e peculiari circostanze concrete che connotano la fattispecie da esaminare.

Per contro, si è al di fuori dell'eccesso colposo quando l'agente superi volontariamente i limiti dell'agire scriminato (risponde quindi del delitto doloso); ovvero quando il travalicamento avviene incolpevolmente (nel tal caso è esente da pena).

In ogni caso, occorre che la volontà dell'agente sia volta a realizzare

quel fine che nella situazione concreta rende giustificato il comportamento e che, per errore sui limiti che la circostanza impone, si realizzi un evento sproporzionato rispetto a quello che sarebbe stato sufficiente produrre.

L'onere della prova spetta al soggetto che ha difeso il proprio o altrui diritto, egli dovrà indicare i fatti e le circostanze dai quali si evince l'esistenza della scriminante. La valutazione su tali elementi è rimessa al libero convincimento del giudice, il quale terrà conto di tutte le circostanze oggettive, nel caso di legittima difesa: l'esistenza di un pericolo attuale di un'offesa ingiusta; la proporzione tra i mezzi di reazione a disposizione dell'agredito e del modo in cui ne ha fatto uso; il bilanciamento tra l'importanza del bene minacciato dall'aggressore e del bene leso da chi reagisce.

Nella prassi applicativa l'ipotesi problematica non è tanto l'errore inabilità che pacificamente vede applicarsi l'art. 55 c.p., ma l'errore motivo che può sia declinarsi in un eccesso colposo (l'errore cade sui limiti della scriminante) sia in una supposizione erronea ai sensi dell'art. 59, comma 4, c.p. (si credono esistenti i presupposti dell'esimente, che tuttavia non esistono).

Sui confini tra eccesso colposo ed erronea supposizione si veda l'interpretazione giurisprudenziale *infra*, Cap. 4, §§ 3 e 4.

1.3. L'art. 59 c.p.

In primo luogo, l'art. 59 c.p., al comma 1, prevede che “le circostanze che ... escludono la pena sono valutate a favore dell'agente, anche se da lui non conosciute o da lui per errore ritenute inesistenti”.

La dottrina prevalente ritiene che le cause di giustificazione previste dagli artt. 51 e ss. c.p. operino su un piano meramente oggettivo, queste vengono valutate in favore dell'agente a prescindere dalla consapevolezza della loro esistenza, in quanto il nostro ordinamento è incentrato sul principio di offensività.

Invece, secondo quanto disposto dal comma 4 dell'art. 59 c.p., “se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui”.

La situazione in esame si distingue da quella prevista dall'art. 55 c.p. in quanto l'esimente è del tutto inesistente; mentre nell'eccesso colposo ci si trova in presenza di un fatto che sino ad un certo punto del suo sviluppo è giustificato da una scriminante reale.

Nel caso di supposizione erronea *ex* art. 59, comma 4, c.p. si tratta di in

un vero e proprio errore sul fatto, in quanto il principio secondo il quale l'erronea supposizione di una causa di giustificazione fa venir meno la punibilità, costituisce una estensione alle scriminanti della disciplina prevista dall'art. 47 c.p. sull'errore di fatto. Ciò avviene quando l'agente si rappresenta una situazione materiale inesistente che consente un comportamento invece integrante reato; ovvero quando vi è un errore sulla legge extrapenale o sul divieto, ma mai sulla legge penale (salvo che sia a causa di ignoranza inevitabile).

La giurisprudenza interpreta in modo restrittivo tale norma, in quanto richiede che l'errore sia ragionevole e possa apparire scusabile sulla base dei dati di fatto e delle massime di esperienza, quindi la sua applicazione è marginale.

Diversamente, basandosi solo sullo stato d'animo dell'agente, si eluderebbe troppo facilmente la responsabilità penale.

Si veda l'interpretazione giurisprudenziale *infra* (Cap. 4, § 4). Infine, l'ultimo periodo del comma 4, disciplina la scriminante putativa colposa: "Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo". Tale disposizione, come l'art. 55 c.p., prevede un vero e proprio delitto colposo. In tal senso, anche la disciplina analoga dell'art. 47 c.p. prevede che l'erronea supposizione di assenza degli elementi costitutivi di un reato integra l'ipotesi colposa.

2. Le radici della legittima difesa nella storia italiana

L'istituto della legittima difesa si colloca tra le cause di giustificazione del reato e trova il suo fondamento nella necessità di autotutela della persona, che si manifesta quando – in assenza dell'ordinaria tutela apprestata dall'ordinamento – viene riconosciuta, in determinate condizioni ed in certi limiti, una deroga al monopolio dello Stato dell'uso della forza.

2.1. Il principio di autotutela

Quale è stata e quale è la politica criminale che lo Stato italiano ha voluto e vuole realizzare attraverso il riconoscimento – in via eccezionale o in via ordinaria – del potere punitivo al singolo cittadino?