

Premessa

*L'apparente antinomia del tema;
occasione di una piacevole esperienza*

Devo al Professore Ivo Caraccioli l'occasione d'incontro del Professore Marcello Gallo. Dall'incontro la proposta di ricerca scientifica, e, l'**impedibilità dell'omissione aggressiva** di un diritto, l'argomento assegnatomi; risultato, un'esperienza speciale: l'arricchimento di un rapporto personale, cui la gratitudine sia segno di profonda loro stima e la presente monografia.

Espressione apparentemente antinomica, l'impedibilità dell'omissione è dunque oggetto d'approfondimento; dall'idea, quindi, allo sviluppo, l'occasione della presente trattazione.

Si scriverà, così, di quando l'omissione sia passibile di reazione difensiva, quindi l'impedibilità dell'omissione sia possibile privata reazione legittima.

Il comportamento omissivo e il pericolo di lesione del diritto, che ingiustamente induca, saranno, pertanto, argomento della trattazione; in uno con la reazione difensiva privata che possa legittimamente opporvisi.

Rileverà, dunque, il comportamento che minacci offesa e di rilevanza giuridica quanto prospetti la lesione giuridica di un diritto positivo; donde l'irrilevanza dell'assenza di azione fisica, interessando, la lesione giuridica, un bene giuridico, che, si dirà, quindi, ben potersi concretare in omissione¹.

Il comportamento, ancora, di qualsiasi natura giuridica, essendo il diritto positivo, bene tutela-

¹ Sul punto si consideri quanto assume G. FIANDACA, *Omissione (Diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Utet, Torino, 1994, al paragrafo 2 “*Concetto di omissione penalmente rilevante; distinzione tra reati commissivi e reati omissivi*”, p. 547, ossia che: “È ormai acquisito questo risultato: l'antico ma ricorrente riferimento al comportamento effettivamente tenuto in luogo di quello doveroso omissivo – e cioè l'aliud agere o l'inerzia fisica – non vale ad introdurre, nella struttura dell'omissione in quanto tale, una fisicità o uno spessore naturalistico che ad essa fanno irrimediabilmente difetto ...”; affermazione fondata sulla constatazione che l'azione, in senso penalistico, è ciò che la singola fattispecie incriminatrice prevede e, dunque, dipendente solo “dalla ricognizione delle varie forme di condotta in esse legislativamente descritte”, donde, l'azione, la condotta penalmente rilevante, è substrato generale delle categorie dogmatiche di tipicità, antigiuridicità e colpevolezza, substrato che “non è infatti costituito da un concetto ontologico o pregiuridico (appunto) di azione”. A superare, così dunque, la disputa se l'omissione “*esibisca un qualche sostrato 'fisico' che la renda assimilabile all'azione in senso stretto e sussumibile, di conseguenza, sotto un concetto unitario di condotta penalmente rilevante*”.

to, proprio d'ogni ordinamento normativo; ingiusto, quanto non trovi giustificazione positiva.

Il comportamento, in ultimo, s'intenda, apposizione (specificazione) del pericolo: dunque, condizione oggettiva di possibilità di un evento. Si dirà, così, del pericolo; indice di prossimità all'evento, ma, non solo prodromo di un evento, esso stesso evento, di pericolo, dunque offesa ingiusta minacciata.

Senza dimenticare, si è scritto, la reazione all'aggressione omissiva: condotta impeditiva che realizzi o imponga il comportamento omesso, e che, diversamente, pubblica difesa sia impossibilitata, o in estrema difficoltà, a esercitare.

L'impedibilità; il diritto d'impedimento

Impedibilità è sostantivo derivativo di uso giuridico.

Il suo primitivo lessicale, impedimento, è espressione deverbale dell'atto d'impedire.

In ambito penale, l'impedire è contenuto di un dovere così come previsto dall'art. 40 cpv. c.p.; è dunque comportamento obbligatorio che disposizione positiva¹ puntualmente prevede e ordina e che principio generale, non impedire ciò che va impedito equivale a cagionare, sanziona se non attuato.

L'impedimento è fatto, atto d'impedire; è il comportamento obbligatorio esercitato.

L'impedibilità esprime possibilità: arricchimento lessicale che il suffisso deverbale consente, è espressione d'altra condizione, diversa dal dovere, l'impedire, e dall'essere, l'impedito, è un

¹Si potrebbe assumere la rilevanza anche del comportamento positivo indotto da condizione consuetudinaria, dunque non solo da previsione positiva.

terzo genere, è comportamento facoltativo, è possibilità di impedire, che principio generale legittimo, e che la realtà dinamica concretamente tratteggia.

L'impedibilità positiva, quanto facoltà, è, più precisamente, espressione del diritto di agire impedimento, la legittima difesa; ma non solo, è anche e diversamente, situazione giuridica, condizione d'impedimento, lo stato di necessità, è, si direbbe, facoltà di soccorso² (diversamente dal soccorso doveroso, cui il relativo reato omissivo, l'art. 593 c.p. l'omissione di soccorso, è espressione e dall'adempimento del dovere previsto dall'art. 51 c.p.).

L'impedibilità positiva è dunque, possibilità di reazione al comportamento umano rilevante per l'ordinamento giuridico, ingiusto altrui; la

² Si legga F. BELLAGAMBA, *Il rapporto tra omissione di soccorso e soccorso di necessità*, in *Ai confini dello stato di necessità*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1862 ss.; l'autore propone la situazione giuridica, condizione d'impedibilità, che si sostanzia nella facoltà di soccorso, individuandola quale condizione residuale rispetto a quella prevista dal soccorso necessario, in due ipotesi: "a) in quelle in cui l'intervento di soccorso esponga il soccorritore ad un rischio personale, integrante gli estremi dello stato di necessità. ... b) in quelle in cui il soggetto si attivi per fornire tutela a beni personali diversi dalla vita e incolumità individuale, secondo l'interpretazione (estensiva) da noi accolta di danno grave alla persona".

sua espressione negativa, la non impedibilità, è condizione di contrasto di una situazione di pericolo, (non volontariamente causato) non altrimenti evitabile³, proprio dello stato di necessità. L'impedibilità, è, quindi, diritto, quando attiene la reazione al comportamento pericoloso ingiusto altrui; è, nell'espressione negativa, non impedibilità, situazione giuridica, quando attiene uno stato di pericolosità non volontariamente causato. Tanto che dal diritto e dunque dal suo esercizio, l'assenza di responsabilità risarcitoria⁴: ne dà il

³ Si noti bene che l'art. 54 c.p. si esprime in termini di non evitabilità, ma è la stessa cosa della non impedibilità.

⁴ Dunque, quanto è azione lecita, ne è esclusa l'antigiuridicità penale; ma, non solo non costituisce illecito penale, neppure illecito giuridico in generale; si pensi al fatto che l'esercizio della legittima difesa nega responsabilità risarcitoria perché reazione ad azione *contra jus* (si veda l'art. 2044 c.c. che esclude la responsabilità di chi cagioni danno per legittima di sé o di altri); diversamente dalla condotta tenuta in stato di necessità che non esenta da responsabilità civilistica per il danno arrecato dalla condotta, seppur in termini, come prevede l'art. 2045 c.c., di indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice. "Colui che ha esercitata la difesa può dire: feci, sed jure feci", così si esprime G. PENSO, *La legittima difesa*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 47. Si potrà allora assumere che dal fatto di legittima difesa è esclusa anche l'antigiuridicità generale. Si consideri, a tal proposito, come prosegue Penso

segno l'art. 2044 c.c. in tema, appunto, di legittima difesa; non così parimenti, del resto, dalla situazione giuridica da cui, diversamente, deriva il dovere d'indennità⁵ a favore del danneggiato, come prevede l'art. 2045 c.c. in materia, appunto, di stato di necessità⁶.

Condizione (si dirà) quindi, quella del diritto all'impedibilità, che esclude l'antigiuridicità del fatto; diversamente per lo stato di necessità da cui l'esclusione della sola, sua riprovevolezza e non anche della responsabilità risarcitoria che permane nelle spoglie, di diversa specie, dunque attenuata da effetto speciale, d'equa indennità

(p. 46), nell'opera citata, “*Per noi dunque, ogni reato è un illecito penale, perché si pone contro la legge penale, ed un illecito giuridico generale, perché, ponendosi contro la legge penale, viola il diritto nel suo complesso del quale appunto il diritto penale fa parte. Quando però il fatto non integra un illecito penale, può costituire un illecito giuridico generale, ove, pur non ponendosi contro il diritto penale, si ponga contro un'altra norma di altro ramo del diritto; mentre può essere lecito anche pel diritto in generale nel caso in cui il fatto sia conforme a tutto l'ordinamento giuridico positivo*”.

⁵ Figura concettuale e giuridica ridotta rispetto al risarcimento del danno.

⁶ Quanto al fatto che lo stato di necessità lasci sussistere un'illeceità penale, si legga, tra gli altri, in generale, C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, parte II, cap. II, nn. 2-6, Giuffrè, Milano, 1964.

del danno, circostanza che ammette la reazione, in istato di legittima difesa, al fatto necessitato⁷.

⁷Si veda F. BELLAGAMBA, *Il rapporto*, cit. in *Cass. pen.*, 2000, p. 1863, laddove, l'autore, rilevata la condizione d'offesa "*ingiustificata, non iure*", quale presupposto d'esercizio di legittima difesa, ricorda come solo all'offesa realizzata in presenza d'obbligo di soccorso, essendo l'offesa giustificata, non possa opporvisi legittima difesa; mentre in caso di soccorso facoltativo, sia da ritenersi ammessa la legittima difesa da parte del titolare del bene leso dall'attività di soccorso.

*Il diritto d'impedimento; azione
o omissione a difesa dall'aggressione
ingiusta*

L'uso giuridico del sostantivo derivativo impedibilità è, dunque, espressione di comportamento umano di reazione all'aggressione: è, più precisamente, condizione di comportamento non antigiusuridico, di reazione all'offesa ingiusta di un diritto.

L'istituto della legittima difesa è la previsione normativa positiva dell'impegnabilità dell'offesa ingiusta di un diritto.

Espressione di comportamento di reazione dell'ordinamento normativo positivo¹, è tipica di

¹ Reazione tipica dell'ordinamento penale, ma non solo, nota anche all'ordinamento civile e a quello amministrativo. Di "modello penalistico" cui s'ispira, nell'intero ordinamento, la legittima difesa, scrive T. PADOVANI, *Difesa legittima*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. III, Torino, 1989, p. 515, a proposito del confronto con la previsione amministrativa e civile, ove cita numerosa dottrina, per assumere che "secondo l'opinione pre-

un settore specifico di esso, ordinamento, quello penale, ove opera propriamente relativamente ad un diritto e al pericolo di una sua offesa ingiusta².

Causa di non punibilità penale, la legittima difesa è condizione di liceità (tanto penale che extrapenale) della condotta³: dato il reato quale

valente la scriminante (della legittima difesa) è in realtà unica e si risolve nel modello penalistico...". Che all'art. 52 c.p. faccia riferimento anche la previsione amministrativa della legittima difesa di cui all'art. 4 della legge n. 689/1981, lo ipotizza anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Giuffrè, Milano XVI edizione aggiornata e integrata da L. Conti, p. 299.

²Si legga M. GALLO, *Struttura della fattispecie criminosa: concezione bipartita e concezione tripartita*, in *Apunti di diritto penale*. Vol. II. *Il reato. Parte I. La fattispecie oggettiva*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 49, ove, delinea il concetto astratto di reato, facendo riferimento a quelle disposizioni che concorrono ad ipotizzare un comportamento esterno, uno interno (dolo o colpa) e altre che configurano elementi negativi, ossia che devono mancare perché sussista il reato (scriminanti).

³Si utilizza il termine "condotta" per individuare quel comportamento umano che assuma rilevanza per l'ordinamento giuridico penale. Ciò, peraltro, seppure il linguaggio legislativo non menzioni la condotta quale elemento costitutivo del reato, usando, all'uopo, l'espressione azione-omissione; termine, "condotta", che pur conosce, ma che utilizza a previsione della capacità a delinquere del colpevole rilevante ai fini dell'applicazione della pena, quale comportamento umano antecedente, contemporaneo e

risultato della somma algebrica di due addendi e un sottraendo, elemento oggettivo e soggettivo, gli addendi e scriminanti, il sottraendo⁴, la legittima difesa è un fatto obiettivamente non anti-giuridico; non vi è, dunque, un torto giuridico nel suo esercizio⁵, ma un fatto obiettivamente non anti-giuridico.

L'uso giuridico del sostantivo derivativo impedibilità è così espressione di condotta di difesa legittima.

Condotta è, tanto, azione quanto omissione. L'omissione è elemento del rapporto di causalità (art. 40 c.p.): è, dunque, condotta da cui dipende la punibilità di un fatto preveduto dalla legge come reato, laddove l'evento dannoso o pericoloso, ragione d'esistenza del reato, ne sia conseguenza. È cosciente e volontaria condizione di punibilità (art. 42 c.p.): per cui, nessuno, può essere punito

sussequente al reato (art. 133 c.p.). Si legga, a proposito, M. GALLO, *Gli elementi positivi del fatto*, 1. *La condotta nucleo del fatto di reato*, in *Appunti di diritto penale*. Vol. II. *Il reato. Parte I. La fattispecie oggettiva*, cit., p. 58.

⁴ Si veda M. GALLO, *Il concetto di reato*, in *Appunti di diritto penale*. Vol. II. *Il reato. Parte I. La fattispecie oggettiva*, cit., p. 4.

⁵ Si legga G. PENSO, *La legittima difesa*, cit., a p. 47, laddove assume che la legittima difesa "oltre a non costituire un illecito penale, non costituisce neanche un illecito giuridico in generale, presupponendo questo la sussistenza di un torto giuridico, che qui invece manca".

se non per un'omissione prevista dalla legge come reato commessa con coscienza e volontà. È, ancora, l'omissione, condotta tipica del fatto di reato tipizzato dalla legge. Assume evidenza, dunque, che la condotta dell'impedibilità, comportamento di rilevanza giuridica penale, sarà, azione o omissione; per cui si dica che potrà esercitarsi lecita impedibilità, commettendo un'omissione⁶.

⁶Si assuma, ad esempio, la condotta (pur ipotizzata in maniera romanzesca) di chi sapendo che su di un montacarichi sta salendo un terrorista che vuole arrivare all'ultimo piano di un edificio ove si trova una scuola e li realizzare l'attentato, non faccia nulla per fermarne la salita sapendo che il montacarichi è difettato non regge il peso di una persona e che arrivato a una certa altezza cadrà inesorabilmente, provocando così la morte del terrorista.

Di parere contrario, il R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale parte generale*, Utet, Torino, 1967, p. 740 ss., nega che ci si possa difendere in forma omissiva; così anche il MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, aggiornato da P. Nuvolone e G.D. Pisapia, V edizione, Utet, Torino, 1985, vol. II, p. 351. In *La legittima difesa*, in *Enciclopedia, Diritto penale*, Cedam, Padova, 2003, di G. BROCCA, M. MINGRONE a p. 36, si assume che il reato d'omissione non possa essere giustificato da legittima difesa.

Diversamente il F. MANTOVANI, voce *Ins. fraud.*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. III, Utet, Torino, 1962, pp. 235, 236, ritiene possibile la difesa in forma omissiva e propone l'esempio dell'omissione di soccorso nei confronti di chi voglia suicidarsi, nel caso in cui il suicida aggredisca beni del soccorritore, a cui, dunque, quest'ultimo, si applicherebbe la scriminante della legittima dife-

Tutto ciò, quanto all'impedibilità dell'aggressione, condotta, l'impedimento, cui negare rilievo penale d'antigiuridicità, quindi punibilità, sia essa azione o omissione; dunque condotta giuridica dell'ordinamento normativo positivo, ordinamento che, nella difesa legittima, la individua e rappresenta quale condizione d'operatività di riferimento⁷.

sa. Il F. GIANNELLI, *Aspetti teorico pratici dell'omissione nel diritto penale*, in *La giustizia penale*, 1986 (parte seconda *Diritto Penale*), pp. 282 e 283, propone una terza soluzione, quella per cui si possa agire legittima difesa in forma omissiva con riferimento ai reati omissivi impropri, per cui la domestica ben potrebbe lasciare bruciare i polli nel forno, se costretta a scappare dalla cucina "a cagione di un ritorno di giovinezza del rubizzo datore di lavoro", e non anche con riferimento ai reati omissivi propri, e ai reati misti di azione e omissione.

Ancora, riconoscono la possibilità che la condotta omissiva sia giustificata da legittima difesa, G. PENSO, *La legittima difesa*, cit., p. 192; R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano. Diritto penale sostanziale*, parte prima, Utet, Torino, 1958, p. 310 e C. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 7.

⁷La legittima difesa concreta, una volta che sia prevenuta, una forma di sanzione giuridica; ma "pur concretando una forma di sanzione giuridica, non è sorta per procurare un male, un castigo all'ingiusto offensore, ma per garantire la difesa di un diritto attaccato senza che la minaccia di una condanna penale potesse costituire una remora alla condotta difensiva stessa". C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., pp. 9-10.

3.1

L'aggressione ingiusta suscettibile d'impedibilità; azione o omissione che inducono pericolo d'offesa di un diritto

L'aggressione, cui la legittima difesa legittima l'impedibilità, è un comportamento¹ che il codice penale² definisce (di pericolo) d'offesa ingiu-

¹ Si ripete, l'uso dell'espressione comportamento a significare espressione più lata di quella della condotta, convenzionalmente, tipicamente, quest'ultima, comportamento di rilevanza penale.

² Si ricorda che anche la legge n. 689/1981 e il codice civile conoscono l'istituto della legittima difesa; ma solo quello penale ne propone una definizione. Si considerino, dunque, nello specifico, le previsioni dell'art. 4, legge n. 689/1981 e dell'art. 2044 c.c.: l'art. 4 (cause di esclusione della responsabilità) della legge n. 689/1981, dispone che "*Non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto ... in stato di ... legittima difesa*"; l'art. 2044 c.c. prevede che "*Non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri (c.p. 52)*". Si può così rilevare che ambo le previsioni ne fanno cenno per rappresentarne l'operatività, l'una con riferimento alle sanzioni amministrative e l'altra a quelle risarcitorie del danno, senza peraltro fornirne definizione. Quanto poi al campo

sta di un diritto proprio o altrui (di pericolo attuale d'offesa ingiusta); così si esprime letteralmente il legislatore che utilizza proprio l'espressione "*offesa ingiusta*"³, a rappresentare espressione positiva della centralità dell'offesa ingiusta

d'operatività, a chi faccia rilevare il limite, di quella civilistica, alla legittima difesa di sé e di altri e *non* di un diritto proprio o altrui, espressione, evidentemente più lata, si ricorda che dottrina (C. RUPERTO, *La Giurisprudenza sul codice civile. Coordinata con la dottrina. Libro IV, delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2012, che propone il caso del creditore che dopo aver ottenuto un sequestro conservativo su capi di bestiame del debitore, ma prima che questo potesse essere eseguito, aveva impedito che i beni sequestrati fossero consegnati a un terzo acquirente, minacciando azioni giudiziarie, oggetto di sentenza della Suprema Corte 28 agosto 2099, n. 18799) e giurisprudenza (si segnala Trib. Milano 26 gennaio 1977 e 1989 n. 606, in *C.E.D.*, Cass. pen. n. 891334, in materia concorrenziale e ancora Trib. Torino 21 marzo 1983, Soc. Sorin Biomedica C. Shiley Sales corp., in *Giur. dir. ind.*, 1983, p. 527, in materia di pubblicità contenente apprezzamenti sfavorevoli sui prodotti concorrente quale mezzo per reagire all'attacco altrui) ne hanno esteso il limite fino alla previsione del delitto dall'art. 52 c.p. dunque relativamente alla messa in pericolo di un diritto proprio o altrui.

³ Utilizza l'espressione "*ingiusto aggressore*" il Canone 1323 n. 5) del Codice del Diritto Canonico "*Non è passibile di alcuna pena chi, quando violò la legge, ... agì per legittima difesa contro un ingiusto aggressore suo o di terzi ...*". Dall'aggressore del codice canonico all'offesa del codice penale, rileva la differenza tra chi tiene un comportamento e il risultato di un comportamento tenuto. Si osservi, a proposito, che comune matrice è il comportamento.

tanto da contemplare ipotesi di giustificazione di un'offesa che, altrimenti, sarebbe essa stessa ingiusta. Valga a dire che l'offesa ingiusta rende giusta quell'offesa che si opponga, proporzionalmente, a difesa, così a rilevarne la centralità della previsione positiva. È comportamento che realizza offesa ingiusta di un diritto, il comportamento umano, di rilevanza giuridica, ingiusto⁴, quindi, aggressione ingiusta, comportamento giuridicamente non giustificato, parimenti, sarà comportamento d'offesa ingiusta.

Scrivere d'impedibilità dell'aggressione induce attenzione al comportamento cui reagire impedendolo, così all'azione ingiusta, opponendosi o all'omissione ingiusta, costringendo l'autore all'adempimento o allo stesso sostituendosi nel suo esercizio⁵; azione o omissione, comunque, comportamento lesivo, dice il legislatore, necessariamente di un diritto, espressione, questa, propria di qualunque contesto normativo⁶, sia esso di

⁴C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., ricorda che ingiusto non è *contra jus* ma *non iure*: è una condotta che non trova autorizzazione "... non già che l'offesa deve essere illecita, bensì che l'aggressore non deve essere autorizzato a realizzare il fatto tipico", p. 128.

⁵L'opzione induce possibilità di scelta, donde occorre un segno di valutazione del motivo di giustificazione dell'adozione della condotta che induca maggiore ingenuità, nel rispetto del requisito della proporzione.

⁶Si legga I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale, Parte*

fonte scritta ma anche consuetudinaria⁷, civi-

generale, Cedam, Padova, 2005, che, quanto all'ingiustizia dell'offesa assume "Non è detto che il comportamento dell'aggressore debba costituire necessariamente reato. Esso può dare luogo anche solo ad un illecito extra-penale (civile-amministrativo) ma comunque deve essere contrario all'ordinamento quanto meno sotto il profilo della non tutela.", p. 401.

Si legga, inoltre, C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 165, che, a proposito del comportamento antigiuridico dell'immune, assume "e poiché nessuna norma impone che la illiceità interna alla struttura della legittima difesa debba discendere da disposizioni penali, ma può trattarsi anche di qualificazioni diverse, alla stregua di quest'ultime il comportamento dell'immune potrebbe essere considerato antigiuridico.". Si ricorda anche R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, cit., p. 297 assume che "diritto soggettivo va inteso in senso ampio".

⁷La consuetudine, ossia un comportamento reiterato della collettività con la convinzione che sia non solo moralmente ma anche giuridicamente obbligatorio, donde il relativo diritto. Si pensi all'omissione d'impedire un evento il cui obbligo sia di natura consuetudinaria. Si legga M. GALLO, *Appunti di diritto penale*. Vol. I. *La Legge penale*, Giappichelli, Torino, V ristampa, 2001, p. 90 "La consuetudine nel diritto penale" ove ricorda che "La dottrina è in larga parte orientata ad una risposta affermativa e presenta come esempio, ... l'art. 40 c.p. che, al comma II, dispone: Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico d'impedire equivale a cagionarlo. L'obbligo giuridico, si dice, può essere posto, immediatamente o mediamente, attraverso fatti giuridici che individualizzano il precetto, oltre che da una regola di legge, anche da una fonte consuetudinaria". Si legga anche R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, cit., p. 298, ove assume che "... l'imperativo giuridico (derivante da norma scritta, o da norma consuetudinaria nei limiti in

le⁸, amministrativo e penale⁹; quindi anche e

cui la consuetudine può essere fonte di diritto), può appartenere a qualunque ramo del diritto; la distinzione del ramo di diritto cui appartiene (es. diritto extrapenale) influirà particolarmente per determinare il requisito della necessità e quello della proporzione". Si veda anche F. GRISPIGNI, L'omissione nel diritto penale, estratto dalla Rivista Italiana di diritto penale, anno VI, Cedam, Padova, 1934, p. 35, ove afferma che "Il dovere di agire pertanto può derivare oltre che da un'altra norma penale, anche o dal diritto pubblico (costituzionale, amministrativo e processuale) ovvero dal diritto privato, specie in quella parte che costituisce il diritto di famiglia. Inoltre la fonte del dovere può trovarsi sia in una disposizione del diritto scritto sia di quello consuetudinario; come pure in un ordine dell'autorità o in un provvedimento di un giudice. E può derivare anche da un obbligo volontariamente assunto, sia per mezzo di contratto (es. guardiana notturna che non impedisce il furto; infermiere che non vigili il malato) o a mezzo di quasi-contratto (negotiorum gestio) come ad esempio un medico che abbia assunto la cura di un malato senza consenso, essendo questi in stato d'incoscienza, e che poi non gli presti le cure necessarie in modo che il malato muoia". Di segno contrario, si veda G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Manuale di diritto penale, Parte generale, cit., secondo cui "tra gli obblighi giuridici di impedire un evento la cui violazione fonda la responsabilità nei reati commissivi mediante omissione, non possono essere ricompresi gli obblighi di fonte consuetudinaria", ciò in quanto "la loro congenita imprecisione dilaterrebbe in modo incontrollabile l'arbitrio del giudice nell'individuazione dei presupposti in presenza dei quali sorge l'obbligo di impedire un evento penalmente rilevante".

⁸E si pensi, ad esempio, all'ipotesi di un fondo agricolo su cui cada la garanzia e al debitore proprietario che di

non solo, espressione di condotta antiggiuridica, quale è quella che risponda alla tipicità del precepto penale ed esprima il significato per cui il legislatore ne ha indotto conseguenze giuridiche¹⁰.

questo fondo trascuri la coltivazione, la manutenzione e così via, comportamento tale da indurre pericolo attuale d'offesa al diritto, appunto di garanzia, pericolo non altrimenti evitabile mediante intervento della forza pubblica; situazione, dunque, tale da legittimare, difesa privata mediante azioni cautelative esercitate sul fondo medesimo.

Il comportamento omissivo, di rilevanza esclusivamente civilistica, sarebbe lesivo del diritto a esercitare la richiesta di pagamento del conto, dunque l'attualità del pericolo dell'offesa così ingiusta legittimerebbe difesa privata.

⁹ ... e oltre, fin anche del comune pensare, così suggerisce G. PENSO, *La legittima difesa*, cit., p. 95, ove assume che “non occorre che l'offesa costituisca reato, potendo benissimo, per le condizioni soggettive dell'aggressore, o per le condizioni oggettive in cui l'offesa si è realizzata, dar luogo ad azione penalmente indifferente. Ciò che interessa è che leda ingiustamente interessi legittimi altrui”.

¹⁰ Si legga M. GALLO, *Antigiuridicità formale e anti-giuridicità sostanziale*, in *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Appunti di diritto penale*. Vol. II. *Il reato*. Parte I. *La fattispecie oggettiva*, cit., p. 37; l'autore assume che la violazione della norma penale è perfezionata quando “la condotta realizza il modello della descrizione legale e a tale condotta possa riconoscersi quel significato a cagione del quale il legislatore ha elevato ad elemento condizionante del prodursi di conseguenze giuridiche una determinata classe di fatti”.

3.2

Il diritto oggetto di tutela

Il diritto proprio o altrui valga, dunque, a specificazione dell'assunto, per cui, si dirà, il comportamento, non giustificato di qualsivoglia natura giuridica varrà per frapporvi difesa privata; di natura giuridica, necessariamente, indistintamente giuridica¹, naturalmente. E se il diritto è un interesse protetto, con particolare tecnica, (ad esclusione dell'interesse legittimo) da norma giuridica², lo offenderà il comportamento che violi

¹Valga l'assunto, dunque, anche per la consuetudine quale fonte di diritto non scritta. Quanto ai beni difendibili F. ANTOLISEI assume che l'uso dell'espressione "diritto" estende la facoltà di difesa "*a tutti i diritti indistintamente*"; e aggiunge "Vi sono, perciò, compresi anche i diritti patrimoniali", salvo precisare che "*l'articolo 2 della Convenzione dei diritti dell'uomo consente l'omicidio per legittima difesa soltanto di fronte ad un attacco alla vita o alla libertà delle persone*", in *Manuale di diritto penale*, cit., p. 300. Si legga, anche, a proposito, l'approfondimento di F. BELLINI, *Diritto oggetto della difesa*, in *La legittima difesa*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 112 ss.

²"Diritto significa dunque protezione offerta da una nor-

quell'interesse tutelato appunto dalla norma di diritto³; non anche, dunque, l'interesse che, viceversa, induca (se leso) il potere di azione, così come accade in ipotesi di interesse legittimo, generatore della facoltà di ricorrere alla giurisdizione amministrativa solo all'esito della lesione dell'interesse (di fatto) al regolare svolgimento della pubblica amministrazione⁴. Un comportamento, dunque, non giusto, quindi che potrebbe

ma giuridica", così si esprime C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 115, che continua "nel quadro della difesa legittima opera un solo criterio di valore: un criterio di valore giuridico estrinsecantesi da un lato nel divieto, dell'assaltatore, di porre in essere una condotta aggressiva, dall'altro nell'attribuzione, all'agredito, di una tutela giuridica del suo interesse", p. 118.

³ Si legga, a proposito, i *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, volume V progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1929, p. 96, ove si assume che "L'istituto riceve limitazioni, nella sua applicazione, ai soli diritti, dalla sua stessa origine. Questa rivela che allora soltanto è possibile ammettere la difesa privata, quando l'interesse, che si vuol tutelare, assume un grado d'individualizzazione, da assurgere alla dignità di un vero e proprio diritto soggettivo".

⁴ Quanto alla distinzione dal diritto, si consideri l'art. 113 della Costituzione italiana laddove, al comma 1, prevede che gli atti della pubblica amministrazione possano ledere diritti e interessi legittimi, enunciandone differenziazione.

essere anche antiggiuridico (precisazione doverosa, si pensi, infatti, a proposito, alla concorrenza, comportamento non giusto ma non giuridicamente ingiustificato), il cui giudizio d'ingiustizia dovrà trovare sponda nell'ordinamento positivo e non in altri criteri di valore⁵. Quindi, un comportamento ingiusto formale (di previsione scritta o consuetudinaria che sia), che offenda interessi protetti⁶, espressione di un giudizio di relazione reso manifesto dalla volontà normativa.

E il comportamento sarà ingiusto, tanto quanto non giustificato⁷, ossia quel comportamento,

⁵ Si legga, peraltro, e di diverso avviso, A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Priulla Editore, Palermo, 1960, p. 132, secondo cui il concetto d'ingiustizia può essere individuato anche facendo riferimento a “*valutazioni sociali*” attinenti il giusto e l'ingiusto senza che ciò presupponga l'esistenza di una indicazione del diritto. Contrariamente, si legga G. PENSO, *La difesa legittima*, cit., p. 115.

⁶ Di, interessi “*tutelati*”, parla C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 125.

⁷ “*Ingiusto significa assenza di norma che autorizza la commissione del fatto tipico*” C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 128. Per cui “*diritto, nel medesimo contesto, sta ad esprimere esclusivamente la indicazione positiva della tutela giuridica, la esistenza di una disposizione la quale garantisca ad un soggetto la protezione di un suo interesse*”. Si legga, ancora, C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., a p. 138, secondo cui “*La difesa legittima, in quanto sanzione generale dell'ordinamento, può rappre-*

azione o omissione, lesivo dell'interesse protetto da norma giuridica, che l'aggressore non sia autorizzato a tenere.

Un comportamento ingiustificato di cui rileverà l'aspetto oggettivo: ossia sarà la lesione obiettiva (il pericolo di obiettiva lesione) di un interesse tutelato a legittimare l'esercizio della legittima difesa, a nulla valendo la condizione, il momento soggettivo⁸ del comportamento non giustificato. Comportamento, dunque, si assume che, ancor prima d'essere passibile di sanzione propria, e pur ciò a prescindere, sarà sanzionato

sentare l'indice esterno di un momento autonomo di anti-giuridicità. L'illiceità che costituisce il presupposto della sua operatività sarà dunque un momento di disvalore obiettivo, che si ricava da ciascuna disposizione che tutela un interesse, pure se nell'ambito dell'ordinamento parziario di origine la sua azione sia subordinata alla presenza di un elemento soggettivo. Disposizione che acquista una rilevanza autonoma sul piano oggettivo, al di fuori di tale ordinamento parziario, combinandosi con la norma che prevede la difesa legittima".

⁸ Si pensi, ad esempio, alla c.d. desistenza volontaria di cui al comma 3 dell'art. 56 c.p. per cui il tentativo di commettere un delitto non comporta la punibilità degli atti posti in essere prima appunto della desistenza volontaria, salvo che gli atti già posti in essere siano di per sé soli anti-giuridici; atti questi ultimi nei cui confronti potrà pur esercitarsi legittima difesa anche se il soggetto responsabile non li abbia avuti ad oggetto del proposito criminoso tentato.

dall'impedibilità⁹: sanzione generale e d'ordinamento¹⁰ che non ha specifico colore, non è penale, civile, amministrativa o costituzionale.

O ancora, dunque, sarà un comportamento, non giustificato e lesivo di un interesse protetto a costituire oggetto di reazione difensiva legittima;

⁹ Si legga M. GALLO, *Appunti di diritto penale*. Vol. 1. *La legge penale*, Giappichelli, Torino, V ristampa, p. 29, là dove s'interroga circa "*La natura primaria o secondaria della regola penale*", e rileva che vi è un momento oggettivo, "*di torto oggettivo*", indipendentemente dagli elementi psicologici del reato; per cui la regola penale "*passa necessariamente attraverso la realizzazione di un momento di torto oggettivo che ne costituisce il nucleo essenziale, prima e indipendentemente dalla realizzazione di quelli che sono gli elementi soggettivi del fatto di reato*". Donde la natura secondaria della regola penale, cui la stessa sanzione (penale) è secondaria rispetto all'impedibilità, sanzione, quest'ultima indipendente dal realizzarsi di quei requisiti di carattere psicologico, dolo, colpa, preterintenzione, necessari per il sopravvenire della sanzione penale.

¹⁰ Critica l'assunta funzione sanzionatoria chi evidenzia il divieto di sanzionare due volte lo stesso fatto: G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Rivista italiana*, 1983. G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, 1988, p. 130; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III, Giuffrè, Milano, 2001, p. 133 e F. VIGANÒ, *Art. 52, parte generale*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Ipsoa, Milano, 1999, p. 457.

a legittimare la difesa dovrà essere, quindi, una “*nota di disvalore oggettivo*”¹¹, un comportamento di disvalore oggettivo, la cui negatività sia ricavata da una disposizione dell’ordinamento; norma che, vietando la commissione di un certo fatto, nel contempo e per converso protegga il bene che tale fatto possa ledere o mettere in pericolo. Così a negare, a esempio, che l’intervento nei confronti del suicida, in quanto azione, nel nostro ordinamento, non in alcun modo sanzionata, possa integrare legittima difesa, dovendosi, diversamente, ricondurre al fatto commesso in istato di necessità. Comportamento dal disvalore oggettivo tale che integrerà oggettività del disvalore anche l’aggressione necessitata per salvare sé o altri dal pericolo di un danno grave alla persona; per cui ci si potrà legittimamente difendere anche da un’aggressione necessitata dall’altrui legittima esigenza di salvare una persona, poiché non esclude quella nota di disvalore oggettivo che diversamente le altre cause di non punibilità,

¹¹ Espressione tratta da C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 155, dove letteralmente l’autore scrive: “*perché la difesa legittima sia applicabile è dunque necessario una nota di disvalore oggettivo. Questa nota*” aggiunge l’autore, “*si ricava, positivamente, dalle disposizioni dell’ordinamento che, vietando la commissione di un certo fatto, vengono nel contempo a proteggere il bene che tale fatto lede o mette in pericolo*”.

in quanto “sanzioni” di una comportamento, consentono di negare¹². Si reagisce in istato di legittima difesa, insomma, anche contro la condotta sorretta dallo stato di necessità.

¹² Si veda C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 155.

3.3

Quanto all'interesse legittimo

Si è esclusa la possibilità che l'interesse legittimo costituisca posizione soggettiva tutelabile con difesa privata; essendo facoltà di ricorrere avverso l'esito della lesione dell'interesse al regolare svolgimento della pubblica amministrazione¹.

Non manca, certamente, dottrina di opinione diversa: che propone, ad esempio d'interesse legittimo quale situazione soggettiva attiva tutelabile, mediante legittima difesa, l'ipotesi “*del can-*

¹Si veda in dottrina, la negazione espressa da M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, cit., p. 218 ss.; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 401; così anche C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 125, in nota 15, che pure, peraltro, p. 126, nella medesima nota, individuato un interesse statale generale di buona amministrazione, assume “*sembrerebbe possibile suggerire, il soggetto che si oppone al funzionario il quale cerca di compiere un atto illegittimo agisce comunque ex art. 52 c.p.: non già sotto il profilo della difesa di un interesse proprio, bensì sotto quello di una difesa dell'interesse altrui*”.

didato ad un pubblico concorso, il quale intervenga per impedire che, durante le prove, un commissario trasmetta lo svolgimento di un tema a qualche favorito”²; ma, in realtà, pare trattarsi, d’ipotesi non di tutela d’interesse legittimo ma di interesse obiettivamente protetto, che sarebbe leso dalla realizzazione di un comportamento di abuso d’ufficio, dunque, in quanto tale, passibile di reazione difensiva privata.

Si ritiene, quindi, che l’interesse legittimo non sia bene giuridico tutelabile, bensì condizione, posizione giuridica che l’ordinamento accorda per rimediare agli effetti di atto pubblico illegittimo, mediante lo strumento del ricorso all’au-

² Si veda, così, T. PADOVANI, *Difesa legittima*, cit., p. 501, che ritiene sia possibile ricondurre al concetto di diritto anche la figura dell’interesse legittimo, quando sia possibile “*identificare un interesse del privato, in varia guisa protetto e tutelato, il quale si risolva in una situazione giuridica soggettiva attiva*”; e propone, appunto, ad esempio l’ipotesi, citata, “*del candidato ad un pubblico concorso, il quale intervenga per impedire che, durante le prove, un commissario trasmetta lo svolgimento di un tema a qualche favorito*”.

In generale, quanto alla dottrina contraria, si dirà della tesi, della possibilità di individuare, in capo al privato, una situazione d’interesse legittimo ancor prima della trasgressione del mero interesse di fatto al buon esercizio del potere autoritativo; così a negazione del concetto quale mera proiezione processuale di un interesse di fatto al regolare svolgimento della pubblica amministrazione.

torità giudiziaria o fin anche, in autotutela, all'autorità amministrativa.

Posizione giuridica³ che pur si potrà assumere a superamento della semplice dimensione d'evidenza di un procedere illegittimo della pubblica amministrazione. Con ciò, magari, aprendo all'ipotesi di risarcibilità del danno da atto illegittimo amministrativo; che sia pure, ma non tragga in inganno, quindi, altra e diversa proiezione giuridica, la risarcibilità del danno, che l'atto autoritativo illegittimo comporti, cui, pure, l'ordinamento normativo potrebbe (e ben venga) dare seguito di attenzione; trattasi, infatti, di effetto collaterale a quello che è la struttura essenziale dell'interesse legittimo ma che non n'intacca la

³ Si legga in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza* a cura di P. FALCONE e A. POZZI, vol. II, Utet, Torino, 1998, p. 832 “L'interesse legittimo è stato definito come una posizione soggettiva di vantaggio, qualificata dall'ordinamento, che viene in evidenza in occasione dell'esercizio di una potestà pubblica e che consente al soggetto di attivarsi, sia nella fase del procedimento amministrativo, sia appunto nel processo (Cons. Stato Sez. V, 27 marzo 1992, n. 255; ud. 25 febbraio 1991, n. 193)”. Di “posizione giuridica in senso relativo”, scrive F. SCJARRETTA, *Appunti di giustizia amministrativa*, III edizione, Giuffrè, Milano, 2007, capitolo “Diritto soggettivo”, p. 22, in quanto correlata all'esercizio del potere amministrativo e protetta dalla possibilità di verifica del legittimo esercizio del potere autoritativo che l'ha compressa.

peculiarità: essere tutela che l'ordinamento appresta per rimediare agli effetti dell'atto illegittimo autoritativo, tutela, come già scritto, giudiziale o amministrativa in regime d'autotutela.

Si dica, dunque, che l'interesse legittimo è posizione giuridica portatrice d'interessi il cui assetto attende l'esercizio (o l'omesso esercizio) del provvedimento amministrativo⁴; interessi che, diversamente, sono prefissati per legge o per contratto, quanto al diritto (soggettivo), situazione giuridica, quest'ultima, che, unica, legittima difesa privata. Basti, del resto, pensare come l'interesse legittimo attenga sempre un bene oggetto di diritto soggettivo che, peraltro, incontra l'esercizio del potere autoritativo della pubblica amministrazione: si faccia, così, riferimento alla proprietà immobiliare⁵ per cui al titolare compe-

⁴E. CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 612-620, quanto all'interesse protetto dall'interesse legittimo, l'autore sostiene che vi sia "un interesse materiale (di fatto) di un soggetto, il quale, in seguito alla sua lesione da parte di un atto amministrativo illegittimo, acquista rilevanza giuridica per il solo motivo che, per ottenerne tutela, il suo titolare ha pure necessariamente un interesse strumentale e giuridico alla legittimità dell'atto amministrativo. Segue che tale interesse, finale rispetto a quest'ultimo, si può a sua volta chiamare protetto fino a quando a quest'ultimo si accompagna".

⁵"La radice più profonda della distinzione tra l'interes-

te un potere difensivo del relativo diritto e una facoltà di opporsi al potere autoritativo che si sia espresso in un provvedimento di espropriazione; provvedimento, dunque, necessariamente espres-

se legittimo e il diritto soggettivo può essere colta con maggiore chiarezza nel caso di interesse legittimo oppositivo, nel quale vi è lo stesso rapporto con il bene della vita, che diritto soggettivo sussiste prima dell'esercizio del potere (se l'amministrazione comunale adotta un provvedimento di espropriazione, l'espropriato è titolare di un interesse opposto all'esercizio del potere in quanto volto alla conservazione della titolarità dello stesso bene sul quale prima dell'esercizio del potere, vantava un diritto di proprietà), mentre nell'ipotesi di interesse legittimo pretensivo, prima dell'esercizio del potere, non sussiste alcuna posizione tutelata avente un analogo lato interno. L'interesse legittimo insomma è una situazione ontologicamente collegata all'esercizio autoritativo e unilaterale del potere amministrativo, sicché la presenza di una attività amministrativa, l'individuazione della natura della posizione giuridica contrapposta postula la verifica della presenza o meno di un potere pubblico nell'esercizio del quale l'amministrazione agisce o dovrebbe agire, dovendosi concludere per la posizione di i. l. quando la matrice dell'agere amministrativo è l'esercizio della relativa funzione con moduli autoritativi e cioè l'attività procedimentalizzata finalizzata alla tutela di un interesse della collettività, per la posizione di diritto soggettivo quando l'amministrazione, ancorché per la realizzazione di fini pubblici, non agisce in via autoritativa ma con atti paritetici, di diritto privato, alla stregua di un qualunque soggetto dell'ordinamento.”; così in Il processo amministrativo Commentario al d.lgs. 104/2010 a cura di A. QUARANTA e V. LOPILATO, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 90 e 91.

sione d'esercizio del potere pubblico e quindi, della relativa funzione autoritativa, con effetti, pertanto, rimediabili, con l'esercizio, appunto, dell'interesse legittimo e non, diversamente, impedibile, mediante difesa privata.

*L'offesa del diritto; la lesione giuridica
e il comportamento ingiusto*

Si è scritto così della regola penale che vuole, dunque, conforme a diritto la previsione d'impedibilità dell'azione aggressiva: a tutela di un diritto e a fronte del pericolo di una sua offesa ingiusta; e, ancora¹, della regola il cui argomentare dialettico², che induce equiparazione tra l'agire e

¹ Si legga il capitolo 1.

² Si assume in dottrina che il capoverso dell'articolo 40 c.p. integra, appunto, uno strumento dialettico che consente l'innovazione normativa per cui non impedire equivale a cagionare; in tal senso si legga M. GALLO, *La Piccola frase di Mortara*, ("neppure per ragione di colpa civile"), Giappichelli, Torino, 2014, p. 55, ove l'autore propone l'innovazione di stampo tutto normativo di quello che definisce lo strumento dialettico dell'impedire; l'autore così si esprime "Da qui l'invenzione dello strumento dialettico che equipara al cagionare in forza di condizioni positive, il non impedire quello che è cagionato da forze estranee rispetto al soggetto, quando quest'ultimo avrebbe potuto e dovuto, qui cogliamo l'innovazione tutta di stampo normativo, impedire". L'autore perviene all'as-

il non agire, connota di positività giuridica, penale, l'impedire, ossia la previsione del cpv. dell'art. 40 c.p., dunque, più propriamente, tra il cagionare e il non impedire l'evento giuridico che si ha obbligo giuridico d'impedire; regola che trova nella legittimità dell'azione attuata per impedire il pericolo attuale di offesa (l'offesa è sia lesione che pericolo) di un diritto proprio o altrui, l'espressione che ne traduce il portato positivo d'esercizio.

Si dica, così, della soggezione dell'autore del pericolo d'offesa ingiusta alle conseguenze da questo derivante: la legittima difesa, appunto, fatto giuridico da cui discende-dipende la conseguenza giuridica della situazione, anch'essa dunque giuridica, di soggezione alla reazione; e della centralità dell'offesa ingiusta la cui prospettiva è condizione d'assoggettabilità alla reazione difensiva.

A proposito di offesa ingiusta si è assunto che, a costituire oggetto di legittima reazione difensiva privata sarà un comportamento, non giustificato, e lesivo di un interesse protetto; si dirà,

sunto discostandosi dal piano strettamente logico-naturalistico, per cui nel rapporto di causalità l'omissione è un non fare è *ex nihilo nihil*; e assumendo il "dover essere, o, più precisamente, l'esser dovuto" quanto la prassi e l'ordine che le va dato presenta, trascendendo dal semplice essere.

per usare l'espressione letterale del codice penale, "*un'offesa ingiusta*".

La lettura semantica compatta del sostantivo, *offesa* e dell'aggettivo, *ingiusta*, ne induce condizione di locuzione nominale. Si propone, peraltro, la scissione della locuzione appunto nel sostantivo, *offesa* e nell'aggettivo, *ingiusta*, che così la compongono; dunque, dall'*offesa*, si separi l'*ingiustizia* e s'associ l'*ingiustizia* al comportamento e l'*offesa* alla lesione giuridica.

Si assuma, quindi, l'*offesa*, quale lesione fattuale all'interesse tutelato da una situazione di diritto soggettivo e perfino da una situazione di interesse obiettivamente protetto: si pensi a un danneggiamento messo in atto per forza maggiore o caso fortuito; l'*ingiustizia* di questa *offesa* dipenderà dall'assenza di cause di giustificazione del comportamento.

Scissi i due momenti della fattispecie positiva della legittima difesa, l'*offesa* e la sua *ingiustizia*, ben si coglie come l'occasione d'aggettivazione d'*ingiustizia* del sostantivo *offesa* dipenda da un comportamento che possa dirsi appunto non giustificato (dunque, anche, condotta antiggiuridica); quindi, come la lesione giuridica che alberga nell'una, l'*offesa*, potrà aggettivarsi *ingiusta* tanto quanto non giusto sia il comportamento che la determina. Si rinvenga, dunque, l'*ingiustizia* nel comportamento, non nella lesione; quest'ultima,

pur di per sé offensiva di un diritto, potrà comunque connotarsi di liceità. Così come ingiusto sarà il danno dell'illecito civile che l'art. 2043 c.c. vuole risarcibile, proprio quanto il comportamento che l'ha generato sia appunto non giustificato³; tanto che e per converso, in un incedere positivo pressoché privo di discontinuità, l'articolazione della successiva previsione dell'art. 2044 c.c., quello stesso danno non comporta responsabilità se cagionato da condotta di legittima difesa. Senza dimenticare a seguire, in quella stessa composizione d'insieme che eleva il comportamento a presupposto di giuridicità, il fatto lecito dannoso da condotta in istato di necessità, come prevede l'art. 2045 c.c. (che pur è motivo d'equa indennità).

³ Si legga M. GALLO, *Il reato e gli altri illeciti giuridici, Appunti di diritto penale*. Vol. II. *Il reato. Parte I. La fattispecie oggettiva*, cit., p. 8, ove afferma che “L'art. 2043 si impernia sul danno ingiusto. È evidente che il requisito dell'ingiustizia non si riferisce al danno, ma al comportamento che lo ha causato: il danno è ingiusto in quanto il comportamento che lo ha causato è *contra ius*”.

5.1

Il comportamento ingiusto; l'omissione, comportamento d'offesa non giustificato

Sia, dunque, l'ingiusto comportamento occasione di lesione giuridica non giusta; del resto potremmo pur ipotizzare lesioni di situazioni giuridiche giustificate e basti pensare alle lesioni postumi dell'intervento chirurgico, che solo se indotte da condotte non giustificate assumerebbero aggettivazione d'ingiustizia. Ma, non si cerchi lontano, basti pensare a quella lesione giuridica che, quale sanzione primaria d'ordinamento, è giustificata dall'esercizio di legittima difesa; diversamente opinando, sarebbe, dunque, come negare giustizia alla lesione giuridica che l'esercizio della difesa privata comporti.

Si dica, quindi, impedibile l'offesa da comportamento ingiusto; e non da meno (e così pure) l'omissione, condizione di lesione giuridica, comportamento non giustificato. A nulla rileva, del resto, l'assenza di azione fisica¹: alla lesione

¹Quattro sono le direttrici, in tema d'omissione, di

giuridica, che l'offesa giuridica e tale s'intenda quella generata dalla violazione del precetto, induce, corrisponde, pur sempre, un comportamento generatore della lesione che in quanto ingiustificata, dunque di rilevanza giuridica proprio perché *non iure*, potrà ben essere attuata da omissione di rilevanza giuridica; omissione lesiva non solo quanto avente efficacia causale, la stessa dell'azione, ma anche perché propriamente capace di lesione giuridica e così anch'essa svincolata da una necessitata rilevanza penale.

Insomma vi è un comportamento che è generatore di una lesione giuridica che dunque può essere generata anche da un comportamento omissivo².

linguaggio positivo del concetto, appunto, d'omissione: tre, che considerano il dato naturalistico, dunque, quelle del *nisus* interiore, del non fare, e dell'*aliud agere*, e la quarta, che la riconduce a fenomeno normativo, anche detta della violazione di una norma; tutte e quattro a rilevante valenza comportamentale giuridica.

²A proposito del concetto giuridico di omissione, rilevante ai fini penali, si legga I. CARACCIOLI, *Omissione*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, Utet, Torino, 1965, p. 896, ove assume che “*In altre parole, solo concependo il concetto, normativamente rilevante, di 'omissione' come oggetto di un giudizio di relazione, si può comprendere il tipo si disciplina dettata dal legislatore per questo fenomeno: l'omissione di cui parla il legislatore penale, pertanto, consiste nel comportamento che contrasta con un obbligo giuridico a contenuto positivo (obbligo giuridico di fare)*”.

Offesa, quindi, quale evento giuridico, a rappresentare così la conseguenza, la lesione giuridica³ di diritto dell'agire e non l'agire offesa, ma pur sempre generata da comportamento, di rilevanza giuridica, non giustificato; e ancora offesa quale lesione giuridica del diritto, momento statico, risultato (ipotetico, il pericolo) del comportamento. Offesa quindi, quale comportamento, cui agire impedibilità.

³ A proposito della corrispondenza del termine offesa con quello di lesione giuridica si legga V. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, cit., p. 383.

