

Francesco Diamanti

---

**IL DIRITTO INCERTO.  
LEGITTIMA DIFESA E CONFLITTO  
DI BENI GIURIDICI**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

IL DIRITTO INCERTO.  
LEGITTIMA DIFESA E CONFLITTO DI BENI GIURIDICI

*Abstract*

La legittima difesa è, oggi come ieri, la scriminante maggiormente sottoposta a continui *stress* mediatici protesi a dilatare il perimetro di liceità disegnato dal nostro art. 52 c.p. Tra questi parametri, quello più colpito è senza dubbio la “proporzionalità” della difesa. L’indagine comparata presente all’interno del testo (Germania e Stati Uniti) consente di comprendere che la legittima difesa, così come impostata nel Codice Rocco del 1930, non necessita di alcuna “aggiunta”. Ciò che serve è un cambio di prospettiva, una modifica “di fondo” che deve necessariamente partire dalla comprensione di ciò che la legittima difesa è (un *diritto incerto*), per poi arrivare a considerare le ragioni di chi, rassegnato, ci chiede « ... e voi cosa avreste fatto? » ». Ebbene sì, forse molti di noi avrebbero reagito “troppo”, “oltre i limiti”, finendo per essere puniti per un eccesso di difesa caratterizzato da una colpa lieve fisiologica, non patologica, nelle reazioni mosse dall’assoluta necessità. .

*An Uncertain Right.  
Self-Defense and Conflict of Legal Interests*

*Abstract*

*Self-defense has been and still is the one justifying cause that, more than any other, the media consistently focus on in an attempt to bending the boundaries of the notion of lawfulness as defined in article 52 of the Italian criminal code. Among these parameters, the one that is most affected is undoubtedly the “proportionality” of defense. The comparative investigation discussed herein (Germany and U.S.A.) shows that self-defense, as it was approached in the Code of 1930, does not require any “addition”. What is needed is a change in perspective, a “background” change that must necessarily start from a thorough understanding of what legitimate defense really is (i.e. an “uncertain right”), to finally consider the position of those resigned subjects who ask us “... what would you have done?”. Well, perhaps many of us would have “over-reacted” or would have gone “beyond the limits”, ending up being punished for excessive defense characterized by a mild physiological, not pathological, negligence in the reactions triggered by absolute necessity.*

SOMMARIO: 1. La legittima difesa come *problema costante e comune*. Un'anticipazione "per punti" della ricerca. — 2. Introduzione al problema: non tutte le scriminanti si atteggiavano come elementi negativi della fattispecie. — 3. Diritti/doveri certi vs. diritti/doveri incerti. — 4. La legittima difesa come *diritto incerto*: essenzialità del processo e rifiuto delle presunzioni. — 5. « Est modus in rebus ». Il valore della proporzionalità nella struttura di una difesa legittima. — 6. (*segue*) L'art. 2 CEDU. Riflessioni telegrafiche. — 7. Brevi cenni sulla riforma italiana del 2006: quando la *norma* salva la *disposizione*. — 8. Il modello tedesco e il limite della rilevanza dell'aggressione. — 9. Il modello anglosassone e il *Reasonable-belief Standard*. — 10. « ... E voi cosa avreste fatto? ». Verso l'art. 55 c.p.: l'eccesso inizia con la colpa grave. — 11. Una breve riflessione finale.

1. *La legittima difesa come problema costante e comune. Un'anticipazione "per punti" della ricerca.* — 1.1. La legittima difesa è un istituto giuridico che si propone di risolvere problemi concernenti la collisione reciproca di due o più interessi generatasi in seguito a un'aggressione ingiusta (1).

---

(1) Inseriamo qui e nella nota seguente, in ordine alfabetico, gli scritti citati nel presente contributo: AA. VV., *Oxford Dictionary of law*, New York, 2006; B. ALIMENA, *Diritto penale*, v. I, Napoli, 1912; R. ALTAVILLA, voce *Legittima difesa*, in *Nov. Dig. It.*, V, Torino, 1960, 61 ss.; A. ASHWORTH, *Principles of Criminal law*, VI ed., Oxford, 2009; M. BARBERIS, *Legittima difesa e bilanciamenti*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, A. Bernardi-P. Baldassarre-A. Pugiotto (a cura di), Milano, 2008; D.B. BARROS, *Home as Legal Concept*, in 46, *Santa Clara L. Rev.*, 255, 2006; G. BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1949; E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, I ed., 1906 (edizione del 1961); L. BIN, *La prima sentenza "post-Taricco" della Cassazione*, in *Arch. pen.*, I, 2016, 1 ss.; W.R. BUCKLEY-C.J. OKRENT, *Torts and Personal injury law*, III ed., Thomson, 2004; A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. « sproporzionata » o « allargata »): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, IV, 434 ss.; ID., *Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto. Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, E. Dolcini (a cura di), Milano, 2006, 1377 ss.; ID., *Il reato omissivo proprio*, v. I, Padova, 1988; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, F. Bricola-M. Nobili (a cura di), Bologna, 1993, 200; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009; G.J. CHIN, *Unjustified: The Practical Irrelevance of the Justification/Excuse Distinction*, in *Arizona Legal Studies*, 09-2, 2009; G. DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, Berlin, 1935; L.J. DE ASÚA, *La teoria jurídica del delito*, Madrid, 1931; ID., *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, VII volumi; DE HULLU-VEDT-FOGLIA, *Legittima difesa, Olanda*, in AA.VV., *Casi di diritto penale comparato*, Pradel-Cadoppi (a cura di), Padova, 2005, 64 ss.; A. DE MARSICO, *Diritto penale. Lezioni universitarie*, Napoli, 1935; G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, v. I, II ed., Torino, 2012; ID., *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *questa Rivista*, III, 1998, 773 ss.; E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 431 ss.; M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *questa Rivista*, 2, 2016, 698; ID., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, 63 ss.; ID., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991; ID., *Il posto*

Si tratta di uno dei criteri adottati dai sistemi giuridici di tutto il mondo per separare il *lecito* dall'*illecito*, un metodo per riconoscere il “diritto di reagire contro un’aggressione ingiusta” (2). Possiamo affermare

---

delle scriminanti nel diritto penale moderno, in AA.VV., *Il diritto penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali*, M. Donini-R. Orlandi (a cura di), Bologna, 2010; ID., *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite al diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2016, 555 ss.; ID., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *questa Rivista*, 2001, 27 ss.; J. DRESSLER, *Understanding Criminal law*, VI ed., 2016; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, E. Vitale (a cura di), Roma-Bari, 2001; G. FIORETTI, *Su la legittima difesa. Studio di criminologia*, Torino, 1880; G. FLETCHER, *Basic concept of criminal law*, Oxford, 1998; ID., *Dogmas of the Model Penal Code*, in *Buffalo CrimLR*, v. 2, 1998 (3), 3 ss.; ID., *Rethinking Criminal Law*, 1978; ID., *Eccesso di difesa*, Milano, 1995; FRANK R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907; G. FORTE, *I nuovi confini della legittima difesa*, in *Cass. pen.*, II, 2006, 3066 ss.; G. FREUND, *Strafrecht, A.T., Personale Straftatlehre*, Berlin, 1998; H. FRISTER, *Die Notwehr im System der Notrechte*, in *GA* 1988, 291 ss.; M. GALLO, *Appunti di diritto penale. L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1963; ID., *La piccola frase di Mortara*, Torino, 2014; A. GEYER, *Die lehre von der Notwehr. Eine strafrechtliche Abhandlung*, Jena, 1857; L. GRANATA, *L'omicidio nel diritto penale*, Roma, 1949; C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961; P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Ridola C. (a cura di), Roma, 1993; G. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995; G. JAKOBS, *Strafrecht AT*, II ed., Berlin, 1991; M. JEFFERSON, *Criminal Law*, X ed., 2011; P. JULIÁN PEREDA, *Covarrubias penalista*, Barcellona, 1959; ARM. KAUFMANN, *Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, JZ, 1954, 653 ss.; R.L. LERNER, *The Worldwide Popular Revolt Against Proportionality in Self Defense*, in *2 Econ&Pol'y*, 2006, reperibile on-line su [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=961468](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=961468); F. LEVERICK, *Killing in Self-Defence*, Oxford, 2006.

(2) (continua dalla nota precedente) C. LEVITA, *Das recht von der Notwehr. Eine strafrechtliche Abhandlung*, Gießen, 1856; M. MAIWALD, *La legittima difesa. Germania*, in *Casi di diritto penale comparato*, Pradel-A. Cadoppi (a cura di) Milano, 2005, 58 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, IV ed., Milano, 2015; G. MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 130 ss.; ID., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico criminali*, in *questa Rivista*, 1983, 1190 ss.; K. MARXEN, *Die “sozialethischen” Grenzen der Notwehr*, Frankfurt, 1979; R. MAURACH-H. ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Wolfenbüttel-Hannover, 1948; A. MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889; E. MEZGER, *Deutsches Strafrecht. Ein Leitaden*, 1936; A. MONTENBRUCK, *Thesen zur Notwehr*, Heidelberg, 1983; U. NEUMANN, *L'influsso di Welzel nella dottrina penalistica e nella giurisprudenza agli inizi della prima repubblica federale*, in AA.VV., *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, cit., 217 ss.; T. PADOVANI, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva*, in *questa Rivista*, 1983, 532 ss.; F. PALAZZO, *La riforma dell'art. 52 c.p.: aggiornamento o trasfigurazione della legittima difesa?*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso multidisciplinare*, Bernardi-Pastore-Pugiotto (a cura di), Milano, 2008, 53 ss.; O. PALERMO, *La legittima difesa: una revisión normativista*, Barcellona, 2006; C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media)*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 289 ss.; M. PAWLICK, *Der rechtfertigende Defensivnotstand*, Jura, 2002; V. PLANTAMURA, *L'omicidio per legittima difesa (I parte)*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 3 17, (II parte, cit., 2015); D. PULITANÒ, *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009; P. ROBINSON, *In Defense of the Model Penal Code: a Reply to professor G. Fletcher*, in *Buffalo CrimLR*, 2, 1998, 25 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, v. I, III ed., Milano, 2004; S. ROSSI, *Modifica all'art. 52 del codice penale in materia di diritto*

senza timore di smentita che non vi è ordinamento giuridico privo di una disciplina sulla legittima difesa, così come non vi è letteratura penalistica senza un dibattito aperto sul tema. A prescindere dal nome con cui la troviamo citata — *Notwehr, legítima defensa, self defence, etc.* — la difesa legittima accompagna da sempre l'osservatore all'interno del dibattito sullo spazio di libertà concesso dallo Stato al privato cittadino per il respingimento di aggressioni ingiuste a beni giuridici.

1.2.. La discussione teorica si ramifica in numerosissimi *macro*-problemi di ordine generale — fondamento, collocazione sistematica, legittimità della difesa contro soggetti non colpevoli per vari motivi, rilevanza del putativo, eccesso, *etc.* — e *micro*-dilemmi relativi alla dilatazione massima dei requisiti specifici fondamentali sia per il cittadino che deve difendersi, sia per il giudicante alle prese con la valutazione della reazione.

1.3. Tre sono le caratteristiche dell'azione difensiva maggiormente condivise dai principali sistemi giuridici del mondo: *immediatezza, necessità e proporzionalità.*

Come ha ricordato magistralmente uno studioso della legittima difesa fra i più importanti penalisti della letteratura anglosassone, « ... *i requisiti di imminenza, necessità e proporzionalità espressi in termini diversi nelle diverse lingue si trovano praticamente in ogni ordinamento giuridico [...] eppure questi elementi strutturali di base rendono conto solo del linguaggio*

---

*all'autotutela in un privato domicilio*, in *Quaderni costituzionali*, 2007; C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Moccia S. (a cura di), Napoli, 1996; ID., *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1959; ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1986; ID., *Strafrecht, AT, Grundlagen. Aufbau der Verbrechenslehre*, III ed., München, 1997; ID., *Strafrecht, AT., Band I, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, IV ed., München, 2006; F. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin, 1930; E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. AT*, I ed., Tübingen, 1970 - II ed., Tübingen, 1975; ID., *Über die Wertstruktur der Notwehr*, in *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, 185 ss.; D. SICILIANO, *Das Leben des fliehenden Diebes: Ein strafrechtliches Politikum*, I ed., Frankfurt am Main, 2002, II ed., Frankfurt am Main, 2013; A. SPENA, *Diritti e giustificazioni come cause di esclusione dell'illecito penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, v. I, Torino, 2011, 513 ss.; G. STRATENWERTH-L. KUHLEN, *Strafrecht AT*, VI ed., 2011; A. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Torino, 2003; A.S. TRECHSEL, *Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention im Strafrecht*, in *ZStW*, 1989, 819 ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *questa Rivista* 2007, 42 ss.; ID., *Spunti per un "progetto alternativo" di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 2001 ss.; ID., *Sulla «nuova» legittima difesa*, in *questa Rivista*, 2006, 189 ss.; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, De Gruyter Lehrbuch, 1965; ID., *Derecho penal. Parte General*, trad. di Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, 1956; P. WESTEN, *An attitudinal Theory of Excuse*, in *Law&Phil*, 25, 2006; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Milano, 1992.

*superficiale del diritto. Sotto la superficie si agitano forze morali e ideologiche in conflitto che guidano l'interpretazione del diritto in particolari direzioni. Possiamo essere tutti d'accordo sui termini coi quali discutiamo della legittima difesa, ma ci troviamo divisi per quel che riguarda la nostra fedeltà a teorie che interpretano la norma ora estensivamente, ora restrittivamente (3) ».*

1.4. Inizieremo questa ricerca concentrandoci sul perché non ogni scriminante si atteggia come elemento negativo di fattispecie per poi passare alla suddivisione delle cause di giustificazione in diritti/doveri *certi* e *incerti*, specificando le ragioni che impongono la collocazione della legittima difesa in quest'ultima categoria.

1.5. Arriveremo poi all'interno del dibattito italiano sul requisito della proporzionalità tra offesa e difesa, con specifico riferimento alla collisione tra *vita* e *patrimonio*, confrontando la nostra impostazione con quella tedesca e anglosassone.

La breve indagine comparata risulterà essenziale per afferrare il significato della pluralità delle soluzioni capaci d'interagire con gli elementi liceizzanti della legittima difesa e, in alcuni casi, di narcotizzarli al fine di espandere, in vario modo e in diversa misura, lo spazio di manovra del privato in questi casi di collisioni giuridiche imposte dalla necessità.

1.6. L'ultima parte del presente contributo sarà dedicata a una breve di due progetti di legge presentati in Parlamento — il d.d.l. Molteni e la *contro*-proposta del Partito Democratico —, utile per ipotizzare una soluzione alternativa concernente la modifica dell'art. 55 c.p. it.

Per concretizzare nel migliore dei modi quest'ultimo passaggio occorrerà analizzare brevemente i tratti caratteristici della disciplina della legittima difesa, quindi anche gli art.li 55 e 59 c.p., per poi fornire le ragioni che depongono a favore di una restrizione dell'eccesso ai soli casi di *colpa grave*. Sugeriremo così al lettore solo un'idea su cui riflettere, non certo una soluzione definitiva. Del resto, per una trattazione completa dell'art. 55 c.p. occorrerebbero spazi di cui, almeno in questa sede, non disponiamo.

2. *Introduzione al problema: non tutte le scriminanti si atteggiano come elementi negativi della fattispecie.* — 2.1. La legittima difesa è una *scriminante* (4) *codificata, esterna al tipo*, trattata dalla tripartizione (5) e

---

(3) G. FLETCHER, *Eccesso di difesa*, cit., 39.

(4) Esisteva in passato una posizione dogmatica contraria — qui naturalmente non condivisa perché assai poco equilibrata, oltre che (a nostro parere) tecnicamente scorretta — che la intendeva come una semplice causa di esclusione della colpevolezza. Eccezion fatta per alcuni lavori ben più risalenti, il dibattito giuridico più acceso tra sostenitori della legittima difesa come scusante e come scriminante si ritrova nella Germania dell'Ottocento [cfr. C.

dalla quadripartizione (6) del reato nel capitolo dell'antigiuridicità e dalla bipartizione moderna (7) — quella da noi seguita — all'interno dell'*illicito*.

L'esposizione di queste tre impostazioni, sebbene fondamentale sotto un profilo di ricostruzione dogmatica, fuoriesce dall'ambito della nostra ricerca.

Un solo passaggio non risulta *off-topic*: il loro confronto con alcuni riflessi della vecchia dottrina degli *elementi negativi del tipo* (8).

La teorica delle scriminanti come elementi negativi del tipo è un'intuizione che nasce Oltralpe da un'esigenza pratica comprensibile — trasformare l'errore sulle cause di giustificazione, non previsto dal Codice penale tedesco, in un errore sugli elementi del tipo —, ma non può a nostro avviso essere accolta appieno (9).

Essa, beninteso, coglie un'evidenza non di poco conto quando rileva che *alcune scriminanti si atteggiavano effettivamente come elementi negativi del tipo capaci di elidere quest'ultimo sin dall'inizio*.

---

LEVITA, *Das recht*, cit., e A. GEYER, *Die Lehre*, cit]. In Italia, anche se dalla dottrina successiva il dibattito è stato praticamente dimenticato, numerosi autori si sono confrontati sul punto, per tutti, v. la ricostruzione non solo italiana di R. ALTAVILLA, voce *Legittima difesa*, cit., 620 ss. Per una critica classica tutta italiana alla legittima difesa scusante, sostenuta tra gli altri tedeschi proprio da Geyer, v. F. CARRARA, *Programma*, cit., 200 (spec. nota 1); un ottimo riepilogo del dibattito lo si trova anche in G. FIORETTI, *Su la legittima difesa*, cit., 46 ss.].

(5) Come noto, la scomposizione *tripartita classica* nasce così come la conosciamo oggi in Germania dalla produzione scientifica di Ernst Beling (E. BELING, *Die Lehre*, cit., *passim*, sull'antigiuridicità obiettiva, 144 ss.), ma nel segno degli studi di R. Jhering e della concezione sanzionatoria del diritto penale di Karl Binding (v. il preciso riassunto presente in G. DE VERO, *Corso*, cit., 406 ss.), per poi essere esportata e approfondita in Italia con l'opera di DELITALA G., *Il fatto*, cit., *passim* e in Spagna con il lavoro di L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría*, cit., *passim*.

(6) L'antigiuridicità rappresenta un elemento autonomo anche nella teoria *quadripartita*. Tra i pochissimi, v. G. BATTAGLINI, *Diritto penale*, cit., 115 ss. « ... così la punibilità viene ad assumere il carattere di elemento a sé del reato, da aggiungersi al fatto tipico e alla colpa » (cit., 122) e poi, negli ultimi anni, v. G. MARINUCCI G. - E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 403 ss. La punibilità come “*valutazione dell'opportunità di applicare la penale all'autore di un fatto antigiuridico e colpevole*”.

(7) Tra gli essenziali, v. M. DONINI, *Illicito e colpevolezza*, cit., *passim*; ID., *Teoria del reato*, cit., *passim*. Sulle grandi difficoltà della categoria nei giorni nostri rimandiamo, per tutti, a ID., *Il posto*, cit., *passim*.

(8) Per l'evoluzione della letteratura tedesca, tra gli altri, v. MERKEL, *Lehrbuch*, cit., 82 ss.; R. FRANK, *Über den Aufbau*, cit., 16 ss.; ARM. KAUFMANN, *Zur Lehre*, cit., 653 ss. Tra i fondamentali per la dottrina italiana, invece, v. M. GALLO, *Appunti*, vol. II, part. I, cit., 184; C.F. GROSSO, *L'errore*, cit., 61 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 103; sugli elementi negativi della “*condotta illecita*”, v. A. PAGLIARO, *Il fatto*, cit., 142 ss. In tema di scriminante putativa ed elementi negativi del tipo, v., per tutti, l'indagine critica di G. DE VERO, *Le scriminanti*, cit., 818 ss.

(9) Sui pregi e sui difetti dogmatici di tale dottrina, così come sulle problematiche legate alla sua trasposizione nel sistema positivo italiano, non è possibile soffermarsi in questa sede.

Tuttavia, osservando bene la realtà ci si accorge che le cause di giustificazione non si comportano tutte alla medesima maniera: *le scriminanti rifiutano raggruppamenti sistematici unitari in ragione della loro diversità strutturale e, soprattutto, della differenza dei loro “oggetti”*.

In altri termini, il punto sta nel “valore” che il fatto tipico assume nell’illecito. Raggruppando le varie scriminanti sotto l’etichetta di “elementi negativi del tipo” si corre il rischio di perdere di vista un dato fondamentale: l’oggetto della valutazione che effettua la scriminante vera, quella per noi da valutare obbligatoriamente *dopo* il fatto tipico, è un avvenimento offensivo tipico di grande interesse per il diritto penale che non scompare (o diviene normale) in presenza di elementi negativi.

A ben vedere, nella tripartizione, nella quadripartizione e nella bipartizione moderna, il fatto (per noi *oggettivamente* e *soggettivamente*) tipico deve rimanere cronologicamente e sistematicamente separato dal giudizio sulle singole cause di giustificazione. Questa separazione sistematico-cronologica ci comunica che le scriminanti, almeno quelle mosse dalla necessità, agiscono *tutte* su fatti di grande interesse per il diritto penale: in questi casi il *fatto* c’è, è offensivo e solo eventualmente liceizzato.

Nella teorica degli elementi negativi del tipo, invece, le cause di giustificazione sono tutte interne al tipo stesso in qualità di elementi negativi in presenza dei quali il fatto non raggiunge la tipicità. Qualsiasi valutazione d’illiceità rischia così di polverizzare, in ogni caso, l’esistenza stessa del suo *oggetto* (il fatto tipico offensivo) trasformandolo in un “nulla” penalistico.

Come vedremo — qui un altro passaggio fondamentale — l’atteggiarsi a elemento negativo del tipo non è proprio di ogni causa di giustificazione, ma solo di alcune, di quelle più vicine ai *diritti* o ai *doveri certi*, a quelli *inequivocabili*.

Da ultimo, per stabilire se una causa di giustificazione individua un diritto/dovere certo o incerto, il più delle volte occorre partire dal singolo caso (v. oltre § 3.1.).

2.2. Se riconosciamo e valorizziamo l’esistenza di un fatto offensivo a monte della scriminante non possiamo concludere che nella legittima difesa “... *there is no actus reus*” (10). Se riconosciamo l’esistenza di un “fatto tipico offensivo” capiamo subito che serve una strutturazione precisa di elementi liceizzanti interni alla scriminante. Al contrario, svalutando l’importanza di quel *fatto* — es: se si uccide per difesa non si commette un omicidio (!) — si accettano con maggiore tranquillità dilatazioni indebite degli spazi di manovra del privato; in altri termini, è più semplice legitti-

---

(10) M. JEFFERSON, *Criminal Law*, cit., 350.

mare l'attivazione di condotte difensive anche *al di là* di alcuni limiti storico-culturali irrinunciabili, essenzialmente “giusti”.

Individuando un fatto (per noi *obiettivamente* e *soggettivamente*) tipico e offensivo come oggetto del giudizio di liceità in materia di legittima difesa riusciamo a comprendere subito l'essenzialità degli elementi complessi in presenza dei quali il fatto tipico viene considerato lecito *ex post* (11).

La presenza di una difesa “legittima” riesce a elidere l'illiceità dell'offesa, non la sua esistenza (12). Questo è il punto.

3. *Diritti/doveri certi vs. diritti/doveri incerti.* — 3.1. La legittima difesa è un diritto, ma i diritti, così come i doveri, non si atteggiano tutti allo stesso modo. Esistono almeno *diritti/doveri certi che si limitano a registrare fatti* ab origine *leciti e quindi indifferenti per il diritto penale* e *diritti/doveri incerti che scriminano offese (altrimenti illecite) evidenti e solo dopo aver effettuato gli opportuni accertamenti processuali.*

*Eccezion fatta per alcune cause di giustificazione che si atteggiano sempre come diritti/doveri incerti (es: artt. 52-54 c.p.), per tutte le altre il vaglio non può che rimanere casistico: alcuni saranno diritti/doveri certi o incerti a seconda della situazione specifica (es: art. 50), altri ancora si atteggeranno spesso solo come diritti/doveri certi (es: art. 51 c.p.), e così oltre.*

3.1.1. Quando alcuni autori suddividono (giustamente) tra “*diritti*”, art. 51 c.p., e “*giustificazioni*”, artt. 52-54 c.p., sottolineandone una diversità genetica, di disciplina, e tralasciano «...*intenzionalmente gli istituti dell'adempimento di un dovere e del consenso dell'offeso*», in quanto rientranti in astratto in entrambe le categorie (13), individuano, almeno a nostro avviso, proprio alcune sfaccettature di questa differenza di fondo: *diritto/dovere certo* e *diritto/dovere incerto*.

3.1.2. Certuni diritti o doveri sono effettivamente capaci di smontare la tipicità del fatto sin dall'inizio (14), altri obbligherebbero all'utilizzo del registro degli atti non costituenti notizia di reato (Modello 45), altri ancora del registro delle notizie di reato a carico di persone note (Modello 21), e così oltre.

L'individuazione del diritto/dovere certo dipende sia dal numero e dalla qualità degli elementi liceizzanti che compongono la causa di esclusione dell'illiceità — in genere, più dettagliata e priva di presunzioni risulta

---

(11) In questo senso — l'intervento di una difesa crea comunque un'offesa, sebbene poi lecita — per la dottrina statunitense, v. G. FLETCHER, *Eccesso*, cit., 38.

(12) Per questo concetto, v. anche M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 534.

(13) A. SPENA, *Diritti e giustificazioni*, cit., 318 (spec. nota 7).

(14) V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 343 ss.

la struttura della scriminante meno essa riesce ad atteggiarsi come elemento negativo del tipo: un esempio lampante è appunto la *legittima difesa* — sia da profili meramente situazionali.

3.1.3. Esiste, a nostro parere, una regola generale: *le reazioni offensive concretizzatesi in situazioni di necessità, quelle che Domenico Pulitanò chiama “reazioni giustificate in situazioni di necessità”* (15) (*legittima difesa, stato di necessità e uso legittimo delle armi*), *non sono mai, e questo lo aggiungiamo noi, diritti/doveri certi.*

L'esercizio di un diritto e l'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), così come il consenso (art. 50 c.p.), invece, possono in qualche occasione concretizzarsi come diritti incerti e in altre come diritti certi, ma ciò è ovvio perché il loro oggetto può essere un fatto tipico e offensivo, la cui liceità necessita inevitabilmente di accertamenti processuali, come può non esserlo.

Nei diritti/doveri *incerti*, dunque soprattutto quelli *obbligatoriamente incerti* (*legittima difesa, stato di necessità e uso legittimo delle armi*), è la necessità a richiedere al legislatore di riconoscere l'esistenza della scriminante, in tutti gli altri casi è una questione di “coerenza del sistema”.

Proviamo a semplificare quanto detto finora con qualche esempio: il barbiere che spunta la barba al cliente non commette violenza privata perché il fatto *nasce tecnicamente atipico*; in quelle situazioni specifiche, il consenso si atteggia da vero elemento negativo della fattispecie, da “giustificazione immediata”, da *condizione di assoluta non tipicità*. Così come il pubblico ufficiale che esegue un arresto (palesamente legittimo), magari a seguito di un omicidio o di una strage appena avvenuta, sta adempiendo a un dovere certo e indiscutibile. Del resto, chi azionerebbe mai un procedimento contro il barbiere o contro il pubblico ufficiale in questi casi?

Esistono poi situazioni differenti, contrassegnate dalla presenza di diritti/doveri controversi, di conflitti aspri da risolvere, quasi sempre qualificate dalla presenza di un *fatto* che rimane oggettivamente e soggettivamente *tipico e offensivo* (16) anche se condotta ed evento vengono entrambi consentiti.

In queste situazioni — che contemplano *sicuramente* gli art.li 52, 53 e 54 c.p., ma che possono ricomprendere, ad esempio, anche alcune situazioni specifiche di consenso dell'avente diritto — non è pensabile parlare di *atipicità* del fatto, di elemento negativo del tipo, di liceità immediata: chi uccide un uomo, lo sfregia, lo lesiona in vario modo, lo percuote, lo sequestra, *etc.*, per necessità, per consenso o per difesa, realizza il profilo oggettivo del tipo, ma anche quello soggettivo: l'azione deve essere diretta a uccidere, lesionare, sequestrare, *etc.*

---

(15) D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., III ed., 279.

(16) Sul punto, diffusamente, M. DONINI, *Il posto*, cit., 261, 262 e *passim*.

Qui, rispetto a fatti davvero illeciti, cambia la causa; ma questa non basta per tramutare qualsiasi reazione tipica in un'azione buona, in un diritto sicuro o in un dovere pacifico; non si tratta di condotte inoffensive davvero atipiche dall'inizio. La reazione, se di un certo tipo e di una certa qualità, tutt'al più sarà considerata *giusta* (17), ma solo dopo un procedimento.

3.1.4. Laddove i *diritti/doveri incerti* dovessero essere considerati come elementi capaci di polverizzare il fatto si ritornerebbe ai tempi in cui Dahm insegnava ai suoi studenti universitari che « *il boia taglia la testa al reo ma non uccide un uomo* » o « *il medico interrompe la gravidanza per salvare la madre, ma non uccide il feto* » (18).

Dall'elidere subito il "fatto" a fronte di *diritti/doveri incerti* a considerare quest'ultimo (il *fatto*) un'astrazione inutile (19) il passo è breve. Il contenuto di garanzia del *fatto tipico post-welzeliano* deve rimanere centrale, non si tratta di un'astrazione concettuale inutile.

Così come centrale deve rimanere la suddivisione tra diritto *certo*, capace di atteggiarsi come elemento negativo del tipo, e *incerto*, ovvero privo di tale abilità.

Del resto, il boia, anche se istituzionalizzato, *uccide* il condannato; l'aborto, anche se consentito, *provoca la morte* del feto; la difesa letale, anche se legittima, *uccide* un essere umano (!).

Non ogni condotta mossa da ovvie finalità di difesa necessaria, nemmeno se depurata da qualsiasi motivazione ulteriore (paura, ira, *etc.*), nasce subito lecita o indifferente: nonostante alcune perniciose opinioni d'illustri autori tedeschi contemporanei (20), oggi abbandonate, aveva ragione Welzel quando scriveva che « ... *uccidere un uomo in legittima difesa non è come uccidere un moscerino* » (21).

---

(17) « *Giustificare un'azione significa mostrare le caratteristiche che tutto sommato (ossia: per quanto essa possa essere lesiva di interessi rilevanti) la rendono meritevole di venire realizzata [...] La giustificazione, pertanto, rende sostanzialmente (e penalmente) giusta la condotta* » COSÌ A. SPENA, *Diritti e giustificazioni*, cit., 327.

(18) G. DAHM, *Verbrechen*, cit., 32 ss. (spec. 33 e 41). Gli esempi sono riportati anche in G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., 1190 ss. (spec. 1199).

(19) G. DAHM, *Verbrechen*, cit., 29.

(20) C. ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., 181 « ... il tipo "uccisione di un uomo" è un prodotto giuridico artificiale senza un significato proprio ».

(21) Cfr. H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., 81; P. JULIÁN PEREDA, *Covarrubias*, cit., 499 e 500. Seguendo un'impostazione diretta a sottolineare che il fatto giustificato è conforme al diritto non meno di quello atipico, v. G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 6/57; G. STRATENWERTH-L. KUHLEN, *Strafrecht*, cit., 2011, 7/14. Le critiche, tuttavia, non colgono nel segno per via di numerose incongruenze qui non integralmente riassumibili; ad ogni modo, l'uccisione di un moscerino non gode di criteri/indici predisposti per individuare una condotta davvero scriminabile. Stando al codice penale e al netto di valutazioni etico-animaliste, non vi è nessuna ragione (giuridica o di altro genere) per non uccidere un moscerino; per non

3.1.5. Con la precisazione che si tratta di una definizione “in progress”, proviamo ora a riassumere quanto detto e a delineare la categoria astratta del diritto — o del dovere — incerto. *Questa categoria individua una scriminante: (a) il cui oggetto, ovvero ciò che s'intende liceizzare, è sempre un fatto oggettivamente e soggettivamente tipico e offensivo; (b) individuabile solamente con l'attivazione di un procedimento penale.* Tutti gli altri sono diritti certi, ma la distinzione non può che rimanere casistica.

4. *La legittima difesa come diritto incerto: essenzialità del processo e rifiuto delle presunzioni.* — 4.1. Le regole con le quali il legislatore italiano ha inteso strutturare la legittima difesa, questa « *tremenda* (ma indispensabile) *eccezione alla regola immanente della difesa sociale esercitata dallo Stato* » (22), sono, qualitativamente e quantitativamente, tra le migliori nel panorama positivo europeo.

4.1.1. Prima di proseguire oltre tentiamo di sfatare subito un primo mito pericoloso ormai troppo diffuso in alcuni ultimi disegni di legge sul tema (23): nessun sistema giuridico del mondo contemporaneo pretende il martirio davanti a pericoli per la vita (24) o per l'incolumità personale; tuttavia, la legittima difesa, in quanto *diritto* geneticamente *incerto*, necessita — sempre (!) — di accertamenti processuali.

È assai arduo, se non impossibile, preventivare con sicurezza l'esistenza dei requisiti che gli ordinamenti richiedono per consentire alla legittima difesa di liceizzare una condotta altrimenti offensiva. Servirà quasi sempre un processo penale che (*ex post*) valuti (*ex ante*, al momento della condotta) l'ammissibilità del gesto: *tipologia di azione, circostanze, lesione, conoscenza dell'aggressione, colpa impropria che eventualmente si sviluppa in un errore di valutazione, etc.*

Senza contare poi che, stando alle regole cristallizzate dal nostro Codice di procedura penale, la presenza di una scriminante o il mero dubbio — più o meno intenso, a seconda delle fasi del procedimento — sull'esistenza della stessa, impone alla polizia giudiziaria di non procedere con l'arresto in flagranza e al pubblico ministero di non disporre il fermo *ex art. 385 c.p.p.* (nemmeno nelle ipotesi di flagranza di reato *ex art. 384,*

---

uccidere un uomo invece sì, eccome. Che l'oggetto del reato sia un moscerino non è un argomento contro il suo annientamento. Il fatto che l'aggressore sia un essere umano è invece un argomento molto importante contro l'omicidio di un *reo* (anche) in legittima difesa [cfr. U. NEUMANN, *L'influsso di Welzel*, cit., 217 ss. (spec. 235)]. La differenza è radicale.

(22) Così, v. B. ALIMENA, *Diritto penale*, cit., 556 (la parentesi è nostra).

(23) Cfr. d.d.l. Molteni, reperibile su <http://www.camera.it/leg17/126?idDocumento=2892>.

(24) Ciò non avveniva nemmeno nei secoli scorsi. Per una ricostruzione storica delle opinioni dei principali penalisti sia del 1800 che del 1900 sul punto, v. J. DE ASÚA, *Tratado*, cit., 19 ss. (spec. 122 ss.).

comma 1, c.p.p.). Il giudice precedente, sempre in questi casi, non potrà emettere l'ordinanza motivata con cui solitamente dispone misure cautelari, non potrà rinviare a giudizio l'imputato *ex art. 425*, comma 1 c.p.p. e non potrà nemmeno condannare, ma solo assolvere *ex art. 530*, comma 3, c.p.p.

Pretendere che una *scriminante* possa, in alcuni casi, risultare completamente libera dal processo significa escludere alcuni dei suoi parametri fondamentali di liceità, come avviene all'interno della dottrina tedesca, o soggettivizzarli, come nei paesi anglosassoni, o inibirli mediante l'utilizzo di presunzioni invincibili.

4.2. Concentrando l'attenzione sulle *presunzioni* è possibile notare la loro tendenza a confondere i piani e ad attrarre la stessa scriminante all'interno di situazioni chiare, sicure, di "diritti/doveri pacifici" che consentono di svolgere le azioni più normali, quelle di tutti i giorni: giocare a palla, nuotare, mangiare una torta o guidare la bicicletta.

Le presunzioni intaccano le regole impostate dallo Stato al fine di concedere maggiori spazi alla libertà di reazione del singolo cittadino.

Seguendo una simile impostazione di fondo, agire in legittima difesa perché costretti da un'aggressione che si percepisce nei suoi elementi fondamentali liceizza il fatto, quindi alide il disvalore d'azione e quello d'evento diremmo noi, ma non lo rende del tutto normale, indifferente, o addirittura "buono". La legittima difesa — lo ripetiamo ancora una volta — interviene su di un "fatto" già oggettivamente e soggettivamente tipico e offensivo anche se poi riconosciuto lecito *ex post*; agisce su di un gesto che interessa il diritto penale (!), non sovrapponibile a un diritto certo capace di polverizzare, sin da subito, l'esistenza del tipo.

Il punto, anzi il *senso*, della suddivisione tra *diritto certo* e *diritto incerto* sta proprio qui.

5. « *Est modus in rebus* ». *Il valore della proporzionalità nella struttura di una difesa legittima.* — 5.1. La legittima difesa si propone di risolvere i casi di collisione giuridica. In altri termini, essa chiarisce le situazioni in cui uno o più beni giuridici debbono poter essere sacrificati per proteggerne altri sottoposti a un pericolo volontariamente (e ingiustamente) provocato. Ebbene, nelle collisioni in parola è la proporzionalità che consente di distinguere, sotto un profilo qualitativo, una difesa davvero legittima da una vendetta o da una punizione.

La proporzionalità, quale "*indicatore di qualità*" della legittima difesa, declina infatti tutti gli altri requisiti classici: l'assoluta necessità e l'immediatezza della reazione. Con questo criterio il diritto comunica al cittadino *come* reagire; con la necessità e l'immediatezza, invece, stabilisce *quando* e *in quali casi*.

Le disposizioni sulla legittima difesa che presentano elementi liceizzanti interni alla loro struttura (proporzionalità, immediatezza, *etc.*) preparano il cittadino ad *accettare il reato in alcuni casi*; i limiti summenzionati, primo fra tutti la proporzionalità, forniscono la giusta misura della reazione, comunicano che, in un certo sistema giuridico, l'illecito non è sempre impedibile da parte del privato. Il sacrificio deve essere equilibrato, altrimenti l'aggressione ingiusta deve avere la meglio (almeno nell'immediato).

Se l'unico modo che Tizio ha per salvare un costoso orologio da taschino è l'uccisione del ladro Caio con un colpo di fucile alla schiena — Caio non aggredisce fisicamente Tizio, non mette in pericolo (anche) un suo bene primario — egli deve accettare il furto e sperare che l'autorità, in un secondo momento, trovi il colpevole e lo obblighi a restituire la refurtiva. Questo, al contrario di ciò che si sarebbe portati a credere, fa parte della nostra cultura giuridica.

5.2. Senza dare avvio a indagini troppo articolate, è possibile affermare che la legittima difesa entra nella legislazione italiana di fine 1800 come un diritto caratterizzato da limiti piuttosto chiari in tema di proporzionalità della reazione rispetto all'aggressione.

Il Codice Zanardelli (1889), pur non esprimendo a chiare lettere il vincolo di proporzione come un requisito sostanziale di parte generale (art. 49, comma 2), riconosceva con lucidità le differenze qualitative che intercorrevano fra le difese attivate per proteggere beni personali fondamentali (come la vita, l'incolumità fisica, *etc.*) e quelle attivate per proteggere beni non fondamentali o comunque di minor qualità (patrimonio, *etc.*). L'art. 376 di quel Codice imponeva regole precise nei casi in cui la reazione difensiva avesse dovuto scagliarsi contro offese ingiuste ai danni di beni patrimoniali. In quelle casistiche specifiche ogni reazione contro i beni primari avrebbe potuto beneficiare della scriminante in presenza di una contestuale aggressione alla persona: nel dettaglio, solamente in presenza di *saccheggio, rapina, estorsione o ricatto*.

Inutile sottolineare il forte disvalore di questi illeciti: il saccheggio era inserito accanto alla guerra civile, alla devastazione e alla strage; la rapina (art. 406 ora art. 628 c.p.) e l'estorsione (artt. 407 e 409, ora art. 629 c.p.), dal canto loro, sono sempre state caratterizzate da offese contro gli *uomini* strumentali per la lesione o la messa in pericolo del *patrimonio*.

La disposizione sulla legittima difesa entra invece nel Codice del 1930 con l'elemento (questa volta esplicito) liceizzante della *proporzionalità*.

L'assoluta prevalenza della *persona* sulle *res* era quindi un dato parzialmente acquisito anche nel dibattito penalistico del XIX secolo:

prima e dopo (25) il Codice Zanardelli la condotta privata (anche letale) in difesa del patrimonio poteva concretizzarsi per la letteratura principale solo in caso di contestuale aggressione fisica.

Numerose e assai rilevanti erano poi le questioni etico-sociali che imponevano questo esito; come opportunamente evidenziava la letteratura dell'epoca (26), ogni idea contraria, quindi di possibile prevalenza astratta di un bene non fondamentale su uno fondamentale (del mero patrimonio sulla vita, ad esempio), era, è, e sempre sarà « ... *in antitesi con le vere esigenze del magistero punitivo* » (27).

5.3. L'idea di proporzionalità implica, a monte, quella del bilanciamento. Il punto, in altri termini, è che il giudizio di proporzionalità segue quello di bilanciamento (28).

Il problema della proporzionalità si presenta solo se c'è già stata, prima, un "scelta di bilanciamento"; ma questa scelta, almeno per quanto concerne le cause di giustificazione nel diritto penale, può darsi solo davanti a diritti o beni giuridici omogenei o, addirittura, solo se entrambi fondamentali o non fondamentali (29).

*Per valutare la proporzionalità tra due o più beni in collisione per legittima difesa serve una base di valutazione omogenea, serve un bilanciamento quantomeno possibile in astratto.*

Ebbene, non c'è ragione per considerare "giusto" l'omicidio diretto a salvare una qualsiasi somma di denaro o un qualsivoglia bene mobile. Nei casi-limite, quelli solitamente utilizzati per sostenere tesi opposte, il *focus* sul mero patrimonio è pretestuoso: se un furto semplice mette di per sé a repentaglio la sopravvivenza del proprietario, il pericolo per la vita assorbe quello per il patrimonio.

Un esempio: ipotizziamo che Tizio — un vecchio Tuareg col volto coperto dalla *Tagelmust* — tenti di rubare, nell'erronea convinzione che vi si trovino dei diamanti all'interno, le uniche due borracce di un giovane viandante perso nel bel mezzo del deserto del Sahara.

---

(25) Cfr. L. GRANATA, *L'omicidio*, cit., 116 ss. (spec. 117), l'A. così si esprime: « ...esso (il Codice Zanardelli) riteneva non punibile colui che avesse commesso il fatto per difendere i propri beni contro gli autori di una rapina, di una estorsione, di un ricatto o per necessità di respingere gli autori di una scalata, rottura o incendio di una casa o di altro edificio di abitazione o alle loro appartenenze, qualora ciò avvenisse di notte, ovvero qualora la casa o l'edificio di abitazione e le loro appartenenze fossero in luogo isolato e vi fosse fondato timore per la sicurezza personale di chi vi si trovava [...] ».

(26) Oltre a quelli già citati, v. L. GRANATA, *L'omicidio*, cit., 118-119; A. DE MARSICO, *Diritto penale*, cit., 174-175.

(27) L. GRANATA, *L'omicidio*, cit., 119.

(28) Questa idea risale a P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali*, cit., 93.

(29) M. BARBERIS, *Legittima difesa*, cit., 102.

L'eventuale reazione letale del viandante sarebbe certamente proporzionata, anche contro il "Tuareg in fuga", in ipotesi. Il pericolo rimarrebbe attuale e la reazione strettamente necessaria, ma i due termini del bilanciamento sarebbero comunque *vita-vita*, non *vita-patrimonio*.

L'offesa di un bene fondamentale (es.: la vita) si presenta ai nostri occhi come non bilanciabile per definizione con la protezione di diritti non fondamentali della Carta costituzionale (30) (es.: il mero patrimonio).

6. (segue) *L'art. 2 CEDU. Riflessioni telegrafiche.* — 6.1. Intendiamo ora esplorare brevemente anche ciò che dovrebbe, almeno in astratto e solo in una certa misura, *condizionare* sia il legislatore penale (art. 117 Cost.) che il giudice: la Corte EDU.

L'epoca attuale si presenta agli occhi dei più come l'implementazione continua di dibattiti multilivello sulla bontà delle decisioni legislative e giurisprudenziali con riferimento a diritti, principi costituzionali condizionanti e scale valoriali sovraordinate, i cui bilanciamenti penetrano nella disposizione (*Rechts-satz*) imponendosi nel suo sviluppo in norma (*Rechts-norm*) (31). La rigidità normativa cede sempre più spazio agli *elementi di flessibilità* che caratterizzano il nostro tempo.

6.2. Tant'è vero che nel rapporto con l'U.E. e con la CEDU i diritti non paiono nemmeno troppo influenzati dalla riserva di legge. Solo per le scelte di criminalizzazione, o di incremento della criminalizzazione da parte di organi giurisdizionali il suo rispetto, nazionale ed europeo, è (o era (32)) considerato un *must*.

Non lo è invece quando si tratta di ampliare gli spazi di libertà: cause di giustificazione, quasi scriminanti, o scriminanti non codificate, interventi manipolativi della Consulta in *bonam partem*, le disposizioni europeo-penalistiche favorevoli, *etc.*

I diritti entrano comunque (!), a prescindere dal giudizio dei legislatori nazionali.

6.3. Nello specifico, l'art. 2, comma 1, CEDU dispone che: "*Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sen-*

---

(30) Per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., *passim* (spec. 12-18 sul caso vita, diritto fondamentale, e patrimonio, diritto non fondamentale).

(31) Sulla differenza *post-gadameriana* tra *disposizione* e *norma*, primo ad utilizzare tale distinzione tra i penalisti, v. M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico*, cit., 27 ss.; poi in ID., *Disposizione e norma*, cit., 63 ss. (spec. 87 ss. e per l'accoglimento europeo, CGUE e Corte Edu, della distinzione, 92 ss.). La terminologia utilizzata oltre al § 7 deriva proprio da qui.

(32) Sul tema, tra gli altri scritti molto recenti, v. i rilievi critici presenti in L. BIN, *La prima sentenza "post-Taricco"*, cit., 1 ss.

tenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il delitto è punito dalla legge con tale pena.

*La morte non si considera cagionata in violazione di questo articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione".*

Su questo articolo, al netto degli argomenti « imbarazzanti » (33) proposti della dottrina tedesca dominante — li vedremo oltre — sono almeno due i principali giudizi “in contrasto” emersi nella letteratura italiana.

6.4. Secondo una prima lettura (34) l'articolo in questione, in particolare l'art. 2, comma 1, non si riferirebbe al rapporto letale tra privati cittadini, ma solamente tra *Stato/Autorità e cittadini*. Se così fosse, allora anche il secondo comma, specialmente la lett. (a), dovrebbe seguire questa linea ed escludere qualsiasi capacità di condizionamento sui contrasti tra privati, come appunto avviene nella legittima difesa. Se il primo comma si rivolgesse solo al rapporto Stato/cittadini e il secondo comma individuasse delle ipotesi eccezionali rispetto al primo, allora queste ultime mai potrebbero riferirsi ai rapporti tra privati perché « ... logica impone che un'eccezione non possa avere destinatari diversi e più ampi della regola » (35).

Pertanto non ci si troverebbe davanti solo ad una questione d'interpretazione sistematico-letterale, ma anche storico-logica: del resto, si è detto (36), la *voluntas legislatoris*, dato il periodo storico di riferimento — un momento in cui le stragi non erano commesse dai privati — era ben lontana dal prendere in considerazione la legittima difesa.

Non è tutto. Inserendo la disposizione « ...nel percorso di Atti internazionali, antecedenti e conseguenti, sui diritti umani, che si lumeggiano a vicenda [...] secondo il fenomeno che la dottrina denomina di *c.d. cross-fertilization* » (37), alcuni notano come, sia l'antecessore (art. 3 Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948) che il successore (art. 6 del c.d. Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966) non facciano alcun riferimento alla legittima difesa.

6.5. La seconda ipotesi, ben più seguita e che ci sentiamo di condi-

---

(33) Li definisce così, con ragione, F. VIGANÒ, *Spunti*, cit., 2001 ss. (spec. 2038 ss.).

(34) Cfr. V. PLANTAMURA, *L'omicidio*, cit., 25 ss. (spec. 26).

(35) *Ibidem*, 27.

(36) *Ibidem*, 27-28.

(37) *Ibidem*, 28.

vedere appieno, ritiene già l'art. 2, comma 1, CEDU perfettamente adattabile ai rapporti tra soli cittadini (38).

Il punto è assai chiaro e, almeno a nostro avviso, piuttosto semplice: *l'oggetto della protezione non può dipendere dal soggetto che la offende.*

L'art. 2 CEDU, sia nel primo che nel secondo comma, individua — così come la rubrica “*Right to life*” o “*Droit à la vie*” riesce a riassumere magistralmente — il diritto degli esseri umani alla vita (!). Si tratta di una disposizione che per *oggetto* (il bene fondamentale per eccellenza, la vita), *collocazione generale* (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) e *speciale* (Titolo I, art. 2), non può in alcun modo fornire protezioni parziali che dipendono dalla qualità del singolo che reagisce: privato cittadino o pubblico ufficiale che sia. Ogni riferimento alla tutela della vita da offese ingiuste (e indesiderate) è, per antonomasia, universale; almeno con riferimento alle fonti del pericolo e ai soggetti attivi.

Una Carta dei diritti dell'uomo al cui interno fosse lasciata volutamente scoperta la protezione della vita in casi tutt'altro che infrequenti (come la legittima difesa) non sarebbe una buona Carta dei diritti. Sostenere che un articolo come il 2, primo e secondo comma, CEDU non si riferisca (anche) ai casi di autotutela privata significa errare nella sua interpretazione: l'articolo in discussione è generalissimo; tanto da ricomprendere azioni non direttamente lesive per la vita, ma anche solo pericolose (39); tanto da concretizzarsi in un obbligo positivo di protezione (40), tanto da generare dubbi addirittura sull'esistenza di un diritto opposto, quello di morire.

A ben vedere, che nel 1950 non si pensasse all'autodifesa ma alla guerra rimane una verità solo parziale: il punto non era, e non è, tanto la fonte del pericolo, ma il suo oggetto. Nello specifico, non si guardava affatto né alla privata difesa né alla guerra, ma alla vita e all'incolumità fisica degli esseri umani: “*valori fondamentali delle società democratiche che formano il Consiglio d'Europa*” (41), straziati dai totalitarismi novecenteschi.

L'art. 2, comma 2, lett. a) ammette, come eccezione, il sacrificio di un essere umano per proteggere una “persona” da una “violenza” illegale. In tema di legittima difesa sarà quindi compatibile con la CEDU ogni ordinamento giuridico interno capace di valorizzare la proporzione tra difesa e

---

(38) F. VIGANÒ, *Diritto penale*, cit., 42 ss. (spec. 92).

(39) Corte dir. uomo, *Yotova c. Bulgaria*.

(40) Corte dir. uomo, *Kilic, c. Turchia*.

(41) Tra le altre, v. Corte dir. uomo 9 novembre 2006, *Luluyev c. Russia*: “*The Court reiterates that Article 2, which safeguards the right to life and sets out those circumstances in which deprivation of life may be justified, ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention, to which no derogation is permitted. Together with Article 3, it also enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe*”.

offesa; capace, in altri termini, di limitare le reazioni difensive dirette contro i diritti fondamentali dell'aggressore solo per proteggere i diritti, altrettanto primari, dell'agredito.

7. (segue) *Brevi cenni sulla riforma italiana del 2006: quando la norma salva la disposizione.* — 7.1. Sono già passati dieci anni da quanto il legislatore penale ha deciso d'intervenire con una modifica legislativa per inserire una "nuova ipotesi" di legittima difesa c.d. *domiciliare* (42).

Numerosi sono gli intellettuali che l'hanno commentata, non occorre pertanto riprendere gli estremi di un dibattito già ampiamente noto (43).

Solamente due profili si presentano come essenziali per il nostro discorso: i) la collisione tra la volontà del legislatore del 2006 e l'interpretazione della giurisprudenza ordinaria (v. § 7.1.1.); ii) l'incoerenza insita nella creazione di una disciplina *ad hoc* per le sole reazioni *all'interno del domicilio* (v. § 7.1.2.).

7.1.1. Almeno con riferimento alla seconda parte del nuovo articolo (44), è la *norma che salva la disposizione* (!) (45) richiedendo l'attualità di un doppio pericolo: per il *patrimonio* e per la *persona*.

Con ciò intendiamo dire che il merito di aver perseguito una lettura conforme alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (oltre che alla Costituzione della Repubblica) va anche questa volta agli interpreti (46), non al legislatore; il quale, non vi è dubbio, confidava più in un *revival* del pieno "diritto" di assassinare il ladro che non attenta alla vita di nessuno all'interno del domicilio, così come prescritto nell'Antico Testamento (*Esodo*, 22, 2-3). Il fine ultimo del legislatore del 2006 era quello di bilanciare in un certo modo e di ritenere l'esito del bilanciamento (in ogni caso) proporzionato,

---

(42) Lo *shock* collettivo che portò alla nascita della novella del 2006 — la legge 3 febbraio 2006, n. 59 (*“Modifica dell’art. 52 del codice penale in materia di diritto all’auto-tutela in un privato domicilio”*) — prese vita dal (tristemente) famoso “caso dei gioiellieri” di Milano. Invece, sull’insano rapporto *media/diritto penale* all’interno della nuova legittima difesa domiciliare, si v., tra i moltissimi, C.E. PALIERO, *La maschera*, cit., 289 ss.

(43) Per tutti, v. E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa*, cit., 431 ss.

(44) Come noto, la prima parte della disposizione è rimasta immutata. La riforma non ha toccato nemmeno la proporzione in quel frangente codicistico; essa, pertanto, rimane *la pietra angolare* dell’intero sistema. Così anche M. GALLO, *La piccola frase di Mortara*, cit., 105.

(45) Sulla distinzione tra disposizione e norma, v. M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., *passim*.

(46) La giurisprudenza sul tema è assai ampia. Tra le altre, v. Cass. pen., sez. I, 5 novembre 2014, n. 51070, in *Dir. giust.*, 2014, con nota di Perrotta; 25 febbraio 2014, n. 28802; 23 marzo 2011, n. 11610.

oltre che imporlo alla giurisprudenza ordinaria (47). *I giudicanti* — ne siamo profondamente convinti — *hanno sempre bilanciato e sempre bilanceranno a prescindere da dati positivi che reputano insensati o iniqui. Ma questo, almeno se contenuto in certi limiti, è fisiologico, perché un giudice che “pensa prima di applicare” è sempre meglio di un giudice che “applica e basta”: una presunzione legislativa impedisce a chi decide di “motivare col bilanciamento”, non di riflettere e di risolvere la questione sulle basi dello stesso. Se la presunzione è ingiusta egli troverà sicuramente altre argomentazioni, anche inattaccabili ai sensi del 606 c.p.p., e le costruirà a partire dal risultato che reputa “giusto” in base al compendio probatorio raccolto a processo, proscioglimento o condanna che sia.*

7.1.2. Vi è poi un altro concetto per noi fondamentale: *l’illecito perpetrato all’interno del domicilio non si presenta come più pericoloso rispetto a quello concretizzabile in numerosi altri luoghi (!)*. Con gli occhi della vittima che reagisce, esiste forse una qualche differenza oggettiva tra un reato in appartamento rispetto allo stesso reato concretizzato su un aereo di linea in quota? Su un peschereccio in alto mare? Su un’automobile in corsa?

Se vi sono delle differenze, se l’ordinamento deve prendere atto di alcune difficoltà, esse non dipendono dal luogo in cui l’aggressione avviene, ma dalla capacità dell’aggredito di reagire seguendo schemi *predeterminati* che non ammettono errori sulla gravità/pericolosità dell’aggressione ingiusta (v. oltre § 10), siano essi esecutivi o di giudizio.

7.2. Prima di passare all’analisi del panorama penalistico tedesco in tema di legittima difesa, un breve, ma altamente significativo, appunto di carattere generale: la nostra cultura giuridica e i nostri valori-base espressi in una Carta costituzionale *condizionante* (48) e in una Convenzione europea dei diritti, consentono di affrontare ogni discussione (filosofica, giuridica, sociologica, *etc.*) che sfiora i temi della vita e della dignità umana con la consapevolezza che questi ultimi non riconoscono un “qualcosa”, ma individuano un “qualcuno”.

8. (segue) *Il modello tedesco e il limite della rilevanza dell’aggressione.* — 8.1. Come noto, il vincolo della proporzione è assente nel diritto

---

(47) Tra i moltissimi i dottrina a riconosce esplicitamente questa finalità, peraltro inserita all’interno dei lavori parlamentari della legge stessa, v., tra i primi G. FORTE, *I nuovi confini*, cit., 3067 (spec. nota 67).

(48) Questo è il carattere della Costituzione italiana per noi più importante: la comparsa del *diritto illegittimo*, infatti, prende vita soprattutto dal carattere *condizionante* della Carta fondamentale, non esattamente dalla sua rigidità. Quest’ultima — in Italia assai più blanda che in molti altri Paesi — cristallizza una procedura aggravata (o impossibile) per la modifica della stessa; il primo, invece, costituisce qualcosa di fundamentalmente sostanziale nel suo genere: *nessun potere può essere considerato come totalmente libero nei contenuti e nel fine* [cfr. Corte cost., sent. n. 14 del 1964].

positivo tedesco: l'*StGB* non conosce questo elemento liceizzante al § 32; e non si tratta di un'applicazione pratica del saggio monito di Gustavo Zagrebelsky secondo il quale *le cose importanti non si scrivono* (49). Lì, a parte qualche timido correttivo, il diritto pare cedere (*quasi*) mai nei confronti dell'illecito (50).

Raramente l'agredito ha il dovere di fermarsi o di calibrare davvero la reazione difensiva.

8.2. Basta leggere le sconvolgenti posizioni assunte da Schmidhäuser nel 1970 in *Über die Wertstruktur der Notwehr* per rendersene conto. Secondo questo autore la necessità legittima l'uccisione (o la lesione grave) del ladro intento a sottrarre anche solo 10 centesimi (*10 Pfennigen*) (51). Immaginiamo un vagabondo seduto su un albero da frutto intento a mangiare una mela o ciliegie appena colte; ebbene, secondo questa logica scellerata il proprietario del fondo, dopo aver intimato con schiamazzi e minacce il malcapitato, potrebbe, se privo di alternative, uccidere il "ladro" (52).

Del resto — qui il punto centrale — l'impostazione di Schmidhäuser non parte dal valore astratto del bene messo in pericolo dall'aggressore, come non parte nemmeno dal valore dell'oggetto messo in pericolo dall'aggressore: ciò che conta è l'affermazione della validità empirica dell'ordinamento giuridico (53).

8.3. La principale letteratura tedesca del secondo Novecento non ha mai condiviso l'opinione di Schmidhäuser sulla legittima difesa (54). Numerosi pensatori, da Welzel (55) a Schaffstein (56) a Krey (57) fino a

---

(49) G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 3 « ... ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può mai essere posto, ma deve sempre essere presupposto ».

(50) Per una compatibilità — qui non condivisa — fra *legittima difesa in Germania* e art. 2 CEDU, si rimanda, per tutti, a C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 696 ss. Lo tratteremo oltre nel testo. *Contra*, per la dottrina inglese, v. A. ASHWORTH, *Principles of Criminal law*, cit., 114 ss. (spec. 115 « *However, Article 2 has no exception for killings in the prevention of any other non-violent crime* », 116, 117 e 118 e le citazioni alla nota 168). Vedi anche gli arresti della Corte di Strasburgo: *Andronicou e Constantinou v. Cyprus*, 1998, 25 EHRR 491, § 171; *Gül v. Turkey*, 2002, 34 EHRR 719, § 77; *Nachova v. Bulgaria*, 2006, 42 EHRR 933.

(51) E. SCHMIDHÄUSER, *AT*, cit., 2 ed., 9/91, 345.

(52) E. SCHMIDHÄUSER, *Über die Notwehr*, 198

(53) E. SCHMIDHÄUSER, *AT*, cit., 2 ed., 9/91, 341.

(54) Cfr., tra gli altri, C. ROXIN, *Strafrecht*, 1997, cit., 77; poi anche in ID., *Antigiuridicità*, cit., 274, dove, criticando Schmidhäuser, ritiene la sua teorica "inaccettabile"; sul tema, ampiamente, anche D. SICILIANO, *Das Leben*, cit., II ed., *passim*.

(55) H. WELZEL, *Derecho*, cit., 93.

(56) F. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehre vom Verbrechen*, cit.; e, sullo specifico tema della difesa rispetto ad aggressioni irrilevanti, v. ID., *Notwehr*, cit., 132-136.

(57) W. KREY, *Zur Einschränkung*, cit., 713, qui l'autore impone il limite dell'"*aggressione rilevante*".

Roxin (58), con ben poche eccezioni (59), hanno sempre rifiutato o sminuito la valenza generale del vincolo di proporzione (60) col solo limite della “rilevanza dell’aggressione”. In altri termini, la vita, secondo l’impostazione tedesca oggi dominante, è un bene *bilanciabile* con offese non bagatellari al patrimonio.

Che l’oggetto dell’aggressione al patrimonio risulti centrale per la letteratura tedesca dominante è, allo stesso tempo, una *buona* e una *cattiva* notizia.

È sicuramente una *buona* notizia se pensiamo che per Schmidhäuser il *quantum* del danno non rilevava minimamente; è una *cattiva* notizia, invece, proprio perché questo *quantum* può attivare bilanciamenti indebiti tra tutela del patrimonio e tutela della vita.

8.4. Il caos valoriale che questo approccio registra ha origini molto antiche (61); tuttavia, *ciò che è stato non giustifica ciò che è*.

A questo proposito occorre specificare meglio: i) le logiche che governano l’*opinio communis doctorum* in tema di rapporti tra legittima difesa e proporzionalità (v. § 8.4.1.); ii) come possa la proporzione non giocare un ruolo fondamentale nel § 32 *StGB* alla luce dell’art. 2 CEDU (v. § 8.4.2.).

8.4.1. Negli spazi di una piccola ricerca come questa preferiamo fornire un riassunto del primo punto richiamando i profili centrali del pensiero dominante sulla *Notwehr*: l’impostazione di Claus Roxin.

L’illustre scrittore tedesco parte da un’idea di legittima difesa fondata,

---

(58) C. ROXIN, *Antigiuridicità*, cit., 271 ss., “... il diritto di legittima difesa va escluso nel caso di enorme o intollerabile sproporzione tra danno respinto e danno causato”.

(59) Nella dottrina tedesca, tra i pochissimi, favorevole ad una lettura restrittiva nel rapporto *vita/patrimonio* in tema di legittima difesa, alla luce della C.E.D.U., v. S. TRECHSEL, *Die Bedeutung*, cit., 819 ss. (spec. 821); v., anche se con alcuni correttivi qui non riassumibili, anche A. MONTENBRUCK, *Thesen zur Notwehr*, cit., 33-41; H. FRISTER, *Die Notwehr*, cit., 291 ss. (spec. 315); K. MARXEN, *Die “sozialethischen”*, cit., 61 ss.; Casi, questi, più unici che rari nella dottrina d’Oltralpe.

(60) Chiarissimo in questo senso C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., §§ 15/47, 572. Il rifiuto del principio di proporzionalità — lo anticipiamo subito affinché il lettore possa ben comprendere la gravità della situazione — è categorico anche all’interno di altre opinioni *soft*, quelle che richiedono un minimo di solidarietà per l’aggressore, che lo rispettano come persona. Sul punto è sufficiente abbandonarsi alla lettura del § 32 presente nel *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* di Herzog del 1999 o, al solo fine di percepire un rifiuto minimale relativo all’estrema sproporzione dei beni in conflitto, scorrere il manuale di Freund del 1998 [G. FREUND, *Strafrecht*, §32/61 ss.] quello di Maurach-Zipf [R. MAURACH-H. ZIPF, *Strafrecht*, cit.] stessa teorica seguita anche da M. PAWLICK, *Der rechtfertigende Defensivnotstand*, cit., 26 e 29 ss.] o la seconda edizione spagnola del manuale di Jakobs in cui l’autore sostituisce la *proporzionalità* con il criterio ben meno stringente della *solidarietà minima* [G. JAKOBS, *Derecho penal*, cit., 12/18, 466; tesi esposta *in*, e condivisa da PALERMO, *La legítima defensa*, cit., 105 (spec. 343 ss.)]. Non sembra così in Spagna, ad esempio. In quella letteratura esiste un gruppo di studiosi assai attenti alla proporzionalità come principio. Sul punto, v. la bibliografia presente in O. PALERMO, *La legítima defensa*, cit., 99 (spec. nota 321).

(61) D. SICILIANO, *Das leben*, cit., II ed., *passim*.

contestualmente, sia sulla protezione dei beni individuali (*Schutzprinzip*), sia sul principio della prevalenza del diritto (*Rechtbewährungsprinzip*), altrimenti noto come affermazione del diritto obiettivo (*Rechtsbehauptungsprinzip*) (62). In altri termini la reazione difensiva esiste in quanto unica risposta privata capace di proteggere il bene giuridico offeso (vita, integrità fisica, patrimonio, *etc.*) e l'ordinamento giuridico in sé (63). La funzione stessa dell'istituto è dunque *special-* ma anche *general-*preventiva; quest'ultimo punto ci sarà utile tra breve.

La prima conseguenza d'impostazioni simili è il rifiuto di un principio di proporzionalità che, come regola generale almeno nella letteratura d'Oltralpe, è ritenuto inutile nel § 32 *StBG*.

Tuttavia, posto che l'individualismo di fondo che il suo pensiero in parte esprime non è mai riuscito a spiegare come il bene dell'aggressore possa *valere meno* rispetto a quello dell'agredito, Roxin, come abbiamo appena visto, si allontana dall'individualismo puro e inserisce la difesa legittima fra gli istituti con finalità di prevenzione anche generale. In tal modo riesce a legittimare difese (non gravemente) sproporzionate; l'aggressione, non limitandosi ad attaccare i beni di un privato, colpisce anche l'ordinamento giuridico nel suo complesso (!).

Il punto è che il *Rechtbewährungsprinzip* fagocita la proporzione come elemento essenziale della *Notwehr* — « *Die Erforderlichkeit der Verteidigung ist nicht an die Verhältnismäßigkeit von angerichtetem und abgewehrtem Schaden gebunden* » (64) — e consente allo stesso tempo di richiedere maggiore equilibrio solo ai consociati che si trovano davanti a reazioni necessarie contro bambini, coniugi, infermi mentali, offese bagattellari, *etc.* (65).

Eccezion fatta per le restrizioni etico-sociali selezionate dall'autore, massima libertà di difesa e licenza di uccidere al fine di tutelare beni materiali in situazioni-limite se assolutamente necessario. Sono ragioni *general-preventive-negative* ad imporlo; l'efficacia deterrente della legittima difesa risulterebbe offuscata laddove il ladro sapesse *ex ante* di non rischiare la vita.

8.4.2. Passiamo al secondo dilemma: quali argomenti utilizza la letteratura tedesca dominante per giustificare approcci simili alla luce dell'art. 2 CEDU?

---

(62) Così l'A. apre anche l'ultima edizione del suo manuale, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., §15/1, 654.

(63) Se così non fosse, avvisa Claus Roxin, l'ordinamento avrebbe previsto esplicitamente la fuga obbligatoria, v. C. ROXIN, *Politica criminale*, cit., 112.

(64) C. ROXIN, *Strafrecht* (1997), cit., 572.

(65) *Ibidem*, 573.

Ebbene, secondo Claus Roxin l'articolo in parola è *oscuro* (66).

Primo passaggio: se l'articolo 2 CEDU ammette l'uccisione finalizzata all'arresto, quindi dopo il fatto, non può vietarla prima del fatto stesso per difesa personale (magari finalizzata ugualmente all'arresto in ipotesi particolari) (67).

Secondo passaggio: la Convenzione vieta soltanto l'omicidio intenzionale, non quello sorretto dal dolo eventuale, assai frequente nella reazione difensiva tra privati. Riprendendo le parole dell'autore: "... è soltanto il dolo eventuale di omicidio ad avere significato pratico: qualcuno spara all'autore di un furto milionario perché non ha alcun altro mezzo per impedirgli di commettere il fatto o di fuggire con la refurtiva; in questo caso non è possibile escludere il rischio di una ferita mortale, sebbene colui che spara spera di evitare una simile conseguenza" [...] se, invece, il difensore uccide il ladro con un colpo mirato alla testa, ciò è contrario alla Convenzione, ma, nella stessa misura, non è una difesa "necessaria" ai sensi del § 32, comma 2, StGB, cosicché la Convenzione dice ciò che, ad ogni modo, già vale per il diritto tedesco" (68).

Secondo l'illustre autore — e su questo punto, richiamando il significato dell'abolizione della pena di morte (art. 102 GG), egli si allontana da autori come Krey (69) — l'omicidio intenzionale non è scriminabile in nessun caso, nemmeno davanti a "situazioni estreme" (70).

Il focus sull'intensità del dolo, così come il riferimento alla *necessità*, ci paiono non del tutto pertinenti.

Solo quattro brevi spunti di riflessione:

i) l'assenza di dubbi in ordine al fatto che il padrone di casa spari e uccida il ladro *sempre*, o assai spesso, col solo dolo eventuale, ci pare tutta da dimostrare;

ii) se proprio dovessimo generalizzare ciò che, di per sé, non risulta generalizzabile, nella legittima difesa chi lesiona o uccide lo fa per raggiungere un fine ulteriore (salvare il patrimonio, salvare un parente, *etc.*);

iii) l'intensità del dolo e il grado della colpa sono essenziali in numerosissimi ambiti dell'illecito, ma nulla spostano in ordine alla qualità del bene giuridico offeso. Non c'è alcuna connessione in questo senso: la qualità del bene giuridico leso non varia al mutare dell'intensità dell'elemento soggettivo. La gradazione inciderà (anche profondamente) sulla qualità, e a volte sull'esistenza stessa dell'offesa, mai sulla qualità o

---

(66) Cfr. C. ROXIN, *Antigiuridicità*, cit., 275.

(67) *Ibidem*, nota 75.

(68) Cit. C. ROXIN, *Antigiuridicità*, cit., 276.

(69) W. KREY, *Zur Einschränkung*, cit., 709. L'autore presenta il caso del terrorista che sta per far saltare un ponte — evidentemente con nessuno sopra — e del privato (o del poliziotto) che può evitare ciò solo uccidendo il criminale.

(70) C. ROXIN, *Antigiuridicità*, cit., 277.

sull'esistenza del bene giuridico offeso. *Uccidere con dolo eventuale, piuttosto che con quello diretto o intenzionale, significa creare un'offesa qualitativamente diversa, non offendere un bene diverso.* La vita di un essere umano, così come la sua integrità fisica, la sfera sessuale, *etc.*, non “*valgono meno*” in ragione dell'intensità del dolo che caratterizza la loro lesione o messa in pericolo; e se non valgono meno non si possono bilanciare con beni di livello inferiore.

*iv) la necessità non riesce ad inibire la proporzionalità nei casi-limite.* Possiamo ragionare di reazione assolutamente necessaria, o non necessaria, solo se i due beni giuridici in collisione possono essere bilanciati e quindi, a valle, possono entrare nel giudizio di proporzione: se, ad esempio, l'unica *chance* che il proprietario avrebbe per salvare un *Patek Philippe Henry Graves* dalla distruzione fosse quella di sparare alla testa di colui che sta infilando l'orologio sotto una pressa industriale per fare un dispetto, mai potremmo noi legittimare *ex post* una tale reazione solo perché “assolutamente necessaria”. *È la proporzione che disegna il perimetro della stretta necessità, non il contrario* (71).

9. (segue) *Il modello anglosassone e il Reasonable-Belief Standard.*

— 9.1. Come vedremo immediatamente, *al di là* dell'oceano le presunzioni esistenti in tema di autodifesa (domiciliare) s'inseriscono in un quadro di soggettivismo puro e presunzioni assolute dirette a considerare difesa legittima ciò che noi chiamiamo illecito doloso o eccesso colposo.

Iniziamo dalle presunzioni.

9.2. Nella manualistica statunitense la legittima difesa — istituto riconosciuto in tutti gli Stati, nessuno escluso — è solitamente inserita nel capitolo delle *Defenses*, il quale risulta storicamente composto dalle “*Justifications*” (cause di elisione del tipo e scriminanti) e dalle “*Excuses*” (cause di esclusione della colpevolezza, scusanti); due termini, questi, (*re*)introdotti (72) come concetti distinti sotto un profilo teorico da George

---

(71) Dopo l'introduzione della c.d. “legittima difesa domiciliare” alcuni autori proposero di attenuare gli effetti della presunzione assoluta con l'esaltazione del requisito della stretta necessità (ecco la regola: *tutto è proporzionato dentro al domicilio, ma è necessaria solo l'azione non sostituibile con una meno lesiva*). Cfr. A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, cit., 438; F. VIGANÒ, *Sulla « nuova » legittima difesa*, cit., 206. Comprendiamo l'intento di questa dottrina, tuttavia non possiamo fare a meno di prendere parzialmente le distanze dalla sua impostazione di fondo.

(72) Le *defences* nascono come istituto autonomo solo nel Medioevo; prima di allora la suddivisione *Justification* (assenza di violazione dello spirito di una legge) ed *Excuse* (ipotesi di inopportunità della sanzione sancita dal sovrano), rimaneva salda all'interno della giurisprudenza anglosassone. La scomparsa della distinzione teorica si registra nel momento in cui essa non diviene più utile al processo, quindi nel periodo in cui le *Excuses* divengono, al pari della *Justifications*, di pertinenza del giudicante Cfr. sul punto T. PADOVANI, *Alle radici di un dogma*, cit., 535 (spec. nota 9).

Fletcher (73) sul finire degli anni Settanta, ma spesso utilizzati come sinonimi dal legislatore e dai giudicanti (74). Recentemente, è opportuno rilevarlo, la loro differenza teorica è stata descritta nuovamente come *usefulness* all'interno del processo penale (75).

Nelle *Defenses*, e nello specifico dentro le *Justifications*, è dato scorgere una *Self defense* composta da alcuni elementi essenziali (*elements*): l'assoluta necessità della difesa (*necessity*) (76), il requisito di proporzionalità (*proportionality*) (77), la presenza di un'offesa/danno immediata/o (*imminent harm*) (78) e, nei casi di difesa putativa — sia per il nostro putativo puro ex art. 59, ult. comma, c.p. che per i casi di errore rilevanti ex art. 55 c.p. — la regola della percezione ragionevole sulla necessità di difendersi (*Reasonable-Belief Rule*) (79).

Il parametro/elemento dal quale l'espansione della legittima difesa si è generata nell'ultimo ventennio negli Stati Uniti non è il vincolo di proporzione, ma l'*assoluta necessità* (*necessity*) di attivare una contro-misura difensiva anche letale: anche se l'agredito può fuggire illeso ha il diritto di escludere la fuga, qualsiasi tipo di fuga. Ha il diritto di rimanere sul posto (*stand your ground!*, appunto) e di reagire.

Le disposizioni a cui ci si riferisce — comunemente noto come "*Stand Your Ground Laws*" (da ora in poi, *SYG laws*) — nascono in Florida nel 2005 grazie all'influenza di Marion Hammer, presidente della *National Rifle Association* (NRA) e si diffondono, in brevissimo tempo, in molti altri Stati. Con esse l'utilizzo ragionevole della forza necessaria ad evitare anche uno spossessamento pericoloso (80) ha lasciato il posto a una difesa (anche del patrimonio) non necessaria, perfino laddove la fuga rimane un'ipotesi possibile.

Anche i Paesi che non hanno applicato le *SYG laws* — qui un dato essenziale ai nostri fini — sposano comunque un'eccezione tutta concen-

---

(73) G. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., pp. 759-817.

(74) Questo dato, supportato da esempi, emerge, tra gli altri, in J. DRESSLER, *Criminal law*, cit., cap. 17, 207, nota 4.

(75) Cfr. P. WESTEN, *An attitudinal Theory of Excuse*, cit., 328 (spec. nota 1 "... *the measure of any internally-consistent distinction between justification and excuse is its usefulness*"); G.J. CHIN, *Unjustified*, cit., *passim* (per un richiamo completo della dottrina contraria, v. nota 9, per un riassunto del suo pensiero v. 37).

(76) Cfr. *Nelson v. State*, 597 P.2d 977 (Alaska 1979).

(77) Cfr. *State v. Warren*, 794 A.2d 790 (N.H. 2002), ma anche § 3.04 MPC.

(78) Cfr. *Ha v. State*, 892 P.2d 184 (Alaska Ct. App. 1995).

(79) Cfr. *State v. Simon* 646 P.2d 1119 1120-21 (Kan. 1982); ma anche il famoso *People v. Goetz*, 497 N.E. 2d 41, 46-48 (N.Y. 1986).

(80) Si pensi, tra gli altri, al vecchio caso *Beyer v. Birmingham*, R.L & P.Co, 64 So. 609, 611 (Ala. 1914). Sul punto, si vedano anche gli elementi essenziali della legittima difesa della proprietà presenti in W.R. BUCKLEY - C.J. OKRENT, *Torts*, cit., 225.

trata sul luogo nel quale la difesa legittima deve essere attivata: il domicilio, la casa soprattutto.

A nostro avviso si tratta di un'intuizione fuori luogo, soprattutto se costruita su una presunzione.

La c.d. “*castle doctrine*” (81) è riuscita a confondere la casa con un santuario all'interno del quale nessun aggressore deve rimanere impunito; così come è riuscita a confondere il proprietario con una divinità che governa la scelta sulla tipologia di punizione da infliggere contro l'aggressore. Sia esso un estraneo oppure no (82).

Dopo l'introduzione delle *SYG laws*, l'eliminazione dei limiti alla difesa legittima, compreso l'obbligo di evitare lo scontro laddove possibile, è uscito dal domicilio degli americani per approdare in qualsiasi luogo. Indipendentemente dal posto, la reazione si *presume proporzionata* fino a prova contraria.

In quella cultura, del resto, il controllo del crimine ha sempre conosciuto spinte protese all'espansione dell'omicidio di stato (*Death penalty*), al limite massimo prima della segregazione sociale (*Three Strakes laws*), alla possibilità del singolo di difendere i propri diritti con presunzioni assolute (*Castle Doctrine*) e senza bisogno di optare per fughe comunque possibili (*SYG laws*).

9.3. Come se ciò non bastasse, i limiti scriminanti tipici delle *defences* risultano tutti patologicamente soggettivizzati e valutati sul parametro della *ragionevolezza* (*Reasonable-belief Standard*) (83).

Già dal XVII e XVIII secolo i giuristi anglosassoni — primo fra tutti Sir Edward Coke — erano fermamente convinti che il *common law* fosse esso stesso “la ragione”. Tanto che nel XIX secolo i termini *ragione*, *ragionevole* e *ragionevolezza*, sono entrati nel lessico-base della cultura giuridica inglese e nord-americana. In quei sistemi tutto deve essere solo “ragionevole”: il tempo, il prezzo, l'errore, il dubbio per assolvere, il giudizio sulla colpa, il giudizio di proporzionalità tra *precetto e sanzione*, etc. (84).

Detto per inciso, occorrerebbe chiedersi se il loro concetto di ragio-

---

(81) Possiamo definire la *Castle Doctrine*, la c.d. “dottrina del castello”, come un'impostazione teorica — nata dall'equiparazione della “casa” col “castello”, uno dei più forti cliché dei Paesi di *Common law* (cfr. D.B. BARROS, *Home*, cit., p. 259) — che fa dipendere (anche) la legittimità dell'autodifesa letale principalmente — forse è più appropriato l'avverbio “solamente” — dal luogo in cui essa avviene: il domicilio. Questa dottrina, che come abbiamo detto è nata nella *common law* americana, s'è insinuata anche nella *Statutory law* di numerosi Paesi degli *States* e, in seguito, anche presso le Corti inglesi.

(82) In tema di aggressioni poste in essere da conviventi dell'agredito, v. *State v. Glowacki*, 630 N.W.2d 392, 400 (Minn. 2001). *Contra*, v. *State v. Shaw* 441, A2d, 566.

(83) AA. VV., *Oxford Dictionary of law*, cit., 440.

(84) Cfr. G. FLETCHER, *Eccesso di difesa*, cit., 53 ss. (spec. 54).

nevolezza, almeno quello utilizzato con tanta frenesia nel diritto penale, corrisponda davvero a una *ragionevolezza di scopo rispetto al valore preso come inevitabile punto di riferimento* o, piuttosto, a una *ragionevolezza occulta intesa come “senso comune”*, come scelta tipica del buon padre di famiglia. Nell’Europa continentale, almeno a nostro avviso, è proprio questo grande dubbio che ci ha imposto di dubitare dell’esattezza del pensiero di Sir. Edward Coke in ordine all’idea di *ragione come unica anima del diritto*. Questa indagine sarebbe davvero interessante ai nostri occhi, ma qui sicuramente *off topic*. Proseguiamo oltre.

In tema di legittima difesa il problema principale di questa dottrina consiste nel comprendere se è ragionevole, in base agli elementi del caso specifico, solo la difesa che un “*reasonable man*” *mediamente prudente* avrebbe attivato o anche la reazione che una *reasonable person in the actor’s situation*” (85), quindi dotata o priva di alcune caratteristiche specifiche, avrebbe posto in essere.

Si tratta di scegliere un approccio oggettivo o soggettivo nel “*test di ragionevolezza*”.

Il punto è decisivo perché partendo da questa scelta — a nostro avviso piuttosto arbitraria, anche con riferimento al concetto di “situazione” che compare persino sul *Model Penal Code* (86) — è possibile assolvere o condannare in casi difficili, almeno sotto un profilo subiettivo, come Kelly (1984), Diaz (1985), Wanrow (1983) e molti altri (87).

Ebbene, la soggettivizzazione-forte del *test* appena presentato è tutta nordamericana (88); tanto che anche le Corti del Regno Unito sono state influenzate, e non poco, da quest’impostazione.

La subiettivizzazione dei parametri liceizzanti è penetrata *al di là* dell’oceano sino al punto di stravolgere la natura stessa dell’istituto della legittima difesa: ciò che oggi importa davvero non è l’esistenza di una difesa proporzionata, immediata e assolutamente necessaria, attivata davanti a un’aggressione ingiusta; la giuria non deve verificare questo (!). Ciò che quest’ultima deve appurare è se colui che si è difeso, agendo come una

---

(85) Sulla differenziazione del parametro tra uomo e donna, v. *State v. Wanrow*, 559, P.2d 811, 818 (N.D. 1983).

(86) Per un completo riassunto del carattere geneticamente privatistico del *Model Penal Code* (in questo scritto anche citato come *MPC*) e del suo influsso sulle codificazioni americane, oltre che sulla giurisprudenza, e per il dibattito più importante (G. Fletcher-P. Robinson) sul suo valore, v. G. FLETCHER, *Dogmas of the Model Penal Code*, cit., 3 ss.; P. ROBINSON, *In Defense of the Model Penal Code*, cit., 25 ss.; per gli scritti italiani, v., su tutti, D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit., 404-405, sull’ambiguità del termine “situazione” nella costruzione della colpa (*negligence*), 408 ss.

(87) Per maggiori approfondimenti, v. A. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., 174 ss.

(88) Si veda anche la *Section 76 del Criminal Justice and Immigration Act* del 2008 in tema di *self defence*.

persona ragionevole, fosse davvero convinto di aver rispettato tutti quei parametri. *Ça va sans dire.*

10. «... *E voi cosa avreste fatto?*». Verso l'art. 55 c.p.: *l'eccesso inizia con la colpa grave.* — 10.1. Cerchiamo ora di non perdere di vista le evidenze fenomenologiche sul tema: (89): al rispetto dei criteri specifici che caratterizzano la *scriminante* si deve affiancare il riconoscimento delle difficoltà tipiche di quelle condotte umane poste in essere velocemente, in uno stato psichico spesso alterato e, comunque, senza un previo e adeguato ragionamento.

Nei casi classici di legittima difesa, quelli più frequenti, ogni ragionamento teorico è messo in seria discussione da una domanda banale, intuitiva, quasi scontata: «... *E tu cosa avresti fatto in quella situazione? Sentiamo (!)*».

Ci troviamo in serio imbarazzo davanti a questa domanda, è innegabile. Il più delle volte, presi dallo sconforto, rispondiamo: «... *forse avrei "reagito troppo" anche io. Come fai a ragionare bene in quelle situazioni (?) come puoi pretendere di calibrare davvero la difesa su un'aggressione che non riesci a decifrare?*».

Dobbiamo dunque riflettere sul “come” affrontare questo delicato problema; tenendo ferme le considerazioni fatte nei paragrafi precedenti, s'intende.

10.1.1. Iniziamo da una banalità: *la disciplina della legittima difesa va oltre l'art. 52 c.p.; essa concerne almeno gli art.li 59, primo e ultimo comma, e l'art. 55 c.p.* L'importanza di tali disposizioni si comprende assai bene nella ricerca comparata: eccezion fatta per indagini inerenti un singolo parametro della esimente, senza immergersi nell'eccesso colposo e nel “mondo del putativo” non si comprende nulla su come un determinato Paese affronta la tematica delle scriminanti e, nello specifico, della legittima difesa.

10.1.2. Se n'è accorto di recente il legislatore italiano impegnato nella *contro*-proposta a un “disegno” di riforma presentato dall'On. Molteni della Lega Nord.

Il progetto intende concretizzare una modifica radicale dell'art. 52 c.p. Riportiamo di seguito parte del testo del d.d.l.:

---

(89) Detto per inciso, siamo convinti che studiare il diritto “a prescindere” da dati fenomenologici che si palesano agli occhi dei più significativi normativizzarlo oltremodo nei suoi tratti fondamentali e, quindi, invertire, forzandolo, il rapporto politica/scienza, rendendo ovvia la predominanza della prima sulla seconda. Il tema, ampiamente studiato dalla letteratura dei principali paesi del mondo, meriterebbe ben altri spazi. Con la promessa di approfondirlo in altra sede, ci accontentiamo qui di un semplice *flash*, di un mero spunto di riflessione.

*Si presume, altresì, che abbia agito per difesa legittima colui che compie un atto per respingere l'ingresso, mediante effrazione o contro la volontà del proprietario, con violenza o minaccia di uso di armi da parte di persona travisata o di più persone riunite, in un'abitazione privata, o in ogni altro luogo ove sia esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale ».*

Presume la proporzionalità, ma anche l'immediatezza della reazione e la stretta necessità che impone di attivarsi. In altri termini, presume tutto (!), come ha precisato Tullio Padovani nel commento al "d.d.l. Molteni"; qualcosa che congela l'art. 55, così come l'esistenza di un delitto doloso e l'attivazione d'indagini penali, per tutte le reazioni nel domicilio.

Con questa proposta di modifica non s'intende solo impedire la concretizzazione a livello giudiziale del bilanciamento tra beni, ma si vuole proporre l'eliminazione completa del processo penale per coloro che reagiscono (in qualsiasi modo) all'interno del domicilio.

Questo stravagante obiettivo lo si può trovare appuntato proprio nella relazione di minoranza Molteni, citiamo il passo per evitare fraintendimenti: "...non vogliamo processi. Vogliamo certezze. La certezza è data dall'esplicarsi degli elementi oggettivi, attraverso l'aggiunta di un'ulteriore comma all'articolo 52 del codice penale, che vogliamo far approvare da quest'Aula affinché l'esistenza di determinati elementi consenta alla persona offesa, di diritto, cioè automaticamente, di essere tutelata attraverso l'applicazione della scriminante della difesa legittima".

Passiamo oltre.

10.1.3. In risposta al d.d.l. Molteni è stata depositata la proposta del Partito Democratico inerente la modifica dell'art. 59, ultimo comma, c.p.

Ecco il testo:

*« Nei casi di cui all'articolo 52, secondo comma, la colpa dell'agente è sempre esclusa se l'errore riferito alla situazione di pericolo e ai limiti imposti è conseguenza di un grave turbamento psichico ed è causato, volontariamente o colposamente, dalla persona contro cui è diretto il fatto ».*

Due, a nostro parere, sono i problemi principali.

Il primo concerne l'inclusione dell'errore sui *limiti imposti*; anche senza dire nulla sul carattere generico della formula in parola, questo tipo di errore-giudizio è tipico dell'eccesso colposo (art. 55 c.p.), non dell'errore sull'esistenza *tout court* della scriminante. Chi erra sui limiti eccede nel reagire a un'aggressione effettivamente esistente, non erra nel considerare esistente un'aggressione che non c'è.

Il secondo profilo problematico interessa invece il parametro del *grave turbamento psichico* cagionato dall'aggressione ingiusta, qualcosa capace di escludere l'errore colposo sull'esistenza dell'aggressione stessa: l'espe-

rienza d'Oltralpe c'insegna che per evitare che una questione astenica come il turbamento psichico (leggi: *paura*) crei *presunzioni di fatto* occorre: (i) delinearla bene sotto un profilo teorico e (ii) distinguerla altrettanto bene dall'ira, una questione più stenica nel suo genere. Procedure assai complesse da immaginare in astratto, anche con l'ausilio della psicologia giudiziaria, e di difficile dimostrazione all'interno del processo penale.

10.1.4. Interagire sugli elementi all'art. 52, primo comma, c.p. — a nostro parere, una delle disposizioni più rigorose (90) al mondo in tema di legittima difesa — significa ipotizzare modifiche dirette alla variazione qualitativa dell'oggetto del giudizio di proporzionalità oppure scadere in presunzioni totalizzanti, almeno in ordine al requisito della proporzione fra beni; ciò provocherebbe, almeno di riflesso, la disapplicazione dell'eccesso colposo, di quello doloso e del procedimento penale stesso. Il d.d.l. Molteni, un prodotto dello *slogan* “la difesa è sempre legittima (!)”, si sviluppa proprio su questa linea.

Così facendo non rischiamo solo di bilanciare male beni giuridici fondamentali, ma di sovvertire gerarchie d'interessi in rapporto evidente, di distruggere il substrato culturale della nostra Carta costituzionale e della CEDU.

L'art. 59 c.p. è invece pensato per il finto aggressore (il caso del giocatore della Lazio Re Cecconi, per intenderci) o per l'aggressore immaginario prodottosi nella mente di colui che reagisce (Tizio, in una strada buia e malfamata, scambia la richiesta di un'informazione da parte di Caio per un gesto di aggressione e reagisce contro quest'ultimo (91)).

Si tratta di casistiche sicuramente marginali, estremamente rare, statisticamente insignificanti.

10.2. Veniamo al punto: perché non riflettere sulla modifica dell'art. 55 c.p.?

L'eccesso colposo si presenta come una disposizione frequentemente utilizzata nella prassi, ma solo laddove l'aggressione ingiusta esiste davvero (92) e (quasi sempre) *contra reum* (93).

Una modifica su quest'ultimo articolo, qualitativamente diversa da quella effettuata dagli olandesi (94) o dai tedeschi (§ 33 *StGB*) (95) perché costruita legislativamente su parametri-motivi non dimostrabili o, comun-

---

(90) Registra questo dato anche A. CADOPPI, *La legittima difesa*, cit., 434 ss. (spec. § 1).

(91) Cfr. M. ROMANO, *Commentario*, cit., art. 59, 655. Sulla scriminante putativa, v., per tutti, il lavoro di G. DE VERO, *La scriminante*, cit., 773 ss.

(92) *Ex plurimis*, Cass. pen., sez. I, 25/10/2005, n. 45425; 10 aprile 2013, n. 18926.

(93) L'eccesso colposo ha grandi capacità espansive e riesce spesso a sottrarre casistica sia all'art. 52 c. Sul punto, v. V. PLANTAMURA, *L'omicidio*, cit., (I parte), 17.

(94) In Olanda una violenta emozione generata dall'aggressione paralizza l'eccesso di difesa. Cfr. DE HULLU-VEDT-FOGLIA, *Legittima difesa, Olanda*, cit., 2 (nota 9).

que, difficilmente distinguibili dall'ira, servirebbe a limitare l'eccesso su condotte "gravemente colpose" realizzate da colui che reagisce *al di là* dei limiti: almeno di quelli imposti dall'art. 52 c.p. (96).

Poco conta il luogo in cui ciò avviene — d'altro canto, e ci ripetiamo, c'è forse qualcosa di valorialmente diverso nella tutela privata del patrimonio nei casi specifici di cui al 614 c.p. (97)? Se il punto è la "presunzione di pericolo" della particolare situazione concreta, quale differenza intercorre, ad esempio, con un'aggressione ingiusta che si verifica su un aeroplano in volo? — quel che davvero importa è che l'errore-eccesso di difesa personale determinato da colpa lieve non dovrebbe consentire l'attivazione dell'art. 55 c.p. (98).

Questa soluzione, si badi, non deve dipendere da coordinate geografiche (es.: il domicilio (99)) o dall'inesistenza effettiva dell'aggressione ingiusta (art. 49, ult. comma, c.p.)

Davanti ad alcune reazioni difensive — particolarmente veloci, notturne o in luoghi particolari, poste in essere da soggetti giovani anche se imputabili, *etc.* — imposte da aggressioni realmente esistenti e percepite da chi attiva la difesa, l'eccesso provocato da lievi errori modali o di giudizio è fisiologico, non patologico.

Questa considerazione è quanto mai evidente: quando ci confrontiamo con casistiche reali — il "caso Tony Martin" (100), ad esempio — non possiamo fare altro che immedesimarci in colui che si è difeso e riflettere sulla paura che deve aver provato in quegli istanti (101).

Ci immedesimiamo perché cogliamo lo stato d'animo di colui che si difende, la sua particolare situazione psichica, quasi un "sequestro emozionale" derivante da violenze spesso improvvise e sicuramente *capaci d'innescare una complessa serie di reazioni neuropsicologiche, cognitive e*

---

(95) Cfr. M. MAIWALD, *La legittima difesa. Germania*, cit., 58 ss. La c.d. *eccitazione astenica*. Molto istruttive anche le tabelle presenti alla fine del volume, v. *Ibidem*, 232-233.

(96) Così, sebbene limitando la modifica alle difese domiciliari, anche: M. DONINI, *Critica*, cit., *passim*.

(97) Si pone la stessa domanda, F. LEVERICK, *Killing in Self-Defence*, cit., 137 ss.

(98) Di questa opinione anche M. DONINI, *Critica*, cit., *passim*.

(99) L'esclusione *tout court* della colpa lieve all'interno del solo domicilio provoca un trattamento diseguale di situazioni pienamente sovrapponibili: perché mai la colpa lieve nell'errore di valutazione dei limiti scriminanti dovrebbe rilevare su di un aereo in volo e non del domicilio privato?

(100) Per ulteriori informazioni rimandiamo al lavoro di A. CADOPPI, *Si nox furtum*, cit., 1400. L'autore, per (ri)adattare meglio l'istituto della legittima difesa, parte dalle *Kulturnormen* e dai sondaggi capaci di orientare il legislatore. Per una lettura più generale sull'importanza delle *Kulturnormen* nel diritto penale, v. A. CADOPPI, *Il reato*, cit., 695-706.

(101) L'opinione pubblica, almeno su questo punto, coglie spesso sensazioni condivisibili. Cfr. A. CADOPPI, *Si nox furtum*, cit., 1400 (spec. nota 32 per le reazioni dell'opinione pubblica nel caso inglese citato "Tony Martin").

*bio-meccaniche*. Nel momento dell'aggressione ingiusta, *una serie d'importanti modificazioni a carico della funzione cognitiva, motoria e neurovegetativa preparano tempestivamente il corpo della vittima all'attacco o alla fuga* (102).

Limitando il discorso ai casi di difesa legittima — anche se il medesimo ragionamento potrebbe forse essere fatto anche nei confronti degli art.li 53 e 54 c.p. (103) —, l'esclusione della colpa lieve dall'art. 55 c.p. ci sembra la giusta valvola di sfogo per scindere, con riferimento ai singoli casi specifici, il lecito dall'illecito, l'equilibrio dall'eccesso.

Del resto, se anche gli osservatori riescono a capire solo dopo un procedimento penale — necessario in quanto la legittima difesa è un diritto incerto che non tollera presunzioni — se l'agredito si è difeso legittimamente o meno, come possiamo, in coscienza, addossare all'interessato una colpa lieve sull'estensione massima dei limiti scriminanti?

10.2.1. Altro punto che possiamo solo limitarci a sottolineare brevemente concerne l'applicazione di quanto sostenuto per l'art. 55 c.p. all'errore colposo sull'esistenza strutturale della legittima difesa (art. 59, ultimo comma, ult. parte, c.p.).

In questo caso, data l'inesistenza reale dell'aggressione, riteniamo sia possibile pretendere maggior rigore nella valutazione del dato fattuale e punire anche l'errore lievemente colposo.

A ben vedere, questa distinzione tra l'art. 55 c.p. e l'art. 59, ultimo comma, c.p., risulta indirettamente supportata dalla scelta del legislatore del 2006: la difesa domiciliare è infatti intervenuta con presunzioni capaci di silenziare alcuni effetti del requisito della proporzione (art. 52 c.p.) e dell'eccesso colposo (art. 55 c.p.), ma non pare aver sfiorato gli errori colposi sull'esistenza stessa dell'aggressione all'interno del domicilio (art. 59, ult. comma, ult. parte, c.p.) (104). Gli art.li 55, 59 c.p. trattano situazioni dissimili e le situazioni diverse, si sa, devono essere affrontate con soluzioni differenziate capaci di esaltarne le singole peculiarità.

---

(102) M. BASILE, *Legittima difesa putativa determinata da colpa. Note giuridiche e antropologiche*, reperibile su: [http://www.treccani.it/diritto/approfondimenti/diritto\\_penale\\_e\\_procedura\\_penale/1\\_Basile\\_difesa\\_legittima.html](http://www.treccani.it/diritto/approfondimenti/diritto_penale_e_procedura_penale/1_Basile_difesa_legittima.html).

(103) Questa indagine, data la complessità del tema, meriterebbe altri spazi. In questa sede ci limitiamo semplicemente a evidenziare un'intuizione col proposito di approfondirne gli estremi in futuro.

(104) S. ROSSI, *Modifica all'art. 52 del codice penale in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio*, cit., « ... con la presunzione di proporzione, infatti, si supera l'eccesso colposo, ma non si scagiona l'agredito se per colpa ha ritenuto che ci fosse una aggressione e questa non c'era (articolo 59, comma 4, del codice penale), come, ad esempio, l'ingresso in un giardino per altra ragione. Infatti, di fronte ad una aggressione supposta, l'agredito, prima di reagire dovrà constatare l'inefficacia di ogni invito a desistere ».

11. *Una breve riflessione finale.* — 11.1. Il tema “*legittima difesa*” è divenuto un triste appuntamento annuale, un guazzabuglio irrazionale di discussioni televisive infarcite d’istanze giustizialiste vecchie almeno quanto le buone ragioni che le ostacolano.

L’ordinamento consente la difesa privata al solo fine di respingere un’aggressione ingiusta laddove la forza pubblica mai potrebbe intervenire, non per punire l’aggressore o per sfogare le nostre frustrazioni o, peggio, per “fare giustizia” in qualche modo. L’*assoluta necessità* accorda (giustamente) al privato spazi di manovra enormi, sicuramente maggiori di quelli di cui gode la magistratura: il giudice, ad esempio, non può condannare a morte l’assassino o il soggetto attivo di violenza sessuale; la vittima può invece uccidere l’aggressore davanti a un pericolo per la vita o, nei casi più gravi, per la libertà sessuale, *etc.*

11.2. Ampi spazi di manovra implicano altrettanto grandi responsabilità davanti ai valori cardine della nostra società, davanti alla Costituzione della Repubblica e davanti alla CEDU: al cittadino è richiesto equilibrio nella reazione difensiva (!). Un equilibrio che, *ex post facto*, deve verificare il giudicante a processo mediante l’analisi di quei parametri di liceità che compongono parte della *struttura* della scriminante: *proporzionalità, immediatezza e assoluta necessità*.

L’ordine con il quale abbiamo elencato questi parametri non è casuale: la proporzionalità delimita i confini dei giudizi di necessità e immediatezza. Il primo, come abbiamo già detto, è un requisito di qualità che comunica al cittadino *come* reagire, gli altri due sono elementi situazionali capaci di stabilire *quando o in quali casi* reagire: subito dopo l’aggressione ingiusta e solo quando non ci sono alternative plausibili per tutelare adeguatamente il bene minacciato. I tre parametri, se letti insieme, consentono all’osservatore di distinguere piuttosto bene tra difesa e vendetta, tra giusta tutela *dal* pericolo e indebita punizione (privata) *del* colpevole.

11.3. L’inserimento normativo della proporzionalità, un requisito di qualità nel suo genere, è una scelta precisa ed esplicita, una scelta capace di comunicarci che, già in astratto, non ogni difesa è qualitativamente legittima contro una certa aggressione ingiusta.

Occorre che il bene sacrificato risulti bilanciabile con quello concretamente protetto. Se così non è — come nel rapporto *vita/patrimonio* — la vittima, in mancanza di alternative, quindi in ipotesi-limite, deve accettare gli effetti dell’aggressione ingiusta.

11.4. Accettare che il crimine (es: il furto) possa, almeno nell’immediato, avere la meglio non è operazione semplice, ce ne rendiamo conto. Tuttavia, in alcuni casi, quando il bene che si deve offendere per evitare il pericolo/danno ingiusto non può essere bilanciato con quello offeso, questa rimane l’unica soluzione.

Di siffatto avviso, come abbiamo visto, non è la principale letteratura tedesca che, seguendo l'opinione tradizionale e facendo leva sull'assenza del criterio di proporzione nel § 32 *StGB*, apre al bilanciamento tra vita e patrimonio, contemplando il criterio di proporzione solo contro offese bagatellari o contro soggetti deboli (non imputabili, *etc.*).

11.5. Assai preoccupante si presenta poi il sistema giuridico anglosassone, nello specifico quello degli *States*. Lì, tra presunzioni invincibili e soggettivizzazioni estreme dei parametri di liceità, si fatica a comprendere la vera *ratio* della legittima difesa, si fatica a capire proprio l'obiettivo dell'istituto: *punire, vendicarsi, difendersi*? In questi Stati la lotta contro il requisito di proporzionalità ha una storia tutta sua (105), è un requisito (quasi) "culturale".

11.6. Nel nostro art. 52 c.p. il parametro della proporzione è quello statisticamente più colpito da proposte di legge dirette ad allargare, alleggerire o inibire, lo spazio di manovra del privato che si difende. Tali pressioni politico-mediatiche sono poi sfociate nella modifica del 2006, quindi nella positivizzazione di una presunzione assoluta di proporzionalità concessa a chi si difende all'interno del domicilio. Gli effetti catastrofici del vero obiettivo del legislatore del 2006 — bilanciare *al posto* della giurisprudenza e rendere sempre prevalente la difesa del patrimonio sulla vita — sono stati evitati da operazioni ermeneutiche costituzionalmente orientate da parte della giurisprudenza ordinaria.

11.7. Scampato il pericolo, scampato *questo* pericolo, alcune parti politiche hanno sfruttato episodi di cronaca — divenuti poi oggetto di animate discussioni nei principali dibattiti televisivi — per riattivare l'interesse della popolazione sul tema della legittima difesa.

Come spesso avviene, una volta cresciuto nuovamente l'interesse per l'istituto sono giunti in Parlamento disegni di legge protesi a espandere i limiti della difesa legittima. Tra questi, il d.d.l. Molteni ha ipotizzato una disposizione che presume molto; anzi, forse, quella impostazione consente di presumere addirittura *tutti* i parametri di liceità.

La contro-proposta del Partito Democratico, almeno a nostro parere, non è servita a migliorare davvero le cose: essa è destinata a fallire perché si concentra sull'art. 59, ultimo comma, c.p., ovvero su casistiche rarissime, ipotizzando inoltre la valutazione di stati d'animo assai difficili da dimostrare in giudizio e, soprattutto, difficili da distinguere dall'ira. Tutti questi interventi si propongono di perimetrare i confini dell'eccesso di difesa legittima senza prendere minimamente in considerazione la via più ovvia, almeno ai nostri occhi: l'eliminazione dall'eccesso colposo (art. 55

---

(105) Per una ricostruzione storica dell'evoluzione (popolare e mediatica) della "lotta" alla proporzionalità nella *self defense*, R.L. LERNER, *The Worldwide, passim*.

c.p.) della colpa lieve, previa abrogazione di un'ipotesi di "*legittima difesa domiciliare*" che, a parere dei più, non ha alcuna ragione d'esistere.

Almeno in tema di difesa legittima, *non c'è eccesso senza colpa grave*.  
Occorre prenderne atto.

FRANCESCO DIAMANTI  
*Dottore di ricerca in Diritto penale*  
*Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*