

# LA “NUOVA” LEGITTIMA DIFESA SULLA BILANCIA DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI

*Mattia Romano*



*Il presente contributo si prefigge l'obbiettivo di fare il punto sullo "stato dell'arte" in relazione al tema della*

*legittima difesa. In particolare, poste le doverose premesse sull'evoluzione normativa dell'istituto e, in specie, sulla recentissima riforma, si procederà ad un'analisi delle sentenze di maggior rilievo della Suprema Corte. L'attenzione verrà indirizzata alle pronunce che hanno saggiato per prime le problematiche afferenti alle presunzioni di recente introduzione e alla riforma dell'eccesso colposo.*

*This paper has the objective to analyse the theme of self-defense. In particular, given the necessary premises on the regulatory evolution of the institution and, in particular, on the recent reform, an analysis of the most important judgments of the Supreme Court will be carried out. Attention will be directed to the pronouncements that first tested the problems related to the recently introduced presumptions and to the reform of culpable excess.*

**Sommario:** **1.** Legittima difesa ieri ed oggi – **1.1.** L'operatività dell'esimente e l'incidenza della riforma del 2006 – **1.2.** La riforma del 2019 e la difesa "sempre" legittima – **2.** I primi significativi arresti della suprema corte sul punto – **3.** Riflessioni conclusive.

## **1. Legittima difesa ieri e oggi**

### **1.1. L'operatività dell'esimente e l'incidenza della riforma del 2006**

L'istituto della legittima difesa ha origini assai risalenti nel tempo e pone le proprie basi nel millenario brocardo «*vim vi repellere licet*» positivizzato all'interno del Digesto giustiniano.

La portata del principio è evidente e parimenti palese ne è l'imprescindibilità per la completezza di un sistema giuridico.

Difatti, vero è che gli ordinamenti moderni non vedono di buon grado le forme di autotutela che prevedono l'esercizio della "forza", di cui lo Stato assurge ad essere monopolista, ma vero è anche che non sarebbe opportuno muovere un rimprovero nei confronti del cittadino che avesse risposto in maniera proporzionata ad un'offesa ingiusta e non altrimenti evitabile se non con l'utilizzo della forza.

L'imprescindibilità di tutelare il consociato che reagisca nelle ipotesi come sopra peculiarmente caratterizzate ha portato, dunque, alla codificazione del suddetto principio nell'art. 52 del Codice Rocco e ad una conseguente perimetrazione dell'area del penalmente rilevante, mediante la lettura in combinato disposto con l'art. 55 c.p., posto a disciplinare le ipotesi di eccesso colposo.

Ed infatti, laddove sussista una "collisione di interessi" si rende necessario effettuare una valutazione alla stregua di ciò che si ritiene oggettivamente "giusto", inibendo, pertanto, ogni conseguenza giuridica nei confronti dell'autore della condotta necessitata e proporzionata all'offesa *contra ius*.

In altri termini, viene effettuato un bilanciamento fra gli interessi confliggenti all'esito del quale si sacrifica un determinato bene giuridico al fine di salvaguardarne un altro ritenuto, in tal caso, "prevalente", elidendo così le conseguenze giuridiche (anche civilistiche<sup>[1]</sup>) per il soggetto agente.

L'operatività della causa di non punibilità (in senso lato, *rectius* causa di giustificazione) in parola è sottoposta alla condizione dell'integrazione di una pluralità di *essentialia* previsti dalla norma.

Nello specifico, ciò che si richiede per "scriminare" il comportamento violento dell'agente è che detto contegno sia stato reso necessario dalla sussistenza di un'aggressione attuale e ingiusta da parte di un altro consociato.

Tuttavia, onde evitare di incorrere in un indiscriminato uso della forza in risposta a qualsivoglia aggressione ingiusta, si richiede che la contro-reazione sia non solo necessaria ma anche proporzionata rispetto all'offesa.

Proprio con riferimento al requisito della proporzione, già nel 2006<sup>[2]</sup> l'istituto in parola è stato sottoposto ad un intervento di *maquillage* ad opera del Legislatore, atto a disciplinare specificamente la legittima difesa c.d. "domiciliare".

Detta novella ha introdotto una presunzione di proporzione nei casi in cui «taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione».

E la portata della riforma non si è fermata qui. Infatti al comma terzo si è previsto che «la disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale».

In maniera più che ragionevole, è stata approntata, dunque, una maggior tutela nei confronti dei soggetti che esercitano la propria "reazione" avverso un'aggressione ingiusta all'interno della propria dimora o presso il luogo in cui si esercita un'attività commerciale o affine.

Il Legislatore si è spinto sino ad affermare che la difesa domiciliare risulta "legittima" non solo nell'ipotesi in cui tale lesione sia correlata ad una reazione (che, in tal caso, si presume proporzionata) ad un'aggressione ingiusta del bene giuridico dell'incolumità personale ma anche delle *res*, sempre che non vi sia desistenza e purché vi sia pericolo di aggressione.

Occorre, tuttavia, interrogarsi sul significato di quest'ultima locuzione<sup>[3]</sup>.

Infatti, l'art. 52, secondo comma, non chiarisce a quali beni si riferisca detto pericolo di aggressione (bene vita, incolumità personale o anche i soli beni patrimoniali).

Pertanto, si rende necessaria una riflessione sul concetto di giustificante.

Si può dunque ritenere che il bene vita possa soccombere per la sola tutela di un diritto patrimoniale? È lo stesso legislatore del 1930 a risolvere il supposto interrogativo.

La parte speciale del nostro codice penale è strutturata in *climax* discendente: si parte dalla tutela dei beni giuridici che hanno rilievo primario degradando verso quelli ritenuti meno rilevanti e, in specie, si passa dalla tutela dello Stato verso la tutela dell'individuo (vita e incolumità), per giungere infine alla tutela degli interessi economici.

Appare, dunque, chiaro sin dal principio che tale pericolo non possa che intendersi riferito alla vita e alla incolumità delle persone presenti nel domicilio. E a certiorare quanto appena affermato sono gli stessi lavori preparatori della legge 59/2006 ove si specificava che «il pericolo di aggressione si riferisce alle persone e non alle cose...» e ancora «deve esserci altresì un pericolo oggettivo di aggressione ovviamente alla persona (...) lo chiarisco in questa sede per evitare equivoci».

Ma gli equivoci ci sono stati e, a quanto pare, continuano ad esserci anche in seguito all'ultima novella (*amplius infra*).

Infatti, più volte si sono resi necessari interventi della Suprema Corte che, *ex aliis* con la sentenza Cass. Pen. n. 28802/2014, ha ribadito che «la presunzione legale di proporzionalità nella legittima difesa domiciliare non potrà giustificare l'uccisione con uso legittimo delle armi di un ladro introdottosi in casa quando sia messo in pericolo soltanto un bene patrimoniale dell'agredito».

D'altronde, diversamente opinando si andrebbe irrimediabilmente a ledere il principio sancito dall'art. 2, comma secondo, della Convenzione EDU, che ammette la liceità dell'uccisione di una persona da parte del soggetto aggredito soltanto ove tale comportamento risulti "assolutamente necessario" al fine di respingere una violenza illegittima in atto contro una persona e non una semplice aggressione al patrimonio.

## **1.2. La riforma del 2019 e la difesa "sempre" legittima**

«Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste sempre il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o la altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione».

E ancora.

«Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un

atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone».

Queste le novelle all'art. 52 c.p., introdotte con la l. 36/2019.

“Sempre”<sup>[4]</sup>. Non può certamente affermarsi che l'utilizzo dell'avverbio in parola sia invalso nella tecnica di redazione delle norme giuridiche, specie in ambito penalistico, specie con riferimento a norme aventi carattere derogatorio rispetto alle fattispecie incriminatrici.

La ragione è presto che spiegata.

È, infatti, assai raro che la risposta ad un quesito giuridico sia “sì” o “no”. La risposta alla maggior parte degli interrogativi di cui è costellata la Via della Legge è: “dipende”.

Ed infatti, innumerevoli sono le variabili che incidono sull'operatività di ciascun istituto, essendo parimenti innumerevoli le sfaccettature della realtà fenomenica che costituiscono le circostanze fattuali che il giurista deve tenere in considerazione. Ciò in quanto è proprio la valutazione di dette circostanze che, ad esempio, porta a quel giudizio di “giusto oggettivo” legittimante l'operatività dell'esimente della legittima difesa.

Ebbene, una siffatta nuova formulazione della norma sembrerebbe condurre, non solo ad una presunzione di proporzione come avveniva già ad opera della novella del 2006, quanto piuttosto ad una vera e propria presunzione assoluta di legittimità della reazione nel caso in cui l'aggressione sia caratterizzata dall'uso di armi (*rectius* anche dalla sola minaccia dell'uso di armi): al comma quarto sembrerebbe essere stato introdotto, dunque, un vero e proprio automatismo atto a superare anche il complesso accertamento circa la “necessità della difesa”.

Il giudice di merito, dunque, dovrebbe limitarsi ad accertare che il fatto sia stato commesso nei casi di cui all'art. 614 e che la reazione dell'agente fosse volta a respingere l'intrusione violenta o anche solo connotata dalla “minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica”.

La maggiore ampiezza della presunzione in parola, rispetto a quella introdotta nel 2006 è, dunque, indubbia, interessando non solo il requisito della proporzione ma anche quello della necessità della difesa.

Parrebbe così venire irrimediabilmente eroso il carattere eccezionale e di *extrema ratio* della forma di autotutela della legittima difesa.

Se, infatti, la presunzione di proporzione può essere ritenuta ragionevole, a fronte di un'intrusione violenta nei luoghi di cui all'art 614 c.p., non è altrettanto semplice affermare lo stesso con riferimento alla presunzione afferente al requisito della necessità della difesa, in quanto, ove fossero possibili condotte di reazione alternative lecite o meno lesive, l'offesa nei confronti dell'aggressore diventerebbe quasi un

*commodus discessus.*

Ed infatti, parte della dottrina ha sin da subito espresso le proprie perplessità con riferimento a tale presunzione circa il requisito di necessità della difesa, paventando una radicale illegittimità della stessa per violazione dell'art. 3 della Costituzione<sup>[5]</sup>.

Peraltro, ove dalla reazione conseguisse un esito letale, il requisito della necessità dovrebbe ritenersi convenzionalmente imposto dalla Convenzione EDU e dunque non suscettibile di alcuna presunzione legale<sup>[6]</sup>.

Ma la Legge 36/2019 non si è limitata a novellare unicamente l'art. 52 c.p., incidendo profondamente anche sulla disposizione di cui all'art. 55 del Codice.

Ed infatti, viene introdotto un nuovo ultimo comma in cui si attribuisce rilievo decisivo alla sussistenza di una minorata difesa e allo stato di «grave turbamento» del soggetto che reagisca ad un'offesa alla propria o altrui incolumità.

Una siffatta riforma dell'eccesso colposo, per la verità, appare ispirarsi, neppure troppo velatamente a quanto già previsto in taluni orientamenti stranieri in cui già da tempo si prevede la non punibilità dell'eccesso colposo di legittima difesa nelle ipotesi di turbamento, confusione, paura o spavento<sup>[7]</sup>.

Va da sé che il grave turbamento deve, all'evidenza, essere valutato in maniera obbiettiva, dovendosi accertare che lo stesso si fosse effettivamente determinato per circostanze oggettive della concreta situazione in cui si è manifestato, per come peraltro precisato dallo stesso Presidente della Repubblica nella lettera di accompagnamento del testo promulgato indirizzata alle più alte cariche dello Stato<sup>[8]</sup>.

Detta impostazione appare ben distante rispetto alla tecnica legislativa utilizzata per la redazione del testo originario del Codice Rocco, caratterizzato da norme in cui vige il "primato dell'oggettività del fatto di reato" e in cui non si valorizzano le dinamiche psicologiche che determinano il soggetto agente ed è da assimilare ad una differente impostazione, tratta da ordinamenti stranieri, quale quello tedesco, in cui si tende a dare maggior peso al profilo "soggettivo", il cui accertamento avviene, in ogni caso, mediante l'analisi di dati oggettivi.

Ad ogni buon conto, la modifica di tale norma, tuttavia, non ha all'evidenza inciso in alcun modo sulla indispensabilità della sussistenza della necessità di difendersi da un pericolo attuale di un'offesa ingiusta, versandosi altrimenti al di fuori del perimetro operativo dell'art. 52 e, dunque, 55 c.p..

D'altra parte, anche il fatto che il Legislatore abbia ritenuto opportuno novellare l'art. 55 – piuttosto che l'art. 59 c.p.<sup>[9]</sup> – assume un non secondario rilievo in quanto determina un'esclusione della punibilità nei soli casi in cui l'eccesso di legittima difesa sia colposo e quindi punibile ex art. 55, 1° comma, ma non anche quando

la legittima difesa sia meramente putativa<sup>[10]</sup>.

Ne consegue che ad essere stato rimodellato non è il confine della causa di giustificazione obiettiva: è avvenuta una restrizione della responsabilità penale, per ragioni afferenti al profilo soggettivo, senza intaccare in alcun modo il perimetro di ciò che si ritiene "obbiettivamente giustificato".

Parrebbe dunque opportuno affermarsi che, diversamente dall'ipotesi di elisione della antigiuridicità del fatto di cui all'art. 52 c.p., l'ipotesi di cui all'art. 55 c.p. codificherebbe una mera "scusante", fondata su di un giudizio di "inesigibilità" di un comportamento alternativo, che tiene in debita considerazione la difficoltà di reagire in maniera ponderata in situazioni di minorata difesa o di grave turbamento dovuti ad una situazione di pericolo in atto.

In altri termini, a ben vedere, dopo la recente novella, l'accertamento relativo alla sussistenza scriminante della legittima difesa e dell'eccesso colposo è ben differente a seconda che la dinamica sia avvenuta all'interno o al di fuori dei luoghi di cui all'art. 614 c.p..

In specie, nelle ipotesi di legittima difesa non domiciliare continua ad operare un giudizio *ex ante* su base parziale delle specifiche circostanze fattuali che connotano la fattispecie concreta, rimesso all'apprezzamento del Giudice.

Detto apprezzamento deve avvenire tenendo conto di tutti gli elementi fattuali, anche antecedenti all'azione, onde verificare l'eventuale insorgenza di un erroneo convincimento di dover difendere sé o altri da un'ingiusta aggressione, senza tener conto, a norma dell'art. 90 c.p., degli stati emotivi.

Differente è invece l'accertamento da effettuarsi nel caso in cui l'aggressione avvenga nei luoghi di cui all'art. 614 c.p..

Ed infatti, in tali ipotesi operano le predette presunzioni di proporzione e assume rilievo l'eventuale sussistenza di uno stato di grave turbamento o di una minorata difesa, derivanti dalla situazione di pericolo, con la conseguenza che l'esimente può trovare piena operatività anche nei confronti di colui che ecceda i limiti di cui all'art. 52 c.p., a norma del novellato art. 55.

Ad ogni buon conto, va rimarcato come in sede di promulgazione della L. 36/2019, il Capo dello Stato abbia inteso porre alcuni *caveat* sulla portata della novella.

In primo luogo, ha ritenuto opportuno ribadire l'immanenza del principio per cui la responsabilità nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini è dello Stato, essendo del tutto residuali ed eccezionali le ipotesi in cui si legittima l'autotutela.

In secondo luogo, e consequenzialmente rispetto all'assunto di cui sopra, ha ribadito la *ratio* dell'istituto della



legittima difesa, destinato ad operare nelle sole ipotesi in cui vi sia una condizione di “necessità”.

Conclusa la disamina strutturale della riforma, si rende necessario effettuare un’analisi dell’interpretazione resane dai giudici delle leggi.

## 2. I primi significativi arresti della Suprema Corte sul punto

Prima del concludersi dell’anno solare in cui il Legislatore è intervenuto sulla legittima difesa, la Suprema Corte ha avuto modo di intervenire con una pluralità di pronunce sul punto, talune delle quali pregevolmente caratterizzate da una – necessaria quanto accorta – attività ermeneutica delle novellate disposizioni.

Con una prima pronuncia<sup>[11]</sup>, la cui udienza si è tenuta poco più di un mese dopo l’entrata in vigore della riforma, ha sinteticamente chiosato sulla portata della novella normativa, effettuando una prima *actio fiunium regundorum* sull’attuale operatività dell’istituto.

I giudici di legittimità si sono soffermati, in primo luogo, sulla portata delle presunzioni di proporzionalità della reazione di cui al comma 3 dell’art. 52 e di sussistenza della scriminante di cui al successivo comma 4.

La assoluta centralità dei temi afferenti la proporzione e l’eccesso colposo è più che palese in quanto, come evidenziato dai professori dell’AIPDP nel comunicato succitato, colui che viene aggredito e che è costretto a difendersi “non ha la bilancia in mano”<sup>[12]</sup>.

Ebbene, sconfessando lo *slogan* dei redattori della novella, la Suprema Corte sottolinea come l’utilizzo dell’avverbio “sempre” rafforzi solo all’apparenza le suddette presunzioni, lungi dal renderle assolute e dal generalizzare l’operatività dell’esimente.

*A fortiori*, evidenzia la Corte, ciò è comprovato dalla permanenza nell’ordinamento dell’eccesso colposo, seppur parzialmente modificato dalla medesima riforma (per come si vedrà *infra*).

Appare dunque tutt’altro che peregrina l’affermazione per cui sarebbe corretto non tanto affermarsi che “la difesa è sempre legittima” quanto piuttosto, seppur tautologicamente, che «la legittima difesa è sempre legittima»<sup>[13]</sup>.

Ed infatti, nel prosieguo della motivazione i giudici sottolineano che, in primo luogo le predette presunzioni sono ancorate a dei limiti testuali ben precisi (es. la violenza o minaccia di cui al comma quarto) e che, in ogni caso, possono operare unicamente ove sussistano i presupposti generali per l’operatività dell’esimente della legittima difesa.

In sintesi, ciò che chiarisce la Corte è che, al contrario di quanto propagandato, la difesa non è *sempre* legittima, ma lo è unicamente nelle ipotesi in cui vi sia una aggressione ingiusta e attuale e allorché la reazione sia stata necessaria, non essendo in alcun modo mutata la *ratio* dell'istituto. D'altro canto, differentemente opinando, si lederebbero irrimediabilmente una pluralità di principi sanciti dalla Costituzione e dalla Convenzione EDU.

Ancor più ricca di spunti di riflessione è la sentenza Cass. Pen. n. 49883 del 10.12.2019 della III sezione penale (ud. 10.10.19), con cui la Corte ha affrontato non solo il tema dell'operatività in genere della novellata legittima difesa, bensì anche le ulteriori delicatissime tematiche della tutela dei soli beni patrimoniali e del grave turbamento.

Sotto il primo profilo, inevitabilmente, le conclusioni sono state pressoché le medesime della precedentemente citata Cass. Pen. Sez. V, n. 40414/2019.

Ed invero, ripercorrendo gli arresti giurisprudenziali successivi alla novella del 2006, la Corte evidenzia l'impossibilità di fruire della presunzione di proporzione in assenza degli *essentialia* per l'operatività della legittima difesa, quali l'attualità dell'offesa ingiusta e la necessità della reazione, all'evidenza prodromici ad una eventuale valutazione in punto di proporzionalità.

Nessuna riforma del dato testuale dell'art. 52 c.p. può infatti superare i principi costantemente rammentati dalla Corte Costituzionale secondo cui l'istituto della legittima difesa postula inevitabilmente una reazione ad un'offesa in atto, non essendo in alcun modo configurabile allorché l'offesa si sia esaurita o laddove l'intento della reazione sia quello di prevenire un male futuro o meramente eventuale (*ex plurimis*, C. Cost. Sent. n. 225/1987).

La seconda questione analizzata dalla Corte nella pronuncia in esame ha ad oggetto un ricorrente interrogativo (già affrontato e risolto conformemente *supra sub* I.I.): può la legittima difesa – e in particolare la presunzione di cui al secondo comma<sup>[14]</sup> – operare nelle ipotesi di aggressione dei soli beni patrimoniali?

Come evidenziato *supra*, pare che i *caveat* posti nella relazione alla riforma del 2006 e le statuizioni della Suprema Corte sul punto non siano riusciti a porre fine ai dubbi interpretativi sul comma in parola, inciso dalla riforma del 2019 per la sola aggiunta dell'avverbio "*sempre*".

Ebbene, precisa la Corte che, sotto questo profilo, nulla è cambiato.

Difatti, ove sussista la necessità della difesa contro un pericolo attuale di un'offesa indirizzata ai soli beni patrimoniali la reazione violenta potrà essere scriminata e potrà operare la presunzione di proporzionalità solo laddove non vi sia desistenza dall'azione criminale e laddove da ciò consegua un pericolo di aggressione personale.

Si rende pertanto necessario un giudizio prognostico sulla ragionevole possibilità che il malintenzionato, pur mirando a commettere unicamente reati contro il patrimonio e avendo attualmente offeso unicamente quel bene giuridico, possa porre in essere repentinamente azioni lesive del bene giuridico ulteriore dell'incolumità personale o persino della vita laddove non vi sia una reazione violenta – ma necessaria – del soggetto i cui beni sono stati aggrediti.

Infine, nella pronuncia in esame, viene analizzato il delicato tema dell'eccesso colposo "non punibile" in quanto avvenuto in ragione di una minorata difesa o di un grave turbamento.

Infatti, in tema di eccesso colposo, la novella legislativa ha, all'evidenza, ristretto l'area delle condotte penalmente rilevanti e stabilito l'esclusione dalla punibilità quando l'aggredito abbia reagito a tutela della propria o altrui incolumità «in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto». La difficile ricostruzione di detto aspetto psicologico diviene dunque un onere del giudice di merito, il quale, come già premesso dallo stesso Capo dello Stato, non potrà che attenersi a parametri oggettivi, non potendo assumere alcun rilievo gli stati d'animo che abbiano ragioni e cause già esistenti o diverse<sup>[15]</sup>.

Ed è proprio questo accertamento che la Suprema Corte richiede di effettuare al giudice della fase rescissoria, tenuto a vagliare la sussistenza degli estremi per l'applicabilità della causa di non punibilità *latu sensu* di cui all'art. 55 c.p..

In via preliminare, i giudici di legittimità precisano come sia del tutto indubbia l'applicabilità della disciplina novellata alle condotte occorse antecedentemente alla riforma, in ossequio al principio della retroattività *in bonam partem* di cui all'art. 2 c.p., per come costantemente interpretato dalla giurisprudenza (in motivazione viene richiamata Cass. Pen. sez. IV n. 28782/2019).

Ciò posto, viene evidenziato, come la disposizione riformata non abbia introdotto una nuova giustificante da aggiungersi al novero di quelle già codificate, non essendovi una totale elisione dell'antigiuridicità delle condotte colpose rispetto alle quali sia stata accertata la violazione di una regola cautelare<sup>[16]</sup>.

Ne consegue che l'accertata antigiuridicità – dovuta all'assenza di una stretta necessità dell'azione tenuta – comporta il permanere di conseguenze civilistiche, seppur attenuate, in capo al soggetto che abbia tenuto tali condotte, onerato di indennizzare *ex art.* 2044 c.c., ultimo comma<sup>[17]</sup>.

La Corte sottolinea, inoltre, le numerose restrizioni all'applicazione della novella dell'art. 55: il nuovo comma dell'art. 55 c.p. opera unicamente con riferimento alla scriminante della legittima difesa e, più nello specifico, ai soli commi II e III dell'art. 52.; acclarato che si tratti di una di dette ipotesi è, dunque, necessario accertare che sussistano dei profili di responsabilità dell'agente, il quale deve essersi discostato dalle regole di condotta che avrebbe seguito *l'homo eiusdem condicionis et professionis*; accertati i profili di colpa, con conseguente soggettiva rimproverabilità, si rende necessario valutare la sussistenza di una delle due

condizioni legittimanti l'operatività del comma 2 di cui all'art. 55, ovverosia la minorata difesa o il grave turbamento derivanti dal pericolo in corso.

Detto ultimo accertamento non è affatto semplice in quanto non può esaurirsi nella mera verifica circa la sussistenza degli elementi costitutivi della minorata difesa o del grave turbamento. Infatti, si rende necessario verificare che questi abbiano oggettivamente influito sulla valutazione circa la necessità di reagire in tal guisa all'offesa, con conseguente oggettiva induzione in errore dell'agente<sup>[18]</sup>.

D'altra parte, evidenziano i giudici che ove si prescindesse dalla puntuale verifica di tutti i suddetti elementi, si perderebbe di mira la *ratio* ispiratrice dell'istituto, che pone un correttivo al giudizio di rimproverabilità<sup>[19]</sup>, che in ogni caso consiste in una prognosi *ex ante* su base parziale.

Infine, concludono i giudici, nell'accertamento in parola non possono che assumere un rilievo centrale proprio quegli stati d'animo e i timori personali (seppur da valutare ancorandoli a dati obiettivi e seppur unicamente ove derivino dalla situazione di pericolo in atto) che, fino a tale riforma, secondo la giurisprudenza di legittimità<sup>[20]</sup>, in ossequio al diritto positivo, non erano di per sé sufficienti a giustificare un erroneo convincimento del soggetto aggredito e che, pertanto, erano inadeguati a scusare il soggetto.

Al fine di guidare tale accertamento, i Supremi Giudici impongono di valutare non solo l'incidenza del pericolo in atto sul turbamento dell'agente ma anche alla gravità del rimprovero che ne deriverebbe in caso di applicazione degli ordinari parametri di accertamento della colpa. Infine, si sottolinea l'importanza di valutare le circostanze del caso di specie nella loro globalità, attenzionando la lucidità o la freddezza che possono o meno contraddistinguere l'azione difensiva, anche nei momenti precedenti o successivi alla stessa.

Conclusa la disamina della pronuncia di maggior rilievo ai fini dell'analisi di taluni degli aspetti maggiormente dibattuti della novella degli istituti, va rappresentato che non paiono dissimili, seppur lambiscano più marginalmente e meno analiticamente i nodi gordiani della riforma, gli approdi di ulteriori pronunce della Suprema Corte, fra le quali si segnala, in via esemplificativa, Cass. Pen. Sez. I n. 39977/2019 che, in estrema sintesi, ha ribadito, in primo luogo, come l'aggiunta dell'avverbio "sempre" non abbia comportato un'indiscriminata espansione dell'area di non punibilità e, in secondo luogo, che, in assenza dei presupposti applicativi della scriminante di cui si eccedano colposamente i limiti non è possibile la configurabilità dell'istituto di cui all'art. 55 c.p..

### 3. Riflessioni conclusive

I principali problemi concernenti l'esimente della legittima difesa non sono mai stati di carattere teorico o

dommatico, quanto piuttosto di carattere concreto e pragmatico, in quanto afferenti all'accertamento – nel merito – della sussistenza degli elementi atti a giustificare l'esclusione della penale responsabilità.

Così lo *iuris conditor* ha pensato di “semplificare” l'accertamento nel merito (*rectius* ha sperato di poterlo *bypassare* mediante l'utilizzo di presunzioni) non tenendo in considerazione della necessità di tener conto di tutti i principi costituzionali e degli obblighi assunti dallo Stato al livello sovranazionale e internazionale.

Ed infatti, dalla sintesi di quanto sin qui evidenziato, si delinea un quadro che può solo parzialmente superare le perplessità dei primi commentatori della riforma.

Vero è che, come evidenziato dall'AIPDP, sussiste un delta non indifferente fra lo *slogan* della difesa “sempre legittima” e la reale portata applicativa delle esimenti di cui agli artt. 52 e 55 c.p., ma vero è anche che talune delle previsioni normative non paiono offrire addentellati utili allo scopo di giungere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni tale da escludere la lesione di principi intangibili del nostro ordinamento[21].

Se, infatti, l'interpretazione *secundum constitutionem* del comma secondo dell'art. 52 c.p. può “neutralizzare” i possibili profili di incostituzionalità, per come evidenziato dalla Suprema Corte nella recentissima statuizione analizzata *supra*[22], lo stesso non parrebbe possibile con riferimento al comma quarto del medesimo articolo.

Pur non entrando nel merito con riferimento al comma quarto, disposizione che desta le maggiori perplessità, la Suprema Corte, nella succitata recentissima statuizione in tema di legittima difesa ha evidenziato come, in ogni caso, l'interprete sia vincolato ai principi Costituzionali e internazionali (Convenzione EDU e Patto internazionale sui diritti civili) che impongono un ponderato bilanciamento fra la tutela dell'aggredito e il bene vita dell'aggressore.

In un'altra delle pronunce della Suprema Corte succitate *l'impasse* parrebbe superato – seppur in un *obiter dictum* – semplicemente affermando che la nuova ipotesi della legittima difesa domiciliare presunta non avrebbe carattere assoluto e non comporterebbe dunque un automatismo *strictu sensu*[23], potendo dunque essere letta in senso conforme ai principi costituzionali e internazionali.

Tuttavia ben pochi paiono i margini di manovra dell'interprete con riferimento alla presunzione di legittimità della difesa di cui al comma quarto.

Ne consegue che la sussistenza di una generica presunzione di legittimità della difesa nei casi in cui l'intrusione nel domicilio sia connotata da violenza o minaccia dell'uso di armi o altri mezzi di coazione parrebbe, allo stato, non avere un opportuno “contrappeso” atto a scongiurare la lesione non necessitata e dunque evitabile del bene vita dell'intruso.

In sintesi, il quadro emergente dalla novella e dalla lettura resane dalla giurisprudenza e dalla dottrina è il seguente.

L'introduzione del lemma "sempre" all'interno del secondo comma non ha comportato alcun mutamento di fatto della presunzione che resta certamente interpretabile in un'ottica costituzionalmente orientata, confermando la portata simbolica dell'intervento sul punto.

Differente è il discorso con riferimento all'ultimo comma di cui all'art. 55 c.p., in quanto si prevede una riduzione dell'area del penalmente rilevante ad opera di una esimente atta a elidere non l'antigiuridicità del fatto quanto la colpevolezza del soggetto, non rimproverabile in quanto sopraffatto dal turbamento o dalla minorata difesa ingenerati dall'aggressione in atto.

Infine, v'è la presunzione di legittimità della difesa domiciliare avverso offese peculiarmente connotate di cui al comma quarto del novellato art. 52 c.p., sul quale non si registrano, allo stato, pronunce di legittimità, che parrebbe all'evidenza passibile di un'emenda in sede di giudizio di legittimità costituzionale per contrarietà ai principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost. e di cui all'art. 117 Cost. quale norma interposta in relazione alla Convenzione EDU.

In conclusione, non resta che attendere ulteriori sviluppi interpretativi e applicativi sulla presunzione in parola, nella speranza che i timori dei primi commentatori della riforma non si concretizzino e che dunque i cittadini non travisino il dato normativo, ritenendo di poter "legittimamente offendere" qualunque intruso nella propria abitazione, pur in assenza di una stretta necessità di una siffatta reazione.

*\* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.*

[1] Va infatti rammentato che secondo parte della dottrina che all'interno della categoria delle esimenti possono distinguersi le c.d. cause di giustificazione, che elidono *in toto* l'antigiuridicità del fatto, le scriminanti, atte ad elidere la sola antigiuridicità penale, lasciando intatte le eventuali pretese civilistiche e le scusanti, che elidono la rimproverabilità sotto il profilo soggettivo, per cui un fatto antigiuridico non è soggettivamente rimproverabile (per un approfondimento sul punto si fa rinvio a MEZZETTI, *Diritto Penale, casi e materiali*, Zanichelli, 2017).

[2] Con la L. 13 febbraio 2006 n.59.

[3] Per una più approfondita riflessione sul punto si fa rinvio a Romano, *La difesa è "sempre" legittima?* in *Illyrus, International Scientific Review*, n. 11 (n. II 2018).

[4] Sulla dubbia opportunità di una siffatta formulazione della novella ha avuto modo di esprimersi l'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale che con un comunicato pubblicato su [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it) ha evidenziato l'evidente inganno che si cela dietro l'utilizzo di un termine

apparentemente avente la funzione di generalizzare la portata operativa dell'istituto ma che, in concreto, non può che scontrarsi con la necessità dell'integrazione di tutti gli altri *essentialia* della scriminante (attualità dell'offesa e necessità della difesa) che ne ridimensionano inevitabilmente (quanto opportunamente) l'applicazione. E, concludono i professori nel loro comunicato, *chi propone la riforma sa benissimo tutto ciò ma, non dicendolo all'opinione pubblica, non rende un servizio alla verità. A meno che non intenda davvero presentare un progetto illegittimo, che voglia mandare assolto l'agredito che si difende a prescindere da ogni necessità e proporzione. Ma tale esito, come prima osservato, risulta contrario ai principi costituzionali, convenzionali e internazionali*".

[5] In tal senso Gatta, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in *Dir. pen. cont* su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

[6] Ed invero, come già evidenziato *supra sub* par. 1.1. l'uso della forza letale a fini di difesa in assenza dell'effettiva necessità sarebbe contrario a Costituzione per violazione dell'art. 117, co 1 Cost., in rapporto all'art. 2, comma 2, lett. a) C.E.D.U..

[7] In via esemplificativa, nel codice penale tedesco al § 33 si prevede la non punibilità per l'eccesso (*Überschreitung der Notwehr*) *aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken*, in maniera pressoché sovrapponibile alla previsione del novellato art. 55 c.p..

[8] "è evidente che la nuova normativa presuppone, in senso conforme alla Costituzione, una portata obiettiva del grave turbamento e che questo sia effettivamente determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta", scrive il Presidente Mattarella ai Presidenti delle Camere e del Consiglio.

[9] Ed infatti, differentemente dalla riforma in esame, un progetto di legge approvato nella XVII legislatura dalla Camera da una maggioranza ben differente da quella odierna (il cui primo firmatario, peraltro, era l'attuale vice-presidente del CSM On. Ermini) prevedeva una modifica dell'art. 59 (errore sulla situazione scriminante), con conseguente non punibilità dell'eccesso colposo anche in danno di un supposto aggressore. Ed infatti, segnatamente si prevedeva che *"la colpa dell'agente è sempre esclusa quando l'errore è conseguenza del grave turbamento psichico causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione in situazioni comportanti un pericolo attuale per la vita, per l'integrità fisica, per la libertà personale o sessuale"*.

[10] In tal senso, cfr. Pulitanò, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. n. 5/2019.

[11] Cass. Pen. Sez. V, 2 ottobre 2019 n. 40414 (ud. 13.06.2019).

[12] *"non habet staderam in manu"*.

[13] Così Pulitanò, *legittima difesa*, cit., in *Dir. pen. cont.*, fasc. n. 5/2019.

[14] La Suprema Corte, nella pronuncia in esame non analizza la proporzione di cui al novellato comma 4, in quanto non applicabile al caso in esame, pur tuttavia esprimendo dei principi di carattere generale che possono orientare la lettura dell'intera disposizione *secundum constitutionem*.

[15] Appare particolarmente calzante un parallelismo con la fattispecie di parte speciale dell'infanticidio, in cui, al pari di quanto deve avvenire con riferimento all'accertamento della scusante di cui al novellato art. 55 c.p., si impone un accertamento circa la oggettiva sussistenza delle condizioni di abbandono materiale e morale, da apprezzarsi sotto il profilo soggettivo; sul punto, cfr. Bozheku, *L'infanticidio*, Jovene Editore, 2012, 311.

[16] Si fa rinvio alla differenziazione fra le differenti categorie di esimenti di cui sopra, tratta da MEZZETTI, *Diritto Penale, casi e materiali*, Zanichelli, 2017

[17] Introdotto a norma dell'art. 7 della L. 36/2019, che testualmente recita "*Nel caso di cui all'articolo 55, secondo comma, del codice penale, al danneggiato è dovuta una indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in essere dal danneggiato*".

[18] Ne consegue che la stessa Suprema Corte qualifica come "scusante" l'esimente di cui all'art. 55 comma II c.p..

[19] Il fatto in questione sarà, infatti, da considerarsi oggettivamente rimproverabile ma soggettivamente "scusato" sotto il profilo penalistico.

[20] In tal senso Cass. Pen. Sez. I, 5.3.2013 n. 13370.

[21] In tal senso Amore, *sub art. 52 c.p.*, in Padovani, *Le fonti del diritto italiano, Codice penale* (a cura di), Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

[22] Il riferimento è alla già analizzata Cass. Pen., Sez. III, 10.12.2019 n. 49883.

[23] Ancorché tale affermazione non pare del tutto convincente, in quanto il dato letterale sembra difficilmente suscettibile di interpretazioni conformi a Costituzione.