

Quaderni di

DIRITTO PENALE COMPARATO, INTERNAZIONALE ED EUROPEO

SECONDA SERIE

Collana diretta da A. Bernardi, M. Donini, V. Militello, M. Papa, S. Seminara

Francesco Macrì

EFFETTIVITÀ E LIMITI COSTITUZIONALI DELLA LEGITTIMA DIFESA: DAL *FAR WEST* AL *FAIR RISK*



11 DIRITTO
PENALE COMPARATO



G. GIAPPICHELLI EDITORE

Quaderni di

DIRITTO PENALE COMPARATO, INTERNAZIONALE ED EUROPEO

SECONDA SERIE

Collana diretta da A. Bernardi, M. Donini, V. Militello, M. Papa, S. Seminara



11 DIRITTO
PENALE COMPARATO

La scienza penale è ormai collocata in un circuito culturale che travalica i confini degli Stati, a causa dell'internazionalizzazione del sapere giuridico, nonché dei nessi sempre più stretti tra le scelte dei legislatori e le decisioni dei giudici interni, sovranazionali, internazionali.

In ragione del sempre più frequente apporto plurilivello di formanti legislativi e giurisprudenziali, il diritto penale tende oggi a configurarsi come un sistema misto, a cavallo tra civil e common law. Ciò impone una diversa apertura rispetto a tradizionali approcci teorici, consuetudini interpretative e prassi applicative.

Attraverso la pubblicazione di saggi, monografie e manuali in lingua italiana o inglese, la collana intende approfondire la materia penale in una prospettiva attenta al raffronto tra dottrine e sistemi giuridici diversi, ovvero alle problematiche poste dall'interazione tra fonti di provenienza eterogenea.

L'individuazione di tre principali direttive d'indagine – la comparazione nelle discipline penalistiche, il diritto penale internazionale e il diritto penale europeo – vale semplicemente a evidenziare una più ampia e aggiornata dimensione di studio della questione criminale.

Francesco Macrì

EFFETIVITÀ E LIMITI
COSTITUZIONALI DELLA
LEGITTIMA DIFESA:
DAL *FAR WEST* AL *FAIR RISK*



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3410-2

ISBN/EAN 978-88-921-8817-4 (ebook - pdf)

I volumi pubblicati nella presente Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (double blind peer review), secondo un procedimento standard concordato dai Direttori della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

*A mia Madre,
a mio Padre,
al Maestro Michele Papa,
alla Maestra Paz de la Cuesta Aguado,
e a tutti coloro che sanno cogliere
il lato più profondo ed umano della Giustizia*

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Elenco abbreviazioni dei titoli delle riviste giuridiche</i>	XIII
Introduzione	
Una “scriminante conflittuale” da sottrarre all’irrazionalità del populismo penale	1
Capitolo I	
Il fondamento ideologico della legittima difesa tra teorie monistiche e dualistiche	
1. Teorie monistiche di matrice individualistica/personalistica	10
1.1. Le impostazioni incentrate sulla coazione morale e sull’istinto di conservazione	12
1.2. Gli orientamenti imperniati sulla responsabilità dell’aggressore per violazione della pace sociale (“ <i>neminem laedere</i> ”)	14
1.3. Il diritto di legittima difesa (<i>Notwehrrecht</i>) quale diritto natura- le dell’uomo	16
2. Teorie monistiche di matrice <i>ultra-individualistica</i> /pubblicistica	19
2.1. La difesa legittima quale strumento di conservazione dell’intero ordinamento giuridico, o di riaffermazione del suo valore nor- mativo	20
2.2. L’aggredito quale destinatario di delega ipotetica della potestà di polizia (c.d. “cittadino poliziotto”), e l’idea della legittima difesa come sanzione	23
3. Teorie dualistiche	26
4. Tesi propugnata: il diritto di “autodifesa necessitata” quale diritto na- turale “convertito” in diritto costituzionalmente garantito	29

Capitolo II

La disciplina normativa dell'istituto
nel codice penale italiano e nello StGB tedesco

1. La legittima difesa nel codice penale italiano	36
1.1. La disciplina “generale” <i>ex art. 52/1 c.p.</i>	38
1.1.1. La condotta aggressiva ed il pericolo attuale di una offesa ingiusta	38
1.1.2. La condotta difensiva e la sua realizzazione imposta dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui	41
1.1.2.1. La necessità della condotta difensiva dell'agredito	44
1.1.2.2. La proporzione tra difesa ed offesa	48
1.2. La legittima difesa domiciliare a seguito delle riforme del 2006 e 2019	51
1.3. L'eccesso colposo (art. 55/1 c.p.) e la legittima difesa putativa (art. 59/4 c.p.)	63
2. <i>Notwehr</i> e <i>Notwehrexzess</i> nello StGB tedesco	67
2.1. La scriminante di legittima difesa del § 32 StGB	68
2.1.1. L'aggressione anti giuridica attuale (“ <i>Notwehrlage</i> ”)	69
2.1.2. La reazione difensiva necessitata (“ <i>Notwehrhandlung</i> ”)	73
2.1.2.1. La necessità della condotta difensiva (“ <i>Erforderlichkeit</i> ”)	73
2.1.2.2. L'ammissibilità etico-sociale della difesa (“ <i>Gebotenheit</i> ”)	78
2.1.3. La connotazione “soggettivistica” della disciplina del <i>Notwehr</i> e la disciplina (non normativa) dell'errore	80
2.2. La scusante per i casi di eccesso “astenico” <i>ex § 33 StGB</i>	83

Capitolo III

La legittima difesa negli ordinamenti
spagnolo, francese, e polacco

1. La <i>legítima defensa</i> nel <i>código penal</i> spagnolo	93
1.1. L'esimente di legittima difesa (art. 20.4. c.p.e.)	93
1.2. L'esimente incompleta di legittima difesa <i>ex art. 21.1. c.p.e.</i>	100
1.3. L'esimente di “terrore insuperabile” (art. 20.6. c.p.e.)	101
2. <i>Légitime défense</i> e modello differenziato nell'ordinamento francese	104
2.1. La legittima difesa di beni personali (art. 122-5/1 c.p.f.)	105
2.2. La legittima difesa di beni patrimoniali (art. 122-5/2 c.p.f.)	111
2.3. Le presunzioni (relative) di cui all'art. 122-6 c.p.f.	113

	<i>pag.</i>
3. La disciplina della <i>obrona konieczna</i> nel <i>kodeks karny</i> polacco	114
3.1. La scriminante di legittima difesa (art. 25/1 k.k.)	114
3.2. La scusante per l'eccesso difensivo dovuto a paura o turbamento (art. 25/3 k.k.)	115
3.3. La scusante/attenuante per gli altri casi di eccesso difensivo (art. 25/2 k.k.), e la prassi applicativa polacca	116
3.4. L'esimente introdotta nel 2018 per gli eccessi difensivi domiciliari (art. 25/a k.k.)	117

Capitolo IV

Gli elementi nucleari della legittima difesa

1. La necessità, la proporzione ed il loro fondamentale – ma diverso – ruolo nell'enucleazione di una disciplina funzionale e costituzionalmente orientata	122
2. Il concetto di aggressione ingiusta ad un bene giuridico, e i criteri per determinarne la sussistenza	125
2.1. I beni giuridici la cui messa in pericolo può fondare il diritto di difesa necessitata	125
2.2. L'ingiustizia dell'aggressione/offesa	126
2.3. I criteri per ravvisare la sussistenza di un'aggressione ingiusta indipendentemente dalla sua attualità	127
3. Il carattere attuale dell'aggressione/pericolo	132
3.1. La necessità di valutare l'attualità dell'aggressione da una prospettiva <i>ex ante</i> di tipo oggettivo	132
3.1.1. Il parametro oggettivo dell'osservatore ragionevole ai fini della valutazione <i>ex ante</i> dell'attualità dell'aggressione	137
3.2. L'aggressione imminente	138
3.3. L'aggressione perdurante	148
4. La necessità della reazione difensiva	152
4.1. Il criterio temporale e personale per valutare la sussistenza della necessità difensiva: prospettiva <i>ex ante</i> oggettiva con riferimento ad un "osservatore ragionevole"	154
4.2. L' <i>ubi consistam</i> della necessità difensiva nell'ottica dell'effettività difensiva "costituzionalmente orientata"	157
4.2.1. Il fondamentale contributo dato dalle scienze empiriche extra-giuridiche in materia (psicologia, discipline di combattimento, ecc.)	161
4.2.1.1. I fattori "interni", di tipo psicologico e biologico, condizionanti l'effettività della condotta difensiva	162

4.2.1.2.	I fattori “esterni” condizionanti (struttura fisica e numero di aggressori e aggrediti, efficacia difensiva delle tecniche di combattimento, ecc.)	166
4.3.	Analisi della prassi applicativa in materia di necessità difensiva delle Supreme Corti italiana e tedesca	174
4.3.1.	La superiorità numerica degli aggressori	176
4.3.2.	L’abilità nell’uso delle arti marziali e l’esperienza di combattimento	178
4.3.3.	I casi in cui venga impiegata un’arma: la c.d. “dottrina dell’utilizzo per gradi”	180
4.3.3.1.	L’utilizzabilità difensiva delle armi da taglio	181
4.3.3.2.	L’utilizzabilità difensiva delle armi da fuoco	183
4.3.4.	L’inesigibilità della resa e della fuga	185

Capitolo V

Gli altri elementi strutturali: proporzione e “limitazioni etico-sociali” del diritto di difesa, e *animus defendendi*

1.	Proporzione tra aggressione e reazione, e <i>Gebotenheit</i> , quali limiti funzionali costituzionalmente orientati della “legittima difesa effettiva”	189
2.	L’ <i>ubi consistam</i> della proporzione	190
2.1.	La congruità ermeneutica di valutare la proporzionalità della reazione difensiva prendendo come riferimento il disvalore di condotta, e non il disvalore di evento: “aberrazione difensiva di risultato” e assunzione dell’onere del rischio da parte dell’aggressore	190
2.2.	Proporzione tra i mezzi impiegati e proporzione tra i beni giuridici lesi e/o messi in pericolo dal conflitto	191
2.3.	La natura intrinsecamente valutativa della comparazione tra i beni giuridici lesi e/o messi in pericolo dal conflitto innescato dall’aggressione ingiusta	192
3.	La stretta proporzione difensiva quale fattore di rischio per l’aggredito, a tutela dei diritti dell’aggressore, costituzionalmente imposto? La possibile discriminazione ai danni degli aggrediti “deboli”	199
3.1.	La <i>reductio ad unum</i> dogmatica dei casi in cui la reazione difensiva dovrebbe essere altresì “proporzionata”: il concetto di “aggressione non esistenziale”	201
4.	Tesi propugnata: la proporzione in senso stretto quale requisito costituzionale della legittima difesa nelle ipotesi di aggressioni non esistenziali	203

pag.

4.1.	La proporzione “ <i>in re ipsa</i> ” a fronte di aggressioni di non lieve entità a beni giuridici di natura personale corrispondenti a diritti fondamentali della persona (aggressioni esistenziali)	204
4.2.	L’auspicabilità di un indennizzo da parte dello Stato (anche all’agredito privato del diritto ad una reazione difensiva “effettiva” a fronte di aggressioni patrimoniali non violente	205
4.2.1.	La legislazione europea, la normativa tedesca (OEG 7.1.1985 e ss. modifiche), e la disciplina italiana (l. n. 122/2016 e ss. modifiche) in materia di indennizzo delle vittime di reati dolosi violenti	206
4.2.2.	Le criticità dell’introduzione in Italia di una normativa che preveda un obbligo risarcitorio (sussidiario) dello Stato per i danni “esistenziali” subiti dalle vittime di gravi aggressioni patrimoniali	209
4.3.	Il <i>punctum dolens</i> della frequente difficoltà per l’agredito di individuare tempestivamente l’effettivo bene giuridico posto in pericolo dall’aggressione	209
4.4.	La compatibilità della tesi sostenuta con l’art. 2 CEDU	211
5.	Le altre limitazioni etico-sociali/costituzionali del diritto di difesa ed il loro fondamento	212
5.1.	Le aggressioni provocate dall’agredito	213
5.2.	Le aggressioni da parte di soggetti non imputabili o non/parzialmente colpevoli per altra causa	216
5.3.	Le aggressioni di particolare tenuità	217
5.4.	Le aggressioni tra soggetti legati da relazioni familiari o sentimentali	218
6.	L’ <i>animus defendendi</i> e la rilevanza del medesimo in virtù della matrice ideologica individualistica del modello di legittima difesa proposto	219

Capitolo VI

Eccesso di difesa e rischio “parzialmente consentito”

tra anti giuridicità, colpevolezza e non punibilità

1.	Le reazioni psico-fisiche eccessive (<i>rectius</i> : non fisiologiche) derivanti dallo stato di ansia, paura e/o stress determinato da un’aggressione altrui, ed il loro possibile inquadramento normativo	222
2.	La classificazione oggettiva: eccesso estensivo ed eccesso intensivo	226
3.	La diversa classificazione delle tipologie soggettive di eccesso difensivo	227
3.1.	Le singole tipologie soggettive di eccesso difensivo	229

4. L'eccesso difensivo quale condotta parzialmente giustificata: la possibile configurazione di una clausola "semi-scriminante"	231
5. La legittima difesa putativa	233
5.1. L'ambito applicativo e i confini con l'eccesso estensivo temporale	235
5.2. Il presupposto applicativo: genuinità <i>versus</i> ragionevolezza	237

Capitolo VII

Prospettive *de iure condendo* e conclusioni

1. L'auspicabile costituzionalizzazione del diritto di difesa privata per casi in cui lo Stato non possa assolvere al suo obbligo di tutela della sicurezza del cittadino	240
2. Classificazione dogmatica e conseguenze sanzionatorie delle condotte di reazione difensiva	241
2.1. Le condotte difensive giustificate	241
2.2. Le condotte difensive non punibili/scusate	242
2.3. Le condotte difensive per le quali sarebbe opportuno sancire una consistente mitigazione sanzionatoria rispetto alle ordinarie pene dei delitti colposi e dolosi, in quanto "semi-scrimate"	243
3. Come innestare il propugnato modello differenziato "duale" di disciplina della legittima difesa nell'ordinamento giuridico italiano (e potenzialmente anche in altri ordinamenti europei)	244
3.1. Soluzione preferibile: l'introduzione di un impianto normativo radicalmente diverso da quello attuale	244
3.2. Soluzione alternativa "legislativa": una riforma legislativa <i>soft</i> degli attuali artt. 52 e 55 c.p., specificando i parametri attraverso i quali determinare l'attualità dell'aggressione, la necessità della reazione difensiva e la proporzione tra difesa e offesa	245
3.3. Soluzione alternativa "giurisprudenziale": il mantenimento, previa abolizione della "legittima difesa domiciliare" e introduzione di una nuova disciplina dell'eccesso, dell'attuale assetto normativo della legittima difesa	246
4. Brevi riflessioni finali	247
 <i>Bibliografia</i>	 249

Elenco abbreviazioni dei titoli delle riviste giuridiche

<i>ADP</i>	=	Anuario de derecho penal y ciencias penales
<i>AJP</i>	=	American Journal of Physiology
<i>AJPo</i>	=	American Journal of Police
<i>AP</i>	=	Archivio penale
<i>ARLSS</i>	=	Annual Review of Law and Social Science
<i>ASC</i>	=	Anxiety, Stress and Coping
<i>AUMC</i>	=	Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska
<i>BJSM</i>	=	British Journal of Sports Medecine
<i>CM</i>	=	Corriere del merito
<i>CP</i>	=	Cassazione penale
<i>CPKNP</i>	=	Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
<i>Dig. pen.</i>	=	Digesto delle discipline penalistiche
<i>DPC</i>	=	Diritto penale contemporaneo (quotidiano giuridico)
<i>DPC-RT</i>	=	Diritto penale contemporaneo (rivista trimestrale)
<i>DPP</i>	=	Diritto penale e processo
<i>Enc. giur.</i>	=	Enciclopedia giuridica
<i>GA</i>	=	Goldammer's Archiv für Strafrecht
<i>GD</i>	=	Guida al diritto
<i>GM</i>	=	Giurisprudenza di merito
<i>GP</i>	=	Giustizia penale
<i>IP</i>	=	Indice penale
<i>JA</i>	=	Juristische Arbeitsblätter
<i>JBTEP</i>	=	Journal of Behavior Therapy and Experimental Psychiatry
<i>JCNP</i>	=	Journal of Comparative Neurology and Psychology
<i>Jura</i>	=	Juristische Ausbildung
<i>JuS</i>	=	Juristische Schulung

XIV Effettività e limiti costituzionali della legittima difesa: dal *far west* al *fair risk*

<i>JZ</i>	=	JuristenZeitung
<i>LHB</i>	=	Law and Human Behavior;
<i>LP</i>	=	Legislazione penale
<i>NKPK</i>	=	Nowa kodyfikacja prawa karnego
<i>NStZ</i>	=	Neue Zeitschrift für Strafrecht
<i>OC</i>	=	Osservatorio costituzionale
<i>PC</i>	=	Percorsi costituzionali
<i>PP</i>	=	Prokuratura i prawo
<i>PR</i>	=	Psychological Research
<i>PRPC</i>	=	Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego
<i>PSBS</i>	=	Procedia: Social and Behavioral Sciences
<i>RCP</i>	=	Responsabilità civile e previdenza;
<i>RIDPP</i>	=	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>RP</i>	=	Rivista penale
<i>RPES</i>	=	Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny
<i>RW</i>	=	Rechtswissenschaft
<i>Sgb</i>	=	Sozialgerichtsbarkeit
<i>SIS</i>	=	Sistema informativo a schede
<i>ZStW</i>	=	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Introduzione

Una “scriminante conflittuale” da sottrarre all’irrazionalità del populismo penale

Questo libro nasce con il precipuo intento di contrapporre all’irrazionalità e pericolosità di recenti tendenze populistiche¹ un modello di disciplina della legittima difesa che sia costituzionalmente orientato² ed al contempo funzio-

¹ Sul concetto di “populismo penale” v., notabilmente, S. ANASTASIA-M. ANSELMI-D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Milano, 2020; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica: il post illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019; L. FERAJOLI, *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, 1/2019, p. 79 ss.; G. INSOLERA-A. MANNA-N. MAZZACUVA-D. PULITANO-L. RISICATO- C. SOTIS *et al.*, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *DPC*, 21 dicembre 2016, p. 2 ss.; A. MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell’Accademia e dell’Avvocatura)*, in *AP*, 3/2018, p. 1 ss.; M. PELISSERO, *Politica, consenso sociale e dottrina*, in *AP*, 1/2019, p. 1 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, p. 73 ss.

² Trattasi di un’esigenza particolarmente avvertita dalla più autorevole dottrina italiana recente, che ha evidenziato le gravi criticità derivanti dalle recenti riforme in materia: v. in particolare R. BARTOLI, *Verso la “legittima offesa”*, in *DPC*, 1/2019, p. 17 ss.; F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *DPC-RT*, 3/2019, p. 1 ss.; ID., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 5 maggio 2019, p. 1 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Bologna, 2019, p. 307 ss.; M. GALLO, *Due o tre cose sul nuovo volto della legittima difesa*, in *AP*, 2/2019, p. 1 ss.; A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali*, in *LP*, 14 febbraio 2019, p. 1 ss.; G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, in *DPC*, 1^o aprile 2019, p. 1 ss.; C.F. GROSSO, *La difesa legittima dopo la L. 26 aprile 2019, n. 36*, in *DPP*, 2019, p. 888 ss.; G. INSOLERA, *Dalla legittima difesa all’offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica dell’art. 52 c.p.*, in www.questionegiustizia.it, 28 gennaio 2019, p. 1 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Milano, 2017, p. 327 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Milano p. 317 ss.; F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *DPP*, 1/2019, p. 5 ss.; ID., *Corso di diritto penale*, 7^a ed., Torino, 2018, p. 394 ss.; ID., *Costituzione e scriminanti*, in *RIDPP*, 2009, p. 1033 ss.; C.E. PALIERO, *La Legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione)*, in *LP*, 2006, p. 569 ss.; M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il*

nale. Un modello elaborato ascoltando con attenzione la domanda di sicurezza che indubbiamente proviene da ampi settori della società, ma allo stesso tempo provando a filtrare e incanalare “razionalmente”³ tale domanda nella piena osservanza dei fondamentali principi liberali di garanzia cui deve ispirarsi, sia per scelta politica che per vincolo costituzionale e internazionale⁴, il sistema penale di uno Stato democratico.

Tra tutte le cause di giustificazione previste dai moderni ordinamenti giuridici⁵, difatti, la legittima difesa spicca indubbiamente per una peculiarità decisiva, la quale ha da sempre condizionato, e sovente reso più aspro, il dibattito filosofico, sociologico, giuridico e – da ultimo – politico-mediatico: la natura conflittuale⁶. Pur se in tutte le scriminanti (salvo quella del consenso

rimpianto per il codice Rocco?, in *OC*, 5/2019, p. 106 ss.; P. PISA, *La legittima difesa tra far west ed Europa*, in *DPP*, 2004, p. 797 ss.; D. PULITANÒ, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *DPC*, 5/2019, p. 205 ss.; L. RISICATO, *Le interferenze tra antiggiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *LP*, 28 giugno 2019, p. 1 ss.; ID., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., p. 16 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, I, 4^a ed., Milano, 2015, p. 937 ss.; ID., *Sulla ‘nuova’ legittima difesa*, in *RIDPP*, 2006, p. 189 ss.

³ In punto di razionalità quale criterio ispiratore della risposta penalistica alla crescente domanda di sicurezza dei cittadini non ci si può esimere dal rinviare alle illuminanti riflessioni di L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo*, in A. CAVALIERE et al. (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, p. 137 ss.

⁴ A partire dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU), il cui art. 2/2 prevede che non è consentita la privazione della vita, eccetto qualora sia assolutamente necessaria per proteggere una persona da una violenza illegittima. Sul dibattito concernente l’impatto di tale norma sulla disciplina italiana, ma altresì tedesca, della legittima difesa v. *infra*, Cap. II § 1.2, e soprattutto Cap. V, § 4.4.

⁵ Prendendo in considerazione i soli cinque grandi ordinamenti europei trattati nel presente scritto, le altre cause di giustificazione contemplate in ciascuno, o nella maggioranza, di essi sono: 1) lo stato di necessità (art. 54 c.p. italiano; § 34 StGB tedesco; art. 122-6 c.p. francese; art. 20.5 c.p. spagnolo; art. 26 c.p. polacco); 2) l’adempimento di un dovere (art. 51/1 c.p. italiano; art. 122-4 c.p. francese; art. 20.7 c.p. spagnolo); 3) l’esercizio di un diritto (art. 51/1 c.p. italiano; art. 122-4 c.p. francese; art. 20.7 c.p. spagnolo). Vi sono poi ipotesi dogmaticamente controverse, come quella del consenso dell’avente diritto, che in alcuni ordinamenti (come il nostro, art. 50 c.p.) sono tendenzialmente qualificate come cause di esclusione dell’antigiuridicità, mentre in altri (come quello tedesco), sono inquadrate quali cause di esclusione della tipicità (per tutti v., al riguardo, C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4^a ed., München, 2006, p. 545 ss.).

⁶ Sul punto v. le approfondite riflessioni, in chiave storica, di A. SZEGO, *Ai confini della legittima difesa. Un’analisi comparato*, Padova, 2003, p. 14 ss., la quale rinviene l’archetipo originario dell’istituto nel paradigma del duello (oltre che nel *fur nocturnus* nel diritto romano), emerso sin dall’epoca dell’antica Roma, ma successivamente (p. 18 ss.) oggetto di sempre maggiore attenzione – con l’introduzione di determinate “regole di combattimento” – negli ordinamenti di mezzo, e in quelli successivi. Si consideri, al riguardo, che lo stesso codice penale italiano prevedeva, sino alla depenalizzazione avvenuta con la

dell’avente diritto⁷), si verifica uno scontro tra interessi antitetici⁸, nella legittima difesa tale contrapposizione assume le forme “plastiche” di un conflitto – spesso violento nei casi più ricorrenti nella prassi giudiziaria – fisicamente pregnante tra, quanto meno, un aggredito ed un aggressore.

Questa connotazione la distingue nettamente dalla causa di giustificazione ad essa più affine, cioè lo stato di necessità. In entrambe le fattispecie, invero, il soggetto agisce spinto dalla necessità impellente di evitare – o quanto meno limitare – una lesione ad un proprio bene giuridico, ma un ordinamento giuridico liberale non può ignorare, anzitutto sotto il profilo assiologico, la netta differenza sussistente tra l’esplosione di colpi di arma da fuoco contro un cane randagio che pone in pericolo l’incolumità dell’agente, e la medesima condotta difensiva realizzata ai danni di una persona che, per le più svariate finalità – in ottica *ex ante* spesso non discernibili da parte dell’aggredito – si è intromessa nella sfera giuridica altrui. In entrambi i casi delineati, senza dubbio, entra in gioco l’istinto naturale di autoconservazione dell’essere umano, però non può essere indifferente al diritto la circostanza che nella legittima difesa, a differenza che nello stato di necessità, il conflitto:

I) è innescato dalla condotta antiggiuridica di un essere umano;

II) può sfociare – oltre che in una lesione giuridica del soggetto reagente, il che è possibile anche nell’altra fattispecie – nella perdita della vita, o in altra grave lesione dei diritti fondamentali, del soggetto che abbia realizzato l’aggressione⁹.

l. n. 205/1999, un apposito delitto denominato “Sfida a duello” (art. 394 c.p.), incriminante la condotta consistente nello «sfidare altri a duello, anche se la sfida non è accettata».

⁷ La cui natura di causa di giustificazione è difatti contestata da molti: come visto nella nota n. 5, nell’ordinamento giuridico tedesco è del tutto prevalente la tesi per cui si tratterebbe di una causa di esclusione della tipicità. Per quanto riguarda l’ordinamento italiano, v. invece le approfondite riflessioni di F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, p. 239 ss. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, p. 184 ss.; C. PEDRAZZI, (voce) *Consenso dell’avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 146 ss.

⁸ Sulla legittima difesa quale “scontro” di interessi è doveroso rinviare alle riflessioni della più autorevole dottrina italiana. V., tra in particolare A. CADOPPI-G. BILLO, *Art. 52 c.p.*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-P. VENEZIANI, *Codice penale commentato*, Torino, 2018, p. 328 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 298 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 322 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 10^a ed., Milano, 2017, p. 249 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 309; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 11^a ed., Milano, 2017, p. 201 ss.; ID., (voce) *Difesa legittima*, in *Dig. pen.*, Torino, 1989, p. 498 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 382 ss.; N. PISANI, *La Legittima difesa*, in M. RONCO (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale*, 2, *Il reato*, tomo II, 2^a ed., Bologna, 2011, p. 724; D. PULITANO, *Diritto penale*, 8^a ed., Torino, 2019, p. 223 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, I, 3^a ed., Milano, 2004, p. 554 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 904 ss.

⁹ Anche nello stato di necessità, a dire il vero, si può verificare una situazione in cui un soggetto, per salvaguardare i propri diritti fondamentali, debba ledere quelli di un altro:

Ad avviso dello scrivente è senz'altro condivisibile la tesi per cui, in conseguenza dell'istinto naturale di autoconservazione dell'uomo rivolto ad un obiettivo – la sopravvivenza – che, anche nella prospettiva dei diritti umani, è un indefettibile presupposto dello stesso esercizio di qualunque diritto garantito dallo Stato, il diritto di autodifesa è un fondamentale diritto naturale dell'essere umano, non creato ma semplicemente “riconosciuto” – e disciplinato – dallo Stato di diritto¹⁰. La creazione dello Stato nazionale, e dunque dell'ordinamento giuridico fondato sulla produzione di un diritto “positivo”, ha portato peraltro (come si vedrà nel Capitolo I) taluni autori a valorizzare, accanto alle esigenze individuali dell'agredito, altresì quelle “generalì” di contenimento e di punizione dell'aggressore, in quanto soggetto postosi, prima che contro l'agredito, contro il Diritto in quanto tale: sono dunque emerse tendenze ad espandere le facoltà difensive dell'agredito, strumentalizzando quest'ultimo quale “difensore” dell'ordinamento.

In questa sede, però, si cercherà di ricondurre la legittima difesa al ruolo ritenuto conforme ai valori sanciti dalle moderne Costituzioni europee (a partire da quella italiana del 1948, e dalla *Grundgesetz* tedesca del 1949), e dai principali strumenti normativi internazionali, a partire dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU)¹¹. A tal proposito il diritto naturale all'autodifesa, a partire dal momento del passaggio allo Stato di diritto democratico, va riconfigurato come “diritto all'autodifesa necessitata”, e sottoposto a rigidi limiti necessari per connotarlo come *extrema ratio* nell'ambito di un sistema fondato sul monopolio statale dell'uso della forza.

Nel presente scritto si cercherà di elaborare un modello di disciplina dell'istituto che rifletta i presupposti ideologici meramente individualistici della legittima difesa, e accordi dunque all'agredito un diritto all'autodifesa necessitata il più possibile effettivo, nel rispetto dei diritti fondamentali spettanti anche alla persona dell'aggressore, che non può – per il solo fatto di essersi posto contro l'ordinamento – essere d'improvviso privato di qualunque tutela giuridica.

si pensi ad un celebre caso, affrontato dalla giurisprudenza inglese nel XIX secolo (Dudley and Stephens, 1884, 14, QBD, 273): nello stesso due persone, dopo essere state vittime di un naufragio, avevano trascorso diciassette giorni alla deriva nell'oceano insieme ad un terzo, e più giovane, soggetto, il quale era poi stato ucciso dai primi due, con la finalità di nutrirsi delle sue carni, e così evitare il rischio di morire di fame (per maggiori dettagli al riguardo, v. F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3^a ed., Torino, 2013, p. 238).

¹⁰ V. quanto di recente affermato da A. MELUZZI, *Prefazione*, in R. PARADISI, *Il diritto negato. Alle origini della legittima difesa: l'eterno conflitto tra Antigone e Creonte*, Torino, 2019, p. IX, secondo il quale «ancora prima della nascita degli Stati di diritto e delle leggi positive, la legittima possibilità di difendere la propria salute, la propria integrità, il proprio corpo, la propria famiglia, i propri beni e il proprio territorio è connaturata alla stessa natura umana».

¹¹ Sul punto v. le autorevoli riflessioni di F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., p. 1033 ss.

Si darà quindi conto delle già menzionate populistiche tendenze, emerse non solo in Italia¹² ma anche in altri Paesi (si pensi alla Polonia¹³), alla concessione di un diritto illimitato all’uso delle armi contro chiunque – a partire dall’ambito domiciliare – si intrometta anti-giuridicamente nella sfera giuridica altrui¹⁴. Tendenze, peraltro, spesso associate al pericolo di riproposizione di quella situazione di conflitto perenne caratterizzante il *Far West* nordamericano nel XIX secolo¹⁵, alle quali si opporrà l’idea forte di una ragionevole ripartizione del rischio tra i due soggetti, pienamente conforme ai capisaldi di un moderno Stato di diritto. Per “*fair risk*” s’intende pertanto l’idea, che nei successivi sette capitoli si svilupperà attraverso la riflessione dogmatica e la considerazione degli apporti delle scienze empiriche extra-giuridiche, per cui il rischio di esito infausto del conflitto andrebbe ripartito in modo conforme (in tal senso “*fair*”) ai principi costituzionali: posta la centralità dei diritti di natura personale nelle moderne Costituzioni democratiche, e l’innegabile dato per cui l’ordinamento debba tutelare *in primis* chi abbia subito, e non innescato, la situazione conflittuale (“*Veranlasserprinzip*”/“principio dell’innescato”¹⁶), il rischio di esito infausto della suddetta andrebbe in prevalenza assunto dall’aggressore.

Il carattere *fair* del rischio, però, impone che in presenza di un pericolo grave unicamente su beni di natura non personale, oppure di natura personale ma con intensità lieve (es.: tocco delle terga, senza pericolo di escalation¹⁷), l’ordinamento non possa considerare lecite condotte difensive dirette a ferire gravemente, se non ad uccidere, l’aggressore (Cap. V)¹⁸: analoghe considerazioni, inoltre, valgono qualora l’agredito stesso abbia provocato – quanto meno colposamente – l’aggressore.

¹² V. *infra*, Cap. II, § 1.3.

¹³ V. *infra*, Cap. III, § 3.4.

¹⁴ Inserisce la legittima difesa domiciliare quale principale esempio di “legislazione penale compulsiva”, nella recente dottrina italiana, L. RISCATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., p. 16 ss., la quale – in modo condivisibile – evidenzia (p. 17), che la legittima difesa domiciliare è affine «alla più autoritaria delle scriminanti previste dal codice Rocco: quella dell’uso legittimo delle armi». Questa tesi, all’indomani dell’entrata in vigore della riforma legislativa del 2006, è stata sostenuta in particolare da A. GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio*, in *Studium Iuris*, 2006, p. 960 ss.

¹⁵ Tra i primi a proporre, con autorevole intento critico, la presente metafora v. P. PISA, *La legittima difesa tra far west ed Europa*, cit., p. 797 ss.

¹⁶ Il concetto verrà approfondito in particolare *infra*, Cap. IV, §§ 3.1 e 4.2.

¹⁷ Condotta che configurerebbe sì una violazione del fondamentale diritto, di naturale personale, alla libertà sessuale dell’individuo, ma con modalità tali da non intaccarne il nucleo fondamentale, e dunque non gravemente lesive della persona dell’agredito in quanto tale.

¹⁸ Come infatti sottolinea in modo assolutamente condivisibile D. PULITANÒ, *Legittima difesa*, cit., p. 209, «anche se la nostra bilancia pende a favore di colui che si difende, si arriva a un punto in cui gli interessi umani basilari dell’aggressore superano quelli di una vittima innocente; si può discutere su dove stia il punto di rottura, a un certo punto dobbiamo dire basta»: vengono citate, al riguardo, le autorevoli riflessioni di G. FLETCHER, *Eccesso di legittima difesa*, trad. it. di M. Senore, Milano, 1995 p. 36.

Al fine di pervenire all'elaborazione di un modello di disciplina della legittima difesa che contemperì le appena citate esigenze di effettività difensiva con quelle di rispetto dei dettami costituzionali, pertanto, si procederà anzitutto ad un'analisi delle diverse teorie in materia di fondamento teorico dell'istituto (Cap. I), in esito alla quale sarà la concezione individualistica pura ad essere prescelta.

Si tratteranno poi (Cap. II) le peculiarità delle normative, e altresì delle prassi giurisprudenziali, in materia degli ordinamenti italiano e tedesco. La disciplina della legittima difesa nello *Strafgesetzbuch* (StGB) tedesco, difatti, è stata scelta come oggetto principale di analisi del presente scritto, accanto a quella del codice penale italiano, alla luce dei massicci studi, sia di natura filosofica che dogmatico-giuridica e pragmatico-giuridica, dedicati in Germania all'istituto *de quo* sin dai tempi di Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel¹⁹.

Seguirà quindi un approfondimento comparatistico (Cap. III) di tre grandi ordinamenti europei²⁰, cioè quello spagnolo, quello francese, e quello polacco. Gli stessi, al di là dell'evidente centralità tra i sistemi giuridici europei, sono stati altresì prescelti per talune peculiarità normative ritenute rilevanti in ottica *de iure condendo*: si fa riferimento, in particolare, all'istituto della "esimente incompleta" di cui all'art. 21.1 del testo punitivo spagnolo, e alla regolamentazione differenziata della legittima difesa di beni patrimoniali dell'art. 122-5/2 del codice penale francese. Per quanto concerne il codice polacco, invece, riveste particolare interesse l'ampio ambito di non punibilità delineato per gli eccessi difensivi dalle tre clausole di cui agli artt. 25/2, 25/2a e 25/3 del *kodeks karny*.

Tenendo presenti gli spunti dati dall'analisi comparatistica, si procederà quindi nei successivi capitoli all'approfondimento dogmatico, ma altresì "pragmatico", dei principali nodi problematici da risolvere per delineare un modello di disciplina dell'istituto che riesca a soddisfare al contempo, per quanto possibile, le due esigenze fondamentali di "effettività" e "costituzionalità".

Nel Cap. IV, in particolare, ci si focalizzerà sugli elementi strutturali "nucleari", e dunque indefettibili in ogni ipotizzabile regolamentazione normativa della legittima difesa, dell'aggressione ingiusta, dell'attualità dell'aggressione/pericolo, e della necessità della reazione difensiva. Relativamente alla necessità difensiva, si cercherà di superare l'eccessiva rigidità dimostrata dalla recente prassi applicativa della Suprema Corte italiana imboccando una duplice direttrice: *in primis*, sotto il profilo più squisitamente dogmatico, privile-

¹⁹ Si consideri, a titolo esemplificativo, che tra i più prestigiosi manuali di diritto penale (parte generale) d'oltralpe, C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., dedica alla sola scriminante di legittima difesa (§ 32 StGB) ben 70 pagine (da p. 650 a p. 719) su 1110 complessive; mentre K. KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8ª ed., München, 2017, arriva addirittura ad una trattazione di 110 pagine (da p. 131 a p. 240) su 946 totali.

²⁰ Per un accurato approfondimento comparatistico – oltre che di quelli citati – di altri importanti ordinamenti europei (quali quello inglese, ungherese, ed ucraino), v. G. FORNASARI, *Legittima difesa*, in G. FORNASARI-A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, 3ª ed., Milano, 2012, p. 55 ss.

giando una valorizzazione del disvalore di condotta nella valutazione sulla reazione difensiva lesiva dell’agredito; in secondo luogo, dando rilievo all’apporto delle scienze empiriche extra-giuridiche nel quadro della ricostruzione “fattuale” delle circostanze rilevanti ai fini del riscontro della necessità difensiva di una determinata condotta.

Nel Cap. V, invece, si evidenzierà la centralità del requisito della proporzione, seppur nel caso di “aggressioni esistenziali”, cioè a beni giuridici fondamentali di natura personale, e che al contempo non siano di lieve entità²¹, si ritiene che la proporzione tra difesa ed aggressione vada considerata *in re ipsa*. Si delinea quindi quel modello differenziato duale, tra legittima difesa da aggressioni “esistenziali” e legittima difesa da aggressioni “non esistenziali”, in relazione al quale si sancirà comunque la fondamentale rilevanza, in entrambe le varianti, del c.d. “*animus defendendi*”, cioè di quell’elemento soggettivo consistente nella volontà difensiva che non è attualmente richiesto nell’ordinamento italiano (*ex art. 59/1 c.p.*).

Nel Cap. VI si procederà poi a trattare del tema dell’eccesso difensivo, in riferimento al quale si individueranno i fondamenti dogmatici di una futura disciplina che estenda l’ambito di non punibilità²², o di “ridotta punibilità” rispetto a quanto attualmente previsto dall’art. 55 c.p. Italiano.

Il Cap VII, da ultimo, sarà invece dedicato alle conclusioni ed alle concrete modalità con le quali trasporre nell’ordinamento italiano (ma potenzialmente anche in altri ordinamenti giuridici europei) il modello di disciplina dell’istituto elaborato nei precedenti capitoli. Si considererà, al riguardo, anche la possibilità di una recezione di suddetto modello a legislazione invariata, cioè mediante una mera evoluzione della prassi giurisprudenziale della Corte di Cassazione.

²¹ Al fine di evitare aberranti – sotto il profilo assiologico – conseguenze pratiche come la giustificazione dell’omicidio di un giovane ladro di frutta da parte del proprietario paralitico, ma armato di pistola, dell’albero da frutta (v. *infra*, Cap. V, § 5.1).

²² Sul tema della punibilità, inquadrata dogmaticamente quale quarto elemento del reato, v. le recenti riflessioni di G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, Milano, 2017, p. 59 ss.; ID., *Punibilità nella teoria del reato*, in *Dig. pen.*, IX agg., Milano, 2016, p. 516 ss.

Capitolo I

Il fondamento ideologico della legittima difesa tra teorie monistiche e dualistiche

Sommario: 1. Teorie monistiche di matrice individualistica/personalistica. – 1.1. Le impostazioni incentrate sulla coazione morale e sull’istinto di conservazione. – 1.2. Gli orientamenti imperniati sulla responsabilità dell’aggressore per violazione della pace sociale (“*neminem laedere*”). – 1.3. Il diritto di legittima difesa (*Notwehrrecht*) quale diritto naturale dell’uomo. – 2. Teorie monistiche di matrice *ultra-individualistica*/pubblicistica. – 2.1. La difesa legittima quale strumento di conservazione dell’intero ordinamento giuridico, o di riaffermazione del suo valore normativo. – 2.2. L’agredito quale destinatario di delega ipotetica della potestà di polizia (c.d. “cittadino poliziotto”), e l’idea della legittima difesa come sanzione. – 3. Teorie dualistiche. – 4. Tesi propugnata: il diritto di “autodifesa necessitata” quale diritto naturale “convertito” in diritto costituzionalmente garantito.

Uno studio approfondito della legittima difesa, a maggior ragione se finalizzato all’elaborazione di un potenziale modello di disciplina sotto certi aspetti innovativo¹, non può prescindere dalla determinazione della *ratio*, ovvero del fondamento teorico da attribuire all’istituto *de quo*.

La questione del fondamento teorico della legittima difesa, peraltro, va contestualizzata con riferimento ai due sistemi penali (cui si affiancano altri tre, ma con valenza meramente comparatistica) oggetto precipuo della presente analisi², cioè quello italiano e quello tedesco. I numerosi studiosi che si sono occupati della questione nei due Paesi peraltro, soprattutto nel XX e XXI secolo, hanno adottato un approccio ermeneutico teso quasi sempre, in ottica *de iure condito*, a ricostruire la *ratio* in relazione alla concreta disciplina normativa vigente nell’ordinamento di appartenenza.

¹ Rispetto senz’altro all’attuale assetto della disciplina penalistica italiana, *in books* e ancor di più *in action*, ma sotto svariati aspetti anche rispetto all’odierna normativa e giurisprudenza dello StGB tedesco.

² Nel presente testo verranno approfonditi anche gli statuti penale della legittima difesa degli ordinamenti spagnolo, francese e polacco, ma a scopo essenzialmente comparatistico, rappresentando invece gli ordinamenti di Italia e Germania l’oggetto precipuo del presente studio, a prescindere dall’innegabile valenza comparatistica dell’analisi congiunta.

È pertanto essenziale tenere conto, pur senza anticipare l'approfondimento cui si procederà successivamente, delle principali differenze tra le due discipline normative della scriminante in esame, al fine di comprendere al meglio talune diversità tra le teorie dei penalisti tedeschi e quelle degli italiani in materia di fondamento ideologico.

Per quanto riguarda i requisiti principali comuni alle due norme (di cui all'art. 52 c.p., e al § 32 StGB), è prescritto che la reazione difensiva debba essere "necessaria" a respingere l'aggressione, cioè a eliminare/ridurre il pericolo di lesione di beni giuridici incombente sull'agredito. In entrambi i codici, inoltre, è scriminata unicamente la reazione ad aggressioni (StGB) o pericoli (codice penale italiano) attuali; ed è contemplata l'equiparazione del c.d. "soccorso difensivo" ("*Nothilfe*") di una terza persona alla reazione difensiva personale dell'agredito. Suddetta equiparazione, peraltro, ha fornito uno dei principali argomenti proposti dai fautori delle tesi pubblicistiche e dualistiche per criticare le teorie personalistiche³.

Passando invece agli aspetti di discrepanza tra le due normative, è di pregnante importanza la considerazione dell'assenza, tra i requisiti della reazione difensiva contemplati dal § 32 StGB, della proporzione tra reazione difensiva e aggressione ingiusta, pilastro centrale – al contrario – nella previsione dell'art. 52 c.p. Molte teorie elaborate in materia dalla dottrina tedesca, difatti, sono state fortemente condizionate dall'intento di giustificare l'astratta possibilità – in concreto limitata, ma solo in parte, dal requisito della *Gebotenheit* – di considerare lecite reazioni difensive cagionanti eventi lesivi di intensità molto superiore a quelli di cui si corre il rischio di patimento a causa dell'aggressione: ciò spiega, del resto, la maggiore rilevanza attribuita in Germania al "*Rechtsbewährungsprinzip*", cioè al principio della conservazione/salvaguardia dell'ordinamento giuridico in quanto tale, di solito associato al brocardo – pressoché assente negli scritti dottrinali italiani – "Il diritto non deve cedere al delitto" ("*Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen*")⁴.

1. Teorie monistiche di matrice individualistica/personalistica

Nel quadro della tradizionale bipartizione tra tesi monistiche, che affermano la sussistenza di un unico fondamento teorico della legittima difesa, e tesi dualistiche/pluralistiche, propugnanti la sussistenza di una pluralità di *rationes*, è senz'altro congruo iniziare a trattare delle prime, per ragioni logiche ma altresì storiche.

³ Sottolineano peraltro la visione solidaristica alla base dell'istituto, in particolare, G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 309; D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 224; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 946.

⁴ A.F. BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 18^a ed., Lipsia, 1898, p. 107. Letteralmente la traduzione sarebbe "Il diritto (*Recht*) non deve cedere all'ingiusto (*Unrecht*, cioè alla negazione del diritto)".

Pur non potendosi obliterare la varietà ed eterogeneità delle posture ermeneutiche monistiche emerse sin dal XIX secolo⁵, si ritiene proficuo adottare la classica bipartizione tra le teorie monistiche di matrice individualistica/personalistica, e quelle di matrice pubblicistica (ultra-individualistica).

Le prime, chiaramente, mettono in primo – se non esclusivo – piano gli interessi individuali coinvolti dalla situazione conflittuale alla base della legittima difesa, vale a dire quelli della persona dell'agredito e – in misura variabile – dell'aggressore, a fronte degli interessi di natura pubblicistica (dello Stato, dell'ordinamento giuridico, ecc.) potenzialmente emergenti: proprio per questo, valorizzando la persona e la sua "umanità"⁶, si appelleranno sin da ora come "personalistiche"⁷. Le seconde, cioè le tesi pubblicistiche, tendono invece a valorizzare la rilevanza delle condotte di reazione difensiva per l'ordinamento giuridico nel suo complesso, marginalizzando la tutela dell'individuo in quanto tale, e i risvolti meramente interpersonali del conflitto.

Sotto il profilo storico, peraltro, va evidenziato che sono proprio le concezioni teoriche orientate sulla persona ad emergere per prime, con una particolare proliferazione nella seconda metà del XIX secolo, in coincidenza con il liberalismo giuridico ed il ruolo centrale attribuito – nell'ambito di un contesto socio-economico caratterizzato dalla primazia della classe borghese – all'individuo rispetto allo Stato. Nell'ambito della valorizzazione delle componenti individuali ai fini della determinazione della *ratio* dell'istituto, ad ogni modo, alcuni autori si sono focalizzati sui "risvolti naturalistico-sostanziali" della vicenda conflittuale, e dunque sulla rilevanza da attribuire al biologico istinto umano di conservazione, o altresì alla costrizione morale caratterizzante la persona aggredita; mentre altri studiosi, «affrontando il problema da un punto di vista giuridico-formale», hanno affermato la sussistenza di un diritto

⁵ Sebbene spesso ispirate da dottrine di pensatori (filosofi, giuristi, ecc.) di epoche precedenti, quali Locke, Hobbes, Kant, raramente prima del 1800 sono riscontrabili costruzioni teoriche rivolte a giustificare la *ratio* di un istituto che, pur dotato di una storia antichissima, è stato positivizzato compiutamente solo con le codificazioni del secolo *de quo*.

⁶ V., per tutti, le sottoscrivibili parole da D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 224, secondo il quale «alla radice, la legittima difesa privata è un diritto della persona», e «la legittimità della reazione (...) necessaria a respingere aggressioni in atto (...) è un diritto inviolabile che l'ordinamento legale è tenuto a riconoscere, sia pure entro limiti di tollerabilità etico-sociale».

⁷ In punto di valorizzazione della persona, in quanto tale, nell'ambito della legittima difesa v., nella pregevole letteratura italiana in materia, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 298 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 322 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 249 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 309; T. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima*, cit., p. 498 ss.; F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., p. 1033 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 224; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 945 ss.; ID., *Spunti per un 'progetto alternativo' di riforma della legittima difesa*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 2034 ss.

naturale dell'agredito, inscalfibile e dunque da riconoscere doverosamente da parte dell'ordinamento, ad auto-tutelarsi (anche) con violenza⁸.

Altro filone dogmatico da considerare, in tale ambito, è poi quello incentrato sull'accentuazione dell'attribuzione di responsabilità all'aggressore per la violazione del dovere (di diritto naturale, prima che positivo) di non ledere la sfera giuridica altrui, e dunque di non violare la pace sociale⁹.

1.1. *Le impostazioni incentrate sulla coazione morale e sull'istinto di conservazione*

Taluni studiosi hanno concentrato la propria attenzione sugli effetti psicologici provocati dall'aggressione nel soggetto aggredito al fine di enucleare la base sostanziale di legittimazione di un trattamento giuridico-penale di favore per quest'ultimo.

A tal proposito, tuttavia, va rilevato che siffatte proposte dottrinali sono oramai quasi del tutto sparite dal panorama dottrinale italiano¹⁰, e altresì dal mondo accademico tedesco, nel quale però sono state agevolate da una disciplina che – come detto – ammette a livello normativo la giustificazione (se “necessarie”) di condotte difensive cagionanti lesioni giuridiche sproporzionate rispetto a quelle potenzialmente derivanti dall'aggressione¹¹.

Partendo dalle tesi degli esponenti tedeschi, le suddette hanno sottolineato la rilevanza dello stato di coazione morale dell'agredito a fronte del pericolo dato dall'ingiusta aggressione, l'inesperienza di questi nel fronteggiare una simile terrorizzante situazione, nonché la frequente indisponibilità per il reagente di adeguati strumenti difensivi idonei a respingere l'aggressione (sottinteso: provocando il minor danno fisico possibile all'aggressore)¹².

Non troppo dissimili, in tale contesto, sono le riflessioni – pur storicamente più risalenti – dei sostenitori della teoria italiana dei “motivi determinanti”, per lo più appartenenti alla scuola del positivismo criminologico¹³, incentrate sulla presenza di un irresistibile istinto di conservazione dietro le condotte

⁸ A. SZEGO, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 87 ss.

⁹ V. al riguardo le ampie digressioni di carattere storico e filosofico di R. PARADISI, *Il diritto negato. Alle origini della legittima difesa: l'eterno conflitto tra Antigone e Creonte*, Torino, 2019, p. 30 ss.

¹⁰ Essendo ivi state propuginate soprattutto da giuristi vissuti a cavallo del XIX secolo e del XX secolo, quali E. FERRI, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, 878, p. 555 ss.; E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, I, 1925, p. 496 ss.

¹¹ Tra i fautori di questa teoria, oltralpe, v. B. KOCH, *Prinzipientheorie der Notwehrenschränkungen*, in *ZStW*, 1992, p. 785 ss.; R. KRATSCH, *Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift für Diedrich Oekehr*, Köln, 1985, p. 65 ss.; K. SEELMANN, *Grenzen privater Nothilfe*, in *ZStW*, 1977, p. 36 ss.; H. WAGNER, *Individualistische oder überindividualistische Notwehr begründungen*, Berlin, 1984, p. 30 ss.

¹² R. SEEBERG, *Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess*, Frankfurt am Main, 2004, p. 54.

¹³ A. SZEGO, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 87 ss.

dell'agredito. Si afferma, ad esempio, che «lo scopo della conservazione di sé o di altri contro un'aggressione ingiusta, è eminentemente sociale e giuridico; chi se lo propone manca di temibilità, cosicché la ragione del reprimere cessa ...»¹⁴.

Tutte queste proposte dogmatiche, pur con le loro peculiari sfaccettature, non sono però accoglibili quali spiegazioni della *ratio* della legittima difesa, né in una prospettiva *de iure condito* orientata a spiegare l'attuale assetto normativo italiano e tedesco, né in un'ottica più generale prescindente dalle normative vigenti, e orientata all'elaborazione di una possibile proposta di riforma.

In primo luogo, e con riferimento a entrambe le prospettive, va rilevato che le moderne scienze empiriche rilevanti in materia (psicologia, biologica, discipline militari, balistiche e di combattimento, ecc.) dimostrano sì che sovente ricorrono, in casi potenzialmente sussumibili sotto la legittima difesa, determinate reazioni psicologiche e fisiche nell'agredito (stato di stress, produzione di adrenalina, rallentamento dei processi cognitivi, ecc.), ma ciò di regola quando in gioco vi sono beni personali. In taluni soggetti (membri delle forze speciali, esperti della sicurezza, ecc.), inoltre, tali reazioni non si verificano affatto, o comunque con intensità molto più ridotta¹⁵. Se peraltro lo stato psicologico dell'agredito, e le reazioni fisiche connesse con la frequente manifestazione dell'istinto di conservazione, non possono rilevare quale "base ideologica" dell'istituto, agli stessi comunque si conferirà rilievo, nel prosieguo, per la determinazione dell'*ubi consistam* di taluni essenziali elementi (*in primis* il requisito della necessità difensiva).

In relazione agli attuali statuti penali dell'istituto, inoltre, sia il § 32 StGB, sia l'art. 52 c.p. rappresentano, per costante giurisprudenza e dottrina, delle cause di esclusione dell'antigiuridicità (scriminanti/cause di giustificazione), il cui fondamento non potrebbe mai essere rintracciato in uno stato psicologico dell'agredito¹⁶: dare rilevanza a siffatta condizione, difatti, comporterebbe una configurazione della legittima difesa quale causa di esclusione della colpevolezza/scusante. Neanche in ottica *de iure condendo*, peraltro, si riterrebbe opportuno qualificare come fatto illecito, ma unicamente scusato, la reazione difensiva necessaria a neutralizzare/attenuare il pericolo connesso all'aggressione, viste le diverse conseguenze applicative ricollegate (a partire dalla facoltà

¹⁴ E. FLORIAN, *Parte generale*, cit., p. 496; citazione selezionata da A. SZEGO, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 88.

¹⁵ Sul punto v. l'approfondita analisi di C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht*, Tübingen, 2017, p. 287 ss.

¹⁶ Tale conclusione non viene scalfita dal fatto che, nel codice tedesco, la legittima difesa contempli anche un elemento soggettivo, dato dalla "volontà difensiva": trattasi di requisito ulteriore finalizzato – condivisibilmente – a garantire la piena natura difensiva della condotta antagonista dell'agredito, e non certo a conferire all'istituto natura scusante: sul punto v. *infra*, Cap. II, § 2.3. V. del resto A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 322, il quale sottolinea – con riferimento alla disciplina italiana dell'istituto – che trattasi di "scriminante complessa", «nel senso che sono presenti sia elementi di indubbio carattere fattuale, che elementi di altrettanto indubbio carattere subiettivo».

per l'aggressore di contro-reagire in legittima difesa), e prima ancora l'esigenza di attribuire normativamente alla condotta difensiva un valore positivo.

Altro aspetto che, *de iure condito*, non è spiegabile accogliendo le opzioni ermeneutiche *de quibus* è, infine, la completa equiparazione normativa – sia nell'ordinamento italiano, che in quello d'oltralpe – del soccorso difensivo del terzo alla reazione difensiva dell'agredito: è difatti fuori di dubbio che, nell'ottica della coazione morale, l'ordinamento penale dovrebbe privilegiare unicamente il soggetto aggredito, e non il terzo – potenzialmente – sconosciuto¹⁷.

1.2. *Gli orientamenti imperniati sulla responsabilità dell'aggressore per violazione della pace sociale (“neminem laedere”)*

Un'ulteriore costellazione di proposte ermeneutiche ruota attorno alla responsabilità dell'aggressore per una libera e volontaria condotta, da lui potenzialmente interrompibile in ogni momento, di lesione della sfera giuridica altrui, e dunque di violazione dei doveri derivanti – a seconda della concezione – dallo stato di natura, o dal contratto sociale¹⁸. Siffatta corrente dottrinale, peraltro, ha prosperato principalmente in Germania, posta l'esigenza di giustificare l'assenza normativa¹⁹ di un obbligo, in capo all'agredito, di realizzare una reazione difensiva proporzionata alla condotta aggressiva, la quale ha spinto taluni studiosi a individuare nella condizione dell'aggressore il fondamento di tale opzione legislativa.

Punto di connessione tra il presente gruppo di orientamenti e quello precedente, incentrato sulla peculiare condizione psichica dell'agredito, è senz'altro la tesi che vede in ogni ingiusta aggressione una lesione (ai danni dell'agredito) della libertà morale/di agire (“*Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit*”)²⁰. Secondo la suddetta, invero, l'estensione della potestà difensiva accordata dall'ordinamento tedesco all'agredito troverebbe la sua più profonda radice nel fatto che, in presenza di un'ingiusta aggressione, la vittima reagente difenderebbe non soltanto il materiale interesse di volta in volta posto in pericolo, bensì anche il proprio fondamentale diritto a non subire la coercizione morale (“*Zwangssituation*”) ineluttabilmente cagionata dalla condotta dell'aggressore²¹. Seppur primariamente focalizzata sugli effetti provocati nell'agredito dalla condotta aggressiva, la teoria in questione estende altresì i riflettori sulla posizione dell'aggressore, e sulla sua responsabilità,

¹⁷ In tal senso, tra gli altri, v. R. SENGBUSCH, *Die Subsidiarität der Notwehr*, Berlin, 2008, p. 126 ss.; R. VAN RIENEN, *Die “sozialethischen” Einschränkungen des Notwehrrechts*, Baden Baden, 2008, p. 98.

¹⁸ Cfr. al riguardo l'ampia trattazione del punto di C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 27 ss.

¹⁹ Ma – come vedremo – anche giurisprudenziale, salvo quanto si dirà sulle limitazioni etico-sociali (v. *infra*, Cap. V, § 5).

²⁰ H. WAGNER, *Individualistische*, cit., p. 30 ss.

²¹ H. WAGNER, *Individualistische*, cit., p. 31.

affermando che la mancata riproposizione – da parte del § 32 StGB – dell’obbligo di reagire proporzionatamente al pericolo di cui allo stato di necessità (§ 34 StGB) derivi essenzialmente dalla sussistenza, in capo all’ingiusto aggressore, di un più elevato “obbligo di sopportazione” (“*Duldungspflicht*”) riconnesso alla sua responsabilità per l’illegittima volontaria interferenza nella sfera giuridica dell’aggredito²².

La centralità della figura dell’aggressore viene quindi affermata – nel contesto tedesco – da una pluralità di autori, a partire dai fautori della teoria per cui – in ipotesi di volontarie aggressioni ingiuste – andrebbe sancita la non meritevolezza, in capo all’aggressore, della ordinaria solidarietà spettante a ciascun essere umano (“*keine zwischenmenschliche Solidarität für den Angreifer mangels Notlage*”)²³. L’aggressore verrebbe privato di tale solidarietà da parte della comunità, invero, in quanto questa spetterebbe solo a coloro che non cagionano colpevolmente una situazione di necessità²⁴, e dunque ciò si tradurrebbe giuridicamente nell’esimere l’aggredito da quell’obbligo solidaristico consistente nell’astenersi da reazioni difensive che, pur necessarie per repellere l’aggressione²⁵, comporterebbero una lesione sproporzionata dei beni giuridici dell’aggressore²⁶.

Anche le correnti ermeneutiche che guardano alla figura dell’aggressore, e alla sua responsabilità, quale cardine principale per l’enucleazione del fondamento ideologico dell’istituto, non sono condivisibili per una molteplicità di ragioni. In primo luogo, perché ripropongono molte delle medesime criticità, già rilevate per le teorie impregnate sulla condizione psicologica dell’aggredito, concernenti la riconduzione della legittima difesa nell’alveo della colpevolezza. In aggiunta, va evidenziato come focalizzarsi sulla responsabilità dell’aggressore potrebbe essere congruo qualora ogni concreto aggressore rientrasse nel modello “paradigmatico” dello sconosciuto adulto, non provocato e agente in condizioni di piena imputabilità e colpevolezza, circostanza che – all’evidenza – non si verifica sempre, senza che ciò riduca necessariamente il rischio di lesione di beni giuridici per l’aggredito²⁷.

Non è dunque la responsabilità per la condotta illecitamente aggressiva in capo all’aggressore a poter fornire la *ratio* della particolare “incisività” (“*Schneidigkeit*”) del diritto di difesa, nell’ordinamento tedesco e – ancor di più, vista la sussistenza del requisito della proporzione – in quello italiano, sebbene le riflessioni suesposte dei fautori della presente tesi ermeneutica verranno congruamente valorizzate in sede di determinazione del concreto contenuto della

²² H. WAGNER, *Individualistische*, cit., p. 34.

²³ H. FRISTER, *Die Notwehr im System der Notrechte*, in *GA*, 1988, p. 291 ss.

²⁴ In ciò emerge chiaramente il parallelismo con la precedente postura ermeneutica, pur impregnata in primo luogo sulla lesione della libertà morale, di H. Wagner.

²⁵ Obbligo invece, si ribadisce, sancito nei casi di stato di necessità.

²⁶ H. FRISTER, *Die Notwehr*, cit., p. 291.

²⁷ Cfr. al riguardo G. SPENDEL, § 32 *StGB*, in *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Band 2, 11^a ed., 2003, rn. 21.

“necessità difensiva”, nonché al fine di garantire la “compatibilità costituzionale”, prima ancora che “etico-sociale”, della disciplina della legittima difesa in ipotesi di aggressore non pienamente responsabile²⁸.

1.3. Il diritto di legittima difesa (Notwehrrecht) quale diritto naturale dell'uomo

La corrente di pensiero indubbiamente più interessante, e da cui trarre senz'altro importanti spunti al fine di determinare – in prospettiva sia *de iure condito* che *de iure condendo* – la *ratio* dell'istituto, è quella che inquadra la legittima difesa quale diritto naturale dell'uomo, preesistente a qualunque organizzazione statale o contratto sociale. Le radici filosofiche della stessa sono del resto riconducibili addirittura a celeberrimi pensatori dell'età classica come Aristotele, Sofocle, gli Stoici²⁹, e soprattutto Cicerone, il quale nel “*Pro Milone*” ci offre una riflessione di pregevolezza ancor oggi ineguagliata sul profondo radicamento nella stessa natura umana dell'esigenza difensiva a fronte di ingiuste aggressioni³⁰, all'interno della quale va evidenziato il precipuo riferimento alla necessità di “garantire la nostra incolumità” (e non ad esempio il patrimonio in quanto tale)³¹.

La dottrina giusnaturalistica, sviluppata poi ulteriormente dai pensatori del XVI, XVII e XVIII secolo (quali, in particolare, Thomas Hobbes, del quale rileva in *subiecta materia* il suo concetto di “*Bellum omnium contra omnes*”, ricorrente nel “*Leviatano*”³²), è stata ripresa dai giuspenalisti del XIX secolo – sia in Italia che in Germania – al fine di individuare il profondo fondamento ideologico della legittima difesa³³, in un contesto di liberalismo politico e

²⁸ In tal senso v. altresì le riflessioni di R. VAN RIENEN, *Die “sozialethischen” Einschränkungen*, cit., p. 96, il quale peraltro evidenzia che, nell'ordinamento tedesco, è del tutto discutibile – sulla base di considerazioni sistematiche – l'affermazione che il dominio/evitabilità della situazione di conflitto da parte dell'aggressore implichi categoricamente il venir meno *tout court* di una situazione di necessità, e dunque di ogni obbligo di solidarietà a favore di quest'ultimo.

²⁹ Cfr. sul punto R. SENGBUSCH, *Die Subsidiarität*, cit., p. 124.

³⁰ CICERONE, *Pro Milone*, 4, 10: «È questa dunque, giudici, una legge non scritta ma naturale, da noi né imparata né ereditata né letta, ma colta attinta ricavata dalla natura stessa, una legge alla quale non siamo giunti per via d'insegnamento ma grazie alla nascita, non per educazione ma per istinto: cioè che, se la nostra vita è in pericolo per qualche tranello o si trova esposta alla violenza e ai colpi di banditi o di nemici, ogni mezzo atto a garantire la nostra incolumità è lecito».

³¹ Sul punto v. l'approfondita trattazione storica, nell'ottica di una riaffermazione della centralità del diritto naturale alla legittima difesa, di R. PARADISI, *Il diritto negato*, cit., p. 10 ss.

³² T. HOBBS, *Il Leviatano*, 1651: l'espressione compare nei Capp. 13, 14 e 24 della versione in lingua inglese (“*Warre of every one against every one*”), ma in realtà il concetto originale – espresso in latino – compariva più volte già nell'opera *Il cittadino* del 1642.

³³ Cfr. R. PARADISI, *Il diritto negato*, cit., p. 21 ss.

giuridico nel quale l'obiettivo primario era espandere le prerogative del cittadino, e restringere la potestà repressiva statale. Il più insigne penalista italiano della seconda metà del 1800 arrivò invero ad affermare che «la difesa pubblica si ordinò dalla Legge eterna e per supplire alla insufficienza della difesa privata e per frenarne gli eccessi. Ma quando invece, nella inoperosità momentanea della pubblica difesa, la difesa privata era solo sufficiente, né può redarguirsi di eccesso, la difesa pubblica non ha più fondamento di legittima sussistenza»³⁴.

Per quanto concerne il pensiero giuridico tedesco, già a cavallo tra il XVIII ed il XIX secolo venne proposta una *Notwehrbegründungslehre* fortemente connotata in senso giusnaturalistico, con principali fautori Feuerbach e Fichte³⁵. La tesi propugnata, al riguardo, è che in presenza di un'aggressione ingiusta, e dunque al ricorrere dei presupposti per la legittima difesa, si verifica in automatico un parziale ritorno allo "stato di natura"³⁶: la clausola del contratto sociale trasferente la potestà di garantire la sicurezza del cittadino allo Stato verrebbe difatti meno in presenza di una *Notwehrsituation* derivante da un'aggressione ingiusta, non potendo il potere pubblico – in assenza di propri agenti pronti ad un immediato intervento – ottemperare al proprio obbligo di tutela assumendosi in cambio dell'impegno del cittadino di rispettare le norme e la sfera giuridica altrui³⁷. In presenza dunque di una situazione di pericolo per il cittadino provocata da un'aggressione ingiusta, diversamente dal caso in cui (come nello stato di necessità) il pericolo derivasse da altre fonti, verrebbero meno i "presupposti sociali" per ritenere ancora valido il contratto sociale, cioè *in primis* la fiducia reciproca tra i cittadini, ed il sentimento – in capo ai medesimi – di appartenenza ad una comunità ("*Zusammengehörigkeitsgefühl*")³⁸.

La teoria *de qua*, tuttavia, pur condivisibile nell'affermazione della forte impronta pre-statale del diritto a difendersi di aggressioni ingiuste, va però incisivamente criticata nel momento in cui paventa un ritorno – pur delimitato temporalmente dalla *Notwehrsituation* – allo stato di natura, il quale peraltro rappresenta un precipitato del contesto storico in cui la tesi è stata elabo-

³⁴ F. CARRARA, *Diritto della difesa pubblica e privata*, in *Opuscoli*, I, 1878, p. 143. V., al riguardo, A. SZEGO, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 87 ss., la quale precisa che «è stato esattamente osservato come "questa teorica" (cosiddetta della "difesa pubblica sussidiaria") «ripete le sue origini e la sua causale dal contrattualismo sociale, in forza del quale l'individuo, che avrebbe ceduto i suoi diritti originari allo Stato per essere tutelato e difeso nell'ambito del diritto, se li riprende quante volte lo Stato non possa tutelarlo».

³⁵ D. VON DER PFORDTEN, *Zu den Prinzipien der Notwehr*, in *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber*, Heidelberg, 2003, p. 372.

³⁶ "*Partieller Rückfall in den Naturzustand*", secondo quanto sostenuto da J.G. FICHTE, *Rechtslehre – vorgetragen von Ostern bis Michaelis 1812*, Leipzig, 1920, p. 111.

³⁷ A. FEUERBACH, *Lehrbuch der gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11^a ed., Gießen, 1832, p. 36 ss. Sul punto v. l'approfondita trattazione di C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 43 ss.

³⁸ D. VON DER PFORDTEN, *Zu den Prinzipien der Notwehr*, cit., p. 371.

rata. Nell'odierno Stato di Diritto fondato – sia in Germania che in Italia – sul valore fondamentale di una Costituzione rigida, non sarebbe difatti ammissibile una sospensione della valenza del sistema normativo ogni qualvolta si verificassero i presupposti della legittima difesa³⁹. Ciò a maggior ragione se si pensa che, nello stato di natura, verrebbe meno ogni limite (necessità, attualità del pericolo, ecc.) all'estrinsecazione della reazione difensiva⁴⁰, il che innescerebbe una potenziale spirale di incontrollata violenza nel corpo sociale: conseguenza finanche peggiore di quel "eccesso di zelo da parte dei privati", dannoso per la "pace generale", che deriverebbe – come si vedrà a breve – aderendo alla teoria pubblicistica della legittima difesa come sanzione, e dunque all'idea del cittadino agente volontario di sicurezza, servente il diritto⁴¹.

Senz'altro più condivisibile è, al contrario, la più recente impostazione ermeneutica per cui la legittima difesa costituirebbe sì un diritto naturale (derivante dall'irrinunciabile esigenza di riconoscere valore all'umano istinto di autoconservazione), ma che non importerebbe alcun ritorno allo stato di natura, venendo invece incorporato e riconosciuto pienamente nell'ordinamento, e dovendosi dunque esercitare rispettando i limiti, soprattutto costituzionali, in esso contemplati⁴². Si è asserito, inoltre, che il diritto di autodifesa ("*Notwehr*") costituirebbe – in Germania – un istituto giuridico pre-costituzionale ("*vorkonstitutionalles Rechtsinstitut*") cui attribuire rango costituzionale primario ("*oberster Verfassungsrang*") nella Costituzione tedesca⁴³.

De iure condito, la presente costruzione dogmatica è stata criticata, da studiosi tedeschi, con una molteplicità di argomenti, tra i quali due si ritengono degni di particolare attenzione.

³⁹ Presupposti che andrebbero determinati sulla base di quali parametri? Quelli normativi di cui ai § 32 StGB e 52 c.p. (attualità del pericolo, ecc.), oppure quelli dati dal riemergente "diritto naturale"? Ovviamente la soluzione, nel momento storico-istituzionale attuale, non potrebbe che essere la prima, il che già di per sé dimostra l'irricevibilità della teoria in commento.

⁴⁰ N. BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkungen des Notwehrrechts.*, Berlin, 1984, p. 26; W. KARGL, *Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr*, in *ZStW*, 1998, p. 49; R. VAN RIENEN, *Die "sozialethischen" Einschränkungen*, cit., p. 88.

⁴¹ C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, trad. it. di S. Moccia, Napoli, 1996, p. 251 ss.

⁴² In Italia v., in particolare, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 223, che parla, autorevolmente, di «diritto di autotutela [dunque conformato alle norme dell'ordinamento giuridico] fondato su principi di diritto naturale». Relativamente alla Germania, v. K. ENGELSCH, *Auf der Suche nach Gerechtigkeit*, München, 1971, p. 275; P. KLOSE, *Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot*, in *ZStW*, 1977, p. 87 ss.; W. MAIHOFFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Frankfurt am Main, 1968 p. 114; F. OETKER, *Notwehr und Notstand*, in AA.VV., *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Berlin, 1908, p. 257 ss.

⁴³ Così P. KLOSE, *Notrecht*, cit., p. 87. Trasponendo un simile ragionamento all'ordinamento italiano, si potrebbe propugnare un riconoscimento implicito, da parte della nostra Costituzione, del diritto di autodifesa quale diritto inviolabile dell'uomo riconosciuto ex art. 2 Cost.

Il primo – senz’altro più contundente – è che non sarebbe spiegabile, nell’ambito di una concezione della legittima difesa fondata su un diritto naturale all’autoconservazione di matrice pre-costituzionale, l’inclusione tra i beni giuridici tutelabili finanche con reazioni sproporzionate, di diritti – quali la proprietà – creati proprio dall’ordinamento giuridico e costituzionale⁴⁴. Tale critica, a ben vedere, si avvicina parzialmente anche alle obiezioni, già esaminate, alla tesi della coazione morale (o a quelle incentrate sulla condizione dell’agredito), posto che l’istinto di conservazione tendenzialmente riguarda i c.d. “beni personalissimi”⁴⁵, e non i beni patrimoniali.

A siffatto argomento può essere contrapposta la considerazione di taluni autori di orientamento personalistico, i quali ritengono – integrando la propria impostazione giusnaturalistica con quella fondata sulla violazione del “*neminem laedere*” – che anche nel caso di aggressione rivolta a beni non personali vi è comunque una violazione della libertà morale (bene personale) ai danni dell’agredito⁴⁶. Pur ritenendosi fondata l’idea che ogni aggressione a beni patrimoniali comporti altresì una violazione della libertà morale dell’agredito, non si ritiene peraltro quest’ultima sufficiente a fondare, nell’attuale quadro costituzionale, una totale equiparazione dei beni patrimoniali a quelli personali ai fini della concessione di un potenziale “diritto di uccidere” (ove necessario per neutralizzare il pericolo per il bene) all’aggressore.

La seconda obiezione consiste nell’impossibilità di spiegare – nell’ottica giusnaturalistica del diritto alla difesa quale autoconservazione – il diritto di contrastare le aggressioni ingiuste ai danni di soggetti terzi (soccorso difensivo/*Nothilfe*)⁴⁷. Si è tuttavia contro-obiettato, da parte degli studiosi di orientamento personalistico, che il diritto di soccorso difensivo può essere interpretato quale diritto alla difesa da aggressioni contro beni individuali propri o altrui (in quest’ultimo caso, ovviamente, a patto che vi sia il consenso del titolare)⁴⁸.

2. Teorie monistiche di matrice *ultra-individualistica*/pubblicistica

Se le teorie personalistiche – soprattutto quelle più risalenti – hanno rappresentato la recezione dell’ideale liberale di uno Stato minimo nel quale le libertà individuali si ponevano al centro del “Pantheon” giuridico rispetto ai poteri autoritativi pubblici, quelle *ultra-individualistiche* pubblicistiche, par-

⁴⁴ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 47.

⁴⁵ Beni personalissimi tra i quali rientrano senz’altro la vita, la dignità umana, l’incolumità fisica, la personalità individuale, la libertà sessuale, la libertà fisica, e la libertà morale.

⁴⁶ V. ERB, § 33 *StGB*, in *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, 3^a ed., §§ 1-37, 2017, nn. 18.

⁴⁷ *Ex multis*, v. R. SEEBERG, *Aufgedrängte Nothilfe*, cit., p. 73.

⁴⁸ In tal senso H. WAGNER, *Individualistische*, cit., p. 35.

ticularmente in auge nella prima metà del XX secolo, hanno riflettuto il mutamento di tale paradigma dovuto all'ascesa del giuspositivismo.

Ad accomunare le tesi pubblicistiche, difatti, è lo spostamento del baricentro della *ratio* dell'istituto dalla concretezza dell'individuo, con le sue necessità, istinti e diritti naturali, all'astrattezza di un ordinamento giuridico incentrato sulle categorie del "giusto" (*Recht*) ed "ingiusto" (*Unrecht*)⁴⁹. Come rilevato da attenta dottrina, «la matrice di questa concezione è rappresentata dalla filosofia hegeliana la quale, sfruttando l'analogia tra legittima difesa e pena, sostiene che, poiché il delitto è la negazione del diritto⁵⁰, «la legittima difesa diventa la negazione della negazione del diritto, e la scuola hegeliana arriva, quindi, alla massima della nullità dell'ingiustizia (*Nichtigkeit des Unrechts*)»⁵¹.

2.1. La difesa legittima quale strumento di conservazione dell'intero ordinamento giuridico, o di riaffermazione del suo valore normativo

L'idea in base alla quale il fondamento ideologico della legittima difesa risiederebbe essenzialmente nel "principio di conservazione dell'ordinamento giuridico" (*Rechtserhaltungsprinzip*) è stata, ed è ancora oggi, ampiamente diffusa nella dottrina tedesca⁵² – oramai fortemente minoritaria – di orientamento pubblicistico, e ricopre inoltre un ruolo importante altresì nelle costruzioni teoriche di stampo dualistico.

Storicamente l'affermazione di tale principio, tra gli studiosi tedeschi, viene ricondotta a Jhering ed alla sua idea della reazione difensiva quale strumento di "difesa dell'ordinamento della vita socievole" nell'ambito della perenne lotta per il diritto concreto⁵³, ma soprattutto al celebre brocardo conia-

⁴⁹ R. VAN RIENEN, *Die "sozialethischen" Einschränkungen*, cit., p. 54 ss.

⁵⁰ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlino, 1820, § 97.

⁵¹ Così A. SZEGO, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 92. V. anche, nella letteratura italiana più risalente, B. ALIMENA, *I limiti ed i modificatori dell'imputabilità*, III, Torino, 1899, p. 44; T. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima*, in *Dig. pen.*, III, Torino, 1989, p. 498. Nella dottrina d'oltralpe tra i tanti v., tra i più risalenti, A.W. HEFFTER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes*, 6^a ed., Braunschweig, 1857, p. 41; C. LEVITA, *Das Recht der Notwehr*, Gießen, 1856, p. 18 ss.; tra i più recenti invece U. KINDHÄUSER, § 33 *StGB*, in *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 5^a ed., Band 1, 2017, rn. 12; M. KOCH, *Die aufgegrängte Nothilfe im Strafrecht*, Aachen, 2003, p. 73.

⁵² La dottrina italiana, invece, pur menzionando e considerando tale principio, è sempre stata molto più cauta nel "predicarne l'assolutezza", vista anche la minore ampiezza della potestà di reazione difensiva ad aggressioni ingiuste derivante dal dettato normativo dell'art. 52 c.p.

⁵³ R. VON JHERING, *La lotta per il diritto*, Roma, 1960, p. 62 ss. Sul punto v. A. SZEGO, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 94 ss., e le interessanti riflessioni della studiosa sull'influsso dell'opera del grande giurista tedesco del XIX secolo nella genesi della risalente costruzione dogmatica italiana – pur fortemente criticata – etichettata quale "teoria della mancanza di anti giuridicità".

to nel 1898 da Berner: “il Diritto non deve cedere al delitto” (“*Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen*”, letteralmente “il Diritto non deve cedere all’ingiusto”)⁵⁴: quest’ultimo, difatti, è ancora oggi menzionato dai pochi sostenitori tedeschi delle tesi pubblicistiche, e dai numerosi aderenti alle tesi dualistiche – oltre che dalla giurisprudenza – quale icastica espressione della ragione più profonda dell’ampiezza del *Notwehrrecht* di cui al § 32 StGB.

Taluni autori, sia in Germania che in Italia, partono dall’affermazione che la *ratio* della legittima difesa (ma più in generale di ogni causa di giustificazione), dovrebbe ricavarsi dal criterio della prevalenza dell’interesse superiore tra quelli in conflitto, e dunque in concreto di quello dell’agredito su quello dell’aggressore, per poi pervenire alla conclusione che tale interesse prevalente dovrebbe essere di natura ultra-individualistica, ed identificarsi nella “autoaffermazione del diritto” (“*Selbstbehauptung des Rechts*”)⁵⁵. L’agredito difatti, con la sua condotta difensiva diretta a respingere l’aggressione, riaffermerebbe in concreto «il valore del Diritto, quale reale forza/potere (“*Macht*”) opponentesi ad ogni condotta aggressiva gravemente inosservante del medesimo»⁵⁶. La circostanza che l’esercizio della facoltà di difendersi legittimamente comporta di regola anche la salvaguardia di beni giuridici individuali, ad ogni modo, non viene affatto negata, bensì minimizzata quale mero riflesso della “auto-affermazione del diritto”⁵⁷.

Siffatta concezione peraltro, imperniata su un vago concetto empirico di “diritto”, e su una altrettanto indeterminata nozione di «condotta aggressiva gravemente inosservante del medesimo»⁵⁸, oltre ad essere soggetta ad obiezioni “generalì” che a breve si esamineranno, è stata sin da subito criticata anche da taluni degli stessi fautori di una concezione pubblicistica del fondamento

⁵⁴ A.F. BERNER, *Lehrbuch*, cit., p. 107. Va peraltro rilevato come l’interpretazione di siffatta affermazione dell’autore *de quo* quale univoca adesione all’idea che il fondamento primario della legittima difesa sia da rintracciare, in ottica pubblicistica o quanto meno dualistica, nella difesa dell’ordinamento giuridico in quanto tale (da cui la tutela dei diritti individuali dell’agredito deriverebbe quale mero riflesso), non è per nulla pacifica. Numerosi autori tedeschi, difatti, propugnano la tesi che in tale brocardo sarebbe, all’opposto, enucleabile il fondamento individualista dell’istituto, dovendosi intendere per “diritto” il concreto diritto dell’agredito messo in pericolo dall’aggressione, per “ingiusto” il carattere antigiusdico della condotta dell’aggressore. Per approfondimenti sulla complessa questione v. comunque, per tutti, R. VAN RIENEN, *Die “sozialethischen” Einschränkungen*, cit., p. 103 ss.

⁵⁵ Nella letteratura tedesca v., *ex plurimis*, H. FUCHS, *Grundfragen der Notwehr*, Wien, 1986, p. 52 ss.; E. SCHMIDHÄUSER, *Die Begründung der Notwehr*, in *GA*, 1991, p. 97 ss. Nella dottrina italiana, nella quale si adottano espressioni diverse, ma concettualmente simili, v. E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1921, p. 468 ss.; G. FIORETTI-A. GERBOGLIO, *La legittima difesa. Studio giuridico*, Torino, 1894, p. 68 ss.

⁵⁶ E. SCHMIDHÄUSER, *Die Begründung*, cit., p. 121.

⁵⁷ E. SCHMIDHÄUSER, *Die Begründung*, cit., p. 124.

⁵⁸ Nozione, questa, finalizzata a non concedere la facoltà di difesa legittima ai soggetti aggrediti da minori, persone incapaci di intendere e volere, ecc., in quanto in tali ipotesi l’ordinamento non verrebbe leso.

della scriminante *de qua*. Si è quindi sostenuto che la *ratio* della legittima difesa non è l'autoaffermazione dell'ordinamento giuridico empiricamente inteso, bensì la "difesa del valore normativo dell'ordinamento giuridico" ("*Verteidigung der normativen Geltung der Rechtsordnung*")⁵⁹. Sarebbe infatti contraddittorio, secondo questa tesi, che l'ordinamento giuridico si limitasse a sanzionare con una pena, unicamente *ex post*, la già avvenuta lesione del diritto ("*Rechtsbruch*"), senza offrire alcun incisivo strumento di reazione a fronte di lesioni imminenti, o comunque in corso ma non ancora concluse⁶⁰. Non può non notarsi, a tal proposito, come una simile impostazione – pur non espressamente – tenda senz'altro ad avvicinarsi all'idea della reazione difensiva ad aggressioni ingiuste come sanzione irrogata dal privato aggredito, pur senza mai definirla espressamente come tale.

La seconda proposta dogmatica, a differenza della prima, è caratterizzata da un'ottica meno "assolutista" in relazione al concetto di ordinamento giuridico; non ripropone la "grave inosservanza del diritto" (da parte dell'aggressore) quale presupposto per la legittimità della reazione difensiva dell'aggredito; e da ultimo ne va senz'altro apprezzata la sottolineatura dell'incongruenza di un ordinamento che afferma diritti, ma non contempla strumenti per la loro difesa effettiva in presenza di un'aggressione in atto.

Entrambe le teorie suesposte, tuttavia, sono criticabili sotto una molteplicità di profili, a partire dal loro assioma di base, e cioè l'assunzione di un valore – sia esso empirico o normativo – dell'ordinamento giuridico in quanto tale, valore incommensurabilmente alto, ed in quanto tale sempre prevalente sui beni giuridici dell'aggressore, lesi dalla reazione difensiva. Si è invero obiettato, in modo pienamente condivisibile, che nell'attuale assetto costituzionale lo scopo primario dell'ordinamento è la garanzia della tutela dei singoli cittadini, finalità per la quale è stato sottoscritto idealmente quel contratto sociale sostanziatosi nelle Costituzioni del secondo dopoguerra⁶¹. L'ordinamento giuridico, pertanto, non andrebbe considerato uno scopo in quanto tale ("*Selbstzweck*"), bensì uno strumento posto a tutela dei singoli individui, per cui allo stesso non dovrebbe essere attribuito un valore superiore a quello dei beni giuridici di valore primario⁶².

Considerando *de iure condito* l'attuale statuto penale della legittima difesa, è stata poi mossa un'altra incisiva critica alle tesi *de quibus*, data dall'in-

⁵⁹ N. BITZILEKIS, *Die neue Tendenz*, cit., p. 57 ss.

⁶⁰ N. BITZILEKIS, *Die neue Tendenz*, cit., p. 58, il quale peraltro precisa come «sia fondamentale compito delle autorità statali impedire il verificarsi di tali attacchi all'ordinamento giuridico, occorrendo però, accanto ai poteri di intervento pubblici, consentire – quale ulteriore strumento di tutela dell'ordinamento – ai singoli cittadini di poter avvalersi del diritto di legittima difesa».

⁶¹ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 23. L'autore, ovviamente, fa riferimento alla Costituzione tedesca (*Grundgesetz*) del 1949, ma le medesime considerazioni sono estendibili alla Costituzione italiana del 1948.

⁶² C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 23.

conciliabilità delle suddette con la pacifica, alla luce della normativa tedesca (e altresì italiana) e dell'univoca prassi applicativa, limitazione del *Notwehrrecht* alle sole aggressioni a beni giuridici individuali, con esclusione di quelli superindividuali (ordine pubblico, ambiente, ecc.): qualora l'effettivo fondamento fosse la tutela e la riaffermazione dell'ordinamento giuridico, invece, il diritto di difesa dei privati dovrebbe necessariamente estendersi anche ai suddetti⁶³.

2.2. *L'agredito quale destinatario di delega ipotetica della potestà di polizia (c.d. "cittadino poliziotto"), e l'idea della legittima difesa come sanzione*

Nell'ottica pubblicistica sono state proposte – soprattutto in Italia nella prima metà del Novecento – ulteriori spiegazioni del fondamento dell'istituto, tra le quali spicca anzitutto quella che vede nell'agredito reagente un privato esercitante una pubblica funzione delegata, e dunque una sorta di "cittadino poliziotto"⁶⁴. Presupposto della presente impostazione è il rifiuto di ogni caratterizzazione in senso giusnaturalistico del diritto di autodifesa, rimarcandosi piuttosto che è «vano e fantastico andar ricercando il fondamento della legittima difesa, quale causa giustificante, fuori dal diritto positivo e dalla necessità»⁶⁵. In conseguenza di ciò, si giunge quindi a considerare l'istituto alla stregua di una "delegazione ipotetica e condizionata della potestà di polizia", concessa dall'ordinamento al soggetto privato a causa del ricorrere di una situazione di necessità ogni qual volta le autorità statali non possano intervenire tempestivamente per tutelarne i beni giuridici dai pericoli derivanti da aggressioni ingiuste⁶⁶. Nell'ambito di tale visione, fortemente ultra-individualistica, «il privato, nell'esplicamento della legittima difesa, è da considerarsi pubblico ufficiale temporaneo»⁶⁷.

⁶³ *Ex plurimis* v. R. SENGBUSCH, *Die Subsidiarität*, cit., p. 142 ss., il quale riporta altresì la soluzione all'aporia – comunque dai medesimi riconosciuta – proposta da parte dei sostenitori della seconda delle teorie esaminate, data dall'estendere il *Notwehrrecht* ai soli beni giuridici collettivi dei quali "portatore mediato" ("*mittelbarer Träger*") sia il singolo individuo.

⁶⁴ Si fa riferimento alla proposta ermeneutica di uno dei principali studiosi di diritto penale dell'Italia della prima metà del secolo scorso, altresì redattore di cospicue parti del codice penale Rocco, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, 5^a ed., Torino, 1985, p. 378 ss.

⁶⁵ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 378.

⁶⁶ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 379.

⁶⁷ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 379. La conclusione dello studioso è, peraltro, che «nonostante l'intenzione di produrre l'evento reattivo», ad ogni modo «la legge non ritiene l'agente "responsabile", considerando ragionevolmente che, in tali contingenze, esiste un interesse da tutelare, che contraddice e fa scomparire l'obbligo di astenersi dal fatto incriminato, il quale pertanto perde il carattere dell'illegittimità nel caso concreto». Cfr. in argomento A. SZEGO, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 95 ss.

L'idea pubblicistica della legittima difesa quale esercizio delegato di pubbliche funzioni ha poi condotto altri studiosi a spingersi fino a proporre un parallelismo tra reazione difensiva e reazione sanzionatoria penale, cioè tra legittima difesa e pena, pur non pervenendo – in maggioranza – all'affermazione di una totale coincidenza dei due istituti, bensì a quella di un “parziale carattere/effetto penale” (“*teilweise pönaler Charakter/Wirkung*”) della reazione difensiva, incentrata segnatamente sulla valorizzazione dell'efficacia generalpreventiva della suddetta⁶⁸. Nella dottrina italiana, fors'anche per il più agevole parallelismo dato dalla subordinazione della reazione difensiva giustificata – come la pena – al principio di proporzionalità, taluni giuristi hanno sostenuto la natura *tout court* di sanzione della reazione in legittima difesa, da inquadrare quale “ipotesi della sanzione amministrativa della impeditibilità”⁶⁹.

Se però una certa connessione empirica “funzionale” tra pena e reazione difensiva “legittimata”, in relazione al contrasto delle condotte illecite, non può essere negata⁷⁰, è anche vero che la circostanza che la prima intervenga *ex post* per sanzionare condotte già esaurite, mentre la condotta difensiva solo quando il pericolo di lesione non si sia ancora concretizzato o esaurito, e sia monopolio dello Stato, comporta radicali differenze tali da ostare non solo ad una *reductio ad unum*, ma finanche ad un'assimilazione parziale. A tal proposito, è stato anzitutto rilevato come il fatto che in Germania (ma altresì in Italia) la normativa vigente, quale applicata dalla giurisprudenza, consenta di giustificare in taluni casi – minoritari, ma non eccezionali – l'uccisione dell'aggressore da parte dell'agredito, comporta una prima radicale differenza tra i due istituti⁷¹. La netta divaricazione ermeneutica sostanziale tra pena e legittima difesa, inoltre, emerge ancor più chiaramente considerando i criteri in base ai quali viene concessa l'autorizzazione normativa, rispettivamente, alla reazione difensiva ed all'irrogazione della pena: nel primo caso, l'ordinamento considera rilevanti fattori “endogeni” alla concreta situazione di conflitto (“*konkrete Kampfslage*”),

⁶⁸ In tal senso si esprimono, nella dottrina tedesca, C. CHOI, *Notwehr und “gesellschaftliche Sitten”*, Freiburg, 1988, p. 26; H. MAYER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, 1967, p. 98 ss. Leggermente differenziata è la posizione di S. THOMAS, *Die gerechtfertigte Züchtigung?*, in *ZRP*, 1977, p. 183, il quale tende a focalizzarsi sugli aspetti della legittima difesa che la rendono equiparabile ad una “pena privata”.

⁶⁹ R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, II, Torino, 1958, p. 317. V. sul punto anche le pertinenti osservazioni di A. SZEGO, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 97 ss., la quale evidenzia come «i primi sintomi di tale concezione [sanzionatoria] si rinvencono nelle affermazioni di alcuni Autori di scuola kantiana, secondo cui la reazione difensiva, pur essendo ingiusta (poiché la repressione dell'illecito spetta esclusivamente allo Stato) non verrebbe punita, in quanto assolutamente eguale, per intensità, all'aggressione».

⁷⁰ V. al riguardo in particolare N. BITZILEKIS, *Die neue Tendenz*, cit., p. 63 ss.; R. FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen*, München, 1979, p. 98.

⁷¹ In particolare v. a tal proposito N. BITZILEKIS, *Die neue Tendenz*, cit., p. 63 ss.; R. HAAS, *Notwehr und Nothilfe: zum Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe*, Frankfurt am Main, 1978, p. 165.

quali l'attualità del pericolo, la necessità di difesa, ecc.; mentre relativamente alla pena, il principale parametro adottato è quello – in un certo senso “esogeno” – della colpevolezza del reo, il quale è invece tendenzialmente irrilevante⁷² ai fini della legittima difesa⁷³. In aggiunta, è stato correttamente sottolineato che, classificando la legittima difesa come sanzione penale, ne dovrebbe necessariamente derivare l'impossibilità – per il principio del *ne bis in idem* – dell'irrogazione di un'ulteriore sanzione penale per lo stesso illecito, questa volta da parte dello Stato, all'aggressore⁷⁴.

Entrambe le teorie appena trattate, poi, al di là di incorrere in gran parte delle aporie già enunciate per le altre teorie pubblicistiche, e a presentare evidenti incompatibilità con lo statuto penale (sia italiano che tedesco) della scriminante, il quale⁷⁵ è orientato alla tutela di beni individuali e prescinde dalla colpevolezza dell'aggressore⁷⁶, sono più in generale inconciliabili con una concezione di legittima difesa “costituzionalmente orientata”⁷⁷.

Le Carte Fondamentali dei principali Paesi europei (non solo di Italia e Germania, ma anche di Francia, Spagna, ecc.), così come la CEDU, sono difatti chiaramente ispirate ad una visione del rapporto Stato – cittadino nel quale è il secondo, l'individuo, ed i suoi inviolabili diritti, a rappresentare l'elemento centrale e prevalente⁷⁸. Vi è dunque una indubbia primazia del diritto alla vita ed alla dignità umana, ed una chiara sovra-ordinazione dei beni giuridici personali rispetto a quelli patrimoniali e pubblicistici (es.: fede pubblica, ordine pubblico, ecc.)⁷⁹. In siffatto contesto, anche in un'ottica *de iure condendo* prescindente dalle attuali legislazioni, la legittima difesa non può che essere

⁷² Salvo, e comunque in una diversa prospettiva, quanto si dirà con riferimento alle c.d. “limitazioni etico-sociali del diritto di difesa”.

⁷³ In siffatto modo si sono espressi, tra i tanti, H. FUCHS, *Grundefragen*, cit., p. 45 ss.; R. VAN RIENEN, *Die “sozialethischen” Einschränkungen*, cit., p. 126 ss.; H. WAGNER, *Individualistische*, cit., p. 28.

⁷⁴ G. MARINUCCI, (voce) *Cause di giustificazione*, in *Dig. pen.*, III, Torino, 1988, p. 133; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 947. Osservazioni critiche pressoché identiche, peraltro, sono state avanzate anche da parte di numerosi studiosi tedeschi, tra i quali N. BITZLEKIS, *Die neue Tendenz*, cit., p. 38; R. HAAS, *Notwehr*, cit., p. 167.

⁷⁵ Con eccezione forse della concessione illimitata della possibilità di procedere al soccorso di necessità.

⁷⁶ Salvo quanto si dirà sulla previsione, da parte del § 32 StGB, della “ammissibilità etico-sociale” della reazione difensiva (“*Gebotenheit*”).

⁷⁷ Evidenzia infatti autorevolmente F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 947, il rischio che tali concezioni finiscano per «legittimare nella prassi l'immagine di un cittadino-giustiziere (...) chiamato a coadiuvare l'azione statale di prevenzione e repressione dei reati».

⁷⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 947, secondo il quale «l'esimente in esame nasce e si radica negli ordinamenti contemporanei quale strumento di autodifesa di diritti individuali, e non come strumento di reazione contro qualsiasi forma di condotta illecita».

⁷⁹ Ben altro discorso vale, ovviamente, nei casi in cui la lesione di questi beni pubblicistici comporta necessariamente anche una lesione di interessi giuridici personali (si pensi alla sicurezza pubblica, o alla personalità dello Stato con riferimento a stragi o atti terroristici tali da elidere o mettere in concreto pericolo, la vita di una o più persone).

fondata sull'esigenza di tutelare l'individuo, e i suoi fondamentali diritti personalissimi (vita, dignità umana, ecc.) in ipotesi nelle quali lo stesso non possa ricevere tempestiva tutela dalle autorità pubbliche⁸⁰. Al riguardo va peraltro ribadita la necessità che il monopolio dell'uso dei poteri coercitivi rimanga pienamente nelle mani dello Stato, e che sia regolato da principi di trasparenza, proporzionalità, *extrema ratio* e democraticità: qualunque concezione che veda nel cittadino privato in quanto tale, potenzialmente non addestrato, e non dotato dei requisiti (forza fisica, equipaggiamento, ecc.) per fronteggiare adeguatamente condotte criminali, un possibile delegatario di poteri coercitivi e/o repressivi e/o sanzionatori, è dunque radicalmente in contrasto con l'attuale quadro costituzionale, *ergo* irricevibile.

3. Teorie dualistiche

I profili di criticità delle teorie monistiche sul fondamento teorico della legittima difesa, pur senz'altro più cospicui con riferimento alle tesi pubblicistiche⁸¹, hanno spinto – sia nel contesto germanico che in quello italiano – la dottrina penalistica più recente a valorizzare congiuntamente sia i profili individualistici che quelli pubblicistici al fine di determinare la *ratio* dell'istituto⁸². Si parla a tal proposito di “orientamenti dualistici”, pur dovendosi sotto-

⁸⁰ V. al riguardo, in relazione alla disciplina della legittima difesa in Italia, a seguito delle riforme del 2006 e del 2019, le importanti riflessioni in punto di tutela dei diritti della persona di F. PALAZZO, *La tutela della persona umana: dignità, salute, scelte di libertà*, in *DPC*, 23 settembre 2019, p. 6 ss., incentrate sul rischio che, per esigenze securitarie di stampo populista, le maggioranze parlamentari possano introdurre discipline dell'istituto antitetico rispetto all'esigenza di tutela la persona umana e i suoi fondamentali diritti. L'Illustre studioso sottolinea infatti che, in particolare, la rinuncia al requisito della necessità difensiva da parte della l. n. 36/2019 (per i casi di “legittima difesa domiciliare rafforzata”), «può rivelare, infatti, una visione della legittima difesa quale immediata e sicura sanzione punitiva nei confronti di chi si è messo dalla parte del torto e così facendo si è per ciò solo accollato il rischio di andare incontro alla reazione difensiva»; e altresì che «c'è un chiaro sfondo autoritario e antipersonalistico nella decisione dell'ordinamento di fomentare la reazione privata anche in assenza di necessità difensiva: una visione, insomma, in cui aggressore ed aggredito finiscono per essere equiparati e sacrificati in nome delle esigenze di sicurezza ad ogni costo».

⁸¹ Circostanza dovuta senz'altro al fatto che, come già sottolineato, le disposizioni penali in materia dello StGB tedesco e del nostro codice penale appaiono – salvo la disciplina del del soccorso difensivo di un terzo – formulate in maniera “personalisticamente orientata”, evocando immediatamente l'idea di un conflitto privato tale da mettere a repentaglio beni giuridici di singoli cittadini. Sull'interessante tema della capacità evocativa e “iconografica” delle norme penali, v. M. PAPA, *Fantastic voyage: attraverso la specialità del diritto penale*, 2ª ed., Torino, 2019.

⁸² Nella dottrina italiana, *ex multis*, sono fautori di tale impostazione G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Bologna, 2019, p. 298 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 10ª ed., Milano, 2017, p. 250 ss.; T. PADOVANI, (voce) *Di-*

lineare sin da ora come non tutti gli studiosi attribuiscono uguale peso alle due componenti *de quibus*.

La maggioranza dei fautori dell'impostazione dualistica, comunque, non opera un'espressa gerarchia di rilevanza tra i due fondamenti posti alla base della *ratio* dell'istituto, seppur dall'attenzione conferita dalla dottrina italiana alla rilevanza del canone di proporzione (quale riflesso dell'esigenza, pur dimidiata, di tutela dei diritti dell'aggressore), traspare una – pur sovente inespresa – leggera preminenza attribuita al fondamento personalistico⁸³.

L'idea ispiratrice dei sostenitori della tesi dualistica è che – nell'ordinamento italiano, e ancora di più in quello tedesco – solo la congiunta adozione di una visione personalistica e di una statalistica possono offrire una compiuta spiegazione dell'attuale disciplina penale dell'istituto.

Per quanto concerne la *Notwehr*, autorevoli giuristi hanno sostenuto che l'idea individualistica della reazione difensiva quale “incisivo diritto di protezione” dell'individuo spiega la chiara scelta normativa di escludere dai beni giuridici legittimamente difendibili dal privato quelli di natura collettiva⁸⁴, e altresì la non ammissibilità della legittima difesa nei confronti di un “reato impossibile” (*untauglicher Versuch*), non ponendosi a rischio alcun bene giuridico individuale⁸⁵.

Il legislatore, tuttavia, avrebbe al contempo perseguito finalità generalpreventive, ritenendo congruo riaffermare il valore dell'ordinamento anche qualora vengano perpetrate aggressioni a diritti individuali in contesti spazio-temporali nei quali le autorità pubbliche deputate alla tutela della sicurezza dei consociati non siano in condizione di intervenire⁸⁶. Ciò spiegherebbe dunque

fesa legittima, cit., p. 498; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2018, p. 382 ss.; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, in A. CADOPPI et al. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, 2, *Il reato*, Milano, 2013, p. 360 ss. Nella letteratura tedesca v. invece, tra i più autorevoli, T. FISCHER, § 32 *StGB*, in *Fischer Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66^a ed., 2019, rn. 2; W. HASSEMER, *Die provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts*, in *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, 1979, p. 239 ss.; H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechtes. Allgemeiner Teil*, 5^a ed., 1996, Berlin, p. 336 ss.; P. KASISKE, *Begründung und Grenzen der Nothilfe*, in *Jura*, 2004, p. 833 ss.; W. PERRON, § 32 *StGB*, in *Schönke/Schröder Kommentar Strafgesetzbuch*, 30^a ed., 2019, rn. 1a; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 654 ss.; R. VAN RIENEN, *Die “sozialethischen” Einschränkungen*, cit., p. 150; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 46^a ed., Heidelberg, 2016, p. 151 ss.

⁸³ V. ad esempio F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 362 ss., secondo cui «l'auto-tutela sussidiaria privata e la difesa indiretta dell'ordinamento sono, insomma, complementari sul piano giuridico positivo», basandosi «la prima sulla posizione dell'agredito e ponendo al centro il requisito di proporzione».

⁸⁴ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 654, il quale evidenzia che, nell'opposta eventualità, qualunque cittadino sarebbe promosso al rango di poliziotto ausiliario, e il monopolio statale dell'uso della forza e dei poteri coercitivi sarebbe svuotato di qualunque valore, con un forte rischio di gravi compromissioni dell'ordine pubblico.

⁸⁵ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 654.

⁸⁶ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 654 ss., il quale menziona altresì il passo lavori prepa-

il perché l'ordinamento penale tedesco consente⁸⁷ all'agredito di potersi difendere in modo ampio, nei limiti della necessità, anche qualora la fuga, oppure la resa, garantirebbero in modo egualmente o maggiormente efficace la tutela dei beni giuridici messi in pericolo⁸⁸: ogni reazione difensiva a condotte contrarie al diritto, difatti, mostrerebbe all'aggressore i rischi riconnessi all'attentare ai beni giuridici protetti dall'ordinamento, impedendo dunque la messa in discussione della validità ed autorità di quest'ultimo⁸⁹. Alla stessa finalità dissuasiva, strettamente connessa alla riaffermazione del Diritto, sarebbe perciò ispirata anche la possibilità, per l'aggressore, di fronteggiare non solo le reazioni legittime dell'agredito, ma anche quelle di terze persone estranee, equiparate alle prime *ex* § 32 StGB (ed art. 52 c.p.)⁹⁰.

Simili argomentazioni sono state proposte anche dai più rappresentativi studiosi italiani della recente epoca, sottolineandosi però il rischio che – pur a fronte di una condivisibile efficacia dissuasiva (rispetto alla commissione di condotte illecite) riconducibile alla caratterizzazione statalistica della legittima difesa – attribuendo all'interesse dell'agredito un'ampia “plusvalenza pubblicistica” si rischia di svincolare la difesa legittima «tanto dal requisito di rigorosa proporzione tra gli interessi dell'agredito e dell'aggressore quanto dal requisito della assoluta necessità difensiva»⁹¹. Emerge dunque, in correlazione ai più ristretti limiti al diritto di difesa imposti dal principio di proporzione, un certo *self restraint* dei giuristi italiani nel “tracciare i confini” del fondamento statalistico della legittima difesa.

Le teorie dualistiche, così come anche le tesi monistiche esaminate, sono state anch'esse oggetto di critiche rivolte, per lo più, da sostenitori dell'impostazione individualistica⁹². Uno dei profili su cui sono appuntate le obiezioni

ratori dove viene richiamata espressamente la finalità di «intimidire in modo effettivo la generalità dalla commissione di condotte anti giuridiche» (BT-Drucks. VI/650, p. 157, contenenti le motivazioni alla base – “*Begründung*” – del progetto di codice penale, interlocutorio rispetto a quello poi entrato in vigore in Germania nel 1975, E 1962. Si tenga comunque presente che D. VON DER PFORDTEN, *Zu den Prinzipien*, cit., p. 261 ha invece messo in dubbio – relativamente a tale atto ufficiale – che rappresenti la volontà del legislatore tedesco).

⁸⁷ Come si vedrà, trattasi di orientamento sostanzialmente pacifico sia nella dottrina che nella giurisprudenza d'oltralpe.

⁸⁸ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 655.

⁸⁹ In tal senso P. KASISKE, *Begründung*, cit., p. 835.

⁹⁰ V. in tal senso l'approfondita trattazione del tema di R. SEEBERG, *Aufgedrängte Nothilfe*, cit., p. 46 ss. Sottolineano però, in modo condivisibile, la finalità primariamente solidaristica del soccorso difensivo dell'ordinamento italiano G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 309; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 224; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 946.

⁹¹ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 383, il quale sottolinea altresì che «nella prospettiva statalistica deve essere evitata una involuzione autoritaria dell'istituto in cui, cioè, la difesa privata divenga lo strumento privilegiato per una tutela anticipata dell'ordinamento».

⁹² Essendo ormai dottrinalmente relegate nella marginalità, sin dal finale del XX secolo, le impostazioni monistiche di tipo ultra-individualistico/pubblicistico.

è stato quello – rimarcato da taluni esponenti dualistici, per converso, come un pregio – della “flessibilità” del rapporto tra il principio di tutela dell’individuo ed il principio di autoaffermazione/conservazione dell’ordinamento giuridico, il quale per taluni oppositori darebbe luogo ad un’indeterminatezza ed arbitrarietà (“*Willkür*”) arbitrariamente inaccettabili⁹³, arrivandosi finanche a considerare l’utilizzo, in tal contesto, del principio di conservazione dell’ordinamento alla stregua di un “trucco argomentativo” (“*argumentativer Trick*”)⁹⁴.

In aggiunta, alcuni giuristi tedeschi (di orientamento personalistico) hanno rilevato l’inevitabile natura “circolare” della tesi dualistica: posto infatti che la regolamentazione della *Notwehr* è parte integrante dell’ordinamento giuridico, non è ermeneuticamente ammissibile fondare la legittima difesa sulla base dell’attitudine della stessa a difendere quello stesso ordinamento di cui fa parte, e dunque anche sé stessa⁹⁵. Si è obiettato pertanto che «l’ordinamento giuridico nel suo complesso verrebbe chiamato in causa al fine di spiegarne una parte di esso, e segnatamente il § 32 StGB»⁹⁶. È stato comunque contro-obiettato che la critica *de qua* sia piuttosto frutto di un fraintendimento delle tesi dualistiche (ma anche pubblicistiche) le quali, quando utilizzano la dizione “ordinamento giuridico” (“*Rechtsordnung*”), non fanno altro che abbreviare il concetto di «ordinamento giuridico con l’esclusione della norma di cui al § 32 StGB»⁹⁷.

4. Tesi propugnata: il diritto di “autodifesa necessitata” quale diritto naturale “convertito” in diritto costituzionalmente garantito

Alla luce dell’analisi dei principali orientamenti emersi nella dottrina italiana e tedesca in tema di fondamento ideologico della legittima difesa, va senz’altro affermata *in primis* l’irricevibilità di qualunque spiegazione dell’istituto su base meramente ultra-individualistica/pubblicistica. Le ragioni sono state sostanzialmente delineate nei precedenti paragrafi, e sono

⁹³ D. KIOUPIS, *Notwehr und Einwilligung*, Baden Baden, 1992, p. 19; D. KLESCZEWSKI, *Ein zweiseitiges Recht*, in *Festschrift für E.A. Wolff*, Berlin, 1998, p. 238; M. PAWLIK, *Die Notwehr nach Kant und Hegel*, in *ZStW*, 2002, p. 261.

⁹⁴ H. KORIATH, *Einige Gedanken zur Notwehr*, in *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, München, 2001, p. 369. V. inoltre, in tema, le contro-obiezioni di R. VAN RIENEN, *Die “sozialethischen” Einschränkungen*, cit., p. 138 ss.

⁹⁵ D. KIOUPIS, *Notwehr und Einwilligung*, cit., p. 35; D. KLESCZEWSKI, *Ein zweiseitiges Recht*, in *Festschrift für E.A. Wolff*, Berlin, 1998, p. 239; M. KOCH, *Die aufgedrängte Nothilfe*, cit., p. 89.

⁹⁶ R. VAN RIENEN, *Die “sozialethischen” Einschränkungen*, cit., p. 141 (in senso critico nei confronti dell’obiezione).

⁹⁷ D. VON DER PFORDTEN, *Zu den Prinzipien der Notwehr*, cit., p. 364.

principalmente due, tra le quali va sottolineata l'indubbia maggiore rilevanza della seconda:

1. in ottica *de iure condito*, la chiara connotazione "individualistica" dell'attuale disciplina italiana (e tedesca) della legittima difesa, incentrata sul conflitto interpersonale tra l'aggressore e l'agredito, e sulla primaria esigenza di tutela dei beni giuridici individuali di quest'ultimo, affiancata da una secondaria (in Germania quasi marginale) istanza di protezione dei beni giuridici dell'aggressore;

2. in una prospettiva generale – prescindente dal vigente statuto penale della scriminante – nell'attuale assetto costituzionale italiano e tedesco⁹⁸ è il cittadino, titolare di fondamentali diritti umani, colui dalla cui parte pende la bilancia del rapporto con lo Stato. Nell'attuale panorama costituzionale (e di diritto internazionale), inoltre, è chiaramente ravvisabile una netta prevalenza assiologica dei diritti di natura personale (a partire da vita e dignità umana) rispetto a quelli patrimoniali, ed agli interessi di natura pubblicistica. In considerazione di ciò, ipotizzando sin da ora la rilevanza costituzionale di un "diritto alla difesa necessitata"⁹⁹, è assolutamente incongruo attribuire alla legittima difesa un fondamento teorico di matrice pubblicistica/statalistica.

L'impostazione in questa sede accolta, inoltre, si discosta altresì dalle teorie dualistiche (cioè da quelle attualmente maggioritarie in entrambi i contesti accademici), caldeggiando la netta primazia del fondamento personalistico della legittima difesa.

Punto di partenza è senz'altro l'accoglimento dei presupposti – ma non di gran parte delle conclusioni – delle teorie personalistiche di matrice giusnaturalistica. Va invero riconosciuto che il "diritto di autodifesa necessitata" (*Notwehrrecht*) è uno dei fondamentali diritti naturali dell'uomo, sorto già nello stato di natura "pre-statuale" ("*vorstaatlichen Naturstand*")¹⁰⁰, derivante dall'istinto di sopravvivenza ("*Selbsterhaltungstrieb*") che lo spinge a difendere la propria vita e le "correlate posizioni necessarie"¹⁰¹, unitamente agli interessi personalissimi (libertà sessuale, ecc.), ad ogni costo¹⁰². Se difatti gli istinti e le spinte biologiche caratterizzanti l'essere umano non possono di regola assurgere al rango di prerogative giusnaturalisticamente riconosciute, nel caso dell'istinto di conservazione/sopravvivenza ne va sottolineata una peculiare connotazione "razionale": l'essere umano ragionevole, difatti, sa che deve difendere la sua consapevole esistenza biologica ("*seine ihm bewusste biolo-*

⁹⁸E, in generale, di quasi tutti gli ordinamenti dell'Europa continentale.

⁹⁹Parla autorevolmente di difesa necessitata come diritto, pur in una diversa accezione, maggiormente ritagliata sulle criticità esegetiche relative alla disciplina italiana della legittima difesa di cui all'art. 52 c.p., D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 223 ss.

¹⁰⁰C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, p. 52 ss.

¹⁰¹V. sul punto M. PAWLIK, *Die Notwehr*, cit., p. 270, e le sue riflessioni sul punto in relazione alla dottrina filosofica kantiana.

¹⁰²C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 53.

gisce Existenz”) in quanto la sua medesima consapevole esistenza, il suo stesso essere interiore, cesserebbero di esistere ove il suo corpo biologicamente inteso perisse (nel caso di specie, in conseguenza di un’aggressione)¹⁰³.

In assenza di un potere statale costituito, peraltro, il diritto naturale all’autodifesa necessitata prescinde proprio dal carattere “necessitato” della difesa, traducendosi concretamente, per converso, in una potestà difensiva illimitata. Il persistente pericolo di aggressioni tali da mettere in pericolo la propria esistenza (accogliendo i presupposti ideologici hobbesiani del *bellum omnium contra omnes*)¹⁰⁴, e l’assenza di un apparato statale capace di porre in essere misure di prevenzione (*ex ante*), e sanzionatorie (*ex post*) delle aggressioni violente, difatti, convergono nell’attribuire al diritto di autodifesa altresì funzioni preventive e repressive che nello Stato di diritto spettano esclusivamente ad autorità pubbliche costituzionalmente legittimate¹⁰⁵.

L’ideale stipulazione del contratto sociale, confluyente nell’approvazione ed entrata in vigore di un Testo Costituzionale vincolante, democraticamente orientato e fondato sull’assoluta centralità dei diritti dell’uomo, pur comportando l’obbligo per il cittadino di affidare alle autorità statali l’utilizzo di poteri coercitivi per il mantenimento della sicurezza, implica però al contempo – nell’ottica sinallagmatica che gli è propria – la nascita di un diritto alla sicurezza dell’individuo¹⁰⁶, e dunque l’obbligo per lo Stato di garantirne la tutela. In una prospettiva storica, ciò è confermato dal fatto che già nella Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 si trovava solennemente sancito, all’art. 2, proprio il “diritto alla sicurezza” tra i diritti naturali ed inalienabili dell’uomo¹⁰⁷, e attualmente è indubbio che, sia dalla *Grundgesetz* tedesca del 1949¹⁰⁸ che dalla Costituzione italiana, al di là della menzione espressa, è senz’altro riconosciuto un tale diritto in capo al cittadino¹⁰⁹.

¹⁰³ J. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin, 1983, p. 4 ss.

¹⁰⁴ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 53.

¹⁰⁵ Cf. J. ISENSEE, *Das Grundrecht*, cit., p. 3 ss.

¹⁰⁶ Sulle ricadute in termini giuridico-penali della recente tendenza alla “strumentalizzazione populistica” della sicurezza intesa come “*totem*” piuttosto che come diritto, v. la recente opera di L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., a partire dal § 2 della Sez. I (p. 8 ss.), dedicato al tema della «involuzione della sicurezza come oggetto della tutela giuridica».

¹⁰⁷ V. sul punto le riflessioni di T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, pubblicato online sul sito web www.forumcostituzionale.it, il quale rimarca al riguardo come «c’è l’eco del pensiero di Montesquieu, il quale nel *De l’esprit des lois* (libro XII, cap. 2) scriveva: «La libertà politica consiste nella sicurezza, o almeno nell’opinione che si ha della propria sicurezza. Questa sicurezza non è mai tanto minacciata come nelle accuse pubbliche o private. Dunque dalla bontà delle leggi penali dipende principalmente la libertà del cittadino».

¹⁰⁸ Di diritto costituzionale alla sicurezza – con riferimento all’ordinamento tedesco – parla ad esempio espressamente, nella pregevole monografia in questione, J. ISENSEE, *Das Grundrecht*, cit., p. 3 ss.

¹⁰⁹ Per quanto riguarda l’ordinamento italiano v., tra i tanti, T. FENUCCI, *Quanto spazio*

Tenendo presente quanto appena detto, tuttavia, è evidente che una qualunque persona ragionevole non cedrebbe mai, in fase di “ideale” stipula del contratto sociale, il diritto di difendere con la forza la propria esistenza in modo incondizionato, e cioè anche con riferimento alle ipotesi concrete di aggressione nelle quali le autorità statali non possano intervenire a suo favore, lasciandolo quindi alla mercé del “violatore” del contratto sociale¹¹⁰. La rinuncia del cittadino all’uso della violenza è dunque condizionata alla concreta – e non solo astratta – capacità dello Stato di tutelarla dalle aggressioni di altri individui che ne mettano in pericolo i beni giuridici: non essendo le autorità pubbliche, per ovvi motivi, dotate delle risorse materiali ed umane per garantire la difesa del cittadino in ogni luogo e momento, ne deriva la necessità, costituzionale prima che normativo-penale, di riconoscere il diritto del cittadino a difendersi autonomamente da aggressioni altrui¹¹¹.

Sorge pertanto, anche nell’ordinamento giuridico dello Stato democratico di diritto¹¹², l’esigenza di riconoscere il diritto di autodifesa necessitata quale diritto fondamentale del cittadino, trasposizione nel nuovo contesto statale – caratterizzato dal monopolio pubblico dell’uso della forza – di quel diritto naturale pre-statale all’autodifesa¹¹³. Nel passaggio dallo stato di natura allo Stato di diritto, pertanto, il diritto all’autodifesa cessa di avere quel carattere illimitato che aveva nel contesto della società della guerra di tutti contro tutti, per conformarsi al nuovo statuto di strumento eccezionale, *extrema ratio*, di tutela dei fondamentali diritti del cittadino dal pericolo dato da aggressioni anti-giuridiche che lo Stato non sia in condizione di fronteggiare tempestivamente.

c’è per un diritto individuale alla sicurezza nell’ordinamento costituzionale italiano? Brevi osservazioni, in *Federalismi.it*, 25 novembre 2015, p. 1 ss.; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, cit.; T.F. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue “dimensioni” costituzionali*, in AA.VV., *Diritti umani. Trasformazioni e reazioni*, a cura di S. Vida, Bologna, 2009, p. 275 ss. Si consideri poi quando affermato da G. CERRINA FERONI-G. MORBIDELLI, *La sicurezza un valore superprimario*, in *PC*, 1/2008, p. 34 ss., per i quali nella Costituzione italiana non è esplicitamente sancito alcun diritto soggettivo in quanto tale, però la sicurezza è richiamata come valore, limite e al tempo stesso presupposto per l’esercizio delle libertà, ed è dunque escluso che il diritto alla sicurezza rientri in un giudizio di bilanciamento: in siffatta prospettiva, peraltro, libertà e sicurezza non sarebbero in conflitto e ad una maggiore sicurezza non corrisponderebbe una compressione delle libertà, atteso che la sicurezza non è un fine in sé ma uno strumento per accrescere le libertà stesse.

¹¹⁰ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 54.

¹¹¹ Cfr. J. ISENSEE, *Das Grundrecht*, cit., p. 41.

¹¹² Sulla recente crisi del fondamento costituzionale del diritto penale, con particolare riferimento alla disarticolazione dei poteri dello Stato e la sua influenza negativa sui principi costituzionali in materia penale (anzitutto quello di legalità) v. le illuminanti riflessioni di A. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, p. 15 ss.

¹¹³ Nell’ambito della Costituzione italiana, il suddetto diritto potrebbe trovare – come già accennato – la sua collocazione costituzionale nell’art. 2, tra i diritti inviolabili (come singolo) dell’uomo riconosciuti e garantiti dalla Repubblica. In prospettiva *de iure condendo*, invece, sarebbe auspicabile una espressa costituzionalizzazione dello stesso in un’apposita norma, anche per sancirne alcuni limiti irrinunciabili: al riguardo v. *infra*, Cap. VII, § 1.

Va quindi sottolineato che, a differenza delle dottrine personalistiche che propugnano un ritorno – seppur limitato al contesto spazio-temporale delle aggressioni ingiuste in corso – allo stato di natura, la tesi in questa sede propugnata esclude recisamente che ciò sia ammissibile¹¹⁴: il *Notwehrrecht* attuale è dunque un diritto costituzionalizzato, e caratterizzato dai limiti derivanti dalla coesistenza con il monopolio statale della forza, e con i diritti dell'aggressore. La persona dell'aggressore, difatti, nel nuovo contesto giuridico cessa di essere un “mero nemico da abbattere”, ma è anch'egli soggetto titolare di diritti, seppur volontariamente limitati dall'assunzione da parte di costui del “rischio conflittuale” nel momento stesso della causazione del conflitto mediante l'illegittima aggressione (“*Veranlasserprinzip*”)¹¹⁵.

Il principale limite al *Notwehrrecht* deriverà, pertanto, dalla chiara prevalenza dei diritti personali (*in primis* vita e dignità umana) sui diritti meramente patrimoniali come la proprietà. La – pur necessariamente ridotta – solidarietà “costituzionalmente doverosa” verso l'aggressore comporterà dunque che, in caso di aggressione ingiusta tale da provocare rischi di lesione limitati unicamente a beni patrimoniali, l'aggredito dovrà non solo rispettare il principio di necessità, ma anche quello di proporzione: detto in breve, non potrà legittimamente porre in essere reazioni difensive intenzionalmente dirette a uccidere, o ferire gravemente, l'aggressore e, qualora queste ultime siano l'unico mezzo per conservare la proprietà del bene, dovrà accettarne la spoliazione¹¹⁶. In siffatto contesto, la mera lesione della sfera domiciliare (in assenza di pericolo di lesione di beni personali) andrebbe equiparata alla lesione di un bene patrimoniale.

Qualora invece l'aggressione ingiusta comporti un rischio concreto di non lieve lesione di fondamentali diritti personali (vita, dignità umana, integrità fisica, libertà sessuale, libertà fisica, ecc.), avendo tali beni rango fondamentale primario, il diritto costituzionale di autodifesa necessaria dovrebbe ne-

¹¹⁴ In tal senso anche C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 56, il quale a tal proposito precisa che l'illimitatezza del diritto di autodifesa nello stato di natura deriva anche dall'assenza di qualunque strumento per garantire che l'aggressore, una volta respinto il pericolo per l'aggredito dato dalla violazione – da parte del primo – della “pace sociale”, ritorni a comportarsi pacificamente astenendosi dall'attaccare altri soggetti: nel nuovo Stato costituzionale, al contrario, la predisposizione di una legislazione penale è rivolta anche al fine di impedire la reiterazione di condotte delittuose.

¹¹⁵ Ovviamente, nel caso di provocazione dell'aggredito, palese irresponsabilità penale dell'aggressore, ecc., possono entrare in gioco delle limitazioni etico-sociali costituzionalmente orientate del *Notwehrrecht*, all'approfondimento delle quali si procederà *infra*, Cap. V, § 5.

¹¹⁶ Al riguardo, peraltro, si riterrebbe opportuno sancire un obbligo statale di risarcire i danni patrimoniali sofferti dai cittadini in ipotesi in cui si siano astenuti da reazioni difensive necessarie, ma tali da porre a rischio la vita dell'aggressore; ciò soprattutto nelle ipotesi in cui il danno patrimoniale sia di carattere “esistenziale”, cioè tale da provocare un rilevante peggioramento dell'esistenza del soggetto ingiustamente aggredito. Come si vedrà *infra*, Cap. V, § 4.2, trattasi però – quanto meno per l'ordinamento italiano – di un obbligo che difficilmente il legislatore accetterà di sancire.

cessariamente includere la facoltà di reagire finanche in modo letale per l'aggressore, a patto che la reazione sia necessaria a neutralizzare – o quanto meno ridurre – il pericolo di lesione, e che tale pericolo sia attuale¹¹⁷.

In definitiva, il diritto costituzionale di autodifesa necessaria dovrebbe essere caratterizzato dai seguenti requisiti¹¹⁸:

- la necessità della reazione difensiva¹¹⁹;
- la differenziazione tra la difesa di beni personali e patrimoniali;
- la necessaria attualità del pericolo derivante dall'aggressione ingiusta, quale fondamentale presupposto della deroga al principio del monopolio statale dell'uso della forza;
- la non limitazione¹²⁰ del diritto di difesa di beni personali ad opera del principio di stretta proporzione, posto il diritto fondamentale di difendere le fondamentali condizioni della propria esistenza (non ripristinabili in caso di lesione, a differenza dei beni patrimoniali) in modo efficace;
- la limitazione del diritto di difesa di beni meramente patrimoniali da parte del principio di stretta proporzione, giustificata – *in primis* nel caso di beni “esistenziali” – dalla potenziale “ripristinabilità” totale dei suddetti, in relazione alla quale dovrebbe essere sancito un obbligo di indennizzo dell'aggregato da parte dello Stato (con speculari diritto in capo al danneggiato)¹²¹.

¹¹⁷ Sul fondamentale requisito dell'attualità dell'aggressione/pericolo, v. *infra*, Cap. IV, § 3.

¹¹⁸ Per ulteriori dettagli si rimanda *infra* al Cap. VII, concernente le prospettive *de iure condendo*.

¹¹⁹ Concetto la cui delimitazione in concreto rappresenterà uno dei principali – e senz'altro più ardui – scopi di quest'analisi, cui sarà dedicato l'intero Cap. IV.

¹²⁰ Salvo ipotesi di aggressioni di lieve entità.

¹²¹ La cui configurazione in concreto, ovviamente, andrebbe stabilita in considerazione della concreta incidenza sulla finanza pubblica, ma dovrebbe comunque garantire l'indennizzo agli aggrediti vittime di danni particolarmente ingenti – in relazione alla propria condizione economico-finanziaria, e alla possibilità di condurre un'esistenza dignitosa secondo i parametri costituzionali – a causa della rinuncia ad una reazione difensiva sì necessaria, ma non proporzionata: al riguardo v. *infra*, Cap. V, § 4.2.

Capitolo II

La disciplina normativa dell'istituto nel codice penale italiano e nello StGB tedesco

Sommario: 1. La legittima difesa nel codice penale italiano. – 1.1. La disciplina “generale” ex art. 52/1 c.p. – 1.1.1. La condotta aggressiva ed il pericolo attuale di una offesa ingiusta. – 1.1.2. La condotta difensiva e la sua realizzazione imposta dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui. – 1.1.2.1. La necessità della condotta difensiva dell’agredito. – 1.1.2.2. La proporzione tra difesa ed offesa. – 1.2. La legittima difesa domiciliare a seguito delle riforme del 2006 e 2019. – 1.3. L’eccesso colposo (art. 55/1 c.p.) e la legittima difesa putativa (art. 59/4 c.p.). – 2. *Notwehr* e *Notwehrexzess* nello StGB tedesco. – 2.1. La scriminante di legittima difesa del § 32 StGB. – 2.1.1. L’aggressione anti-giuridica attuale (“*Notwehrlage*”). – 2.1.2. La reazione difensiva necessitata (“*Notwehrhandlung*”). – 2.1.2.1. La necessità della condotta difensiva (“*Erforderlichkeit*”). – 2.1.2.2. L’ammissibilità etico-sociale della difesa (“*Gebotenheit*”). – 2.1.3. La connotazione “soggettivistica” della disciplina del *Notwehr* e la disciplina (non normativa) dell’errore. – 2.2. La scusante per i casi di eccesso “astenico” ex § 33 StGB.

Punto di partenza ineludibile dell’approfondimento penalistico della legittima difesa, guidato dalla ricostruzione del fondamento ideologico – e della funzione costituzionalmente orientata – della stessa appena delineato nelle pagine precedenti, è la disciplina normativa dell’istituto.

Atteso che il presente studio intende focalizzarsi, in un’ottica europea più che nazionale, in modo paritetico sia sul sistema penale italiano che su quello tedesco¹, e poi arricchire l’analisi mediante lo studio comparatistico degli statuti penali della legittima difesa di altri importanti ordinamenti europei, è

¹ Ordinamenti considerati, alla luce della diversa – seppur non antitetica – disciplina della scriminante *de qua* e dell’ampio approfondimento accademico e giurisprudenziale dei nodi problematici relativi alla suddetta, alla stregua di due tra i più importanti esempi normativi nell’ambito europeo continentale, e dunque funzionalmente strumentali nella prospettiva dell’elaborazione di un modello “europeo” di disciplina dell’istituto al quale potrebbero armonizzarsi – pur tenendo conto delle nazionali peculiarità etiche, sociali, culturali e prima ancora costituzionali – i sistemi penali del vecchio continente, ed in particolare dell’Unione Europea.

d'obbligo partire dalla trattazione della disciplina dell'istituto nel codice penale italiano e nello *Strafgesetzbuch* tedesco.

In questo capitolo, ad ogni modo, l'analisi si muoverà soprattutto sul piano normativo, integrato dalla sintetica considerazione di taluni pacifici orientamenti giurisprudenziali, onde lasciare ai successivi capitoli, dedicati all'analisi specifica dei singoli nodi problematici della scriminante, la critica approfondita delle opzioni esegetiche giurisprudenziali relative a questi ultimi.

1. La legittima difesa nel codice penale italiano

La legittima difesa, nell'ordinamento italiano, è disciplinata dall'art. 52 c.p.². Sulla sua natura giuridica di scriminante/causa di giustificazione, al di là della nomenclatura codicistica³, vi è oramai totale concordia in dottrina e in giurisprudenza; mentre la funzionalità politico-criminale di tale norma, quale applicata nel diritto vivente, è stata negli ultimi decenni oggetto di nume-

² Considerando che la trattazione della disciplina normativa italiana, alla luce delle finalità del presente studio, si focalizzerà, in questo ma soprattutto nei successivi capitoli, su taluni aspetti ritenuti maggiormente forieri di criticità, e dunque funzionali all'elaborazione di eventuali proposte di riforma, è particolarmente doveroso ed utile il rinvio all'ampia ed autorevole letteratura penalistica italiana in materia. Sui profili generali (per quelli specificamente concernenti le riforme del 2006 e del 2019, ci saranno apposite note) v. A. CADOPPI-G. BILLO, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 328 ss.; A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018, p. 275 ss.; M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, II, Milano, 2010, p. 873 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, p. 313 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 543 ss.; G. FIANDACA-G. LEINIERI, *Art. 52 c.p.*, in G. FORTI-S. SEMINARA-G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, 2017, p. 226 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 298 ss.; C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 322 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 249 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 374 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 309 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 201 ss.; ID., (voce) *Difesa legittima*, cit., p. 498 ss.; A. PAGLIARO, *Difesa legittima*, in C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, II, Milano, 2007, p. 272 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 382 ss.; G. PANEBIANCO, *La legittima difesa*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, I, Torino, 2010, p. 362 ss.; N. PISANI, *La legittima difesa*, in M. RONCO (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale*, 2, *Il reato*, cit., p. 724 ss.; D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 223 ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, 6ª ed., Torino, 2017, p. 311 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 554 ss.; V. RONCO, (voce) *Legittima difesa*, in *Dig. pen.*, agg., 2008, II, p. 642 ss.; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 363 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 904 ss.

³ Come sottolinea F. Viganò, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 905, le tesi per cui si tratterebbe di una mera causa estintiva della punibilità sono ormai abbandonate sia dalla dottrina, sia dalla giurisprudenza (l'ultima sentenza di legittimità a sostenere tale tesi, secondo l'illustre Autore, risalirebbe al 1989).

rose osservazioni critiche da parte non tanto di giuristi, quanto piuttosto di esponenti politici che hanno trasposto nelle aule parlamentari l'insoddisfazione espressa da settori consistenti dell'opinione pubblica al riguardo.

Il malcontento “popolare”, amplificato da taluni organi mediatici⁴, è derivato soprattutto dalla percepita ristrettezza dei margini di reazione difensiva lecita concessi all'agredito, soprattutto a fronte di aggressioni domiciliari a scopo di furto o di rapina. La recezione politica di ciò si è quindi manifestata in due riforme (quella del 2006 e quella del 2019) che a distanza di poco più di un decennio hanno modificato, in modo – almeno formalmente – incisivo, una regolamentazione penale che non veniva toccata da quasi ottanta anni⁵, introducendo la c.d. “legittima difesa domiciliare”.

In astratto, peraltro, la normativa italiana in materia di legittima difesa⁶ appariva, già prima del 2006, potenzialmente idonea a delineare ampi spazi di giustificazione, affiancati da ulteriori spazi di non punibilità o punibilità per colpa (anziché per dolo), in relazione all'esercizio del diritto costituzionale di autodifesa necessitata, posto che:

i) è prevista la possibilità di difendere non solo un diritto proprio, ma anche un diritto altrui, non ponendosi limiti al c.d. “soccorso difensivo”;

ii) l'art. 55/1 c.p., disciplinando l'eccesso colposo nelle scriminanti in generale, contempla la punibilità per delitto colposo (ove prevista la corrispondente fattispecie) nel caso di eccesso – rispetto ai canoni della necessità e della proporzione (pur non espressamente menzionata) – della reazione difensiva⁷. Nel caso di eccesso non doloso, né colposo, ne conseguirebbe dunque la non punibilità dell'agente: tale disposizione, adottando nella determinazione della misura soggettiva della colpa auspicabili standard giurisprudenziali i quali tengano conto della peculiarità della situazione difensiva, e dunque della frequente inesigibilità soggettiva del rispetto degli standard cautelari ordinari, potrebbe costituire un baluardo nella tutela delle persone colpite da aggressioni antiggiuridiche particolarmente “impattanti” a livello psicologico;

iii) l'art. 59/4 c.p. dispone, in caso di erronea supposizione di una scriminante, l'applicazione della medesima disciplina ex art. 55/1, consentendo teoricamente la totale esenzione da pena in quei numerosi casi in cui effettivamente l'errore sia difficilmente evitabile in considerazione della concreta situazione in cui l'agredito (supposto, o parzialmente tale) si sia trovato ad agire;

iv) la legittima difesa, come tutte le cause di giustificazione, è applica-

⁴ In argomento v. L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., p. 16 ss., e le ampie riflessioni su quella che l'autrice denomina “legislazione penale compulsiva”.

⁵ V. sul punto, in particolare, F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., p. 1033 ss.; M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata*, cit., p. 106 ss.

⁶ Salvo poi approfondire, in questo e ancor di più nei Capp. IV e V, la prassi applicativa.

⁷ Trattasi peraltro, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, di norma meramente dichiarativa di principi già ricavabili dal complesso di disposizioni in materia di colpevolezza del codice penale italiano.

bile oggettivamente (art. 59/1 c.p.), dunque anche qualora nell'agredito difetti il c.d. *animus defendendi* (richiesto invece, ad esempio, nell'ordinamento tedesco).

A livello normativo, pertanto, l'unico ostacolo all'apparenza "insormontabile" ad una congrua implementazione penalistica del diritto costituzionale di autodifesa necessitata, quale delineato nel precedente capitolo, appariva essere – fino al 2006, ed ancora oggi per le aggressioni extra-domiciliari – il requisito, aggiuntivo rispetto alla necessità, della proporzione tra reazione difensiva e aggressione ingiusta. Anche a tal riguardo, tuttavia, va considerato come un'interpretazione estensiva – assolutamente rispettosa del principio di legalità – di siffatto elemento avrebbe potuto consentire la riconduzione all'area della giustificazione di gran parte delle reazioni difensive (letali, o gravemente lesive) ad aggressioni a beni personali.

1.1. La disciplina "generale" ex art. 52/1 c.p.

La disciplina "generale" della legittima difesa in Italia, che fino al 17 marzo 2006 (data di entrata in vigore della l. n. 59/2006) non conosceva alcuna deroga, è contenuta nell'art. 52/1 c.p., norma elaborata adottando una tecnica di legislazione estremamente sintetica. La clausola in esame, difatti, descrive in modo cristallino i due poli attorno a cui indubbiamente ruota il conflitto interpersonale caratterizzante l'indiscussa essenza dell'istituto⁸:

– da un lato, invero, si ha la condotta di aggressione antiggiuridica, tipizzata in relazione al suo profilo eziologico-lesivo di comportamento che crea un "pericolo attuale" di una "offesa ingiusta", pericolo minacciante un "diritto proprio o altrui";

– dall'altro lato, specularmente, è rappresentata la condotta di reazione difensiva, descritta – con scelta non condivisibile – in apparente ossequio alla teoria della coazione morale, quale "fatto commesso" da un soggetto "costretto" dalla "necessità" di difendere un diritto (proprio o altrui) di cui al punto precedente: difesa che, secondo quanto imposto dalla parte finale dell'articolo (successiva all'ultima virgola), deve altresì essere "proporzionata all'offesa".

1.1.1. La condotta aggressiva ed il pericolo attuale di una offesa ingiusta

Presupposto per l'applicazione della scriminante è, innanzitutto, che l'agredito realizzi la condotta reattiva per fronteggiare un'aggressione antiggiuridica, ovvero, secondo la formula codicistica "contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta".

Occorre dunque un pericolo che sia sussistente (in caso contrario, si po-

⁸ Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 384, che adotta la medesima chiave di lettura ermeneutica.

trebbe al più invocare l'applicazione della legittima difesa putativa, di cui all'art. 59/4 c.p.), e che lo stesso sia altresì attuale⁹.

Relativamente al primo punto, la nozione di pericolo accolta da dottrina prevalente e giurisprudenza (pur trovandosi raramente, nelle sentenze di legittimità¹⁰, approfondimenti ermeneutici sul punto) è di tipo oggettivo¹¹, ed inoltre da valutare tenendo conto di tutte le circostanze esistenti al momento del fatto¹² (quali successivamente accertate in sede processuale)¹³, anche se non conosciute dall'agredito reagente al momento della condotta¹⁴.

Riguardo all'attualità del pericolo, elemento fondamentale di fattispecie che, come già detto, serve a delimitare l'ambito delle reazioni propriamente difensive da quello delle condotte preventive, e dei comportamenti sanzionatori e/o vendicativi, è pacifico, per i giuristi sia teorici che pratici, che in siffatto concetto rientri sia l'ipotesi del pericolo imminente, che quella del pericolo perdurante¹⁵ (cioè «ancora in corso di attuazione»¹⁶). La criticità rilevante, al riguardo, è però proprio quella – vista l'inevitabile elasticità dei concetti di

⁹ Relativamente al concetto di pericolo in generale v. B. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1994.

¹⁰ Una delle poche pronunce che si esprime sul punto, ad esempio, è Cass., 8 marzo 2007, n. 16677, in *GP*, 2007, p. 686 ss., la quale si limita a statuire che «l'aggressione, che deve riguardare un diritto, deve avere provocato un pericolo attuale di lesione di quel diritto, cioè il rischio, la elevata probabilità, del verificarsi di una lesione ingiusta al momento del fatto».

¹¹ V. al riguardo T. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima*, cit., p. 501, il quale definisce il pericolo come «un concetto di relazione fondato sul rapporto fra un insieme di circostanze materiali date e un evento ulteriore».

¹² A. CADOPPI-G. BILLO, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 331 ss.; C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 69; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 251; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 309; T. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima*, cit., p. 502; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 385. F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 907 afferma la necessità di impostare il «giudizio di pericolo» sulla base di tutte le circostanze presenti al momento dell'aggressione, anche se accertate solo *ex post*.

¹³ G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 309, parlano al riguardo di «c.d. giudizio *ex ante* a base totale» (similmente F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 251): come si vedrà più nel dettaglio *infra* (Cap. IV, § 3.1.1), trattasi di un parametro simile a quello del «osservatore onnisciente» proposto da parte della dottrina tedesca, e che è sostanzialmente assimilabile al criterio di valutazione *ex post*.

¹⁴ La considerazione a favore del soggetto anche dei presupposti del pericolo (es.: la presenza, non percepita da costui, di complici dell'aggressore) da lui non conosciuti è peraltro logicamente coerente con il principio generale dell'applicazione oggettiva delle scriminanti (art. 59/1 c.p.).

¹⁵ M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 878 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 300; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 311; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 323; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 251; T. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima*, cit., p. 503; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 385; N. PISANI, *La legittima difesa*, cit., p. 728 ss.; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 367 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 908.

¹⁶ Così F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 908 ss.

“perdurante”, e soprattutto di “imminente” – di delimitare il momento a partire dal quale il pericolo sia qualificabile come incombente, e successivamente l’istante in cui il pericolo possa dirsi esaurito. Trattasi di una problematica generale dell’istituto in quanto tale, a prescindere dalla legislazione di riferimento, alla quale si dedicherà un apposito approfondimento in seno al Cap. IV; si tenga presente sin da ora, comunque, che parte della dottrina italiana (e altresì tedesca in relazione al § 32 StGB) tende ad identificare la soglia iniziale di rilevanza del pericolo ai fini della reazione difensiva con il limite di rilevanza penale del tentativo *ex art. 56 c.p.*¹⁷. Per quanto concerne la nozione di pericolo perdurante, è da segnalare che dottrina e giurisprudenza sono pacifiche nel ritenere cessato il pericolo nell’ipotesi in cui l’aggressore si dia alla fuga, e l’agredito lo colpisca nel corso o all’esito dell’inseguimento¹⁸; in relazione alla fuga, peraltro, il *punctum dolens* è dato per lo più dalle situazioni concitate in cui l’aggressore si trova di spalle al momento della reazione (di regola armata) dell’agredito, senza che ciò sia indice univoco della cessazione del pericolo, posto che potrebbe costituire una strategia diversiva, un ripiegamento al fine di raggiungere il complice e intensificare l’attacco, ecc.¹⁹.

La previsione legislativa in commento richiede poi che il rischio cui la vittima venga esposta dall’aggressore concerna il possibile patimento di un’offesa ingiusta. Mediante siffatta locuzione viene veicolato anche nell’art. 52 uno dei fondamentali connotati della legittima difesa, cioè che la reazione avvenga per fronteggiare il pericolo di una lesione anti giuridica derivante dall’aggressione. L’offesa, perciò, dovrà avere – pur non escludendosi la rilevanza dei pericoli derivanti da condotte omissive²⁰ – pregnante carattere lesivo, posto che – come correttamente sostenuto – se nel concetto di offesa si includesse, oltre alla lesione, anche la mera messa in pericolo del bene, «risulterebbe legittima la reazione contro il pericolo di un pericolo, in evidente contrasto con la *ratio* della scriminante»²¹. L’offesa, in aggiunta, dovrà essere connotata dal carattere dell’ingiustizia: la presente precisazione potrebbe, ad uno sguardo superfi-

¹⁷ Per tutti v. F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 367 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 909. Cfr. anche D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 225 ss.

¹⁸ *Ex multis* M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 880; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 300 ss., secondo cui (caso 24, relativo a un furto di cavolfiori): «i limiti [con riferimento anzitutto all’attualità del pericolo] della legittima difesa sono [...] travalicati a partire dal momento nel quale il ladro si spoglia delle cose sottratte e il derubato continua l’inseguimento al fine di raggiungere e arrestare il fuggiasco». In giurisprudenza v., tra le tante, Cass., 9 maggio 2008, n. 19069, in *DPP*, 2008, p. 853 ss.

¹⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 909, secondo cui «nell’ipotesi in cui l’aggressore – esaurita la propria condotta – si dia alla fuga, un pericolo di ulteriori offese può comunque persistere nel caso in cui l’aggressore sia armato e dia segno di voler utilizzare l’arma contro l’offeso».

²⁰ In argomento è d’obbligo rinviare alla trattazione *ad hoc* di T. PADOVANI, *La condotta omissiva nel quadro della difesa legittima*, in *RIDPP*, 1970, p. 693 ss.

²¹ Così T. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima*, cit., p. 505.

ciale, sembrare ultronea, mentre invece tale sicuramente non è. Secondo l'esegesi prevalente, difatti, l'esito di una condotta umana implicante una lesione di un bene giuridico del destinatario dovrà essere necessariamente *contra ius*, ovvero trattarsi di un'offesa antigiuridica²². Per offesa "giusta", pertanto, si intende pacificamente quella derivante da una condotta scriminata, come ad es. nel caso di arresto in flagranza (esercizio di un diritto/adempimento di un dovere), ma soprattutto nella frequente ipotesi di lesione minacciata dalla condotta di taluno che sta agendo in legittima difesa. Trattasi peraltro di una importante conseguenza da tenere presente nel momento della delimitazione (*de iure condito*, in Italia, relativamente all'eccesso "domiciliare" di cui all'art. 55/2 c.p.) degli ambiti della reazione difensiva scriminata rispetto a quelli della condotta unicamente scusata²³.

1.1.2. La condotta difensiva e la sua realizzazione imposta dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui

Passando all'analisi del secondo polo su cui s'incentra la clausola di cui all'art. 52 c.p., la condotta reattiva dovrà essere realizzata in quanto "costretti" dalla necessità di difendere "un diritto proprio o altrui".

Come argutamente rilevato, il "diritto" svolge la funzione di un pilastro statico di raccordo tra l'aggressione e la reazione difensiva alla stessa, rappresentando «al contempo l'oggetto contro cui si dirige l'offesa ingiusta ed in favore del quale si esercita la difesa»²⁴. L'esegesi di tale concetto – pur registrandosi talune divergenze dottrinali – non ha causato particolari criticità nella prassi applicativa italiana, identificandosi il suddetto con ogni interesse individuale giuridicamente rilevante (in quanto protetto), ed espungendosi le mere situazioni di fatto dalle quali la persona possa ricavare un qualsivoglia vantaggio²⁵. Per quanto riguarda le discrepanze ermeneutiche tra gli studiosi,

²² In tal senso C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 139; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 322; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 312; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 388; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 367 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 916. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 202, pur arrivando in concreto alle medesime conclusioni, identifica l'offesa ingiusta in quella "recata senza un titolo legittimante (*sine iure*)". Secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 251, invece, l'offesa non andrebbe definita *contra ius* – in quanto ciò porterebbe a circoscrivere la legittima difesa «alle sole offese "colpevoli"» – bensì come "ingiustificata", *non iure*, «cioè arrecata al di fuori di qualsiasi norma che la imponga (...) o la autorizzi».

²³ Nel prendere la decisione legislativa – o anche "giurisprudenziale" in sede di esegesi – di estendere dell'area delle condotte meramente scusate (e dunque illecite) a detrimento di quella delle condotte giustificate (e dunque lecite), dunque, va tenuto consapevolmente presente il rischio di esporre il difensore alla legittima potenziale contro-aggressione dell'originario aggressore (V. *infra*, Cap. VII, § 3.).

²⁴ T. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima*, cit., p. 500.

²⁵ Così F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 371, il quale cita un arresto della Suprema Corte (Cass., 17 novembre 1999, n. 2692, in *CP*, 2000, p. 478 ss.), nel quale si sta-

le stesse si sono concentrate soprattutto sull'estensione o meno della nozione di "diritto" agli interessi legittimi²⁶; per l'opinione maggioritaria, comunque, per "diritto", ex art. 52 c.p., dovrebbe intendersi qualunque interesse giuridicamente protetto, e altresì ogni situazione giuridica attiva²⁷. La dottrina e la giurisprudenza, infine, sono unanimi nell'escludere beni collettivi o superindividuali dal novero di quelli legittimamente difendibili ai sensi della previsione *de qua*, in piena coerenza con la *ratio* primariamente individualistica dell'istituto²⁸.

Con riferimento alla titolarità del diritto, lo stesso – come nei principali codici penali europei – può essere "proprio od altrui", consentendo siffatta formulazione, con tutta evidenza, il c.d. soccorso difensivo di terze persone senza alcuna limitazione relativa ai legami personali con il soggetto aggredito. La scelta in questione, peraltro, appare rafforzare la tesi maggioritaria per cui, a fondamento della disciplina di cui all'art. 52 c.p., accanto ad una logica individualistica della legittima difesa come diritto individuale si affiancherebbe altresì una visione pubblicistica dell'istituto come baluardo a tutela del Diritto in quanto tale. Senza ripetere quanto già detto, va ribadito che è possibile ricollegare – pur in maniera meno immediata – il soccorso difensivo ad un'ottica solidaristica, e altresì di "mutuo soccorso potenziale" di stampo utilitaristico, compatibile con una visione meramente individualistica della scriminante *de qua*.

Passando ora ai limiti "modali" imposti dalla previsione in commento alla reazione difensiva dell'aggredito, gli stessi, vero fulcro problematico dell'art. 52 c.p. sono sostanzialmente due:

- la **necessità** della condotta di reazione difensiva in concreto realizzata a respingere il pericolo dell'offesa ingiusta;
- la **proporzione** della difesa – cioè della lesività della stessa (che andreb-

tuisse il principio per cui «agli effetti di quanto previsto dall'art. 52 c.p. (...) occorre che l'altrui offesa ingiusta sia volta a ledere o ad esporre a pericolo un diritto, restando invece escluse dalla sfera applicativa della norma semplici situazioni di fatto dalle quali ogni cittadino può trarre o trae determinati vantaggi o utilità soggettive nell'estrinsecazione della sua attività economico-sociale».

²⁶ Esprime riguardo a siffatta estensione talune perplessità T. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima*, cit., p. 501.

²⁷ In tal senso, ad es., A. CADOPPI-G. BILLO, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 329; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 312; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 250; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 384 ss.; N. PISANI, *La legittima difesa*, cit., p. 735; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 554 ss.; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 371. Al riguardo F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 919 ss., menziona espressamente, tra i diritti sicuramente "difendibili" ai sensi della disposizione scriminante in esame, la vita, l'integrità fisica, la libertà personale, la libertà sessuale, la riservatezza, la libertà di domicilio, l'onore e la reputazione.

²⁸ *Ex multis*, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 250; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 312; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 201 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 385; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 921 ss.

be valutata sulla condotta, e non sull'evento²⁹) – rispetto all'offesa, vale a dire rispetto alla lesione ai beni giuridici dell'aggregato potenzialmente derivante dalla condotta antigiuridica dell'aggressore.

L'art. 52, tuttavia, ne prevede formalmente anche un terzo, prescrivendo che l'aggregato debba realizzare la condotta difensiva “per esservi stato costretto dalla necessità di difendere” il diritto proprio o altrui. La formulazione, senz'altro infelice³⁰, innesta un concetto particolarmente critico per la dottrina penalistica come quello di “costrizione”, il quale – insieme al sinonimo “coazione” – è sovente ricollegato ad uno stato psicologico soggettivo³¹ di piegamento della volontà del soggetto ad opera di fattori esterni³². Una siffatta interpretazione, che difatti è stata sostenuta – soprattutto in passato – da taluni esponenti accademici³³, comporterebbe però alcune gravi problematiche, già in parte sottolineate rispetto alla tesi che vede nella coazione morale dell'aggregato il fondamento dell'istituto, quali ad esempio:

– la tendenziale non applicabilità della scriminante ai terzi non legati affettivamente agli aggregati, sconfessandosi così la finalità di tutela perseguita dal legislatore del 1930 nel prevedere l'ammissibilità illimitata del soccorso difensivo;

– l'altrettanto arduo riconoscimento della legittima difesa ai soggetti (ad es. addetti alla sicurezza, veterani militari, ecc.) i quali si difendano in condizione di totale freddezza e lucidità psicologica;

– una possibile sostanziale conversione della clausola di cui all'art. 52 c.p. da causa di esclusione dell'antigiuridicità (scriminante) a causa di esclusione della colpevolezza (scusante)³⁴;

– l'inconciliabilità, in evidente connessione con quanto affermato nel punto precedente, della disciplina *de quo* con la regola dell'applicazione oggettiva delle cause di giustificazione (art. 59/1 c.p.)³⁵.

²⁹ V. *infra*, Cap. V, § 2.1.

³⁰ Sarebbe stata sufficiente, alla luce della chiara esegesi giurisprudenziale che a breve vedremo, incentrata sulla finalità legislativa di “rafforzamento” del requisito della necessità difensiva, un'opzione linguistica ermeneuticamente più neutra come ad esempio: «non è punibile chi ha commesso il/un fatto necessario a difendere un diritto proprio od altrui».

³¹ Annovera suddetta costrizione tra gli «elementi di indubbio carattere subiettivo» A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 322. Cfr. l'ampia trattazione del punto di N. PISANI, *La legittima difesa*, cit., p. 725 ss.;

³² Si pensi ad esempio all'art. 609-bis/1 c.p. (“Violenza sessuale”): «Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità costringe taluno a compiere o subire atti sessuali».

³³ M. ANGELINI, *L'elemento soggettivo nella scriminante di legittima difesa*, in *IP*, 2001, p. 191 ss.; R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, cit., p. 317 ss.; G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nelle scriminanti*, Padova, 1980, p. 33.

³⁴ Concetto analogo, pur con diverse locuzioni, viene espresso in modo netto e *tranchant* da T. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima*, cit., p. 501.

³⁵ Approfondisce in particolare il punto F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 926 ss., il qua-

Va peraltro dato atto che la dottrina maggioritaria³⁶, e la giurisprudenza più recente³⁷, hanno ricostruito in senso oggettivo il predetto elemento, adottando una sostanziale *interpretatio abrogans* per cui andrebbe intesa come un rafforzamento dell'esigenza che la reazione lesiva all'aggressione sia strettamente necessaria a neutralizzare – o quanto meno ridurre – il pericolo incombente o perdurante³⁸.

1.1.2.1. La necessità della condotta difensiva dell'agredito

Per quanto riguarda invece la necessità della reazione difensiva al fine di repellere il pericolo imminente o perdurante derivante dall'ingiusta aggressione, ci si trova di fronte ad un pilastro centrale della “costruzione” scriminante di cui all'art. 52 c.p.³⁹, fondamentale peraltro in ogni disposizione penale sulla legittima difesa di qualunque ordinamento giuridico liberale. All'approfondimento dei molteplici profili di criticità ermeneutica dello stesso sarà dedicato il Cap. IV, cioè il più corposo, ma già ora è opportuno delineare le principali peculiarità della prassi applicativa italiana sul punto.

le cita un passato orientamento giurisprudenziale (sostenuto nella sua pienezza fino agli anni '70 del secolo scorso) che, corroborando la tesi prospettata, richiedeva nell'agente la presenza di un “*animus defendendi*”. Cfr. altresì, in senso analogo, T. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima*, cit., p. 501; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 373 ss.

³⁶ Degna di considerazione è l'articolata opinione al riguardo di T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 204, secondo il quale «la *costrizione* va intesa in riferimento alla funzione di autotutela sussidiaria della scriminante. Poiché essa implica un conflitto di interessi, questo deve potersi “riferire” all'agredito come alternativa “bloccata” tra l'offendere e l'essere offeso. Il criterio di riferimento è per l'appunto la “costrizione”, non basata sull'interiorizzazione psichica del conflitto, ma sul fatto che il soggetto *subisce* l'alternativa, senza esserne l'artefice».

³⁷ V., *ex multis*, Cass., 8 marzo 2007, n. 16677, cit.; e soprattutto la più recente Cass., 3 maggio 2018, n. 44598, in *italgiure.giustizia.it/sncass* (portale web istituzionale della Corte di Cassazione), la quale procede ad una ricostruzione dei requisiti dell'istituto, ed esclude qualunque rilevanza agli effetti soggettivi della costrizione, ricostruendo – in particolare – la necessità di difesa come oggettiva «assenza di alternativa tra reagire e subire l'offesa».

³⁸ Tra i tanti v. M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 881; C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 240; T. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima*, cit., p. 501; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 373 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 928 ss.,

³⁹ V. dunque *ex multis*, nella copiosa letteratura italiana, A. CADOPPI-G. BILLO, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 332 ss.; A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 278 ss.; M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 883 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 320 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 546 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 302 ss.; C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 24 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 325; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 253 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 313 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 205; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 390 ss.; N. PISANI, *La legittima difesa*, cit., p. 732 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 226 ss.; M. ROMANO, *Commentario*, p. 564 ss.; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 374 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 929 ss.

Partendo da una delle poche sentenze della Suprema Corte (del 2007), che procede ad una ricognizione, pur non lunga, della funzione complessiva dell'istituto nell'ambito del nostro ordinamento, la definizione del concetto di necessità difensiva è la seguente: «la reazione legittima deve essere, dal suo canto, necessaria per salvaguardare il bene in pericolo nel senso che il soggetto, tenuto conto di tutte le circostanze del caso singolo in concreto, trovandosi nella impossibilità di agire altrimenti, non possa evitare l'offesa se non difendendo a sua volta offesa all'aggressore, ponendosi in tal caso l'aggressione come unico modo per salvare il diritto minacciato»⁴⁰. Il medesimo concetto, seppur in maniera più sintetica, è stato ribadito anche da recentissime pronunce della Corte di Cassazione, come un arresto del 2018, nel quale si è statuito che la necessità di difesa coincida con «l'assenza di alternativa tra reagire e subire l'offesa»⁴¹, mentre in altre sentenze si è affermato che si deve valutare «l'uso dei mezzi a disposizione dell'agredito in un preciso contesto spazio temporale e con valutazione *ex ante*»⁴².

Dalle pronunce giurisprudenziali in esame emerge quindi che la necessità andrebbe determinata:

a) nella prospettiva *ex ante* “oggettivizzata” di una persona ragionevole nel medesimo contesto spazio-temporale dell'agredito reagente⁴³, sebbene considerando gli esiti della sentenze, appare *de facto* applicata una prospettiva *ex post* (oppure *ex ante*, ma incentrata sul parametro di un osservatore onnisciente)⁴⁴;

b) con valutazione rigorosa della possibilità, di cui il reagente si sarebbe dovuto eventualmente avvalere, di porre in essere una diversa condotta difensiva – meno lesiva⁴⁵, si intende – per salvare il diritto⁴⁶;

⁴⁰ Cass., 8 marzo 2007, n. 16677, cit.

⁴¹ Cass., 3 maggio 2018, n. 44598, cit.

⁴² Cass., 9 gennaio 2019, n. 746, in *italgiure.giustizia.it/sncass*.

⁴³ In realtà il fatto che il parametro di valutazione deve essere oggettivo (agente ragionevole/onnisciente) e non soggettivo (coincidente con l'autore della condotta difensiva), e nell'ambito dell'oggettività deve essere l'agente ragionevole, e non quello onnisciente, è un'opzione dovuta all'esigenza di tener conto, per quanto possibile, della frequente condizione di svantaggio dell'agredito (al riguardo v. *infra*, Cap. IV, § 3.1.1).

⁴⁴ Tra le pronunce più recenti ciò appare verificarsi, ad esempio, in Cass., 9 gennaio 2019, n. 746. cit., nella quale la stringata valutazione sulla possibilità, per l'imputato, di colpire l'aggressore si col coltello, ma in zone non vitali, appare ispirata ad una logica che – pur formalmente basata sulla prospettiva *ex ante* – riflette invece una prospettiva *ex post* astratta dalla complessa concreta situazione in cui il reagente, nel caso di specie, si trovò ad agire.

⁴⁵ Ciò è probabilmente – quanto meno in parte – dovuto al fatto che la giurisprudenza, come evidenziato da F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 931, faccia discendere tale principio della “minore lesività difensiva” (peraltro accolto, come vedremo nel § 2.1.2.1, anche nello StGB tedesco), dal principio di proporzione, anziché da quello di necessità.

⁴⁶ Cfr. Cass., 9 gennaio 2019, n. 746, cit. Orientamento che appare condiviso anche in ambito dottrinale, v. T. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima*, cit., p. 501; F. VIGANÒ, *Art. 52*

c) tenendo conto che la possibilità non sfruttata, per l'agredito, di fuggire senza esporre sé o altri a danni presumibilmente eguali o maggiori (*commodus discessus*), esclude la necessità difensiva, orientamento espresso ancora più chiaramente in altre decisioni della Suprema Corte⁴⁷.

Nel diritto penale vivente italiano, pertanto, è accolta un'esegesi restrittiva del concetto di necessità, tale da ridurre in modo non marginale l'ampiezza del diritto di autodifesa necessitata, ripartendo in modo parzialmente sfavorevole all'agredito il rischio di esito infausto della situazione conflittuale causata – nel caso paradigmatico con piena colpevolezza – dall'aggressore.

Un altro aspetto rilevante della prassi applicativa italiana in materia di necessità è il menzionato orientamento, definibile consolidato pur se evolutosi a livello contenutistico⁴⁸, che esclude la necessità difensiva a fronte della mancata fuga non pericolosa (*commodus discessus*) dell'agredito⁴⁹.

Con riferimento alle ipotesi di provocazione dell'aggressore da parte dell'agredito, la giurisprudenza italiana ha poi stabilito il principio per cui la reazione difensiva non può essere scriminata qualora il soggetto reagente abbia determinato volontariamente lo stato di pericolo (requisito non previsto dall'art. 52, ma contemplato dall'art. 54 c.p., in relazione allo "stato di necessità"), a meno di realizzazione, da parte dell'aggressore, di una condotta aggressiva nettamente sproporzionata rispetto al comportamento dell'agredito⁵⁰. Siffatto

c.p., cit., p. 929; e F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 374, secondo il quale «possiamo, allora, ritenere che la difesa necessitata potrà configurarsi quando la reazione difensiva avrà realmente neutralizzato il pericolo proveniente dall'offesa ingiusta: quando non sarebbe stato possibile eliminare il pericolo attraverso un altro tipo di reazione, pur idonea allo scopo; quando una difesa meno lesiva di quella effettivamente tenuta non avrebbe potuto neutralizzarlo».

⁴⁷ Ad esempio Cass., 10 luglio 2002, n. 949, in *Studium iuris*, 2003, p. 382 ss., nella quale si precisa come «la semplice fuga – c.d. *commodus discessus* – si caratterizza per il carattere passivo; per non essere rivolta verso l'aggressore; per non comportare, neppure astrattamente, il pericolo di non arrecare un'offesa a quest'ultimo».

⁴⁸ Sottolinea difatti F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 375, che «un consolidato orientamento giurisprudenziale tendeva a distinguere la *turpis fuga* dal *commodus discessus*, differenziando la fuga poco onorevole dalla ritirata sicura, agevole e non vergognosa. Sarebbero state decisive per la qualificazione della "ritirata" le "modalità" del *discessus*: la fuga caratterizzata da un comportamento improntato alla "viltà" e, in quanto tale, ritenuta disonorevole dalla collettività, non sarebbe stata considerata *commodus* e non avrebbe, quindi, potuto escludere la necessità della difesa».

⁴⁹ Per maggiori approfondimenti dogmatici al riguardo, v. *infra*, Cap. IV, § 4.3.4.

⁵⁰ In dottrina v. in particolare F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 924 ss., il quale identifica tre classi di ipotesi, e cioè: a) i casi di rissa; b) ogni ipotesi in cui il successivo agredito abbia lanciato, o anche solo raccolto, una sfida; c) i casi di provocazione in senso stretto dell'aggressione. Secondo T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 204 ss., nella consolidata prassi applicativa della volontaria causazione del pericolo da parte dell'agredito, quest'ultimo «potrà beneficiare della scriminante qualora il pericolo determinato superi il limite dell'alternativa consentita: così, ad es., se nello scontro venuto a mani nude, uno dei contendenti sfoderi un coltello, l'altro potrà ovviamente difendersi da questa nuova e diversa minaccia».

orientamento appare oramai pacifico negli arresti della Suprema Corte in materia, sebbene in passato (2007) è stato affermato che lo stesso fa venire meno la necessità difensiva⁵¹, mentre più di recente (2018) si è sostenuto che «l'involontarietà del pericolo, sebbene non risulta espressamente richiesta dall'art. 52 cod. pen., è essenziale al concetto di legittima difesa perché la formula adoperata dall'art. 54 cod. pen. in tema di stato di necessità, richiamante un pericolo non volontariamente causato e non evitabile, è inclusa nel più lato concetto del pericolo attuale di una ingiusta offesa da cui si sia costretti a difendersi»⁵². La volontaria causazione del pericolo è in buona parte – ma non integralmente – riconducibile al classico tema dell'aggressione ingiusta provocata. Come si vedrà più in dettaglio (Cap. V, § 5.2), la provocazione dell'aggressore non dovrebbe escludere in astratto né la necessità difensiva⁵³, né l'ingiustizia dell'offesa⁵⁴, bensì configurarsi come limitazione etico-sociale costituzionalmente orientata all'esercizio del diritto di autodifesa necessitata⁵⁵. Il soggetto che volontariamente provoca⁵⁶ l'aggressore difatti, avendo contribuito a causare la situazione conflittuale potenzialmente lesiva dei propri beni giuridici, è gravato – a differenza dell'agredito non provocatore – da un più ampio dovere costituzionale di solidarietà nei confronti del provocato aggressore, e dunque deve condividere parzialmente il rischio di esito infausto della situazione conflittuale⁵⁷.

⁵¹ Cass., 7 dicembre 2007, n. 2911, inedita, citata da M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 881 ss., secondo la quale «la determinazione volontaria dello stato di pericolo esclude la configurabilità della legittima difesa, non per la mancanza del requisito dell'ingiustizia dell'offesa, ma per difetto del requisito della necessità della difesa»

⁵² Cass., 20 febbraio 2018, n. 8185, in *italgiure.giustizia.it/sncass*.

⁵³ Al riguardo si concorda con L. RISICATO, *Le interferenze tra anti-giuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit., p. 12 ss., la quale – pur nel contesto di una critica alla nuova scusante di cui all'art. 55/2 c.p., ha rilevato che è criticabile l'introduzione – nell'art. 52/1 c.p. – del requisito della non volontaria creazione della situazione di pericolo (formalmente previsto dal solo art. 54 c.p.), traducendosi il suddetto in un'analogia *in malam partem*.

⁵⁴ Salvo sia tale da configurarsi di per sé come aggressione ingiusta, ma in suddetta evenienza non si tratterebbe più di una mera "provocazione", il cui concetto andrebbe – per ovvie ragioni ermeneutiche – distinto da quello di "aggressione".

⁵⁵ V. quanto rilevato da F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 926 ss., a proposito del caso della provocazione c.d. intenzionale, cioè quello in cui è evidente la ridotta meritevolezza di tutela in capo al provocatore che diventi poi aggredito: secondo l'illustre autore, *de iure condito* nell'ordinamento italiano anche il provocatore intenzionale dovrebbe beneficiare – sussistendo tutti i presupposti (e *in primis* la proporzione) – della legittima difesa. Cfr. al riguardo altresì C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 81 ss.

⁵⁶ Pur occorrendo una necessaria valutazione della consistenza e caratterizzazione della condotta provocativa in concreto.

⁵⁷ In un'ottica *de iure condendo*, difatti, sull'agredito provocatore dovrebbe innanzitutto gravare un obbligo di fuga, o di resa, qualora tali condotte siano in concreto adeguate ad eliminare, o ridurre fortemente, il rischio di lesione dei beni giuridici minacciati.

1.1.2.2. La proporzione tra difesa ed offesa

Come appena visto, l'attenzione rivolta dalla giurisprudenza italiana all'elaborazione ermeneutica in materia di "necessità difensiva" è stata meno cospicua di quanto ci si sarebbe potuti attendere in relazione ad un elemento così importante dell'istituto. Una delle ragioni principali di ciò è stata, indubbiamente, la centralità assunta per converso dall'altro requisito cardine della norma in commento, dato dalla proporzione tra difesa e offesa⁵⁸, la quale – nei primi decenni di vigenza del codice Rocco⁵⁹ – era intesa come confronto tra i mezzi reattivi che l'agredito reagente aveva a sua disposizione, ed i mezzi da costui concretamente utilizzati⁶⁰, con una evidente "invasione di campo" dell'ambito ermeneutico del requisito della necessità⁶¹.

La più recente giurisprudenza di legittimità, comunque, ha oramai da molti anni abbandonato le appena menzionate cadenze interpretative, attestandosi su una più congrua esegesi basata anche – e soprattutto – sul raffronto tra i beni giuridici in conflitto⁶², nella quale la considerazione dei mezzi difensivi assume una rilevanza unicamente "indiretta"⁶³. Il criterio appena esposto, in astrat-

⁵⁸ V. *ex plurimis* A. CADOPPI-G. BILLO, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 333 ss.; A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 282 ss.; M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 884 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 321 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 548 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 304 ss.; C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 27 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 326 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 255 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 314; V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione*, in *RIDPP*, 2006, p. 826 ss. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 205 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 390 ss.; M. PIERDONATI, *La proporzione nella legittima difesa: il "momento" e la "base del giudizio"*, in *IP*, 2003, p. 587 ss.; N. PISANI, *La legittima difesa*, cit., p. 737 ss.; D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 227 ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 310 ss.; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 376 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 932 ss.

⁵⁹ Sull'evoluzione interpretativa del requisito della proporzione nel testo punitivo italiano, v. in particolare V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa*, cit., p. 826 ss.

⁶⁰ A. SZEGO, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 303. L'autrice procede ad un'approfondita analisi storica e comparatistica del ruolo della proporzione, considerando l'impronta teleologica datagli nei vari stadi di evoluzione delle teorie sul fondamento della legittima difesa nel contesto italiano.

⁶¹ Concorda al riguardo, con contundenti argomentazioni, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 205, secondo il quale la suddetta tesi del rapporto tra i mezzi sarebbe «assurda, sia perché tale raffronto è già implicito nel concetto di "necessità", sia perché i mezzi usati e quelli disponibili non corrispondono in alcun modo a "offesa" e "difesa"». In senso analogo, *ex multis*, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 255; M. PIERDONATI, *La proporzione*, cit., p. 587 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 933.

⁶² V. ad esempio, tra le più recenti decisioni, Cass., 21 febbraio 2019, n. 12798, in *italgiure.giustizia.it/sncass*, secondo la quale «affinché sussista la proporzione tra offesa e difesa, occorre effettuare una valutazione comparativa *ex ante*, sia fra i mezzi usati e quelli a disposizione dell'agredito che (...) tra i beni giuridici in conflitto».

⁶³ Al riguardo si rimanda, *infra*, all'approfondimento dogmatico sul requisito della pro-

to, è senz'altro maggiormente condivisibile ma, al contempo, bisognoso di un'integrazione ermeneutica "concretizzante" che tenga conto di tutti gli elementi rilevanti del caso di specie: a titolo esemplificativo si consideri, a parità di bene giuridico, la profonda differenza tra la potenziale lesione dell'incolumità personale derivante dall'aggressione di un'anziana signora "armata" di borsa, e quella derivante dall'aggressione di un robusto giovane rapinatore dal volto travisato armato di mazza da baseball. Ciò è stato del resto recentemente evidenziato da autorevole dottrina secondo cui, al fine di accertare la proporzione tra difesa ed offesa, occorre operare una valutazione comparativa incentrata sull'intensità del pericolo, sul tipo soggettivo di offesa, sulla natura del conflitto (e dunque anche l'intensità della costrizione), ed infine sulla consistenza della necessità (intesa come disponibilità di uno o più mezzi difensivi, e loro caratteristiche)⁶⁴.

Con riferimento alla componente, centrale, del giudizio di proporzione data dal raffronto tra i beni, qualora entrino in gioco beni disomogenei la giurisprudenza tende – congruamente – a tenere conto della gerarchia di valori costituzionali, per cui ad esempio la vita dell'aggressore sarà sempre considerata prevalente rispetto al mero patrimonio dell'agredito, il quale pertanto non potrà mai legittimamente – salvo quanto normativamente previsto, per la legittima difesa domiciliare dalle riforme legislative del 2006 e 2019 – uccidere un aggressore per fronteggiare un mero pericolo per beni patrimoniali, atteso che «la vita e l'incolumità della persona è enormemente più rilevante, sul piano della gerarchia dei valori costituzionali e di quelli penalmente protetti, dell'interesse patrimoniale difeso»⁶⁵.

Quando però ci si trova, nella concreta situazione conflittuale, a dover comparare beni giuridici tra i quali non vi è una così evidente "disparità gerarchica" di matrice costituzionale, il giudizio di valore cui è chiamato il giudice è veramente complesso, e non può essere assolutamente guidato dalla mera considerazione astratta che la vita dell'aggressore, in quanto in cima alla scala gerarchica, non può essere lesa per difendere un bene personale diverso (quale ad es. la libertà sessuale)⁶⁶: la giurisprudenza italiana, peraltro, appare orientata ad ammettere che la difesa della libertà sessuale possa comportare finanche la morte dell'aggressore⁶⁷.

porzione di cui al Cap. V, § 2.2, e altresì nuovamente all'approfondimento specifico di V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa*, cit., p. 826 ss.

⁶⁴ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 205 ss.

⁶⁵ In tal senso, tra le ultime, Cass., 26 novembre 2009, n. 47117, in *CP*, 2010, p. 4184 ss.

⁶⁶ V. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 256, secondo il quale «il bene della vita o della integrità fisica potrà soccombere di fronte alla libertà sessuale, per cui è scriminata la ragazza che uccide il bruto. Non è viceversa legittimo uccidere né inferire una grave lesione personale per difendere un mero bene patrimoniale».

⁶⁷ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 205. Il giudizio ad ogni modo va inteso sempre in senso relativo e contestualizzato, posto che ad esempio, a fronte di una condotta consistente in un mero palpeggiamento (pur insistente) delle terga da parte di soggetto mingherlino e disarmato in un luogo affollato, difficilmente potrebbe considerarsi proporzionata la

Un altro importante profilo ermeneutico concernente la proporzione (ed in misura minore la necessità), è quello relativo alla determinazione del primo termine di comparazione di tale giudizio, e cioè la difesa: occorre fare riferimento alla condotta in quanto tale, oppure alle conseguenze della stessa, cioè all'evento? Trattasi, al riguardo, della trasposizione, nell'ambito della legittima difesa, della "eterna" contrapposizione dogmatica tra disvalore di azione/condotta e disvalore di risultato/evento, caratterizzante ampi settori del diritto penale⁶⁸. Rimandando al prosieguo⁶⁹ per un'analisi ermeneutica più corposa, si tenga presente che la dottrina, e ancor di più la giurisprudenza, italiane hanno sostanzialmente ignorato i risvolti ermeneutici della questione, seppur una recentissima sentenza della Corte di Cassazione appare propendere – pur senza soffermarsi sul tema – per l'accentuazione dei profili relativi al disvalore dell'evento⁷⁰. Trattasi del seguente caso concreto:

Tizio, in evidente stato di ubriachezza, si avvicina a Caio in un bar e inizia a molestarlo. Caio, per allontanare da sé Tizio ed interrompere l'aggressione molesta, lo spinge leggermente in avanti, ponendogli una mano sul petto. Caio, in conseguenza della spinta, perde l'equilibrio, cade a terra sbattendo la testa e muore.

Nella sentenza in questione la Suprema Corte ha ritenuto sussistere sia un difetto di necessità della reazione⁷¹, sia una sproporzione tra la morte dell'aggressore e la blanda condotta aggressiva subita invece dall'agredito reagente, confermando quindi la condanna di Caio per omicidio colposo ai sensi della disciplina sull'eccesso colposo di cui all'art 55 c.p.⁷².

Va invece caldeggiata l'opposta opzione ermeneutica per cui occorre considerare la condotta difensiva, pur calata nel concreto contesto conflittuale, e la sua caratterizzazione offensiva: una leggera spinta sul petto, difatti, appare assolutamente proporzionata alla – anch'essa blanda – offensività dell'aggressione del soggetto ebbro: al riguardo infatti appare assolutamente congruo – oltre che con la valutazione della vicenda secondo una prospettiva *ex ante* – con la *ratio* costituzionalmente orientata della legittima difesa accollare sull'aggressore il rischio di esito infausto (finanche mortale) della situazione conflittuale derivante dalle conseguenze "aberranti" di reazioni difensive in astratto

reazione della vittima (pur di sesso femminile) consistente nell'accoltellare più volte l'aggressore in organi vitali, cagionandone la morte.

⁶⁸ Per approfondimenti sul complesso argomento v., tra gli studi italiani più recenti, M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014.

⁶⁹ V. *infra*, Cap. V, § 2.1.

⁷⁰ Cass., 5 marzo 2019, n. 9463, in *italgiure.giustizia.it/sncass*.

⁷¹ Cass., 5 marzo 2019, n. 9463, cit., che sul punto afferma che «l'aggressione da parte della vittima non era stata violenta, laddove la reazione difensiva, pur astrattamente blanda, non poteva considerarsi tale in concreto, stanti le condizioni dell'aggressore e avendo avuto l'agente a disposizione più di un *commodus discussus*».

⁷² Cass., 5 marzo 2019, n. 9463, cit.

caratterizzate da una potenzialità lesiva assolutamente proporzionata all'aggressione⁷³.

1.2. La legittima difesa domiciliare a seguito delle riforme del 2006 e 2019

Si è appena visto che le potenzialità della clausola scriminante *ex art. 52 c.p.* di consentire un ampio – e socio-eticamente congruo e funzionale – riconoscimento del diritto costituzionale di autodifesa necessitata nell'ordinamento italiano sono state parzialmente vanificate da una prassi applicativa rigorosa⁷⁴.

Un siffatto atteggiamento della Magistratura, tuttavia, non va neanche eccessivamente stigmatizzato, atteso che – come emergerà nel prosieguo della trattazione – trova parziale corrispondenza nella prassi applicativa della legittima difesa implementata dalle corti spagnole, tedesche e polacche⁷⁵: una simile prudenza “europea” – pur variabile a seconda del sistema penale – nell'estendere i confini della giustificazione per autodifesa necessitata, verosimilmente, riflette la preoccupazione garantista di evitare qualunque strumentalizzazione dell'istituto tale da minarne il carattere eccezionale rispetto al basilare principio del monopolio statale nell'uso della forza, oltre che una “empatia”, ad avviso dello scrivente talvolta eccessiva, nei confronti della condizione – quasi sempre auto-provocata in modo pienamente volontario – di rischio dell'aggressore⁷⁶.

Negli ultimi decenni, peraltro, l'incidenza sempre più massiccia della narrazione mediatica “riduzionistica” (se non addirittura per slogan), negli anni '10 del XXI secolo veicolata sempre più attraverso i *social network*, i quali tendono – attribuendo a chiunque la possibilità di commentare liberamente an-

⁷³ Sul punto v., nella dottrina tedesca, le riflessioni di G. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Navarra, 2005, p. 205.

⁷⁴ Come si vedrà nelle pagine successive, lo stesso vale per la giurisprudenza sull'eccesso colposo e sulla legittima difesa putativa.

⁷⁵ Si consideri inoltre, per tutti e tre gli ordinamenti menzionati, che le tendenze restrittive sono maggiormente marcate nella giurisprudenza di merito, rispetto a quella di legittimità.

⁷⁶ Cui fa da contraltare una sorta di “disempatia” nei confronti del soggetto aggredito che decide di rispondere violentemente all'altrui intrusione nella propria sfera giuridica, in relazione al quale il magistrato giudicante (le ricerche più approfondite – nel prosieguo dello studio – saranno quelle sul diritto vivente italiano e tedesco) tende a porsi quale valutatore esterno e freddo, che non tiene conto che – salvo condizioni o abilità particolari (“*Sonderwissen*”) del reagente – non si può pretendere, ai fini della giustificazione, che un essere umano ragionevole privo di esperienze concrete di combattimento “potenzialmente letale” agisca in modo totalmente freddo nelle condizioni particolarmente concitate di aggressioni, soprattutto da parte di sconosciuti (dei quali, al momento della reazione, sovente non si può sapere se siano armati e come, se abbiano eventuali complici, fino a che livello “criminoso” siano disposti ad arrivare, quali abilità abbiano nel combattimento, ecc.).

che su temi dei quali è del tutto inesperto e/o disinformato – a favorire gli estremismi e i populismi, ha fatto sì che si sia diffusa, in ampi strati della popolazione italiana (ma anche polacca, ecc.), l'idea che l'attuale normativa, e giurisprudenza, espongano il cittadino onesto che si difende dai “criminali” a interminabili processi culminanti con pesanti condanne a pene detentive («il cittadino onesto viene trattato come un pericoloso criminale»)⁷⁷. Tale orientamento dell'opinione pubblica, incentivato e sfruttato ad arte da talune forze politiche, ha spinto il legislatore italiano a intervenire normativamente sullo statuto penale della legittima difesa – “intonso” per quasi 80 anni – per ben due volte in poco più di un decennio, con la l. n. 59/2006⁷⁸, e con la recente l. n. 36/2019⁷⁹.

Considerando che l'attenzione mediatica, negli ultimi tempi, si è focalizzata soprattutto sui casi di reazioni difensive (per lo più armate) di persone aggredite nel domicilio o locale commerciale, i due interventi di riforma *de quibus* hanno creato una sorta di “secondo binario” in materia, *ergo* una disciplina normativa “privilegiata” per le vittime di aggressioni domiciliari. Non potendosi trattare esaustivamente i molteplici profili rilevanti delle due novelle legislative in esame, ci si limiterà agli aspetti funzionali alle finalità di questo studio, rimandando per ulteriori approfondimenti ai numerosi pregevoli contributi accademici pubblicati rispettivamente con riferimento alla l. n. 59/2006⁸⁰, ed alla l. n. 36/2019⁸¹.

⁷⁷ V. al riguardo, tra i tanti, M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata*, cit., p. 107; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., p. 16 ss.

⁷⁸ L. 13 febbraio 2006, n. 59, “Modifiche all'articolo 52 del codice penale in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio”, la quale è stata pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* in data 2 marzo 2006, ed è entrata in vigore in data 17 marzo 2006.

⁷⁹ L. 26 aprile 2019, n. 36, “Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa”, la quale è stata pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* in data 3 maggio 2019, ed è entrata in vigore in data 18 maggio 2019.

⁸⁰ Si rinvia dunque, tra i più autorevoli, a A. CADOPPI, «Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto». *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1377 ss.; F. DIAMANTI, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *RIDPP*, 2016, p. 1343 ss.; E. DOLCINI, *La riforma della egittima difesa: leggi “sacrosante” e sacro valore della vita umana*, in *DPP*, 2006, p. 431 ss.; A. GARGANI, *Il diritto all'autotutela in un privato domicilio: un'ipotesi speciale di legittima difesa? Le modifiche apportate all'art. 52 c.p. dalla legge 13 febbraio 2006, n. 59*, in C. PIEMONTESE (a cura di), *La riforma della legittima difesa e della recidiva tra teoria e prassi*, Pisa, 2008, p. 19 ss.; ID., *Il diritto di autotutela*, cit., p. 960 ss.; F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *RIDPP*, 2006, p. 432 ss.; V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa*, cit., p. 826 ss.; T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *GD*, 13/2006, p. 52 ss.; F. PALAZZO, *La riforma dell'art. 52 c.p.: aggiornamento o trasfigurazione della legittima difesa*, in A. Bernardi et al. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, p. 53 ss.; C.E. PALIERO, *La legittima difesa territoriale*, cit., p. 569 ss.; P. PISA, *La legittima difesa tra far west ed Europa*, cit., p. 797 ss.; V. RONCO, (voce) *Legittima difesa*, in *Dig. pen.*, agg., 2008, II, p. 642 ss.; F. VIGANÒ, *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., p. 189 ss.

⁸¹ F. BACCO, *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *DPC*,

I due interventi normativi sono tra loro strettamente connessi, perseguendo entrambi la stessa finalità di introdurre in Italia taluni dei concetti alla base della dottrina nordamericana del “*my home, my castle*”⁸², incentrata sull’assimilazione della privata abitazione ad una sorta di castello medioevale nel quale si è legittimati ad usare ogni mezzo per respingere il “nemico invasore”⁸³.

La riforma del 2006 aveva a tal fine introdotto una speciale disciplina legislativa applicabile alle sole condotte difensive nei confronti di aggressioni perpetrate nei luoghi di cui all’art. 614 c.p. (“Violazione di domicilio”), ed in quelli normativamente equiparati (luoghi di esercizio di un’attività commerciale, professionale imprenditoriale), creando quindi due nuovi commi aggiunti all’art. 52 c.p. Si era quindi deciso, in reazione ad una prassi applicativa indubbiamente rigorosa (la cui “rigorosità” era però stata del tutto amplificata mediaticamente⁸⁴) nei confronti dei reagenti aggrediti, di introdurre un “sottosistema” nel sistema, tale da privilegiare le vittime di aggressione domiciliare, piuttosto che intraprendere la doverosa via maestra della riforma della disciplina generale di cui all’art. 52/1 c.p. (rimasta invero immutata a seguito della l. n. 59/2006).

La suddetta novella aveva pertanto introdotto, per le sole aggressioni domiciliari, una presunzione di proporzionalità della reazione difensiva, a patto che: a) l’aggredito fosse ivi legittimamente presente; b) usasse un’arma legittimamente detenuta o altro mezzo; c) la finalità della reazione violenta fosse quella di difendere I) la propria o altrui incolumità, oppure II) i beni propri o altrui, ma in tal caso occorrendo la mancata desistenza dell’intruso, e la sus-

5/2019, p. 53 ss.; R. BARTOLI, *Verso la “legittima offesa”*, cit., p. 17 ss.; P. BEVERE, *La legittima difesa*, Torino, 2019; G. CARUSO, *Ancora a proposito della riforma della legittima difesa. Tra ragioni di ‘liceità’ e cause di ‘scusa’*, in *AP*, 3/2018, p. 1 ss.; F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa*, cit., p. 1 ss.; *Id.*, *La legittima difesa assiomatica*, cit., p. 1 ss.; G. FLORA, *La difesa “è sempre legittima”?*, in *Discrimen*, 2/2019, p. 17 ss.; M. GALLO, *Due o tre cose*, cit., p. 1 ss.; A. GARGANI, *Diritto alla vita*, cit., p. 1 ss.; G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa*, cit., p. 1 ss.; C.F. GROSSO, *La difesa legittima dopo la L. 26 aprile 2019, n. 36*, cit., p. 888 ss.; G. INSOLERA, *Dalla legittima difesa all’offesa legittimata?*, cit., p. 1 ss.; F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale*, cit., p. 5 ss.; M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata*, cit., p. 106 ss.; D. PULITANÒ, *Legittima difesa*, cit., p. 205 ss.; D. PULITANÒ, *Legittima difesa*, cit., p. 205 ss.; L. RISICATO, *Le interferenze tra anti-giuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit., p. 1 ss.; M. TELESICA, *Le proposte di legge in tema di legittima difesa “domiciliare”*, in *LP*, 5 ottobre 2017, p. 1 ss.

⁸² In argomento v., in particolare, F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa*, cit., p. 6 ss.; F. DIAMANTI, *Il diritto incerto*, cit., p. 1377 ss. Cfr. anche P. PISA, *La legittima difesa tra far west ed Europa*, cit., p. 797 ss.

⁸³ Sia consentito il rimando a F. MACRÌ, *Uno studio comparatistico dell’eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, in *DPC-RT*, 3/2019, p. 29.

⁸⁴ In argomento v. L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., p. 18, la quale sottolinea il ruolo dei «messaggi mediatici ingannevoli» trasmessi da numerosi esponenti giuridici per “plasmare”, a proprio favore, l’opinione pubblica (con precipuo riferimento alle iniziative parlamentari poi sfociate nell’approvazione della nuova riforma del 2019).

sistenza di un pericolo di aggressione⁸⁵. Secondo autorevole dottrina, lo scopo legislativo era chiaramente quello di introdurre una presunzione assoluta di proporzione tra difesa e offesa, una volta accertati giudizialmente gli appena descritti presupposti⁸⁶.

L'obiettivo legislativo di creare questo regime normativo privilegiato a favore delle vittime di aggressioni domiciliari, essendosi tradotto in una disciplina in tensione con i principi costituzionali⁸⁷ (relativamente, innanzitutto, alla preminenza dei beni patrimoniali su quelli personali⁸⁸), ha dunque innescato la prevedibile reazione "ortopedica"⁸⁹ della giurisprudenza italiana, che ha accolto una *interpretatio abrogans* costituzionalmente orientata⁹⁰ della legittima difesa domiciliare di cui all'art. 52/2 c.p.⁹¹.

A fronte di siffatta neutralizzazione pretoria delle innovazioni perseguite dalla riforma del 2006, il nuovo Parlamento uscito dalle elezioni del 4 marzo 2018 (XVIII legislatura) è intervenuto nuovamente sulla clausola dell'art. 52 c.p., ed ha inoltre introdotto una nuova scusante all'art. 55/2 c.p., mirando non solo ad ampliare gli spazi di liceità delle reazioni sproporzionate – e probabilmente anche di quelle non necessarie – ad aggressioni domiciliari, ma altresì di introdurre una clausola di esclusione della colpevolezza sul modello di quella tedesca di cui al § 33 StGB.

⁸⁵ Si permetta nuovamente il rinvio a F. MACRÌ, *Uno studio comparatistico*, cit., p. 30.

⁸⁶ In tal senso, *ex plurimis*, G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 316; M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata*, cit., p. 111. Cfr. anche V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa*, cit., p. 826 ss.; P. PISA, *La legittima difesa tra far west ed Europa*, cit., p. 797 ss.

⁸⁷ V. al riguardo, per tutti, L. RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit., p. 4, che denuncia il contrasto di tale previsione – oltre che con gli artt. 2 e 3 Cost. – altresì con l'art. 2/2, lett. a), CEDU.

⁸⁸ Sottolinea infatti L. RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit., p. 4, che «emancipata dall'indispensabile relazione di proporzione tra condotta aggressiva e difensiva, la legittima difesa nel privato domicilio (...) si presentava – già nel 2006 – come una sorta di amplissima licenza di sparare, in difesa anche della proprietà».

⁸⁹ Per usare una espressione ispirata a quella ("giurisprudenza/interpretazione ortopedica") sapientemente coniata dall'illustre F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit. (è ivi usata in più occasioni).

⁹⁰ L. RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit., p. 4, evidenzia come una tale esegesi costituzionalmente conforme abbia evitato «slabbrature applicative inaccettabili».

⁹¹ Esegesi fondata sulle seguenti colonne "ermeneuticamente" portanti: A) la qualificazione della legittima difesa domiciliare quale ipotesi speciale della legittima difesa "generale" di cui all'art. 52/1 c.p., richiedendosi dunque la necessità di difesa e l'attualità del pericolo anche in ipotesi di aggressione domiciliare; B) la considerazione in termini relativi, e non assoluti, della presunzione di proporzionalità *ex art.* 52/3 c.p.; C) la valorizzazione dei limiti posti, alla reazione difensiva domiciliare, da parte della l. n. 59/2006 in modo tale da escludere la concessione della scriminante nei casi di uccisione, o grave ferimento, di un aggressore che avesse posto in pericolo unicamente beni patrimoniali. V. al riguardo, per tutti, F. CINGARI, *Per una riforma della disciplina dell'eccesso di legittima difesa*, in *AP*, 3/2018, p. 6 ss.; F. VIGANÒ, *art. 52 c.p.*, cit., p. 943 ss.

A tal fine, la l. n. 36/2019 ha introdotto le seguenti modifiche normative⁹²:

1. l'aggiunta, all'art. 52/2 c.p., della parola "sempre" ove si stabilisce che, a fronte di aggressioni domiciliari, «sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma» nella reazione difensiva caratterizzata dai già descritti requisiti: ciò per indurre la giurisprudenza ad abbandonare l'orientamento secondo cui la presunzione di proporzione in questione sarebbe relativa. Al riguardo taluni commentatori hanno ipotizzato che nella prassi applicativa, verosimilmente, o la predetta modifica sarà ermeneuticamente ignorata, *tamquam non esset*, riaffermandosi la relatività della presunzione *de qua*, o all'opposto – riconoscendosene l'assolutezza – si solleverà per tale ragione una questione di legittimità costituzionale⁹³, per potenziale violazione dell'art. 2 Cost.⁹⁴, dell'art. 3 Cost.⁹⁵, e possibilmente anche dell'art. 117 in relazione all'art. 2/2 CEDU⁹⁶.

2. la tipizzazione di una nuova scriminante di legittima difesa domiciliare, definibile "rafforzata" per distinguerla da quella "ordinaria" di cui alla novella del 2006⁹⁷, mediante l'inserimento di un nuovo 4° comma nell'art. 52 c.p., secondo il quale «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'intrusio-

⁹² La novella legislativa del 2019, inoltre, ha introdotto ulteriori disposizioni – articoli da 3 a 9 – rivolte nella loro globalità a rafforzare il contrasto penale alle aggressioni domiciliari – e alle rapine – (artt. 3-6), e la tutela penale, processuale e civile, dei cittadini che a tali aggressioni reagiscano (artt. 7-9).

⁹³ G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit., p. 2.

⁹⁴ Con riferimento alla potenziale lesione del diritto alla vita ed all'incolumità fisica, spettante anche all'aggressore (nella Costituzione italiana non esiste una norma che sancisca espressamente la rilevanza costituzionale del diritto alla vita, dunque si ricorre da sempre all'art. 2).

⁹⁵ Vista la presumibile irragionevolezza di una stringente presunzione di proporzionalità. Sul punto v. F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica*, cit., p. 12 ss., il quale evidenzia «un irragionevole trattamento identico per situazioni differenziate se non opposte, quali sono la reazione proporzionata e quella sproporzionata, ma presuntivamente ritenuta adeguata dalla legge».

⁹⁶ L'art. 2/2 CEDU sancisce, difatti, che non è consentita la privazione della vita, eccetto qualora sia assolutamente necessaria per proteggere una persona da una violenza illegittima. L'applicabilità di tale norma ai rapporti tra privati, tuttavia, è ampiamente dibattuta in dottrina, e non è stata ancora sancita da nessuna sentenza della Corte EDU. In argomento v. peraltro, da ultimo, A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 CEDU*, in *LP*, 14 febbraio 2019, p. 1 ss.

⁹⁷ In tale contesto rileva la "moltiplicazione" della legittima difesa domiciliare F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica*, cit., p. 6, per il quale «all'interno del "micro-mondo" della legittima difesa domiciliare si sono dunque sviluppate per partenogenesi una ipotesi di presunzione di proporzione, quella di cui al 2° comma, che ha come presupposto una violazione di domicilio non violenta e un'ipotesi di presunzione di legittima difesa *tout court*, al 4° comma, valida nei casi di violazione di domicilio aggravata». V. altresì sul punto le importanti osservazioni di V. Militello, *La proporzione nella nuova legittima difesa*, cit., p. 826 ss.

ne 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».

In base alla ricostruzione ermeneutica della giurisprudenza di legittimità e di parte della dottrina⁹⁸, e considerando che l'applicabilità della nuova previsione è riservata unicamente a casi che comunque ricadrebbero nella legittima difesa domiciliare "ordinaria", l'art. 52/4 costituirebbe dunque una clausola di giustificazione "doppiamente" speciale. L'elemento di "ulteriore specialità" della variante "rafforzata" della legittima difesa domiciliare sarebbe dunque la natura violenta (o minacciosa di uso di armi o altri mezzi di coazione fisica) dell'aggressione domiciliare, non richiesta dall'art. 52/2, per il quale è sufficiente una qualunque intrusione qualificabile come "violazione di domicilio" ex art. 614/1 o 614/2 c.p.: l'ipotesi configurata dal legislatore del 2019⁹⁹, invece, presuppone una violazione di domicilio violenta, grossomodo riconducibile alla fattispecie aggravata di cui all'art. 614/4 c.p. ("fatto commesso con violenza sulle cose, o alle persone" ovvero da "colpevole palesemente armato")¹⁰⁰.

L'integrazione di tutti i presupposti della legittima difesa domiciliare "ordinaria", pertanto, unita al carattere violento dell'aggressione, consentirebbe all'agredito¹⁰¹ di poter usufruire di una sorta di illimitato diritto all'uso delle armi ("agisce sempre in stato di legittima difesa")¹⁰², con una presunzione estesa¹⁰³, oltre che al rapporto di proporzione tra aggressione e reazione, anche alla necessità della seconda e all'attualità del pericolo della prima¹⁰⁴.

⁹⁸ Così sono orientati ad esempio F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune*, cit., p. 432; e F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 397 ss.

⁹⁹ Per una prospettiva criminologica al riguardo v. R. CORNELLI, *Argomenti criminologici sulla legittima difesa*, in *DPP*, 2019, p. 987 ss.

¹⁰⁰ Sia consentito nuovamente il rinvio a F. MACRÌ, *Uno studio comparatistico*, cit., p. 31.

¹⁰¹ Seguendo al riguardo un'interpretazione letterale del disposto dell'appena introdotto art. 54/4 c.p.

¹⁰² Sul punto occorre richiamare quando sostenuto, pur con riferimento alla riforma del 2006, da A. GARGANI, *Il diritto di autotutela*, cit., p. 966, secondo il quale al legislatore è mancato il coraggio di scindere la nuova scriminante dalla legittima difesa tradizionale, preferendo invece "mimetizzare" una sostanziale ipotesi di uso legittimo delle armi sotto le ingannevoli vesti di una fattispecie speciale di legittima difesa.

¹⁰³ Secondo F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica*, p. 5, «la giustificazione (...) ha per oggetto un comportamento che non è più meramente reattivo rispetto ad un pericolo di offesa, ma può spingersi anche verso condotte preventive di quest'ultimo». Del medesimo avviso – *in toto* condivisibile – anche L. RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit., p. 5, per la quale, nella nuova legittima difesa domiciliare "rafforzata" dalla l. n. 36/2019 «l'esercizio della forza nel privato domicilio sembra invece *legibus solutus*».

¹⁰⁴ In relazione a tale dilatazione dell'ambito di legittima estrinsecazione della reazione difensiva, derivante da una presunzione irragionevole nella sua assolutezza (salvo forse per l'attualità del pericolo, trattandosi di penetrazione violenta nel domicilio dell'agredito) – e al cui riguardo autorevoli Autori hanno parlato di configurazione di una sorta di

Si ritiene quindi che anche la riforma 2019 – così come quella del 2006 – a causa sia della sua tendenziale incostituzionalità, sia della sua “insipienza tecnico-giuridica”, fallirà l’obiettivo di ampliare gli spazi di giustificazione per le vittime di aggressioni domiciliari. Va poi ribadito che si reputa incongruo, a livello politico-criminale, creare un’eccessiva disparità tra soggetti aggrediti nel domicilio e soggetti aggrediti in tutti gli altri contesti.

L’ultima critica, peraltro, è estendibile all’ulteriore grande innovazione penalistica introdotta dalla l. n. 36/2019, data dalla causa di non punibilità (di natura scusante, come si vedrà a breve) di cui al nuovo art. 55/2, applicabile ai soli eccedenti nella reazione difensiva ad aggressioni domiciliari: tale esimente, tuttavia, rappresenta l’unica innovazione legislativa che potrebbe – pur con innegabili limiti derivanti dalla sua biasimabile formulazione concreta – effettivamente avere un reale impatto sulla prassi applicativa italiana, e comunque in astratto coerente con la prospettiva del diritto di autodifesa necessitata costituzionalmente orientata.

Nel dettaglio, il nuovo art. 55/2 c.p. (art. 2, l. n. 36/2019), applicabile solo alle ipotesi di legittima difesa domiciliare (artt. 52/2, 52/3, 52/4 c.p.), dispone la non punibilità dell’aggredito il quale reagisca in modo eccessivo (in quanto al di là dei limiti cui è subordinata la concessione della giustificazione) per la salvaguardia della propria o altrui incolumità, a patto che sia riscontrabile almeno uno dei sottoelencati requisiti:

A) il reagente abbia ecceduto i limiti della legittima difesa domiciliare nelle condizioni di cui all’art. 61/1, n. 5 c.p., sussistenti nel caso l’aggressore abbia «profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all’età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa»;

B) il reagente abbia ecceduto i limiti *de quibus* in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto¹⁰⁵.

“legittima offesa” (R. BARTOLI, *Verso la “legittima offesa”,* cit., p. 19 ss., e altresì G. INSOLERA, *Dalla legittima difesa all’offesa legittimata?*, cit., p. 1 ss.), soprattutto con riferimento alla presunzione di necessità della reazione – è possibile prospettare, come per la modifica dell’art. 52/2, il mantenimento da parte della Suprema Corte della medesima interpretazione “ortopedica” costituzionalmente orientata già adottata per la legittima difesa domiciliare di cui alla l. n. 59/2006. Oppure, come è probabile atteso il testo maggiormente “univoco” nell’indicare la natura assoluta della presunzione, si prefigura la richiesta di un vaglio di costituzionalità, il quale verterebbe sui medesimi parametri costituzionali appena menzionati in rapporto all’art. 52/2 c.p., con la notazione che l’irragionevolezza dell’art. 52/4 c.p. (in relazione all’art. 3 Cost.) sarebbe ancora più marcata, estendendosi la presunzione assoluta anche alla stessa necessità della reazione difensiva (oltre che alla proporzionalità della stessa).

¹⁰⁵ Al riguardo si tenga presente che il Presidente della Repubblica, nella lettera inviata il 26 aprile 2019 ai Presidenti del Senato, della Camera e del Consiglio dei Ministri, in occasione della promulgazione delle l. n. 36/2019, abbia sottolineato – riguardo alla nuova disciplina di cui all’art. 55/2 c.p. – che «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». Sul punto v.

Iniziando l'analisi dai profili comuni alle due varianti di eccesso contemplate dal legislatore del 2019, occorre *in primis* evidenziare che la clausola in commento – soprattutto nella sua variante descritta al punto B – è stata indubbiamente ispirata dalla fattispecie scusante di *Notwehr* del § 33 StGB, le cui peculiarità verranno analizzate a breve: preme tuttavia segnalare sin da ora che l'esimente tedesca, più correttamente, è applicabile ad ogni ipotesi di eccesso difensivo, e non solo qualora esso avvenga nel contesto domiciliare.

Va poi rilevato che, in astratto, è difficilmente configurabile un eccesso rispetto ad una scriminante, come la legittima difesa domiciliare “rafforzata” dell'art. 52/4 c.p., che contempla una presunzione *tout court* di legittima difesa, mentre per legittima difesa domiciliare “ordinaria” (art. 52/2 c.p.), ove presunta è unicamente la proporzione, si potranno teoricamente eccedere i limiti della necessità, e quelli dell'attualità del pericolo: il legislatore del 2019, però, prefigurandosi la possibilità di neutralizzazione – da parte della giurisprudenza o della Consulta – della scriminante “rafforzata” dell'art. 52/4 c.p., potrebbe aver introdotto la scusante *de qua* al fine di predisporre comunque – al verificarsi di tale evenienza – una tutela giuridica a favore dell'agredito “domiciliare”¹⁰⁶.

Un altro aspetto riguardante entrambe le varianti di eccesso difensivo domiciliare appena introdotte è la loro classificazione dogmatica: in seno alla prevalente suddivisione tripartita in cause di giustificazione/scriminanti, cause di esclusione della colpevolezza/scusanti, e cause di non punibilità in senso stretto¹⁰⁷, gli studiosi italiani si sono espressi all'unisono a favore della natura scusante della previsione di cui all'art. 55/2 c.p.¹⁰⁸. Siffatta opzione dogmatica, del resto, è l'unica consentita dalla formulazione della norma, dalla quale si evince chiaramente che il legislatore ha ritenuto ravvisabile l'inesigi-

G.L. GATTA, *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il Presidente della Repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019*, in *DPC*, 6 maggio 2019, p. 1 ss.

¹⁰⁶ Cfr. F. BACCO, *Il “grave turbamento”*, cit., p. 72 ss., secondo il quale «se si interpreta l'art. 52 comma 4 in linea con la *voluntas legislatoris*, e dunque come presunzione assoluta della necessità della difesa, non sembrano residuare spazi significativi per la configurabilità di un eccesso di difesa: l'art. 55 comma 2 c.p. (che per espressa previsione, entra in gioco solo nelle situazioni descritte ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52) vedrebbe a questo punto drasticamente ridotto il proprio spazio applicativo tramutandosi in una norma sostanzialmente inutile, la quale potrebbe teoricamente venire in gioco nelle sole ipotesi di violazione di domicilio che non siano realizzate con intrusione violenta o con minaccia di armi».

¹⁰⁷ Sulle questioni di tipicità e antigiuridicità concernenti il fatto di reato non punibile, v. G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., p. 151.

¹⁰⁸ Concordano al riguardo, difatti, tutti i commentatori della riforma legislativa in esame. V. in particolare F. BACCO, *Il “grave turbamento”*, cit., p. 57; R. BARTOLI, *Verso la “legittima offesa”*, cit., p. 22 ss.; G. CARUSO, *Ancora a proposito della riforma della legittima difesa. Tra ragioni di “liceità” e cause di “scusa”*, in *AP*, 3/2018, p. 1 ss.; F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica*, cit., p. 9; G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit., p. 3.

bilità di una condotta diversa in capo all'agredito agente nelle condizioni di grave turbamento, oppure di minorata difesa¹⁰⁹.

Va poi considerata una limitazione normativa generale dell'ambito applicativo della scusante *de qua*, in virtù della quale la condotta difensiva "eccessiva" deve essere realizzata per salvaguardare la propria o altrui incolumità¹¹⁰.

Di particolare rilevanza è quindi, da ultimo, la delimitazione delle tipologie soggettive di eccessi difensivi domiciliari cui riservare l'applicazione della clausola scusante *ex art. 55/2 c.p.* Non essendo presente nella norma, invece, alcuna menzione espressa della necessaria natura colposa della reazione eccessiva, non è aprioristicamente da escludere l'estensione della disciplina "privilegiata" agli eccessi difensivi domiciliari dolosi¹¹¹.

Se peraltro nel diverso contesto del § 33 StGB giurisprudenza¹¹² e – pur con talune voci dissenzienti – dottrina¹¹³ tedesche concordano nel ritenere la non punibilità estendibile anche ai casi di eccesso doloso (pur usando quasi sempre l'ambigua espressione "eccesso cosciente"), maggiori criticità al riguardo incontra l'interprete della clausola italiana di cui all'art. 55/2 c.p. Ciò in quanto – seppur non citata nel 2° comma – la necessaria "colposità" dell'eccesso difensivo domiciliare appare "suggerita" dall'essere – come già detto – il riferimento all'eccesso contenuto solo nel 1° comma dell'art. 55 c.p., che parla espressamente di "eccedere colposamente i limiti della legge", cui dunque il 2° comma fa implicito rinvio (altrimenti si avrebbe l'assurdità di una scusante applicabile in casi già coperti da una scriminante, cioè quella dell'art. 52 c.p.). In aggiunta va poi considerata la non modifica – da parte della l. n. 36/2019 – della rubrica, pur non vincolante, dell'art. 55 c.p. ("eccesso colposo")¹¹⁴.

¹⁰⁹ Condizioni di minorata difesa che, in tale contesto, incidono sul procedimento motivazionale del soggetto, limitandone dunque – fino a un livello tale da non giustificare la sanzione penale – la soggettiva capacità di reagire all'aggressione in modo conforme ai canoni di necessità e proporzione imposti dall'art. 52 c.p.

¹¹⁰ Trattasi, peraltro, di una circoscrizione del campo applicativo dell'art. 55/2 c.p. senz'altro condivisibile, visto che un'esclusione totale delle conseguenze sanzionatorie penali (affiancata da una riduzione consistente della responsabilità civile: equo indennizzo al posto di risarcimento integrale) può ritenersi congrua unicamente nei casi in cui il soggetto eccede i limiti della necessità e/o proporzione difensiva per tutelare un bene giuridico importante, e di natura non patrimoniale.

¹¹¹ Una trattazione più approfondita della questione richiede un'analisi dettagliata delle diverse tipologie astrattamente ipotizzabili di eccesso difensivo: v. *infra*, Cap. VI, § 3.

¹¹² BGH, 21 giugno 1989 – 3 StR 203/89, in *NSStZ*, 1989, p. 474.

¹¹³ Tra i più recenti v., tra i tanti favorevoli a siffatta opzione ermeneutica, V. ERB, § 33 *StGB*, cit., rn. 15; V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Stuttgart, 2016, p. 341; K. KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8ª ed., München, 2017, p. 434; *contra* W. PERRON, § 33 *StGB*, cit., rn. 6.

¹¹⁴ Anche qui sia permessa la citazione di F. MACRÌ, *Uno studio comparatistico*, cit., p. 42.

A) L'eccesso di difesa domiciliare in condizioni di minorata difesa

Passando ora alle due varianti della clausola scusante dell'art. 55/2, la prima di esse richiede che la vittima dell'aggressione domiciliare si trovi in condizione di minorata difesa. Appare peraltro criticabile – sotto il profilo della tecnica legislativa – l'opzione di tipizzarla facendo rinvio ad una circostanza aggravante (art. 61, n. 5 c.p.) riferita all'aggressore, e non all'agredito cui invece l'esimente è concedibile. La principale criticità rilevabile, in ogni caso, è data dalla difficoltà di individuare, per tale variante dell'esimente in commento, spazi di autonoma rilevanza, se non fortemente circoscritti¹¹⁵. Qualora difatti l'agredito versi – ai sensi dell'art. 61, n. 5 c.p. – in una situazione di inferiorità rispetto all'aggressore in ragione di caratteristiche personali fisiche o psichiche (es.: vecchiaia, esilità corporea, ecc.), condizioni di tempo (es. di totale oscurità), o di luogo (particolarmente isolato, o privo di vie d'uscita sicure), una molteplicità di fattori “limitativi” potrebbero entrare in gioco, ed impedire – o rendere superflua – l'applicazione della disposizione *de quo*. In primo luogo, invero, alla luce del – non certo ineccepibile – rimando alla disciplina della circostanza aggravante dell'art. 61, n. 5 c.p., occorrerà che il giudice riscontri nel caso concreto la sussistenza di un “approffittamento”, ad opera dell'aggressore, delle condizioni di minorata difesa (tali cioè da ostacolare l'azione difensiva); e sarà poi richiesta, in secondo luogo, la prova che proprio tale situazione abbia determinato il superamento dei limiti normativi della difesa da parte del reagente¹¹⁶. Si tenga presente, inoltre che nei casi di eccesso difensivo dell'agredito determinato da un grave turbamento psicologico¹¹⁷, la variante *de qua* si rivela del tutto superflua, potendo applicarsi la seconda ipotesi normativa di cui all'art. 55/2 c.p.¹¹⁸.

¹¹⁵ Ciò anche ipotizzando, come è del tutto probabile, una neutralizzazione interpretativa, o da parte della Corte Costituzionale, della disciplina – appena introdotta – della scriminante (o presunta tale) di “legittima difesa domiciliare rafforzata” (art. 52/4 c.p.), sulla falsariga di quanto già avvenuto con la “legittima difesa domiciliare ordinaria” (art. 52/2 c.p., introdotto nel 2006), che assicuri potenzialmente spazi effettivi di applicazione alla previsione *ex art.* 55/2 c.p.

¹¹⁶ F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica*, cit., p. 9, il quale evidenzia come, in siffatto ambito, «di nuovo però si imporrà il tanto temuto (dal legislatore) giudizio discrezionale da parte del magistrato».

¹¹⁷ Cioè, come si vedrà a breve, da pregnanti emozioni di tipo tendenzialmente “astenoico”.

¹¹⁸ In aggiunta, pur considerando prive di effetti – nel diritto vivente – le nuove ipotesi di legittima difesa domiciliare introdotte nel 2006 e nel 2019 al 2°, 3° e 4° comma dell'art. 52 c.p., nei casi di effettivo approfittamento di una condizione di minorata difesa da parte dell'aggressore una valutazione *ex ante* dei requisiti della necessità/proporzionalità implicherebbe sovente un riconoscimento della causa di giustificazione di cui all'art. 52 c.p., senza bisogno di applicare la meno favorevole clausola in esame. Si evidenzia altresì, da ultimo, come nell'evenienza in cui l'aggressore approfitti di condizioni di minorata difesa da parte dell'agredito si possa non di rado ravvisare un caso di legittima difesa putativa incolpevole *ex art.* 59/4 c.p.

B) L'eccesso di difesa domiciliare dovuto ad uno stato di grave turbamento

La variante di eccesso di difesa domiciliare di indubbio maggior rilievo – dogmatico e potenzialmente anche applicativo – nel quadro della clausola scusante di cui all'art. 55/2 è quella in cui il valicamento dei limiti di cui agli artt. 52/2, 52/3 o 52/4 c.p. è derivante da uno stato di grave turbamento, strettamente legato alla situazione di pericolo in atto. La riforma del 2019 ha quindi circoscritto il “privilegio” dell'esenzione totale da pena alle sole condotte difensive domiciliari non necessarie e/o sproporzionate¹¹⁹ realizzate in una condizione emotiva di grave turbamento derivante dall'aggressione in corso. Siffatta opzione normativa, pur – come si evincerà in dettaglio nel prossimo capitolo – affine a quelle dei principali ordinamenti dell'Europa continentale (Germania, Olanda, Polonia, Spagna, ecc.), è stata tuttavia criticata da taluni studiosi in ragione della sua inottemperanza ai canoni della tassatività e determinatezza delle norme penali¹²⁰; ed è stata inoltre, in occasione della promulgazione dell'atto legislativo, oggetto di specifici rilievi del Capo dello Stato auspicanti un'interpretazione non eccessivamente soggettivizzata della nozione di “grave turbamento”, e altresì imperniata su uno stretto nesso eziologico tra l'aggressione subita e l'alterazione emotiva¹²¹.

Sarà dunque d'obbligo, ed è prevedibile che ciò avvenga nel diritto vivente (viste le menzionate tendenze restrittive della giurisprudenza italiana), l'accoglimento di un'esegesi di “stato di grave turbamento” conforme al fondamentale principio di legalità¹²². In tal contesto, volgendo lo sguardo oltralpe alla lunga prassi applicativa (di cui si darà conto nei prossimi paragrafi) in materia dell'analoga – pur non integralmente – disciplina del *Notwehr* *exzess* vigente nell'ordinamento tedesco (§ 33 StGB), emerge la centrale rilevanza della tematica dei fattori emotivi scatenanti l'eccesso difensivo.

Va quindi considerata la fondamentale contrapposizione tra emozioni “aste-

¹¹⁹ Ipotizzando un “reinnesto” del requisito della proporzionalità tra difesa e offesa nell'ambito della nuova legittima difesa domiciliare (soprattutto nella variante “rafforzata” introdotta nel 2019) ad opera di un'esegesi giurisprudenziale costituzionalmente orientata, oppure, più auspicabilmente, di un intervento della Corte costituzionale.

¹²⁰ Tra le opinioni maggiormente critiche v. soprattutto F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica*, cit., p. 10, il quale sottolinea ben tre incisivi aspetti problematici del concetto *de quo*, vale a dire: 1) il trattarsi di una condizione vaga, in quanto «idonea ad abbracciare situazioni alquanto eterogenee»; 2) l'essere un fatto psichico, con tutte le incertezze connesse alla prova che ne derivano, considerando che, a tal proposito, «un compianto statuto probatorio è ben al di là da venire»; 3) il carattere indeterminato della soglia di rilevanza del turbamento stabilita dal legislatore, individuata unicamente attraverso l'uso dell'aggettivo “grave”, senza ulteriori specificazioni.

¹²¹ V. a tal proposito G.L. GATTA, *Legittima difesa nel domicilio*, cit., punto 5c.

¹²² Pur non potendosi ovviamente pretendere la medesima tassatività assicurata da nozioni fisico-naturalistiche (quali ad esempio la “cosa mobile” nel delitto di furto di cui all'art. 624 c.p.).

niche” (terrore, paura, panico, ecc., connotate da una condizione di fragilità/passività dell’individuo) ed emozioni “steniche” (odio, desiderio di vendetta, ira, ecc., caratterizzate da una condizione di eccitazione/iperattività)¹²³. I codici penali – ad iniziare da quello tedesco (§ 33 StGB) – tendono difatti a includere nell’ambito applicativo di eventuali clausole scusanti, qualora previste, unicamente gli eccessi difensivi realizzati da aggrediti “fragili”, le cui reazioni eccessive siano determinate da turbe emozionali di tipo astenico: viene invece escluso ogni “riguardo” penalistico nei confronti degli aggrediti “forti”, le cui emozioni steniche si ritiene riflettano una carica di aggressività poco compatibile con condotte difensive che, pur eccessive, siano però rivolte essenzialmente a preservare l’incolumità propria o altrui¹²⁴: si considera – quanto meno in astratto – che chi spara in zone vitali dell’aggressore in preda ad uno stato d’ira¹²⁵, quando sarebbe stato sufficiente mirare a parti non vitali, realizza tendenzialmente una condotta diretta a punire l’altro, più che a difendere se stesso, e pertanto non è meritevole della medesima “empatia penalistica” riservata a colui che eccede i limiti difensivi versando in uno stato di panico¹²⁶.

Ritornando alla disposizione di cui all’art. 55/2 c.p., il concetto di “grave turbamento”, pur non affiancato da quelli di “ansia” e “panico” come nel testo punitivo tedesco, appare senz’altro circoscrivibile in modo tale da escludere dalla concessione della non punibilità reazioni eccessive connotate unicamente da rabbia/collera, e ancor prima esecrabili condotte preordinate a strumentalizzare la scusante *de quo* per commettere impunemente un omicidio volontario. Al contenimento, entro i confini della piena conformità costituzionale, dell’ambito applicativo dell’art. 55/2 c.p. (nella variante in commento) contribuiscono del resto i requisiti della necessaria “gravità” del turbamento *in primis*, e

¹²³ La classificazione *de qua* è fatta risalire niente meno che a Immanuel Kant, il quale nella sua “Antropologia pragmatica” del 1798 identificò le emozioni steniche come quelle di tipo eccitante, e quelle asteniche con quelle che bloccano l’azione, dunque opposte alle prime. Nella dottrina psichiatrica tedesca v. per approfondimenti A. MARNEROS, *Affektiven und Impulstaten*, Stuttgart, 2006, p. 91 ss.; nella letteratura italiana v. invece G.M. SURACE, *Il delitto d’impeto. Scenari psicopatologici, criminologici e forensi sul crimine efferato da impulso irresistibile*, Catanzaro, 2005, p. 60 ss.

¹²⁴ Sia permesso nuovamente il rinvio a F. MACRÌ, *Uno studio comparatistico*, cit., p. 44.

¹²⁵ In analogia con le ipotesi di condotte realizzate in stato d’ira determinata da provocazione altrui, che difatti possono rilevare – nell’ordinamento italiano – solo ai fini della concessione della circostanza attenuante di cui all’art. 62, n. 2, c.p.

¹²⁶ V. a tal proposito F. BACCO, *Il “grave turbamento”*, cit., p. 65, secondo il quale «il senso teorico di un distinguo fra reazione stenica e astenica è quello di escludere dalla scusante le condotte di eccesso che assumano dinamiche di reazioni aggressivo-punitive, piuttosto che di un respingimento, pur violento, di un’aggressione». Anche la dottrina tedesca è unanime nel caldeggiare tale posizione teorica, per tutti v. K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 433; e C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 997, il quale evidenzia come preminenti ragioni di carattere generalpreventivo impongono di escludere dalla “disciplina privilegiata” di cui al § 33 StGB (che contempla la medesima non punibilità dell’art. 55/2 c.p.), le reazioni difensive eccessive di soggetti animati principalmente da emozioni di tipo stenico-aggressivo.

del necessario collegamento causale tra la “situazione di pericolo in atto” ed il “grave turbamento” in seconda battuta. La previsione in questione, in definitiva, va quindi apprezzata per la rilevanza attribuita al principio di colpevolezza, essendo l’elisione della sanzione penale riconnessa ad una valutazione di minore motivabilità secondo diritto dell’aggredito reagente nelle condizioni emotive appena descritte¹²⁷: la stessa, pertanto, andrebbe auspicabilmente estesa anche alle ipotesi di eccessi difensivi extra-domiciliari, cioè alla legittima difesa “generale” di cui all’art. 52/1 c.p.

1.3. *L’eccesso colposo (art. 55/1 c.p.) e la legittima difesa putativa (art. 59/4 c.p.)*

Una trattazione – pur sintetica – della disciplina complessiva della legittima difesa nel sistema italiano non può prescindere dalla considerazione di due importanti istituti, quali l’eccesso colposo e la scriminante putativa, previsti in generale per tutte le cause di giustificazione dagli artt. 55/1 e 59/4 del codice penale.

A) **L’eccesso colposo (art. 55/1) c.p.**

L’art. 55/1 c.p. italiano dispone che, al superamento colposo dei limiti stabiliti dalla legge, oppure imposti dalla necessità, «si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo»¹²⁸.

L’uso dell’espressione «si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi» ha spinto la giurisprudenza – e parte della dottrina – più risalente ad attestarsi sull’opzione ermeneutica per cui la disciplina di cui alla previsione in commento riguarda non solo condotte reattive “strutturalmente” colpose, ma altresì reazioni difensiva dolose, equiparate *quoad penam* alle prime (e dunque sanzionate come reati colposi)¹²⁹. Dalla fine dello scorso secolo, tuttavia, è as-

¹²⁷ Sul complesso tema, in generale, v. tra le più recenti ed importanti opere dottrinali R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.

¹²⁸ In argomento v. G. AZZALI, *L’eccesso colposo*, Milano, 1965; A. BONFIGLIOLI, *Art. 55 c.p.*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-P. VENEZIANI, *Codice penale commentato*, Torino, 2018, p. 350 ss.; A. CADOPPI-G. BILLO, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 338 ss.; S. CODA, *Riflessioni in tema di eccesso colposo*, in *RP*, 1/2012, p. 65 ss.; C. FARANDA, *L’eccesso colposo*, Milano, 1984; C.F. GROSSO, (voce) *Eccesso colposo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 2 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 285 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 289 ss.; V. MASARONE, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo*, in *RIDPP*, 2004, p. 1056 ss.; P. NUVOLONE, *Le due forme dell’eccesso colposo*, in *Trent’anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, p. 613 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 583 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 946 ss.

¹²⁹ V. a tal proposito la trattazione di M. SPINA, *La Cassazione considera (già) inutile quel che la politica promette di eliminare*, cit., p. 24, nota 11, il quale procede ad un’accurata citazione di entrambe le posizioni teoriche contrapposte.

solutamente dominante – sia in dottrina che in giurisprudenza – l’esegesi che limita alle sole condotte non volontarie connotate da colpa l’applicazione della disciplina *de qua*¹³⁰. I più recenti orientamenti ermeneutici della Suprema Corte al riguardo, peraltro, considerano l’art. 55/1 c.p. assolutamente superfluo, atteso che, anche in assenza di siffatta previsione, la punibilità a titolo di illecito colposo dell’eccesso colposo di legittima difesa deriverebbe dai principi generali in materia di colpa di cui agli artt. 43 e 47 c.p.¹³¹.

Sotto il profilo oggettivo, la prevalente dottrina e la concorde giurisprudenza ritengono che rientrano nel concetto di eccesso difensivo colposo (in relazione al quale, oramai, si considera l’art. 55/1 c.p. norma meramente dichiarativa) due diverse tipologie di eccessi. Si è dunque ritenuta rilevante, anzitutto, la condotta difensiva colposamente oltre i limiti (dell’art. 52 c.p.) dovuta ad errore-motivo, riconducibile ad una errata valutazione della reazione necessaria e/o proporzionata¹³²; e in aggiunta anche l’eccesso difensivo derivante da un errore-inabilità¹³³, cioè “erroneamente esecutivo” di una deliberazione mentale teoricamente incensurabile¹³⁴.

Anticipando in sintesi un’importante classificazione delle tipologie di eccesso difensivo, adottata principalmente dagli studiosi tedeschi (e spagnoli)¹³⁵, da una disamina della prassi applicativa italiana – soprattutto della Suprema Corte – dell’art. 55/1 c.p., emerge una chiara tendenza a limitarne il riconoscimento all’eccesso di legittima difesa “intensivo” (*intensiver Exzess/Exzess im Maß* per i giuristi tedeschi)¹³⁶, escludendone pertanto di casi di eccesso “estensivo” (*extensiver Exzess/Exzess in der Zeit*)¹³⁷. Quest’ultimo (eccesso esten-

¹³⁰ Tra le pronunce di legittimità più recenti, Cass., 15 novembre 2017, n. 52120, in *CP*, 2018, p. 1233 ss. con nota di B. ROSSI, *Il delitto commesso per eccesso colposo ha una natura sostanzialmente colposa*.

¹³¹ V. in particolare, da ultimo la chiara presa di posizione in tal senso di Cass., 9 aprile 2018, n. 15713, in *DPC*, 9 luglio 2018, con nota di M. SPINA, *La Cassazione considera (già) inutile quel che la politica promette di eliminare*, cit.

¹³² Come nell’esempio di colui che ha erroneamente ritenuto necessario sparare all’aggressore per salvaguardare la propria incolumità, quando invece sarebbe bastato minacciare l’uso dell’arma.

¹³³ Come nell’esempio di colui il quale ha correttamente assunto che fosse sufficiente sparare alle gambe dell’aggressore per repellerne l’aggressione, ma poi – per l’emotività o altre cause – in concreto il colpo ha attinto quest’ultimo al torace, cagionandone la morte.

¹³⁴ V. nuovamente M. SPINA, *La Cassazione considera (già) inutile*, cit., p. 23.

¹³⁵ Sulla classificazione dogmatica *de qua*, nella dottrina d’oltralpe v., tra i tanti, V. A. ENGLÄNDER, § 33 *StGB*, cit., m. 4 ss.; V. ERB, § 33 *StGB*, cit., m. 9 ss.; U. KINDHÄUSER, § 33 *StGB*, cit., m. 7 ss.; C. ROXIN, *Über den Notwehrexzess*, in *Festschrift für Friedrich Schafstein*, Göttingen, 1985, p. 105 ss.; R. SEEGER, *Aufgedrängte Nothilfe*, cit., p. 180 ss.

¹³⁶ V. sul punto F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 947, secondo il quale «non configura invece un’ipotesi di eccesso la reazione difensiva attuata allorché il pericolo non sia ancora, non sia più attuale (c.d. eccesso estensivo di difesa); atteso che «è solo contro un pericolo non efficacemente sventabile attraverso l’azione statale, infatti, che l’ordinamento autorizza eccezionalmente il privato ad agire direttamente per la tutela dell’interesse minacciato».

¹³⁷ V. ad es. la recente Cass., 20 giugno 2018, n. 29515, (c.d. “sentenza Biolo”), com-

sivo) è configurabile qualora il reagente ecceda i limiti temporali della legittima difesa, realizzando la propria condotta in un momento in cui il pericolo di offesa non sia ancora attuale/imminente (eccesso estensivo anticipato/*vorzeitiger Exzess*), oppure sia già cessato (eccesso estensivo posticipato/*nachzeitiger Exzess*), a condizione che l'agredito reagisca nell'immediatezza della cessazione¹³⁸; mentre l'eccesso intensivo è configurabile qualora la reazione difensiva riguardi un pericolo sì attuale, ma sia estrinsecata con modalità e/o intensità oltrepassanti il limite di quanto consentito dai canoni della necessità e/o della proporzionalità¹³⁹.

B) La legittima difesa putativa (art. 59/4) c.p.

L'art. 59/4 c.p. dispone che «se l'agente ritiene per errore che esistono circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo»¹⁴⁰. La legittima

mentata da G.L. GATTA, *Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*, in *DPC*, 22 ottobre 2018, p. 1 ss. V. altresì, sulla medesima decisione, F. CINGARI, *Per una riforma*, cit., p. 1 ss. Trattasi di vicenda ampiamente seguita dai media, nella quale all'imputato, che aveva letalmente sparato, in un contesto notturno di scarsa visibilità, a ladri non armati introdottisi nella tabaccheria adiacente alla propria abitazione in un momento in cui gli stessi (secondo la ricostruzione del giudice di prime cure, in parte criticata nei gradi successivi di giudizio) stavano fuggendo dal negozio, e dunque in cui l'aggressione ingiusta non era più attuale, era stata riconosciuta la legittima difesa putativa incolpevole (art. 59/4 c.p.), riformandosi in sede d'appello la condanna per eccesso colposo "omicidiario" (art. 55/1, 589 c.p.) pronunciata in prima istanza.

¹³⁸ Nel caso contrario, difatti, si perderebbe il legame tra l'aggressione antiggiuridica e la reazione, per cui quest'ultima si configurerebbe come mera vendetta e/o atto di "giustizialismo", e dunque si porrebbe totalmente al di fuori dell'ambito di pertinenza – anche solo scusante – della legittima difesa.

¹³⁹ Va rilevato, in aggiunta, che parte della dottrina tedesca (U. KINDHÄUSER, § 33 *StGB*, cit., rn. 7.) ipotizza la sussistenza di una seconda categoria di un eccesso difensivo estensivo, cioè quello "spaziale", (*räumlicher extensiver Exzess/Exzess in der Richtung*), più efficacemente definibile in italiano come eccesso "aberrante", nel quale la reazione difensiva dell'agredito – ovviamente per errore – va a colpire un terzo non aggressore, escludendo comunque che il "difensore aberrante" possa beneficiare della non punibilità di cui al § 33 *StGB*.

¹⁴⁰ In argomento v., tra i più autorevoli, A. CADOPPI-G. BILLO, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 338; A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000; G. CIOPPA, *In tema di legittima difesa putativa*, in *GP*, 2003, p. 257 ss.; F. CIPOLLA, *La reazione violenta del derubato, tra la nuova legittima difesa e il problema della ragionevolezza dell'erronea supposizione della causa di giustificazione*, in *GM*, 2007, p. 2353 ss.; G. DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *RIDPP*, 1998, p. 773 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 271 ss.; C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 350 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 286 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 289 ss.;

tima difesa è sempre stato uno dei principali campi d'applicazione della suddetta norma, la quale – ad un primo sguardo – appare aprire estesissimi spazi di giustificazione putativa, non richiedendo che l'errore sia ragionevole, bensì solo che sia genuino¹⁴¹: una tale soluzione (senz'altro condivisibile) parrebbe dunque equiparare pienamente – a livello di conseguenze giuridiche – l'erronea supposizione di scriminante all'errore sul fatto tipico (art. 47/1 c.p.), valorizzando al massimo il principio di colpevolezza, nella sua valenza garantistica¹⁴², sebbene secondo talune autorevoli voci in dottrina non sarebbe corretto parlare di totale equiparazione tra i due istituti¹⁴³.

La recente giurisprudenza in materia, ad ogni modo, ha evidenziato due filoni ermeneutici rilevanti, di cui il primo (in realtà pacifico sin dal secolo scorso) limitativo delle potenzialità applicative dell'art. 59/4 c.p., ed il secondo estensivo, ma in relazione a casi che comunque ricadrebbero sotto la disciplina (identica, sotto il profilo delle conseguenze giuridiche) di cui all'eccesso ex art. 55/1 c.p. In primo luogo, invero, la Suprema Corte ritiene pacificamente che la mera genuinità dell'errore, e dunque un'interpretazione in chiave meramente soggettiva della norma in esame, non è sufficiente ai fini del riconoscimento della scriminante putativa, occorrendo anche che la supposizione erronea sia ragionevole: si è quindi statuito, in una sentenza di legittimità del 2018, che nella legittima difesa putativa «la situazione di pericolo non sussiste obiettivamente ma è supposta dall'agente sulla base di un errore scusabile nell'apprezzamento dei fatti, determinato da una **situazione obiettiva** atta a far sorgere nel soggetto la convinzione di trovarsi in presenza del pericolo attuale di un'offesa ingiusta; sicché, in mancanza di dati di fatto concreti, l'esimente putativa non può ricondursi ad un criterio di carattere meramente soggettivo identificato dal solo timore o dal solo stato d'animo dell'agente»¹⁴⁴. La seconda opzione ermeneutica adottata – seppur ancora non consolidata – dalla Corte di Cassazione, invece, è la già citata applicazione

T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 182 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 354 ss.; G. PECORELLA, *Semantica versus ideologie. L'errore sulle c.d. cause di esclusione della pena*, in *AP*, 2/2019, p. 16 ss.; N. PISANI, *La legittima difesa*, cit., p. 746 ss.; G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi*, cit.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 948 ss.

¹⁴¹ Genuino in quanto, ad esempio, non invocato *post factum* per mere finalità opportunistiche.

¹⁴² V. sul punto F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 355, secondo il quale «anche l'erronea supposizione di una situazione fattuale scriminante, al pari dell'errore sul fatto, impedisce quella conoscenza dei fatti indispensabile per assumere poi un consapevole orientamento nei confronti dell'ordinamento». Sui rapporti tra teorie della colpevolezza e scriminanti putative v. l'approfondito studio di G. DE VERO, *Le scriminanti*, cit., p. 833 ss.

¹⁴³ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 536 ss., per il quale la rappresentazione di un elemento del fatto dovrebbe essere necessariamente attuale ai fini della tipicità del reato nell'errore sul fatto, mentre la rappresentazione putativa della scriminante avrebbe invece carattere eventuale.

¹⁴⁴ Cass., 11 ottobre 2018, n. 52646, in *italgiure.giustizia.it/sncass*. L'orientamento è comunque da tempo consolidato, sin da Cass., 18 febbraio 1997, n. 3898, inedita, ed è stato altresì accolto da Cass., 27 gennaio 2016, n. 6024, in *italgiure.giustizia.it/sncass*.

dell'art. 59/4 c.p., *ergo* della legittima difesa putativa, ad ipotesi di eccesso estensivo temporale posticipato in luogo dell'istituto dell'eccesso colposo di cui all'art. 55/1¹⁴⁵. Al riguardo va ribadito che, trattandosi di una reazione – seppur tardiva – ad un'aggressione reale, e non ad un'aggressione erroneamente supposta, si ritiene proprio la disciplina dell'eccesso (pur analoga a quella dell'art. 59/4) quella da applicare di preferenza¹⁴⁶.

2. *Notwehr* e *Notwehrexzess* nello StGB tedesco

Lo statuto penale tedesco della legittima difesa è contenuto nei §§ 32 e 33 dello *Strafgesetzbuch*, vigenti dal 1° gennaio 1975. Va peraltro evidenziato che le menzionate previsioni coincidono contenutisticamente – salvo modifiche formali e aggiornamento del linguaggio – con quelle del previgente § 53 dello *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* del 1871.

La disciplina in questione, con tutta evidenza, s'incentra su due disposizioni caratterizzate (come l'art. 52 c.p. italiano, *ante* 2006) da un'estrema sinteticità, la quale ha consentito lo sviluppo di una riflessione ermeneutica giurisprudenziale e dottrinale sui punti nodali dell'istituto di profondità dogmatica ineguagliata.

Rispetto alla normativa italiana appena trattata, la differenza che spicca sin da una prima lettura del § 32 StGB è la già rimarcata assenza del requisito della proporzione tra reazione difensiva ed aggressione, sebbene l'impronta solidaristica costituzionalmente orientata venga recuperata attraverso il “criptico” requisito della “*Gebotenheit*”¹⁴⁷. Anche in relazione all'ordinamento tedesco, la trattazione non potrà essere esaustiva per tutti i profili dell'istituto, i quali verranno poi ulteriormente approfonditi in generale nei Capp. IV, V e VI¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Cass., 20 giugno 2018, n. 29515, (c.d. “sentenza Birolò”), cit.

¹⁴⁶ In tal senso anche F. CINGARI, *Per una riforma*, cit., p. 8.

¹⁴⁷ Il concetto in questione, in realtà, non trova un perfetto equivalente nella lingua italiana (e nelle altre neolatine), ed è quindi difficilmente traducibile: l'espressione che forse meglio ne rende il senso è quello “ammissibilità (etico-sociale)”, sebbene la traduzione italiana più comune del 1° comma è «chi commette un fatto imposto dalla legittima difesa» (così ad es. F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., p. 87), la quale è peraltro in consonanza con un orientamento, pur minoritario, della letteratura d'oltralpe secondo cui la “*Gebotenheit*” non avrebbe alcuna funzione limitativa del diritto di legittima difesa, ma sarebbe unicamente un inutile doppione della “necessità” (“*Erforderlichkeit*”) di cui al 2° comma (al riguardo comunque v. *infra*, Cap. V, § 5).

¹⁴⁸ Si rinvia pertanto, doverosamente, alla sterminata letteratura in argomento. Per quanto riguarda la legittima difesa come scriminante (§ 32 StGB) v. pertanto, *ex plurimis*, U. EBERT, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Stuttgart, 2001, p. 74 ss.; A. ENGLÄNDER, § 32 StGB, in *Matt – Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar*, 2013, m. 1 ss.; V. ERB, § 32 StGB, cit., m. 1 ss.; T. FISCHER, § 32 StGB, cit., m. 1 ss.; G. GEILEN, *Notwehr und Notwehrexzess*, in *Jura*, 1981, p. 200 ss.; A. GÜNTHER, § 32 StGB, in *Systematischer Kommentar StrafgesetzbuchTeil*, 7ª ed., Köln, 1999, m. 1 ss.; F. HEGER-K. KÜHL, § 32 StGB, in *Lackner/Kühl Kommentar Strafgesetzbuch*, 29ª ed., 2018, m. 1 ss.; M. HEUCHEMER, § 32 StGB,

Tabella 1. – La disciplina normativa della legittima difesa nello *Strafgesetzbuch* tedesco (testo vigente al 1° marzo 2020)

§ 32 StGB “Legittima difesa” (“ <i>Notwehr</i> ”)	§ 33 StGB “Eccesso di legittima difesa” (“ <i>Überschreitung der Notwehr</i> ”)
(1) Chi commette un fatto consentito dalla legittima difesa non agisce anti giuridicamente. (2) La legittima difesa è la difesa necessaria per respingere da sé o da altri un’aggressione attuale ed anti giuridica.	(1) Non sarà punito l’autore che ecceda i limiti della legittima difesa a causa di turbamento, paura o panico.

2.1. La scriminante di legittima difesa del § 32 StGB

La causa di giustificazione denominata “*Notwehr*” (letteralmente: “difesa di necessità”) è contemplata dal § 32 StGB, norma composta da due commi, di cui il primo sancisce espressamente – con ciò differenziandosi dal testo punitivo italiano¹⁴⁹ – la natura giuridica di *Erlaubnisnorm*, dunque di clausola di esclusione dell’anti giuridicità. Si ritiene peraltro dogmaticamente funzionale scomporre la suddetta in tre pilastri ermeneutici, da analizzare separatamente, dati dall’aggressione anti giuridica attuale (il “*se*” [*das “Ob”*]) della legittima difesa), dalla reazione difensiva necessitata (il “*come*” [*das “Wie”*]), ed infine dal presupposto – soggettivo, a differenza dei primi due – dell’*animus defendendi*/volontà difensiva (“*Verteidigungswille*”)¹⁵⁰.

in *Heintschel-Heinegg Kommentar Strafgesetzbuch*, 40^a ed., 2018, rn. 1 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a ed., Berlino, 1991, p. 377 ss.; H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 334 ss.; U. KINDHÄUSER, § 32 StGB, cit., rn. 1 ss.; M. KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlino, 1997, p. 265 ss.; H. KORIATH, *Einige Gedanken zur Notwehr*, cit., p. 361 ss.; V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6^a ed., Stuttgart, 2016, p. 201 ss.; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 131 ss.; A. MONTENBRUCK, *Thesen zur Notwehrrecht*, Heidelberg, 1983; H. OTTO, *Rechtssverteidigung und Rechtsmißbrauch im Strafrecht*, in *Festschrift für Thomas Würtenberger*, Berlin, 1977, p. 129 ss.; W. PERRON, § 32 StGB, cit., rn. 1 ss.; I. PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3^a ed., Baden Baden, 2016, p. 229 ss.; K. ROGALL, § 32 StGB, in *Systematischer Kommentar Strafgesetzbuch*, 9^a ed., Band 1, 2017, rn. 1 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 650 ss.; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, p. 17 ss.; E. SCHMIDHÄUSER, *Die Begründung der Notwehr*, cit., p. 97 ss.; R. SENGBUSCH, *Die Subsidiarität*, cit., p. 3 ss.; G. SPENDEL, § 32 StGB, in *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 11^a ed., Band 2, 2003, rn. 1 ss.; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 151 ss.; F. ZIESCHANG, § 32 StGB, in *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 12^a ed., Band 2, 2011, rn. 1 ss.

¹⁴⁹ Che all’art. 52 c.p. utilizza invece la – dogmaticamente meno univoca – espressione “non è punibile”.

¹⁵⁰ Così, per tutti, U. KINDHÄUSER, § 32 StGB, cit., rn. 1.

2.1.1. L'aggressione antigiuridica attuale ("Notwehrlage")

Il primo polo oggettivo della *Notwehr* tedesca, in analogia alla legittima difesa italiana, è l'aggressione antigiuridica, la quale deve essere altresì attuale ("gegenwärtiger rechtswidriger Angriff").

Principiando dalla connotazione antigiuridica ("Rechtswidrigkeit"), talune divergenze sono sorte nella dottrina d'oltralpe relativamente all'esegesi della stessa, sebbene (come in Italia) l'opinione maggioritaria sia quella per cui l'antigiuridicità consisterebbe nella contrarietà all'ordinamento giuridico della condotta. L'agredito, pertanto, non dovrebbe legalmente tollerare il pericolo di lesione di uno o più beni giuridici derivante da suddetta condotta, sostanziandosi l'antigiuridicità in un disvalore sia di azione ("Handlungsunwert"), che eventualmente di evento ("Erfolgsunwert")¹⁵¹. Vi è però una dissenziente opinione minoritaria¹⁵², secondo cui sarebbero altresì antigiuridiche quelle condotte connotate da un mero disvalore di evento, come ad es. quella di un automobilista circolante nel pieno rispetto delle norme stradali, contro il quale un passante – il quale attraversasse la strada in violazione del semaforo rosso, rischiando di essere investito – potrebbe agire in legittima difesa: suddetta tesi non è tuttavia condivisibile, ponendosi in chiaro contrasto con la *ratio* (sia personalistica che pubblicistica) della legittima difesa, e con il concetto stesso di aggressione ("Angriff")¹⁵³. Dal lato opposto, un'opzione esegetica estremamente restrittiva del concetto di "aggressione antigiuridica" ritiene che siffatta condotta, oltre a non dover essere autorizzata dal diritto, deve altresì presentare un coefficiente di colpevolezza (dunque essere anche "schuldhaft")¹⁵⁴: ciò è però in insanabile contrasto con la formulazione del § 32 StGB, che richiede unicamente l'antigiuridicità dell'aggressione, senza poi considerare le insuperabili criticità derivanti dal fatto che la non colpevolezza può essere accertata solo a posteriori¹⁵⁵.

L'aggressione ingiusta, come sostanzialmente in ogni ordinamento giuridico che contempla l'istituto, dovrà essere poi attuale ("gegenwärtig"), concetto che la dottrina¹⁵⁶ e – seppur non espressamente – la giurisprudenza

¹⁵¹ Sostenitori di tale orientamento, tra i tanti, V. ERB, § 32 StGB, cit., rn. 36 ss.; A. GÜNTHER, § 32 StGB, cit., m. 27; U. KINDHÄUSER, § 32 StGB, cit., m. 61 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 661 ss.

¹⁵² U. EBERT, *Strafrecht*, cit., p. 75; G. GEILEN, *Notwehr und Notwehrexzess*, cit., p. 256 ss.; G. SPENDEL, § 32 StGB, cit., m. 60 ss.

¹⁵³ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 661 ss., sottolinea come, tra le due *rationes* dell'istituto, sia la difesa del Diritto quella mancante nel caso di specie (ove il supposto aggressore agisca nel pieno rispetto delle norme).

¹⁵⁴ In tal senso W. KARGL, *Die intersubjektive Begründung*, cit., p. 60; M. PAWLIK, *Die Notwehr*, cit., p. 265. Sostiene invece invece l'esclusione dell'antigiuridicità solo qualora ci si trovi dinanzi ad una "non colpevolezza evidente" G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 383 ss.

¹⁵⁵ R. FELBER, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., p. 62 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 663 ss.

¹⁵⁶ V. ERB, § 32 StGB, cit., m. 104; A. GÜNTHER, § 32 StGB, cit., m. 65; U. KINDHÄUSER, § 32 StGB, cit., m. 50; W. PERRON, § 32 StGB, cit., m. 27; H. OTTO, *Gegenwärtiger*

za¹⁵⁷ d'oltralpe ritengono, in modo quasi unanime, indicativo di tre diversi stadi di evoluzione temporale del conflitto¹⁵⁸:

1. l'aggressione incumbente/imminente (“*unmittelbar bevorsteht*”);
2. l'aggressione in corso (“*gerade stattfindet*”);
3. l'aggressione perdurante (“*noch andauert*”).

Detta suddivisione, tuttavia, non offre soluzioni ai nodi problematici principali relativi alla determinazione in concreto dell'attualità dell'aggressione, dati dalla prospettiva (*ex ante/ex post*, soggettiva/oggettiva) da adottare ai fini dell'accertamento della sussistenza del pericolo, e in aggiunta dai criteri per stabilire quando l'aggressione può dirsi iniziata (cioè incumbente), e quando ritenersi terminata (cioè non più perdurante).

Partendo dalla prima questione, la più recente giurisprudenza del BGH pare essersi orientata, dopo aver oscillato in passato tra l'adozione di una prospettiva *ex ante* secondo lo standard oggettivo del ragionevole osservatore (che tiene conto della limitatezza delle capacità cognitive dell'agredito)¹⁵⁹, e l'accoglimento di un parametro di valutazione *ex post* (che tende a ridurre i rischi di sovrapposizione con la scriminante putativa, ed a garantire al supposto aggressore la possibilità di agire in legittima difesa)¹⁶⁰, verso l'accoglimento della prospettiva *ex post*¹⁶¹.

Passando all'ulteriore criticità data dall'elaborazione di congrui – ai fini della sicurezza giuridica – parametri per la determinazione del momento in

Angriff (§ 32 StGB) und gegenwärtige Gefahr (§§ 34, 35, 249, 255 StGB), in *Jura*, 1999, p. 552 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 665; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 63. T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., nn. 17 ss. identifica, analogamente, il suddetto requisito con «il rischio immediato di lesione del bene giuridico», rilevando altresì come «l'aggressione rimane attuale fino a quando il pericolo di lesione giuridica, o di aggravamento della stessa, perdura».

¹⁵⁷ V. BGH, 27 agosto 1989 – 1 StR 327/03, in *NStZ-RR*, 2004, p. 10; BGH, 11 luglio 1986 – 3 StR 269/86, in *NStZ*, 1987, p. 20.

¹⁵⁸ Come consueto per questa parte dello studio dedicata alla trattazione dei diversi impianti normativi contemplati dagli ordinamenti giuridici selezionati, l'analisi giurisprudenziale, e soprattutto teorico-dogmatica, non sarà piena, rimandando al Cap. IV per l'approfondimento specifico degli aspetti ritenuti maggiormente densi di criticità, e dunque tali da poter suggerire delle direttrici di riforma.

¹⁵⁹ Propendono per tale soluzioni, tra gli altri, V. ERB, § 32 *StGB*, cit., nn. 104; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 93 ss.; H.J. RUDOLPHI, *Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 381 ss.

¹⁶⁰ Caldeggiano siffatta opzione ermeneutica, tra i più autorevoli, A. GÜNTHER, § 32 *StGB*, cit., nn. 65; K. KÜHL, *Angriff und Verteidigung bei der Notwehr* (I), in *Jura*, 1993, p. 57; R. SENGBUSCH, *Die Subsidiarität*, cit., p. 202 ss.

¹⁶¹ Sostengono infatti che, ai fini del ravvisare l'attualità del pericolo/aggressione «occorre riferirsi alla concreta situazione di fatto», e che «non sono decisivi i timori dell'agredito, bensì le intenzioni dell'aggressore e l'effettivo pericolo di una lesione di un bene giuridico», BGH, 25 gennaio 2017 – 1 StR 588/16, in *NStZ-RR*, 2017, p. 168 ss.; BGH, 24 novembre 2016 – 4 StR 235/16, in *NStZ-RR*, 2017, p. 38 ss.

cui l'aggressione, intesa come pericolo per i beni giuridici dell'agredito, è incombente/imminente, va innanzitutto precisato come né la dottrina, né (al di là delle apparenze) la giurisprudenza siano pervenute ad una soluzione condivisa¹⁶².

Sono al riguardo emerse tre principali opzioni ermeneutiche nel panorama accademico tedesco. La prima teoria, senz'altro minoritaria, rimanda alla soglia iniziale di rilevanza del tentativo (di cui al § 22 StGB), determinata nel codice penale tedesco mediante il criterio dell'inizio dell'esecuzione¹⁶³. Viene dunque proposto di considerare "incombenti" quelle condotte aggressive che sono pervenute a un livello tale di vicinanza alla consumazione, da poter essere inquadrate come tentativo di reato ai sensi del § 22 StGB¹⁶⁴: secondo la formula adottata, l'aggressione va considerata "imminente", e dunque attuale, quando "senza ulteriori atti intermedi" ("*Zwischenakte*"), «la condotta dell'agente sia arrivata ad uno stadio tale da poter sfociare direttamente nella lesione del bene giuridico»¹⁶⁵. Una seconda opzione ermeneutica, all'opposto, tende ad ampliare notevolmente il concetto di imminenza dell'aggressione, ritenendola sussistente ogni qualvolta la stessa raggiunge uno stadio temporale successivamente al quale la reazione difensiva non potrebbe essere più efficace, o comunque perderebbe di efficacia rispetto allo scopo di neutralizzare qualunque lesione al bene giuridico in pericolo ("*Effizienzlösung*") "teoria [lett.: soluzione] dell'efficacia"¹⁶⁶.

Taluni studiosi hanno però criticato entrambe le tesi, la prima (quella del tentativo) in quanto incongruamente restrittiva del diritto dell'agredito di tutelare i propri beni giuridici, posto che la *ratio* dell'istituto del tentativo – stabilire la soglia d'inizio della rilevanza penale di una condotta – è ben diversa da quella della legittima difesa, ed in particolare da quella individualistica di tutela dei beni giuridici dell'agredito¹⁶⁷. Oggetto di obiezione è stata però anche la tesi dell'efficacia, cui è stata rimproverata l'incongrua assimilazione tra il concetto di aggressione e quello di "rischio", atteso che identificare l'imminenza dell'aggressione con la sussistenza di un qualsiasi rischio concreto per il bene giuridico significa andare ben oltre l'esegesi più estensiva ammissibile del concetto di *Angriff*¹⁶⁸. Anche sotto un profilo poli-

¹⁶² Autorevolmente rileva C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 665, come la questione «non sia stata sino ad ora risolta in modo chiaro».

¹⁶³ V. sul punto, tra le pubblicazioni in lingua italiana, F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., p. 90 ss.

¹⁶⁴ A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn 14; A. GÜNTHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 70; D. LUDWIG, *Gegenwärtiger Angriff, drohende und gegenwärtige Gefahr im Notwehr- und Notstandsrecht*, Frankfurt am Main, 1991, p. 101 ss.

¹⁶⁵ Così A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 14.

¹⁶⁶ Tra i principali sostenitori U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 52; E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2^a ed., Tübingen, 1975, p. 350 ss.

¹⁶⁷ In tal senso C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 666.

¹⁶⁸ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 114.

tico-criminale, peraltro, si è criticata l'eccessiva connotazione preventiva che l'istituto *de quo* assumerebbe accogliendo siffatta impostazione, consentendo di reagire all'agredito in situazioni – quali la scoperta di un piano per aggredirlo dopo alcune ore – nelle quali il privato potrebbe, e prima ancora dovrebbe, rivolgersi alle pubbliche autorità¹⁶⁹.

Si è dunque proposta una terza opzione dogmatica, intermedia, in virtù della quale una condotta è da considerare aggressione imminente non solo ove già integri gli estremi del tentativo punibile, bensì anche qualora consista in quegli atti preparatori immediatamente precedenti la soglia della punibilità, già caratterizzati da un rischio concreto di lesione del bene giuridico¹⁷⁰. Per concretizzare meglio il concetto, si è fatto l'esempio di una tipica aggressione all'incolumità fisica, nella quale le mere minacce verbali di regola non dovrebbero costituire aggressione imminente: quest'ultima invece sarebbe ravvisabile a partire dal primo atto fisico di "apertura delle ostilità", come l'avvicinarsi a distanza di combattimento, soprattutto se con un oggetto contundente in mano¹⁷¹. Suddetta impostazione pare altresì accolta dalla giurisprudenza di legittimità, che peraltro segue un'impostazione per lo più casistica, tale da applicare concretamente in modo non coerente i principi pur in astratto affermati, e criticata per un supposto *vulnus* al principio di sicurezza giuridica¹⁷². Uno dei concetti maggiormente richiamati dal BGH, in tal contesto, è invero quello della "situazione minacciosa" ("*bedrohliche Lage*") per l'agredito, la cui causazione da parte dell'aggressore sarebbe un chiaro indice dell'imminenza dell'aggressione¹⁷³: trattasi, in effetti, di nozione altamente elastica.

In tema di cessazione dell'attualità si è poi affermato, in dottrina, che l'aggressione dura fin quando l'evento aggressivo ("*der Angriffserfolg*") si espande, si intensifica o è da temere una ripetizione dello stesso¹⁷⁴. Il BGH, condividendo nella sostanza tale tesi, ha quindi affermato che l'attualità dell'aggressione viene meno qualora quest'ultima venga totalmente respinta, abbandonata o definitivamente conclusa¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Con siffatte cadenze si esprime C. ROXIN, *Von welchem Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus?*, in *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio, 1985, p. 141.

¹⁷⁰ H. OTTO, *Gegenwärtiger*, cit., p. 552; W. PERRON, § 32 *StGB*, cit., m. 14; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 666.

¹⁷¹ Così C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 666.

¹⁷² C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 123.

¹⁷³ Tra le più recenti pronunce v. in particolare BGH, 1 febbraio 2017 – 4 StR 635/16, in *StV*, 2018, p. 730 ss.; BGH, 25 aprile 2013 – 4 StR 551/12, in *NSiZ-RR*, 2013, p. 369 ss.

¹⁷⁴ T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., m. 18; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., m. 53.

¹⁷⁵ BGH, 11 luglio 1986 – 3 StR 269/86, cit., secondo la quale «*beendet ist ein Angriff erst, wenn er fehlgeschlagen ist, endgültig durchgeführt wurde oder aufgegeben ist*».

2.1.2. La reazione difensiva necessitata (“Notwehrhandlung”)

Una volta delineati i punti cardine del diritto vivente tedesco in materia di aggressione attuale quale primo polo della legittima difesa, occorre quindi trattare dell'altro polo, e cioè la condotta difensiva necessitata, in relazione alla quale occorrerà approfondire il centrale requisito della necessità della reazione (“*Erforderlichkeit*”), e altresì quello delle limitazioni etico-sociali rilevanti ai fini dell'ammissibilità (“*Gebotenheit*”) della condotta già qualificata come necessaria.

2.1.2.1. La necessità della condotta difensiva (“*Erforderlichkeit*”)

L'indiscutibile colonna portante dell'architettura normativa della clausola scriminante di cui al § 32 StGB è costituita dalla necessità (“*Erforderlichkeit*”) della reazione difensiva.

In assenza di un vincolo normativo – salvo quanto si dirà sulla *Gebotenheit* – di proporzionalità della difesa all'aggressione, il requisito della necessità è da sempre il principale limite ad una strumentalizzazione sanzionatoria, preventiva e/o vendicativa dell'istituto. Particolarmente cospicua, al riguardo, è stata l'elaborazione dogmatica della dottrina e – pur in misura minore – della giurisprudenza, riguardante soprattutto i seguenti aspetti della *Erforderlichkeit*: a) il parametro temporale-personale da adottare – similmente a quanto visto per l'attualità – ai fini del riscontro della sussistenza della necessità; b) l'idoneità (“*Geeignetheit*”) della difesa alla neutralizzazione o limitazione della lesione; ed infine c) la determinazione dei criteri per individuare il “mezzo di difesa efficace relativamente meno lesivo”, da decenni individuato quale fulcro del concetto di condotta difensiva necessitata¹⁷⁶.

a) *Il parametro temporale-personale per il riscontro della necessità difensiva.* Così come per l'attualità dell'aggressione, pure per la necessità della reazione difensiva si pone la medesima esigenza di optare per una prospettiva *ex post* o *ex ante* e, nel caso si adotti la seconda, di determinare il criterio personale d'elezione (oggettivo, “soggettivo-onnisciente” o “soggettivo-ragionevole”).

Anche per la necessità la preferibile tesi, sostenuta compattamente dalla recente giurisprudenza¹⁷⁷ è quella che propende per l'adozione della prospettiva *ex ante*, e del parametro oggettivo dell'osservatore ragionevole (“*beson-*

¹⁷⁶ Così, *ex multis*, A. ENGLÄNDER, § 32 StGB, cit., m. 27 ss.; V. ERB, § 32 StGB, cit., m. 129 ss.; T. FISCHER, § 32 StGB, cit., m. 32 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 392 ss.; U. KINDHÄUSER, § 32 StGB, cit., m. 88 ss.; W. PERRON, § 32 StGB, cit., m. 34 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 674 ss.; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, p. 264 ss.; H.J. RUDOLPHI, *Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 389 ss.

¹⁷⁷ V., tra le sentenze più significative degli ultimi anni, BGH, 8 giugno 2016 – 5 StR 564/15, in *NstZ*, 2017, p. 276 ss.; BGH, 26 novembre 2013 – 3 StR 331/13, in *StV*, 2014, p. 337 ss.

nener *Drittbeobachter*”), impostazione caldeggiata altresì da un importante settore dottrinale¹⁷⁸.

La tesi per cui la sussistenza della necessità difensiva andrebbe determinata *ex post* è stata, con l’eccezione di alcune isolate sentenze non recenti¹⁷⁹, quasi concordemente rifiutata, ritenendosi in contrasto con la natura prognostica del requisito in commento: una volta attestata la sussistenza di un’aggressione ingiusta ed attuale, l’agredito si trova in una situazione in cui deve decidere come reagire in base agli elementi conoscitivi a disposizione in quel momento, non sempre coincidenti con quelli poi ravvisati *ex post*¹⁸⁰.

Altro orientamento non condivisibile, pur sostenuto da una pluralità di voci accademiche¹⁸¹, è quello per cui occorrerebbe valutare la sussistenza della necessità in prospettiva *ex ante*, tenendo però conto di tutte le circostanze presenti al momento della condotta difensiva (“osservatore onnisciente”). A tale tesi, non accolta dalla giurisprudenza, è stato persuasivamente obiettato che la stessa si espone alle medesime obiezioni viste per la tesi della prospettiva *ex post*, rinviando al punto di vista di un irrealista osservatore “divino” al corrente di ogni possibile circostanza¹⁸².

Ultimo orientamento, seppur estremamente minoritario¹⁸³, è quello per cui andrebbe adottata un’ottica pienamente soggettiva, assumendo il punto di vista del soggetto agente, la quale non è però condivisibile posto che per ragioni sistematiche, e di *ratio* della scriminante, è doveroso ricondurre alla disciplina dell’erronea supposizione (alla quale si applicano le norme generali del § 16 StGB) errori, dovuti a percezioni meramente soggettive, sulle circostanze fattuali fondanti la necessità difensiva¹⁸⁴.

b) *L’idoneità* (“*Geeignetheit*”) *della difesa ai alla neutralizzazione o limitazione della lesione*. La giurisprudenza¹⁸⁵ e la prevalente dottrina¹⁸⁶ d’oltralpe

¹⁷⁸ Tra i più autorevoli penalisti d’oltralpe a favore di tale opzione ermeneutica, v. V. ERB, § 32 StGB, cit., rn. 130; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 678; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 232 ss.; H.J. RUDOLPHI, *Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 388; C. SCHRÖDER, *Angriff, Scheinangriff und die Erforderlichkeit der Abwehr vermeintlich gefährlicher Angriffe*, in *JuS*, 2000, p. 240 ss.; R. SENGBUSCH, *Die Subsidiarität*, cit., p. 208 ss.

¹⁷⁹ BGH, 9 maggio 2001 – 3 StR 542/00, in *NStZ*, 2001, p. 530 ss.; BGH, 12 marzo 1997 – 3 StR 627/96, in *NStZ*, 1997, p. 402 ss.

¹⁸⁰ In tal senso, tra gli altri, V. ERB, § 32 StGB, cit., rn. 130; W. GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, in *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, 1979, p. 179.

¹⁸¹ A. ENGLÄNDER, § 32 StGB, cit., rn. 24 ss.; G. GEILEN, *Notwehr und Notwehrexzess*, cit., p. 315; W. MITSCH, *Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe*, in *JA*, 1989, p. 87; W. PERRON, § 32 StGB, cit., rn. 34.

¹⁸² C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 227.

¹⁸³ U. BORN, *Die Rechtfertigung der Abwehr vorgetäuscher Angriffe*, Spardorf, 1984, p. 151 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 392.

¹⁸⁴ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 228.

¹⁸⁵ OLG Düsseldorf, 15 ottobre 1993 – 2 Ws 214/93, in *NstZ*, 1994, p. 343 ss. Trattasi dell’unico caso in cui la necessità difensiva sia stata negata in sede giudiziaria per la mancanza di idoneità della condotta posta in essere dall’agredito.

¹⁸⁶ V. anzitutto l’approfondimento *ad hoc* di G. WARDA, *Die Eignung der Verteidigung*

ritengono che la reazione all'aggressione, oltre a non dover superare una "soglia superiore" di necessità al di sopra della quale si configurerebbe un potenziale eccesso (§ 33 StGB), non deve neanche scendere sotto una "soglia inferiore" di idoneità ("*Geeignetheit*") al conseguimento delle finalità difensive. Questo requisito è stato ragionevolmente inteso in senso lato, ritenendosi sussistente l'idoneità difensiva ogni qualvolta la condotta – sempre valutata *ex ante* – appare adeguata a neutralizzare completamente, ostacolare, interrompere o attenuare le conseguenze lesive dell'aggressione ingiusta¹⁸⁷. Un settore dottrinale minoritario tuttavia, partendo da presupposti ideologici "pubblicistici", ha ritenuto criticabile l'esigibilità del requisito, non potendosi addossare all'agredito, che con la sua difesa tutela altresì il Diritto in quanto tale, un obbligo di rinunciare a qualunque reazione qualora questa appaia in assoluto senza speranza¹⁸⁸. Si è però replicato, a tal riguardo, che la previsione di cui al § 32 StGB non garantisce alcun "diritto di resistenza" ("*Widerstandsrecht*") contro aggressioni anti giuridiche, bensì solo il diritto di adottare tutti i mezzi necessari per contrastare queste ultime, prescrivendo pertanto un rapporto di strumentalità tra condotta e finalità difensiva incompatibile con l'ammissibilità di reazioni prive di qualunque idoneità alla tutela dei beni giuridici in pericolo¹⁸⁹.

c) *La determinazione dei criteri per individuare il «mezzo di difesa efficace relativamente meno lesivo»*. La giurisprudenza tedesca è da tempo graticata nell'affermare che, a fronte di un'aggressione ingiusta, una condotta difensiva è giustificata «quando la stessa si traduce in una immediata e definitiva difesa dall'aggressione, e viene scelto il meno lesivo mezzo di difesa disponibile nella concreta situazione»¹⁹⁰. Questa impostazione è pienamente conforme al fondamento ideologico personalistico del diritto di legittima difesa qui accolto, sancendo il principio che la lesività della reazione nei confronti dell'aggressore vada – ai fini della giustificazione – circoscritta nei limiti di

als Rechtfertigungs element bei der Notwehr, in *Jura*, 1990, p. 344 ss. Tra gli altri v., tra i più autorevoli, A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 25 ss.; T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 28 ss.; A. GÜNTHER, § 32, cit., rn. 92; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 392 ss.; W. PERRON, § 32 *StGB*, cit., rn. 35; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 674 ss.; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 250 ss.

¹⁸⁷ In tal senso A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 25, che cita come esempio di condotta difensiva idonea quella della vittima di un'aggressione sessuale violenta che, pur in condizioni di estrema inferiorità fisica rispetto all'aggressore, tenta in tutti modi di graffiarlo o morderlo (con ben poche speranze che ciò produca un effetto dissuasivo).

¹⁸⁸ Così V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 130, secondo il quale (traduzione non letterale): «nel conflitto per la tutela di un bene giuridico individuale contro un'aggressione ingiusta ed attuale non è in principio applicabile la logica di un'analisi costi-benefici». Condivide nella sostanza la medesima opinione anche H. ALWART, *Zum Begriff der Notwehr*, in *JuS*, 1996, p. 953 ss.

¹⁸⁹ A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 26.

¹⁹⁰ Così, espressamente, BGH, 3 giugno 2015 – 2 StR 473/14, in *StV*, 2016, p. 281 ss., e analogamente BGH, 8 giugno 2016 – 5 StR 564/15, cit.

quanto necessario ad un'effettiva tutela dei beni giuridici dell'agredito¹⁹¹.

Particolarmente ardua, e densa di criticità, si è rivelata tuttavia la concretizzazione di tale principio astratto nella realtà concreta dei casi sottoposti al vaglio giudiziario: trattasi, del resto, di uno dei nodi problematici centrali dell'analisi teorica sulla legittima difesa in quanto tale, posto che il requisito della necessità ne rappresenta, in qualunque ordinamento democratico, il nucleo irrinunciabile¹⁹². Limitandosi quindi agli aspetti salienti della prassi applicativa, va rilevato che si è anzitutto limitato – in astratto – il novero degli eventuali mezzi tra cui scegliere il meno lesivo ai soli mezzi di difesa dotati, secondo una delicata valutazione *ex ante*, della massima efficacia nel neutralizzare il pericolo di lesione giuridica dell'agredito derivante dall'aggressione: viene negato, dunque, un obbligo della vittima di doversi avvalere di strumenti potenzialmente meno lesivi per l'aggressore qualora gli stessi appaiano (ad un osservatore ragionevole) meno efficaci in ottica difensiva¹⁹³. Ove residuino, all'esito degli accertamenti processuali, incertezze valutative in ordine alla potenziale efficacia difensiva e/o lesività del mezzo impiegato, secondo il BGH andrebbe – condivisibilmente – applicato il principio "*in dubio pro reo*"¹⁹⁴.

Altro aspetto rilevante della prassi applicativa in materia è la pacifica esclusione – diversamente che nella giurisprudenza italiana – di un generale obbligo di "difesa passiva" ("*Trutzwehr*")¹⁹⁵, includendo in tale concetto i tentativi di "*placare*" ("*abwiegeln*") l'aggressore, cedere alle sue richieste, o fuggire¹⁹⁶.

Particolare importanza, vista la frequenza applicativa, assume poi la c.d. "dottrina dell'utilizzo per gradi" ("*Stufenlehre*") delle armi quali strumenti difensivi¹⁹⁷. Tale orientamento, seguito dal *Bundesgerichtshof* sin dagli anni

¹⁹¹ In senso analogo si esprime A. KAUFMANN, *Zum Stande der Lehre von personalen Unrecht*, in *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin, 1974, p. 401 ss., parlando di "principio di minimizzazione" ("*Erforderlichkeit/Minimierungsprinzip*"). Cfr. anche V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 129; H.J. RUDOLPHI, *Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 389.

¹⁹² Lo stesso, infatti, verrà trattato estensivamente *infra*, Cap. IV, §§ 4.2. ss.

¹⁹³ U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 91. In giurisprudenza, da ultimo, v. BGH, 1 aprile 2014 – 5 StR 134/14, in *NSiZ*, 2015, p. 151 ss.

¹⁹⁴ BGH, 5 ottobre 1990 – 2 StR 347/90, in *NJW*, 1991, p. 438 ss.

¹⁹⁵ In tal senso BGH, 10 ottobre 1985 – 4 StR 454/85, in *NSiZ*, 1986, p. 162 ss.; BGH, 25 novembre 1980 – 1 StR 563/80, in *NSiZ*, 1981, p. 138 ss. Si tenga presente che, analogamente a quanto accaduto in Italia ed in altri ordinamenti, la giurisprudenza tedesca più risalente distingueva, relativamente alla fuga, tra fuga "onorevole" e "disonorevole" ("*schimpfliche*"), escludendo la necessità in presenza di un'opportunità di fuga tale da preservare l'onore dell'agredito: v. ad es., tra le meno risalenti, BGH, 2 ottobre 1953 – 3 StR 151/53, in *NSiZ*, 1991, p. 32 ss.

¹⁹⁶ U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 95; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 680.

¹⁹⁷ V. soprattutto l'ampio approfondimento di recente operato al riguardo da C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 276 ss. Cfr. anche T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 23.

'70 del secolo scorso¹⁹⁸, prevede stringenti condizioni ai fini della considerazione come “necessarie” di condotte difensive realizzate mediante l'uso di “armi letali” (“*lebensgefährliche Waffe*”, in particolare armi da taglio e da sparo)¹⁹⁹. È difatti imposto, al reagente aggredito, per procedere all'utilizzo dell'arma diretto a zone vitali, una sorta di “onere di preavviso”: nel caso specifico delle armi da fuoco, occorrerebbe quindi in primo luogo minacciarne il possibile impiego, poi sparare un colpo in aria, successivamente sparare contro zone non vitali (es.: gambe) dell'aggressore, e solo come ultima ed *extrema ratio* indirizzare il proiettile verso zone vitali (es: torace)²⁰⁰. Salvo approfondire nel prosieguo²⁰¹ le criticità ermeneutiche date dalla difficile compatibilità di questa dottrina con le esigenze di effettività della difesa, va evidenziato un recente filone giurisprudenziale che – valorizzando la difficile situazione in cui spesso gli aggrediti si trovano a dover agire – ha temperato la tradizionale rigidità della “*Stufenlehre*”. Il BGH ha difatti affermato che «vista la non calcolabilità del rischio derivante da una condotta difensiva inidonea, non è congruo pretendere dall'aggredito una eccessiva diligenza in ordine alla decisione se minacciare o meno l'utilizzo dell'arma prima di adoperarla in concreto»²⁰².

Da ultimo, va ribadito che la costante giurisprudenza²⁰³, e la prevalente dottrina²⁰⁴, hanno negato che la proporzionalità tra difesa ed aggressione costituisca un presupposto della sussistenza del requisito della necessità: tale opinione è stata per lo più fondata sul principio di salvaguardia/affermazione del diritto (“*Rechtswahrspruchsprinzip*”). In virtù del *Rechtswahrspruchsprinzip*²⁰⁵, indipendentemente dal minor valore del bene giuridico leso dalla reazione rispetto a quello messo in pericolo dall'aggressione, l'aggredito nell'opporvi all'aggressione antiggiuridica difenderebbe altresì il Diritto (cioè l'ordinamento giuridico) in quanto tale, il cui valore sarebbe sempre superiore finanche rispetto a quello della vita dell'aggressore²⁰⁶. Va data comunque menzione di

¹⁹⁸ A partire da BGH, 12 dicembre 1975 – 2 StR 451/75, in *NJW*, 1976, p. 634 ss.

¹⁹⁹ Tra i più recenti arresti ribadenti la “*Stufenlehre*” v. in particolare BGH, 13 settembre 2017 – 2 StR 188/17, cit.; BGH, 8 giugno 2016 – 5 StR 564/15, in *NSiZ*, 2017, p. 276 ss.

²⁰⁰ BGH, 13 settembre 2017 – 2 StR 188/17, cit.

²⁰¹ V. *infra*, Cap. IV, § 4.3.3.

²⁰² BGH, 8 giugno 2016 – 5 StR 564/15, cit. (traduzione non letterale).

²⁰³ BGH, 22 novembre 2000 – 3 StR 331/00, in *StV*, 2001, p. 568 ss.; BGH, 7 giugno 1983 – 4 StR 703/82, in *NSiZ*, 1983, p. 452 ss.

²⁰⁴ Tra i più autorevoli v. V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 129; T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 28; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 89; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 679. *Contra* invece K. BERNSMANN, *Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensdrohenden Angriffen*, in *ZStW*, 1992, p. 326 ss.; J. KASPAR, “*Rechtswahrung*” als Grundprinzip der Notwehr?, in *RW*, 2013, p. 59 ss.

²⁰⁵ Come già visto in precedenza (Cap. I, § 2) trattando delle tesi pubblicistiche avanzate in ordine al fondamento ideologico dell'istituto.

²⁰⁶ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 679.

una recente impostazione – in questa sede preferibile – per cui la stessa conclusione sarebbe giustificata comunque, in ottica individualistica, dalla necessità di tutela del bene giuridico individuale concretamente posto in pericolo dall'aggressione²⁰⁷.

2.1.1.2.2. *L'ammissibilità etico-sociale della difesa ("Gebotenheit")*

Si è appena visto che, secondo l'esegesi dominante, il § 32 StGB non contempla un generale principio di proporzione tra difesa ed aggressione, aggiuntivo rispetto a quello di "necessità"; oltre a ciò, si è escluso che dal requisito della "necessità difensiva" possa derivarsi un obbligo generale di fuga o di resa, pur quando tali condotte consentano di preservare al meglio i beni giuridici messi in pericolo. Sono però *in primis* gli stessi sostenitori della predetta impostazione a sostenere che in taluni casi estremi²⁰⁸ è congruo evitare le conseguenze etico-socialmente (e, prima ancora, costituzionalmente) aberranti di un diritto di autodifesa necessitata non vincolato al canone di proporzione²⁰⁹.

Le costellazioni di casi considerate a tale scopo sono state le seguenti:

- I) reazione "crassamente"/manifestamente sproporzionata rispetto ad un'aggressione tendenzialmente di minima entità, se non trascurabile;
- II) provocazione dell'agredito;
- III) aggressioni realizzate da soggetti incolpevoli o inimputabili;
- IV) aggressioni commesse nel contesto di "strette relazioni sociali" (coniugi, familiari, ecc.).

Secondo la tesi maggioritaria, il fondamento delle suddette sarebbe eminentemente normativo, prescrivendo il § 32/1 StGB che la condotta difensiva tale da integrare gli estremi di un illecito penale sia "ammessa"/"consentita" ("*geboten ist*")²¹⁰. Vi è però una minoritaria, pur nutrita, schiera di studiosi i quali ritengono che la menzione della *Gebotenheit* non può in alcun modo incidere sull'estensione funzionale del diritto di legittima difesa²¹¹, dovendosi intendere

²⁰⁷ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 458, il quale si avvale altresì (p. 455) dell'interessante argomento per cui statuire un generale principio di proporzione andrebbe a svantaggio degli aggrediti più deboli, i quali spesso – per difendere i propri beni giuridici in modo efficace – non avrebbero altro mezzo a disposizione se non l'uso di armi (si pensi invece ad un soggetto fisicamente prestante, aggredito senza armi da una persona di media corporatura: il primo tendenzialmente potrebbe tutelare i propri beni giuridici anche mediante l'uso di pugni o con altre modalità di regola "non letali").

²⁰⁸ Come quello celebre del soggetto paralitico che, non avendo altri mezzi difensivi efficaci a disposizione, spari mortalmente al giovane ladro che tenti di rubargli un frutto di minimo valore.

²⁰⁹ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 679.

²¹⁰ A. GÜNTHER, § 32 StGB, cit., m. 103; W. HASSEMER, *Die provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts*, in *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, 1979, p. 228; W. PERRON, § 32 StGB, cit., m. 44; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 683.

²¹¹ Tra i più importanti v. A. ENGLÄNDER, § 32 StGB, cit., m. 42; V. ERB, § 32 StGB,

come un “imperativo ipotetico” tale da rappresentare, nella sostanza, un inutile doppione della “necessità” (“*Erforderlichkeit*”) di cui al § 32/2²¹². I fautori dell'impostazione maggioritaria hanno però sottolineato²¹³, a tal proposito, che il legislatore del 1975 – come evidente dal testo dei lavori preparatori²¹⁴ – ha intenzionalmente deciso di non sopprimere il riferimento alla *Gebotenheit*, malgrado il progetto E 1962 aveva proceduto in tal senso, con il dichiarato intento di introdurre delle limitazioni etico-sociali all'ambito delle condotte difensive giustificate²¹⁵. Vi è però chi ha obiettato che, pur aderendo a quest'ultima tesi, la mancata specificazione delle limitazioni da parte del § 32/1 StGB comporta, in ogni caso, un potenziale *vulnus* al principio di legalità di cui all'art. 103/2 GG (*Grundgesetz*), sotto il profilo dell'indeterminatezza²¹⁶.

Da uno sguardo alle sentenze più recenti (dal 2010 in poi) della giurisprudenza del BGH si evince che le quattro tipologie di casi appena elencate sono spesso ricorrenti nelle aule giudiziarie tedesche: in particolar modo le ipotesi di crassa sproporzione tra reazione ed aggressione, e – ancora di più – quelle di provocazione dell'agredito.

In tutte queste ipotesi, peraltro, l'insegnamento giurisprudenziale è sempre che a fronte di un'aggressione di minima entità, determinata dalla provocazione dell'agredito, o da soggetto manifestamente incolpevole/in stretta relazione sociale con il reagente, l'agredito non dispone di quel medesimo “diritto di non cedere”, *ergo* di “opporsi all'ingiusto” che gli è di regola concesso nel sistema penale tedesco (in ossequio all'esigenza di riaffermazione della supremazia dell'ordinamento)²¹⁷. La *ratio* di suddette limitazioni è dunque agevolmente spiegabile, soprattutto nell'ottica del “*Rechtserhaltungsprinzip*”: di fronte ad un'aggressione provocata, insignificante, incolpevole, ecc., l'ordinamento viene normalmente leso in modo lieve, se non marginale, e dunque una reazione di elevata lesiva dell'aggressore comporterebbe globalmente un “danno sociale” superiore, ad esempio, rispetto a quello di una fuga tale da preservare l'agredito da ogni “lesione giuridica”²¹⁸.

cit., rn. 205; B. KOCH, *Prinzipientheorie*, cit., p. 785 ss.; D. KRATSCH, § 53 *StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, in *GA*, 1975, p. 65 ss.

²¹² V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 205.

²¹³ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 683.

²¹⁴ BT-Drucks, V/4095, p. 14.

²¹⁵ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 683.

²¹⁶ A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 42.

²¹⁷ Sebbene, come si è visto, la medesima ampiezza del diritto di autodifesa necessaria può essere altresì fondata su basi puramente – quanto meno maggioritariamente – personalistiche, considerando la condivisibile esigenza del soggetto aggredito ingiustamente nei suoi beni giuridici di limitare al massimo il rischio di lesione (dovendosi l'aggressore assumersi il rischio di un esito infausto del conflitto, quanto meno nei casi “ordinari” cui appunto le limitazioni etico-sociali in esame fanno eccezione), salvo il doveroso rispetto di determinati parametri costituzionali.

²¹⁸ Cfr. al riguardo le riflessioni di R. VAN RIENEN, *Die “sozialethischen” Einschränkungen*, cit., p. 303 ss.; C. ROXIN, *Die “sozialethischen Einschränkungen”*, cit., p. 75 ss.

Il BGH ha quindi recentemente concretizzato tale impostazione teorica statuendo che, a fronte di un'aggressione in via di esaurimento o comunque di minima consistenza, la "manifesta/crassa sproporzione" ("*grobes Missverhältnis*") della reazione difensiva esclude la scriminante del § 32 StGB²¹⁹, ed è dunque caratterizzata da piena illiceità penale²²⁰. Nei casi, ben più frequenti nella prassi applicativa tedesca, nei quali l'agredito abbia determinato l'aggressione per mezzo di una condotta *lato sensu* provocatoria, la Suprema Corte di Karlsruhe ha accolto poi un'impostazione teorica per cui l'originario provocatore dovrebbe allontanarsi dall'aggressore provocato, richiedere l'intervento delle autorità, oppure – qualora le prime due scelte implicassero seri rischi – limitarsi per quanto possibile ad una "difesa di contenimento" ("*Schutzwehr*", ad esempio con armi non letali): la "difesa aggressiva" ("*Trutzwehr*", ad esempio con l'uso di un'arma letale) gli sarebbe consentita solo come *extrema ratio*²²¹. Siffatto orientamento impone dunque all'agredito provocatore, nella sostanza, l'assunzione del rischio di subire lesioni a beni giuridici personali, in alternativa a quello di una condanna penale, rischio dal quale il diritto penale vivente tedesco, per converso, cerca di esimere – sussistendo taluni requisiti – l'agredito "innocente"²²². Trattando da ultimo della nozione di provocazione rilevante per la limitazione del diritto di autodifesa, il BGH ha accolto un'esegesi abbastanza ampia, e prescindente dall'elemento psicologico dell'agredito-provocatore: la provocazione sarà ravvisabile «qualora, in esito ad una valutazione razionale di tutte le circostanze del caso concreto, si può ritenere l'aggressione una conseguenza adeguata e prevedibile del comportamento *pflichtwidrig* dell'agredito»²²³.

2.1.3. La connotazione "soggettivistica" della disciplina del Notwehr e la disciplina (non normativa) dell'errore

Come già accennato, terzo presupposto (oltre all'aggressione antiggiuridica attuale, e alla reazione difensiva necessaria e "socio-eticamente" ammissibile) per l'applicazione della clausola scriminante del § 32 StGB è che in capo all'agredito reagente sia riscontrabile l'elemento soggettivo della causa di giustificazione ("*Subjektive Rechtfertigung*"), cioè la volontà difensiva ("*Verteidigungswille*")²²⁴.

²¹⁹ E di conseguenza della scusante ex § 33 StGB, richiedendo quest'ultima un superamento dei limiti della scriminante di legittima difesa, il quale difetta qualora la stessa non sia in alcun modo configurabile.

²²⁰ BGH, 27 ottobre 2015 – 3 StR 199/15, in *NSiZ*, 2016, p. 333.

²²¹ BGH, 25 marzo 2014 – 1 StR 630/13, in *NSiZ*, 2014, p. 451.

²²² Sia permesso nuovamente il rimando a F. Macri, *Uno studio comparatistico*, cit., p. 50.

²²³ Così BGH, 3 giugno 2015 – 2 StR 473/14, in *NSiZ*, 2016, p. 84.

²²⁴ Tra i tanti v., al riguardo, A. ENGLÄNDER, § 32 StGB, cit., rn. 63; V. ERB, § 32 StGB, cit., rn. 239 ss.; T. FISCHER, § 32 StGB, cit., rn. 25; A. GÜNTHER, § 32 StGB, cit., rn. 132; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 358 ss.; U. KINDHÄUSER, § 32 StGB, cit., rn. 143 ss.; W.

La volontà difensiva, tuttavia, pur designata correntemente come “*animus defendendi*”, secondo la giurisprudenza e la dottrina d’oltralpe non richiede che la condotta reattiva dell’agredito sia unicamente finalizzata alla difesa dall’aggressione, pur se al riguardo sono emersi due orientamenti esegetici differenziati²²⁵. Secondo una prima impostazione, sostenuta dalla dottrina maggioritaria, per la *Verteidigungswille* sarebbe sufficiente la consapevolezza in capo al reagente delle circostanze (aggressione ingiusta ed attuale, ecc.) fondanti la giustificazione, sussistendo la quale non occorrerebbe provare una – pur non esclusiva – finalità difensiva²²⁶. Una parte minoritaria della dottrina²²⁷, e la prevalente giurisprudenza tedesca ritengono invece che, pur non avendo efficacia preclusiva il concorrere di altre finalità (odio, vendetta, ecc.)²²⁸, ai fini dell’elemento soggettivo della scriminante *de quo* occorre che l’agente abbia agito con finalità difensiva, e che la stessa – pur non obbligatoriamente esclusiva – non sia tale da essere considerata “marginale”²²⁹. Nell’ipotesi in cui venga accertata, secondo uno dei due criteri appena esposti (in giurisprudenza tendenzialmente il secondo), l’insussistenza della volontà difensiva, in dottrina si è proposta l’applicazione – in caso di condotta dolosa²³⁰ – della disciplina sul tentativo²³¹, posta l’assenza di un disvalore oggettivo di condotta: siffatta soluzione, peraltro, pare non condivisa dalla giurisprudenza, che tende ad applicare in questi casi il reato doloso consumato *tout court*²³².

Passando poi alla disciplina della legittima difesa putativa (“*Putativnotwehr*”)²³³, va innanzitutto sottolineato che il codice penale tedesco non dedi-

MITSCH, *Tödliche Schüsse*, cit., p. 85 ss.; W. PERRON, § 32 *StGB*, cit., rn. 63; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 719; E. SCHMIDHÄUSER, *Die Begründung*, cit., p. 131.

²²⁵ Particolarmente approfondita sul punto è l’analisi di V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 240 ss.

²²⁶ *Ex plurimis* A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 63; V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 241; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 148; W. PERRON, § 32 *StGB*, cit., rn. 63; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 719.

²²⁷ Tra i fautori di siffatta opzione ermeneutica v., in particolare, T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 26; E. SCHMIDHÄUSER, *Die Begründung*, cit., p. 131.

²²⁸ BGH, 8 marzo 2000 – 3 StR 67/00, in *NSiZ*, 2000, p. 367 ss.

²²⁹ Tra le più recenti v. BGH, 31 gennaio 2007 – 1 StR 429/06, in *NSiZ*, 2007, p. 325 ss.; BGH, 6 ottobre 2004 – 1 StR 286/04, in *NSiZ*, 2005, p. 332 ss.

²³⁰ Qualora si trattasse di una condotta colposa, di converso, essendo nell’ordinamento tedesco (così come in quello italiano) non configurabile il tentativo di un reato colposo, il fatto sarebbe comunque non punibile: così, in particolare, A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 63.

²³¹ In tal senso ad es. si sono espressi A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 63; V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 239; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 149. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 719, nel dettaglio, propone l’applicazione della disciplina sul “tentativo impossibile” (“*untauglicher Versuch*”), agendo l’agredito nella non consapevolezza dell’esistenza di presupposti della scriminante oggettivamente esistenti.

²³² BGH, 31 gennaio 2007 – 1 StR 429/06, cit.

²³³ In relazione all’errore nella sola legittima difesa v., per tutti, A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 63; V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 244 ss.; T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 50a

ca alcuna norma specifica al tema dell'errore su una causa di giustificazione ("Erlaubnistatbestandsirrtum"): una previsione al riguardo era difatti sì prevista nel § 20/1 del progetto E 1962, assimilando tale errore (come in Italia avviene ex artt. 55/1 e 59/4 c.p.) a quello sul fatto di cui al § 16/1 StGB (escludente una punibilità dolosa)²³⁴, ma non è stata – per volontà espressa del legislatore²³⁵ – inserita nel testo finale del vigente codice del 1975.

In assenza di una regolamentazione normativa, la vigente disciplina della scriminante putativa è stata elaborata dalla giurisprudenza d'oltralpe, la quale ha altresì potuto avvalersi di diverse articolate teorie dogmatiche sviluppate dagli studiosi accademici²³⁶.

In relazione alla specifica ipotesi della legittima difesa putativa, va *in primis* evidenziato come di *Putativnotwehr* si possa parlare qualora il soggetto erri su uno qualunque dei presupposti della stessa, quali l'attualità dell'aggressione, la relativa minore lesività del mezzo difensivo prescelto (riguardo la necessità della reazione, ecc.): si tenga tuttavia presente che, alla luce della valutazione secondo il giudizio *ex ante* di un osservatore ragionevole dell'attualità del pericolo, e dell'idoneità e necessità della reazione difensiva, qualora l'apprezzamento errato di siffatti elementi da parte dell'agente sia da valutare come oggettivamente inevitabile secondo la prospettiva di un osservatore ragionevole, non si avrà una legittima difesa putativa, bensì si ravviserà una scriminante reale²³⁷.

La disciplina applicata dalla giurisprudenza²³⁸, e sulla quale concorda anche una nutrita corrente dottrinale²³⁹, è ispirata dalla c.d. "teoria limitata del-

ss.; U. KINDHÄUSER, § 32 StGB, cit., rn. 150; W. PERRON, § 32 StGB, cit., rn. 63; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 622 ss.

²³⁴ Sul punto v. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 622 ss.

²³⁵ Cfr. BT-Drucks, V/4095, p. 9.

²³⁶ Sul tema dell'erronea supposizione di scriminante in generale nell'ordinamento tedesco v., tra i tanti, S. CHRISTIAN, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum in der Falllösung*, in *JA*, 2016, p. 32 ss.; R.D. HERZBERG, *Erlaubnistatbestandsirrtums und Delikttaufbau*, in *JA*, 1989, p. 243 ss.; M. HEUCHEMER, *Die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums in der Klausur*, in *JuS*, 2012, p. 795 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 358 ss.; A. NIPPERT-C. TINKL, *Erlaubnistatbestandsirrtum? Auswirkungen der ex ante-bzw. ex-post-Beurteilung der Rechtsfertigungslage von § 32 und § 34 StGB*, in *JuS*, 2002, p. 964 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 622 ss.

²³⁷ "Echte Rechtfertigung": così V. ERB, § 32 StGB, cit., rn. 245, secondo il quale l'unica eccezione al riguardo è quella relativa alla sussistenza di un'aggressione antigiriudica in quanto tale, la quale andrebbe invece determinata *ex post*: al riguardo v. comunque la trattazione specifica nel Cap. IV, § 2.3.

²³⁸ BGH, 18 marzo 1952 – GSt 2/51, in *NJW*, 1952, p. 593 ss.; BGH, 6 giugno 1952 – 1 StR 708/51, in *NSiZ*, 2005, p. 1023 ss.

²³⁹ *Ex plurimis* v., tra i più autorevoli, A. ENGLÄNDER, § 32 StGB, cit., rn. 64; U. KINDHÄUSER, § 32 StGB, cit., rn. 150; R.D. HERZBERG, *Erlaubnistatbestandsirrtums*, cit., p. 243 ss.; J. HRUSCHKA, *Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils nach heutigem Strafrecht*, in *GA*, 1980, p. 1 ss.; W. PERRON, § 32 StGB, cit., rn. 63; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 626 ss.

la colpevolezza” (“*ingeschränkte Schuldtheorie*”), in virtù della quale ai casi di *Putativnotwehr* andrebbe applicata per analogia la previsione in materia di errore sul fatto di cui al § 16/1 StGB. Similmente a quanto accade nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 47 c.p., verrebbe quindi esclusa la punibilità per dolo del soggetto reagente per errore, e allo stesso si potrebbe unicamente ascrivere una responsabilità per reato colposo (ove previsto dal codice). Tra le altre proposte dogmatiche formulate sul tema²⁴⁰, va in questa sede segnalata la “teoria rigorosa della colpevolezza” (“*strenge Schuldtheorie*”)²⁴¹, l'unica in virtù della quale, nei casi di erronea supposizione di scriminante, andrebbe applicata *in toto* la disciplina dell'errore sul precetto di cui al § 17 StGB, simile a quella italiana (*ex art. 5 c.p. e Corte cost. n. 364/1988*) con l'eccezione della facoltativa attenuazione della pena per il delitto doloso (in caso di errore evitabile) contemplata dal § 17/2 StGB.

2.2. La scusante per i casi di eccesso “astenico” ex § 33 StGB

La previsione di cui al § 33 StGB, intitolata “Eccesso di difesa [legittima]” (“*Überschreitung der Notwehr*”), contempla la non punibilità per chiunque «eccede i limiti della legittima difesa a causa di turbamento, paura o panico»²⁴².

²⁴⁰ Tenendo presenta la rassegna autorevolmente proposta da C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 623 ss., oltre alle due teorie menzionate nel corpo del testo, le principali dottrine proposte sarebbero quella degli elementi negativi del fatto (“*Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*”), la teoria della colpevolezza incentrata sulle conseguenze giuridiche (“*rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie*”), e la (così definibile) “teoria della colpevolezza caratterizzata da autonome conseguenze giuridiche” (“*rechtsfolgen selbstständige Schuldtheorie*”). La prima, tipica dei sostenitori della concezione bipartita del reato, considerando l'assenza di cause di giustificazione quale elemento negativo dell'elemento oggettivo, non ha problemi a equiparare l'errore sulle suddette a quello sul fatto. La seconda giunge alla medesima conclusione ma mantiene in capo all'agente un agire doloso, punito però – ove evitabile e ove sussistente la fattispecie colposa – con le pene per il reato colposo, mantenendosi al contempo la punibilità a titolo doloso per l'eventuale concorrente. La terza teoria invece, sempre mantenendo l'assunzione di una responsabilità dolosa, arriva a creare nuove cornici edittali in caso di errore evitabile, con l'attenuante del § 49/2 StGB da applicare ai limiti sanzionatori della fattispecie dolosa.

²⁴¹ La teoria è stata sviluppata precipuamente dal grande penalista tedesco Hans Welzel: al riguardo v. in particolare H. WELZEL, *Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, in *NJW*, 1952, p. 564 ss.; H. WELZEL, *Diskussionsbemerkungen zum Thema “Die Irrtumsregelung im Entwurf”*, in *ZstW*, 1964, p. 619 ss.

²⁴² Nell'ampia letteratura tedesca in argomento v. in particolare A. ENGLÄNDER, § 33 StGB, in *Matt – Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., rn. 1 ss.; V. ERB, § 33 StGB, in *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., rn. 1 ss.; T. FISCHER, § 33 StGB, in *Fischer Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, cit., rn. 1 ss.; M. HEUCHEMER, § 33 StGB, in *Heintschel-Heinegg Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., rn. 1 ss.; U. KINDHÄUSER, § 33 StGB, in *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., rn. 1 ss.; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 427 ss.; G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, cit., p. 20 ss.; H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 490 ss.; T. MOTSCH, *Der straflose Notweherexzess*, cit., p. 18 ss.; W. PERRON, § 33 StGB, in *Schönke/Schröder Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., rn. 1 ss.; K. RO-

I limiti cui fa riferimento la norma sono dunque quelli appena visti del § 32 StGB, e cioè l'attualità dell'aggressione e la necessità (per sé o per altri) della reazione difensiva per respingere l'aggressione.

Relativamente alla qualificazione giuridica della clausola di esclusione della punibilità *de qua*, si ha una coincidenza di vedute dogmatiche di dottrina²⁴³ e giurisprudenza²⁴⁴ sulla natura di scusante della suddetta, fondata sull'inesigibilità di una condotta rientrante nei limiti del § 32 StGB in capo all'agredito.

Una discrepanza di opinioni dogmatiche, quanto meno in letteratura, è riscontrabile di converso sulla *ratio legis* della disposizione, confrontandosi a tal proposito due principali correnti di pensiero²⁴⁵: la teoria della "doppia riduzione della colpevolezza" ("*Theorie der doppelten Schuldinderung*")²⁴⁶, e quella della «inconciliabilità della punibilità dell'agredito con le finalità della pena» ("*Strafzweckerwägung*", d'ora in avanti: "teoria delle finalità della pena")²⁴⁷.

Secondo la teoria della doppia riduzione della colpevolezza il fondamento della non punibilità deriverebbe dalla considerazione della connotazione oggettiva e soggettiva della condotta dell'agredito, lasciandosi sullo sfondo le caratteristiche del comportamento dell'aggressore (poi vittima dell'eccesso). Si afferma invero che la colpevolezza viene decurtata sotto un duplice versante²⁴⁸: da un lato, ad opera delle emozioni asteniche, incidenti sul normale processo di formazione della volontà ("*normgemässen Willensbildung*"), ergo sulla "motivabilità secondo diritto", dell'agredito; dall'altro, in conseguenza della riduzione dell'antigiuridicità ("*Unrechtsminderung*") – con conseguenziale riduzione della colpevolezza – derivate dal fatto che la condotta dell'ag-

GALL, § 33 StGB, in *Systematischer Kommentar Strafgesetzbuch*, cit., rn. 1 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 991 ss.; R. SEEGER, *Aufgedrängte Nothilfe*, cit., p. 175 ss. J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 44^a ed., Heidelberg, 2014, p. 182 ss.; F. ZIESCHANG, § 33 StGB, in *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, cit., rn. 1 ss. Sia altresì consentito il rinvio a F. MACRÌ, *Uno studio comparatistico*, cit., p. 45 ss.

²⁴³ Per tutti v. U. KINDHÄUSER, § 33 StGB, cit., rn. 4, il quale richiama in nota numerosi pregevoli autori espressi a sostegno di siffatta tesi.

²⁴⁴ Da ultimo BGH, 4 settembre 1996 – 2 StR 320/96, in *NSiZ-RR*, 1997, p. 67.

²⁴⁵ Sono state peraltro avanzate ulteriori proposte dogmatiche in materia, le quali non possono però essere in questa sede approfondite: si rimanda dunque alla trattazione specifica di R. SEEGER, *Aufgedrängte Nothilfe*, cit., p. 191 ss.

²⁴⁶ Tra i principali sostenitori v. W. PERRON, § 33 StGB, cit., rn. 2; K. ROGALL, § 33 StGB, cit., rn. 1; H.J. RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der Fahrlässigslehre*, in *JuS*, 1969, p. 562; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 182; F. ZIESCHANG, § 33 StGB, cit., rn. 33 ss.

²⁴⁷ Caldeggiano la suddetta impostazione ermeneutica (pur con cadenze parzialmente differenziate), tra i più autorevoli, A. ENGLÄNDER, § 33 StGB, cit., rn. 3; G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, cit., p. 20 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 992 ss.

²⁴⁸ V. in particolare T. MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, cit., p. 56 ss.; F. ZIESCHANG, § 33 StGB, cit., rn. 33 ss.

gredito è antigiuridica solo nella porzione superante i limiti del § 32 StGB²⁴⁹.

A siffatto orientamento, che giustifica la non punibilità di cui al § 33 StGB unicamente sulla condizione psichica – e di ridotta antigiuridicità – dell'agredito, sono state tuttavia formulate alcune contundenti obiezioni, tra cui innanzitutto quella di marginalizzare il ruolo svolto dalla condotta antigiuridica iniziale dell'aggressore: in tal modo, secondo taluni studiosi, non si spiegherebbe perché l'eccesso astenico non assuma rilevanza scusante in altri contesti, e anzitutto in quello dello stato di necessità di cui ai §§ 34 e 35 StGB²⁵⁰. La specificità della previsione scusante *de qua* si recupererebbe, di converso, valorizzando la responsabilità dell'aggressore iniziale nella determinazione della compromissione psico-emotiva alla base dell'eccesso, ed altresì l'incongruenza della punizione dell'agredito con riferimento alle finalità della pena, a partire da quella specialpreventivo-rieducativa (“*Strafzweckerwägung*”)²⁵¹. Si ritiene difatti che, nel contesto della reazione ad un'aggressione ingiusta, il soggetto che agisce in preda ad una delle “emozioni della debolezza” (“*Affekte der Schwäche*”) menzionate dal § 33 StGB «rappresenta un cittadino pienamente integrato socialmente rispetto ai dettami dell'ordinamento giuridico», a differenza di colui che agisce prevalentemente per influsso delle “emozioni della forza” (“*Affekte der Kraft*”), quali l'odio o la collera²⁵². Relativamente alla giurisprudenza di le-

²⁴⁹ Sia nuovamente permesso il rinvio a F. MACRÌ, *Uno studio comparatistico*, cit., p. 46. Fortemente critico di questa seconda riduzione di colpevolezza conseguente alla riduzione dell'antigiuridicità è invece I. PUPPE, *Strafrecht*, cit., p. 229, nota 2, secondo il quale è incongruo qualificare una condotta come “parzialmente antigiuridica”, e rammentando come in numerosi casi (es. aggredito che spara in zone vitali quando avrebbe dovuto sparare un colpo di avvertimento in aria) è materialmente impossibile scindere la condotta. L'autore, pertanto, ritiene che il fondamento della non punibilità risiede unicamente nella riduzione di colpevolezza provocata dalle emozioni asteniche. La tesi del citato Autore sull'impossibilità di configurare una “antigiuridicità parziale” è comunque non condivisibile, non impedendo l'inscindibilità materiale di considerare normativamente la differenza tra, ad es., un omicidio commesso in assenza di qualunque condotta aggressiva della vittima, ed uno commesso in reazione eccessiva ad un'aggressione antigiuridica, a prescindere dallo stato soggettivo caratterizzante l'agredito reagente.

²⁵⁰ Così, tra i più autorevoli, C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 993.

²⁵¹ G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, cit., p. 21, in tale contesto – pur pervenendo a conclusioni in sostanza simili a quelle di Roxin – valorizza peraltro maggiormente la componente di ascrizione all'aggressore della responsabilità per l'eccesso difensivo dell'agredito, patrocinando inoltre una concezione “tradizionale” di colpevolezza, nell'ambito della quale rientrano anche le ponderazioni di politica criminale sulla “necessità preventiva di pena” dell'agredito. Claus Roxin, all'opposto, accentua maggiormente quest'ultima componente, inquadrandola nella sua concezione dogmatica “eterodossa” di colpevolezza e punibilità, in virtù della quale (C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 992) ai fini di un'ascrizione di responsabilità penale (*strafrechtliche Verantwortung*, ben distinta dalla colpevolezza/*Schuld*) occorre non solo la colpevolezza, intesa come «la non ottemperanza rispetto alla pretendibilità normativa di condotta *iure*», ma altresì la necessità preventiva di una sanzione penale. Per un'accurata comparazione tra le tesi dei due illustri autori v. R. SEEBERG, *Aufgedrängte Nothilfe*, cit., p. 204 ss.

²⁵² Così C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 992.

gittimità, da una sentenza del BGH del 1998 si desume una tendenziale adesione a quest'ultimo orientamento dogmatico²⁵³.

L'ambito applicativo oggettivo e soggettivo

Riguardo all'ambito applicativo, per come ritagliato da dottrina e giurisprudenza, sotto il profilo oggettivo non vi è alcun dubbio sulla riconducibilità degli eccessi difensivi intensivi (qualora di origine psico-emotiva "astenica") all'esimente del § 33 StGB²⁵⁴.

Vi è poi ampio consenso sulla non applicabilità della stessa agli eccessi estensivi di tipo spaziale (nei quali, ad esempio, l'agredito colpisce il terzo innocente Caio anziché l'aggressore Tizio), con possibile applicazione – in presenza dei presupposti normativamente richiesti – dello stato di necessità, o della legittima difesa putativa²⁵⁵.

Maggiormente controversa è invece l'applicabilità della previsione agli eccessi estensivi temporali, sebbene la diversità di pensiero riguarda solo la dottrina, essendo pacifica nella prassi applicativa l'opzione esegetica di applicare la disciplina privilegiata unicamente agli eccessi difensivi di tipo intensivo²⁵⁶. Una sentenza del 2011, tuttavia, pur non affrontando direttamente il nodo dogmatico, pare aver aperto spiragli per una potenziale estensione²⁵⁷. La tesi restrittiva²⁵⁸, sostenuta anche da un rilevante – pur minoritario – novero di studiosi, si fonda sulla considerazione che, reagendo in un momento temporale (pur immediatamente successivo) in cui il pericolo attuale derivante all'aggressione è cessato, non sarebbe configurabile un eccesso ai sensi del § 33 StGB in quanto, non sussistendo il diritto di difesa, non si potrebbero pertanto neanche eccedere i limiti del medesimo²⁵⁹. Siffatte argomentazioni sono state però criticate da altri giuristi, anch'essi minoritari, fautori dell'applicabilità del § 33 StGB a tutte le tipologie di eccesso difensivo estensivo,

²⁵³ BGH, 9 ottobre 1998 – 2 StR 443/98, in *NSiZ-RR*, 1999, p. 264. Dal tenore delle argomentazioni usate, ad ogni modo, la Suprema Corte tedesca pare aderire principalmente alla versione di siffatto orientamento patrocinata da G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, cit., p. 20 ss.

²⁵⁴ *Ex multis* v. A. ENGLÄNDER, § 33 StGB, cit., rn. 4; V. ERB, § 33 StGB, cit., rn. 10; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 429 ss.; T. MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, cit., p. 18; W. PERRON, § 33 StGB, cit., rn. 7; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 998 ss.

²⁵⁵ Per tutti v. U. KINDHÄUSER, § 33 StGB, cit., rn. 13; R. SEEBERG, *Aufgedrängte Nothilfe*, cit., p. 182.

²⁵⁶ Ad esempio v., tra le ultime, BGH, 24 ottobre 2001 – 3 StR 272/01, in *NSiZ*, 2002, p. 141. Si tenga però presente che BGH, 9 novembre 2011 – 5 StR 328/11, in *NSiZ*, 2012, p. 206, pur non affrontando direttamente il nodo dogmatico, parrebbe aprire spiragli per una possibile estensione.

²⁵⁷ BGH, 9 novembre 2011 – 5 StR 328/11, in *NSiZ*, 2012, p. 206.

²⁵⁸ Sia permesso nuovamente il rinvio a F. MACRÌ, *Uno studio comparatistico*, cit., p. 47.

²⁵⁹ In tal senso v. soprattutto T. FISCHER, § 33 StGB, cit., rn. 5 ss.; H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 490; K. ROGALL, § 33 StGB, cit., rn. 12.

sostenendosi che, in presenza di un pericolo di aggressione in via di concretizzazione, o già concretizzatosi, si ravvisa quell'esigenza difensiva il cui superamento può dare luogo ad un eccesso astenico non punibile²⁶⁰, oppure che – da un punto di vista preventivo – anche nel caso dell'eccedente temporale viene meno il “bisogno di pena”²⁶¹. L'orientamento prevalente, ad ogni modo, è quello per cui l'esimente si applicherebbe esclusivamente agli eccessi temporali posticipati, non configurandosi – in presenza di una reazione anticipata – alcuna aggressione ingiusta, e venendo di conseguenza meno la ravvisabilità di un eccesso “scusabile” ex § 33 StGB²⁶².

L'applicabilità dell'esimente ai casi di eccesso difensivo doloso/cosciente

Occorre poi valutare se la clausola di non punibilità del § 33 StGB sia applicabile ad ogni tipologia soggettiva di eccesso difensivo. La problematica, a dire il vero, riguarda unicamente l'estensione della non punibilità agli eccessi dolosi, posto che mai nessun dubbio è sorto relativamente all'applicabilità agli eccessi colposi. Si tenga inoltre presente – come già visto – che i giuristi tedeschi utilizzano spesso all'uopo la dicotomia “eccesso cosciente”/“eccesso incosciente” (*bewusster/unbewusster Notwehrexzess*), assumendo una tendenziale coincidenza tra eccesso cosciente e doloso (“*vorsätzlicher*”)²⁶³, malgrado – vista la criticità teorica della differenziazione tra dolo eventuale e colpa cosciente – sarebbe preferibile evitare suddetta identificazione concettuale.

La giurisprudenza della Suprema Corte tedesca ha comunque accolto l'orientamento per cui la disciplina del § 33 StGB andrebbe applicata anche agli eccessi difensivi coscienti (“*bewusste Notwehriiberschreitungen*”)²⁶⁴. Le sentenze patrocinanti tale opzione ermeneutica, peraltro, non specificano le ragioni dogmatiche a fondamento della stessa, per cui occorre avvalersi delle principali argomentazioni utilizzate dalla dottrina maggioritaria, sostenitrice della medesima tesi²⁶⁵. A tal proposito, si è anzitutto evidenziato – in relazione alla *voluntas legislatoris* – che durante i lavori preparatori all'entrata in vigore (avvenuta poi nel 1975) dell'attuale *Strafgesetzbuch* venne bocciata una pro-

²⁶⁰ Tra i principali fautori v. M. HEUCHEMER, § 33 StGB, cit., rn. 8; W. PERRON, § 33 StGB, cit., rn. 7.

²⁶¹ In tal senso argomenta C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 1000.

²⁶² Tra i numerosi sostenitori della presente opzione ermeneutica v. U. KINDHÄUSER, § 33 StGB, cit., rn. 11 ss.; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 430 ss.; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 183; F. ZIESCHANG, § 33 StGB, cit., rn. 9 ss.

²⁶³ Denominazione dogmatica peraltro anch'essa usata nel mondo accademico d'oltralpe, seppur meno frequentemente: parla ad esempio di eccesso doloso (concetto adottato nella trattazione del punto come sinonimo di cosciente) U. KINDHÄUSER, § 33 StGB, cit., rn. 15.

²⁶⁴ BGH, 16 agosto 1994 – 1 StR 244/94, in *NStZ*, 1995, p. 76; BGH, 21 giugno 1989 – 3 StR 203/89, in *NStZ*, 1989, p. 474.

²⁶⁵ *Ex plurimis* v. in particolare A. ENGLÄNDER, § 33 StGB, cit., rn. 12 ss.; T. MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, cit., p. 35 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 997 ss.; F. ZIESCHANG, § 33 StGB, cit., rn. 49 ss.

posta alternativa in virtù della quale, nelle ipotesi di eccesso “consapevole” (“*erkennt er die Überschreitung*”), il soggetto avrebbe potuto beneficiare solo di una riduzione di pena²⁶⁶. Si è poi sottolineato che, tenendo conto della complessità della ricostruzione del quadro psichico sovente caratterizzante la reazione difensiva eccessiva, sarebbe “quasi impossibile” differenziare gli eccessi commessi con dolo eventuale da quelli accompagnati da colpa cosciente²⁶⁷. Vi sono tuttavia taluni studiosi, pur minoritari, i quali patrocinano l’opposta soluzione negativa, ritenendo incompatibile la coscienza di eccedere i limiti della legittima difesa con la sussistenza di una compromissione psico-emotiva di tipo astenico²⁶⁸.

I concetti di turbamento, paura e panico, e l’ipotesi del concorso “psichicamente causale” di fattori emotivi stenici

Il § 33 StGB limita l’esonero dalla sanzione penale unicamente agli aggrediti che reagiscono eccessivamente in condizioni psico-emotive compromesse da turbamento/confusione (“*Verwirrung*”), paura/timore (“*Furcht*”), o panico/terrore (“*Schrecken*”): ciò è difatti giustificato dal trovarsi dinnanzi a reazioni eccessive commesse in preda ad emozioni asteniche, cioè sintomatiche di fragilità, debolezza, passività e/o istinto di autoconservazione, e determinate dall’ingiusta aggressione²⁶⁹.

La volontà del legislatore tedesco del 1975 di riservare la non punibilità alle sole reazioni difensive eccessive realizzate da soggetti psico-emotivamente compromessi (anche se non totalmente) in modo astenico, quindi in condizioni di fragilità, e unicamente in presenza di una condotta condizionata da tale stato emotivo, si evince tenendo presente la marginalità delle modifiche della formulazione del testo rispetto a quello del 1871²⁷⁰. Nel testo ottocentesco, invero, era stata prescelta la preposizione “*in*” (in) per indicare il nesso tra gli “*Affekte*” e la reazione, mentre il legislatore del 1975 ha invece optato per la preposizione “*aus*” (per/a causa di), così rimarcando la non applicabilità della scusante nei casi in cui lo stato emotivo prescritto dalla norma, pur ravvisabile nell’aggredito, non sia “psichicamente causale” rispetto alla reazione eccessiva dello stesso. Si consideri poi che il termine “*Bestürzung*” (sgomento/sbigottimento), presente nel previgente codice, è stato sostituito da “*Verwirrung*” (turbamento/confusione), con la finalità – espressa nel corso dell’iter legislativo – di escludere dal regime della non punibilità del § 33 StGB aggrediti eccedenti nella reazione difensiva in condizioni emotive

²⁶⁶ Al riguardo v. l’approfondita trattazione di T. MOTSCH, *Der straflose Notwehrereiz*, cit., p. 36 ss.

²⁶⁷ Così, per tutti, U. KINDHÄUSER, § 33 StGB, cit., rn. 27. Tali riflessioni, peraltro, dovrebbero indurre a riconsiderare la tradizione distinzione tra eccessi dolosi/colposi a favore di una potenziale contrapposizione tra eccessi intenzionali e non intenzionali.

²⁶⁸ In particolare W. PERRON, § 33 StGB, cit., rn. 6.

²⁶⁹ Sia consentito l’ulteriore rimando a F. MACRÌ, *Uno studio comparatistico*, cit., p. 48.

²⁷⁰ In tal senso, diffusamente, C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 995 ss.

non adeguatamente compromesse²⁷¹. Va comunque rilevato come sia senz'altro proprio lo stato emotivo denominato “*Verwirrung*” l'unico a non avere una chiara “caratterizzazione astenica”, potendo – come rilevato da autorevoli studiosi – uno stato di turbamento/confusione, di regola scaturente come reazione ad un'aggressione improvvisa, scatenare in seguito anche una reazione rabbiosa o motivata da un cieco odio²⁷². Si è però altresì evidenziato, in dottrina, che l'accostamento alle emozioni della paura/timore (“*Angst*”), e del panico/ansia (“*Schrecken*”), attesta chiaramente la necessità ermeneutica di evitare l'estensione dell'ambito applicativo del § 33 StGB ad eccessi difensivi di natura psico-emotiva prevalentemente stenica²⁷³.

Relativamente all'intensità della compromissione psico-emotiva richiesta ai fini dell'applicazione della clausola in esame, la Suprema Corte di Karlsruhe ha accolto l'orientamento per cui è necessario che l'emozione astenica psichicamente causale rispetto all'eccesso difensivo si manifesti in grado particolarmente elevato, dovendo pertanto essere connotata da una marcata gravità²⁷⁴.

Altra questione dogmatica – ma altresì applicativa – rilevante è quella dell'influsso “psichicamente causale” che devono esercitare i fattori emotivi astenici sulla reazione difensiva eccessiva ai fini della concessione a quest'ultima della scusante ex § 33 StGB: si tenga infatti presente che, in concreto, è spesso tutt'altro che agevole determinare il quadro psico-emotivo di un aggredito reagente al pericolo rappresentato da un'aggressione ingiusta. A tal proposito sono state elaborate due tesi principali: quella della “dominanza” (“*Dominanz*”, cioè netta prevalenza) e quella della “concausalità” (“*Mit-Ursächlichkeit*”) delle emozioni asteniche. Secondo i fautori della dominanza, infatti, ai fini della determinazione dell'eccesso difensivo sarebbe necessaria non solo la prevalenza delle emozioni asteniche su quelle steniche, ma altresì che l'influsso delle componenti steniche sia qualificabile come “marginale”²⁷⁵. L'orientamento prevalente in letteratura, ad ogni modo, è quello della concausalità, secondo cui sarebbe sufficiente, in tale contesto, l'accertamento di un rilevante ruolo causale (a livello psichico) svolto dalle emozioni asteniche nella determinazione della condotta difensiva superante i limiti del § 32 StGB²⁷⁶, tesi accolta pure dalla giurisprudenza tedesca di legittimità²⁷⁷.

²⁷¹ V. l'autore citato nella nota precedente, e altresì BT-Drucks, IV/6509, p. 158.

²⁷² Sul punto v. in particolare U. KINDHÄUSER, § 33 StGB, cit., rn. 22.

²⁷³ Cfr. F. ZIESCHANG, § 33 StGB, cit., rn. 56.

²⁷⁴ Così in particolare, riguardo alla condizione emotiva di “paura/timore” (“*Angst*”), BGH, 16 agosto 1994 – 1 StR 244/94, in *NSiZ*, 1995, p. 76.

²⁷⁵ V. ERB, § 33 StGB, cit., rn. 22; T. MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, cit., p. 105 ss.; W. PERRON, § 33 StGB, cit., rn. 5; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 996 ss.

²⁷⁶ Tra i più principali studiosi a sostegno della tesi v. A. ENGLÄNDER, § 33 StGB, cit., rn. 11; T. FISCHER, § 33 StGB, cit., rn. 4; U. KINDHÄUSER, § 33 StGB, cit., rn. 25; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 433; R. SEEBERG, *Aufgedrängte Nothilfe*, cit., p. 215; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 182; F. ZIESCHANG, § 33 StGB, cit., rn. 63.

²⁷⁷ Da ultimo v. BGH, 21 marzo 2001 – 1 StR 48/01, in *NSiZ*, 2001, p. 591; BGH, 9 ottobre 1998 – 2 StR 443/98, in *NSiZ-RR*, 1999, p. 264.

Capitolo III

La legittima difesa negli ordinamenti spagnolo, francese, e polacco

Sommario: 1. La *legítima defensa* nel *código penal* spagnolo. – 1.1. L’esimente di legittima difesa (art. 20.4. c.p.e.). – 1.2. L’esimente incompleta di legittima difesa ex art. 21.1. c.p.e. – 1.3. L’esimente di “terrore insuperabile” (art. 20.6. c.p.e.). – 2. *Légitime défense* e modello differenziato nell’ordinamento francese. – 2.1. La legittima difesa di beni personali (art. 122-5/1 c.p.f.). – 2.2. La legittima difesa di beni patrimoniali (art. 122-5/2 c.p.f.). – 2.3. Le presunzioni (relative) di cui all’art. 122-6 c.p.f. – 3. La disciplina della *obrona konieczna* nel *kodeks karny* polacco. – 3.1. La scriminante di legittima difesa (art. 25/1 k.k.). – 3.2. La scusante per l’eccesso difensivo dovuto a paura o turbamento (art. 25/3 k.k.). – 3.3. La scusante/attenuante per gli altri casi di eccesso difensivo (art. 25/2 k.k.), e la prassi applicativa polacca. – 3.4. L’esimente introdotta nel 2018 per gli eccessi difensivi domiciliari (art. 25/a k.k.).

Una volta trattata la disciplina penalistica dell’istituto nei due ordinamenti oggetto precipuo del presente scritto, è senz’altro utile procedere ad un approfondimento comparatistico sul tema relativo alle normative vigenti in tre ulteriori ordinamenti dell’Europa continentale¹, dalle quali potrebbero emergere importanti spunti di riflessione sia sotto il profilo ermeneutico che in prospettiva di riforma.

Trattasi *in primis* dell’ordinamento spagnolo (artt. 20.4 ss. del *código penal*²), caratterizzato da interessanti soluzioni in materia di individualizzazione della risposta sanzionatoria in presenza di un’integrazione parziale dei requisiti della scriminante, e altresì dalla rilevanza normativa della “mancata provocazione sufficiente” (da parte dell’agredito) quale *conditio sine qua non* della concessione della giustificazione.

In seconda battuta, non si potrà ignorare il modello di disciplina francese di cui agli artt. 122-5/1 ss. del *code pénal*³, connotato dalla peculiare biparti-

¹ Per approfondimenti – anche – su altri rilevanti ordinamenti v. G. FORNASARI, *Legittima difesa*, cit., p. 55 ss.

² D’ora in avanti abbreviato come “c.p.e.” (*código penal español*).

³ Abbreviato nel presente testo come “c.p.f.” (*code pénal français*).

zione normativa tra la legittima difesa di beni personali, e quella di beni patrimoniali, oltre che dalla previsione di talune presunzioni relative cui il legislatore italiano del 2006 si è ispirato per introdurre la “legittima difesa domiciliare” (poi ulteriormente riformata nel 2019).

Da ultimo, l’analisi riguarderà la legislazione penale polacca *ex artt.* 25/1 ss. del *kodeks karny*⁴ (codice penale), cioè di un ordinamento raramente oggetto – anche per ovvie ragioni linguistiche – di approfondimenti comparatistici in seno alla dottrina italiana. Le ragioni di siffatta inclusione derivano dalla previsione, nel codice polacco, di un ampio novero di previsioni perusanti o attenuanti per i casi di “legittima difesa incompleta”, arricchito peraltro nel 2018 da una speciale esimente per i casi di legittima difesa domiciliare ispirata – al pari della riforma italiana del 2019 – dalla dottrina nordamericana del “*my home, my castle*”.

Il riferimento appena effettuato a una teoria (“*my home, my castle*”) originatasi in uno dei principali ordinamenti di *Common Law*, impone peraltro di spiegare il perché non si sia scelto di privilegiare a livello di analisi comparatistica questi ultimi, anziché i tre appena menzionati. Le ragioni principali sono al riguardo due. La prima è quella concernente il diverso contesto sociale rispetto al nostro caratterizzante, in particolare, gli Stati Uniti, nei quali come già visto⁵ il quadro costituzionale (a partire dal diritto fondamentale del cittadino di possedere un’arma), e altresì – in correlazione col primo – il rapporto tra autorità pubblica e cittadino è ben diverso da quello riscontrabile in Italia e nei principali Paesi europei. La seconda, anch’essa riferibile agli Stati Uniti, ma in buona misura anche all’Inghilterra, riguarda la centrale rilevanza di formanti diversi da quelli legislativo e giurisprudenziale (inteso come *Case Law* prodotta dalle corti). Intendiamo riferirci all’ampia discrezionalità del *Prosecutor*, della polizia e delle altre agenzie che intervengono nel complesso processo di ascrizione della responsabilità penale⁶. A fronte di tale diffusa e incisiva discrezionalità, non è agevole mettere a fuoco quale sia l’effettiva *Law in action* relativa alla legittima difesa (si pensi ai celebri casi di uso delle armi in asserita legittima difesa da parte di poliziotti USA contro soggetti “sospetti” di etnia afro-americana, e a talune discusse sentenze⁷). Peraltro, ferma restando l’assoluta rilevanza di alcuni contributi teorici provenienti dalla dottrina anglo-americana (ad esempio quello di George Fletcher⁸ o Paul Robinson⁹), resta il fatto che talune dottrine originatesi nel contesto della

⁴ Per il quale si adatterò d’ora in avanti l’abbreviazione “k.k.”.

⁵ V. *supra*, Introduzione, e altresì Cap. I, § 4.

⁶ Sul punto v. M. PAPA, *La tutela penale del patrimonio nel diritto anglo-americano*, Milano, 2018, p. 13 ss.

⁷ V. al riguardo, sulle ampiamente mediatizzate vicende di Ferguson del 2014, M. PAPA, *L’America che si incendia e le colpe del Grand Jury*, in www.questionegiustizia.it, 11 dicembre 2014.

⁸ V., tra gli scritti tradotti in lingua italiana, G. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, trad. di M. Papa, Bologna, 2004; ID., *Eccesso di legittima difesa*, cit.

⁹ V. in particolare P.H. ROBINSON *et al.*, *Criminal Law*, 4^a ed., New York, 2016.

Common Law sono state richiamate, quasi sempre con finalità populistiche, da parte di esponenti politici (*in primis* italiani e polacchi). Esse non si rivelano, per converso, utili all'elaborazione di un modello costituzionalmente orientato dell'istituto, cui il presente studio è precipuamente finalizzato.

1. La *legítima defensa* nel *código penal* spagnolo

Il *código penal* spagnolo del 1995 disciplina la legittima difesa (“*defensa de la persona o derechos propios o ajenos*”, secondo il testo – non la rubrica¹⁰ – normativo dell'art. 20.4 c.p.e.) tra le “cause di esenzione della responsabilità”¹¹, prevedendone tre requisiti: l'aggressione illegittima, la necessità razionale del mezzo difensivo, e la mancanza di una provocazione sufficiente dell'agredito reagente.

Altro istituto rilevante è quello della “legittima difesa incompleta”, derivante dal combinato disposto dell'art. 20.4 c.p.e. e dell'art. 21.1 c.p.e.: quest'ultima norma, difatti, consente in generale l'applicazione di una circostanza attenuante al delitto parzialmente integrante i requisiti di una delle esimenti dell'art. 20 c.p.e. (trattasi dell'istituto denominato dalla dottrina spagnola “esimente incompleta”¹²). Come si vedrà nelle successive pagine, ai fini dell'applicazione di tale istituto occorrerà comunque il riscontro di alcuni presupposti ritenuti essenziali per potersi parlare di legittima difesa (completa o incompleta), quali la presenza di un'aggressione ingiusta ed attuale.

Da ultimo, si analizzerà l'impatto dell'esimente (pertinente con tutta evidenza al campo della colpevolezza) del “terrore insuperabile” (art. 20.6 c.p.e., “*miedo insuperable*”) per i casi di reazioni difensive eccessive realizzate in un contesto di compromissione psico-emotiva non tale da escludere l'imputabilità.

1.1. *L'esimente di legítima defensa* (art. 20.4 c.p.e.)

La causa di giustificazione¹³ della legittima difesa è disciplinata, come

¹⁰ Rubrica che non è presente negli articoli del codice penale in questione.

¹¹ Cfr., per tutti, P. DE LA CUESTA AGUADO, *El fundamento de la justificación*, in F. MORALES PRATS *et al.*, *Represión penal y estado de derecho*, Cizur Menor, 2018, p. 326, che considera pacifica la natura di causa di giustificazione dell'istituto in esame, a differenza di quella – oggetto di contrasti dogmatici – dello stato di necessità di cui all'art. 20.5.

¹² Sul tema, per approfondimenti *vs.*, *ex multis*, J. CORDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Oviedo, 1966; J.M. VALLE MUÑIZ, *Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español*, in *ADP*, 1992, p. 561 ss.

¹³ Pur se, come in numerosi codici, tale classificazione dogmatica non risulta dal testo codicistico, bensì dall'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale. Il Capitolo II del Titolo I del Libro I del *código penal*, infatti, nel quale è collocato l'art. 20, è intitolato “Delle cause che esimono dalla responsabilità”, e lo stesso art. 20 contempla, sotto la comune cate-

detto, dall'art. 20.4 c.p.e., che richiede, ai fini dell'esclusione dell'antigiuridicità, il concorrere dei seguenti requisiti: 1) una difesa della persona, o dei diritti propri o altrui; 2) un'aggressione illegittima; 3) la necessità razionale del mezzo impiegato per impedirla o respingerla; 4) l'assenza di una provocazione sufficiente da parte del difensore¹⁴.

Tabella 2. – La disciplina normativa della legittima difesa nel *código penal* spagnolo (testo vigente al 1° marzo 2020)

Art. 20.4 c.p.e.	Art. 21.1 c.p.e.
Sarà esente da responsabilità penale: 4°. Chi agisca in difesa della persona o dei diritti propri o altrui, sempre che concorrano i seguenti requisiti:	Sono circostanze attenuanti: 1°. Le cause previste nell'articolo precedente, qualora non concorrano tutti i requisiti necessari per esimere da responsabilità nei rispettivi casi.
Primo. Aggressione illegittima. In caso di difesa di beni si reputerà aggressione illegittima l'attacco agli stessi che costituisca delitto e li ponga in grave pericolo di deterioramento o perdita imminenti. In caso di difesa del domicilio o delle sue dipendenze, si reputerà aggressione illegittima l'entrata indebita in quella o queste. Secondo. Necessità razionale del mezzo impiegato per impedirla o respingerla. Terzo. Mancanza di provocazione sufficiente da parte del difensore.	Art. 20.6 c.p.e.
	Sarà esente da responsabilità penale: 6°. Chi agisca in preda ad un terrore insuperabile.

goria delle esimenti, cause di esclusione dell'imputabilità (es.: n. 1, "Alterazione psichica, ecc."), cause di esclusione della colpevolezza (es.: n. 6, "Terrore insuperabile"), e cause di esclusione dell'antigiuridicità, come lo stato di necessità (n. 5), o l'adempimento di un dovere/esercizio di un diritto (n. 7).

¹⁴ Nell'ampia dottrina spagnola in materia v., tra i più autorevoli, F. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, Barcellona, 1994, p. 43 ss.; P. DE LA CUESTA AGUADO, *El fundamento de la justificación*, cit., p. 313 ss.; F. DIAZ PALOS, *La legítima defensa (Estudio técnico-jurídico)*, Barcelona, 1971; N. GARCIA RIVAS, *Las causas de justificación en el código penal español*, in AA.VV., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2016, p. 245 ss.; M.A. IGLESIAS RIO, *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*, Burgos, 1999; M.J. JIMENEZ DIAZ, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Granada, 2007; D.M. LUZON PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª ed., Buenos Aires, 2002; M.J. MAGALDI, *La legítima defensa en la Jurisprudencia española*, Barcelona, 1976; S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., 2015, p. 456 ss.; F. MUÑOZ CONDE-M. GARCIA ARAN, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Valencia, 2015, p. 345 ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, 4ª ed., Madrid, 2010, p. 521 ss.; C. REQUEJO CONDE, *La legítima defensa*, Valencia, 1999.

Sin da ora va rilevato, per quanto riguarda il fondamento dell'istituto, che la dottrina spagnola maggioritaria è fautrice, in analogia con quanto già visto per quella italiana e tedesca, della tesi dualistica, attribuendo dunque all'istituto sia la *ratio* di tutela dell'individuo aggredito, sia quella di riaffermazione e stabilizzazione dell'ordinamento giuridico leso dall'aggressione "illegittima"¹⁵.

La difesa della persona, o dei diritti propri o altrui

La prescrizione legislativa per cui occorre che l'aggredito "agisca in difesa della persona o dei diritti propri o altrui", oltre a legittimare – come in tutti i principali ordinamenti europei – il soccorso difensivo di terzi senza limiti, è stata valorizzata dalla dottrina spagnola nel senso che dalla stessa si desumerebbe la necessità che in capo all'aggredito sia presente un elemento soggettivo¹⁶. Secondo la tesi dottrinale prevalente, difatti, in parallelo con quanto già osservato per l'ordinamento tedesco si richiederebbe nel reagente un *animus defendendi* dato dalla consapevolezza della sussistenza di una "aggressione illegittima", con i suoi presupposti oggettivi, e dalla volontà di agire in difesa della suddetta, volontà da non escludere aprioristicamente per la convergenza di altre finalità¹⁷. La giurisprudenza del *Tribunal Supremo* (TS) di Madrid ha a sua volta accolto tale impostazione in modo consolidato¹⁸.

¹⁵ Per tutti v. F. MUÑOZ CONDE-M. GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, cit., p. 345 ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General*, cit., p. 522 ss.

¹⁶ In tal senso, tra i tanti, J. CORDOBA RODA, *Las eximentes incompletas*, cit., p. 90; M.J. JIMENEZ DIAZ, *El exceso*, cit., p. 22 ss.; D.M. LUZON PEÑA, *Aspectos esenciales*, cit., p. 550; F. MUÑOZ CONDE-M. GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, cit., p. 351. In posizione del tutto minoritaria M.A. TRAPERO BARREALES, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Granada, 2000, p. 108, sostiene che l'espressione legislativa menzionata ribadisca unicamente la necessità che il soggetto agisca in una situazione obiettiva di difesa.

¹⁷ In tal senso v., tra gli altri, D.M. LUZON PEÑA, *Aspectos esenciales*, cit., p. 551; S. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., p. 457; F. MUÑOZ CONDE-M. GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, cit., p. 351; J.M. VALLE MUÑOZ, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Barcelona, 1994, p. 90. M.J. JIMENEZ DIAZ, *El exceso*, cit., p. 23 ss., rileva altresì come un settore dottrinale abbia al riguardo sostenuto l'opinione per cui occorrerebbe altresì ravvisare che l'unica finalità perseguita dal soggetto sia quella di difendersi da un'aggressione illegittima nel pieno rispetto dei limiti normativa: critica però la suddetta opinione rilevando, tra l'altro, come una prova di tale finalità sarebbe in concreto quasi impossibile da raggiungere. La giurisprudenza (v. nota successiva) ha inoltre anch'essa – come la dottrina maggioritaria accolto un'esegesi meno "soggettivizzata" del requisito in esame.

¹⁸ Da ultimo v. STS (sentenza del Tribunale Supremo) del 4 marzo 2011, in *RJ* (repertorio di giurisprudenza Aranzadi) 2011/2634. La pronuncia cita infatti il principio sancito per la prima volta da STS, 2 ottobre 1981 (*RJ*, 1981/3597), per cui «la esistenza di un "*animus defendendi*" non è incompatibile con il proposito di uccidere l'ingiusto aggressore ("*animus necandi*")», a condizione che l'agente «agisca in "stato" o "situazione difensiva"».

L'aggressione illegittima

Il legislatore spagnolo, nella descrizione di siffatto ineludibile presupposto della legittima difesa, si è discostato in modo netto rispetto alle opzioni di tipizzazione dei codici italiano e tedesco, *in primis* richiedendo che l'aggressione sia "illegittima", e non "ingiusta"/"antigiuridica"¹⁹. Se peraltro alcuni autori iberici hanno sostenuto una tendenziale coincidenza tra l'illegittimo e l'ingiusto, ritenendo dunque illegittima ogni aggressione che sia genericamente *contra jus*²⁰, la maggioranza degli studiosi ha invece accolto l'orientamento per cui l'illegittimità dell'aggressione, nel quadro dell'art. 20.4 c.p.e., sarebbe integrata unicamente in presenza di una condotta penalmente antigiuridica²¹, e dunque tale da costituire delitto o delitto lieve²².

Pur se, a differenza di altri testi punitivi, il codice spagnolo non fa menzione della necessità che l'aggressione sia attuale, la dottrina e la giurisprudenza hanno sempre considerato suddetto requisito connaturato al concetto stesso di legittima difesa, quale deroga eccezionale al principio del monopolio statale nell'uso della forza in un ordinamento giuridico fondato sui principi democratici e liberali della Costituzione del 1978, e dotato di una rilevanza così elevata da essere definito da taluni studiosi come "requisito ponte tra aggressione e difesa"²³. La stessa giurisprudenza di legittimità del TS, inoltre, ha affermato chiaramente, adottando quindi la stessa posizione rigorosa del BGH tedesco²⁴, che la presenza di un'aggressione attuale sia un presupposto per l'apprezzamento dell'elemento essenziale della "necessità di difesa" (da distinguere rispetto a quello della necessità razionale del mezzo, non essenziale), la cui assenza osta finanche alla concessione dell'esimente incompleta²⁵.

Altra peculiarità del *código penal*, che sotto certi profili lo avvicina – pur con sostanziali differenze – a quello francese, è la disciplina dell'aggressione illegittima a beni patrimoniali e di quella al diritto di libertà/inviolabilità domiciliare.

Per quanto riguarda i beni patrimoniali, difatti, si stabilisce che si potrà considerare aggressione illegittima unicamente l'attacco ai suddetti costituente

¹⁹ "Rechtswidrig", citando la formula del § 32 StGB.

²⁰ Tra questi in particolare v. F. DIAZ PALOS, *La legitima defensa*, cit., p. 62; M.J. MAGALDI, *La legitima defensa*, cit., p. 44.

²¹ *Ex multis* v. F. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, cit., p. 305 ss.; M.J. JIMENEZ DIAZ, *El exceso*, cit., p. 14; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General*, cit., p. 525.

²² Prima della riforma del 2015, che ha introdotto nel codice spagnolo i delitti lievi, l'illecito penale meno grave era invece dato dalla contravvenzione ("*falta*").

²³ Così M.A. IGLESIAS RIO, *Fundamento y requisitos estructurales*, cit., p. 137; M.J. MAGALDI, *La legitima defensa*, cit., p. 54 ss.

²⁴ La quale, come visto nel precedente capitolo, nega l'applicabilità della scusante di cui al § 33 StGB agli eccessi difensivi estensivi, cioè alle reazioni anticipate o posticipate rispetto alla situazione di pericolo attuale di lesione del bene giuridico.

²⁵ STS del 4 marzo 2011, cit.

delitto (escludendo dunque i casi di delitto lieve), e tale da porre i beni in grave pericolo di deterioramento o perdita imminente.

Relativamente alle condotte lesive della libertà domiciliare, invece, si potrà configurare un'aggressione illegittima, e dunque un "diritto di autodifesa necessitata" nei limiti dell'art. 20.4 c.p.e., unicamente quando il soggetto entri indebitamente nel domicilio altrui, cioè in presenza di un delitto consumato di violazione di domicilio *ex art.* 202 c.p.e.²⁶.

Entrambe le ipotesi sono caratterizzate, secondo attenta dottrina, dalla medesima *ratio*, ovvero limitare – per motivazioni etico-sociali – i potenziali effetti aberranti che deriverebbero da un'applicazione piena dei postulati del principio di riaffermazione/conservazione dell'ordinamento giuridico, e in particolare l'eccessivo sacrificio della tutela dell'aggressore a fronte di aggressioni non gravi a beni giuridici di valore non primario (come il patrimonio, e il domicilio in quanto tale, i quali senz'altro – anche secondo la Costituzione spagnola – hanno rango gerarchico inferiore rispetto a vita, dignità umana, ecc.)²⁷.

La necessità razionale del mezzo impiegato per impedirla o respingerla

Altro cardine fondamentale della regolamentazione spagnola della legittima difesa è la necessità razionale del mezzo difensivo. Il suddetto requisito, come si vedrà a breve, è attualmente oggetto di un'esegesi giurisprudenziale tale da farlo sostanzialmente coincidere con quello della "necessità difensiva" dei codici italiano e tedesco. Come sostenuto dalla dottrina iberica, l'uso dell'aggettivo "razionale" riflette l'esigenza legislativa di evitare che, a fronte di un'aggressione illegittima, il difensore possa sentirsi libero di reagire con intensità illimitata nei confronti dell'aggressore, e dunque che quest'ultimo, per il solo fatto di essersi posto contro il diritto, sia lasciato alla mercé del primo: ai fini della giustificazione, pertanto, occorrerà che l'agredito "agisca nei limiti della razionalità", limitando – per quanto consentito dalla concreta situazione conflittuale – la lesività della reazione al minimo indispensabile per ottenere la massima tutela del bene giuridico in pericolo²⁸.

Va peraltro rilevato che la risalente giurisprudenza del Tribunale Supremo aveva adottato un'esegesi di siffatto requisito tale da assimilarlo sostanzialmente alla proporzione tra difesa ed aggressione, con un percorso parzialmente analogo a quello storicamente intrapreso dalla Corte di Cassazione sul punto²⁹. In una prima fase, difatti, si era ritenuto che la necessità razionale del mezzo andasse ricavata da una comparazione tra i mezzi difensivi adoperati dall'aggressore³⁰, e quelli usati dal difensore, arrivandosi in taluni casi a pretender-

²⁶ Trattasi del delitto denominato nel titolo del capitolo codicistico (non nella rubrica, che in generale non è presente nel codice spagnol) di "*allanamiento de morada*", punito con la pena da sei mesi a due anni di reclusione (*prisión*).

²⁷ Così F. MUÑOZ CONDE-M. GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, cit., p. 348.

²⁸ M.J. JIMENEZ DIAZ, *El exceso*, cit., p. 49.

²⁹ Cfr. sul punto M.J. JIMENEZ DIAZ, *El exceso*, cit., p. 50 ss.

³⁰ STS del 1° giugno 1912, in *JC (Jurisprudencia Criminal)*, p. 274.

si, a tal fine, una vera e propria “parità delle armi” tra i due soggetti in conflitto³¹. Altre non recenti sentenze di legittimità, inoltre, accoglievano – similmente all’attuale giurisprudenza della Suprema Corte italiana in materia di proporzione – l’orientamento per cui la necessità razionale sussistesse in presenza di una proporzione tra il bene giuridico leso dall’aggregato e quello messo in pericolo dall’aggressore³². A partire dall’ultimo decennio del secolo scorso, tuttavia, il Tribunale Supremo ha chiarito che la “necessità razionale del mezzo” non può essere in alcun modo identificata con la proporzione tra il bene offeso e quello messo in pericolo, avendo il legislatore “volontariamente” deciso di non inserire alcun riferimento alla proporzione, onde marcare una chiara distinzione tra la legittima difesa e lo stato di necessità (art. 20.5 c.p.e.)³³.

Si è quindi chiarito, nelle più recenti sentenze di legittimità, che ai fini del requisito *de quo* «non solo occorre considerare la natura del mezzo in sé, ma altresì l’uso che dello stesso si fa, e l’esistenza o meno di altre alternative difensive meno gravose in funzione delle circostanze concrete del fatto», e che «si tratta di un giudizio derivato da una prospettiva *ex ante*»³⁴. Va tuttavia rilevato che, pur sancendosi in astratto – in consonanza con le Alte Corti d’Italia e Germania – l’esigenza di adottare una prospettiva *ex ante*, e altresì di considerare “le circostanze del fatto, le condizioni personali della vittima, e lo stato di perturbazione psichica causato dall’aggressione”³⁵, in numerose pronunce la Suprema Corte di Madrid adotta anch’essa – *de facto* – una più rigorosa valutazione *ex post* del fatto, attribuendo scarsa rilevanza agli effetti sull’aggregato dello stato di concitazione provocato da un’aggressione potenzialmente letale³⁶.

Per quanto riguarda la dottrina spagnola, accanto ad alcuni fautori di un’assimilazione tra necessità razionale e proporzionalità tra beni giuridici in conflitto³⁷, l’opinione di gran lunga prevalente è quella che identifica sostanzial-

³¹ STS del 20 ottobre 1960, in *JC*, p. 775.

³² STS del 30 settembre 1935, in *JC*, p. 128.

³³ STS del 17 settembre 1999, in *RJ*, 1999/6627. In senso conforme anche STS del 16 dicembre 1993, in *RJ*, 1993/9476.

³⁴ STS del 20 settembre 2011, in *RJ*, 2011/6603, la cui impostazione esegetica è stata di recente confermata da STS del 8 gennaio 2019, in *RJ*, 2019/39, nella quale è stata concessa l’esimente completa di legittima difesa a una donna che si era difesa col coltello dall’aggressione fisica del partner, il quale era fisicamente preponderante rispetto all’aggregata.

³⁵ STS del 20 settembre 2011, cit.

³⁶ Si considerino al riguardo, tra le più significative, STS del 22 maggio 2012, in *RJ*, 2012/6398, nella quale è stata negata la concessione dell’esimente completa (*ergo*, della scriminante) dell’art. 20.4 c.p.e. a una guardia giurata che aveva sparato per difendersi dall’aggressione di due rapinatori armati di mazze ed estintori; e STS del 18 dicembre 2008, in *RJ*, 2009/1375, altresì negante la concessione della piena giustificazione per legittima difesa a un soggetto aggredito immotivatamente con un’arma da fuoco da un aggressore che aveva assunto elevate quantità di alcool etilico, cocaina, anfetamina ed MDMA.

³⁷ In particolare J. CORDOBA RODA, *Las eximentes incompletas*, cit., p. 106; F. DIAZ PALOS, *La legittima defensa*, cit., p. 68 ss.

mente il requisito in esame con la necessità della condotta difensiva, escludendo che occorra una proporzione in senso stretto tra difesa e aggressione³⁸.

L'assenza di una provocazione sufficiente da parte del difensore

La menzione espressa di tale requisito è una peculiarità del codice spagnolo rispetto alla gran parte dei testi punitivi europei³⁹.

La criticità, al riguardo, concerne soprattutto il concetto di “sufficienza” della provocazione, essenziale per escludere la concessione della scriminante in capo al difensore-provocatore. È stato correttamente affermato, a tal proposito, come siffatta nozione sia abbastanza elastica e graduabile, potendo la provocazione spaziare da una remota influenza nella determinazione dell'aggressione illegittima, fino ad una intensità tale da approssimarsi ad una aggressione vera e propria, dalla quale comunque ci si potrebbe con quasi certezza attendere una reazione del provocato: i due estremi menzionati, peraltro, non porrebbero all'evidenza alcuna difficoltà esegetica, ammettendosi pacificamente (nel primo caso), ed escludendosi (nel secondo) la sussistenza della legittima difesa⁴⁰. Sono dunque le numerose potenziali ipotesi di comportamenti intermedi a costituire il banco di prova per elaborare adeguati criteri interpretativi al riguardo: si è quindi proposto di considerare provocazione sufficiente una condotta di provocazione sì penalmente atipica, però connotata da disvalore sociale (“socialmente disprezzabile”), e altresì tale – secondo il criterio del “provocato ragionevole” – da promuovere una determinata reazione psichica attiva⁴¹.

La giurisprudenza del *Tribunal Supremo* ha dunque accolto un'impostazione ermeneutica non dissimile dalla proposta dottrinale appena menzionata, affermando la necessità di distinguere tra il “provocare” ed il “dare motivo o occasione”, escludendo qualsiasi effetto ostativo a quest'ultima condotta, e riconoscendo invece l'esclusione dell'esimente (quanto meno nella forma completa) in presenza di una provocazione “che avrebbe determinato la maggior parte delle persone a porre in essere una reazione aggressiva”⁴². Più di recente, la stessa Alta Corte ha precisato che la provocazione sufficiente è ravvisabile a fronte di “parole, azioni o mimiche tendenti a eccitare, incitare o provocare l'altra persona”⁴³.

³⁸ In tal senso v., tra gli altri, M.A. IGLESIAS RIO, *Fundamento y requisitos estructurales*, cit., p. 191; M.J. JIMENEZ DIAZ, *El exceso*, cit., p. 52 ss.; D.M. LUZON PEÑA, *Aspectos esenciales*, cit., p. 558; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General*, cit., p. 535 ss.

³⁹ Sebbene si sia già visto che la giurisprudenza italiana e tedesca abbiano accolto orientamenti tali da escludere (o limitare) la concessione della scriminante in presenza di una provocazione dell'agredito.

⁴⁰ M.A. IGLESIAS RIO, *Fundamento y requisitos estructurales*, cit., p. 450.

⁴¹ J.M. GÓMEZ BENITEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1987, p. 362 ss.; M.J. JIMENEZ DIAZ, *El exceso*, cit., p. 35.

⁴² STS del 18 dicembre 2001, in *RJ*, 2002/2108.

⁴³ STS del 27 maggio 2015, citata da N. GARCIA RIVAS, *Las causas de justificación*, cit., p. 248.

1.2. L'esimente incompleta di legittima difesa ex art. 21.1 c.p.e.

Nell'ambito della disciplina penale delle reazioni ad aggressioni illegittime, un ruolo fondamentale spetta all'art. 21.1 c.p.e., previsione dedicata all'istituto denominato da dottrina e giurisprudenza "esimente incompleta", applicabile a tutte le cause di esenzione dalla responsabilità penale di cui all'art. 20, e dunque anche alla legittima difesa. Trattasi, del resto, di un importante espediente normativo per evitare l'alternativa secca tra assoluzione piena e applicazione della cornice sanzionatoria ordinaria per il delitto commesso nei casi in cui siano comunque integrati i requisiti essenziali della legittima difesa. La norma in questione appare quindi riproporre i postulati teorici della già vista teoria tedesca della "doppia riduzione di colpevolezza", per cui la *ratio* della non punibilità nelle ipotesi di "eccesso difensivo astenico" di cui al § 33 StGB sarebbe dovuta innanzitutto alla riduzione dell'antigiuridicità ("*Unrechtsminderung*") – con consequenziale riduzione della colpevolezza – dovuta al fatto che la reazione sarebbe antigiuridica solo nella porzione superante i limiti della legittima difesa (es. necessità della reazione / necessità razionale del mezzo difensivo)⁴⁴. Per quanto riguarda l'assenza dell'elemento soggettivo ("*animus defendendi*"), la dottrina spagnola maggioritaria ritiene che la stessa debba comportare l'applicazione della pena per il delitto doloso consumato o, al più – direttamente o per analogia – "per una delle forme del tentativo punibile"⁴⁵.

Ai sensi dell'art. 68 c.p.e., la mitigazione sanzionatoria per la circostanza attenuante data dalla sussistenza di una "esimente incompleta" consiste nell'applicazione della pena inferiore di uno o due gradi rispetto a quella prevista per il reato realizzato: ex art. 70/1, la pena inferiore di un grado si determina adottando come minimo edittale quello del delitto *de quo* ridotto della metà, e come massimo edittale il minimo previsto per tale delitto, ridotto di un giorno di reclusione; mentre nel caso di pena inferiore di due gradi, si applica tale mitigazione alla pena già ridotta di un grado, pervenendosi dunque ad un minimo edittale "super-attenuato" pari a un quarto (25%) di quello previsto dalla cornice sanzionatoria.

Va però ribadito che l'esimente in questione, per pacifica opinione dottrinale e giurisprudenziale, può essere applicata unicamente ove siano comunque integrati i requisiti essenziali della legittima difesa, e cioè in presenza di un'aggressione illegittima e di una necessità astratta di difesa (che scatta qualora l'aggressione sia attuale)⁴⁶. Ne discende, pertanto, che la cornice edittale attenuata *de qua* sarà applicabile nei casi in cui non venga ravvisata la necessi-

⁴⁴ Nella dottrina spagnola per tutti v. M.I. SANCHEZ GARCIA, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, Barcelona, 1995, p. 163.

⁴⁵ Così J.M. VALLE MUÑIZ, *Fundamento*, cit., p. 567, nota 12.

⁴⁶ *Ex multis* v. F. MUÑOZ CONDE-M. GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, cit., p. 347 ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General*, cit., p. 523 ss.; J.M. VALLE MUÑIZ, *Fundamento*, cit., p. 566 ss.

tà razionale del mezzo difensivo impiegato, ed altresì in quelli in cui l'agredito reagente abbia posto previamente in essere una "provocazione sufficiente"⁴⁷.

L'esimente incompleta di legittima difesa nella giurisprudenza del Tribunal Supremo spagnolo. Come è agevole dedurre da quanto sopra detto, l'esimente incompleta in questione è per lo più applicata in ipotesi di eccesso intensivo, quando cioè la condotta reattiva supera il limite della "razionalità difensiva", nel senso di andare oltre quanto necessario per respingere o neutralizzare il pericolo per i beni giuridici dell'agredito.

Passando ai casi più recenti sottoposti all'Alta Corte spagnola⁴⁸, viene in rilievo innanzitutto una pronuncia del 2012, nella quale si è ritenuta integrata l'esimente incompleta di legittima difesa nella condotta di una guardia giurata che aveva sparato per difendersi dall'aggressione di due rapinatori armati di mazze ed estintori, escludendosi invece la scriminante piena a causa dell'eccesso intensivo nella reazione armata. Una decisione del 2008 ha invece concesso l'esimente incompleta ad un soggetto che aveva ucciso con un'arma da fuoco colui che, armato lo aveva aggredito immotivatamente dopo aver assunto elevate quantità di alcool etilico, cocaina, anfetamina ed MDMA, escludendo la piena giustificazione in virtù della considerazione che, visto il parziale allontanamento dell'aggressore, lo stesso avrebbe potuto essere reso inoffensivo in modo meno "cruento"⁴⁹. Nel 2013, invece, la parziale esimente *de qua* è stata concessa a un soggetto che aveva provocato gravissime lesioni all'aggressore con più coltellate dirette a zone vitali per respingere un'aggressione con una sbarra di ferro e una pistola a CO2 (capace di sparare proiettili a pallettoni sferici di 4,5 mm)⁵⁰.

1.3. *L'esimente di "terrore insuperabile" (art. 20.6 c.p.e.)*

Si è già visto che la rilevanza del turbamento psico-emotivo spesso riscontrabile in chi subisce aggressioni antiggiuridiche – tendenzialmente violente – è stata da sempre riconosciuta nell'ordinamento tedesco attraverso la scusante di eccesso difensivo del § 33 StGB, mentre nel sistema italiano solo recentemente si è introdotta, per la sola legittima difesa domiciliare, la scusante dell'art. 55/2 c.p. Nel *código penal* spagnolo al contrario, pur mancando simili clausole specificamente dedicate alla legittima difesa, è contemplata un'esimente generale di "terrore insuperabile" (art. 20.6 c.p.e. "*miedo insuperable*")⁵¹

⁴⁷ *Contra* però, seppur isolata, STS del 23 dicembre 2004, in *RJ*, 2005/606.

⁴⁸ STS del 22 maggio 2012, cit. In tale contesto, peraltro, come visto anche nella giurisprudenza italiana, probabilmente gli organi giudicanti si sono fatti condizionare dall'esito mortale della condotta, non soffermandosi adeguatamente sui fattori concomitanti della stessa, e sulla concreta situazione di concitazione e destabilizzazione psicologica dell'agredito.

⁴⁹ STS del 18 dicembre 2008, cit.

⁵⁰ STS del 3 dicembre 2013, in *RJ*, 2014/361.

⁵¹ *Ex multis* v. T. AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Granada, 2004; M.L. CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable. Su delimitación frente al*

la quale – al di là della controversa qualificazione dogmatica – è sovente applicata, soprattutto quale “esimente incompleta”, ad ipotesi di eccessi difensivi realizzati dall’aggredito in condizioni di grave turbamento emotivo.

In punto di classificazione dogmatica dell’esimente, la dominante dottrina spagnola ritiene che ci si trova dinnanzi ad una scusante/causa di inesigibilità⁵², che pertanto escluderebbe la colpevolezza qualora si manifestasse nella forma “completa”, mentre la ridurrebbe qualora venisse ravvisata nella forma “incompleta”⁵³. Maggiori contrasti, di converso, si riscontrano nella giurisprudenza del Tribunale Supremo il quale, nelle poche sentenze in cui ha affrontato la questione, ha oscillato tra la tesi per cui si tratterebbe di una causa di non imputabilità⁵⁴ (che appare al momento prevalente) e quella per cui ci si troverebbe di fronte ad una causa di inesigibilità⁵⁵.

La tesi preferibile, posta l’autonoma rilevanza delle anomalie ed alterazioni psichiche quali cause di esclusione dell’imputabilità *ex art. 20.1 c.p.e.*, è senz’altro quella che riconduce la presente esimente nell’alveo della colpevolezza: il “terrore insuperabile”, pertanto, andrà inteso quale condizione emotiva provocata dalla minaccia di un male tale da incidere in modo essenziale sulle capacità decisionali del soggetto, senza però configurarsi come un terrore “patologico” annullante qualunque abilità cognitiva o volitiva (ad es. derivante da gravi alterazioni psichiche pregresse all’evento scatenante)⁵⁶.

estado de necesidad, Valencia, 1997; J.F. HIGUERA GUIMERÁ, *La eximente de miedo insuperable en el Derecho Penal comun y militar*, Barcellona, 1991; M. QUINTANAR DIEZ, *La eximente de miedo insuperable*, Madrid, 1998; D. VARONA GOMEZ, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, 2000.

⁵² In tal senso, tra i tanti, v. T. AGUADO CORREA, *Inexigibilidad*, cit., p. 125 ss.; M.L. CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable*, cit., p. 80 ss.; J.F. HIGUERA GUIMERÁ, *La eximente de miedo insuperable*, cit., p. 81 ss.; M.J. JIMENEZ DIAZ, *El exceso*, cit., p. 140 ss.; M. QUINTANAR DIEZ, *La eximente*, cit., p. 110 ss. *Contra*, in particolare, J.A. SAINZ CANTERO, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Granada, 1965, p. 138 ss., che ritiene preferibile la qualificazione dell’art. 20.4 c.p.e. quale causa di giustificazione.

⁵³ M.J. JIMENEZ DIAZ, *El exceso*, cit., p. 140 ss.

⁵⁴ Tra le più recenti STS del 13 marzo 2019, in www.poderjudicial.es, nella quale si legge che «il terrore, per essere “insuperabile”, nel senso di impossibilità di intaccamento dello stato emotivo del soggetto, deve implicare un effetto psicologico paragonabile alla imputabilità dell’individuo»; STS del 3 maggio 2018, in <https://supremo.vlex.es>; e altresì, pare, STS del 4 ottobre 2013, in *RJ*, 2013/7453 nella quale – pur senza che venga menzionata espressamente la qualificazione dogmatica, si legge che “la concessione della esimente nella forma incompleta implica che il terrore era razionalmente superabile da parte dell’accusato, e non gli annullò pienamente le sue facoltà”. In passato è stata altresì accolta, seppur sporadicamente, un’impostazione per cui, a seconda della situazione, il “terrore insuperabile” possa essere qualificato come causa di inesigibilità, oppure di non imputabilità (STS del 3 marzo 1987, in *RJ*, 1987/1857).

⁵⁵ STS del 16 febbraio 2006, in *RJ*, 2006/2150; STS del 29 giugno 2006, in *RJ*, 2006/4944.

⁵⁶ In tal senso M.J. JIMENEZ DIAZ, *El exceso*, cit., p. 144; D. VARONA GOMEZ, *El miedo insuperable*, cit., p. 274 ss.

Terrore insuperabile e legittima difesa nella giurisprudenza del Tribunal Supremo. In una recente sentenza del 2019⁵⁷, la Corte di legittimità spagnola ha cassato una sentenza della *Audiencia provincial* di Madrid che aveva riconosciuto l'esimente di "terrore insuperabile" solo nella forma incompleta, e altresì l'ulteriore attenuazione di pena derivante dall'esimente incompleta di legittima difesa (per mancanza di necessità razionale del mezzo di difesa impiegato), in un caso di reazione sproporzionata di una donna all'aggressione del proprio convivente: il *Tribunal Supremo*, al riguardo, ha invece optato per il riconoscimento dell'esimente completa (causa di esclusione dell'imputabilità) di "disturbo mentale transitorio" dell'art. 20.1 c.p.e.

Una decisione del 2013⁵⁸, sempre del Tribunale Supremo, assume interesse in quanto relativa a un caso in cui un soggetto, dopo essere stato aggredito per futili motivi da un addetto alla sicurezza della discoteca, aveva ucciso il suddetto con due colpi di arma da fuoco, e successivamente aveva usato nuovamente l'arma contro altre persone che lo avevano inseguito e circondato dopo che lo stesso si era rifugiato nel proprio autoveicolo, ferendone gravemente una: i giudici hanno quindi proceduto a condannare l'imputato per omicidio doloso, attenuato a seguito della concessione dell'esimente incompleta di legittima difesa (in relazione all'eccesso intensivo nella reazione) per il primo episodio criminoso, e altresì a condannarlo per tentato omicidio, attenuato dalla concessione dell'esimente incompleta di terrore insuperabile, per la seconda condotta. In relazione a quest'ultima, il Tribunale Supremo ha fatto proprie le argomentazioni dei giudici di merito per cui il timore dell'aggredito-imputato «nel vedersi circondato dai suoi attaccanti, non appare insuperabile né costituisce una situazione che, razionalmente, non avrebbe permesso una reazione differente da quella di sparare contro le persone che lo assediavano», rilevando altresì che tali circostanze di fatto, ad ogni modo «non impediscono l'apprezzamento di tale circostanza [il "terrore insuperabile"] come incompleta, con il corrispondente effetto attenuante»⁵⁹.

In una pronuncia del 2009⁶⁰, il *Tribunal Supremo* ha concesso l'esimente di *miedo insuperable*, sempre nella sua forma incompleta, ad un aggredito che aveva ucciso a colpi di arma da fuoco una persona che, anch'essa armata, aveva provocato nel condannato un forte timore di possibili conseguenze a causa del suo stato di alterazione psichica derivante dall'abuso di alcool e stupefacenti.

⁵⁷ STS del 13 marzo 2019, cit.

⁵⁸ STS del 4 ottobre 2013, cit.

⁵⁹ STS del 4 ottobre 2013, cit.

⁶⁰ STS del 18 dicembre 2008, cit.

2. *Légitime défense* e modello differenziato nell'ordinamento francese

L'istituto della legittima difesa ("*légitime défense*") è regolamentato, nell'ordinamento francese, dagli artt. 122-5 e 122-6 del *code pénal* (d'ora in avanti c.p.f. – codice penale francese) del 1994, norme inserite nel capitolo dedicato alle "cause di irresponsabilità o di attenuazione della responsabilità penale"⁶¹.

La disciplina attuale si caratterizza, rispetto alla previgente disposizione di cui all'art. 328 del *code Napoléon* del 1810⁶², per la tendenza a volere fissare normativamente in modo chiaro i requisiti richiesti ai fini della concessione della scriminante in esame, con particolare riferimento alla distinzione (prima non presente, ed infatti erano sorti forti contrasti in giurisprudenza⁶³) tra difesa di beni personali e difesa di beni patrimoniali. Vengono inoltre confermate (art. 122-6 c.p.f.) – previa "modernizzazione" della formulazione – le ipotesi di legittima difesa presunta (trattasi di presunzioni relative) nei casi di aggressioni domiciliari e di furti o saccheggi violenti già previste nel codice napoleonico.

⁶¹ Al riguardo v., nell'ambito della copiosa letteratura penalistica francese, B. BOULOC, *Droit pénal général*, 22^a ed., Paris, 2011, p. 346 ss.; B. BOULOC-H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, 19^a ed., Paris, 2011, p. 128 ss.; V. CODACCIONI, *La légitime défense*, Paris, 2019; F. DESPORTES-F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 13^a ed., Paris, 2006, p. 720 ss.; S. JACOPIN, *Droit pénal général*, 2^a ed., Paris, 2014, p. 348 ss.; Y. MAYAUD, *Art. 122-5*, in *Code pénal annoté Dalloz*, 114^a ed., Paris, 2017, § 1 ss.; H. PELLETIER, *Art. 122-5*, in *Code pénal annoté LexisNexis*, 28^a ed., Paris, 2016, § 1 ss.; J. PRADEL, *Droit pénal général*, 19^a ed., Paris, 2012, p. 325 ss.; J. PRADEL-A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 10^a ed., Paris, 2016, p. 339 ss.; H. RENOUT, *Droit pénal général*, Paris, 2011, p. 228 ss.; M. SORDINO, *Droit pénal général*, 3^a ed., Paris, 2009, p. 247 ss.

⁶² Testo dell'art. 328 *code Napoléon* del 1810: «Non sussiste né crimine, né delitto qualora l'omicidio, le ferite e i colpi siano comandati dalla necessità attuale della legittima difesa di sé o di altri».

⁶³ Come è evidente, una disposizione così "scarna" come il previgente art. 328 del codice del 1810, aveva imposto alla *Cour de Cassation* un ruolo di "supplenza legislativa" nell'enucleazione dei requisiti richiesti ai fini della concessione dell'esimente in esame. Per una panoramica di alcune tra le più rilevanti sentenze, sin da *Cass. Crim.* (= *Cour de Cassation, Chambre Criminelle*), 5 gennaio 1821, in S. 1821, 1/358, v. J. PRADEL-A. VARINARD, *Les grands arrêts*, cit., p. 339 ss.

Tabella 3. – La disciplina normativa della legittima difesa nel *code pénal* francese (testo vigente al 1° marzo 2020)

Art. 122-5 c.p.f.	Art. 122-6 c.p.f.
<p>1. Non è penalmente responsabile la persona che, a fronte di una ingiustificata aggressione contro sé o altri, compie, nel medesimo tempo, un atto comandato dalla necessità della legittima difesa di sé o di altri, salvo che si abbia sproporzione tra i mezzi di difesa impiegati e la gravità dell'aggressione.</p> <p>2. Non è penalmente responsabile la persona che, per interrompere l'esecuzione di un crimine o di un delitto contro un bene, compie un atto di difesa, diverso da un omicidio volontario, qualora tale atto sia strettamente necessario alla finalità perseguita e i mezzi impiegati siano proporzionati alla gravità dell'infrazione.</p>	<p>Si presume che abbia agito in stato di legittima difesa colui che abbia compiuto l'atto:</p> <p>1°. Per respingere, di notte, l'entrata mediante effrazione, violenza o inganno in un luogo abitato;</p> <p>2°. Per difendersi contro gli autori di furti o saccheggi eseguiti con violenza.</p>

2.1. La legittima difesa di beni personali (art. 122-5/1 c.p.f.)

Come detto, il legislatore francese del 1994 ha adottato l'opzione normativa di bipartire l'istituto in due diverse fattispecie, corrispondenti agli alinea (comma) 1° e 2° dell'art. 122-5, differenziando peraltro le suddette in modo molto più netto di quanto appena visto per l'art. 20.4 del codice penale spagnolo.

Iniziando dunque dalla previsione dedicata alle aggressioni contro beni giuridici personali (*rectius*: che non abbiano ad oggetto “beni” patrimoniali), l'art. 122-5/1 c.p.f. contempla i seguenti requisiti: a) un'aggressione ingiustificata; b) un sincronismo temporale tra aggressione e reazione (“*dans le même temps*”); c) la necessità difensiva della reazione difensiva⁶⁴; d) l'assenza di sproporzione tra i mezzi di difesa impiegati e la gravità dell'aggressione.

a) L'aggressione ingiustificata (“*atteinte injustifiée*”). Relativamente al concetto di aggressione, lo stesso è stato interpretato dalla giurisprudenza transalpina nel senso che occorre una condotta aggressiva tale da implicare la sussistenza di un pericolo certo di lesione di un bene giuridico dell'agredito⁶⁵.

⁶⁴ Letteralmente: «una reazione difensiva “comandata” dalla necessità della legittima difesa».

⁶⁵ J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p. 327, secondo il quale «occorre innanzitutto che il pericolo minacciante l'agredito sia stato oggettivamente innegabile».

Taluni studiosi francesi hanno rilevato come l'espressione "atteinte" faccia riferimento ad ogni aggressione contro la vita, l'integrità fisica, la libertà sessuale, e altresì contro l'onore o la reputazione di una persona, ma tale elencazione non pare essere esaustiva⁶⁶. Si tenga presente, inoltre, che già sotto la previgente disciplina dell'art. 328 del codice del 1810, che tutelava le sole vittime di aggressioni contro l'integrità fisica, la giurisprudenza aveva esteso l'applicabilità dell'istituto anche ad aggressioni contro ulteriori beni giuridici⁶⁷.

Per quanto concerne il problema dell'equiparazione delle aggressioni putative a quelle reali, pur in assenza di una disposizione codicistica in materia (come l'art. 59/4 c.p. italiano) la *Cour de Cassation* ha sancito in via giurisprudenziale l'equiparazione, ai fini della concessione dell'esimente, delle aggressioni putative che sarebbero apparse "verosimili" ad un osservatore ragionevole a quelle reali⁶⁸, adottando dunque un orientamento sostanzialmente analogo a quello della Suprema Corte italiana⁶⁹.

L'aggressione dovrà inoltre essere ingiustificata ("*injustifiée*"), cioè secondo dottrina e giurisprudenza francesi contraria alla legge⁷⁰, pur non dovendo necessariamente – sebbene quasi sempre *de facto* sarà così⁷¹ – tradursi in un illecito penale⁷²: si tenga presente, al riguardo, che nel caso di legittima difesa di beni patrimoniali, l'art. 122-5/2 c.p.f. richiede invece che l'aggressione costituisca crimine o delitto (non invece contravvenzione)⁷³.

La principale criticità, a tal proposito, riguarda le reazioni violente contro condotte, tendenzialmente coercitive (arresti, perquisizioni, sequestri, ecc.), di pubblici ufficiali. Pur se gli studiosi francesi hanno proposto all'uopo una pluralità di criteri esegetici⁷⁴, adottando per lo più quello per cui la legittima di-

⁶⁶ B. BOULOC-H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général*, cit., p. 129, che per quanto riguarda l'onore citano una sentenza di una corte di merito di Parigi del 1971 in materia di legittima difesa da una condotta diffamatoria.

⁶⁷ In tal senso B. BOULOC, *Droit pénal général*, cit., p. 348, che cita espressamente le aggressioni contro "la virtù" e quelle contro il "pudore" (che all'epoca ricomprendevano principalmente le aggressioni sessuali).

⁶⁸ Cass. Crim., 20 ottobre 1993, in *Bull. Crim.*, 1993, n. 298. V. al riguardo, tra gli altri, Y. MAYAUD, *Art. 122-5*, cit., § 25 ss.; H. PELLETIER, *Art. 122-5*, cit., § 5; J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p. 327.

⁶⁹ V. *supra*, Cap. II, § 1.3.

⁷⁰ H. RENOUT, *Droit pénal général*, cit., p. 230; M. SORDINO, *Droit pénal général*, cit., p. 250.

⁷¹ F. DESPORTES-F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, cit., p. 723.

⁷² S. JACOPIN, *Droit pénal général*, cit., p. 350.

⁷³ Il codice penale francese del 1994 (in ciò fedele al previgente *code Napoléon* del 1810) difatti, contempla – a differenza di quelli italiano, tedesco e spagnolo – una tripartizione degli illeciti penali in crimini, delitti e contravvenzioni: sul punto, per approfondimenti, v. le osservazioni di F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., p. 121 ss.

⁷⁴ V. in particolare J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p. 328, il quale sottolinea innanzitutto che la dottrina transalpina è in generale particolarmente critica rispetto alla rigo-

fesa è ammissibile qualora l'atto dell'autorità sia manifestamente illegittimo⁷⁵, la giurisprudenza della Suprema Corte di Parigi sostiene ancora oggi l'orientamento tradizionale per cui occorre sempre sottomettersi agli atti dell'autorità⁷⁶, i quali sono presunti legittimi fino a prova contraria (da ottenere *ex post* mediante i rimedi giudiziari concessi dall'ordinamento giuridico francese).

b) Il sincronismo temporale tra aggressione e reazione (“*dans le même temps*”). Siffatto requisito, indefettibile ai fini della caratterizzazione dell'istituto, implica *in primis* la necessità che il pericolo correlato all'aggressione sia, per l'agredito, attuale: giurisprudenza (sin dal 1927⁷⁷) e dottrina sono concordi al riguardo che la reazione difensiva scriminata debba necessariamente essere realizzata in risposta ad un pericolo attuale o imminente⁷⁸, e dunque potersi qualificare come immediata o concomitante⁷⁹. In una delle sentenze più significative della Suprema Corte di Parigi si è quindi negata la concessione dell'esimente, per assenza di attualità del pericolo, nei confronti di taluni soggetti che, dopo essere stati aggrediti in un primo momento da altri in strada, erano poi riusciti ad allontanarsi, per tornare da ultimo nel luogo ove si trovavano i loro iniziali aggressori, ed usare violenza nei confronti di questi ultimi⁸⁰.

rosa – nei confronti del cittadino – impostazione ermeneutica della giurisprudenza di legittimità. L'autore evidenzia inoltre che al principio dell'impossibilità assoluta di legittima difesa a fronte di atti dell'autorità gli studiosi accademici abbiano opposto tre distinte alternative esegetiche: 1) l'accordare al cittadino un diritto di resistenza assoluta agli atti dell'autorità, soluzione marginale e comunque ritenuta impraticabile dallo stesso Pradel; 2) l'autorizzare la resistenza, anche violenta, qualora l'illegalità sia manifesta (es.: ufficiale giudiziario che operi un sequestro in tempo notturno), soluzione però ritenuta “fragile” e foderata di incertezze applicative dall'autore *de quo*; e infine 3) accordare il “diritto di ribellione” unicamente a fronte di atti dell'autorità rivolti contro beni (es.: sequestro irregolare), e non a quelli rivolti contro la persona (es.: arresto), soluzione ritenuta preferibile dallo stesso Pradel, pur ammettendone la difficile applicabilità concreta.

⁷⁵ *Ex multis* v. F. DESPORTES-F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, cit., p. 722; H. RENOUT, *Droit pénal général*, cit., p. 230.

⁷⁶ Cass. Crim., 31 ottobre 1979, in *Bull. Crim.*, 1979, n. 263. Cass. Crim., 28 gennaio 1998, pubblicata sul sito istituzionale <https://www.legifrance.gouv.fr>. V. sul punto Y. MAYAUD, *Art. 122-5*, cit., § 24; H. PELLETIER, *Art. 122-5*, cit., § 3, e soprattutto B. BOULOC, *Droit pénal général*, cit., p. 351, il quale ricollegata la rigorosa soluzione adottata dalla giurisprudenza alla “teoria dell'obbedienza passiva”, fondata sull'art. 433-6 c.p.f., che prevede e punisce – come delitto di “ribellione” – la resistenza violenta agli agenti dell'autorità.

⁷⁷ Cass. Crim., 27 giugno 1927, in S. 1929, 1/356; Cass. Crim., 21 dicembre 1954, in *Bull. Crim.*, 1954, n. 423.

⁷⁸ B. BOULOC, *Droit pénal général*, cit., p. 350; B. BOULOC-H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général*, cit., p. 130; S. JACOPIN, *Droit pénal général*, cit., p. 351.

⁷⁹ In tal senso, tra i tanti, F. DESPORTES-F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, cit., p. 723 ss.; J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p. 330; H. RENOUT, *Droit pénal général*, cit., p. 231 ss.

⁸⁰ Cass. Crim., 16 ottobre 1979, in *D.*, 1980, p. 522. Al riguardo v. Y. MAYAUD, *Art. 122-5*, cit., § 19; H. PELLETIER, *Art. 122-5*, cit., § 4.

c) La necessità difensiva della reazione difensiva. La previsione in commento, in analogia con quella italiana, appare richiedere – ai fini della concessione della giustificazione – i due distinti requisiti della necessità (“un atto comandato dalla necessità della legittima difesa”), e della proporzionalità della condotta difensiva (“salvo che si abbia sproporzione”).

Tale conclusione non è però pacifica – quanto meno per la legittima difesa di beni personali, richiedendo espressamente quella di beni patrimoniali un “atto [difensivo] strettamente necessario” – tra i giuristi transalpini: ad un settore dottrinale che ritiene preferibile assumere l’indispensabile riscontro dei due distinti requisiti della necessità e proporzionalità della reazione difensiva⁸¹, si oppongono altri autori per i quali, in realtà, una condotta reattiva proporzionata sarebbe in *re ipsa* da considerare anche necessaria, e dunque il requisito della necessità in sé non svolgerebbe *de facto* alcun ruolo nell’art. 122-5 c.p.f.⁸².

Per quanto concerne la giurisprudenza, pur mancando particolari approfondimenti dogmatici di natura generale nelle sentenze della *Cour de Cassation*, la stessa pare propendere per un “assorbimento” della necessità nella proporzione, come pare dimostrare l’importante caso Devaud del 1961 (le cui statuizioni continuano ad essere seguite in giurisprudenza anche sotto il vigore dell’attuale testo normativo del 1994)⁸³. Nel caso in questione Devaud e Duthier, due uomini che si conoscevano bene, si trovavano in un bar insieme ad altri conoscenti quando a un certo punto Duthier aveva afferrato per il collo Devaud, il quale aveva immediatamente assestato un violento colpo in testa all’iniziale aggressore con una bottiglia di vetro la quale, fracassandosi sul cranio di Duthier, aveva provocato gravissime lesioni⁸⁴. In sede di appello, la Corte d’Appello di Limoges aveva negato la sussistenza della legittima difesa in capo a Devaud, argomentando in base alla mancanza del requisito della necessità difensiva, desunta dal fatto che l’agredito avrebbe potuto – e dovuto – richiedere l’intervento di uno dei tanti conoscenti ivi presenti, oppure rivolgersi all’autorità, posto che il mero afferrare il collo dell’imputato ancora non configurava un pericolo così marcato da richiedere un’immediata reazione potenzialmente letale⁸⁵. La Suprema Corte di Parigi al contrario, pur

⁸¹ Tra i più autorevoli B. BOULOC, *Droit pénal général*, cit., p. 351 ss.; S. JACOPIN, *Droit pénal général*, cit., p. 351 (entrambi tali autori distinguono nettamente i due requisiti della “*défense nécessaire*” e della “*défense mesurée*”); B. BOULOC-H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général*, cit., p. 131 ss.; J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p. 330 ss.; H. RENOUT, *Droit pénal général*, cit., p. 232.

⁸² Tra i fautori della presente impostazione F. DESPORTES-F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, cit., p. 724 ss.; J. PRADEL-A. VARINARD, *Les grands arrêts*, cit., p. 357.

⁸³ Cass. Crim., 21 novembre 1961, diffusamente commentata in J. PRADEL-A. VARINARD, *Les grands arrêts*, cit., p. 348 ss.

⁸⁴ Cass. Crim., 21 novembre 1961 cit.

⁸⁵ Cfr. al riguardo l’approfondimento specifico sul punto di J. PRADEL-A. VARINARD, *Les grands arrêts*, cit., p. 356 ss., secondo i quali «la corte d’appello aveva dunque argomentato in punto di fatto, in maniera precisa: certo l’aggressione era sì reale, ma la violenza

confermando la sentenza di condanna per lesioni ai danni di Devaud, ha rilevato la violazione del principio di proporzione, ritenendo “sproporzionata” la condotta di fracassare una bottiglia di vetro sulla testa dell’aggressore, rispetto al pericolo non elevato rappresentato dalla condotta “moderatamente” violenta di quest’ultimo⁸⁶.

Relativamente alla significativa decisione commentata, la cui impostazione ermeneutica è stata poi seguita anche dalla giurisprudenza di legittimità posteriore all’entrata in vigore del codice del 1994⁸⁷, va sottolineata l’impressione che la stessa, oltre ad assimilare – in modo dogmaticamente non ineccepibile – proporzionalità e necessità della difesa, adotti *de facto* una prospettiva *ex post*, senza peraltro attribuire rilievo alle concrete condizioni psico-emotive dell’agente.

Si consideri poi che l’attuale differenziazione tra legittima difesa di beni personali (art. 122-5 c.p.f.), e di beni patrimoniali (art. 122-6 c.p.f.), potrebbe stimolare ancora di più la giurisprudenza francese – nel caso di aggressioni a beni personali – all’unificazione dei requisiti di proporzionalità e necessità, posto che la separazione tra i suddetti è più evidente, di regola, nelle aggressioni a beni patrimoniali⁸⁸.

d) L’assenza di sproporzione tra i mezzi di difesa impiegati e la gravità dell’aggressione. L’ultimo requisito, che però come si è visto è senz’altro di fondamentale rilevanza nella prassi applicativa francese, richiesto ai fini della concessione della legittima difesa a condotte di reazione ad aggressione a beni personali è dato dalla mancanza di “sproporzione” (“*disproportion*”) tra i mezzi di difesa impiegati e la gravità dell’attacco. Sotto il profilo della formulazione, va rilevato che il richiedere una “mancanza di sproporzione”, anziché una “proporzione” (come nell’art. 52 c.p. italiano) tra difesa – *rectius*, mezzi di difesa – ed aggressione, potrebbe in astratto consentire una minore rigidità nella concessione della scriminante ad aggrediti i quali ledano beni giuridici di grado non marcatamente più alto di quelli minacciati dall’aggressione.

Passando invece alle concrete scelte esegetiche adottate dalla *Cour de Cassation*, premesso quanto già detto in punto di “assorbimento” del requisito della necessità difensiva in quello della proporzione tra difesa ed offesa, va innanzitutto ribadito che la sussistenza del suddetto è stata per lo più valutata da una prospettiva *ex post*, e non *ex ante*, sebbene la dottrina francese parla al

dell’atto difensivo non era però necessaria», e che «i giudici [d’appello] riconoscevano dunque indirettamente che una reazione difensiva sarebbe stata giustificata qualora fosse stata contenuta entro limiti più stretti».

⁸⁶ Cass. Crim., 21 novembre 1961 cit.

⁸⁷ Cfr., *ex plurimis*, Cass. Crim., 7 dicembre 1999, in *Bull. Crim.*, 1999, n. 292; Cass. Crim., 21 febbraio 1996, in *Bull. Crim.*, 1996, n. 84.

⁸⁸ Come si è visto dall’analisi della giurisprudenza italiana, tedesca e spagnola, sono invero quasi sempre i casi di reazioni difensive letali, o quasi letali, ad aggressioni a beni patrimoniali quelli nei quali, pur sussistendo la necessità difensiva, appare dubbia la proporzione tra la causazione della morte – o di gravi lesioni – all’aggressore, e la potenziale perdita di un bene meramente patrimoniale dell’aggredito.

riguardo di “constatazione dell’esistenza del pericolo *in abstracto* o *in concreto*”⁸⁹. Va data tuttavia menzione di talune sentenze, pur quantitativamente minoritarie, nelle quali la Suprema Corte di Parigi sembra aver adottato una prospettiva *ex ante* (“*in concreto*”, secondo la dottrina francese), come in un caso del 1972 nel quale si è riconosciuta la legittima difesa ad una coppia di diciassettenni che avevano gravemente ferito un soggetto che si era avvicinato – senza porre in essere concrete condotte violente – alla loro tenda, isolata in una zona di campeggio, nel mezzo della notte⁹⁰.

Per quanto concerne gli ulteriori casi rilevanti, vi sono innanzitutto due tipologie di condotta difensiva manifestamente sproporzionata sui quali la giurisprudenza d’oltralpe è da sempre consolidata nel negare la legittima difesa, date dall’ipotesi di chi risponde ad un mero schiaffo esplodendo uno o più colpi di arma da fuoco⁹¹, e da quella di chi spara contro un soggetto con le mani alzate in segno evidente di resa⁹². Passando, di converso, a casi di sproporzione non così evidente, la tendenziale valutazione *ex post* (o “*in abstracto*”) della condotta difensiva pare essere prevalente nella prassi applicativa della *Cassation*, come ad esempio in un caso del 1995 di affermata sproporzione tra una condotta difensiva data dallo sferrare un colpo con una scarpa dal tacco a spillo a fronte di un’aggressione consistente nell’afferrare la donna per il collo della camicia⁹³. In altri arresti, peraltro, la giurisprudenza pare considerare maggiormente il contesto concreto del conflitto tra aggressore e aggredito, ma al contempo operare una selezione dei fattori contestuali rilevanti particolarmente rigorosa per l’aggredito, come ad esempio in un caso del 2012 nel quale si è considerata sproporzionata l’esplosione di un secondo colpo di arma da fuoco alla coscia dell’aggressore, dopo l’inutile esplosione di un primo colpo in aria, il quale non aveva interrotto l’aggressione a colpi di pugni: in tale decisione si è valorizzata la maggiore prestanza fisica dell’aggredito, ma non la pervicacia e violenza della condotta dell’aggressore, l’esplosione di un primo colpo in aria e la scelta di indirizzare il secondo colpo ad una “zona non vitale”⁹⁴.

⁸⁹ J. PRADEL-A. VARINARD, *Les grands arrêts*, cit., p. 359, i quali rimarcano che «la sentenza Devaud [quella trattata nelle righe precedenti] si iscrive pienamente nell’impostazione esegetica che valuta in astratto la sussistenza dei presupposti della proporzionalità», impostazione che, ad avviso degli autori, la Corte di Cassazione francese tende a privilegiare sin da un arresto del 1873.

⁹⁰ Cass. Crim., 18 ottobre 1972, in *Bull. Crim.*, 1972, n. 293.

⁹¹ Cass. Crim., 12 dicembre 1929, in *S.*, 1931, 1/113; Al riguardo v. in dottrina J. PRADEL-A. VARINARD, *Les grands arrêts*, cit., p. 358.

⁹² Cass. Crim., 7 dicembre 1999, cit.

⁹³ Cass. Crim., 6 dicembre 1995, in *Dr. pénal*, 1996, n. 98.

⁹⁴ Cass. Crim., 26 giugno 2012, in *Dr. pénal*, 2012, n. 139.

2.2. La legittima difesa di beni patrimoniali (art. 122-5/2 c.p.f.)

La peculiarità più evidente del codice penale francese è senz'altro la disciplina differenziata della legittima difesa di beni patrimoniali (art. 122-5/2 c.p.f.), la quale è ispirata dal condivisibile intento di riaffermare il rango primario dei beni giuridici personali rispetto a quelli meramente patrimoniali, sancito – come in altre Carte Fondamentali d'Europa – dalla Costituzione francese del 1958. Sotto un profilo meramente storico va peraltro rilevato che la previgente disciplina della legittima difesa (art. 328 del codice napoleonico) contemplava formalmente solo le reazioni difensive ad attacchi contro l'integrità fisica o la vita, essendo l'estensione – nella prassi applicativa – ai beni patrimoniali frutto di una decisione della *Chambre des requêtes* del 1902⁹⁵, fondata su una interpretazione analogica *in bonam partem* (“in favorem”, usando il termine dei commentatori francesi⁹⁶) della previsione *de qua*⁹⁷.

La prima differenza rilevante tra la presente clausola e la legittima difesa di beni personali è data dal fatto che non ogni forma di ingiustificata aggressione ai beni patrimoniali consente all'aggredito di reagire in modo penalmente lecito, essendo richiesto che si tratti di un crimine o di delitto, dunque non di una contravvenzione. Ciò significherà, in concreto, che non si potrà opporre una condotta reattiva violenta a chi sta commettendo la contravvenzione di “danneggiamento leggero” (art. R635-1 c.p.f.)⁹⁸: in applicazione di tale disposto, la giurisprudenza di merito non ha dunque concesso la scriminante al soggetto reagente in modo fisicamente violento ad un calcio contro la carrozzeria di un'automobile⁹⁹.

Per quanto riguarda poi i requisiti della condotta reattiva, la stessa non solo deve essere “necessaria”, ma altresì “strettamente” tale, il che induce a intendere che la reazione concretamente prescelta debba essere assolutamente l'unica condotta potenzialmente atta a neutralizzare il delitto o crimine patrimoniale¹⁰⁰, e che altresì, di regola, occorrerà procedere ad una “*mise en garde*” (nel senso di richiesta di desistenza) non violenta dell'aggressore prima

⁹⁵ *Chambre des requêtes*, 25 marzo 1902, in *S.*, 1903, 1/5.

⁹⁶ M. SORDINO, *Droit pénal général*, cit., p. 249.

⁹⁷ M. SORDINO, *Droit pénal général*, cit., p. 249, la quale altresì evidenzia come una disposizione contenente una disciplina della legittima difesa di beni fosse già integrata nel progetto di riforma del *code pénal* del 1986, ma che la stessa fosse stata oggetto di numerose critiche in Assemblea nazionale, a causa dell'eccessiva vocazione “sicuritaria”: a seguito di un compromesso con il Senato (più favorevole alla norma proposta) si era quindi giunti al testo poi approvato e attualmente vigente, nel quale – a differenza di quello del 1986 – sono difatti presenti importanti limitazioni del diritto di difesa di beni patrimoniali.

⁹⁸ La contravvenzione menzionata sanziona, con la pena dell'ammenda, la condotta di «distruzione, degradazione o deterioramento di un bene altrui» dalla quale risulti un danno lieve per il bene.

⁹⁹ Trib. Toulouse, 24 gennaio 2002, in *Dr. pénal*, 2002, n. 52.

¹⁰⁰ In tal senso F. DESPORTES-F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, cit., p. 727 ss.

di procedere ad una reazione violenta¹⁰¹. Si potrebbe inoltre considerare siffatto requisito come un'indicazione all'agredito che, nel caso di aggressione meramente patrimoniale, in presenza di un'opzione tra due modalità difensive (es.: coltello o bastone, arma da fuoco o arma da taglio), la scelta tendenzialmente "esimente" dovrà sempre cadere sul mezzo meno lesivo, pur se – in ottica *ex ante* – connotato da una potenziale minore efficacia in termini di protezione del bene giuridico in pericolo.

Da ultimo, il legislatore francese ha ovviamente contemplato, anche per la legittima difesa di beni patrimoniali, il requisito della proporzione tra difesa e aggressione (si noti bene: non tra difesa e valore del bene). In tale contesto, peraltro, l'esigenza di proporzione è espressa in modo ancora più rigoroso, prescrivendo l'art. 122-5/2 che "i mezzi impiegati siano proporzionati alla gravità dell'infrazione", e non che – come nel 1° alinea – manchi "una sproporzione" tra i primi e la seconda. La restrizione maggiormente pregnante è però data dall'esclusione dell'esimente nei casi in cui l'atto difensivo consista in un omicidio volontario: il legislatore francese ha dunque sancito una "sproporzione" *ex legem* tra una condotta volontariamente lesiva della vita altrui, ed una qualsivoglia offesa meramente patrimoniale (arrecata dall'esecuzione di qualunque crimine e delitto contro i beni)¹⁰². La formulazione legislativa, con tutta evidenza, attribuisce alla giurisprudenza il compito di determinare se in concreto la morte dell'aggressore "patrimoniale" sia da attribuire ad una condotta connotata dalla coscienza e volontà dell'evento letale (in assenza della quale, ad es. in caso di l'omicidio colposo, si potrà – in presenza degli altri presupposti dell'art. 122-5/2 – riconoscere la scriminante a favore dell'agredito reagente)¹⁰³.

¹⁰¹ H. RENOUT, *Droit pénal général*, cit., p. 232. Analogamente anche F. DESPORTES-F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, cit., p. 728; J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p. 334 ss.

¹⁰² Al riguardo cfr. F. DESPORTES-F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, cit., p. 727 ss., i quali osservano come finanche «il guardiano del Louvre che uccidesse un individuo per impedire la distruzione della Gioconda non potrebbe dunque essere dichiarato penalmente irresponsabile in base all'articolo 122-5». Gli stessi autori rimarcano altresì che la suddetta prescrizione impone l'interdizione di tutti quegli *offendicula* automatici destinati ad uccidere, e non semplicemente a cagionare lesioni.

¹⁰³ Sul punto v. J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p. 336, il quale opera un collegamento diretto tra la limitazione esetica in esame e l'art. 2, § 2a, della CEDU (divieto di cagionare la morte di taluno, salvo che il ricorso alla forza sia assolutamente necessario per difesa nei confronti di una violenza illegale), osservando poi come si può ipotizzare che le corti d'assise continueranno nella loro prassi per cui difficilmente gli aggrediti, pur solo da soggetti realizzanti un crimine o delitto meramente patrimoniale, vengono condannati per omicidio volontario nel caso in cui cagionino, mediante la loro condotta reattiva, la morte dell'aggressore.

2.3. Le presunzioni (relative) di cui all'art. 122-6 c.p.f.

L'art. 122-6 c.p.f. detta una disposizione unica nel panorama dei codici penali europei trattati¹⁰⁴, sancendo una presunzione di legittima difesa nei casi in cui il difensore reagisca con una condotta astrattamente illecita per: 1° respingere, di notte, l'entrata mediante effrazione, violenza o inganno in un luogo abitato; o 2° difendersi contro gli autori di furti o saccheggi eseguiti con violenza. Trattasi, come già accennato, di previsione che ripropone quasi letteralmente la formulazione dell'art. 329 del *code Napoléon* del 1810.

Entrambe le previsioni, nella dottrina e – a partire dal 1959¹⁰⁵ – giurisprudenza francesi, sono state pacificamente interpretate come attinenti all'ambito probatorio: mentre in generale l'onere di provare i presupposti della legittima difesa grava sull'imputato che la invoca, nei casi dell'art. 122-6 c.p.f. si verifica un'inversione di tale onere, dovendo essere quindi l'accusa a provare la sproporzione della reazione rispetto all'aggressione, la mancata necessità, ecc.¹⁰⁶. Da ciò si desume che la natura della presunzione in esame, secondo l'impostazione predetta, deve necessariamente essere relativa (altrimenti l'accusa non potrebbe in alcun modo provare l'assenza dei requisiti della scriminante *de qua*)¹⁰⁷. Sotto il vigore del precedente codice, ad ogni modo, la giurisprudenza per lungo tempo è stata "esitante" sul punto, affermandosi in seno ad essa anche un orientamento favorevole all'assolutezza della presunzione, imperniato anche sul richiamo all'art. 1352/2 del codice civile francese previgente (che non ammette prova contraria in presenza di talune presunzioni legali)¹⁰⁸, salvo poi assestarsi in modo unitario sul principio per cui «la presunzione legale dell'art. 329 [ora art. 122-6 c.p.f.], lungi dal presentare un carattere assoluto e inconfutabile, è suscettibile di cedere a fronte di una prova contraria»¹⁰⁹.

L'esame della giurisprudenza della *Cour de Cassation* in materia, comunque, indica che non è frequente, per l'accusa, riuscire a dimostrare l'assenza dei requisiti della legittima difesa in presenza di aggressioni – pur respinte con

¹⁰⁴ Salvo, in parte, quanto disposto dagli artt. 52/2 ss. c.p. italiano sulla legittima difesa domiciliare.

¹⁰⁵ Anno in cui fu pronunciata la sentenza Cass. Crim., 19 febbraio 1959, in *JCP (Juris-Classeur périodique)*, 1959, II-11112.

¹⁰⁶ *Ex plurimis* seguono tale impostazione B. BOULOC, *Droit pénal général*, cit., p. 354 ss.; F. DESPORTES-F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, cit., p. 729 ss.; S. JACOPIN, *Droit pénal général*, cit., p. 356 ss.; J. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p. 336 ss.; H. RENOUT, *Droit pénal général*, cit., p. 232 ss.

¹⁰⁷ Si rimanda alla letteratura citata nella nota precedente, e a J. PRADEL, *Legittima difesa (Francia)*, in J. PRADEL-A. CADOPPI (a cura di), *Casi di diritto penale comparato*, Milano, 2005, p. 57, per il quale «attualmente la giurisprudenza consacra senza la minima esitazione la tesi della presunzione semplice».

¹⁰⁸ Così B. BOULOC, *Droit pénal général*, cit., p. 354.

¹⁰⁹ Cass. Crim., 19 febbraio 1959, cit. V., al riguardo, l'ampio commento della sentenza su J. PRADEL-A. VARINARD, *Les grands arrêts*, cit., p. 366 ss.

condotte letali, o provocanti gravi lesioni – appartenenti alle due tipologie di cui all’art. 122-6 c.p.f.¹¹⁰: come segnalato da attenta dottrina, occorrerà in particolare provare che il difensore, autore di una condotta omicidiaria o gravemente lesiva, sia consapevole che la vita (propria o degli altri presenti) non è messa concretamente in pericolo dall’aggressione¹¹¹.

3. La disciplina della *obrona konieczna* nel *kodeks karny* polacco

La rilevanza dell’ordinamento polacco ai fini del presente studio, al di là dell’importanza politica della Polonia nel contesto europeo¹¹², deriva dalla particolare attenzione da sempre mostrata dal legislatore polacco per la condizione psico-emotiva dei soggetti vittime di ingiuste aggressioni, recentemente concretizzatasi nella riforma, in materia di legittima difesa domiciliare, entrata in vigore nel 2018 (ovvero l’anno prima della legge di riforma italiana).

3.1. La scriminante di legittima difesa (art. 25/1 k.k.)

Il codice penale polacco del giugno 1997¹¹³ (*kodeks karny*, da adesso in poi abbreviato “k.k.”), frutto di un’importante opera di rinnovamento giuridico mirante alla conversione di un sistema penale di stampo autoritario in uno liberaldemocratico¹¹⁴, svolta essenzialmente dai giuristi pratici e accademici, disciplina all’art. 25 del suo testo l’istituto della legittima difesa¹¹⁵ (“*obrona*

¹¹⁰ Tra le più recenti Cass. Crim., 8 luglio 2015, in *Gaz. Pal.*, 31 novembre 2015, n. 307. V. anche, sempre nel senso di riconoscere l’esimente a favore dell’agredito, Cass. Crim., 11 ottobre 1994, in *Dr. pénal*, 1995, n. 37; Cass. Crim., 21 febbraio 1996, in *Dr. pénal*, 1996, n. 98. Sul punto v., nuovamente, J. PRADEL-A. VARINARD, *Les grands arrêts*, cit., p. 366 ss.

¹¹¹ In tal senso B. BOULOC, *Droit pénal général*, cit., p. 354.

¹¹² Trattasi, nell’ambito della Unione Europea, del più popoloso stato del c.d. “blocco ex-sovietico”.

¹¹³ Legge (*Ustawa*) del 6 giugno 1997, pubblicata sulla Gazzetta delle Leggi (*Dziennik Ustaw*) polacca in data 2 agosto 1997, le cui disposizioni sono entrate in vigore il 1° settembre 1998.

¹¹⁴ Sull’evoluzione del diritto penale polacco post-comunista (o degli ultimi anni del regime), v. in inglese K. KRAJEWSKI, *Crime and Criminal Justice in Poland*, in *EJC*, 2004, p. 377 ss.; in polacco W. WROBEL-A. ZOLL, *Polskie prawo karne. część ogólna*, Varsavia, 2013, p. 81 ss.

¹¹⁵ Sulla disciplina normativa dell’istituto in generale v. M. BOJARSKI, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Varsavia, 2017, p. 166 ss.; P. GENSIKOWSKI, *Nowelizacja art. 25 § 3 kodeksu karnego*, in *PP*, 9/2009, p. 125 ss.; R. GÓRAL, *Obrona konieczna w praktyce*, Varsavia, 2011; A. MAREK, *Obrona konieczna w prawie karnym*, Varsavia, 2008; M. MAŚNICKA, *Wpływ ideologii ZSRR na kształt instytucji obrony koniecznej w Polsce i w Niemczech*, in *PRPC*, 2/2011, p. 315 ss.; M. MOZGAWA, *Obrona konieczna w polskim prawie karnym*, in *AUMC sectio G*, tomo 60, n. 2, 2013, p. 171 ss.; R. STEFAŃSKI, *Kodeks karny. Komentarz*, Varsavia, 2015, p. 245 ss.

konieczna”, letteralmente “difesa necessitata”) con la formulazione di cui alla sottostante tabella.

Tabella 4. – La disciplina normativa della legittima difesa nel *kodeks karny* polacco (testo vigente al 1° marzo 2020)

Art. 25 k.k.
<p>1. Non commette reato colui che per necessità difensiva respinge un’aggressione ingiusta, attuale o imminente, a qualsivoglia bene giuridico.</p> <p>2. In caso di superamento dei limiti della difesa necessitata, in particolare quando l’autore reagisce in modo sproporzionato al pericolo dell’aggressione, è possibile in via eccezionale applicare una riduzione della pena, o altresì astenersi dalla sua imposizione.</p> <p>2a. Non è punibile colui il quale eccede i limiti della legittima difesa respingendo un’aggressione consistente nell’intrusione nell’appartamento, locale, casa, o nelle pertinenze dei suddetti, oppure respingendo un’aggressione preceduta da un’intrusione nei succitati luoghi, a meno che il superamento dei limiti della legittima difesa sia crasso (<i>comma vigente dal 18 gennaio 2018</i>).</p> <p>3. Non è punibile colui il quale eccede i limiti della difesa necessitata in conseguenza di uno stato di paura o di turbamento derivante dalla circostanze dell’aggressione subita.</p>

La normativa polacca sulla legittima difesa prevede *in primis* una causa di giustificazione (art. 25/1 k.k.), incentrata sui requisiti dell’aggressione ingiusta (attuale o imminente, e non limitata in relazione al bene giuridico coinvolto) e della necessità difensiva della reazione, non facendosi – in analogia ai codici tedesco e spagnolo – alcun formale riferimento al concetto di proporzione¹¹⁶.

3.2. La scusante per l’eccesso difensivo dovuto a paura o turbamento (art. 25/3 k.k.)

In relazione alle ipotesi di condotte difensive eccessive, in quanto superanti i limiti stabiliti per la concessione della piena giustificazione, sono inoltre contemplate due distinte clausole generali di non punibilità e/o attenuazione sanzionatoria¹¹⁷, alle quali va aggiunta la nuova esimente limitata alle sole ipotesi di aggressione domiciliare.

¹¹⁶ “*Wspólmierność*”, del quale peraltro si fa espressa menzione dal 2° comma, e altresì in dottrina e giurisprudenza, pur con un’accezione in parte sovrapponibile a quella della “necessità”: al riguardo v., segnatamente, P. GENSIKOWSKI, *Nowelizacja*, cit., p. 125 ss.

¹¹⁷ Sul tema dell’eccesso difensivo, tra gli scritti antecedenti alla riforma del 2018, v.

La prima previsione (art. 25/3 k.k.) presenta rilevanti analogie con la pluri-menzionata causa di non punibilità per gli eccessi difensivi di cui al § 33 StGB, e ricollega infatti la non punibilità al superamento dei limiti della scriminante dell'art. 25/1 in condizioni psico-emotivamente compromesse da paura o turbamento¹¹⁸. Occorre comunque, al riguardo, che l'insorgenza di siffatte condizioni psichiche derivi dall'aggressione sofferta¹¹⁹: in relazione a tale configurazione della previsione, del resto, la dottrina polacca ha attribuito la classificazione dogmatica di scusante alla previsione *de quo*¹²⁰. La maggioranza degli studiosi polacchi, inoltre, tende ad escludere, dall'ambito applicativo dell'esimente in questione (e anche di quella dell'art. 25/2), le ipotesi di eccesso difensivo estensivo, ciò verosimilmente alla luce dell'espresso riferimento all'eccesso intensivo contenuto nel testo di cui all'art. 25/2 k.k.¹²¹.

3.3. La scusante/attenuante per gli altri casi di eccesso difensivo (art. 25/2 k.k.), e la prassi applicativa polacca

In presenza di una condotta reattiva ad un'aggressione ingiusta in cui il superamento dei limiti della scriminante non è attribuibile ad uno stato di paura o turbamento, la legislazione polacca offre la possibilità di applicare la norma di cui all'art. 25/2 k.k. La stessa, al riguardo, conferisce agli organi giudicanti la possibilità di ridurre in via eccezionale la pena, o addirittura di esimersi dall'imporla, in presenza di una reazione difensiva sproporzionata rispetto al pericolo prodotto dall'aggressione ingiusta: la formulazione, pertanto, fa chiaro riferimento alle ipotesi di "eccesso difensivo intensivo", come del resto attestato dai principali arresti giurisprudenziali in materia¹²².

La presente clausola scusante/attenuante, unitamente alla scriminante del

in particolare M. SZAFRANIEC, *Przekroczenie granic obrony koniecznej w polskim prawie karnym*, Cracovia, 2004; T. TABASZEWSKI, *Eksces intensywny obrony koniecznej w orzecznictwie*, in *PPro*, 12/2010, p. 71 ss.; W. WROBEL-A. ZOLL, *Polskie prawo*, cit., p. 359 ss.

¹¹⁸ Non viene invece citata l'ansia/panico, come nella previsione del codice penale tedesco.

¹¹⁹ Al riguardo va sottolineato il parallelismo con quanto disposto dall'art. 55/2 c.p. italiano, cioè dalla causa di non punibilità per le reazioni eccessive ad aggressioni domiciliari introdotta dalla riforma del 2019. Sia consentito, sul punto, il rinvio a F. MACRÌ, *Uno studio comparatistico*, cit., p. 51.

¹²⁰ Per tutti v. J. KLUZA, *Nowe granice obrony koniecznej?*, in *RPES*, 3/2018, p. 88. Il testo attuale della norma, peraltro, è frutto delle modifiche apportate dall'art. 1/2 dalla legge (*Ustawa*) del 5 novembre 2009, pubblicata sulla Gazzetta delle Leggi (*Dziennik Ustaw*) polacca in data 7 dicembre 2009, a seguito della quale si è eliminata ogni facoltatività applicativa da parte del giudice: al riguardo v. la posizione critica (nel senso che l'obbligatoria esenzione da pena sarebbe incongrua) di P. GENSIKOWSKI, *Nowelizacja art. 25 § 3*, cit., p. 125 ss.

¹²¹ W. WROBEL-A. ZOLL, *Polskie prawo*, cit., p. 359 ss.

¹²² V. in particolare SA Szczecin, 9 luglio, 2015, II Aka 144/15, in *Legalis* n. 1372848; SA Gdansk, 21 settembre 2016, II AKa 261/16, in *Lex* n. 2157821.

1° comma, e alla scusante del 3° comma dell'art. 25 k.k., in precedenza analizzate (norme ancora oggi vigenti) componevano dunque la disciplina polacca della legittima difesa in vigore fino al 17 gennaio 2018. Tale disciplina, in ottica meramente normativa, appariva caratterizzata dalla predisposizione di ampi spazi di non punibilità per l'agredito eccedente i limiti della giustificazione difensiva tracciati dall'art. 25/1 k.k.

Passando però ad esaminare la recezione della legislazione *de qua* nella prassi applicativa, va evidenziato che un ampio settore della dottrina aveva sin dal 2010 sottolineato l'accoglimento, soprattutto da parte della giurisprudenza di merito, di un tendenziale rigore applicativo (a scapito della posizione giuridica dell'agredito)¹²³. La suddetta impostazione, in concreto, si esprimeva in tre distinti ambiti: *in primis*, quello della vanificazione della dottrina del Supremo Tribunale di Varsavia ("*Sąd Najwyższy*")¹²⁴ secondo cui la necessità della reazione difensiva andrebbe valutata *ex ante*, e non *ex post* (criticità, peraltro, già riscontrata nella prassi applicativa degli ordinamenti italiano, tedesco e spagnolo)¹²⁵; in seconda battuta, quello della infrequente concessione della non punibilità completa nei casi di eccesso "non emotivo" di cui all'art. 25/2 k.k., riscontrandosi spesso casi di "reagenti eccessivi" assolti dal Supremo Tribunale polacco dopo essere stati condannati in primo grado ed in appello (ed avere sofferto – mediamente – dai 3 ai 9 mesi di carcerazione preventiva)¹²⁶; ed infine la limitata concessione della scusante contemplata per i casi di eccesso difensivo "emotivo" dall'art. 25/3 k.k.¹²⁷.

3.4. *L'esimente introdotta nel 2018 per gli eccessi difensivi domiciliari (art. 25/a k.k.)*

In considerazione dell'appena esaminata caratterizzazione del diritto vivente polacco in materia di legittima difesa, e di alcuni casi mediatici¹²⁸, la

¹²³ T. TABASZEWSKI, *Eksces intensywny*, cit., p. 71 ss. Analogamente, in buona sostanza, J. KLUZA, *Nowe granice*, cit., p. 96.

¹²⁴ Si consideri ad esempio la sentenza del Tribunale Supremo SN (*Sąd Najwyższy*), 3 gennaio 2002, IV KKN 645/97, in *OSNKW*, 5-6/2002, p. 77, nella quale i giudici di Varsavia hanno assolto l'imputato, annullando l'impugnata sentenza emanata in sede d'appello in quanto fondata su una valutazione *ex post*, anziché *ex ante*, della necessità (e *de facto* anche proporzionalità) della reazione rispetto all'aggressione.

¹²⁵ T. TABASZEWSKI, *Eksces intensywny*, cit., p. 72 ss., che cita numerosi casi giurisprudenziali nei quali il Tribunale Supremo ha riconosciuto la sussistenza della causa di giustificazione negata in sede di appello, e altresì casi in cui le corti d'appello hanno riconosciuto la medesima scriminante che era stata negata dai giudici di prime cure.

¹²⁶ T. TABASZEWSKI, *Eksces intensywny*, cit., p. 74.

¹²⁷ In realtà tale circostanza non appare sottolineata dalla prevalente dottrina polacca, che però al contempo non cita alcun orientamento giurisprudenziale maturato in sede applicativa della suddetta norma, facendone desumere una scarsa utilizzazione in sede applicativa. Cfr. comunque al riguardo A. KANIA, *Mój dom moją twierdzą*, in *NKPK*, 48/2018, p. 23 ss.

¹²⁸ In particolare quello della mancata concessione della scriminante di cui all'art. 25/1

Camera Bassa polacca (*Sejm*) ha quindi approvato una legge di riforma della legittima difesa, d’iniziativa governativa, la quale è entrata in vigore il 18 gennaio 2018¹²⁹. A seguito di siffatta riforma, la disciplina normativa dell’art. 25 k.k. si è arricchita di un nuovo § 2a¹³⁰, il quale dispone che:

2a. *Non è punibile colui il quale eccede i limiti della legittima difesa respingendo un’aggressione consistente nell’intrusione nell’appartamento, locale, casa, o nelle pertinenze dei suddetti, oppure respingendo un’aggressione preceduta da un’intrusione nei succitati luoghi, a meno che il superamento dei limiti della legittima difesa sia crasso.*

La relazione d’accompagnamento al progetto di legge¹³¹ fa esplicito riferimento, con una delle sue principali argomentazioni, all’eccessiva restrizione del “diritto di difesa” derivante dalla prassi applicativa della giurisprudenza di merito¹³², menzionando altresì la necessità di accogliere, alla luce dell’importanza della tutela del cittadino da aggressioni domiciliari nella tradizione giuridica polacca, i postulati della teoria “*my home, my castle*” di derivazione nordamericana¹³³, richiamata altresì dal legislatore italiano del 2019 come modello della nuova disciplina della legittima difesa domiciliare di cui all’art. 52/4 c.p.¹³⁴.

La nuova clausola di non punibilità di cui all’art. 25/2a k.k., diversamente da quella dell’art. 25/3, è verosimilmente da qualificare come esimente fondata sul “mancato bisogno di pena”¹³⁵, attesa la mancata menzione di qualunque circostanza di tipo soggettivo, psicologico, o comunque emotivo. La finalità perseguita dal legislatore di Varsavia, del resto, era – come si evince chiaramente dai lavori preparatori – garantire la totale non punibilità alle vittime di aggressioni domiciliari eccedenti, in modo non manifesto, i limiti della difesa legittima in assenza di quei fattori di compromissione emotiva richiesti dall’art. 25/3 k.k. Tali fattori emotivi, al contrario, dovrebbero – come rilevato dagli

k.k. all’anziano diversamente abile T. Zbigniew: per maggiori dettagli sul caso, v. il resoconto giornalistico-giudiziario pubblicato su <https://www.rp.pl/Prawo-karne/310129959-Obrona-konieczna---SN-uwzględnil-kasacje-Prokuratora-Generalnego.html>.

¹²⁹ Legge (*Ustawa*) del 8 dicembre 2017, pubblicata sulla Gazzetta delle Leggi (*Dziennik Ustaw*) polacca in data 4 gennaio 2018, ed entrata in vigore il 18 gennaio 2018.

¹³⁰ Tra i commenti accademici v. Z. JĘDRZEJEWSKI, *Obrona konieczna*, cit., p. 171 ss.; A. KANIA, *Mój dom moją twierdzą*, cit., p. 13 ss.; J. KLUZA, *Nowe granice*, cit., p. 87 ss.; A. LIMBURSKA, *Niekaralność przekroczenia granic obrony koniecznej*, in *CPKNP*, 2017, n. 4, p. 7 ss.

¹³¹ SEJM, *Druk sejmowy n. 1871*, pubblicato sul sito ufficiale della Camera bassa polacca www.sejm.gov.pl.

¹³² SEJM, *Druk sejmowy n. 1871*, cit., p. 2 ss.

¹³³ SEJM, *Druk sejmowy n. 1871*, cit., p. 3 ss. Sul punto v. in particolare A. KANIA, *Mój dom moją twierdzą*, cit., p. 13 ss.

¹³⁴ V. *supra*, Cap. II, § 1.2.

¹³⁵ Adottando il concetto introdotto da C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 992, e separato dogmaticamente in modo netto da quello di colpevolezza.

stessi fautori della riforma¹³⁶ – obbligatoriamente essere ravvisati qualora si volesse dichiarare la non punibilità di eccessi difensivi di grado particolarmente elevato (es.: uccisione dell'aggressore a fronte di un mero schiaffo, senza pericolo di escalation)¹³⁷.

Si considerino, al riguardo, due criticità evidenziate dai giuristi polacchi:

1. La formulazione della norma potrebbe aprire le porte all'applicazione della disciplina privilegiata anche nei casi di "eccesso difensivo estensivo temporale", sia anticipato che posticipato, in contraddizione con il pacifico orientamento (negativo al riguardo) di giurisprudenza e dottrina polacche¹³⁸, e ancor prima con le intenzioni del legislatore di Varsavia (espresse in modo inequivocabile nella relazione di accompagnamento)¹³⁹.

2. L'esclusione delle ipotesi in cui il valicamento dei limiti della legittima difesa è maggiormente marcato, con conseguente applicabilità del solo art. 25/3 k.k., potrebbe ridurre in modo netto l'ambito applicativo della previsione *de qua*; e altresì espandere i margini di discrezionalità giudiziaria, in contrasto con le intenzioni legislative¹⁴⁰.

¹³⁶ SEJM, *Druk sejmowy n. 1871*, cit., p. 3.

¹³⁷ J. KLUZA, *Nowe granice obrony koniecznej?*, cit., p. 91.

¹³⁸ Così A. LIMBURSKA, *Niekarałność*, cit., p. 17 ss.

¹³⁹ SEJM, *Druk sejmowy n. 1871*, cit., p. 4.

¹⁴⁰ In tal senso J. KLUZA, *Nowe granice obrony koniecznej?*, cit., p. 91.

Capitolo IV

Gli elementi nucleari della legittima difesa

Sommario: 1. La necessità, la proporzione ed il loro fondamentale – ma diverso – ruolo nell’enucleazione di una disciplina funzionale e costituzionalmente orientata. – 2. Il concetto di aggressione ingiusta ad un bene giuridico, e i criteri per determinarne la sussistenza. – 2.1. I beni giuridici la cui messa in pericolo può fondare il diritto di difesa necessitata. – 2.2. L’ingiustizia dell’aggressione/offesa. – 2.3. I criteri per ravvisare la sussistenza di un’aggressione ingiusta indipendentemente dalla sua attualità. – 3. Il carattere attuale dell’aggressione/pericolo. – 3.1. La necessità di valutare l’attualità dell’aggressione da una prospettiva *ex ante* di tipo oggettivo. – 3.1.1. Il parametro oggettivo dell’osservatore ragionevole ai fini della valutazione *ex ante* dell’attualità dell’aggressione. – 3.2. L’aggressione imminente. – 3.3. L’aggressione perdurante. – 4. La necessità della reazione difensiva. – 4.1. Il criterio temporale e personale per valutare la sussistenza della necessità difensiva: prospettiva *ex ante* oggettiva con riferimento ad un “osservatore ragionevole”. – 4.2. *L’ubi consistam* della necessità difensiva nell’ottica dell’effettività difensiva “costituzionalmente orientata”. – 4.2.1. Il fondamentale contributo dato dalle scienze empiriche extragiuridiche in materia (psicologia, discipline di combattimento, ecc.). – 4.2.1.1. I fattori “interni”, di tipo psicologico e biologico, condizionanti l’effettività della condotta difensiva. – 4.2.1.2. I fattori “esterni” condizionanti (struttura fisica e numero di aggressori e aggrediti, efficacia difensiva delle tecniche di combattimento, ecc.). – 4.3. Analisi della prassi applicativa in materia di necessità difensiva delle Supreme Corti italiana e tedesca. – 4.3.1. La superiorità numerica degli aggressori. – 4.3.2. L’abilità nell’uso delle arti marziali e l’esperienza di combattimento – 4.3.3. I casi in cui venga impiegata un’arma: la c.d. “dottrina dell’utilizzo per gradi”. – 4.3.3.1. L’utilizzabilità difensiva delle armi da taglio. – 4.3.3.2. L’utilizzabilità difensiva delle armi da fuoco. – 4.3.4. L’inesigibilità della resa e della fuga.

Una volta esaminate le discipline normative dell’istituto in vigenti nei principali ordinamenti europei, è d’obbligo entrare nel vivo di un’analisi “multi-prospettica” dei principali elementi strutturali.

Siffatta analisi sarà “multiprospettica” in quanto la fondamentale prospettiva dogmatica sarà strettamente coniugata ad una visione pragmatica, orientata ad assicurare al contempo il rispetto delle garanzie costituzionali spettanti all’aggressore in quanto persona, e l’effettività della reazione difensiva. Mettere in primo piano l’effettività della reazione difensiva in termini di salvaguar-

dia del bene giuridico individuale (e non certo di conservazione dell'ordinamento giuridico), soprattutto se personale, è un'esigenza scaturente dal fondamento teorico del diritto di autodifesa necessitata ricostruito nel Cap. I, e della centralità costituzionale dei fondamentali diritti della persona.

L'obiettivo dell'analisi sarà delineare direttrici normative alle quali ispirare eventuali riforme legislative, o anche solo prospettare soluzioni esegetiche di cui si auspica l'accoglimento da parte della giurisprudenza di legittimità. Considerando la stretta affinità dei diritti fondamentali previsti dalle Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea, ed il ruolo svolto dalla CEDU, il modello di legittima difesa cui si giungerà, pur elaborato soprattutto a seguito di approfondimenti sulle legislazioni e prassi giurisprudenziali italiane e tedesche, sarà facilmente trasponibile anche in altri ordinamenti della UE, a partire da quelli appena trattati.

Da ultimo si tenga presente che, ai fini dell'analisi cui si procederà nel presente capitolo e nei seguenti, si terrà conto principalmente delle prassi giurisprudenziali e degli studi dottrinali emersi negli ordinamenti italiano e tedesco¹.

1. La necessità, la proporzione ed il loro fondamentale – ma diverso – ruolo nell'enucleazione di una disciplina funzionale e costituzionalmente orientata

Nel presente capitolo si tratterà di quelli che si è ritenuto congruo contrassegnare come “elementi nucleari” della legittima difesa. Tale denominazione è stata prescelta in quanto si ritiene che in qualunque ordinamento democratico caratterizzato da una Costituzione liberale il diritto di difesa necessitata deve comunque essere esercitato in presenza di rigorosi presupposti, e con talune modalità ineludibili.

Trattasi, in concreto, dei seguenti requisiti:

I) la presenza di un'*aggressione ingiusta*, per repellere, respingere o attenuare le cui conseguenze lesive si pone in essere la condotta difensiva reattiva;

II) il *carattere attuale dell'aggressione ingiusta*, cioè l'essere la suddetta imminente, in corso o “perdurante”, a significare la sussistenza di un concreto pericolo di lesione per la sfera giuridica dell'agredito;

III) la *necessità della reazione difensiva* lesiva di beni giuridici dell'aggressore, al fine di tutelare l'agredito dal pericolo appena menzionato;

IV) la fondamentale *esigenza complessiva di proporzione* tra la reazione difensiva e l'offesa/aggressione.

¹ Ciò in relazione al taglio dogmatico-pragmatico del presente studio, al quale risultano particolarmente funzionali gli approfondimenti svolti dai giuristi tedeschi, in quanto connotati – viste le peculiarità dell'istituto di cui al § 32 StGB (v. Cap. II, §§ 2 ss.), ed il maggioritario approccio ideologico (v. Cap. I) – da una maggiore attenzione ai profili concernenti l'effettività della condotta difensiva.

I suddetti elementi, non a caso, sono stati riscontrati in tutte le cinque legislazioni europee analizzate, e rappresentano pilastri essenziali di una disciplina dell'istituto che, pur orientata a garantire il diritto ad una reazione efficace in relazione alla protezione dei beni giuridici (soprattutto se personali), sia rispettosa del quadro dei diritti fondamentali emergente dalla CEDU e dalle principali Costituzioni europee.

Una volta ribadita l'indefettibilità, sia *de iure condito* che *de iure condendo*, dei requisiti appena menzionati ai fini della giustificazione di una condotta difensiva lesiva dei beni giuridici di un soggetto qualificabile come aggressore ingiusto, non ci si può però esimere dal sottolineare l'indubbia centralità, dogmatica e pragmatica, dell'elemento dato dalla "necessità della reazione difensiva". Se infatti i primi due requisiti, pur talvolta forieri di talune rilevanti criticità esegetiche, nella gran parte dei casi non pongono particolari difficoltà all'interprete (avendo quest'ultimo a disposizione taluni parametri oggettivi di una certa pregnanza²), la necessità della reazione difensiva pone spesso soverchie difficoltà in punto di elaborazione – e ancor di più di applicazione – dei criteri per determinare quando una condotta difensiva, spesso totalmente eterogenea rispetto a quella aggressiva, è davvero necessaria per salvaguardare il bene giuridico messo in pericolo.

Per quanto riguarda la proporzione, si ritiene sussistente un'esigenza indefettibile di assicurarla nel complesso, tale dunque da annoverarla a pieno titolo tra i requisiti nucleari indefettibili dell'istituto. È innegabile, del resto, che nelle legislazioni – come quella italiana – in cui sia prevista, la proporzione è senz'altro configurabile come requisito strutturale, e svolge un ruolo centrale a livello dogmatico e pragmatico.

Ciò nonostante, occorre considerare che non tutti gli ordinamenti, anche solo limitandosi a quelli dei Paesi UE, contemplano la proporzione in senso stretto della reazione difensiva quale presupposto per il riconoscimento, con efficacia giustificante, di un diritto di reazione difensiva necessitata: si pensi innanzitutto alla disciplina del § 32 dello StGB tedesco, ma anche all'art. 20.4 del testo punitivo spagnolo.

Ad ogni modo – come già detto – un'esigenza complessiva di proporzione caratterizza senz'altro tutti gli ordinamenti giuridici qui analizzati, e discende – oltre che dalle convenzioni internazionali (a partire dalla CEDU) in materia di diritti dell'uomo – innanzitutto dalla stessa centralità dei diritti fondamentali nelle moderne Costituzioni liberali. Non sarebbe infatti ammissibile, in nessun ordinamento³, considerare giustificata la soppressione intenzio-

² Ad esempio il potersi avvalere – pur non integralmente, come si vedrà – della disciplina del "delitto tentato", e dunque dei concetti di "inizio di esecuzione" (Germania, Spagna, ecc.) o di "idoneità e univocità degli atti" (Italia), per determinare il momento in cui l'aggressione diventi attuale.

³ Neanche in quello tedesco, dove ancora oggi prospera l'impostazione teorica "assolutista" per cui il fondamento teorico della legittima difesa sarebbe il "*Rechtbewährungssprinzip*", cioè l'idea che ogni aggressione ingiusta, anche produttiva di una lesione circo-

nale di una vita umana cagionata per neutralizzare il pericolo di una ridotta perdita patrimoniale (es.: sottrazione di un pallone, o di un frutto), o per interrompere un'offesa all'onore in atto (es.: ingiurie reiterate⁴, indipendentemente dalla loro gravità). Ciò, peraltro, è dimostrato nell'ordinamento tedesco dall'inserimento, nel testo del § 32 StGB, del requisito della *Gebotenheit*, cioè dell'ammissibilità etico-sociale della reazione difensiva: la giustificazione della condotta difensiva, in tale contesto, viene infatti meno anzitutto nell'ipotesi in cui la stessa cagioni un esito lesivo "manifestamente sproporzionato" rispetto alla potenziale lesione che l'aggressore possa causare.

Ciò premesso, si ritiene comunque opportuno analizzare la proporzione "in senso stretto", quale rigoroso requisito concernente il rapporto tra lesività (reale) della reazione e lesività (potenziale, pur se talvolta realizzantesi) dell'aggressione, nel capitolo successivo⁵, ritenendosi che, per quanto riguarda i beni "personalissimi" (vita, dignità umana, ecc.)⁶, qualora messi in pericolo in modo grave, è incongruo imporre all'agredito un onere di reagire in modo strettamente proporzionato all'aggressione, riducendo così le possibilità di una tutela effettiva dei propri beni giuridici di rango costituzionalmente primario.

La considerazione della proporzione in senso stretto quale elemento strutturale rilevante, ma non nucleare, della legittima difesa vale peraltro con riferimento ad una disciplina unitaria dell'istituto come quella presente nel codice penale tedesco, e altresì – salvo l'impatto delle recenti riforme⁷ – in quelli italiano e polacco. Volendo invece scindere⁸, sulla falsariga delle scelte normative operate dal legislatore francese e – seppur in modo meno netto – spagnolo, la disciplina della legittima difesa a seconda della natura personale o non personale del bene giuridico, la proporzione in senso stretto è senz'altro configurabile quale elemento nucleare ai fini della concessione della scriminante di "legittima difesa di beni non essenziali"⁹.

scritta alla sfera giuridica dell'individuo aggredito, attenterebbe alla stabilità dell'ordinamento (al riguardo v. *supra*, Cap. I, § 2.1).

⁴ Analogamente F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 935, il quale rileva che la giurisprudenza italiana di legittimità ha considerato sproporzionata una reazione fisicamente violenta realizzata per impedire al destinatario della stessa di continuare ad offendere con parole e gesti ingiuriosi il soggetto reagente.

⁵ V. al riguardo F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 392, il quale, ritenendo essenziale che l'istituto della legittima difesa richieda *tout court* anche la proporzione tra difesa e offesa, afferma al riguardo che «la proporzione, insomma, a differenza della necessità difensiva, che forse costituisce un requisito per così dire più strutturale dell'istituto visto e considerato che senza di esso si attenua l'esigenza stessa del comportamento reattivo e della sua liceità, rappresenta una vera e propria *scelta di campo* dell'ordinamento».

⁶ V. *supra* quanto visto, nel Cap. I, sul fondamento teorico, costituzionalmente orientato, della legittima difesa.

⁷ V. *supra*, Cap. II, § 1.2. (per l'Italia); e Cap. III, § 3.4. (per la Polonia).

⁸ Opzione che si valuterà con attenzione nel prosieguo della trattazione.

⁹ V. *infra*, Cap. V, § 3.1.

2. Il concetto di aggressione ingiusta ad un bene giuridico, e i criteri per determinarne la sussistenza

Il primo dei quattro pilastri “nucleari” che dovrebbero reggere la struttura del modello di legittima difesa delineato è dato dalla sussistenza di un’aggressione ingiusta in quanto tale. La trattazione di tale essenziale elemento consta di tre componenti: la prima concernente il novero dei beni giuridici la cui messa in pericolo possa giustificare una reazione difensiva; la seconda relativa alla necessaria concretizzazione del concetto di “ingiustizia” dell’aggressione¹⁰; e la terza – più controversa – inerente alla possibilità di configurare un’aggressione ingiusta anche prima che il pericolo provocato dalla stessa per il bene giuridico sia attuale, e – in caso di risposta positiva – al criterio (prospettiva *ex post*, *ex ante*, ecc.) in base al quale ravvisarne la sussistenza.

2.1. I beni giuridici la cui messa in pericolo può fondare il diritto di difesa necessitata

In consonanza con le attuali legislazioni vigenti dei cinque ordinamenti analizzati il predisponendo modello di legittima difesa richiede, *in primis*, che si circoscriva il novero dei beni giuridici per tutelare i quali sia possibile realizzare lecitamente, sussistendo gli ulteriori requisiti, condotte difensive altrimenti costituenti reato. È difatti conforme alla configurazione quale *extrema ratio* della legittima difesa delimitarne la concessione alle sole ipotesi in cui vi è un’effettiva messa in pericolo di un ben identificato bene giuridico di natura individuale, esigenza espressa in taluni degli ordinamenti giuridici considerati con il riferimento alla difesa dei diritti propri o altrui¹¹.

Non saranno dunque giustificabili condotte poste in essere per respingere aggressioni a beni giuridici collettivi o comunque pubblicistici (fede pubblica, ordine pubblico, ecc.), dato che in tali casi andrà implementato il fondamentale principio democratico del monopolio pubblico dell’uso della forza, di cui la legittima difesa deve costituire un’eccezione circoscritta¹².

¹⁰ Si tenga presente, come si vedrà meglio in seguito, che il termine “aggressione”, menzionato espressamente nei testi punitivi tedesco, spagnolo, francese e polacco, non è però stato inserito dal legislatore italiano nel testo dell’art. 52 c.p., nel quale invece si parla di “offesa” (ingiusta), senza che ciò – alla luce dell’analisi giurisprudenziale svolta – abbia comportato conseguenze sostanziali nella prassi applicativa, e nell’approfondimento dottrinale dell’istituto.

¹¹ Trattasi in particolare dell’ordinamento italiano, nel quale l’art. 52 c.p. fa riferimento alla “necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un’offesa ingiusta”, e di quello spagnolo, in cui l’art. 20.4 richiede, ai fini della concessione della scriminante, che il soggetto “agisca in difesa della persona o dei diritti propri o altrui”.

¹² Nella dottrina italiana v., *ex plurimis*, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 384 (che identifica il diritto difendibile con una “situazione giuridica soggettiva di cui sia titolare un soggetto determinato”); A. CADOPPI-G. BILLO, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 329; T. PADOVANI,

Per quanto riguarda i beni giuridici (o diritti) individuali legittimamente “difendibili” dai privati, vanno innanzitutto evidenziati, vista la centralità loro attribuita dalle moderne Costituzioni, quelli di natura strettamente personale: trattati innanzitutto della vita, dignità umana, incolumità individuale, personalità individuale, libertà fisica, libertà morale, e libertà sessuale (comprensiva dell’intangibilità sessuale dei minori)¹³. Tra i beni giuridici di natura non strettamente personale vanno invece menzionati notabilmente i diritti di natura patrimoniale e l’invulnerabilità del domicilio/libertà domiciliare: per quanto riguarda quest’ultimo va comunque evidenziato – oltre al suo essere proiezione della persona umana, circostanza per cui viene spesso inserito tra i c.d. “diritti della personalità”¹⁴ – che sovente, dipendendo dalle circostanze concrete, un’aggressione domiciliare in presenza di una o più persone legittimamente presenti nel suddetto luogo potrà configurarsi altresì come aggressione a beni giuridici di natura personale. Un discorso peculiare va invece fatto per il diritto all’onore: pur essendo all’evidenza un bene giuridico di natura personale, alla luce della posizione non primaria dello stesso rispetto alla tutela dell’essere umano in quanto tale nelle moderne società democratiche andrebbe equiparato, con riferimento alla legittima difesa, ai diritti di natura non strettamente personale¹⁵.

2.2. L’ingiustizia dell’aggressione/offesa

Uno dei connotati indefettibili ai fini della concessione della scriminante in esame, e sul quale legislatori, giudici e studiosi accademici europei si mostrano sostanzialmente convergenti, è l’ingiustizia (nel senso di anti-giuridicità) dell’aggressione o dell’offesa. Si parla infatti di aggressione ingiusta o ingiustificata, rispettivamente, nel codice polacco e in quello francese; di aggressione illegittima nel testo punitivo spagnolo; di aggressione anti-giuridica in quello tedesco; e di offesa ingiusta nel codice penale italiano.

Sotto il profilo ermeneutico, è preferibile identificare – per non ampliare eccessivamente l’ambito di giustificazione – l’ingiustizia della condotta aggress-

(voce) *Difesa legittima*, cit., p. 500; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 372; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 921 ss.; e notabilmente D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 226, secondo il quale l’estensione dell’istituto anche alla difesa di suddetti beni «aprirebbe la strada ad una indebita intromissione del privato nei compiti propri degli organi dello Stato», stravolgendo pertanto la natura stessa della legittima difesa. Nella letteratura tedesca v., *ex multis*, A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 11; F. HEGER-K. KÜHL, § 32 *StGB*, in *Lackner/Kühl Kommentar Strafgesetzbuch*, 29^a ed., 2018, rn. 3; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 383; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 37.

¹³ V. nella dottrina tedesca, in particolare, U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 36; V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 85 ss.

¹⁴ Così nella letteratura italiana, per tutti, F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 917 ss.

¹⁵ Si condividono pienamente, in tale contesto, le riflessioni di F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 935, secondo il quale «nell’ambito dei diritti della persona, la sensibilità attuale considera nettamente prevalenti i beni attinenti alla dimensione fisica della persona rispetto a valori quali l’onore la reputazione, il prestigio».

siva con la contrarietà della stessa all'ordinamento giuridico (“*contra ius*”)¹⁶, e dunque con l'antigiuridicità della suddetta, non richiedendosi però che la condotta integri necessariamente gli estremi di un illecito penale¹⁷.

Non costituiscono invece aggressioni ingiuste le condotte, pur all'apparenza riconducibili al paradigma di una fattispecie criminosa (es.: privare taluno della libertà personale ammanettandolo), rese lecite dalla sussistenza di una causa di giustificazione (es.: adempimento di un dovere). Ciò vale anzitutto per la reazione difensiva realizzata dall'agredito nei confronti dell'aggressore, cioè di colui che pone in essere un'aggressione ingiusta: quest'ultimo non dovrebbe dunque beneficiare dell'efficacia scriminante della legittima difesa in caso di realizzazione di un'ulteriore condotta contro-reattiva a fronte della difesa dell'agredito. Tale esclusione, ad ogni modo, è configurabile a patto che la condotta difensiva dell'agredito si mantenga dentro i limiti normativi: in caso di reazione eccedente i suddetti, es. non necessaria, l'agredito potrà al più essere scusato, e dunque la sua condotta – *rectius* la porzione della stessa eccedente i limiti – costituirà per l'originario aggressore un'aggressione ingiusta.

2.3. I criteri per ravvisare la sussistenza di un'aggressione ingiusta indipendentemente dalla sua attualità

Un profilo di particolare rilevanza riguarda la possibilità o meno di configurare un'aggressione ingiusta indipendentemente dall'attualità della stessa. In caso di risposta positiva, inoltre, si pone poi l'ulteriore questione (in realtà solo apparente) se la sussistenza della suddetta vada determinata in prospettiva *ex post* oppure *ex ante*.

Per eliminare subito la possibile critica che trattasi di questione meramente teorica, è sufficiente inquadrare giuridicamente il seguente caso pratico¹⁸:

¹⁶ In tal senso, nella letteratura italiana, C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 139; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 322; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 312; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 388; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 367 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 916. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 202, invece, identifica l'offesa ingiusta in quella «recata senza un titolo legittimante (*sine iure*)», sebbene in concreto non sembra che ciò comporti un effettivo ampliamento del novero dei comportamenti effettivamente tali da essere qualificati come alla stregua aggressioni – *rectius* offese – ingiuste. Per F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 251, l'offesa dovrebbe essere “ingiustificata”, *non iure*, «cioè arrecata al di fuori di qualsiasi norma che la imponga (...) o la autorizzi». Per quanto riguarda gli autori tedeschi v., *ex plurimis*, V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 36 ss.; A. GÜNTHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 27; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 385 ss.; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 61 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 661 ss.; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 156.

¹⁷ Potendosi ad esempio trattare di una condotta contraria ad altri rami dell'ordinamento giuridico, come il diritto civile, ecc. In tal senso, in particolare, v. nella dottrina tedesca J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 156.

¹⁸ Proposto autorevolmente, nel panorama giuridico tedesco, da V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 104.

L'aggressore A ha già indirizzato una pluralità di colpi d'arma da fuoco contro il difensore D, non riuscendo però a colpirlo a causa della prontezza di riflessi della vittima designata. Malgrado tutte le circostanze oggettivamente percepibili da un osservatore ragionevole depongano a favore di una continuazione dell'esplosione dei colpi da parte di A, quest'ultimo decide improvvisamente di interrompere l'aggressione senza però esternare tale volontà in alcun modo¹⁹. D decide dunque di rispondere al fuoco, provocando gravi lesioni ad A.

Nel caso in questione, in ottica *de iure condito*, A beneficerebbe – negli ordinamenti giuridici in questa sede analizzati – di una integrale non punibilità dovuta all'esclusione della colpevolezza derivante dal fatto, del tutto pacifico, di versare in errore non evitabile, e dunque scusabile²⁰. In astratto però – in assenza di un'esclusione normativa della scriminante in caso di situazione di pericolo causata/provocata dall'originario aggressore²¹ – non essendo la condotta di D scriminata, bensì unicamente non punibile in quanto frutto di errore inevitabile ("*irrtumsbedingt straflos*"), l'aggressore A potrebbe a sua volta sparare nuovamente a quest'ultimo beneficiando in tal caso della legittima difesa, in quanto la reazione violenta di D rappresenterebbe per A un'aggressione ingiusta.

Tale applicazione della scriminante ad un soggetto che comunque ha posto in essere una condotta di aggressione ingiusta è però inaccettabile alla luce del fondamento teorico della legittima difesa²²: nel momento in cui un soggetto si pone contro l'ordinamento violando quella presunzione di rispetto della sfera giuridica altrui cui qualunque persona beneficia fino a prova contraria deve assumersi – pur con i limiti "costituzionalmente orientati" che vedremo – l'onere del rischio che la situazione di conflitto da lui provocata sfo-

¹⁹ Ad esempio estraendo il caricatore dalla pistola e gettando a terra quest'ultima, e/o alzando le mani in alto in segno di resa.

²⁰ Nell'ordinamento italiano, ad esempio, si applicherebbe tendenzialmente l'istituto della legittima difesa putativa – nel caso di specie incolpevole – di cui all'art. 59/4 c.p., mentre nell'ordinamento tedesco il soggetto in questione beneficerebbe dell'estensione analogica – oramai pacifica nella giurisprudenza d'oltralpe – della disciplina prevista per l'errore sul fatto dal § 16/1 StGB (la giurisprudenza segue al riguardo, unitamente ad un cospicuo settore dottrinale, i dettami della c.d. "teoria limitata della colpevolezza": per approfondimenti v. la trattazione specifica nel Cap. II, § 2).

²¹ La quale è ad esempio espressamente prevista dal codice penale spagnolo (art. 20.4, che come 3° requisito contempla la «mancanza di provocazione sufficiente da parte del difensore» al riguardo v. Cap. III, § 1.1). Nell'ordinamento tedesco (v. *supra*, Cap. II, § 2.1.2.2), invece, la provocazione è considerata unicamente quale "limitazione etico-sociale" del diritto di difesa necessitata ricavabile dal § 32 StGB, tale da comportare un obbligo di estrinsecare in maniera "proporzionata" la propria reazione difensiva. In Italia, per converso, la Cassazione ha consolidato l'orientamento per cui l'applicabilità della legittima difesa andrebbe esclusa qualora la situazione di pericolo sia stata «volontariamente cagionata dal soggetto che reagisce», applicando analogicamente il requisito previsto per lo stato di necessità dall'art. 54 c.p. (Cass., 23 settembre 2010, n. 36218, in *CP*, 2011, p. 3045).

²² V. *supra*, Cap. I, § 4.

ci in un evento (per lui) infausto²³. Tale principio, sancito soprattutto da parte di autorevoli esponenti accademici tedeschi (“*Veranlasserprinzip*”)²⁴, presuppone dunque che venga posta in essere un’effettiva aggressione anti-giuridica: nel caso pratico appena proposto, pertanto, pur in assenza oggettiva dell’elemento temporale (attualità dell’aggressione) all’originario aggressore non dovrebbe essere consentito di avvalersi della scriminante *de qua* per respingere una reazione, determinata da errore incolpevole, dell’agredito. Ciò è senz’altro conforme ai principi costituzionali e alla *ratio*, in precedenza enucleata, dell’istituto in quanto l’erronea, ed incolpevole, condotta violenta dell’agredito si configurerebbe come uno degli eventi “infausti” riconducibili alla condotta anti-giuridica dell’aggressore.

Come si vedrà nel successivo paragrafo, a suddetta conclusione si può pervenire determinando *ex ante*, secondo il criterio oggettivo di un osservatore ragionevole, l’attualità dell’aggressione: nel caso di specie, pertanto, l’applicazione di tale parametro porterebbe a considerare scriminata, e non meramente scusata, la reazione incolpevolmente erronea dell’agredito.

Diverso sarebbe invece il discorso nel caso in cui, sempre adottando un parametro oggettivo *ex ante*, l’agredito (*rectius*: l’agredito putativo) reagisse violentemente, pur versando in errore incolpevole, a fronte di una condotta tale da non costituire aggressione ingiusta (es.: uno scherzo come nel famoso caso del calciatore della Lazio Re Cecconi²⁵): in siffatte ipotesi adottando una prospettiva oggettiva *ex post* per la valutazione della sussistenza di un’aggressione ingiusta, ci si troverebbe di fronte ad un soggetto non postosi contro l’ordinamento, e al quale dunque non potrebbe imporsi *tout court* un obbligo di subire (“*Duldungspflicht*”), senza reagire (pena l’incorrere in una possibile responsabilità penale), la reazione violenta dell’agredito putativo²⁶.

Taluni studiosi tedeschi, ad ogni modo, hanno sostenuto che sarebbe impossibile a livello ermeneutico concepire un’aggressione ingiusta che non sia anche attuale, e dunque scindere i due concetti: secondo tale impostazione l’aggressione ingiusta, in assenza del carattere attuale, “sarebbe rimpiazzata da un

²³ Evento infausto che, di regola, si concretizzerà in una lesione di un bene giuridico (sovente l’incolumità fisica o la vita), oppure in una responsabilità penale.

²⁴ In particolare patrocinano la vigenza di un suddetto principio V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 104; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 69. Cfr. al riguardo anche G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 353 ss.

²⁵ Trib. Roma, 20 febbraio 1977, Tabocchini, in *Foro it.*, 1977, p. 271. Il caso di specie, considerato da molti autori italiani (v. per tutti V. PLANTAMURA, *L’omicidio per legittima difesa* (I), cit., p. 870) paradigmatica ipotesi di legittima difesa putativa (art. 59/4 c.p.), ebbe peraltro all’epoca una ampia risonanza mediatica, posta la fama all’epoca goduta dal calciatore vittima della reazione letale del “putativo” agredito. Il gioielliere Tabocchini, assolto in poche settimane per legittima difesa putativa incolpevole, aveva – secondo quanto accertato nel processo – reagito sparando un mortale colpo di arma da fuoco ad una rapina scherzosa simulata da Re Cecconi, entrato in compagnia di un amico nella gioielleria di Tabocchini, il quale peraltro era già stato in precedenza vittima di altre rapine (reali).

²⁶ In tal senso V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 104.

elemento meramente immaginario” (nel senso di presente unicamente nel foro interiore del supposto aggressore)²⁷. Con riferimento alla disciplina del § 32 StGB, pertanto, il carattere attuale sarebbe inscindibile dalla sussistenza dell’aggressione, quali componenti della “*Notwehrlage*” (situazione tale da giustificare l’esercizio del diritto di difesa necessitata). Si è però correttamente obiettato che è perfettamente possibile scindere i due elementi, e che l’attualità dell’aggressione, pur parte della *Notwehrlage*, sotto il profilo funzionale andrebbe equiparata quale elemento di natura prognostica al requisito della necessità della reazione, pur facendo quest’ultimo parte della “*Notwehrhandlung*” (cioè della reazione difensiva, l’altro polo su cui si fonda la norma del § 32 StGB)²⁸. Un ulteriore esempio, riferito anch’esso a una situazione sovente riscontrabile nella realtà, può rendere ancora più chiara la distinzione.

A prospetta al rivale in amore D, mostrando nel contempo – senza avvicinare le mani ai suddetti – un revolver ed un caricatore riposti in un marsupio con la cerniera aperta tenuto a tracolla, la chiara intenzione di “risolvere la questione una volta per tutte”. A però non dà immediato seguito alla sua minaccia, allontanandosi da D senza porre in essere ulteriori condotte tali da mettere concretamente in pericolo la vita o l’incolumità personale di quest’ultimo. Dopo circa un’ora A ritorna da D, questa volta urlando “ti uccido”, aprendo nel contempo il marsupio e infilando la mano destra dentro il suddetto.

In tale ipotesi, come si vedrà meglio a breve, l’attualità dell’aggressione, intesa come concreta messa in pericolo della sfera giuridica dell’agredito, inizia nel momento in cui A inserisce la mano nel marsupio, esprimendo al contempo la chiara volontà di attentare all’incolumità/vita di D. Il momento in cui A si pone contro il diritto, e dunque si configura l’aggressione ingiusta, è però quello in cui costui minaccia D di ucciderlo, anche se in tale momento l’unico bene giuridico concretamente leso, al limite, è la “tranquillità morale” di D²⁹, e non vi è ancora la concreta messa in pericolo della vita/incolumità della vittima. Al destinatario della minaccia, pertanto, non dovrebbe essere consentito porre in essere una reazione difensiva tale da impedire – nei limiti della necessità – che l’aggressore attenti alla sua vita e incolumità, in quanto un ordinamento giuridico a vocazione personalistica dovrebbe configurare – come in effetti accade in quelli trattati – la difesa privata come diritto esercitabile solo in presenza di un concreto pericolo per beni giuridici pregnanti,

²⁷ Così E. SCHMIDHÄUSER, *Anmerkung zu BayObLG, Beschluß von 13.12.1990 – Rreg 5 St 152/99*, in *JZ*, 1991, p. 938.

²⁸ V. ERB, § 32 StGB, cit., rn. 104. Cfr. altresì, a favore della suddetta scissione, nella giurisprudenza d’oltralpe, OLG Stuttgart, 7 ottobre 1991 – 3 Ss 333/91, in *NJW*, 1992, p. 850 ss. In letteratura invece possono citarsi in tal senso, in particolare, W. GALLAS, *Zur Struktur*, cit., p. 167; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 353 ss.; U. KINDHÄUSER, § 32 StGB, cit., rn. 26 ss.; K. KÜHL, *Angriff und Verteidigung bei der Notwehr*, in *Jura*, 1993, p. 57 ss.; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 69.

²⁹ Si potrebbe configurare, nell’ordinamento italiano, un delitto di “Minaccia”, eventualmente aggravato ex art. 612/2 c.p.

e dunque proibire recisamente ogni possibile “legittima difesa preventiva”³⁰. Ciò non toglie però che il minacciante A ha comunque violato la “pace sociale”, e in concreto la sfera giuridica di D, nello stesso momento in cui ha prospettato, in maniera credibile, l’intenzione di realizzare una condotta violenta contro il suddetto: in tale momento, pertanto, A si è reso responsabile di aver causato una situazione conflittuale con D, avendo intaccato i diritti costituzionalmente garantiti di quest’ultimo, ed è pertanto su A che l’ordinamento dovrebbe allocare l’onere del “rischio conflittuale”, cioè anche di sopportare le conseguenze di possibili errori di valutazione (“*Fehleinschätzungsrisiko*”³¹), soprattutto se incolpevoli, da parte dell’agredito. Tale onere, ovviamente, non potrebbe essere legittimamente imposto ad un soggetto “innocente” che oggettivamente non ha posto in essere alcuna invasione della sfera giuridica di colui che, erroneamente, realizza una condotta reattiva violenta contro costui.

Per quanto riguarda la dottrina italiana si potrebbe poi valorizzare in senso restrittivo il richiamo, operato da autorevoli studiosi per distinguere le aggressioni reali da quelle putative, alla necessità di considerare tutte le circostanze presenti al momento dell’aggressione, “anche se accertate ed accertabili solo *ex post*”³², riferendolo alla sola sussistenza del pericolo/aggressione, e non anche all’attualità dello stesso.

Da quanto appena detto si desume agevolmente come la sussistenza di un’ingiusta aggressione, proprio per differenziare congruamente il soggetto che si pone effettivamente contro l’ordinamento da colui il quale invece crea tale contrasto solo apparentemente, vada determinata secondo una prospettiva *ex post* di tipo oggettivo³³. Va dunque respinto il contrario orientamento per cui la stessa andrebbe anch’essa determinata *ex ante*³⁴, posto che imporrebbe un irragionevole onere di sopportazione della condotta reattiva – privandolo del diritto di legittima difesa necessitata – a carico di un aggressore meramente “putativo”³⁵.

³⁰ In tali casi, del resto, il soggetto dovrebbe rivolgersi alle autorità per tutelare la propria sfera giuridica.

³¹ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 69.

³² Così F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 907. Analoga nella sostanza la posizione (pur parlando di “giudizio *ex ante* a base totale”) di G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L.GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 309.

³³ In tal senso, in particolare v. V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 104; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 26 ss.; K. KÜHL, *Angriff*, cit., p. 57 ss.; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 69.

³⁴ Sostengono tale opzione ermeneutica, nella letteratura tedesca, G. FREUND, *Richtiges Entscheiden: am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen*, in *GA*, 1991, p. 406 ss.; A. KAUFMANN, *Zum Stande*, cit., p. 400 ss.; H.J. RUDOLPHI, *Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 385 ss.

³⁵ Ciò non toglie, ovviamente, che si potrebbero vagliare eventuali profili di responsabilità (in relazione ad un’eventuale provocazione, non assurgente ad “aggressione ingiusta”) a carico del “putativo aggressore” per aver creato la situazione inducente in errore il “putativo aggredito”.

3. Il carattere attuale dell'aggressione/pericolo

Tenendo presente che la sussistenza di una ingiusta aggressione andrebbe determinata oggettivamente secondo una prospettiva *ex post* si può quindi procedere all'analisi dogmatica del secondo requisito nucleare, dato dall'attualità dall'aggressione (o pericolo, usando l'espressione del nostro codice). Come vedremo, scindere la valutazione sulla sussistenza dell'aggressione ingiusta da quella riguardante l'attualità della stessa, determinando la prima *ex post*, indirizza verso un'esegesi del requisito dell'attualità pienamente conforme alla sua natura prognostica, e tale da conferirgli una duplice funzione "virtuosa" nell'economia dell'istituto: orientata alla garanzia dell'aggressore da eccessi preventivi o "vendicativi" dell'agredito, ed altresì a consentire a quest'ultimo una difesa tempestiva, cioè tale da permettere – quanto meno in astratto³⁶ – un effettivo respingimento del rischio di lesione del bene giuridico.

Il primo nodo dogmatico da affrontare è senz'altro relativo al parametro temporale (prospettiva *ex post* o *ex ante*), e a quello personale (soggettivo, oggettivo basato sulla percezione di un osservatore ragionevole, ecc.) da adottare ai fini del riscontro dell'attualità dell'aggressione.

Occorre poi, una volta suddivise le aggressioni attuali in imminenti, in corso, e "perduranti", pervenire alla scelta di un criterio ermeneutico per determinare quando effettivamente, adottando la prospettiva temporale-personale opzionata, l'aggressione può dirsi imminente (oppure perdurante³⁷).

3.1. La necessità di valutare l'attualità dell'aggressione da una prospettiva *ex ante* di tipo oggettivo

Iniziando dal parametro personale e temporale per determinare l'attualità dell'aggressione/pericolo occorre *in limine litis* aderire alla tesi, dominante tra i giuristi italiani³⁸ e tedeschi³⁹, per cui quest'ultima si configurerebbe nelle se-

³⁶ Dipendendo il fattuale esito del conflitto generato dall'aggressione ingiusta dalle peculiarità del caso concreto (componente sorpresa, caratteristiche fisiche, caratteriali, emotive dei soggetti coinvolti, armi a disposizione, ecc.).

³⁷ Non pone invece problemi, con tutta evidenza, il ravvisare un'aggressione in corso.

³⁸ M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 878 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 300; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 311; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 323; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 251; T. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima*, cit., p. 503; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 385; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 367 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 908. Nella giurisprudenza della Suprema Corte v., *ex plurimis*, Cass., 8 giugno 1990, D'Ugo n. 36218, in *GP*, 1991, II, p. 268 (per il "pericolo imminente"); e Cass., 16 marzo 1987, Cioffi, in *CP*, 2000, p. 367 (per il "pericolo perdurante").

³⁹ *Ex plurimis* v. A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 14; V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 106 ss.; T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 17 ss.; H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 340 ss.; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 26 ss.; M. KÖHLER, *Strafrecht*, cit., p. 267; V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 208; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 146;

guenti tre ipotesi: 1) aggressione imminente; 2) aggressione in corso⁴⁰; 3) aggressione “perdurante”. L’approfondimento delle riflessioni proposte nei due ordinamenti principali analizzati dimostra inoltre che l’uso dell’espressione “pericolo attuale di un’offesa ingiusta” nel nostro ordinamento non ha comportato in sé alcun ampliamento del requisito in esame rispetto a quello tedesco, il cui codice parla di “aggressione attuale ed anti-giuridica”⁴¹.

È cruciale, in relazione ad ognuna di queste tre possibili fasi dell’aggressione attuale⁴², determinare il parametro di giudizio per vagliarne la sussistenza, ed al riguardo sia la dottrina che la giurisprudenza, italiane e tedesche, propugnano una pluralità di opzioni ermeneutiche.

In primis, si ha invero una contrapposizione tra i fautori della tesi per cui l’attualità dell’aggressione andrebbe valutata *ex post*, considerando anche le circostanze materiali non conoscibili da parte dell’agredito (ma soprattutto da un osservatore ragionevole) al momento del fatto, e coloro che invece ritengono preferibile adottare una prospettiva *ex ante*, e dunque tener conto solo delle circostanze che un osservatore ragionevole avrebbe considerato sussistenti al momento dell’aggressione.

Considerando in prima battuta la tesi che ritiene preferibile una valutazione *ex post*, la suddetta appare prevalente nella dottrina italiana⁴³, patrocinata da una rilevante parte della dottrina⁴⁴ e giurisprudenza tedesche, e accolta *de*

C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 665 ss.; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 63; J. WESSELS-W. BEULKE-/H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 154.

⁴⁰ Si tenga presente che nel contesto italiano tendenzialmente non si menziona il caso del pericolo in corso (es.: quando l’aggressore sta concretamente esercitando atti di violenza fisica contro l’agredito), ma ciò non assume rilevanza, in quanto anche nell’ordinamento tedesco si considera il suddetto dogmaticamente irrilevante.

⁴¹ La dottrina tedesca tende invece a contrapporre il concetto di “aggressione attuale” (“*gegenwärtiger Angriff*”), di cui al § 32 StGB a quello di “pericolo attuale” (“*gegenwärtiger Gefahr*”) caratterizzante la scriminante di “stato di necessità” del § 34 StGB, ritenendo quest’ultimo più ampio e pertanto, secondo alcuni autori, applicabile anche a talune ipotesi di c.d. “legittima difesa preventiva”.

⁴² Alla luce di quanto appena detto sulla sostanziale identità dogmatica tra il concetto di “pericolo ingiusto” adottato dal legislatore italiano nell’art. 52 c.p., e quello di “aggressione anti-giuridica” inserito dal legislatore tedesco nel § 32 StGB, d’ora in poi si parlerà unicamente di “aggressione”, quale termine di riferimento dell’attualità.

⁴³ Opta espressamente per la tesi *de qua* T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 202 ss.; e pare altresì concordare al riguardo F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 385, il quale però riferisce la necessità di adottare una prospettiva *ex post* alla valutazione del “pericolo” (non menzionando espressamente la “attualità” del medesimo, citata nel periodo successivo). Cfr. sul punto anche M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 880, il quale attesta una tendenza della dottrina italiana a favore della valutazione *ex post*, a fronte di un contrario orientamento della giurisprudenza (a favore della valutazione *ex ante*). Per quanto riguarda F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 907; e G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 309 (“giudizio *ex ante* a base totale”), gli stessi si riferiscono espressamente al “pericolo” (da intendere in senso analogo alla “aggressione” di cui § 32 StGB), e non all’attualità dello stessi, sebbene probabilmente si riferiscano anche a quest’ultima.

⁴⁴ Si esprimono in tal senso, in particolare W. GALLAS, *Zur Struktur*, cit., 1979, p. 156;

fatto anche da molte sentenze di legittimità della Corte di Cassazione⁴⁵.

Per quanto concerne le argomentazioni, un autorevole studioso italiano ha affermato che l'attualità va valutata tenendo conto anche delle circostanze apprese successivamente al fatto, posto che la valutazione *ex ante* «determina aporie sistematiche paradossali, consentendo in sostanza una difesa legittima *reciproca*»⁴⁶. Lo stesso autore, peraltro, adduce a sostegno della sua opzione ermeneutica un interessante esempio, il quale è senz'altro funzionale a chiarire la rilevanza concreta della questione:

Il rapinatore A minaccia il rapinato D con un'arma da fuoco, che risulta poi essere giocattolo [anche se non viene precisato, dal tenore letterale si desume che l'arma sia priva di tappo rosso]. D, munito di una pistola vera, reagisce uccidendo il rapinatore A.

L'autore in questione, al riguardo, rileva correttamente che nel caso di specie è sì ravvisabile un'aggressione attuale, ma non concernente la vita dell'agredito, in quanto minacciato con un'arma poi rilevatasi giocattolo⁴⁷. La logica conclusione, pertanto, sarebbe che a D, al più, andrebbe applicata la disciplina della legittima difesa putativa: considerando non colposo l'errore commesso, l'agredito verrebbe dunque assolto ai sensi dell'art. 59/4 c.p. («scriminante putativa»⁴⁸) in Italia, e mediante l'applicazione analogica del § 16/1 StGB («errore sul fatto»⁴⁹) in Germania. Non essendo quindi giustificata la condot-

A. GÜNTHER, § 32 StGB, cit., rn. 65; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 353 ss. (pur propugnando la necessità di un'eccezione nei casi di aggressione consapevolmente simulata, in ossequio al «*Veranlasserprinzip*», cioè al principio secondo cui l'aggressore deve assumersi il rischio di un esito infausto del conflitto da lui creato violando la «pace sociale»); K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 151; E. SCHMIDHÄUSER, *Anmerkung zu BayObLG*, cit., p. 938; R. SENGBUSCH, *Die Subsidiarität*, cit., p. 202 ss. In giurisprudenza v. le recenti (pur nel complesso minoritarie, considerando gli ultimi due decenni) BGH, 1 febbraio 2017 – 4 StR 635/16, cit.; e BGH, 25 gennaio 2017 – 1 StR 588/16, in *NSIZ-RR*, 2017, p. 168 ss.

⁴⁵ Pur se la recente Cass., 3 maggio 2018, n. 44598, cit., ha statuito che l'attualità del pericolo, da correlarsi (correttamente, considerando la natura prognostica di entrambi, e lo stretto legame di causa-effetto che li collega) alla necessità difensiva, va riscontrata secondo un giudizio *ex ante*, dall'esame concreto di molteplici sentenze di legittimità in materia, pare ravvisarsi l'applicazione – *de facto* – di un parametro *ex post* tale da imporre sostanzialmente una sorta di onere di attendere la concreta inflizione di perniciose lesioni fisica all'agredito: al riguardo v. le recenti Cass., 9 gennaio 2019, n. 746, cit.; e soprattutto Cass., 5 marzo 2019, n. 9463, cit. (le suddette sentenze si concentrano, come è consueto nella prassi giurisprudenziale italiana, soprattutto sulla determinazione della necessità difensiva, la quale è però – a detta della stessa Suprema Corte – strettamente correlata all'attualità difensiva, per cui l'adozione, di fatto, di una prospettiva *ex post* nella determinazione della prima, si riverbera tendenzialmente anche sulla seconda).

⁴⁶ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 203

⁴⁷ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 203.

⁴⁸ La previsione dispone che: «se l'agente ritiene per errore che esistono circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo».

⁴⁹ La norma, intitolata «*Irrtum über Tatumstände*», testualmente recita: «Chi commet-

ta del rapinato, ma solo non punibile per assenza di colpevolezza, il rapinatore potrebbe dunque a sua volta reagire alla condotta dell'agredito, beneficiando anch'egli della legittima difesa⁵⁰. Tale situazione di "legittima difesa reciproca" è pertanto considerata sistematicamente inaccettabile per lo studioso in questione, e la stessa conclusione è condivisa da alcuni autori tedeschi, che rilevano una possibile lesione del principio di "unità dell'ordinamento giuridico"⁵¹.

Secondo l'orientamento in questa sede accolto, però, una possibile evenienza di "legittima difesa reciproca" – così come l'applicazione della legittima difesa putativa – si potrebbe verificare solo in assenza di un'aggressione ingiusta (da valutare, essa sì, *ex post*), cioè nel caso l'agredito (in questo caso solo "putativo") reagisse non nei confronti di un'aggressione sussistente ma non attuale, bensì nei confronti di un'aggressione del tutto insussistente, cioè ai danni di un terzo innocente.

Al contrario, nell'ipotesi di un'aggressione effettivamente sussistente come una rapina con pistola giocattolo l'aggressore – in ossequio al *Veranlasserprinzip* – dovrebbe assumersi il rischio che l'agredito, incolpevolmente o – entro certi limiti – colposamente, consideri attuale un'aggressione non ancora tale: al rapinatore A, pertanto, non andrebbe concessa la legittima difesa nell'ipotesi in cui il rapinato D reagisse all'aggressione subita, considerando reale l'arma in realtà giocattolo. Ciò, ovviamente, implica l'accoglimento della teoria per cui l'attualità (e, come si vedrà, la necessità) dell'aggressione va determinata secondo una prospettiva *ex ante*, seppure oggettiva.

Secondo la posizione ermeneutica propugnata, pertanto, una situazione di "legittima difesa reciproca" si potrebbe verificare unicamente qualora colui che si ritenga erroneamente, ma incolpevolmente⁵², aggredito reagisca contro un soggetto non aggressore: il primo, difatti, sarebbe scusato – *de iure condito* sia nell'ordinamento italiano, che tedesco⁵³ – per assenza di colpevolezza (legittima difesa putativa incolpevole), mentre il secondo agirebbe per legittima difesa, essendo vittima (sia in ottica *ex ante*, che *ex post*) di un'aggressione ingiusta. Tale situazione, peraltro, non sarebbe affatto assurda o

te il fatto non conoscendo uno degli elementi della fattispecie tipica, agisce senza dolo. La punibilità per condotta colposa è configurabile».

⁵⁰ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 203.

⁵¹ "Einheit der Rechtsordnung". Sono di tale avviso, in particolare, K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 151; E. SCHMIDHÄUSER, *Anmerkung zu BayObLG*, cit., p. 938; R. SENGBUSCH, *Die Subsidiarität*, cit., p. 202.

⁵² Qualora invece si riscontrasse il carattere colposo dell'erronea valutazione, il "putativo aggredito" risponderebbe – quanto meno negli ordinamenti italiano (art. 59/4) e tedesco (art. 16/1, applicato analogicamente) – del reato colposo, ove incriminato.

⁵³ Ed altresì negli altresì ordinamenti esaminati, a partire da quello spagnolo, dove la legittima difesa putativa è equiparata all'errore sul precetto, per il quale l'art. 14/3 c.p.e. contempla l'esclusione della punibilità nei casi di errore "invincibile", e l'applicazione di una pena inferiore di uno o due gradi negli altri: nella dottrina spagnola v., per tutti, M.J. JIMENEZ DIAZ, *El exceso*, cit., p. 129 ss.

inaccettabile, né tanto meno configurerebbe una violazione del principio di unità dell'ordinamento giuridico, essendo le condotte dei due soggetti separate, e dunque oggetto di autonoma considerazione giuridico-penale⁵⁴.

Alla luce del principio di allocazione del rischio di esito infausto in capo all'aggressore ingiusto derivante dallo stesso fondamento ideologico e costituzionale del diritto di difesa necessitata, va dunque affermata la necessità di valutare *ex ante* l'attualità dell'aggressione, conclusione rafforzata altresì dalla considerazione della già sottolineata natura prognostica del requisito in questione, strettamente collegato a quello della necessità difensiva.

La congruità di siffatta posizione ermeneutica, peraltro, riceve ulteriore conferma valorizzando l'esigenza di garantire – sempre in ossequio ai limiti costituzionali già rimarcati – l'effettività della reazione difensiva giustificata. Considerando infatti le aggressioni alla vita ed all'incolumità fisica⁵⁵, cioè quelle più ricorrenti nella prassi giudiziaria, le scienze empiriche extra-giuridiche indicano chiaramente che in molti casi l'effettiva possibilità di salvaguardare i beni giuridici messi in pericolo dall'aggressione – ove sussistente – dipende dalla velocità e decisione della reazione dell'agredito⁵⁶. Gran parte delle aggressioni si dispiegano difatti nel volgere di poche decine di secondi⁵⁷, ed inoltre spesso, a fronte di aggressioni particolarmente violente o inaspettate, si verificano fisiologicamente, nel corpo e nella mente, reazioni tali da incidere pesantemente sia sulla scelta della condotta reattiva da tenere, che sulla “corretta” esecuzione di quest'ultima⁵⁸. Alla luce di ciò appare del tutto incongruo imporre all'agredito, ai fini della piena giustificazione, un onere di valutare l'attualità dell'aggressione in modo freddo, dettagliato e razionale alla stregua di ciò che farebbe il giudice nel procedimento penale secondo una prospettiva *ex post*: come correttamente evidenziato, sarebbe come pretendere *de facto* un comportamento impossibile da parte dell'agredito, in sostanziale violazione del principio per cui “*ad impossibilia nemo tenetur*”⁵⁹.

⁵⁴ Così G. FREUND, *Richtiges Entscheiden*, cit., p. 409; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 63. In senso analogo v. anche U. BORN, *Die Rechtfertigung*, cit., p. 46 ss.; W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983, p. 425.

⁵⁵ Intendendo questo concetto in senso ampio, e dunque tale da includere anche la libertà sessuale, fisica, ecc., le quali comunque comportano un'azione *lato sensu* coinvolgente il corpo della vittima.

⁵⁶ R. MILLER, *Meditations on Violence: A Comparison of Martial Arts Training & Real World Violence*, Boston, 2008, p. 39. Nella dottrina penalistica si esprime in tal senso C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 80 ss.

⁵⁷ R. MILLER, *Meditations on Violence*, cit., p. 21 ss.; M. TOSS, *Die Schlägerei: Selbstverteidigung im Straßenkampf*, Norderstedt, 2008, p. 12; J. WISEMAN, *City-Survival – Das Handbuch zur Selbstverteidigung*, 6ª ed., Stuttgart, 2011, p. 26 ss.

⁵⁸ R. MILLER, *Meditations on Violence*, cit., p. 59; M. TOSS, *Die Schlägerei*, cit., p. 38, e p. 43.

⁵⁹ Così C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 82.

3.1.1. Il parametro oggettivo dell'osservatore ragionevole ai fini della valutazione ex ante dell'attualità dell'aggressione

Una volta prescelta la prospettiva *ex ante* ai fini della valutazione della sussistenza dell'attualità dell'aggressione, occorre individuare il parametro cui fare riferimento per applicare la suddetta: teoricamente, infatti, si potrebbe pensare ad una connotazione totalmente soggettiva della valutazione, facente riferimento alla concreta persona dell'agredito, oppure ad una oggettiva, la quale a sua volta potrebbe riferirsi ad un osservatore onnisciente, oppure ad un osservatore ragionevole.

A livello dogmatico⁶⁰, sono state proposte tutte e tre le soluzioni appena menzionate, sebbene la netta maggioranza dei commentatori abbia accolto la soluzione per cui il parametro dovrebbe essere quello dell'osservatore ragionevole, opzione alla quale si ritiene di dover integralmente aderire.

Partendo dall'impostazione "soggettiva", si è rilevato che la massima garanzia del diritto dell'agredito ad una difesa effettiva, ed al pieno rispetto del principio di colpevolezza, potrebbe aversi solo qualora l'attualità fosse valutata secondo la prospettiva del medesimo, potendo lo stesso "motivarsi secondo diritto", e rispettare la "regola di orientamento della condotta" ("*verhaltenssteuernde Norm*") veicolata dalla disposizione penale, solo in relazione alla propria soggettiva percezione dei fatti⁶¹. Siffatto orientamento, che pur in astratto sarebbe quello più favorevole all'agredito, non è però condivisibile in quanto confonde il piano della colpevolezza con quello dell'anti-giuridicità: una eventuale percezione "irragionevole" della situazione da parte dell'agredito, infatti, potrà tradursi in una esclusione integrale della colpevolezza, o del dolo, a seconda dei casi, in base all'applicazione delle norme sulla legittima difesa putativa (in assenza di un'aggressione ingiusta), o di eventuali scusanti (sussistendo un'aggressione ingiusta)⁶². La giustificazione piena della condotta difensiva, di cui il riscontro dell'attualità dell'aggressione è uno dei presupposti indefettibili, deve basarsi – al contrario – su parametri oggettivi

Una volta stabilita la necessità che la valutazione *ex ante* dell'attualità avvenga adottando un parametro oggettivo di riferimento, va rigettata la tesi per cui lo stesso dovrebbe coincidere con un osservatore onnisciente⁶³: al di là della concreta impossibilità di configurare un simile osservatore⁶⁴, tale modello condurrebbe di fatto all'adozione di una prospettiva *ex post*, visto che solo successivamente allo svolgimento dei fatti si potrebbe tenere conto di

⁶⁰ Sebbene l'assunto è stato approfondito soprattutto dai giuristi tedeschi.

⁶¹ D. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973, p. 243 ss.

⁶² C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 82.

⁶³ H. BLEI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 18^a ed., München, 1983, § 44, III, 3; T. LENCNER, § 34 *StGB*, in *S/S Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 18^a ed., 1976, rn. 14.

⁶⁴ Considerando l'ontologica limitatezza delle capacità conoscitive dell'essere umano.

tutte le circostanze accompagnanti lo svolgimento dei medesimi⁶⁵.

È preferibile dunque la tesi per cui l'attualità dell'aggressione, da valutare necessariamente in prospettiva *ex ante* (c.d. prognosi postuma), andrebbe determinata oggettivamente prendendo come parametro di riferimento un osservatore ragionevole (“*vernünftiger Beobachter*”)⁶⁶, il quale si trovi nelle medesime condizioni dell'agredito, pur non caratterizzandosi per le medesime peculiarità caratteriali di quest'ultimo⁶⁷ (trattasi di un parametro simile a quello del c.d. “agente modello”, utilizzato quale standard oggettivo per la concretizzazione del dovere di diligenza nell'ambito dei reati colposi⁶⁸).

3.2. L'aggressione imminente

Una volta prescelto il parametro oggettivo *ex ante*, sostanziato dal riferimento all'osservatore ragionevole, per determinare l'attualità dell'aggressione, il secondo nodo critico rilevante è l'elaborazione di un criterio ermeneutico, funzionale e conforme alla *ratio* dell'istituto quale delineata sinora, per determinare quando effettivamente si può definire attuale l'aggressione. Dire infatti che l'attualità è riscontrabile a partire dal momento in cui l'aggressione è imminente, affermazione sulla quale concordano – come visto – sia i giuristi italiani che quelli tedeschi, non è ancora sufficiente a garantire un'adeguata uniformità applicativa all'istituto, dovendosi quindi specificare più nel dettaglio il concetto – a dire il vero abbastanza indeterminato – di “imminenza”.

Nella letteratura italiana, e nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, piuttosto che elaborare a tal fine un criterio generale⁶⁹, si è preferito concretizzare maggiormente l'imminenza escludendone *in primis* la ricorrenza qua-

⁶⁵ In tal senso C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 88. Cfr. anche, con la medesima posizione critica, H.J. RUDOLPHI, *Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 387 ss.

⁶⁶ V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 104; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 89 ss.; H.J. RUDOLPHI, *Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 387 ss.; F. SCHAFFSTEIN, *Der Maßstab für das Gefahrurteil beim rechtfertigenden Notstand*, in *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Köln, 1978, p. 101; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 155.

⁶⁷ V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 104 ss.

⁶⁸ Per approfondimenti sul tema, nella dottrina italiana v., tra i tanti, F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *DPC*, 13 marzo 2012, p. 1 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 585 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 253 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 340; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 385 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 11^a ed., Milano, 2017, p. 251 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 313 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 281. Nella recente giurisprudenza della Suprema Corte italiana v. Cass., 19 novembre 2015, n. 12478, in *DPC*, 18 aprile 2015. Nella letteratura tedesca v., segnatamente, F. SCHAFFSTEIN, *Der Maßstab für das Gefahrurteil*, cit., p. 101; T. FISCHER, § 15 *StGB*, in *Fischer Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66^a ed., 2019, rn. 16.

⁶⁹ Che comunque taluni autori hanno proposto a partire innanzitutto da F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 909 ss.

lora il danno sia semplicemente minacciato in quanto preannunziato solo verbalmente alla vittima⁷⁰, occorrendo invece che “la minaccia stia ormai per degenerare nella realizzazione dell’offesa”⁷¹. In un’importante recente sentenza del 2018 la nostra Suprema Corte non è andata oltre la conferma del consolidato – ma non risolutivo – orientamento per cui l’attualità del pericolo, «da correlarsi al requisito della necessità di difendersi»⁷², va interpretata nel senso che «l’offesa deve configurarsi, secondo un giudizio *ex ante*, come concreta e imminente, così da rendere necessaria l’immediata reazione difensiva, restando dunque estranea all’area di applicazione della scriminante ogni ipotesi di difesa preventiva o anticipata»⁷³.

Al riguardo si ritiene preferibile – per quanto non agevole – operare uno sforzo dogmatico ulteriore per elaborare uno o più criteri tali da rendere maggiormente afferrabile e determinato il concetto di imminenza dell’aggressione.

A tal proposito va rilevato che taluni studiosi italiani⁷⁴ hanno evidenziato l’opportunità di identificare il limite iniziale dell’aggressione attuale, cioè l’imminenza, con il superamento della soglia del tentativo di reato⁷⁵. Una simile impostazione dogmatica, peraltro, ha avuto un ampio riscontro, in dottrina⁷⁶ e – includendo altresì gli atti “pre-tipici” – giurisprudenza, nell’ordinamento

⁷⁰ Cass., 10 marzo 1992, n. 5429, in *RP*, 1993, p. 47. In dottrina v. al riguardo, con riferimento a suddetta pronuncia, F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 369.

⁷¹ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 386. A maggior ragione Cass., 28 gennaio 1991, n. 3494, in *CP*, 1992, p. 1803, ha escluso che ci si trova dinanzi ad un’aggressione imminente per il solo fatto di trovarsi al cospetto di una persona che porta in dosso un arma, occorrendo all’uopo che costui ne abbia fatto uso, o quanto meno minacciato di avvalersene, o «che si sia comportato in modo tale da farlo credere, sì da creare per il soggetto che reagisce una situazione di pericolo incombente o una ragionevole apparenza di tale situazione e da fargli sorgere la necessità di difesa»: notare, ancora una volta, lo stretto collegamento, sottolineato dalla Suprema Corte, tra i due centrali elementi prognostici dell’attualità dell’aggressione (o del pericolo, usando l’espressione del codice italiano), e della necessità della reazione difensiva.

⁷² A ulteriore conferma di quanto già sottolineato nella nota precedente sullo stretto legame esegetico tra i due requisiti.

⁷³ Cass., 3 maggio 2018, n. 44598, cit.

⁷⁴ F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 367 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 909 ss. In senso analogo D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 226, per il quale «tendenzialmente, il momento iniziale del pericolo attuale può ritenersi coincidente con il passaggio dell’offesa dalla fase preparatoria alla fase esecutiva».

⁷⁵ Si consideri comunque che nell’ordinamento italiano, ai sensi dell’art. 56 c.p., è punibile unicamente il “delitto tentato”, e dunque non le contravvenzioni. Va notato, tuttavia, che solo di rado si potranno riscontrare aggressioni ingiuste non costituenti delitto, sebbene in astratto sinanche condotte non integranti gli estremi di un illecito penale *tout court* possono essere qualificate come “aggressioni ingiuste” ai sensi dell’art. 52 c.p.

⁷⁶ Tra i principali fautori di siffatta opzione ermeneutica, considerata particolarmente restrittiva (e dunque in sostanza sfavorevole all’aggredito), v. in particolare A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn 14; A. GÜNTHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 70; F. HEGER-K. KÜHL, § 32 *StGB*, cit., rn. 4; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 389 ss.; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 146; D. LUDWIG, “*Gegenwärtiger Angriff*”, cit., p. 101 ss.

tedesco (con la precisazione della sua applicabilità alle sole – pur largamente prevalenti – ipotesi di aggressioni ingiuste dolose a beni giuridici penalmente tutelati⁷⁷).

Al riguardo va comunque precisato che la disciplina italiana del tentativo (art. 56 c.p.) richiede “atti idonei e diretti in modo non equivoco” alla commissione di un delitto, occorrendo per converso nel codice tedesco (§ 22 StGB) la realizzazione di atti tali da poter condurre immediatamente (“*unmittelbar*”) alla commissione del reato quale prefigurato dall’agente⁷⁸. La scelta, da parte del legislatore tedesco, del modello del c.d. “inizio di esecuzione” è stata peraltro confermata dalla giurisprudenza del BGH, che richiede la realizzazione di atti tali da integrare, seppur parzialmente, gli elementi tipici della fattispecie criminosa di riferimento (“*Teilverwirklichungsregel*”)⁷⁹.

L’identificazione dell’imminenza dell’aggressione con il superamento della soglia del tentativo punibile desta però rilevanti perplessità ermeneutiche, e non si ritiene compatibile con la patrocinata concezione costituzionalmente orientata del diritto di autodifesa necessitata.

Come è stato acutamente rilevato da taluni giuristi d’oltralpe, difatti, l’equiparazione tra attualità del pericolo e tentativo punibile (*ex* § 22 StGB, ma analoghe riflessioni possono valere per l’art. 56 c.p.), è “teleologicamente fallace”⁸⁰. Ciò in quanto, in ordinamenti penali garantisti come quello tedesco (e italiano), i legislatori hanno tipizzato i criteri per l’estensione della punibilità al reato tentato con la finalità di avvicinarsi quanto più possibile alla “tipicità completa” della fattispecie criminosa di parte speciale⁸¹: ciò è tra l’altro confermato dal fatto che, ad esempio, nel nostro codice penale si richiedono atti congiuntamente “idonei” ed “univoci” rispetto alla commissione del delitto, mentre in molti altri codici è necessaria addirittura un’integrazione parziale del paradigma tipico del reato di riferimento⁸². La finalità dell’inserimento del requisito dell’attualità dell’aggressione nella disciplina della legittima di-

⁷⁷ Opera tale rilevante precisazione, in particolare, K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 146.

⁷⁸ § 22 StGB: «*Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt*». Per un approfondimento comparatistico v., nella letteratura italiana, F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., p. 90 ss.

⁷⁹ V. al riguardo, per tutti, T. RÖNNAU, *Grundwissen – Strafrecht: Versuchsbeginn*, in *JuS*, 2013, p. 881. In giurisprudenza v. BGH 7 agosto 2014 – 3 StR 105/14, in *NStZ*, 2015, p. 207 ss.

⁸⁰ Così C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 666.

⁸¹ In tal senso, pur con precipuoi riferimento alla normativa tedesca, V. ERB, § 32 StGB, cit., rn. 107; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 666; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 109 ss.

⁸² Sebbene tale requisito non è spesso, da parte delle Supreme Corti, interpretato secondo canoni meramente letterali, ma bensì utilizzando un’esegesi teleologica tendenzialmente estensiva, come ad esempio avviene nella giurisprudenza del *Tribunal Supremo* spagnolo: al riguardo v. le riflessioni di F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., p. 192.

fesa è invece duplice: escludere, in primo luogo, la giustificazione di reazioni difensive preventive, e altresì vendicative/punitive; ed in seconda battuta garantire all'agredito la possibilità di reagire in un momento in cui può ancora conseguire una totale preservazione dei beni giuridici minacciati. In relazione a quest'ultimo obiettivo si consideri infatti che, nella frequente ipotesi di aggressione violenta alla vita/incolumità fisica, adottando la teoria del tentativo occorrerebbe attendere tendenzialmente la realizzazione del primo atto violento (es.: pugno), o il puntamento dell'arma da fuoco, per poter reagire in legittima difesa⁸³: in tal modo, però, l'agredito potrebbe beneficiare della scriminante *de qua* solo a partire da un momento in cui, molto probabilmente, la sua incolumità – se non vita – sarebbe già compromessa, e dunque la lesione alla sfera giuridica già inflitta (quanto meno parzialmente)⁸⁴.

Si consideri poi che la soglia di punibilità del tentativo va determinata⁸⁵ in relazione ad un "obiettivo" criminoso perseguito dall'autore, dovendosi invece l'attualità dell'aggressione riscontrare riferendosi⁸⁶, in ottica oggettiva, ad un osservatore ragionevole agente nelle medesime circostanze fattuali⁸⁷.

Un'altra pregevole critica rivolta all'associazione tra imminenza dell'aggressione e superamento della soglia di punibilità del tentativo, da ultimo, si fonda paradossalmente sulle esigenze di tutela della sfera giuridica dell'aggressore. Posticipare il più possibile, come occorrerebbe richiedendo atti punibili come tentativo di reato, il momento in cui l'agredito può legittimamente reagire all'aggressione comporterebbe che la reazione necessaria a contrastare efficacemente l'aggressione dovrebbe essere tendenzialmente più "drastica"⁸⁸: immaginando, ad esempio, un aggredito armato di pistola, ed un aggressore armato di spranga, a distanza di alcuni metri il difensore potrebbe evitare la lesione alla propria incolumità fisica/vita esplodendo un colpo in aria (o alle gambe dell'assalitore), mentre a distanza più ravvicinata sarebbe ve-

⁸³ Prima di tale momento, difatti, tendenzialmente gli atti precedenti (di regola qualificabili come "atti preparatori") non sarebbero connotati dall'elemento della "univocità" (di cui all'art. 56 c.p. Italiano), e neppure caratterizzati da quella "tipicità parziale" richiesta *in primis* dalla giurisprudenza tedesca per ravvisare un tentativo punibile ai sensi del § 22 StGB.

⁸⁴ In tal senso C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 110 ss., il quale rileva altresì come, nella prassi dei combattimenti a corta distanza, soprattutto se frutto di un'aggressione inaspettata e repentina (come sovente accade), sia molto difficile parare o bloccare efficacemente colpi inferti in maniera violenta e risoluta, e dunque consigliabile reagire prima che l'aggressore sferrì il suo attacco fisico. Al riguardo, comunque, si rimanda *infra*, in questo Capitolo, al § 4.2.2.2.

⁸⁵ E ciò vale anche per l'art. 56 c.p., posto che l'idoneità e univocità debbano senz'altro prendere come riferimento il "delitto da commettere".

⁸⁶ Seguendo l'orientamento in questa sede – e da ampia dottrina (soprattutto tedesca, ma non solo) – patrocinato, per cui occorrerebbe adottare un parametro di valutazione *ex ante* oggettivizzato.

⁸⁷ In tal senso si esprime V. ERB, § 32 StGB, cit., rn. 107.

⁸⁸ C. ROXIN, *Von welchem Zeitpunkt*, cit., p. 140.

rosimilmente necessario esplodere un colpo potenzialmente letale (es.: al torace)⁸⁹.

Finalità diametralmente opposte, di converso, persegue una seconda teoria dogmatica, anch'essa minoritaria oltralpe, per cui l'attualità andrebbe ravvisata a partire dal momento in cui l'agredito, procrastinando la reazione difensiva, ridurrebbe – anche solo marginalmente – le proprie possibilità di respingere efficacemente l'aggressione (c.d. teoria della difesa più efficace, o semplicemente “teoria dell'efficacia” [*“Effizienzlösung”*])⁹⁰. Una tale opzione ermeneutica si fonda esclusivamente sulla considerazione delle esigenze difensive dell'agredito, e secondo la stessa il diritto all'autodifesa necessitata scatterebbe a partire dal frangente temporale successivamente al quale un'eventuale reazione dell'agredito perderebbe quella massima efficacia “neutralizzante” del pericolo incombente sui beni giuridici di costui⁹¹. Come evidenziato da una delle numerose opinioni contrarie a siffatta “teoria dell'efficacia”, adottare un simile parametro per determinare l'attualità comporterebbe la giustificazione di una immediata reazione violenta (finanche intenzionalmente letale, ove ricorresse la necessità difensiva) finanche a fronte di un mero annuncio di un'aggressione programmata per il giorno successivo⁹². Nel panorama accademico italiano, si parla al riguardo di estensione interpretativa dell'attualità del pericolo alle situazioni del c.d. “ora o mai più”⁹³, e si è sostenuto – in epoca non recente – che l'attualità del pericolo andrebbe riferita ad una situazione nella quale “i fattori in grado di condurre al risultato lesivo sono già in movimento”⁹⁴.

In base alla sostenuta concezione della legittima difesa, questa impostazione non è condivisibile. Sebbene sia la stessa natura costituzionale dei diritti dell'agredito a orientare verso una regolamentazione, ed esegesi, della legittima difesa per quanto possibile finalizzata a garantirne l'efficacia in

⁸⁹ L'esempio è ispirato da quello proposto da C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 110.

⁹⁰ E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2ª ed., Tübingen, 1984, cap. 6, rn. 61. Si avvicina parzialmente a tale impostazione, affermando che l'attualità dell'aggressione vada ravvisata quando “un ulteriore procrastinare la reazione difensiva ridurrebbe le possibilità di conservazione del bene giuridico”, U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 52.

⁹¹ E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., Cap. 6, rn. 61.

⁹² Così C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 666.

⁹³ Utilizzano questo concetto, pur tendenzialmente rigettandone la congruità applicativa, A. CADOPPI-G. BILLO, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 330 (“situazione in cui sarebbe troppo tardi per agire”); G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 311; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 386 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 911 ss. Parlano al riguardo, in senso analogo, di “legittima difesa anticipata” A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 277; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 226.

⁹⁴ B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, p. 18, secondo il quale il pericolo imminente dovrebbe intendersi come il grado estremo di pericolo attuale, dovendosi quindi ravvisare l'attualità del pericolo spesso molto prima.

concreto, non è ammissibile la concessione al privato dell'uso della forza in presenza di rischi non adeguatamente marcati e/o temporalmente lontani dalla loro concretizzazione⁹⁵. Qualora, invero, un'aggressione venisse meramente annunciata per un tempo futuro, sarebbe dubbia finanche la stessa sussistenza di un'aggressione ingiusta⁹⁶, che non può ovviamente farsi coincidere con un qualsivoglia riferimento verbale all'uso della violenza, dovendo la stessa determinarsi oggettivamente secondo una prospettiva *ex post*. A prescindere da ciò, si legittimerebbe inoltre una sorta di "diritto alla difesa preventiva necessitata" inconciliabile con la propugnata visione della reazione privata violenta come *extrema ratio*.

Se le due tesi appena esposte non sono in questa sede accoglibili, maggiormente condivisibile è invece un terzo orientamento, frutto di una sostanziale combinazione delle summenzionate teorie. Trattasi dell'opzione ermeneutica senz'altro maggioritaria nella dottrina tedesca, ed è definibile "teoria del tentativo allargato"⁹⁷: la stessa è altresì accolta dalla dominante giurisprudenza del BGH⁹⁸, e – in linea di massima – anche da quella della nostra Corte di Cassazione⁹⁹. In base a questa tesi l'imminenza – e dunque l'inizio dell'attualità – dell'aggressione andrebbe ravvisata non solo in presenza di una condotta oltrepassante la soglia di punibilità del tentativo, bensì anche in quegli atti preparatori "finali" nei quali sia ravvisabile un "immediato accingersi all'aggressione" ("*unmittelbares Ansetzen zum Angriff*"): tale concetto

⁹⁵ V. in tal senso ("non sussisterebbero ragioni per giustificare la deroga al divieto generale di autotutela"), autorevolmente, C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 80; G. MARINUCCI, (voce) *Cause di giustificazione*, cit., p. 141 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 386 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 912 ss.

⁹⁶ Si esprime in tal senso anche C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 666.

⁹⁷ Tra i più autorevoli sostenitori della presente impostazione dogmatica v. V. ERB, § 32 *StGB*, cit., nn. 108; H. OTTO, *Gegenwärtiger Angriff*, cit., p. 552; W. PERRON, § 32 *StGB*, cit., nn. 14; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 666 ss. È citato per lo più, da parte degli autori tedeschi, come sostenitore della presente tesi anche U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., nn. 52, il quale peraltro appare patrocinare una variante della suddetta maggiormente orientata alla "efficacia" della reazione difensiva.

⁹⁸ Tale orientamento è stato sostenuto sin dai tempi del *Reichsgericht* (abbreviato RG), con RG, 23 ottobre 1918 – V 674/18, in *RGSSt* 53, p. 132 ss., e si è consolidato anche nella giurisprudenza del Bundesgerichtshof: v., tra le più rilevanti pronunce al riguardo, BGH, 7 novembre 1972 – 1 StR 489/72, in *NJW*, 1973, p. 255 ss.; BGH, 12 marzo 1997 – 3 StR 627/96, in *NSiZ-RR*, 1997, p. 402 ss.; BGH, 9 maggio 2001 – 3 StR 542/00, in *NSiZ*, 2001, p. 530 ss.; BGH, 2 novembre 2011 – 2 StR 375/11, in *StV*, 2012, p. 332 ss.; BGH, 25 aprile 2013 – 4 StR 551/12, in *NSiZ-RR*, 2013, p. 369 ss.

⁹⁹ Cass., 21 giugno 2018, n. 48291, in *italgiure.giustizia.it/sncass*; Cass., 3 maggio 2018, n. 44598, cit. In realtà si è riscontrata una certa difficoltà ad nucleare una precisa direttrice ermeneutica nelle sentenze della Suprema Corte in materia di attualità del pericolo, concentrandosi le pronunce soprattutto sull'approfondimento dell'esegesi dei requisiti di necessità e proporzionalità tra reazione ed aggressione. Sembra comunque evincersi, in particolare nelle più recenti decisioni, una ricostruzione del requisito dell'attualità del pericolo tale da potersi ragionevolmente assimilare all'appena menzionata tesi del tentativo allargato.

va peraltro distinto da quello di “immediato accingersi alla consumazione del reato” (“*unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung*”), coincidente col tentativo punibile¹⁰⁰.

Concretizzando siffatto insegnamento nella realtà fenomenica delle condotte aggressive più frequenti nella prassi applicativa, la reazione violenta dell’agredito dovrebbe essere giustificata sin dal momento in cui l’aggressore, munito ad esempio di spranga o martello, si avvicina con fare minaccioso (partendo, ipotizziamo, da una distanza di 10/15 metri dall’agredito) al reagente brandendo l’arma: in suddetta evenienza, pertanto, l’agredito potrebbe tendenzialmente realizzare una condotta difensiva necessitata consistente nello sparare un colpo d’arma da fuoco alle gambe dell’aggressore, e nel caso lo stesso non si fermasse, e/o la distanza fosse inferiore (es.: 6/7 metri) eventualmente anche al torace¹⁰¹. Da tale esempio emerge chiaramente l’effettiva differenziazione, quanto ai risvolti pragmatici, rispetto ai due precedenti orientamenti: accogliendo la teoria del tentativo, l’imminenza dell’aggressione si ravviserebbe solo nel momento in cui l’aggressore sferrasse il primo colpo (es.: con la spranga o martello); mentre la teoria dell’efficacia consentirebbe la reazione violenta a partire dalle minacce meramente verbali eventualmente proferite dal (presunto) aggressore.

Come già accennato, la giurisprudenza di legittimità tedesca e – a quanto sembra – quella italiana, sembrano aver accolto quest’ultimo orientamento.

Iniziando dall’Alta Corte tedesca, la stessa ha proceduto ad estendere il concetto di attualità dell’aggressione ben oltre i confini di punibilità del tentativo sin dall’inizio del secolo scorso¹⁰², con un’importante decisione (c.d. “caso del braconiere”/“*Wilderer-Fall*”) nella quale si era riconosciuta l’attualità dell’aggressione nella condotta di un braconiere, armato di un fucile carico, la cui apparente fuga dalla guardia forestale che lo stava inseguendo era stata interpretata, anziché come una desistenza dall’aggressione, come una condotta prodromica al raggiungimento di una postazione adeguata dalla quale sparare alla guardia¹⁰³. Come correttamente rilevato nella dottrina d’oltralpe, una tale condotta – presa in sé – non avrebbe certamente integrato gli estremi del “tentato omicidio” (ai sensi dei §§ 22 e 212 del vigente StGB)¹⁰⁴. In un altro rilevante caso, il BGH ha ravvisato un’aggressione imminente nella condotta di un aggressore il quale, dopo aver proferito gravi e credibili minacce nei confronti dell’agredito, aveva infilato la mano nella borsa dove custodiva – circostanza nota al minacciato – un’arma da fuoco¹⁰⁵. La giurisprudenza tedesca, pertanto, non richiede all’agredito di attendere il momento in cui

¹⁰⁰ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 666.

¹⁰¹ In tal senso, seppur proponendo un esempio concreto meno dettagliato, C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 666.

¹⁰² Quando ancora – come già rilevato – si chiamava *Reichsgericht* (RG).

¹⁰³ RG, 23 ottobre 1918 – V 674/18, cit.

¹⁰⁴ “*Versuchtes Totschlag*”: in tal senso V. ERB, § 32 *StGB*, cit., m. 109.

¹⁰⁵ BGH, 7 novembre 1972 – 1 StR 489/72, cit.

l'aggressore estrae l'arma e la punta contro di lui: si ravvisa quindi, nell'ap-pena menzionata pronuncia, una certa propensione – confermata anche in ar-resti più recenti¹⁰⁶ – ad accordare una leggera prevalenza all'esigenza di ef-fettività della reazione difensiva rispetto a quella di tutela dei diritti dell'ag-gressore¹⁰⁷.

Passando invece alla nostra Suprema Corte, la stessa ha di recente statuito che «l'attualità del pericolo richiesta per la configurabilità della scriminante della legittima difesa implica un effettivo, preciso contegno del soggetto an-tagonista, prodromico di una determinata offesa ingiusta, la quale si prospetta come concreta e imminente, così da rendere necessaria l'immediata reazione difensiva sicché resta estranea all'area di applicazione della scriminante ogni ipotesi di difesa preventiva o anticipata»¹⁰⁸. Il richiedere un "effettivo e pre-ciso contegno", "prodromico" alla lesione ingiusta della sfera giuridica del-l'aggregato, è indicativo di una condotta tale da potersi estendere anche oltre i ristretti limiti degli "atti idonei e diretti in modo non equivoco" alla com-missione del delitto richiesti dall'art. 56 c.p.

Da ultimo, va dato conto di una recente proposta ermeneutica avanzata, nell'ambito della dottrina tedesca, in risposta agli asseriti limiti della preva-lente teoria del "tentativo allargato"¹⁰⁹.

La critica principale rivolta all'impostazione maggioritaria è che la sud-detta non garantirebbe un adeguato rispetto del principio di certezza/sicurez-za giuridica ("*Rechtssicherheit*"), posta l'assenza di criteri precisi per deter-minare il confine tra gli atti preparatori suscettibili di configurare l'imminen-za (*ergo* l'attualità) dell'aggressione, e gli altri atti invece a tal proposito irri-levanti¹¹⁰. Si è invero al riguardo rilevato che, nella giurisprudenza tedesca di legittimità, l'indicatore principale posto a fondamento del riscontro di una situazione di aggressione imminente, tale da giustificare una reazione violen-

¹⁰⁶ Come ad es. BGH, 9 maggio 2001 – 3 StR 542/00, cit.; BGH, 31 gennaio 2007 – 5 StR 404/06, in *HRRS*, 2007, nr. 219; BGH, 2 novembre 2011 – 2 StR 375/11, cit.; BGH, 25 aprile 2013 – 4 StR 551/12, cit.;

¹⁰⁷ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 138, il rileva al riguardo come, da un'analisi complessiva delle sentenze in materia del BGH si ravvisi la tendenza, soprattut-to in quelle del presente secolo, a inserire – in maniera più o meno esplicita – nelle moti-vazioni delle decisioni il riferimento all'elemento della «non "procrastinabilità" della rea-zione difensiva in assenza di un incremento del rischio di subire una lesione del bene giu-ridico minacciato».

¹⁰⁸ Cass., 21 giugno 2018, n. 48291, cit. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha pro-ceduto a confermare la sentenza della Corte d'Appello di Cagliari con la quale i giudici di seconde cure avevano ravvisato gli estremi del delitto di omicidio doloso nella condotta del-l'imputata che, vittima da tempo di gravi violenze fisiche e psicologiche da parte del ma-rito, aveva inferito a quest'ultimo, mentre si trovava addormentato, numerose ferite mortali con un coltello, temendo di subire ulteriori aggressioni al risveglio della vittima.

¹⁰⁹ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 139 ss.

¹¹⁰ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 139, che fa riferimento soprattut-to alla concretizzazione di tale tesi nella giurisprudenza del BGH.

ta necessitata, è sovente la “situazione generale minacciosa” (“*bedrohliche Gesamtsituation*”) derivante dalla condotta dell’aggressore: in assenza, però, di parametri uniformi su cui fondare il riscontro di siffatta situazione, il soggetto reagente dovrebbe assumersi il rischio di reagire violentemente in una situazione in cui non avrebbe elementi univoci per avere la ragionevole aspettativa di essere giustificato per gli eventuali illeciti penali commessi¹¹¹. Lo stesso autore¹¹², ad ogni modo, ha rilevato – ritenendo ciò apprezzabile – che al menzionato concetto di “situazione generale minacciosa”, come risulta da un’accurata analisi delle sentenze del BGH, è stata conferita un’ampiezza tale da includere sostanzialmente tutti i casi in cui un soggetto potrebbe ragionevolmente sentirsi aggredito¹¹³. Ciò nonostante, si è ritenuto opportuno proporre una diversa impostazione ermeneutica fondata sull’enucleazione di una serie di parametri maggiormente “concreti” e tali da garantire, nell’ottica del proponente, una più elevata calcolabilità a priori delle conseguenze giuridiche delle proprie condotte: occorre peraltro rilevare al riguardo che si pongono altresì esigenze di garanzia del “potenziale” aggressore, il quale dovrebbe poter anch’egli avere la possibilità di sapere in quali casi i propri comportamenti – magari finalizzati solo a far valere le proprie ragioni senza uso di violenza fisica – potrebbero configurare i presupposti per l’esercizio, da parte dell’altro soggetto, del diritto di autodifesa necessitata.

Le predette osservazioni critiche peraltro, pur rivolte specificamente alla solo giurisprudenza tedesca dell’Alta Corte di Karlsruhe, possono essere indubbiamente estese anche agli orientamenti della nostra Corte di Cassazione, i quali anzi appaiono caratterizzati da un rigoroso “*self restraint*” nel ravvisare l’imminenza dell’aggressione in situazioni diverse da quelle in cui il presunto aggressore ha già sferrato o esploso un colpo (con un’arma, o a mani nude).

La soluzione proposta per ovviare – o, più realisticamente, ridurre – le criticità della tesi del “tentativo allargato” è ispirata alla condivisibile finalità di contemperare la natura “residuale” del diritto di autodifesa necessitata, tale da escludere qualsivoglia diritto di autodifesa preventiva, con l’esigenza di garantire una ripartizione del “rischio di esito infausto” (sotto il profilo fisico, e giuridico-penale) dell’eventuale conflitto tale da privilegiare il soggetto che non si è posto contro l’ordinamento¹¹⁴. Tale orientamento potrebbe essere definito “teoria della concreta manifestazione esteriore dell’intento lesivo”¹¹⁵, e si fonda sul presupposto che un’aggressione è congruamente da considerare imminente a partire dal momento in cui l’autore della stessa induce

¹¹¹ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 139.

¹¹² C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 140.

¹¹³ Quanto meno nei casi di potenziale aggressione a beni giuridici di natura personale come vita, incolumità fisica, ecc.

¹¹⁴ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 140 ss.

¹¹⁵ Lo stesso fautore della tesi *de qua* menziona la stessa con la formula: «*Nach außen tretende Manifestation der feindseligen Absicht als ausreichende Zweifel gegen die Unschuldsvermutung*».

sufficienti dubbi – in un osservatore ragionevole nella medesima condizione – sul rispetto della pace sociale (nel senso di “*neminem laedere*”): rispetto che, fino a prova contraria, andrebbe necessariamente presunto¹¹⁶. A tal fine occorre dunque il riscontro oggettivo – in prospettiva *ex ante* – di un comportamento esteriore, di natura non meramente verbale, che si ponga come indicatore giuridicamente pregnante dell’incombenza della realizzazione di atti lesivi di beni giuridici di un soggetto oramai definibile “agredito”¹¹⁷.

L’elemento innovativo della presente teoria, ad ogni modo, è dato proprio dall’enucleazione di una serie di parametri sui quali fondare la sussistenza di siffatto comportamento esteriore sufficiente ai fini del riscontro dell’imminenza, e quindi dell’attualità dell’aggressione, individuati in:

a) la connotazione “fisicamente orientata” del comportamento dell’aggressore, che non deve esaurirsi in mere esternazioni verbali minacciose non accompagnate da elementi tali da corroborarne la pericolosità¹¹⁸;

b) una prossimità spazio-temporale rispetto al raggiungimento della c.d. “distanza di combattimento” o “distanza di pericolo” (“*Gefährdungsdistanz*”), tale da configurare un indubbio pericolo concreto di lesione della sfera giuridica dell’agredito¹¹⁹. È proprio quest’ultimo requisito, all’evidenza, a rappresentare il nucleo portante della proposta in esame, ed in relazione allo stesso vengono ulteriormente specificati i sotto-parametri o indici specifici da considerare, pur nel quadro di una considerazione a sé stante delle peculiarità di ogni caso concreto, individuati in: I) le modalità dell’aggressione (rapida, lenta, mediante ordigno esplosivo azionabile a distanza, ecc.); II) i mezzi/le armi a disposizione dell’aggressore; III) il numero, la forza e la pericolosità dei potenziali aggressori; IV) in via residuale le alternative difensive concretamente percorribili dall’agredito¹²⁰.

Viene poi evidenziato, richiamando le riflessioni di altri autorevoli studiosi¹²¹, che la componente spaziale della “distanza di pericolo” va determi-

¹¹⁶ In tal senso C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 141.

¹¹⁷ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 141, che al riguardo si focalizza altresì sulla distinzione tra il concetto di “aggressione” di cui alla scriminante prevista, nel codice tedesco, dal § 32 StGB (equivalente – come riscontrato dall’analisi della giurisprudenza e dottrina italiane – a quello di pericolo di cui all’art. 52 c.p.), e quello di “pericolo” contemplato dal § 34 StGB (“stato di necessità”): secondo la teoria dallo stesso autore propugnata, difatti, l’imminenza dell’aggressione dovrebbe scattare solo in presenza di una chiara prossimità alla lesione del bene giuridico; il pericolo, invece, potrebbe essere ravvisato anche in un momento precedente, e dunque anche in talune ipotesi di c.d. “difesa preventiva”.

¹¹⁸ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 141.

¹¹⁹ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 141.

¹²⁰ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 141, il quale sottolinea come, in relazione alle possibilità difensive dell’agredito, le stesse raramente rivestano nella prassi applicativa un ruolo rilevante.

¹²¹ V. ERB, § 32 StGB, cit., nn. 103.

nata non in assoluto, bensì in relazione alla concreta modalità dell'aggressione, per cui ad es., nell'ipotesi di ordigno azionabile a distanza mediante detonatore della portata di 500 metri, la distanza di pericolo sarebbe *ex post* da determinare in 500 metri, ed *ex ante* ovviamente con un margine di "sicurezza spaziale" ben superiore, per cui l'aggressore con in mano il detonatore potrebbe essere lecitamente colpito anche qualora si trovasse a un chilometro dall'edificio nel quale fosse collocata la bomba¹²².

La tesi appena analizzata, alla luce della concezione del diritto di autodifesa necessitata orientata al contemperamento delle esigenze di effettività e di costituzionalità, appare senz'altro la preferibile ai fini del riscontro del momento iniziale dell'attualità dell'aggressione. La presente elaborazione dogmatica, difatti, introduce parametri maggiormente determinati (quali la "distanza di pericolo", ecc.) rispetto a quelli della "situazione generale minacciosa" di cui alla prevalente tesi del "tentativo allargato", escludendo al contempo dall'ambito delle aggressioni imminenti quelle manifestazioni di aggressività meramente verbale e/o ipotetica. Un altro aspetto positivo da sottolineare¹²³ è quello relativo alla riduzione del rischio di "reazione difensiva a vuoto"¹²⁴, posto che se si imponesse all'agredito – come nella teoria del "tentativo allargato"¹²⁵ – di attendere l'entrata dell'aggressore nella "zona di pericolo", un eventuale colpo a vuoto dello stesso si tradurrebbe in una drastica riduzione, se non annullamento, delle possibilità di evitare concretamente la lesione del bene giuridico.

Non ci si può tuttavia esimere dal rilevare che, anche adottando questa impostazione, non verrebbe comunque eliminato quell'ineludibile margine di discrezionalità nella valutazione della concreta situazione conflittuale insito in ogni vaglio giudiziario di condotte astrattamente rientranti nell'esercizio del diritto di autodifesa necessitata.

3.3. L'aggressione perdurante

Se nel paragrafo precedente, trattando del concetto di "aggressione imminente", si sono vagliate le varie teorie proposte per determinare il momento in cui l'attualità dell'aggressione ha inizio, si deve ora "chiudere il cerchio" relativo al requisito dell'attualità dell'aggressione, enucleando i parametri per

¹²² In tal senso V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 103.

¹²³ Che si coglierà meglio a breve, nella parte dedicata al fondamentale contributo delle scienze empiriche extra-giuridiche in tema di determinazione dell'effettiva necessità difensiva, nei quali verrà meglio chiarito il concetto di "difesa effettiva" in relazione ad aggressioni "fisicamente pregnanti".

¹²⁴ "Fehlschlag": al riguardo v. l'ampia digressione sul punto di C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 145.

¹²⁵ Salvo l'esegesi *de facto* estensiva di tale teoria adottata da gran parte delle sentenze recenti del BGH tedesco, approccio peraltro non seguito dalla giurisprudenza italiana di legittimità.

individuare il momento in cui siffatta attualità dell'aggressione cessa. Come evocativamente affermato da un giurista italiano oltre un secolo fa, invero, «l'attualità del pericolo segna i percorsi dell'azione e le sequenze della reazione: il diritto di reazione cessa e si arresta al cessare dell'azione: il diritto di difesa nasce da un'ingiusta aggressione e con essa finisce»¹²⁶.

Sul punto va anzitutto precisato che la fase successiva a quella dell'imminenza dell'aggressione/pericolo, e dunque coprente il lasso temporale intercorrente dall'effettivo inizio della lesione del bene giuridico (es.: inflizione di una martellata, o di un pugno) alla cessazione *tout court* dell'aggressione, è oggetto di tendenziale considerazione dogmatica unitaria da parte di dottrina e giurisprudenza italiane¹²⁷, e al contrario divisa in un due ulteriori sotto-fasi nel contesto giuridico tedesco. La fase dell'aggressione (letteralmente "pericolo") perdurante è difatti suddivisa, da gran parte degli studiosi d'oltralpe¹²⁸, in "aggressione in corso" ("*gerade stattfindet*"), e "aggressione perdurante" in senso stretto ("*noch andauert*"): tale ulteriore suddivisione appare comunque pleonastica, visto che sotto un profilo dogmatico assume rilievo la determinazione del momento di cessazione dell'aggressione, e non certo la distinzione tra una fase di aggressione "dinamica" (nella quale ad es. l'aggressore colpisce concretamente l'agredito) ed una di aggressione "statica" (ad es. di pausa tra un assalto fisico ed un altro), la quale anzi potrebbe solo rivelarsi fonte di disfunzionali complicazioni ermeneutiche¹²⁹.

Relativamente alla delimitazione del concetto di aggressione perdurante rispetto a quello di aggressione cessata, nell'approccio seguito sia dai giuristi italiani che da quelli tedeschi (e altresì nelle Alte Corti dei due Paesi) si riscontra tendenzialmente una mancata elaborazione di parametri dettagliati per determinare, in generale, il momento finale dell'attualità del pericolo/aggressione. Ci si limita invero, per lo più, a evidenziare che la cessazione dell'at-

¹²⁶ C. CIVOLI, *Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono*, in *Enc. dir. penale italiano*, V, Milano, 1904, p. 150, così citato da F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 367.

¹²⁷ *Ex multis* v. M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 878 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 300; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 367 ss. In giurisprudenza v. tra le tante, Cass., 28 gennaio 1991, n. 3494, in *CP*, 1992, p. 1803 cc.; e tra le più recenti Cass., 3 maggio 2018, n. 44598, cit.

¹²⁸ V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 104; A. GÜNTHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 65; U. KIND-HÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 50; W. PERRON, § 32 *StGB*, cit., rn. 27; H. OTTO, *Gegenwärtiger*, cit., p. 552 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 665; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 63. In giurisprudenza v., *ex plurimis*, BGH, 27 agosto 1989 – 1 StR 327/03, cit.; BGH, 11 luglio 1986 – 3 StR 269/86, cit.

¹²⁹ In senso parzialmente conforme v. C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 220 ss., il quale sottolinea come lo studio dei casi di "aggressione in corso" ("*gerade stattfindenden Angriffs*") abbia una rilevanza dogmatica marginale, non apportando alcun contributo utile alla determinazione del momento iniziale dell'aggressione, né a quella del momento finale della stessa. Si tenga poi presente, a conferma di ciò, che quasi nessuno scritto accademico tedesco dedichi uno specifico paragrafo alla trattazione delle problematiche relative ai "*gerade stattfindenden Angriffs*".

tualità dell'aggressione si verifica nel momento in cui il pericolo per i beni giuridici dell'agredito si trasforma in danno, sempre che il rischio di lesione per i beni giuridici non sia stato integralmente scongiurato da una reazione difensiva efficace dell'agredito¹³⁰.

Vengono poi approfondite, in relazione al concetto *de quo*, talune costellazioni di casi, particolarmente ricorrenti nella prassi giudiziaria, a partire dalla legittima difesa nei confronti di aggressioni tali da integrare gli estremi di un reato permanente, quali il sequestro di persona. Al riguardo, c'è unanimità nel ritenere perdurante l'aggressione/pericolo fino a quando si protrae la lesione del bene giuridico, per cui l'agredito potrà reagire in legittima difesa in qualunque momento¹³¹.

Un'altra costellazione di casi oggetto di uniforme valutazione ermeneutica in entrambi gli ordinamenti è quella relativa all'ipotesi del "ladro che fugge con il bottino" ("*der fluchtende Dieb*")¹³². Trattasi invero delle frequenti fattispecie concrete in cui, dopo aver sottratto uno o più beni materiali altrui (con o senza violenza alle persone), il ladro fugge portando con sé tali oggetti, inseguito dal derubato¹³³. Secondo dottrina e giurisprudenza

¹³⁰ Nella letteratura italiana v., in particolare, M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, p. 879; G. FIAN-DACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 300. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 251, afferma al riguardo che si può fare riferimento al pericolo perdurante in due casi: a) qualora la lesione sia in corso, e con la reazione si cerchi di evitarne gli effetti; b) qualora la lesione non si sia ancora consolidata, in quanto ancora non culminata la transizione tra una situazione di pericolo ed una di danno effettivo. Nella nostra giurisprudenza v. Cass., 20 marzo 1992, in *GP*, 1993, II, p. 21 ss. Dottrina e giurisprudenza italiana sono peraltro concordi nel ritenere cessato il pericolo nell'ipotesi in cui l'aggressore si dà alla fuga, e l'agredito lo colpisce nel corso o all'esito dell'inseguimento (M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 880; Cass., sez. V, 9 maggio 2008, n. 19069, cit.). Nella dottrina tedesca v., tra i tanti, A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 15; T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 18; A. GÜNTHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 78; V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 211 ss.; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 154. Secondo U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 53, l'attualità è ravvisabile fino a che l'aggressione non sia completamente esaurita ("*beendet*"), e dunque sia perdurante, il che si verifica qualora la lesione si estenda, si intensifichi oppure una reiterazione della stessa sia ancora da temere. In giurisprudenza, *ex multis*, v. BGH, 12 febbraio 2003 – 1 StR 403/02, in *NSiZ*, 2003, p. 425 ss.

¹³¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 251; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 386; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 225; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 368. In giurisprudenza v. Cass., 19 gennaio 1984, n. 2771, in *CP*, 1985, p. 1094 ss. Nella dottrina tedesca v., *ex plurimis*, A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 15; T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 18; A. GÜNTHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 76; V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 212; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 149; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 668. Nella giurisprudenza di legittimità v. in particolare BGH, 10 febbraio 1981 – 1 StR 777/80, in www.juris.de/jportal/prev/BORE039278309.

¹³² V. al riguardo, in una interessante prospettiva giuridico-filosofica, l'ampio studio sul tema di D. SICILIANO, *Das Leben des fliehenden Diebes: ein strafrechtliches Politikum*, 2^a ed., Frankfurt, 2013.

¹³³ Diverso è, invece, il caso del ladro, ma lo stesso vale per altre tipologie di aggressori, che scappa senza portare con sé beni del derubato, o comunque dopo essersi – in modo visi-

dominanti¹³⁴ l'aggressione è attuale (ovviamente con riferimento al solo patrimonio) fino a quando il ladro non ha "consolidato" il possesso (meramente *de facto*) del bene, e dunque l'offesa è esaurita ("beendet"): tale momento, peraltro, coincide sostanzialmente con quello di consumazione del delitto di furto (nel caso non ricorrano gli estremi di più grave reato) sia nel codice italiano (art. 624 c.p.)¹³⁵, che in quello tedesco (§ 242 StGB)¹³⁶.

Anche in relazione al concetto di "aggressione perdurante" va peraltro dato conto della proposta ermeneutica di quella stessa dottrina tedesca patrocinante – in relazione alla determinazione della nozione di "aggressione imminente" – la "teoria della concreta manifestazione esteriore dell'intento lesivo"¹³⁷. Viene però correttamente rilevato che all'aggressione perdurante non può applicarsi *in toto* la medesima costruzione dogmatica proposta per l'ag-

bile per l'inseguitore – disfatto dei suddetti durante la fuga. In tale evenienza, qualora a un osservatore ragionevole in prospettiva *ex ante* la fuga appaia effettiva, e dimostrativa dell'esaurimento di ogni pericolo effettivo per la sfera giuridica dell'agredito, ci si troverebbe dinanzi ad una cessazione dell'attualità dell'aggressione, e dunque del diritto di autodifesa necessitata. Da questo momento in poi, una eventuale reazione violenta dell'originario aggredito si porrebbe come esercizio di un potere punitivo, se non espressione di un desiderio di vendetta, il quale non potrebbe in alcun modo rientrare nel paradigma della legittima difesa: al più, l'eventuale giustificazione dell'apprensione dell'aggressore fuggente potrebbe essere sussistente nei limiti in cui l'ordinamento in questione accordi al privato una facoltà di arresto (nel nostro ordinamento "in flagranza", nei casi di cui all'art. 383 c.p.p.) dell'autore di determinati reati. In tale ipotesi, dunque, verrebbe eventualmente in rilievo la scriminante di esercizio di un diritto (nell'ordinamento italiano, art. 51 c.p.), e l'uso della violenza dovrebbe limitarsi a quanto strettamente necessario per procedere all'arresto: cfr. al riguardo G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 301; e nella giurisprudenza italiana, in un caso di inseguimento di ladri che si erano introdotti nel garage dell'agredito per sottrargli un'auto, ma poi erano fuggiti senza riuscire nell'intento, procedendo però l'agredito a uccidere – in esito all'inseguimento – uno degli aggressori a coltellate, v. Cass., 9 maggio 2008, n. 19069, in *DPP*, 2008, p. 853 ss. (nella pronuncia in questione, ovviamente era stata negata la concessione della legittima difesa al soggetto, per difetto di attualità del pericolo).

¹³⁴ V. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 300 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 251; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 386; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 225. In giurisprudenza v. Cass., 16 marzo 1987, in *CP*, 1989, p. 367 ss.; Cass., 20 marzo 1992, cit. Nel panorama accademico d'oltralpe v., tra i più autorevoli, V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 114; T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 18; V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 154 ss.; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 150 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 668. Nella giurisprudenza di legittimità tedesca v. in particolare BGH, 15 maggio 1979 – 1 StR 749/78, in *NstZ*, 1981, p. 94 ss.

¹³⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 386, il quale fa riferimento a «ipotesi di difesa immediatamente successiva all'offesa (dunque già realizzata) e finalizzata ad impedire il consolidamento della situazione antigiuridica, come è nel caso – ad esempio – del derubato che eserciti violenza sul ladro che, essendosi già impossessato della refurtiva, stia fuggendo per consolidare il possesso della cosa».

¹³⁶ In tal senso V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 114; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 55; K. KÜHL, *Angriff*, cit., p. 62 ss.

¹³⁷ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 165 ss.

gressione imminente, posto che chi ha già realizzato un'aggressione non può beneficiare di quella generale "presunzione di rispetto dei beni giuridici altrui" da applicare a colui che ancora non si è comportato antiggiuridicamente¹³⁸. Per ravvisare la fine dell'attualità dell'aggressione ingiusta, pertanto, occorrerà anzitutto che l'aggressore dimostri "esteriormente" di voler "ritornare" ("*zurückkehren*") al rispetto delle norme dell'ordinamento: trattasi pertanto di un'impostazione opposta, definibile come "teoria della concreta manifestazione esteriore dell'intento non (più) lesivo"¹³⁹.

Se fin qui l'orientamento in questione non aggiunge nulla di sostanziale alla poca specificità dell'impostazione adottata dalla dottrina e giurisprudenza prevalente (in Italia e in Germania), il fautore del suddetto propone anche in tale sede il criterio – già visto in relazione all'aggressione imminente – della prossimità spazio-temporale rispetto alla c.d. "distanza di combattimento" o "distanza di pericolo" ("*Gefährdungsdistanz*"), da cui l'aggressore, logicamente, dovrà allontanarsi per dimostrare la cessazione di qualunque pericolo effettivo per i beni giuridici dell'agredito¹⁴⁰. Viene però precisato, al riguardo, che in taluni casi si potrà ravvisare la fine dell'attualità dell'aggressione anche prima dell'allontanamento dell'aggressore dalla "distanza di pericolo", qualora il suo comportamento attesti esteriormente in modo pregnante la volontà di rispettare la sfera giuridica dell'agredito (es.: con chiari segnali di resa): tale situazione, però, potrà verificarsi solo in casi eccezionali, nei quali sia evidente che i segnali di resa – pur mantenendosi l'autore in prossimità spazio-temporale all'agredito – non rappresentino un mero "inganno" per poter poi realizzare una nuova condotta lesiva¹⁴¹. Ovviamente la cessazione dell'aggressione sarà a maggior ragione riscontrabile qualora l'agredito riesca a neutralizzare l'aggressore (immobilizzandolo a terra, ammanettandolo, ecc.).

In concreto la tesi appena analizzata comporta una leggera estensione dell'ambito di giustificazione delle condotte difensive, estendendo l'aggressione perdurante fino a che non vi sono chiare e percepibili manifestazioni, da parte dell'aggressore, della cessazione di qualunque volontà offensiva dell'agredito.

4. La necessità della reazione difensiva

Il terzo elemento strutturale nucleare della legittima difesa, che secondo il modello prospettato deve essere sempre e comunque ravvisato in concreto ai

¹³⁸ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 166 ss.

¹³⁹ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 166.

¹⁴⁰ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 167.

¹⁴¹ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 167, il quale richiama nuovamente l'esigenza di addossare in capo all'aggressore la "allocazione del rischio" ("*Risikoverteilung*") di un esito infausto del conflitto innescato con l'originaria aggressione antiggiuridica da tale soggetto.

fini della giustificazione di una reazione difensiva, è la necessità della condotta difensiva per la tutela del bene giuridico messo in pericolo, e dunque per respingere l'aggressione, o quanto meno attenuarne gli effetti lesivi.

Se quindi, nei paragrafi precedenti, si sono delineati i limiti temporali entro cui esercitare il diritto di autodifesa necessitata, occorre adesso tracciare i limiti modali, relativi al come reagire, entro cui estrinsecare la condotta antaggonista di un'aggressione ingiusta ed attuale.

In Italia la riflessione dogmatica sul presente requisito si è concentrata principalmente sull'individuazione di una soglia "superiore" di efficacia lesiva – finalizzata alla tutela del bene giuridico a rischio – della reazione difensiva ("necessità in senso stretto")¹⁴². Un settore rilevante della dottrina tedesca ha invece sostenuto che – per essere qualificata "necessaria" – la reazione all'aggressione deve anche non scendere sotto una soglia "inferiore", data dall'idoneità della stessa ("*Geeignetheit*" o "*Eignung*") ai fini della neutralizzazione – totale o parziale – delle conseguenze lesive dell'ingiusta aggressione¹⁴³. A titolo esemplificativo si è ipotizzato che un aggredito, dopo aver ceduto una somma di denaro ad una banda composta da più estorsori, accoltelli alla gola uno dei suddetti, pur consapevole che la somma sia nelle mani di un altro soggetto: in tal caso la condotta non sarebbe idonea ad elidere o ridurre la lesione giuridica subita¹⁴⁴. Al di là delle questioni relative all'attualità dell'aggressione nell'esempio proposto, va peraltro rilevato che trattasi di una

¹⁴² V. però F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 929, il quale inserisce quale prima condizione affinché una condotta difensiva possa definirsi necessaria il fatto che stessa «deve avere effettivamente neutralizzato, in tutto o in parte, il pericolo di offesa contro cui si reagiva», rilevando altresì come tale requisito sia spesso trascurato dalla dottrina. Lo stesso illustre autore non concorda invece con gli autori italiani che (C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 24; T. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima*, cit., p. 511), sulla falsariga di quelli d'oltralpe, definiscono tale requisito come "idoneità a neutralizzare il pericolo": siffatto concetto, invero, richiamerebbe l'idea di una valutazione *ex ante*, ma secondo l'autore «la condotta che, pur apparendo *ex ante* idonea a neutralizzare il pericolo, si è in concreto rivelata inefficace rispetto a tale obiettivo resterà oggettivamente anti-giuridica; onde l'eventuale non punibilità di essa condotta dipenderà dal successivo giudizio sulla colpevolezza dell'agente».

¹⁴³ Sostengono tale tesi notabilmente G. WARDA, *Die Eignung*, cit., p. 344 ss. (con un ampio studio specifico); A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 25 ss.; T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 28 ss.; A. GÜNTHER, § 32, cit., rn. 92; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 392 ss.; W. PERRON, § 32 *StGB*, cit., rn. 35; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 674 ss.; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 250 ss. *Contra* però V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 130, secondo il quale (traduzione non letterale): «nel conflitto per la tutela di un bene giuridico individuale contro un'aggressione ingiusta ed attuale non è in principio applicabile la logica di un'analisi costi-benefici»; e H. ALWART, *Zum Begriff*, cit., p. 953 ss.: tali studiosi partendo essenzialmente da presupposti ideologici di matrice ultra-individualistica, hanno ritenuto incongruo richiedere l'idoneità difensiva della reazione dell'aggredito, non potendosi addossare a quest'ultimo, che con la sua difesa tutela altresì il Diritto in quanto tale, un obbligo di rinunciare a qualunque reazione qualora la stessa appaia in assoluto senza speranza.

¹⁴⁴ L'esempio è proposto da C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 675.

questione di marginale rilevanza nella prassi giudiziaria: solo in un caso, infatti, la giurisprudenza tedesca ha ritenuto insussistente la necessità difensiva a causa della mancanza di idoneità della condotta posta in essere dall'agredito¹⁴⁵.

Non si dedicherà pertanto uno specifico approfondimento dogmatico alla questione della idoneità difensiva/*Geeignetheit*, considerandosi comunque, in ottica interpretativa, che una condotta difensiva già *ex ante* totalmente priva di qualunque utilità in termini di tutela del bene giuridico a rischio non possa essere considerata "necessaria", alla luce della concezione individualistica dell'istituto propugnata in questa sede¹⁴⁶.

L'analisi ermeneutica si concentrerà pertanto sull'approfondimento dei criteri per determinare i limiti entro i quali qualificare come "necessarie" condotte difensive, finanche con esito mortale per l'aggressore, realizzate a fronte di aggressioni ingiuste ed attuali. A tal proposito, all'approfondimento dogmatico "endo-penalistico" si affiancherà uno studio dell'apporto dato dalle scienze extra-giuridiche (biologia, psicologia, discipline di combattimento, ecc.) ai fini della comprensione delle dinamiche che si sviluppano nelle frequenti ipotesi – che sono anche quelle ove spesso la reazione provoca la morte, o il grave ferimento, dell'aggressore – di aggressione a beni personali costituzionalmente "primari" della persona. Al riguardo invero, per valutare se una condotta in concreto lesiva posta in essere dall'agredito avrebbe potuto essere sostituita – con eguale efficacia di tutela – con un'altra meno lesiva, è di fondamentale importanza, per garantire le prerogative giuridiche di tutte le parti coinvolte, sostituire astratte valutazioni intuitive con giudizi fondati su una conoscenza, per quanto possibile "scientifica", delle dinamiche a livello psicologico, biologico, di tecniche di combattimento, balistiche, ecc., che si verificano nei concreti contesti conflittuali.

4.1. Il criterio temporale e personale per valutare la sussistenza della necessità difensiva: prospettiva *ex ante* oggettiva con riferimento ad un "osservatore ragionevole"

Gran parte delle considerazioni svolte in relazione ai criteri temporali (prospettiva *ex ante/ex post*) e personali (osservatore ragionevole, onnisciente, ecc.) per riscontrare l'attualità dell'aggressione, trattandosi in entrambi i casi di elementi prognostici, valgono anche per la valutazione della sussistenza della necessità difensiva. Si tenga comunque presente che, soprattutto per quanto riguarda la prospettiva "temporale" da adottare, l'opzione a favore di quella

¹⁴⁵ OLG Düsseldorf, 15 ottobre 1993 – 2 Ws 214/93, cit.

¹⁴⁶ In tali ipotesi, del resto, potrebbe sovente ravvisarsi l'assenza di quell'elemento soggettivo della legittima difesa, dato dal c.d. "*animus defendendi*", che – come si vedrà *infra*, Cap. V, § 6. – si ritiene opportuno inserire nel modello di legittima difesa proposto in ottica *de iure condendo*.

ex ante è molto meno controversa, e quasi pacifica sia in dottrina che in giurisprudenza (in entrambi gli ordinamenti principali analizzati).

Nell'ordinamento italiano, infatti, la giurisprudenza¹⁴⁷ ha affermato esplicitamente la necessità di valutare oggettivamente *ex ante* la sussistenza del requisito della necessità della reazione difensiva¹⁴⁸, pur se l'analisi approfondita delle statuizioni decisorie delle pronunce sembra attestare una frequente "occulta" applicazione del criterio di valutazione *ex post*¹⁴⁹. La dottrina italiana appare inoltre in prevalenza concordare con l'orientamento giurisprudenziale¹⁵⁰. Passando alla letteratura tedesca, la stessa è sostanzialmente compatta nel patrocinare una valutazione *ex ante*¹⁵¹, pur dovendosi dare atto che taluni studiosi ritengono che occorre fare riferimento, anziché al c.d. "osservatore ragionevole", ad un osservatore onnisciente¹⁵², oppure – al contrario – al punto di vista del concreto soggetto che reagisce all'aggressione¹⁵³. La giurisprudenza del BGH, peraltro, appare quasi compattamente accogliere anch'essa l'impostazione dominante, adottando dunque una prospettiva *ex ante* incentrata sul parametro oggettivo dell'osservatore ragionevole¹⁵⁴.

Si ritiene pertanto, così come affermato nei precedenti paragrafi per il riscontro dell'attualità dell'aggressione, che i medesimi argomenti addotti quali fondamento per la scelta del parametro di valutazione *ex ante*, col riferi-

¹⁴⁷ Come già visto *supra*, Cap. II, § 1.1.2.1.

¹⁴⁸ V. in particolare Cass., 9 gennaio 2019, n. 746, cit.; Cass., 4 luglio 2006, n. 32282, in *Foro it.*, 2008, II, p. 236 ss.

¹⁴⁹ Tra le più recenti va citata nuovamente, al riguardo, Cass., 9 gennaio 2019, n. 746, cit.: in tale decisione la statuizione per cui l'imputato, nel caso di specie, avrebbe potuto colpire l'aggressore col coltello in zone non vitali appare frutto dell'adozione, *de facto*, di una prospettiva *ex post* avulsa dalla considerazione dei profili caratterizzanti il contesto in cui l'imputato-agredito, nella fattispecie concreta, si era trovato ad estrinsecare la propria condotta difensiva.

¹⁵⁰ M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 884; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 390 fa invece riferimento ad una valutazione della connotazione della reazione difensiva "nella situazione concreta", così come G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 303. Cfr. anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 226. *Contra*, invece, F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 376, secondo il quale l'accertamento della necessità della reazione «non potrà prescindere da una valutazione su tutte le situazioni concrete, comprese quelle conosciute soltanto *ex post*».

¹⁵¹ Tra i più autorevoli v. V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 130; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 174; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 678; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 232 ss.; H.J. RUDOLPHI, *Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 388; C. SCHRÖDER, *Angriff*, cit., p. 240 ss.; R. SENGBUSCH, *Die Subsidiarität*, cit., p. 208 ss.

¹⁵² Patrociano tale tesi A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 24 ss.; G. GEILEN, *Notwehr und Notwehrexzess*, cit., p. 315; W. MITSCH, *Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe*, in *JA*, 1989, p. 87; W. PERRON, § 32 *StGB*, cit., rn. 34.

¹⁵³ U. BORN, *Die Rechtfertigung*, cit., p. 151 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 392.

¹⁵⁴ V. in particolare, tra le più recenti, BGH, 8 giugno 2016 – 5 StR 564/15, cit.; BGH, 26 novembre 2013 – 3 StR 331/13, cit. *Contra* v., da ultimo, la più datata BGH, 9 maggio 2001 – 3 StR 542/00, cit.

mento all'osservatore ragionevole, valgono a maggior ragione per la valutazione della sussistenza del requisito della necessità difensiva. La natura prognostica di tale ultimo elemento, difatti, è ancora più evidente se si pensa alla concreta situazione in cui un soggetto aggredito deve scegliere e calibrare il mezzo e le modalità di reazione che gli consentano – nei limiti modali che a breve si approfondiranno – di neutralizzare, per quanto possibile, l'aggressione in corso, e dunque di tutelare i beni giuridici in pericolo¹⁵⁵. Considerando inoltre l'argomento, già accolto trattando dell'attualità dell'aggressione, della necessità – attraverso l'adozione della prospettiva *ex ante* – di accollare, in linea generale, sull'aggressore il rischio che una valutazione *ex ante*, oggettivamente ragionevole in tale ottica pur se erronea *ex post*, della situazione comporti un esito infausto per colui che si è posto contro l'ordinamento, è evidente che lo stesso deve valere a maggior ragione per il requisito della necessità difensiva: nel caso della necessità, difatti, ci si trova davanti ad un'aggressione anti-giuridica la cui attualità è già stabilita, e dunque a maggior ragione si può ritenere ragionevole imporre all'aggressore un "dovere di sopportazione" ("*Duldungspflicht*") delle eventuali conseguenze negative di una – *ex post* erronea, ma *ex ante* ragionevole – ponderazione della situazione conflittuale da parte dell'aggredito¹⁵⁶.

Per quanto riguarda il parametro "personale" di riferimento, occorre anche qui confermare quanto rilevato in tema di attualità del pericolo, e dunque rigettare la proposta di prendere a riferimento, in ottica soggettiva, la persona dell'aggredito; così come quella di considerare come parametro un osservatore onnisciente. La prospettiva soggettiva – richiamando quando detto *supra* in materia di attualità¹⁵⁷ – confonde il piano della colpevolezza con quello dell'anti-giuridicità: non è poi conforme alla concezione – pur incentrata sull'effettività – costituzionalmente orientata del diritto di autodifesa necessitata imporre all'aggressore anche un "dovere di sopportazione" di un'eventuale reazione non necessaria frutto di una percezione "irragionevole" della situazione da parte dell'aggredito¹⁵⁸. Non accoglibile, inoltre, è la proposta di adottare come soggetto di riferimento un osservatore onnisciente: oltre a ribadire la già rilevata concreta impossibilità di configurare un simile osservatore, suddetta impostazione condurrebbe *de facto* a gran parte delle criticità date dall'adozione di una prospettiva *ex post*¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Cfr. sul punto, nella dottrina tedesca, le riflessioni – nel medesimo senso – di V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 131; H.J. RUDOLPHI, *Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 378; R. SENGBUSCH, *Die Subsidiarität*, cit., p. 206.

¹⁵⁶ In tal senso C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 225.

¹⁵⁷ Cap. IV, § 3.1.1.

¹⁵⁸ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 231 ss.

¹⁵⁹ Visto che solo successivamente allo svolgimento dei fatti si potrebbe tenere conto di tutte le circostanze accompagnanti lo svolgimento degli stessi. Per ulteriori approfondimenti v. le ampie riflessioni sul punto di C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 226 ss. Cfr. anche, H.J. RUDOLPHI, *Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 387 ss.

Anche la necessità difensiva della reazione andrà dunque riscontrata secondo una prospettiva *ex ante* (c.d. prognosi postuma), e prendendo come parametro di riferimento un osservatore ragionevole agente nel medesimo contesto situazionale dell'agredito.

4.2. L'ubi consistam della necessità difensiva nell'ottica dell'effettività difensiva "costituzionalmente orientata"

Il requisito strutturale della necessità difensiva della condotta difensiva è sicuramente, a livello dogmatico ma altresì pragmatico, il nocciolo centrale, il "nucleo del nucleo" della costruzione giuridico-penale della legittima difesa.

La sussistenza di un'aggressione ingiusta ed attuale ne rappresenta senz'altro l'indefettibile presupposto, ma è proprio l'ineludibile funzionalità della condotta difensiva rispetto allo scopo di garantire la massima salvaguardia possibile del bene giuridico in pericolo a rappresentare l'elemento in relazione al quale si palesa in modo "plasticamente iconografico" il conflitto tra la sfera giuridica, che spesso coincide con quella corporale, dell'aggressore e quella dell'agredito. Negli ordinamenti (tedesco, spagnolo, ecc.) che non prevedono – talvolta solo per le aggressioni più gravi – l'ulteriore requisito della proporzione tra difesa e aggressione, è proprio sull'approfondimento della necessità difensiva che si sono concentrate gran parte delle riflessioni ermeneutiche dei giuristi pratici e accademici.

Siccome uno dei due ordinamenti giuridici sul cui studio si incentra il presente scritto è quello italiano, che contempla altresì – in generale, e salvo quanto detto per la "legittima difesa domiciliare" introdotta dalle riforme del 2006 e 2019¹⁶⁰ – il requisito della proporzione "in senso stretto", è bene ribadire nuovamente "in limine litis" l'alterità tra i due concetti di necessità e proporzione della reazione difensiva: si consideri infatti che in alcune sentenze e opere dottrinali¹⁶¹, soprattutto del passato¹⁶², si denota a una certa sovrapposizione tra le due nozioni.

Pur se entrambe perseguono la comune finalità di contribuire alla configurazione della legittima difesa come istituto residuale, invocabile solo quando

¹⁶⁰ Al riguardo v. *supra*, Cap. II, § 1.2.

¹⁶¹ Tra le opere recenti v. ad esempio, nel panorama accademico tedesco, G. WARDA, *Die Eignung*, cit., p. 397 ss., il quale – pur se con una peculiare finalità esegetica – afferma che nella determinazione concreta del *quantum* di rischio che l'agredito, nella scelta del mezzo difensivo efficace ai fini della salvaguardia del bene giuridico, occorrerebbe tenere conto dell'entità della lesione giuridica (e spesso fisica) minacciata.

¹⁶² V. sul punto, in particolare, gli ampi approfondimenti – in prospettiva storica – di A. SZEGO, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 303, con particolare riferimento alla concezione (propugnata – soprattutto nella prima metà secolo scorso – da numerosi studiosi italiani, e accolta in talune sentenze della Suprema Corte) della proporzione quale rapporto tra i mezzi utilizzati dall'agredito, e quelli a sua disposizione. V. anche V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa*, cit., p. 826 ss.

non è assolutamente possibile ottenere tutela tempestiva rivolgendosi all'autorità pubblica, ciò avviene con modalità nettamente differenziate.

Nel primo caso invero il legislatore, nel subordinare la giustificazione della reazione difensiva alla circostanza che tale condotta si limiti a quanto necessario per tutelare in modo effettivo il bene giuridico in pericolo, e dunque non trasmodi in una sorta di "diritto illimitato di punizione" dell'aggressore¹⁶³, circoscrive la salvaguardia dei diritti di quest'ultimo alle lesioni "eccedenti" o "non funzionali" alla difesa effettiva della sfera giuridica dell'agredito. Trattasi pertanto di una sorta di "limite limitato" – *rectius* "limite condizionato" – riflettente la tutela dimidiata accordata a un soggetto che comunque ha posto oggettivamente in pericolo i beni giuridici di un'altra persona: l'ordinamento, difatti, contraddirebbe sé stesso se imponesse ai consociati un obbligo di subire passivamente violazioni ingiustificate dei propri diritti costituzionalmente garantiti, qualora non fosse possibile ottenere una tempestiva tutela pubblica.

Per quanto concerne il requisito della proporzione "in senso stretto" tra reazione difensiva e aggressione, intendendosi la stessa – come è oramai pacifico, quanto meno nell'ordinamento italiano¹⁶⁴ – riferita alla comparazione tra lesività (reale) della condotta difensiva per i beni giuridici dell'aggressore e lesività (potenziale, pur se talvolta verificantesi) dell'aggressione, trattasi senz'altro di un limite di differente consistenza. In tale ipotesi, difatti, qualora il bene giuridico dell'aggressore leso dalla condotta difensiva (es.: vita) sia considerato sproporzionato rispetto a quello dell'agredito in pericolo (es.: patrimonio), i diritti del soggetto postosi contro l'ordinamento sono tutelati a prescindere dalla considerazione che la loro salvaguardia comporti il necessario sacrificio di un bene giuridico dell'agredito: trattasi quindi di un limite incondizionato alla tutela dell'aggressore, fondato di regola su una *ratio* garantista, ma altresì utilitaristica (evitare che il bilancio complessivo del conflitto sia "in perdita" per l'ordinamento¹⁶⁵).

In considerazione della propugnata concezione dell'istituto, il requisito della necessità difensiva rappresenta – soprattutto in caso di legittima difesa di beni di natura personale (vita, integrità fisica, ecc.) – il *punctum dolens* per eccellenza in relazione al contemperamento delle esigenze di garanzia dei diritti costituzionalmente garantiti all'aggressore con quelle di tutela dei diritti costituzionalmente garantiti all'agredito, a partire da quello di non subire passivamente lesioni di beni giuridici personali di rango primario.

¹⁶³ Così, autorevolmente, H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechtes*, cit., p. 339.

¹⁶⁴ V. *supra*, Cap. II, § 1.1.2.2.

¹⁶⁵ Così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 392, che parla al riguardo di "fattore di equilibrio e di misura", che oltre alla finalità utilitaristica persegue altresì la menzionata finalità garantistica, sostanziandosi – secondo l'illustre Studioso – «in un orientamento personalistico che evita che l'aggressore sia posto alla mercé dell'agredito e quasi fuori di ogni tutela».

Al riguardo si ritiene congruo adottare una prima concretizzazione esegetica del concetto di “necessità della reazione difensiva” associandosi all’orientamento del *Bundesgerichtshof*¹⁶⁶, oramai consolidato, per cui la reazione è necessaria¹⁶⁷ quando si traduce nella scelta del meno lesivo (“*mildeste*”), tra i mezzi efficaci di difesa¹⁶⁸ concretamente a disposizione dell’agredito¹⁶⁹. Suddetta teoria si ritiene infatti pienamente conforme al fondamento teorico dell’istituto prescelto, e altresì caratterizzata da una maggiore determinatezza rispetto a quella prevalente nella dottrina e giurisprudenza italiane, per cui la necessità difensiva consiste nella “assenza di alternativa tra reagire e subire l’offesa”¹⁷⁰. Va inoltre rilevato che anche autorevoli studiosi italiani hanno recentemente ritenuto imprescindibile per il riscontro della necessità difensiva la condizione che il pericolo non possa «essere neutralizzato mediante una condotta meno lesiva di quella in concreto tenuta, ugualmente idonea allo scopo e ugualmente sicura per l’agredito»¹⁷¹.

Adottando una visione “assolutista” dell’effettività, peraltro, si dovrebbe sostenere – logicamente – che il meno lesivo tra i mezzi difensivi efficaci, cioè tali da garantire all’agredito la piena certezza dell’eliminazione integrale di ogni rischio concreto di lesione, sarebbe la condotta cagionante la morte dell’aggressore¹⁷². Una simile conclusione però, con ogni evidenza, sarebbe inaccettabile nell’ottica di garanzia dei diritti dell’aggressore, e priverebbe inoltre di ogni funzione limitativa l’elemento della necessità, accordandosi un pieno diritto di uccidere all’agredito vittima di un attacco a beni personali.

Si è pertanto cercato, da parte di taluni autori tedeschi desiderosi di concretizzare il più possibile in cosa consista l’efficacia nel quadro del concetto

¹⁶⁶ Tra le più sentenze recenti si esprimono così, *ex plurimis*, BGH, 8 giugno 2016 – 5 StR 564/15, cit.; e BGH, 3 giugno 2015 – 2 StR 473/14, cit.

¹⁶⁷ V. *supra*, Cap. II, § 2.1.2.1.

¹⁶⁸ Il concetto di mezzo difensivo (“*Verteidigungsmittel*”), come già emerso nella trattazione, va ovviamente inteso – conformemente alla sua accezione nella giurisprudenza e dottrina tedesca – in senso lato, come sinonimo di modalità/condotta difensiva, ricomprendente pertanto, a mero titolo esemplificativo, la fuga, la resa, la persuasione verbale, ecc.

¹⁶⁹ Concorde, al riguardo, anche la prevalente dottrina d’oltralpe: v., tra i tanti, A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 24; V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 129; A. KAUFMANN, *Zum Stande*, cit., p. 401 ss.; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 91; V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 219; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 674 ss.; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 266 ss.; H.J. RUDOLPHI, *Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 389.

¹⁷⁰ Cass., 9 gennaio 2019, n. 746. cit.

¹⁷¹ Così F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 929.

¹⁷² In tal senso V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 159; K. SEELMANN, *Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 21.03.2001 – 1 StR 48/01*, in *JR*, 2002, p. 249; G. WARDA, *Die Eignung*, cit., p. 396 ss. Si potrebbe peraltro obiettare che, in realtà, sarebbe sufficiente altresì una condotta – pur non letale – tale da porre l’aggressore in uno stato di incapacità di muoversi o agire (es.: perdita dei sensi per lungo periodo, mossa di *ju-jitsu* tale da bloccare completamente il soggetto, ecc.), però al riguardo va sottolineato che un simile comportamento comunque non escluderebbe totalmente i rischi che l’aggressore riuscisse – in quanto ancora vivo – a ritornare in uno stato fisico “pericoloso”.

di “mezzo efficace meno lesivo disponibile”, di elaborare criteri più o meno tassativi per ridurre i – pur ineliminabili – margini di discrezionalità interpretativa degli organi giudicanti: si è quindi sostenuto, da parte della corrente maggioritaria¹⁷³, che in presenza di una pluralità di soluzioni offensive adottabili (es.: reazione mediante accoltellamento, utilizzo di utensili di cucina, mani nude, ecc.) l’aggredito dovrebbe scartare l’uso del mezzo meno lesivo (es.: mani nude) qualora, nella prospettiva *ex ante* dell’osservatore ragionevole, suddetto mezzo facesse sorgere dubbi¹⁷⁴, o “non meramente ipotetici” dubbi¹⁷⁵, sulla capacità dello stesso di salvaguardare il bene giuridico (es.: l’esile fanciulla dovrebbe escludere l’efficacia di una reazione a mani nude). Altri studiosi, seguendo la medesima impostazione, hanno precisato che l’entità di tale “rischio residuale” dovuto a quel – pur dimidiato in ipotesi di aggressione ingiusta¹⁷⁶ – dovere di solidarietà nei confronti dell’aggressore (“*Mindestsolidaritätspflicht*”), dovrebbe non estendersi oltre il divieto di adottare un mezzo difensivo più lesivo (es.: pistola), quando quello meno lesivo a disposizione (es.: spranga) apparisse, sempre secondo il parametro dell’osservatore ragionevole, in modo altamente probabile idoneo alla piena salvaguardia del bene giuridico in pericolo¹⁷⁷. Lo stesso settore dottrinale, inoltre, rileva che – pur dovendosi evitare considerazioni relative ad un’eventuale sproporzione tra i beni giuridici in gioco – occorre tener conto della tipologia di bene giuridico minacciato dall’aggressione al fine di determinare in concreto, l’idoneità difensiva del mezzo prescelto: si evidenzia, infatti, che il mero brandire un affilato coltello da parte dell’aggredito potrebbe verosimilmente essere idoneo a dissuadere un borseggiatore dal rischiare la vita per rubare il denaro contante contenuto nel portafogli dell’aggredito, mentre lo stesso mezzo difensivo non apparirebbe ragionevolmente efficace a frenare la violenta aggressione di un soggetto adirato agente con chiara e percepibile volontà omicida¹⁷⁸.

¹⁷³ *Contra* T. LENCKNER, *Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14.06.1972 – 2 StR 679/71*, in *JZ*, 1976, p. 253 ss., secondo il quale il rischio esigibile (di optare per un mezzo difensivamente non efficace) da parte dell’aggredito dovrebbe dipendere dalla pericolosità astratta del mezzo difensivo prescelto per l’aggressore (es.: arma da fuoco anziché semplice bastone); e G. WARDA, *Die Eignung*, cit., p. 398, che ritiene che la misura del rischio esigibile in capo all’aggredito dovrebbe dipendere dal rapporto di proporzionalità tra i beni giuridici minacciati dall’aggressione e quelli potenzialmente lesi dalla reazione difensiva [si introduce così *de facto*, come già rilevato, una commistione – ad avviso dello scrivente inaccettabile – tra necessità e proporzione].

¹⁷⁴ W. PERRON, § 32 *StGB*, cit., rn. 36c.

¹⁷⁵ V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 159.

¹⁷⁶ Al riguardo, tra l’altro, la decurtazione di tale obbligo di solidarietà potrebbe essere congruamente attenuata in ipotesi di aggressioni provenienti da minori o altri soggetti palesemente in condizioni di minore colpevolezza, oppure nei casi di provocazione dell’aggredito.

¹⁷⁷ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 270 ss.

¹⁷⁸ Così C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 271.

4.2.1. *Il fondamentale contributo dato dalle scienze empiriche extra-giuridiche in materia (psicologia, discipline di combattimento, ecc.)*

Da quanto detto nel precedente paragrafo emerge con tutta evidenza la fondamentale rilevanza dell'approfondimento del contributo dato dalle scienze empiriche extra-giuridiche (al riguardo *in primis* la psicologia e le discipline di combattimento e militari) al fine di riuscire a stabilire – nei singoli casi concreti – la fattuale idoneità difensiva *ex ante* del mezzo difensivo prescelto a salvaguardare, in modo potenzialmente integrale, il bene giuridico minacciato¹⁷⁹.

In presenza di un conflitto interpersonale come quello caratterizzante la legittima difesa, e in particolare nei frequenti casi in cui in pericolo ci sia un bene giuridico “essenziale” (vita, libertà sessuale, ecc.) di natura personale dell'agredito, occorre infatti tenere presenti una serie di fattori e circostanze capaci di condizionare fattualmente in modo pregnante l'efficacia di una condotta difensiva per la salvaguardia dei beni giuridici minacciati: a titolo esemplificativo, si considerino le reazioni fisiologicamente riscontrabili (rallentamento dei riflessi, produzione di adrenalina) in un aggredito “medio” a fronte di un'inaspettata aggressione fisica ragionevolmente pericolosa (es.: da parte di soggetti incappucciati di notte in una zona isolata); oppure le difficoltà, anche per un tiratore esperto, di colpire con un'arma da fuoco un aggressore in movimento che si sta rapidamente avvicinando.

Al riguardo pertanto, prima di procedere ad un'analisi delle principali costellazioni di casi relativi ai mezzi difensivi (armi da fuoco, uso delle arti marziali, fuga, ecc.) maggiormente riscontrabili nella prassi applicativa, è opportuno dare sinteticamente conto dell'apporto offerto dalle scienze empiriche extra-giuridiche sul tema. A tal proposito è utile suddividere i fattori fattuali potenzialmente influenzanti la scelta del mezzo difensivo (al contempo più efficace e meno lesivo per l'aggressore¹⁸⁰) in due categorie:

– la prima, includente i c.d. “**fattori interni**”, di natura psicologica e biologica, tali da incidere sull'efficacia della condotta difensiva, come ad esempio la comparsa – nei soggetti coinvolti nel conflitto – di stress, paura o altre reazioni emotive, oppure la riduzione dei tempi di reazione dovuti all'influsso dell'adrenalina¹⁸¹;

– la seconda, comprendente i c.d. “**fattori esterni**”, cioè aspetti di natura “tecnica” caratterizzanti le reali situazioni di conflitto violento a corta distanza, come la struttura fisica ed il numero dei contendenti, l'efficacia difensiva delle tecniche di combattimento, i fattori di natura temporale, ecc.¹⁸².

¹⁷⁹ In tal senso C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 271.

¹⁸⁰ A patto, ovviamente, che siano a disposizione dell'agredito, nella concreta situazione conflittuale, una pluralità di opzioni difensive ragionevolmente percorribili.

¹⁸¹ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 281.

¹⁸² C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 281.

4.2.1.1. I fattori “interni”, di tipo psicologico e biologico, condizionanti l’effettività della condotta difensiva

Al fine di determinare se effettivamente, nel caso concreto, l’agredito reagente avrebbe potuto adottare un mezzo difensivo meno lesivo, ma ragionevolmente dotato – in ottica prognostica – della medesima efficacia protettiva del bene giuridico, è innanzitutto decisiva la considerazione dei fattori “interni” alle persone dell’aggressore e, prima ancora, dell’agredito.

Pur senza anticipare integralmente quanto si dirà *infra*¹⁸³ in relazione alla delimitazione dell’ambito delle condotte “giustificabili” da quelle “scusabili”, va sin da ora precisato che, in considerazione del fondamento ideologico costituzionalmente orientato dell’istituto qui accolto, l’incidenza di fattori psico-emotivi (es.: paura, turbamento, ansia, ecc.) implicanti effetti fisici (stress, blocco o rallentamento motorio, ecc.) o cognitivi (errata percezione, dilatazione dei tempi di reazione) cagionati dall’aggressione ingiusta, e **fisiologicamente**¹⁸⁴ riscontrabili in una persona con le stesse caratteristiche (età, sesso, ecc.) del reagente, deve comportare un ampliamento dell’ambito di liceità/justificazione, e non di quello della non colpevolezza. Ciò, del resto, è la conseguenza del più volte menzionato *Veranlassungsprinzip*, cioè del principio per cui l’aggressore, che ha innescato anti-giuridicamente la situazione conflittuale, debba assumersi – entro certi limiti¹⁸⁵ – il rischio di un esito infausto della stessa: qualora, ad esempio, un soggetto incappucciato si avvicini rapidamente in zona isolata all’agredito armato di pistola, il quale reagisca – causa fisiologica riduzione dei tempi di reazione – solo a una distanza tale da essere costretto a sparare al torace dell’aggressore per difendere la propria vita/incolumità/libertà sessuale, ecc., quest’ultimo non dovrebbe godere – se sopravvissuto – del diritto di realizzare a sua volta una condotta violenta contro l’agredito-reagente¹⁸⁶. Nel caso si considerasse solo in termini di eventuale mancata colpevolezza la condotta difensiva dell’agredito, difatti, la

¹⁸³ V. Cap. VII, § 2.1.

¹⁸⁴ Secondo quanto stabilito dalla migliore scienza medica, biologica, psicologica, ecc. relativamente allo specifico ambito di riferimento.

¹⁸⁵ Limiti che in parte sono stati già enunciati, e in parte si specificheranno nel prosieguo della trattazione: in particolare si consideri a tal proposito l’attualità dell’aggressione/pericolo, la proporzione quale requisito della legittima difesa da aggressioni “non essenziali”; e altresì i limiti relativi alle ipotesi di aggressore agente in evidente stato di totale o parziale non colpevolezza.

¹⁸⁶ Ciò anche ipotizzando – come nell’ordinamento tedesco – una limitazione in concreto di tale diritto di reazione dell’aggressore a causa dell’applicazione della limitazione etico-sociale data dall’aver costui provocato l’aggressione (perché tale sarebbe, ove non giustificata) dell’originario agredito. Per quanto riguarda l’ordinamento italiano, va considerato il già menzionato orientamento della Cassazione, per cui la legittima difesa (art. 52 c.p.) non sarebbe invocabile in caso di “volontaria causazione del pericolo” da parte dell’agredito: tale orientamento, al di là dell’argomento tecnico-normativo dato dall’assenza di ogni riferimento a tale elemento nell’art. 52 c.p. (a differenza che nell’art. 54 c.p., sullo stato di necessità), non è peraltro ritenuto condivisibile.

stessa si configurerebbe come aggressione ingiusta (in quanto non scriminata) nei confronti dell'originario aggressore.

Ciò premesso, è opportuno dunque trattare – pur non esaustivamente, rinviando al riguardo alla più autorevole letteratura di settore¹⁸⁷ – dei tre principali fattori “interni” condizionanti, derivanti dall'effetto sul corpo e sulla psiche umani di una “acuta situazione conflittuale”¹⁸⁸, e cioè: a) effetti meramente fisiologici; b) reazioni neurobiologiche tali da tradursi in comportamenti riflessi; c) effetti cognitivi condizionanti i processi decisorii¹⁸⁹.

a) Effetti meramente fisiologici. In presenza di un'acuta situazione conflittuale, in particolare se sviluppatasi “a sorpresa”, il corpo umano tende a sperimentare reazioni di paura/stress tali da indurre, a causa della stimolazione dell'ipotalamo, e del sistema nervoso simpatico (che si attiva in modo autonomo dalla volontà), il rilascio di adrenalina, noradrenalina e altre catecolammine¹⁹⁰: trattasi di ormoni rilasciati nel sangue dalla parte midollare del surrene

¹⁸⁷ Nella letteratura in lingua inglese v., *ex plurimis*, K. ABRAMS-H. KEREN, *Who's Afraid of Law and the Emotions?*, in *MLR*, 94/2010, p. 1997 ss.; S.A. BANDES-J.A. BLUMENTHAL, *Emotion and the Law*, in *ARLSS*, 8/2012, p. 161 ss.; D.C. BLANCHARD *et al.*, *Risk Assessment as an Evolved Threat Detection and Analysis Process*, in *NBR*, 35/2015, p. 991 ss.; W.B. CANNON, *The Emergency Function of the Adrenal Medulla in Pain and the Major Emotions*, in *AJP*, 33/1914, p. 356 ss.; C.A. CLERICI-L. VENERONI, *The Impossible Escape: Studies on the Tonic Immobility in Animals from a Comparative Psychology Perspective*, New York, 2012; A.J. CRUM *et al.*, *The Role of Stress Mindset in Shaping Cognitive, Emotional and Physiological Responses to Challenging and Threatening Stress*, in *ASC*, 30/2017, p. 379 ss.; M. EYSENCK *et al.*, *Anxiety and Cognitive Performance*, in *Emotion*, 7/2007, p. 336 ss.; G. GRAY-N. MCNAUGHTON, *The Neuropsychology of Anxiety*, 2^a ed., Oxford, 2003; T. MARONEY, *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, in *LHB*, 30/2006, p. 119 ss.; R. MAY, *The Meaning of Anxiety*, New York, 1950; A. NIEUWENHUYNS-R. OUDEJANS, *Anxiety and perceptual-motor performance*, in *PR*, 2012, p. 747 ss.; J. PANKSEPP, *The Psychoneurology of Fear*, in G. BURROWS *et al.* (a cura di), *Handbook of Anxiety*, 3, *The Neurobiology of Anxiety*, Amsterdam, 1990, p. 3 ss.; G. SAGE, *Motor Learning and Control*, Dubuque, 1984; H. SELYE, *Stress in Health and Disease*, Oxford, 1976; C.D. SPIELBERGER-I.G. SARASON, *Stress and Anxiety*, London, 1985; S. SVEBAK-O. STORFJELL, *The Effect of a Threatening Context upon Motivation and Task-induced Pshysiological Changes*, in *BJP*, 73/1982, p. 505 ss.; S. TAYLOR *et al.*, *Biobehavioral Responses to Stress in Females*, in *Psychological Review*, 107/2000, p. 411 ss.; R. YERKES-J. DODSON, *The Relation of Strength of Stimulus to Rapidity of Habit-Formation*, in *JCNP*, 18/1908, p. 459 ss. Per quanto concerne quella in lingua tedesca v. B. CRATTY, *Motorisches Lernen und Bewegungsverhalten*, Frankfurt am Main, 1975; B. KLEINE-W. ROSSMANITH, *Hormone und Hormonsystem*, 3^a ed., Berlin, 2014; P. LANG, *Die Anwendung psychophysiologischer Methoden in Psychotherapie*, in N. BIRNBAUMER (a cura di), *Psychophysiologie der Angst*, 2^a ed., München, 1977, p. 15 ss.; E. LEVITT, *Die Psychologie der Angst*, 5^a ed., Stuttgart, 1987; G. SPINAS-S. FISCHLI, *Endokrinologie und Stoffwechsel*, 2^a ed., Stuttgart, 2011.

¹⁸⁸ “Akute Konfliktsituation”: così C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 281.

¹⁸⁹ Propone tale tripartizione C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 287 ss.

¹⁹⁰ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 288 ss. Nella letteratura extrapenale v. G. GRAY-N. MCNAUGHTON, *The Neuropsychology of Anxiety*, cit., p. 109 ss.; G. SAGE, *Motor Learning*, cit., p. 345 ss.

e, al contempo, di neurotrasmettitori liberati nelle sinapsi del sistema nervoso centrale, i quali provocano rilevanti effetti, anzitutto a livello motorio, sul corpo dell'agredito¹⁹¹. Tra le principali conseguenze del rilascio di (nor)adrenalina vanno menzionate l'aumento della frequenza cardiaca, il potenziamento dell'ossigenazione del sangue con conseguente miglior rendimento muscolare, e l'aumento della glicemia¹⁹².

b) Reazioni neurobiologiche tali da tradursi in comportamenti riflessi.

L'impatto emotivo, principalmente da paura/stress, innescato da aggressione di una certa entità pone altresì il corpo umano in uno stato di eccitazione che provoca una iperattivazione della formazione reticolare¹⁹³, la quale a sua volta influenza i tre possibili comportamenti reattivi riflessi ad una minaccia, cioè l'attacco, la fuga e l'immobilità ("*fight, flight and freeze*")¹⁹⁴.

c) Effetti cognitivi condizionanti i processi decisori. L'impatto emotivo di un'acuta situazione conflittuale si riverbera altresì, in modo massiccio, sulla regolarità dei processi cognitivi¹⁹⁵, a partire dalla capacità di inibizione (dunque di interdire l'esecuzione di determinati comportamenti), e di "*shifting*" (variare, dunque rendere flessibile il proprio comportamento nell'ambito di più alternative disponibili)¹⁹⁶. Numerosi studi scientifici, svolti su animali ma altresì su esseri umani, sono inoltre giunti alla conclusione che il rendimento cognitivo in situazioni stressanti o coartanti sia massicciamente ridotto anche sotto il profilo della capacità di scegliere in modo razionale, e sistematico, il comportamento da adottare¹⁹⁷; e sotto gli ulteriori aspetti relativi alle abilità di apprendimento e comunicative¹⁹⁸. Numerosi rapporti e relazioni ufficiali redatti in contesti bellici o di impiego di forze di polizia, poi, attestano che in

¹⁹¹ V. al riguardo B. CRATTY, *Motorisches Lernen*, cit., p. 285 ss.

¹⁹² Sul punto v., tra i tanto, G. GRAY-N. MCNAUGHTON, *The Neuropsychology of Anxiety*, cit., p. 43 ss.; B. KLEINE-W. ROSSMANITH, *Hormone*, cit., p. 62 ss.; R. MAY, *The Meaning of Anxiety*, cit., p. 62 ss.; G. SPINAS-S. FISCHLI, *Endokrinologie und Stoffwechsel*, cit., p. 64.

¹⁹³ La formazione reticolare sarebbe una parte del tronco encefalico, la quale svolge un importante ruolo nel controllo di molte funzioni del sistema nervoso vegetativo, tra cui – per quanto in questa sede interessa – la gestione di riflessi muscolari coinvolgenti i nervi cranici: si rimanda comunque, sul punto, a R. MAY, *The Meaning of Anxiety*, cit., p. 64 ss.; G. SAGE, *Motor Learning*, cit., p. 345 ss.

¹⁹⁴ V. a tal proposito C.A. CLERICI-L. VENERONI, *The Impossible Escape*, cit., p. 5 ss.; G. GRAY-N. MCNAUGHTON, *The Neuropsychology*, cit., p. 99; M. HAAGENARS *et al.*, *Aversive Life Events Enhance Human Freezing Responses*, in *Journal of Experimental Psychology: General* 2012, 141/2012, p. 98 ss.; N. SCHMIDT *et al.*, *Exploring Human Freeze Responses to a Threat Stressor*, in *JBTEP*, 39/2008, p. 292 ss.

¹⁹⁵ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 293. Tra gli studi della scienza extra-penale v. in particolare A. NIEUWENHUYNS-R. OUDEJANS, *Anxiety*, cit., p. 747 ss.; G. SAGE, *Motor Learning*, cit., p. 355 ss.

¹⁹⁶ M. EYSENCK *et al.*, *Anxiety*, cit., p. 336 ss. V. anche, al riguardo, A. NIEUWENHUYNS-R. OUDEJANS, *Anxiety*, cit., p. 748. ss.

¹⁹⁷ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 294.

¹⁹⁸ E. LEVITT, *Die Psychologie*, cit., p. 140 ss.

situazioni conflittuali di una certa gravità (in particolare qualora vi sia un attacco armato) siano stati registrati episodi di disturbo della percezione, riduzione della capacità di visione laterale, ed il fenomeno della c.d. “esclusione uditiva” (cioè la mancata percezione uditiva di determinati suoni, o addirittura di tutti i suoni)¹⁹⁹.

I summenzionati effetti fisiologici, neurobiologici e cognitivi riscontrabili in situazioni conflittuali produttive di stati di ansia, paura e/o stress, nel loro complesso, producono rilevanti effetti – seppur di entità consistentemente variabile a seconda delle concrete circostanze – sulle capacità dell’aggredito di opporsi all’aggressione sofferta.

Al riguardo molteplici studi²⁰⁰ hanno concluso che, sorprendentemente, il subentrare di uno stato di ansia, paura e/o stress possa addirittura – qualora sia contenuto entro un livello basso, o anche medio – incidere positivamente su talune capacità del soggetto: trattasi, segnatamente, delle c.d. “abilità motorie grandi/basiche” (“*gross motor skills*”, quali correre, nuotare, colpire con un bastone ed immobilizzare)²⁰¹. Se si passa invece a considerare le c.d. “abilità motorie di precisione” (“*fine motor skills*”, quali scrivere o sparare a un bersaglio fermo), e le “abilità motorie complesse” (“*complex motor skills*”, come sparare a un bersaglio in movimento, o eseguire elaborate tecniche di arti marziali), entrambe si riducono considerevolmente già a partire da un livello basso di stress o ansia, e peggiorano drasticamente qualora il livello sia medio o alto²⁰².

È stato altresì riscontrato che un livello medio, e ancor più elevato, di ansia, paura o stress, aumenti considerevolmente il c.d. “tempo di reazione”, cioè il lasso temporale intercorrente dalla percezione dell’aggressione fino all’esecuzione – previa scelta della suddetta – della condotta difensiva²⁰³. Come è logico, è stato altresì attestato un ulteriore peggioramento del tempo di reazione nei casi in cui la condotta reattiva sia particolarmente complessa, oppure il soggetto si trovi davanti un ampio ventaglio di possibili condotte difensive tra cui optare: ciò, peraltro, comporta che, a fronte di un’aggressione particolarmente minacciosa e tale da causare alti livelli di stress e ansia, il maestro di arti marziali si troverà particolarmente svantaggiato ad eseguire una complicata tecnica di combattimento nei confronti di un – pur non tecnicamente

¹⁹⁹ Così C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 294.

²⁰⁰ *Ex multis* v. B. CRATTY, *Motorisches Lernen*, cit., p. 415 ss.; J.G. JONES-L. HARDY, *The Academic Study of Stress in Sport*, in J.G. JONES-L. HARDY (a cura di), *Stress and Performance in Sport*, Chichester, 1990, p. 3 ss.; G. SAGE, *Motor Learning*, cit., p. 347 ss.; B. SIDDLE, *Sharpening the Warrior's Edge: The Psychology & Science of Training*, Belleville, 2008, p. 42 ss.; R. YERKES-J. DODSON, *The Relation*, cit., p. 459 ss.

²⁰¹ In tal senso A. NIEUWENHUYNS-R. OUDEJANS, *Anxiety*, cit., p. 751; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 297.

²⁰² A. NIEUWENHUYNS-R. OUDEJANS, *Anxiety*, cit., p. 750 ss.; G. SAGE, *Motor Learning*, cit., p. 351 ss.; B. SIDDLE, *Sharpening*, cit., p. 46 ss.

²⁰³ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 303.

addestrato – “criminale di strada”, abituato ad eseguire condotte violente “semplici” apprese con l’esperienza (es.: tirare una testata)²⁰⁴.

4.2.1.2. I fattori “esterni” condizionanti (struttura fisica e numero di aggressori e aggrediti, efficacia difensiva delle tecniche di combattimento, ecc.)

Una volta considerati, pur in maniera estremamente sintetica, i fattori “interni” alla persona dell’aggredito incidenti sulla scelta del mezzo difensivo efficace meno lesivo a disposizione nella concreta situazione, è ora doveroso considerare i fattori c.d. “esterni”²⁰⁵. Suddetti fattori, diversamente da quelli inerenti alle reazioni corporee fisiologicamente derivanti dal trovarsi in un’acuta situazione conflittuale, pur intersecandosi fortemente con questi ultimi concernono invece la concreta efficacia, a seconda del tipo di aggressione subita, delle opzioni difensive astrattamente disponibili, come l’uso di tecniche di arti marziali, l’impiego di armi, o la persuasione verbale a desistere.

Il presente approfondimento, pertanto, sarà sicuramente più utile con riferimento ad aggressioni particolarmente gravi (secondo la valutazione *ex ante* di un osservatore ragionevole) a beni come la vita, l’incolumità fisica, ecc., che rappresentano difatti, accanto ad intrusioni domiciliari in cui spesso l’aggredito teme per la vita propria o dei congiunti, le situazioni conflittuali maggiormente riscontrabili nella prassi giudiziaria. In aggiunta, si tenga presente il modello differenziato di legittima difesa qui accolto: nei casi di aggressione a beni “non essenziali”, infatti, si riterrebbe opportuno inserire anche il limite della stretta proporzione, il quale ovviamente ridurrebbe il rischio di lesione dei diritti costituzionali dell’aggressore potenzialmente derivante da un’esegesi eccessivamente “pro-aggredito” della necessità difensiva²⁰⁶.

La reazione difensiva senza armi

In una concezione socialmente molto diffusa, e parzialmente influenzata dai numerosi film e serie televisive incentrati sulla violenza di strada ed il combattimento, i conflitti scaturenti da aggressioni con finalità criminale tra soggetti entrambi disarmati, del medesimo sesso e con caratteristiche fisiche simili, vengono immaginati quali combattimenti di una certa durata, e con uno scambio vicendevole di colpi²⁰⁷. Ciò è però smentito, all’unisono, da nume-

²⁰⁴ Così C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 304.

²⁰⁵ Al riguardo si continuano a ritenere particolarmente utili le riflessioni proposte recentemente da C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 305 ss., ispirate ad una concezione ideologica dell’istituto in gran parte analoga a quella qui sostenuta (la principale differenza è che il menzionato Autore non accoglie un modello differenziato bipartito di disciplina della legittima difesa, tale da imporre all’aggredito reagente l’ulteriore limite della proporzione nell’ipotesi di aggressione a beni patrimoniali, o comunque “non essenziali”).

²⁰⁶ V. *infra*, Cap. VII.

²⁰⁷ Al riguardo v. soprattutto R. MILLER, *Meditations on Violence: A Comparison of*

rosi esperti di arti marziali, discipline belliche e sport di combattimento, i quali abbiano alle spalle ampie e concrete esperienze di aggressioni con finalità delittuosa, imboscate militari ed effettivi combattimenti “di strada”²⁰⁸. Mettendo da parte per ora l’ipotesi di aggressore munito di arma da fuoco, nella gran parte delle aggressioni a beni giuridici essenziali (a partire dalla vita), in assenza di una immediata resa da parte dell’aggregato – e talvolta pur in presenza della suddetta – l’aggressore procede a colpirlo con una veloce serie di pugni alla testa o al collo²⁰⁹, e sovente il conflitto si risolve, in assenza di fuga o tempestiva ed effettiva reazione, in pochi secondi con la frequente totale neutralizzazione (resa, perdita di coscienza o addirittura morte) dell’aggregato²¹⁰.

In tale contesto, e senza ignorare le numerose variabili (locali, personali, temporali, ecc.) che possono entrare in gioco, dallo studio della letteratura di settore emerge che tendenzialmente, a fronte di un aggressore non armato di armi da fuoco ma al contempo apparentemente pericoloso, e potenzialmente munito di armi da taglio (facilmente occultabili), le seguenti condotte difensive presentano statisticamente una bassa percentuale di successo, non rappresentando pertanto, di regola, “mezzi difensivi efficaci”:

Martial Arts Training & Real World Violence, Boston, 2008, p. XII (prefazione), il quale compara la rappresentazione distorta, influenzata da film quali quelli di Bruce Lee, Rambo, ecc., delle dinamiche di un combattimento di strada, a quella che si avrebbe nel rappresentarsi quello che in realtà è un rinoceronte con le fattezze – e le caratteristiche mitologiche ad esso ricollegate – di un unicorno.

²⁰⁸ Tra gli scritti pubblicati da esperti di combattimento, v. in *primis* R. MILLER, *Meditations on Violence*, cit. L’importanza di tale libro ai fini del presente studio deriva dal fatto che lo stesso è scritto da un sergente della polizia penitenziaria statunitense con 30 anni di esperienza nella pratica delle arti marziali, e al contempo oltre 10 anni di esperienza quale *corrections officer* in penitenziari di massima sicurezza: nel testo, quindi, si analizzano le concrete dinamiche delle aggressioni fisiche condotte da “picchiatori di strada”, spesso soggetti ad alto spessore criminale senza grossi scrupoli relativi alle conseguenze per le vittime. V. inoltre, tra gli altri, A. FRANKE, *Das Gesetz der Straße*, Göttingen, 2014; M. MACYOUNG, *A Professional’s Guide to Ending Violence Quickly*, Boulder, 1996; G. THOMPSON, *Die Tür: Erfahrungen eines Rausschmeissers*, 6^a ed., Ostheim, 2009; M. TOSS, *Die Schlägerei*, cit.; J. WISEMAN, *City-Survival*, cit.

²⁰⁹ V. in tal senso A. FRANKE, *Das Gesetz der Straße*, cit., p. 48 ss.; M. MACYOUNG, *A Professional’s Guide*, cit., p. 10 ss.; R. MILLER, *Meditations on Violence*, cit., p. 54 ss.; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 149 ss.; G. THOMPSON, *Die Tür*, cit., p. 170; M. TOSS, *Die Schlägerei*, cit., p. 29. Volendo entrare più nel dettaglio, gli autori in questione identificano altresì una fase prodromica (“*pre-fight*”) nella quale – escludendo le imboscate, ecc. – avviene la dichiarazione di intenti dell’aggressore, con sguardi, parole e/o gesti. Nella stessa fase, inoltre, i navigati “lottatori di strada” spesso procedono ad una valutazione prognostica sulle capacità e disponibilità al combattimento della vittima predestinata, e altresì cercano di collocarsi in una posizione favorevole ai fini dell’attacco fisico vero e proprio.

²¹⁰ Al riguardo v. R. MILLER, *Meditations on Violence*, cit., p. 55, secondo il quale quattro sono le verità relative alle aggressioni fisiche violente: «gli attacchi avvengono a distanza più ravvicinata, più velocemente, più all’improvviso e con maggiore potenza di quanto ritenga la maggior parte delle persone».

a) Il limitarsi ad un assorbimento, blocco, parata o copertura passiva dei colpi, senza al contempo riuscire a colpire l'aggressore. In siffatta ipotesi, difatti, in primo luogo si hanno tendenzialmente scarse possibilità di impedire che il primo colpo – quello che spesso determina le sorti del conflitto – vada a segno, considerando i tempi di reazione medi, e il loro tendenzialmente allungamento a causa delle condizioni psico-emotive dell'agredito²¹¹. In ogni caso, pur riuscendo a bloccare un primo colpo, le possibilità di bloccare anche un secondo, terzo, ecc. sarebbero molto basse²¹², considerando che con le braccia – pur posizionate in modo tecnicamente corretto – si possono coprire al più la testa e una piccola parte del torace, lasciando scoperto il resto del corpo²¹³. Gli esperti, pertanto, ritengono che la copertura attiva del corpo possa essere efficace solo in quanto combinata con un “attacco preventivo” (“*preemptive strike*”), ovvero lo sferrare un rapido e duro attacco con pugni, gomitate, ecc. contro l'aggressore, coprendosi nel contempo il più possibile la testa²¹⁴.

b) Tecniche marziali o di lotta complesse come leve, strozzamenti o atterramenti (salvo si abbia ampia ed effettiva esperienza di combattimento reale), le quali sono tra l'altro maggiormente condizionate in negativo dalle reazioni fisiologiche (rilascio di (nor)adrenalina, ecc.) derivanti dallo stato di ansia, paura e/o stress, trattandosi di “attività motorie complesse”²¹⁵.

c) Condotte reattive violente “a basso impatto”, come schiaffi o graffi con le unghie, le quali possono essere utili a fronte di aggressioni “lievi”, ma che in ipotesi di attacchi alla vita, o – per citare il caso più comune in cui avvengono – di tentativi violenti di stupro sono di regola inefficaci a neutralizzare l'attacco, e anzi spesso conducono ad un incremento della violenza esercitata dall'aggressore²¹⁶.

²¹¹ Si è infatti calcolato, in relazione al colpo di apertura più diffuso, cioè il pugno, che a breve distanza un aggressore medio, alla velocità di ca. 6 m/s e con un braccio di 70/80 cm (uomo), può raggiungere l'agredito in 0,1/0,2 secondi, mentre il tempo di reazione medio, considerando altresì la situazione di ansia, paura e/o stress, è di ca 0,3/0,7 secondi: così, per quanto riguarda il tempo di esecuzione di un pugno, I. BAITEL-D. DELIU, *Kinematic Analysis of the Cross Punch Applied in the Full-Contact System*, in *PSBS*, 117/2014, p. 337 ss.; T.J. WALIKO et al., *Biomechanics of the Head for Olympic Boxer Punches to the Face*, in *BJSM*, 39/2005, p. 714. Sui tempi di reazione dell'agredito, v. l'ampia digressione di C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 304 ss.

²¹² R. MILLER, *Meditations on Violence*, cit., p. 125.

²¹³ Al riguardo v. in particolare M. MACYOUNG, *A Professional's Guide*, cit., p. 231 ss.

²¹⁴ Così R. MILLER, *Meditations on Violence*, cit., p. 125. V. inoltre, a sostegno della medesima opinione, C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 313, il quale addirittura cita (nota 448) una vecchia sentenza del *Reichsgericht* (RGSt 16, 69 (71)), nella quale si afferma che spesso l'unica difesa efficace contro un'aggressione violenta sia rappresentata da un contrattacco da parte dell'agredito.

²¹⁵ M. MACYOUNG, *A Professional's Guide*, cit., p. 123 ss.; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 309 ss.

²¹⁶ M. MACYOUNG, *A Professional's Guide*, cit., p. 12 ss.; J. WISEMAN, *City-Survival*, cit., p. 12 ss.

Al contrario, una possibile e potenzialmente efficace reazione difensiva potrebbe consistere nell'esecuzione di un c.d. "Attitude Interrupter"²¹⁷, cioè di un colpo violento e rapido all'aggressore, che anticipi il primo colpo di quest'ultimo, e gli provochi una intensa sensazione di dolore senza – di regola – cagionare lesioni gravi al suddetto²¹⁸: in tal modo, ad esempio, sarebbe possibile procedere ad una strategia di "persuasione verbale"²¹⁹, immobilizzare il soggetto, o altresì fuggire (opzione che, in linea generale, non può essere un obbligo normativo²²⁰). Le parti del corpo dell'aggressore attinte dal colpo (di preferenza un pugno) dovrebbero, per massimizzare l'efficacia, essere il plesso solare (con la tipica sensazione di "mancanza del respiro"), la clavicola, le costole piccole, i reni, la parte alta della nuca e – negli uomini – i testicoli²²¹. L'esecuzione di un *Attitude Interrupter*, peraltro, non sempre potrebbe essere possibile in presenza di un'aggressione a sorpresa, di un tentennamento dell'aggregato (spesso acuito o provocato dagli effetti della situazione psico-emotiva), o di una scarsa preparazione fisica/tecnica di quest'ultimo. Si tenga presente, inoltre, che l'effetto doloroso provocato dal colpo nell'aggressore potrebbe essere ridotto dal rilascio, nel corpo di costui, di (nor)adrenalina²²².

L'uso di oggetti di uso comune e di spray urticanti

Nel frequente caso in cui l'aggregato sia privo di esperienza concreta di combattimento, di inferiorità fisica, ma altresì in molte altre evenienze, numerosi oggetti di uso quotidiano possono rappresentare una valida opzione difensiva, soprattutto in ipotesi di aggressione domiciliare. Si pensi ad esempio a martelli, posacenere, vasi, spray per i capelli, ecc.: il loro utilizzo, soprattutto se con spigoli taglienti, o particolarmente contundenti, è potenzialmente efficace in quanto capace di provocare gravi lesioni, se non la morte, dell'aggressore. Una delle ipotesi di più frequente uso dei suddetti è quella delle aggressioni domestiche contro le donne ad opera di partner sentimentali, ed in tal caso – come si vedrà – gli stessi si configurano sovente come "mezzi difensivi meno letali".

Un'altra arma spesso utilizzata dalle donne, ma non solo, è la bomboletta

²¹⁷ M. MACYOUNG, *A Professional's Guide*, cit., p. 35 ss.; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 308.

²¹⁸ M. MACYOUNG, *A Professional's Guide*, cit., p. 35.

²¹⁹ V. al riguardo R. MILLER, *Meditations on Violence*, cit., p. 141, secondo il quale il dolore, nell'ambito del conflitto fisico interpersonale, può avere tre funzioni, e cioè «quella di strumento di negoziazione, quella di provocare una ritirata, e quella di impedire all'aggressore di pensare [a come proseguire l'aggressione]».

²²⁰ Perché altrimenti, come già detto, si assisterebbe ad una sorta di "violenza privata" dell'ordinamento giuridico nei confronti dell'aggregato, imponendogli un obbligo di non opporsi ad all'invasione della propria sfera giuridica.

²²¹ M. MACYOUNG, *A Professional's Guide*, cit., p. 61.

²²² C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 308.

di spray urticante, sovente a base di peperoncino, il quale – qualora la sostanza colpisca gli occhi dell'aggressore – può provocare una rilevante, pur temporanea, limitazione della vista, difficoltà respiratorie e irritazioni cutanee²²³. Occorre comunque considerare il rischio che, a causa dello stato psico-emozionale e/o di una scarsa perizia nell'uso dello strumento, l'agredito possa mancare il bersaglio (viso) dell'aggressore, e altresì che quest'ultimo, a causa della particolare condizione psico-fisica, non soffra le reazioni corporee inibenti summenzionate. Da ultimo, si tenga presente che gli spray urticanti sono in taluni ordinamenti equiparati alle armi, e dunque ne è vietato il possesso in assoluto²²⁴, oppure al di sopra di una certa concentrazione di sostanza urticante²²⁵.

La difesa nei confronti di un aggressore armato

A fronte di un aggressore munito di arma da fuoco le possibilità di neutralizzare la potenziale lesione al bene sono di norma molto ridotte, e richiedono una rapida condotta rivolta a disarmare il soggetto prima che esploda il primo colpo²²⁶, mentre la fuga – viste le caratteristiche dell'arma – è anch'essa altamente rischiosa. Maggiori possibilità di successo ha invece la fuga – se praticabile²²⁷ – nel caso di aggressioni con arma da taglio, in relazione alle quali taluni oggetti lunghi (bastoni, spranghe, ecc.) potrebbero essere utili a tenere a distanza l'aggressore, ed eventualmente a disarmarlo²²⁸. Tentare di disarmare l'aggressore mediante specifiche tecniche di arti marziali, invece, è consigliabile solo a coloro che abbiano un'elevata esperienza in combattimenti reali corpo a corpo: trattandosi di "attività motoria complessa", inoltre, la stessa è negativamente influenzata dagli effetti della situazione di ansia, paura e/o stress.

La reazione difensiva con armi da fuoco

I casi di aggrediti reagenti con armi da fuoco ad aggressioni, anzitutto domiciliari, di sconosciuti con finalità criminali rappresentano una delle costellazioni più rilevanti, e controverse, nella prassi giudiziaria. Sotto il profilo

²²³ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 319.

²²⁴ Come ad esempio il Regno Unito: la Sec. 5(1)(b) del *Firearms Act 1968* vieta il possesso di "qualunque arma costruita o adattata per il rilascio di liquidi, gas o altre sostanze tossiche o urticanti".

²²⁵ In Italia, in particolare, l'art. 1/1 del d.m. n. 103/2011, in attuazione dell'art. 3/32 della l. n. 94/2009, stabilisce, relativamente agli spray al peperoncino di cui è autorizzata la vendita (cioè «gli strumenti di autodifesa di cui all'articolo 2, comma 3, della legge 18 aprile 1975, n. 110, in grado di nebulizzare una miscela irritante a base di *oleoresin capsicum* e che non hanno attitudine a recare offesa alle persone»), stringenti limiti relativi alla gittata, alla quantità di sostanza irritante contenuta, ecc., tali da ridurre grandemente l'efficacia difensiva di tali strumenti.

²²⁶ M. MACYOUNG, *A Professional's Guide*, cit., p. 183.

²²⁷ Tale praticabilità, del resto, viene spesso meno nel caso di aggressioni con coltello in ambiente domestico, qualora l'agredito non sia in condizioni di correre velocemente, ecc.

²²⁸ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 320.

dell'effettività, peraltro, le armi da fuoco rappresentano lo strumento principale per colmare il frequente gap di preparazione al combattimento e di “determinazione lesiva” tra aggressore ed aggredito, e altresì per compensare il frequente svantaggio per quest'ultimo dato dal fattore sorpresa: ciò nonostante, va parzialmente smentita la comune assunzione che le armi da fuoco sono quasi sempre “letali” nei conflitti interpersonali, posto che – secondo un accurato studio pubblicato nel 1994²²⁹ – il tasso di mortalità delle persone cui i poliziotti americani hanno sparato si attesterebbe sul 9/13% (intorno al 30% relativamente ai soli soggetti attinti da almeno un colpo)²³⁰. Si consideri poi che gran parte delle persone aggredite non sono dotate della preparazione tecnica di un poliziotto addestrato, e l'effetto dello stato di ansia, paura e/o stress sulla “attività motoria complessa” data dallo sparare ad un bersaglio in movimento. Alla luce di ciò, non sorprende che gli esperti di balistica ritengano improbabile centrare, con il primo colpo, un aggressore in movimento che si trovi alla distanza di 7 metri²³¹, che è tra l'altro la distanza percorribile in un tempo simile a quello che occorrerebbe all'aggredito, in caso di arma non spianata, ad esplodere due colpi contro l'assalitore²³². Succede inoltre di frequente che, anche colpendo l'aggressore con un colpo, ciò non basti a bloccare l'aggressione, atteso che un'immediata incapacità fisica si manifesta solo qualora il soggetto venga colpito alla testa o nella parte alta della gola (totale e immediata), oppure in organi fondamentali (cuore, polmoni, ecc.: con effetto meno immediato)²³³.

Le armi da taglio come strumenti di difesa

I coltelli e le altre armi da taglio rappresentano un'ulteriore importante, e diffusa, alternativa difensiva in caso di aggressione, e ciò in particolare nei Paesi UE, nei quali – pur con talune differenze – la vendita di armi da fuoco ai privati non è libera, bensì subordinata al rispetto di taluni requisiti²³⁴. Co-

²²⁹ B.J. VILA-G.B. MORRISON, *Biological Limits to Police Combat Handgun Shooting Accuracy*, in *AJPO*, 13/1994, p. 1 ss.

²³⁰ B.J. VILA-G.B. MORRISON, *Biological Limits*, cit., p. 10, con particolare riferimento ai dati contenuti – e soprattutto i “Fatality Rates” ed il “Person Hit Rate” – nella *Table 1*.

²³¹ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 326.

²³² C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 332, che cita altresì dati contenuti nello studio di D. TUELLER, *How close is too close?*, in *SWAT Magazine*, marzo 1983, p. 1 ss.

²³³ B. KARGER, *Forensische Ballistik von Schussverletzungen*, in *Rechtsmedizin*, 3-4/2001, p. 116 ss.

²³⁴ V. al riguardo, nella letteratura italiana, E. SCALFARI, *La legislazione italiana in materia di detenzione e porto d'armi*, in *SIS*, 2/2016, p. 33 ss.; M. SROUR, *Gli Stati Uniti e le armi da fuoco*, in *SIS*, 2/2016, p. 3 ss.: da tali studi emerge che negli Stati Uniti vi è un tasso di possesso di armi da fuoco – legali e illegali – da parte di civili oltre 6 volte superiore a quello italiano, ma ciò nonostante sono in circolazione oltre 7.000.000 di armi da fuoco nel nostro paese, sebbene i paletti normativi non sono in realtà (secondo E. Scalfari, p. 38) così stringenti come spesso viene affermato. Secondo, lo *Small Arms Survey 2018 del Graduate Institute of International and Development Studies* di Ginevra, p. 3, *Table 1*, gli

me vedremo, pertanto, sono numerosi i casi di (presunta, o riconosciuta) legittima difesa incentrati sull'uso di armi da taglio, sia nella prassi giurisprudenziale italiana che in quella tedesca. Come già menzionato, una delle costellazioni di ipotesi più frequente è quella dell'uso di un coltello da cucina quale mezzo difensivo da parte di donne aggredite dal partner in ambito domestico. Un primo elemento da considerare, relativamente alla potenziale efficacia delle armi da taglio²³⁵, è che il loro impiego – rispetto alle armi da fuoco – è meno influenzato dagli effetti di ansia, paura e stress, ricadendo nelle “abilità motorie grandi/basiche”, e non nelle “abilità motorie complesse”²³⁶. In aggiunta, è evidente che il colpire l'aggressore con un coltello non richiede, in capo all'aggredito, quella preparazione necessaria per l'utilizzo efficace di un'arma da fuoco. Ciò nonostante, va comunque considerato che una tale preparazione tecnica, o quanto meno un'ampia pratica nell'utilizzo, occorre invece per colpire l'assalitore nelle zone del corpo, come cervello, cuore, muscoli, tendini o nervi, che garantiscano una rapida neutralizzazione del suddetto²³⁷. Ulteriore fattore di rischio, rispetto alle armi da fuoco, è il necessario avvicinamento a cortissima distanza dall'aggressore, con il conseguente pericolo di subire i colpi di quest'ultimo, e/o che costui si impossessi dell'arma.

La comunicazione persuasiva e la minaccia quali strategie difensive

Per l'ordinamento giuridico, in ottica garantista e altresì utilitaristica, la migliore soluzione al conflitto innescato da un'aggressione anti-giuridica sarebbe certamente l'interruzione della stessa prima che l'offesa si concretizzi, e senza che l'aggredito cagioni a sua volta la lesione di un bene giuridico dell'aggressore. Ciò, salvo rari – quanto meno a fronte di aggressioni “esistenziali” – casi di spontanea desistenza/recesso da parte dell'aggressore, si verifica qualora l'aggredito convinca quest'ultimo, attraverso una condotta meramente verbale di tipo persuasivo e/o minaccioso, ad interrompere la condotta anti-giuridica²³⁸.

Trattando separatamente le due strategie difensive (sebbene sovente combinate), la comunicazione persuasiva non minacciosa richiede una padronanza in materia psicologica che poche persone hanno. L'effettività di tale con-

Stati Uniti avrebbero un tasso di 120,5 armi da fuoco per 100 residenti, conto il 19,6 della Germania e della Francia (l'Italia non è nella classifica dei primi 25 paesi).

²³⁵ In argomento v. in particolare l'opera monografica di H. RÖBER, *Kalter Stahl: Messerangriffe, Messerabwehr und Messerkampf*, Norderstedt, 2007.

²³⁶ In tal senso C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 334, il quale rileva altresì che, in talune circostanze, il rilascio di (nor)adrenalina potrebbe addirittura rendere più efficace l'utilizzo di armi da taglio, potenziando il rendimento muscolare, e dunque la velocità e potenza del colpo inflitto.

²³⁷ H. RÖBER, *Kalter Stahl*, cit., p. 100 ss.

²³⁸ H. RÖBER, *Kalter Stahl*, cit., p. 88, parla al riguardo di “de-escalazione difensiva”, per la comunicazione persuasiva che non consista nella prospettazione di un male dipendente dall'agente, e di “de-escalazione offensiva” con riferimento all'uso della minaccia.

dotta, inoltre, potrebbe essere condizionata dagli effetti dello stato d'ansia, paura, e/o stress, oltre che dal fatto di non conoscere la personalità e/o le precise intenzioni dell'aggressore: è pertanto frequente che un tentativo del genere, a causa di un'errata scelta delle parole e/o toni utilizzati, conduca ad una escalation dell'aggressione (oltre che, naturalmente, essere interpretato come segno di debolezza dell'agredito)²³⁹.

Per quanto riguarda invece la minaccia, ancor più frequentemente la stessa potrebbe condurre ad un'intensificazione dell'attacco, potendo essere interpretata come provocazione e sfida²⁴⁰. Con tutta evidenza, la minaccia sarà tendenzialmente più efficace qualora l'agredito si avvalga, per corroborare la stessa, dell'ostensione (o meglio del puntamento) di un'arma, ed in particolare di un'arma da fuoco²⁴¹. Facendo riferimento a entrambe le strategie comunicative, ad ogni modo, va rilevato che il tempo eventualmente destinato, in caso di esito fallimentare, a realizzare le suddette può spesso impedire una successiva reazione violenta efficace per la tutela dei beni giuridici minacciati.

Prevalenza numerica degli aggressori

Visto quanto appena detto, è evidente che una prevalenza numerica degli aggressori, salvo casi particolari (es.: gruppo di bambini piccoli), costituisce un fattore fortemente penalizzante per l'agredito, il quale *in primis* si trova spesso ad affrontare la difficoltà di seguire con la vista tutti gli assalitori, acuita peraltro dagli effetti della (nor)adrenalina (in particolare sulle capacità sensoriali). In tale ipotesi, in caso di resistenza, vi è la concreta possibilità di cadere al suolo e subire una raffica di colpi (calci, pugni, testate) da parte di una pluralità di persone. Al riguardo, pertanto, è evidente che sono realisticamente – al di là di quanto mostrato nei film²⁴² – molto basse le possibilità di neutralizzare, anche se si è particolarmente addestrati alle tecniche di combattimento, una pluralità di aggressori. Le possibilità di una difesa efficace iniziano ad essere realistiche, invece, se si è muniti di armi da fuoco e si reagisce in modo rapido, riuscendo a neutralizzare subito quanto meno uno degli aggressori (di preferenza l'apparente “leader” del gruppo)²⁴³.

In chiusura, va sottolineato che tutti gli esperti di discipline di combattimento e dell'addestramento militare sono concordi sul fatto che, ai fini dell'effettività della difesa in caso di aggressioni violente, è fondamentale la componente mentale, cioè la determinazione e la mancanza di scrupoli nel porre

²³⁹ In tal senso C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 336.

²⁴⁰ Cfr. R. MILLER, *Meditations on Violence*, cit., p. 42 ss.

²⁴¹ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 337, rileva in ogni caso come, soprattutto in presenza di aggressori sotto pesante effetto di alcool o stupefacenti (circostanza che talvolta non è percepibile da parte dell'agredito), anche una minaccia con armi da fuoco potrebbe essere inefficace.

²⁴² Cfr. al riguardo R. MILLER, *Meditations on Violence*, cit., p. XII ss. (prefazione).

²⁴³ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 349.

in essere la condotta difensiva²⁴⁴, sia essa incentrata su tecniche di combattimento fisico senza armi, o sull'uso di armi. Ciò, ovviamente, costituisce un obiettivo vantaggio per quegli aggressori che, non essendo integrati ai valori del rispetto della vita e dei diritti fondamentali altrui, sono maggiormente propensi a realizzare attacchi feroci e privi di qualunque considerazione per le sofferenze degli aggrediti, a differenza di questi ultimi che sovente, avendo assorbito maggiormente tali valori, più difficilmente riusciranno ad attaccare – pur in presenza di un ampio addestramento al combattimento – “senza scrupoli” un altro essere umano.

4.3. *Analisi della prassi applicativa in materia di necessità difensiva delle Supreme Corti italiana e tedesca*

Una volta approfondite talune nozioni extra-giuridiche rilevanti per la valutazione in concreto della “effettività” della condotta difensiva prescelta – o scartata – dall'aggredito, che secondo la concezione accolta dovrebbe essere la meno lesiva tra quelle effettivamente realizzabili, è opportuno procedere in tale ottica alla valutazione di talune importanti pronunce della Corte di Cassazione e del *Bundesgerichtshof* in materia di necessità difensiva²⁴⁵. Si sono selezionate al riguardo quattro costellazioni di casi di legittima difesa frequenti nella prassi, e in relazione alle quali vagliare le scelte esegetiche.

Una prima ineludibile notazione è che, contemplando la disciplina italiana l'importante requisito della proporzione tra difesa e offesa, lo studio ermeneutico sulla necessità è logicamente meno massiccio rispetto a quello riscontrabile nell'ordinamento tedesco, il cui § 32 StGB si impernia proprio sul requisito della necessità difensiva (al contrario, nel successivo capitolo dedicato alla proporzione sarà proprio l'ordinamento italiano ad offrire maggiori spunti dogmatici).

Va poi precisato che, in conformità al modello di legittima difesa propugnato, ed alla conseguente allocazione del rischio di esito infausto del conflitto tendenzialmente in capo all'aggressore, la valutazione sulla necessità difensiva (e altresì sulla proporzione) deve riguardare unicamente la condotta reattiva realizzata, e non le conseguenze della stessa (cioè l'evento lesivo). Tale orientamento, del resto, è conforme al carattere prognostico del giudizio *de quo*, da focalizzare sulla potenzialità lesiva della condotta valutata secondo il criterio dell'osservatore ragionevole: è peraltro innegabile che, alla luce del frequente convergere di fattori imprevedibili al momento della reazione (es.: mo-

²⁴⁴ Secondo C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 534: «Gli esperti delle discipline correlate all'autodifesa sottolineano come sia decisiva anche la componente psichica [nei casi di aggressioni fisiche gravi]: occorre attaccare l'aggressore in modo incondizionato, senza interruzione e con immarcescibile volontà di sopravvivere».

²⁴⁵ Pur assumendo – come visto nel Cap. III – spesso particolare rilievo in ottica comparatistica, non si procederà invece per motivi di spazio, così come nei precedenti paragrafi, ad uno specifico studio della giurisprudenza delle Alte Corti spagnola, francese e polacca.

vimenti dell'aggressore, esecuzione influenzata – fisiologicamente – dallo stato psico-emotivo, ecc.), la stessa può produrre conseguenze maggiormente lesive che *ex ante* appaiono poco probabili, o che comunque – pur probabili – non sono in sé necessarie alla neutralizzazione dell'aggressione. Sì, pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui un soggetto si trovi costretto a reagire ad una repentina aggressione fisica, e il mezzo difensivo efficace meno lesivo, in concreto, consista nell'utilizzare la pistola carica²⁴⁶ come arma contundente. In siffatta ipotesi, l'eventuale ferita (anche mortale) provocata all'aggressore dall'accidentale esplosione di un proiettile nella colluttazione²⁴⁷, pur riconducibile alla condotta dell'agredito (e in sé non necessaria a repellere l'attacco), non dovrebbe condurre a negare la necessità difensiva²⁴⁸ trattandosi di un rischio di esito infausto del conflitto che dovrebbe assumersi *in toto* l'aggressore (avendo messo in pericolo antigiuridicamente un bene giuridico altrui di rango costituzionale primario).

Un aspetto fondamentale da sottolineare, con riferimento al giudizio sulla necessità difensiva di una determinata condotta difensiva, riguarda la complessità delle valutazioni prognostiche da operare, sempre adottando il più volte menzionato parametro oggettivo *ex ante*. Nel caso in cui vi sia una pluralità di mezzi difensivi a disposizione dell'agredito (es.: coltello e reazione a mani nude), secondo l'esegesi della necessità difensiva in questa sede – e nella giurisprudenza del BGH – accolta, cioè quale “scelta del mezzo difensivo efficace meno lesivo a disposizione”²⁴⁹, il giudice dovrebbe difatti procedere alle seguenti, delicate, valutazioni prognostiche:

1. valutare se il soggetto, nella situazione concreta (es.: reazione domestica ad aggressore sconosciuto incappucciato, e rapidamente scagliatosi sul soggetto), avesse a disposizione un mezzo difensivo astrattamente meno lieve di quello effettivamente utilizzato (es.: accoltellamento al torace dell'assalitore). Già in tale contesto potrebbero entrare in gioco le conoscenze apportate dalle discipline extra-giuridiche, al fine di valutare – sempre in ottica prognostica – la lesività comparata delle condotte *de quibus*²⁵⁰;

²⁴⁶ Alla luce di quanto detto sulle concrete dinamiche di un combattimento fisico “senza regole” a corta distanza innescato da un'aggressione ingiusta di rilevante pericolosità, è del tutto evidente che l'agredito non potrebbe – pena l'ineffettività della reazione – attendersi a inserire la sicura, o a togliere il caricatore dall'arma.

²⁴⁷ Trattasi di un caso tratto dalla giurisprudenza tedesca: BGH, 21 dicembre 1977 – 2 StR 421/77, in *NJW*, 1978, p. 414 ss.

²⁴⁸ Concordano in tal senso nella dottrina tedesca, con riferimento proprio al caso proposto, U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 92; W. PERRON, § 32 *StGB*, cit., rn. 38; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 677.

²⁴⁹ Posizione ermeneutica, peraltro, non così dissimile – come già rilevato – da quella sostenuta da autorevoli studiosi italiani, quali in particolare F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 929 ss.

²⁵⁰ Nel caso specifico proposto, ovviamente, comparare l'uso del coltello quale mezzo difensivo a quello delle “mani nude” implica una valutazione abbastanza intuitiva, ma in

2. determinare, una volta ritenuto sussistente suddetto mezzo meno lesivo (es.: reazione a mani nude anziché con coltello), se l'ipotetico uso dello stesso avrebbe, con alta probabilità²⁵¹, potuto altresì conseguire la salvaguardia piena del bene giuridico in pericolo (es.: incolumità fisica). Anche in relazione a questa valutazione potrebbe rivelarsi essenziale il contributo delle scienze extra-giuridiche: alla luce dell'inesperienza nel combattimento concreto²⁵², della ragionevole assunzione di pericolosità di un assalitore incappucciato, e agente con modalità aggressive, del dubbio su eventuali armi portate in dosso da costui, delle reazioni fisiologiche allo stato di ansia, paura e/o stress, ecc., si potrebbe ipotizzare – in astratto²⁵³ – una tendenziale esclusione dell'efficacia difensiva prognostica della condotta alternativa all'accoltellamento. Come infatti correttamente sottolineato di recente nella dottrina tedesca, ai fini dell'esclusione del mezzo difensivo meno lesivo (es.: difesa a mani nude) dal novero di quelli di cui l'agredito dovrebbe necessariamente avvalersi, sarebbe sufficiente l'attestazione (sempre in prospettiva oggettiva *ex ante*) di un possibile – pur non altamente probabile – rischio di subire una rilevante lesione da parte dell'aggressore (es.: forte ginocchiata inferta dopo aver schivato il pugno)²⁵⁴.

4.3.1. La superiorità numerica degli aggressori

Alla luce di quanto detto nelle scorse pagine, le scienze extra-giuridiche confermano il dato "intuitivo" che il numero degli aggressori è un fattore particolarmente rilevante da tenere presente per determinare – nel singolo caso concreto – se quello utilizzato dall'agredito reagente sia qualificabile come "mezzo difensivo efficace meno lesivo" disponibile, e dunque tale da consentire il riscontro dell'essenziale requisito della "necessità difensiva".

Partendo dalla giurisprudenza italiana di legittimità, è difficile reperire decisioni che si soffermano sul punto, e quindi ricostruire un eventuale orientamento ermeneutico. Al riguardo comunque, tra le più recenti sentenze della Cassazione, si può considerare la già menzionata²⁵⁵ sentenza "Birolo" del

altri contesti tale valutazione sulla lesività potrebbe essere senz'altro meno agevole, e dunque il contributo delle scienze extra-giuridiche potrebbe rivelarsi decisivo.

²⁵¹ Secondo la concretizzazione del concetto di "efficacia difensiva" operata *supra*, Cap. IV, § 4.2.

²⁵² Come già visto, difatti, l'eventuale esperienza di combattimento "simulato" in accademia non costituisce un fattore di particolare vantaggio per l'agredito in una lotta a breve distanza "senza regole": la stessa, anzi, potrebbe costituire uno svantaggio, in quanto in numerose discipline marziali (kung fu, karate), si tende a non affondare mai i colpi nei combattimenti simulati, potendo ciò dar luogo a degli automatismi "prudenziali" che potrebbero aumentare le possibilità di soccombere nel conflitto.

²⁵³ In concreto ovviamente, la conclusione congrua potrebbe essere opposta, posta la doverosa considerazione di tutte le circostanze specifiche (*ex ante* conoscibili) rilevanti.

²⁵⁴ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 369.

²⁵⁵ Cap. II, § 1.3.

2018²⁵⁶. L'agredito, in tale fattispecie concreta, aveva mortalmente sparato, in un contesto notturno di scarsa visibilità, ad uno dei tre ladri non armati (circostanza *ex ante* non conoscibile²⁵⁷) penetrati nella tabaccheria adiacente alla propria abitazione, e direttamente comunicante con essa, in un momento in cui gli stessi (secondo la ricostruzione del giudice di prime cure, in parte criticata nei gradi successivi di giudizio) stavano apparentemente fuggendo dal negozio²⁵⁸. La sentenza della Suprema Corte, al riguardo, ha confermato la ricostruzione operata in sede d'appello, per cui l'aggressione ingiusta non era più attuale, ma era comunque configurabile la legittima difesa putativa incolpevole (art. 59/4 c.p.). Senza ribadire quanto detto *supra* in materia di scriminante putativa nell'ordinamento italiano²⁵⁹, si ritiene tuttavia – pur nell'identità delle conseguenze giuridiche – che avrebbe dovuto essere riconosciuto semmai un eccesso di difesa (artt. 55/1, 589 c.p.)²⁶⁰, trattandosi di un'aggressione reale, e configurandosi un eccesso difensivo estensivo temporale. Desta inoltre perplessità la mancata valorizzazione della rilevante – pur se da valorizzare unitamente alle altre – circostanza data dal numero (addirittura tre) degli aggressori, ai fini del riconoscimento – secondo una valutazione oggettiva *ex ante* – sia della necessità difensiva, sia prima ancora dell'attualità dell'aggressione. Si legge infatti nella sentenza in commento che «pur essendo provato che l'azione furtiva era stata preordinata senza armi, “il *modus operandi*”, in base al quale i tre complici avevano abbattuto la porta con un ariete, di notte, in pieno centro abitato, non scoraggiati nemmeno dagli allarmi entrati in azione, poteva far presagire *ex ante* al proprietario improvvisamente svegliato dal botto, con fragore di vetri e dalle sirene degli allarmi un'incurSIONE aggressiva di persone al piano sovrastante, dove si poteva entrare senza difficoltà e dove si trovavano la moglie e la figlia quindicenne»²⁶¹.

Per quanto riguarda la giurisprudenza tedesca di legittimità, la stessa – pur nel diverso contesto del § 32 StGB – appare tendenzialmente incline a dare maggiore rilevanza alla prevalenza numerica degli aggressori ai fini del riscontro del “mezzo difensivo efficace meno lesivo” disponibile. Assume particolare rilievo, a tal proposito, una pronuncia del BGH del 1999²⁶², relativa al

²⁵⁶ Cass., 20 giugno 2018, n. 29515, commentata da G.L. GATTA, *Sulla legittima difesa “domiciliare”*, cit., p. 1 ss. Si consideri poi l'ulteriore commento, sempre relativo alla stessa pronuncia, di F. CINGARI, *Per una riforma*, cit., p. 1 ss.

²⁵⁷ E altresì non assumibile, in particolare nel quadro di una vicenda aggressiva svolgentesi rapidamente, al buio ed in modo concitato: in siffatte ipotesi, come già visto, un osservatore ragionevole non potrebbe non tener conto della possibilità che un soggetto che non ha avuto remore ad introdursi in una proprietà altrui sia anche armato.

²⁵⁸ Cfr. F. CINGARI, *Per una riforma*, cit., p. 5 ss.

²⁵⁹ Cap. II, § 1.3.

²⁶⁰ Sebbene non si possa condividere l'addebito di colpa di cui alla sentenza di primo grado *de qua*.

²⁶¹ Cass., 20 giugno 2018, n. 29515, cit.

²⁶² BGH, 24 giugno 1998 – 3 StR 186/98, in *StV*, 1999, p. 143 ss. Al riguardo v. anche

caso di un lavoratore circense che aveva letalmente colpito con un'arma da fuoco uno dei tanti giovani che si erano avventati, su di lui e sui suoi familiari, armati di armi da fuoco (vere e finte), mazze da baseball e altri oggetti contundenti, dopo un lieve scontro fisico col figlio dell'agredito, scaturito dal fatto che taluni degli aggressori avevano iniziato a lanciare pietre contro gli animali del circo. In sede di merito, il *Landgericht* di Düsseldorf aveva negato la necessità difensiva, argomentando che l'aggressore ucciso si trovava, insieme ad altri aggressori armati, a circa 10 metri di distanza dall'agredito reagente: l'imputato, peraltro, aveva mirato alle gambe dell'assalitore, il quale però – a causa di uno scarto dell'arma – era stato colpito al torace²⁶³. La Corte di merito, invero, aveva sottolineato che sarebbe stata sufficiente – vista la distanza – l'esplosione di un colpo di avvertimento (ad es. in aria) a dissuadere gli assalitori dal proseguire nella loro condotta pericolosa – anzitutto – per l'incolumità dell'agredito e dei suoi familiari. A seguito di ricorso dell'imputato, però, l'Alta Corte di Karlsruhe ha proceduto ad annullare con rinvio la sentenza impugnata, rilevando che non era congrua la statuizione che – in ottica prognostica – un mero colpo di avvertimento (ad es. in aria) sarebbe stato sufficiente a neutralizzare l'aggressione: al riguardo il BGH ha sottolineato che un precedente avvertimento verbale non aveva sortito alcun effetto, e che la pericolosità della situazione era acuita dalla presenza di una molteplicità di aggressori animati da rabbia e desiderio di vendetta²⁶⁴.

4.3.2. *L'abilità nell'uso delle arti marziali e l'esperienza di combattimento*

Non sono frequenti i casi giurisprudenziali in cui viene approfondito il tema del rapporto tra l'esperienza dell'agredito nella pratica di arti marziali o discipline di combattimento, e le valutazioni in punto di “mezzo difensivo efficace” meno letale disponibile ai fini del riscontro della necessità difensiva.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, non si è reperita nessuna recente sentenza della Suprema Corte che esprime un orientamento al riguardo. Si può invece menzionare, sotto un profilo pur relativo alla legittima difesa, ma non pertinente alla necessità difensiva, una recentissima pronuncia del 2019²⁶⁵, nella quale la Cassazione ha escluso la sussistenza *tout court* dei presupposti della legittima difesa nella condotta di un pugile professionista il quale aveva colpito al volto, procurandogli una malattia di durata superiore ai 40 giorni, un soggetto che in precedenza aveva infastidito – in modo meramente verba-

il commento – relativo ai soli aspetti concernenti la necessità difensiva – di C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 392 ss.: lo stesso autore, peraltro, rileva (p. 395 ss.) come non in tutte le sentenze del BGH sia riscontrabile la medesima considerazione, in senso “favorevole” all'agredito, della prevalenza numerica degli aggressori.

²⁶³ BGH, 24 giugno 1998 – 3 StR 186/98, cit.

²⁶⁴ BGH, 24 giugno 1998 – 3 StR 186/98, cit.

²⁶⁵ Cass., 4 luglio 2019, n. 29365, reperibile su <https://canestrinilex.com/>.

le – l'imputato e la fidanzata di costui²⁶⁶. La sentenza, il cui argomento principale è in ogni caso rappresentato dall'insussistenza di una "aggressione ingiusta" nella "banale e modesta offesa ricevuta", si limita difatti ad affermare, a sostegno dell'argomentazione principale appena menzionata, che «nella stessa linea di insussistenza dei caratteri per individuare, nel caso di specie, una ipotesi di legittima difesa si muovono anche gli argomenti collegati alla violenza ed al numero dei colpi inferti, nonché alla condizione di particolare capacità offensiva del ricorrente, pugile professionista»²⁶⁷.

Passando all'ordinamento tedesco, senz'altro degna di menzione è una pronuncia del BGH del 1975²⁶⁸, con la quale si è negata la sussistenza della necessità difensiva²⁶⁹ ad un pugile esperto, ed in attività, il quale aveva con un singolo pugno al volto cagionato la morte di un aggressore, il quale l'aveva più volte colpito senza ricevere reazione alcuna dell'imputato, che peraltro – prima di sferrare il colpo – aveva invitato l'assalitore a interrompere le condotte violente²⁷⁰. L'argomentazione principale, condivisa sia dalla Corte di merito che da quella di legittimità, si incentra sull'assunzione che l'imputato, in quanto abile pugile, sarebbe stato, pur se aggredito, in una condizione di "dominio" del decorso della vicenda conflittuale, per cui avrebbe dovuto utilizzare, quale mezzo difensivo meno lesivo ma ugualmente efficace, l'inflizione di un pugno al petto o al braccio dell'aggressore²⁷¹. Siffatte cadenze ermeneutiche, però, sollevano – considerando quanto stabilito dalle scienze extra-giuridiche – talune non marginali perplessità. In primo luogo, invero, tirare un pugno al braccio di un aggressore, pur non dotato di un addestramento specifico al combattimento, pervicacemente risoluto a continuare a l'attacco violento, non appare condotta dotata di efficacia risolutiva; senza considerare la difficoltà di colpire in pieno un bersaglio comunque ristretto²⁷². In secondo luogo, come già detto, un pugno al torace sarebbe tendenzialmente efficace nel neutralizzare la capacità dell'aggressore di proseguire nella condotta violenta solo qualora colpisse il plesso solare (bersaglio però non molto ampio, in analogia al braccio); oppure le costole, le quali peraltro, ove violentemente colpite, potrebbero rompersi perforando organi interni (come ad es. i polmoni), con conseguente possibile decesso del soggetto colpito²⁷³.

²⁶⁶ Cass., 4 luglio 2019, n. 29365, cit.

²⁶⁷ Cass., 4 luglio 2019, n. 29365, cit.

²⁶⁸ BGH, 12 dicembre 1975 – 2 StR 451/75, in *NJW*, 1976, p. 634 ss.

²⁶⁹ BGH, 12 dicembre 1975 – 2 StR 451/75, cit.

²⁷⁰ BGH, 12 dicembre 1975 – 2 StR 451/75, cit.

²⁷¹ BGH, 12 dicembre 1975 – 2 StR 451/75, cit.

²⁷² Sul punto concorda C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 402.

²⁷³ Così C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 402.

4.3.3. I casi in cui venga impiegata un'arma: la c.d. "dottrina dell'utilizzo per gradi"

Pur elaborata dogmaticamente dalla giurisprudenza tedesca del BGH²⁷⁴, la c.d. "dottrina dell'utilizzo per gradi" ("*Stufenlehre*") delle armi letali come mezzi di difesa, quale presupposto del riscontro della necessità difensiva²⁷⁵, è sostanzialmente applicata anche dalla giurisprudenza italiana, pur focalizzando la stessa, nei casi di esclusione della legittima difesa a seguito di evento lesivo (gravi lesioni o morte dell'aggressore) derivante da impiego di "arma letale", sulla mancata proporzione tra difesa e offesa²⁷⁶. Siffatta costruzione teorica, caratterizzata comunque da una frequente applicazione pratica, è fondata sul principio per cui, di regola, prima di sfruttare la potenziale letalità dell'arma con una condotta diretta a colpire l'aggressore in zone vitali, l'uso della stessa dovrebbe essere innanzitutto minacciato, e/o diretto a colpire l'assalitore in parti non vitali²⁷⁷.

In entrambi gli ordinamenti, ad ogni modo, i due principali ambiti applicativi del presente orientamento sono dati, rispettivamente, dalle reazioni difensive mediante armi da taglio, e da quelle implicanti l'uso di armi da fuoco. I suddetti ambiti verranno quindi analizzati separatamente, viste le diverse peculiarità dell'applicazione ad essi della teoria *de qua*.

Va comunque dato conto, relativamente alla *Stufenlehre* quale applicata nell'ordinamento tedesco, di due importanti peculiarità ricavabili da un accurato studio delle sentenze di legittimità in materia²⁷⁸, e cioè che:

1. si può riscontrare una tendenza, in alcune recenti decisioni del BGH, al superamento dello schematismo (pur da sempre attenuato dal costante richiamo alla possibilità di "situazioni eccezionali") della presente teoria²⁷⁹;

2. in generale, così come curiosamente riscontrato in altri ordinamenti europei oggetto di trattazione (segnatamente quello polacco, relativamente ai requisiti dell'art. 25 k.k.²⁸⁰), nella giurisprudenza di merito tedesca è riscontrabile un'applicazione molto più rigorosa (nei confronti dell'agredito), e so-

²⁷⁴ Come visto *supra*, Cap. II, § 2.1.2.1.

²⁷⁵ Nella letteratura d'oltralpe v., sul punto, A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., m. 28; V. ERB, § 32 *StGB*, cit., m. 165 ss.; T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., m. 23; V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 220 ss.; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 276 ss.; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 158 ss.

²⁷⁶ Si consideri in particolare, per quanto riguarda le armi da taglio, la recente Cass., 10 settembre 2019, n. 45327, in *italgiure.giustizia.it/sncass*; e relativamente alla reazione difensiva con armi da fuoco, Corte Ass. Milano, 31 marzo 2009, P., in *CM*, 2009, p. 870, con nota di S. ZIRULIA, *Rapina in tabaccheria e limiti della legittima difesa*.

²⁷⁷ V., tra le più recenti pronunce della Suprema Corte tedesca orientate in tal senso, BGH, 13 settembre 2017 – 2 StR 188/17, cit.; BGH, 8 giugno 2016 – 5 StR 564/15, cit.

²⁷⁸ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 404 ss.

²⁷⁹ In particolare v. BGH, 22 giugno 2016 – 5 StR 138/16, in *NstZ-RR*, 2016, p. 271 ss.; BGH, 8 giugno 2016 – 5 StR 564/15, cit.

²⁸⁰ V. *supra*, Cap. III, § 3.3.

vente non valorizzante le peculiarità del caso concreto, della dottrina *de qua*, tale da provocare l'emissione, da parte del BGH, di numerose sentenze di annullamento con rinvio²⁸¹. Taluni rigorosi orientamenti accolti dalla giurisprudenza di merito tedesca, come si vedrà nel successivo paragrafo, appaiono peraltro avvicinarsi a quelli patrocinati in alcune sentenze della giurisprudenza di legittimità italiana²⁸².

4.3.3.1. *L'utilizzabilità difensiva delle armi da taglio*

Relativamente alle armi da taglio, è da segnalare una sostanziale divergenza applicativa delle Supreme Corti italiana e tedesca in riferimento all'implementazione, al di là delle formalità, dei capisaldi della *Stufenlehre*.

Principiando dal nostro ordinamento, assume senz'altro rilievo la considerazione di una recente sentenza di legittimità del settembre 2019²⁸³, concernente una delle frequenti ipotesi di uso difensivo di coltello in reazione ad un'aggressione inquadabile nel fenomeno della "violenza domestica". Nel caso di specie l'aggressore, autore già in passato di comprovati gravi episodi di violenza fisica nei confronti della compagna, e fisicamente molto più prestante – oltre che giovane – di costei (essendo alto ca 190 cm per un peso di ca. 130 kg), dopo una serata in cui entrambi avevano assunto bevande alcoliche²⁸⁴, aveva proceduto nuovamente a percuotere violentemente la compagna. I due soggetti erano quindi giunti in cucina, persistendo l'aggressore ad infliggere violenti colpi nei confronti della vittima (alla quale erano infatti state riscontrate, dai carabinieri intervenuti dopo l'evento letale, ferite sanguinanti al labbro e al naso), fino a quando la suddetta non aveva afferrato un coltello da cucina e – con un unico colpo al torace – provocato la morte dell'aggressore²⁸⁵. A seguito di un complesso percorso giudiziario, con un duplice intervento della

²⁸¹ Così C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 404, secondo il quale «c'è da ringraziare unicamente il buon *Rechtsgefühl* [equità applicativa, letteralmente "sentimento giuridico"] dei giudici federali, se nella maggioranza delle decisioni completamente errate [in quanto non valorizzanti le peculiarità del caso concreto, in ossequio ai dettami delle scienze extra-giuridiche], siffatte decisioni errate si sono potute correggere».

²⁸² Anche nel nostro ordinamento, peraltro (ma occorrerebbero studi più approfonditi al riguardo), l'esame delle sentenze ha dato l'impressione di un maggior rigore – nei confronti dell'agredito-imputato – da parte delle Corti di merito, come si vedrà a breve in Cass., 10 settembre 2019, n. 45327, cit., nella quale – in sede di primo appello – la CdA di Trieste non aveva nemmeno riconosciuto all'imputata, autrice di una letale coltellata nei confronti del compagno che le stava infliggendo molteplici colpi violenti, l'eccesso colposo di cui all'art. 55/1 c.p.

²⁸³ Cass., 10 settembre 2019, n. 45327, cit.

²⁸⁴ "L'esame alcoolemico eseguito dopo l'omicidio fece riscontrare un tasso di alcool di 2,86 g/l per Fi. [l'aggregata-imputata] e di 1,38 g/l per Fe. [l'aggressore-vittima]" (Cass., 10 settembre 2019, n. 45327, cit.).

²⁸⁵ Cass., 10 settembre 2019, n. 45327, cit.: la sentenza attesta altresì come la visita medica, eseguita sull'imputata tre giorni dopo il fatto, avesse riscontrato l'esistenza di svariate ecchimosi sul corpo della stessa.

Corte di Cassazione, e nel quale si era anche giunti alla condanna (in esito al primo processo di appello) dell'imputata a 9 anni e 4 mesi di reclusione per omicidio volontario (art. 575 c.p.)²⁸⁶, si è quindi pervenuti alla seconda e definitiva sentenza della Suprema Corte, che ha confermato la condanna della donna a 3 anni di reclusione per omicidio colposo (art. 589 c.p.), ravvisando un eccesso colposo di legittima difesa (art. 55/1 c.p.), rispetto ai canoni di proporzione e – per quanto qui precipuamente interessa – necessità di cui all'art. 52 c.p.²⁸⁷. Le ragioni per cui non si è considerato l'accoltellamento in zona vitale come mezzo difensivo efficace più innocuo (o “assenza di alternativa tra reagire [in quel modo] e subire l'offesa”, per citare le parole della Cassazione²⁸⁸) sono state esplicitate dalla stessa Suprema Corte: «l'imputata (...) eccedette nell'uso di tale strumento, dal momento che per difendersi “sarebbe stato sufficiente, e (...) proporzionato all'aggressione (...), puntarlo direttamente verso F., ma nella concitazione del momento, ha travalicato, per colpa nell'uso dello strumento di difesa, i limiti della scriminante”»²⁸⁹. Richiamando quanto già detto sulle nozioni ricavabili dalla letteratura scientifica extragiuridica è evidente che, secondo l'opzionata concezione dell'istituto, si sarebbe dovuta riconoscere la necessità della difesa²⁹⁰ in quanto:

1. sulla capacità di calibrare la reazione, nella vittima, avevano sicuramente inciso i fisiologici effetti dell'ansia, paura e/o stress cagionati dall'aggressione violenta, acuiti dallo stato di ebbrezza alcoolica (non certamente da considerare a detrimento dell'imputata, non essendo autrice dell'aggressione);

2. l'aggressore era 10 anni più giovane, ma soprattutto fisicamente preponderante (ca 190cm per 130 kg);

3. l'aggressore aveva già in passato provocato gravi lesioni alla vittima, il che non poteva che indurre la stessa ad elaborare una prognosi negativa circa l'efficacia di una mera minaccia dell'uso del coltello.

4. l'eventuale mera prospettazione dell'uso del coltello avrebbe potuto esporre la vittima ad un'ulteriore escalation, e quindi ad una intensificazione dei colpi violenti inferti dal compagno.

Passando all'ordinamento tedesco, è interessante considerare un caso abbastanza simile a quello appena esaminato, seppur definito dal BGH con una sentenza del 1996²⁹¹. Nella fattispecie concreta, difatti, un uomo alto 185 cm

²⁸⁶ Corte d'Appello di Trieste, sent. 26 giugno 2015 (citata in Cass., 10 settembre 2019, n. 45327, cit.).

²⁸⁷ Cass., 10 settembre 2019, n. 45327, cit.

²⁸⁸ Cass., 3 maggio 2018, n. 44598, cit.

²⁸⁹ Cass., 10 settembre 2019, n. 45327, cit.

²⁹⁰ Trattandosi, con tutta evidenza, di aggressione a bene personale “essenziale”, non sarebbe stata richiesta la prova della proporzione, ma ad avviso della scrivente la stessa avrebbe potuto senz'altro essere ravvisata anche *de iure condito*, vista la gravità delle lesioni potenzialmente arrecabili alla donna.

²⁹¹ BGH, 26 aprile 1996 – 3 StR 113/1996, in *NstZ*, 1996, p. 433 ss.

aveva aggredito violentemente, sotto gli effetti dell'alcool (1,99 g/l)²⁹², la propria compagna (alta 160 cm) in ambiente domestico, e l'aveva già colpita in modo cruento alla testa con una bottiglia di vetro: la donna, quindi, si era armata di un coltello da cucina, e aveva intimato all'aggressore di smettere di colpirla²⁹³. A fronte della mancata desistenza del compagno, dell'avvicinamento minaccioso del suddetto con la bottiglia di vetro in pugno, e del pericolo di essere nuovamente colpita, l'aggredita l'aveva quindi accoltellato due volte al torace, provocandone la morte²⁹⁴. In sede di merito, il *Landgericht* aveva negato la sussistenza della necessità difensiva ritenendo che – nel caso di specie – l'aggredita avrebbe dovuto limitarsi ad una mera minaccia dell'uso del coltello, o quanto meno all'inflizione di coltellate meno “potenti” (“*kraftvoller*”)²⁹⁵. Congruamente però il BGH, su ricorso dell'imputata, ha proceduto ad annullare la sentenza, affermando che, in considerazione dell'inutilità della precedente minaccia, della netta inferiorità fisica della donna, dell'aggressività dell'uomo e dello stato di ebbrezza di quest'ultimo, l'accoltellamento dell'aggressore in zone vitali rappresentava il “mezzo difensivo effettivo meno letale” concretamente disponibile²⁹⁶.

4.3.3.2. L'utilizzabilità difensiva delle armi da fuoco

La dottrina dell'utilizzo per gradi delle armi letali trova senz'altro la sua più compiuta estrinsecazione nei casi in cui l'aggredito reagisce con un'arma da fuoco.

Ciò ha trovato espressione soprattutto nella giurisprudenza tedesca, posizionandosi quella italiana su posizioni tendenzialmente più restrittive (come è comprensibile, vista la diversa disciplina normativa dell'istituto), tali da richiedere una particolare cautela nell'uso delle armi da fuoco quali mezzi difensivi: la massima maggiormente significativa, al riguardo, (pur della giurisprudenza di merito) appare essere la seguente «è evidente che la difesa con l'uso dell'arma deve essere sempre calibrata, colpo per colpo, sulla situazione di fatto esistente al momento di ogni singolo sparo»²⁹⁷.

Il *Bundesgerichtshof* tedesco, salvo alcune recenti pronunce – pur ancora sporadiche – ispirate ad una maggiore considerazione delle peculiarità empiriche del caso concreto, ha invece consolidato²⁹⁸ nel tempo un orientamento

²⁹² BGH, 26 aprile 1996 – 3 StR 113/1996, cit.

²⁹³ BGH, 26 aprile 1996 – 3 StR 113/1996, cit.

²⁹⁴ BGH, 26 aprile 1996 – 3 StR 113/1996, cit.

²⁹⁵ BGH, 26 aprile 1996 – 3 StR 113/1996, cit.

²⁹⁶ BGH, 26 aprile 1996 – 3 StR 113/1996, cit.

²⁹⁷ Assise Milano, 31 marzo 2009, cit. Cfr. Cass., 12 ottobre 2016, n. 49615, in *italgiure.giustizia.it/sncass*.

²⁹⁸ V., tra le tante, BGH, 12 dicembre 1975 – 2 StR 451/75, in *NJW*, 1976, p. 634 ss.; BGH, 12 luglio 1994 – 5 StR 309/94, in *StV*, 1994, p. 651 ss.; BGH, 21 marzo 2001 – 1 StR 48/01, in *NStZ*, 2001, p. 591 ss.; BGH, 9 novembre 2011 – 2 StR 386/11, in *StV*, 2012, p. 215 ss.; BGH, 16 settembre 2014 – 2 StR 113/14, in *NStZ-RR*, 2014, p. 379 ss.

per cui, salvo casi eccezionali di comprovata impossibilità temporale di procedere in tal modo, il soggetto che volesse adoperare un'arma da fuoco come mezzo difensivo "necessario" dovrebbe, in linea di massima, passare per i seguenti stadi:

1. minacciarne l'uso;
2. esplodere un colpo d'avvertimento (tendenzialmente in aria);
3. sparare a parti non vitali del corpo dell'aggressore;
4. solo da ultimo, qualora il pericolo non sia stato ancora eliminato, procedere a sparare dei colpi indirizzati in zone vitali (*in primis* il torace) dell'assalitore.

Attenta dottrina tedesca²⁹⁹, tuttavia, ha di recente sostenuto che siffatta tesi andrebbe abbandonata, e semmai limitata a situazioni eccezionali tali da consentire all'agredito di poter procrastinare il più possibile l'esplosione dei colpi potenzialmente letali, senza che al contempo aumenti il rischio di lesione del bene giuridico: trattasi di ipotesi come quella di un aggressore che, pur animato dall'intento di ledere la vita o altro bene essenziale dell'agredito, agisce da solo in pieno giorno, in una radura priva di alberi, e trovandosi ad almeno 45/50 metri (distanza percorribile in ca 10-15 secondi).

Si ritiene pertanto che la *Stufenlehre*, e simile discorso vale per i – parzialmente analoghi – orientamenti ancor restrittivi della giurisprudenza italiana, non andrebbe applicata "in linea generale" (come attualmente avviene nell'ordinamento tedesco³⁰⁰), bensì solo a casi particolari, passando da "regola" ad "eccezione", e ciò in quanto nella maggioranza dei casi si riscontrano uno o più dei seguenti fenomeni:

– l'agredito si trova ad agire in condizioni psico-fisiche compromesse dall'ansia, paura e/o stress, e pertanto le possibilità di colpire un bersaglio in movimento (anche solo al torace), si riducono considerevolmente³⁰¹;

– visto quanto detto nel punto precedente, le già basse possibilità di colpire un bersaglio umano in movimento diventano spesso minime nel caso di perdita di tempo per esplodere un colpo d'avvertimento (dovendosi poi – salvo il raro caso di arma (semi)automatica – procedere alla ricarica), potendo quindi l'aggressore raggiungere e colpire violentemente l'agredito³⁰²;

– nelle condizioni di concitazione spesso caratterizzanti il conflitto le possibilità per l'agredito di riuscire a colpire l'aggressore ad una gamba, o ancor di più a un braccio, sono – salvo militari dei corpi d'élite, ecc. – veramente minime, potendosi quindi concretizzare il rischio di cui al punto precedente³⁰³;

²⁹⁹ V. l'ampio approfondimento di C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 353 ss.

³⁰⁰ Salvo le recenti, pur non numerose, menzionate sentenze che appaiono volersi allontanare dalla teoria in esame.

³⁰¹ V. *supra*, Cap. IV, § 4.2.1.1.

³⁰² V. *supra*, Cap. IV, § 4.2.1.2.

³⁰³ In tal senso anche C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 354.

– anche ipotizzando di riuscire a colpire l’aggressore in parti non letali cioè, a causa degli effetti della (nor)adrenalina, all’eventuale pervicacia criminosa ed al possibile stato di alterazione da stupefacenti/alcool di costui, potrebbe non essere sufficiente a fermarne l’aggressione³⁰⁴.

4.3.4. L’inesigibilità della resa e della fuga

In chiusura di questa trattazione va affrontata la questione relativa alla configurabilità della resa e della fuga come possibili “mezzi difensivi meno lesivi”.

Con riguardo ai due ordinamenti giuridici protagonisti di questa trattazione, va innanzitutto ribadito che la giurisprudenza (oltre che la dottrina) tedesca esclude oramai da oltre 50 anni³⁰⁵ un qualunque obbligo di fuga a fronte di un’aggressione antiggiuridica³⁰⁶, né tanto meno di piegarsi in qualche modo alla stessa³⁰⁷: si è finanche affermato che cedere all’aggressione non è una forma di “difesa” (“*keine Verteidigung*”)³⁰⁸.

Nel nostro ordinamento, al contrario, la giurisprudenza è ancora unanime³⁰⁹ nel prevedere – pur avendo abbandonato la passata distinzione tra “fuga vile” e “fuga onorevole”³¹⁰ – un obbligo di fuga qualora questa esponga l’aggredito a un “sacrificio minore rispetto a quello di subire l’aggressione”³¹¹.

Sancire un simile dovere, se da un lato può essere considerato utilitaristicamente vantaggioso per l’ordinamento, veicolando una comprensibile esigenza di contenimento delle possibili lesioni ai beni giuridici, dall’altro però rappresenta una sorta di “violenza privata” normativa ai danni dell’aggredito. Premesso che il *commodus discensus* è sempre una facoltà di cui l’aggredito può

³⁰⁴ V. *supra*, Cap. IV, § 4.2.1.2.

³⁰⁵ Risale infatti all’inizio degli anni ’60 del secolo scorso BGH, 1° agosto 1961 – 1 StR 197/61, in *MDR*, 1962, p. 146 ss., la quale da ultimo ha affermato la sussistenza di un obbligo di “allontanamento preventivo” a fronte di un’imminente aggressione violenta da parte di un soggetto alcolizzato.

³⁰⁶ Salvo le “limitazioni etico-sociali” che si tratteranno nel prossimo capitolo, § 5 ss.

³⁰⁷ Tre le più significative sentenze di legittimità in tal senso v. BGH, 27 gennaio 1970 – 1 StR 577/69, in <https://dejure.org>; BGH, 21 giugno 1989 – 3 StR 203/89, in *JR*, 1990, p. 378 ss.; BGH, 8 marzo 2000 – 3 StR 67/00, in *NSiZ*, 2000, p. 365 ss.; BGH, 30 giugno 2004 – 2 StR 82/04, in *NSiZ*, 2005, p. 31 ss. In letteratura v., *ex plurimis*, A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 22; V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 118; A. GÜNTHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 86; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 95; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 680.

³⁰⁸ Così U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 95. Relativamente alla resa si esprime allo stesso modo C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 680 (“*ein Weglaufen ist keine Abwehr*”).

³⁰⁹ V. la recentissima Cass., 26 settembre 2019, n. 39551, in italgiure.giustizia.it/sncass; e tra le altre, tra le più rilevanti, Cass., 10 luglio 2002, n. 949, cit.; Cass., 17 aprile 1980, in *RP*, 1981, p. 42 ss.

³¹⁰ V. in particolare, tra le ultime decisioni così orientate, Cass., 24 novembre 1978, n. 1555, in *GP*, 1979, II, p. 688 ss. In dottrina v. l’accurata trattazione di F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 375 ss.

³¹¹ Così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 391.

avvalersi, configurarlo come un obbligo implica una violazione della libertà morale del soggetto, il quale a fronte di un'antigiuridica intromissione nella sua sfera giuridica verrebbe privato della possibilità di difendere attivamente i suoi beni giuridici, e dunque costretto a "cedere" all'ingiusto. Il sancire un obbligo di fuga (non pericolosa) dalle aggressioni ingiuste, peraltro, oltre ad essere con tutta evidenza inconciliabile con una visione pubblicistica della legittima difesa (l'ordinamento si prostra a colui che lo viola), è anzitutto incompatibile con una visione individualistica, sottraendo all'agredito la facoltà di difendere i propri beni giuridici.

Sancire un dovere di fuga "non pericolosa" per l'agredito, tuttavia, è assolutamente conforme ad una visione costituzionalmente orientata del diritto di autodifesa necessitata qualora costui abbia provocato l'aggressore, e altresì qualora la "coazione morale" dell'agredito possa essere "etico-socialmente" compensata dall'esigenza di solidarietà verso soggetti "deboli"³¹².

³¹² Il punto sarà quindi approfondito a breve nel Cap. V, § 5 ss.

Capitolo V

Gli altri elementi strutturali: proporzione e “limitazioni etico-sociali” del diritto di difesa, e *animus defendendi*

Sommario: 1. Proporzione tra aggressione e reazione, e *Gebotenheit*, quali limiti funzionali costituzionalmente orientati della “legittima difesa effettiva”. – 2. L’*ubi consistam* della proporzione. – 2.1. La congruità ermeneutica di valutare la proporzionalità della reazione difensiva prendendo come riferimento il disvalore di condotta, e non il disvalore di evento: “aberrazione difensiva di risultato” e assunzione dell’onere del rischio da parte dell’aggressore. – 2.2. Proporzione tra i mezzi impiegati e proporzione tra i beni giuridici lesi e/o messi in pericolo dal conflitto. – 2.3. La natura intrinsecamente valutativa della comparazione tra i beni giuridici lesi e/o messi in pericolo dal conflitto innescato dall’aggressione ingiusta. – 3. La stretta proporzione difensiva quale fattore di rischio per l’aggregato, a tutela dei diritti dell’aggressore, costituzionalmente imposto? La possibile discriminazione ai danni degli aggregati “deboli”. – 3.1. La *reductio ad unum* dogmatica dei casi in cui la reazione difensiva dovrebbe essere altresì “proporzionata”: il concetto di “aggressione non esistenziale”. – 4. Tesi propugnata: la proporzione in senso stretto quale requisito costituzionale della legittima difesa nelle ipotesi di aggressioni non esistenziali. – 4.1. La proporzione “*in re ipsa*” a fronte di aggressioni di non lieve entità a beni giuridici di natura personale corrispondenti a diritti fondamentali della persona (aggressioni esistenziali). – 4.2. L’auspicabilità di un indennizzo da parte dello Stato (anche) all’aggregato privato del diritto ad una reazione difensiva “effettiva” a fronte di aggressioni patrimoniali non violente. – 4.2.1. La legislazione europea, la normativa tedesca (OEG 7.1.1985 e ss. modifiche), e la disciplina italiana (l. n. 122/2016 e ss. modifiche) in materia di indennizzo delle vittime di reati dolosi violenti. – 4.2.2. Le criticità dell’introduzione in Italia di una normativa che preveda un obbligo risarcitorio (sussidiario) dello Stato per i danni “esistenziali” subiti dalle vittime di gravi aggressioni patrimoniali. – 4.3. Il *punctum dolens* della frequente difficoltà per l’aggregato di individuare tempestivamente l’effettivo bene giuridico posto in pericolo dall’aggressione. – 4.4. La compatibilità della tesi sostenuta con l’art. 2 CEDU. – 5. Le altre limitazioni etico-sociali/costituzionali del diritto di difesa ed il loro fondamento. – 5.1. Le aggressioni provocate dall’aggregato. – 5.2. Le aggressioni da parte di soggetti non imputabili o non/parzialmente colpevoli per altra causa. – 5.3. Le aggressioni di particolare tenuità. – 5.4. Le aggressioni tra soggetti legati da relazioni familiari o sentimentali. – 6. L’*animus defendendi* e la rilevanza del medesimo in virtù della matrice ideologica individualistica del modello di legittima difesa proposto.

Secondo la propugnata concezione del diritto di autodifesa necessitata, orientata al pieno rispetto del dettato costituzionale ed all'effettività, è fondamentale il rispetto di un'esigenza generale di proporzione tra l'offesa cagionata all'aggressore e quella minacciata da quest'ultimo ai beni giuridici dell'agredito.

Alla luce del fondamento ideologico personalistico, e delle altre peculiarità della legittima difesa¹, ad ogni modo, si è riscontrato che la stessa Costituzione (*in primis* italiana, ma non solo) non impone, quanto meno in relazione ad aggressioni di una certa gravità a beni giuridici personali di rango primario (cioè "esistenziali"), la prescrizione normativa di un limite di stretta proporzione, non potendosi invece prescindere dai requisiti della necessità difensiva, e dell'attualità e anti giuridicità dell'aggressione².

L'analisi dei cinque ordinamenti considerati, e soprattutto di quello italiano, nel quale la proporzione tra difesa e aggressione/offesa è da sempre sancita dall'art. 52 c.p.³, ha inoltre dimostrato che, quando il limite della stretta proporzione è stato sancito *tout court* per le condotte reattive contro ogni aggressione, anche contro beni giuridici "esistenziali" di rango primario, il suddetto ha condotto ad un'eccessiva restrizione del riconoscimento, nella prassi applicativa, del diritto costituzionale di autodifesa necessitata⁴.

Si ritiene pertanto congruo accordare la preferenza ad un modello differenziato, parzialmente analogo a quello adottato nel codice penale francese⁵, in riferimento al quale si analizzeranno nelle seguenti pagine le principali criticità, a partire dalla distinzione tra "beni giuridici essenziali" e "beni giuridici non essenziali". Per talune particolari ipotesi di aggressioni a beni giuridici essenziali, come quelle realizzate da un aggressore provocato dall'agredito, si prospetterà l'opportunità – pur allontanandosi in ampia misura dal modello tedesco – di introdurre delle limitazioni etico-sociali, per evitare un'eccessiva e disfunzionale estensione del diritto di autodifesa necessitata.

Da ultimo, è bene sin da ora evidenziare che l'attuale disciplina italiana di cui all'art. 52 c.p. potrebbe anche essere armonizzata alla concezione dell'istituto propugnata in questa sede senza procedere a modifiche normative (salvo eliminazione della "legittima difesa domiciliare"⁶), mediante un'evoluzione degli orientamenti della giurisprudenza.

¹ V. *supra*, Cap I, § 4.

² V. *supra*, Cap IV, § 1.

³ Salvo quanto disposto dalle recenti ll. n. 59/2006 e 36/2019 (v. *supra*, Cap. II, § 1.2) per le ipotesi di legittima difesa domiciliare.

⁴ V. *supra*, Cap. II, § 1.1.2.

⁵ Per approfondimenti al riguardo, v. *supra* la trattazione *ad hoc* nel Cap. III, § 2.

⁶ Salvo trasformare la scusante di cui all'art. 55/2 c.p. in clausola di esclusione della colpevolezza applicabile a tutte le ipotesi di legittima difesa, non solo domiciliari (e altresì eliminare l'incongrua variante della "minorata difesa": cfr. quanto detto *supra*, Cap. II, § 1.2).

1. Proporzione tra aggressione e reazione, e *Gebotenheit*, quali limiti funzionali costituzionalmente orientati della “legittima difesa effettiva”

Il concetto di proporzione⁷ tra aggressione e difesa si fonda sulla valorizzazione di considerazioni esterne alla dinamica conflittuale tra aggressore e aggredito, e dunque diverse da quelle “interne” sottese all’esigenza di attestare la lesività della condotta difensiva sul minimo indispensabile per neutralizzare – pur senza pretesa di sicurezza assoluta⁸ – il rischio di lesione del bene giuridico minacciato.

In talune ipotesi, difatti, considerazioni di carattere etico-sociale, fondate sulla gerarchia di valori della Costituzione, rendono congruo – se non obbligato – imporre all’aggredito il patimento di una certa lesione ad un proprio bene giuridico, al fine di tutelare l’aggressore, il quale potrebbe subire una lesione nettamente più incisiva di quella incombente sull’aggredito, e talvolta intollerabile per l’ordinamento. Lo stesso vale nelle ipotesi in cui, in presenza di determinate circostanze, l’ordinamento impone all’aggredito quella violazione *in re ipsa* alla propria libertà morale data dall’obbligo di fuggire⁹, e non reagire, a fronte di un’aggressione antigiridica.

Ciò spiega dunque il perché – pur nella diversità degli effetti dei due requisiti – le ragioni alla base dell’introduzione della *Gebotenheit* (cioè dell’ammissibilità etico-sociale) della reazione difensiva nel § 32 StGB tedesco siano nella sostanza analoghe a quelle dell’inserimento del limite della proporzione tra difesa ed offesa nel nostro art. 52 c.p. In definitiva, la stessa *Gebotenheit* esprime un’esigenza, *lato sensu*, di proporzione complessiva tra danno giuridico cagionato all’aggressore e rischio di lesione giuridica evitata dall’aggredito, la quale è ad esempio ritenuta assente – citando un celebre caso – qualora taluno, non avendo altro mezzo difensivo a disposizione per evitare la lesione patrimoniale, spari mortalmente ad un soggetto che tenti di rubare la frutta dal proprio albero¹⁰.

⁷ Per un inquadramento generale del principio di proporzione nel diritto penale, v. G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale*, Napoli, 2018.

⁸ Certezza per ottenere la quale (come rilevato *supra* nel Cap. IV, § 4.2) l’aggressore dovrebbe sempre, teoricamente, procedere all’uccisione dell’aggressore.

⁹ A patto che la fuga non esponga l’aggredito ad un pericolo rilevante (es.: fuggire con vestiti leggeri all’aperto in presenza di temperature sotto lo zero, con conseguente pericolo di assideramento).

¹⁰ Trattasi probabilmente di caso ispirato ad una vicenda realmente accaduta, nel secondo decennio del secolo scorso, e definita giudizialmente dal *Reichsgericht* (predecessore dell’attuale *Bundesgerichtshof*, quale Suprema Corte tedesca) con la sentenza RG, 20 settembre 1920 – I 384/29, in RGSt 55, p. 82 ss.: si consideri, inoltre come già all’epoca si era elaborato il principio per cui l’ammissibilità etico-sociale (“*Gebotenheit*”) era assente nei casi di cassa sproporzione tra difesa e offesa, dunque al proprietario della frutta non fu riconosciuta la scriminante della legittima difesa.

2. L'*ubi consistam* della proporzione

La proporzione pone sotto il profilo ermeneutico tre questioni, la cui risoluzione è essenziale ai fini della determinazione del concreto impatto applicativo derivante dall'introduzione di tale requisito:

a) la proporzionalità della difesa rispetto all'aggressione/offesa va valutata in relazione al risultato della stessa (disvalore di evento), oppure con riferimento alla potenziale lesività della condotta (disvalore di condotta)? (§ 2.1);

b) la proporzione deve sussistere tra i mezzi difensivi a disposizione dei soggetti, oppure tra i beni giuridici lesi e/o messi in pericolo dal conflitto? (§ 2.2);

c) in base a quali parametri valutativi può dirsi che il bene leso (es.: vita dell'aggressore) è proporzionato al bene messo in pericolo dall'aggressione (es.: libertà sessuale della vittima di un tentativo di stupro)? (§ 2.3).

2.1. La congruità ermeneutica di valutare la proporzionalità della reazione difensiva prendendo come riferimento il disvalore di condotta, e non il disvalore di evento: "aberrazione difensiva di risultato" e assunzione dell'onere del rischio da parte dell'aggressore

La risposta alla prima delle tre questioni poste nel precedente paragrafo, relativa a quale aspetto della reazione difensiva (tra lesività astratta della condotta e lesività concreta dell'evento), considerare ai fini della comparazione con l'offesa potenzialmente derivante dall'aggressione, è abbastanza agevolmente ricavabile dalla concezione teorica dell'istituto più volte riaffermata in questo scritto. Alla luce del plurimenzionato principio in base al quale l'aggressore, in quanto soggetto postosi contro l'ordinamento, deve assumersi – pur con taluni importanti limiti – l'onere del rischio di esito infausto del conflitto (*Veranlasserprinzip*), è proprio costui a dover subire le conseguenze di un'eventuale "aberrazione difensiva di risultato".

Per "aberrazione difensiva di risultato"¹¹, in questa sede, si intende infatti l'ipotesi, non infrequente, in cui una condotta difensiva (es.: colpo di pistola rivolto ad una gamba) di norma – secondo la consueta valutazione oggettiva *ex ante* – produttiva di un determinato evento lesivo (es.: ferita non letale), ne produca uno diverso (*ergo* "aberrante"), sovente maggiormente lesivo (es.: morte dell'aggressore per dissanguamento dovuto a recisione dell'arteria fe-

¹¹ Si è preferito non adottare l'espressione "difesa legittima aberrante", in quanto già utilizzata da autorevoli studiosi italiani (*in primis* T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 205) per contrassegnare l'ipotesi in un cui l'agredito, ad esempio, spari contro l'aggressore, ma per errore colpisca una persona estranea al conflitto. Cfr. F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 945 ss., che – analogamente – parla al riguardo di *aberratio ictus*.

morale). Ciò potrebbe avvenire per fattori riconducibili all'agredito, oppure ad altre cause (es.: spostamento improvviso dell'aggressore).

Nel caso fosse ravvisata una colpa dell'agredito, chiaramente, la condotta dello stesso – ove non rispettosa dei canoni della necessità o (se normativamente richiesta) della proporzione – non potrebbe essere giustificata, ma al più beneficiare di un'eventuale scusante¹², qualora legislativamente contemplata e applicabile in concreto. Nell'ipotesi in cui, di converso, non fosse ravvisabile una colpa in capo all'agredito, il rischio di subire una lesione “sproporzionata” ad opera di una condotta, sotto il profilo prognostico, necessaria e “proporzionata”, dovrebbe essere integralmente assunto dall'aggressore, concedendosi invece all'agredito la piena giustificazione della propria condotta¹³.

2.2. *Proporzione tra i mezzi impiegati e proporzione tra i beni giuridici lesi e/o messi in pericolo dal conflitto*

Posto che deve essere la lesività della condotta dell'agredito a costituire il primo termine di comparazione ai fini del riscontro della proporzione, occorre poi chiarire che tale lesività va misurata in rapporto all'offesa (al netto di quella eventualmente “aberrante”) dei beni giuridici dell'aggressore, senza che – se non in modo indiretto – possano assumere rilevanza considerazioni relative ai mezzi difensivi a disposizione dei due soggetti¹⁴.

È invero in relazione al diverso giudizio sulla sussistenza o meno della necessità difensiva che assume rilevanza diretta la considerazione dei mezzi difensivi in concreto utilizzati dall'agredito¹⁵: l'uso di un'arma da fuoco in modo potenzialmente letale per l'aggressore, ad esempio, sarà oggetto, avvalendosi del contributo delle scienze empiriche e di tutti gli altri fattori contestuali convergenti nel caso concreto, della valutazione prognostica sulla sussistenza della possibilità, secondo un osservatore ragionevole, di avvalersi di un mezzo difensivo meno lesivo (es.: colpo di avvertimento in aria), ma ugualmente efficace ai fini della neutralizzazione del pericolo¹⁶.

¹² Si rimanda, al riguardo, alla trattazione dell'eccesso contenuta *infra*, Cap. VI, § 4.

¹³ E non di una, eventuale, clausola di esclusione della colpevolezza (es.: errore inevitabile), la quale consentirebbe all'aggressore colpito – ove sopravvissuto – di agire a sua volta in legittima difesa (pur limitata dalla provocazione, quanto meno secondo il modello in questa sede accolto).

¹⁴ Così invece, da ultimo la (pur risalente) Cass., 27 novembre 1978, in *GP*, 2/1979, p. 354 ss.

¹⁵ In tal senso, autorevolmente, F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 934, per il quale «la tesi in esame [cioè il riferire la proporzione anche ai mezzi a disposizione dell'agredito e dell'aggressore], dal palese intento sincretistico, tenta di coniugare un punto di vista esatto (quello della proporzione “tra i beni”) con un richiamo affatto improprio al criterio del mezzo meno lesivo, la cui utilizzazione è assai più appropriata in sede di esame della “necessità” della condotta difensiva». In senso analogo si posizionano altresì, G. PANEBIANCO, *La legittima difesa*, cit., p. 378; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 559.

¹⁶ Per approfondimenti al riguardo v. *supra*, Cap. IV, § 4.2.

Non può però negarsi che, anche ai fini della valutazione concernente la proporzionalità della difesa rispetto all'offesa, intesa come confronto tra la lesività della condotta fattualmente realizzata dall'agredito, e la lesività potenziale dell'aggressione per i beni giuridici del reagente, la considerazione dei mezzi difensivi riveste, indirettamente, un certo rilievo. Secondo la tesi accolta, e incentrata sul disvalore di condotta della reazione difensiva quale fulcro del giudizio di proporzione, del resto, non sarebbe possibile prescindere da una considerazione del concreto strumento difensivo (es.: arma da fuoco), e dalle sue modalità concrete di utilizzo (es.: colpo indirizzato al torace dell'aggressore), ai fini di enucleare la concreta lesività della condotta. Lo stesso, ovviamente, vale con riferimento alla potenzialità lesiva dell'aggressione, da riscontrare tenendo anzitutto presenti i mezzi offensivi utilizzati (armi da taglio, armi contundenti, preponderanza fisica, ecc.) dall'aggressore. Se interpretato in questo senso, e dunque con riferimento ad una rilevanza "indiretta" dei mezzi difensivi e offensivi impiegati dai soggetti del conflitto innescato dall'aggressione ingiusta, è dunque condivisibile quell'orientamento di parte della dottrina¹⁷, e giurisprudenza¹⁸, italiana per cui la proporzione tra difesa e offesa andrebbe valutata «sia confrontando il male minacciato con quello inflitto, sia considerando i mezzi a disposizione in confronto a quelli effettivamente utilizzati»¹⁹.

2.3. *La natura intrinsecamente valutativa della comparazione tra i beni giuridici lesi e/o messi in pericolo dal conflitto innescato dall'aggressione ingiusta*

Una volta enucleati i due termini di raffronto ai fini del riscontro della proporzionalità della condotta reattiva dell'agredito, si pone però la questione ermeneuticamente più delicata, e la cui risoluzione appare maggiormente "condizionabile" dalla posizione "ideologica" dell'interprete: in base a quali parametri è possibile sancire che una condotta difensiva lesiva di un bene giuridico dell'aggressore di tipo A (es.: vita) sia proporzionata rispetto ad un'aggressione potenzialmente lesiva di un bene giuridico dell'agredito di tipo A (es.: vita), oppure B (es.: libertà sessuale)?

¹⁷ F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 379, al quale «sembra che la disponibilità del mezzo di difesa e il valore del bene inciso dalla reazione debbano procedere di pari passo (...) con una considerazione sempre più marcata della proporzione tra i beni in conflitto».

¹⁸ V. in particolare, tra le più recenti, Cass., 21 febbraio 2019, n. 12798, cit., secondo la quale «affinché sussista la proporzione tra offesa e difesa, occorre effettuare una valutazione comparativa *ex ante*, sia fra i mezzi usati e quelli a disposizione dell'agredito che (...) tra i beni giuridici in conflitto». Accolgono il medesimo orientamento anche Cass., 26 novembre 2009, n. 47117, in *CP*, 2010, p. 4184 ss.; Cass., 10 novembre 2004, n. 45407, in *CP*, 2006, p. 2176 ss.

¹⁹ F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 379.

Prima di rispondere al quesito, però, occorre evidenziare un profilo importante del giudizio comparativo *de quo*, dato dal fatto che la lesione di quasi tutti i beni giuridici (con eccezione, notabilmente, della vita) è quantitativamente graduabile, potendo invero manifestarsi con intensità molto diversa²⁰. Come rilevato da autorevoli studiosi italiani²¹, del resto, è evidente che, per citare un bene giuridico sovente menzionato in letteratura, la libertà sessuale è ledibile in misura ampiamente differente, come desumibile dalla casistica delle condotte ritenute rilevanti ai fini del delitto di “Violenza sessuale” (art. 609-*bis* c.p.) dalla Suprema Corte: si spazia infatti dal fugace tocco delle terga fino alla violenta penetrazione carnale della vittima, passando per condotte intermedie (come il tocco esterno dei genitali)²². Ne discende pertanto che, in ossequio alla primaria finalità di elaborare un modello di legittima difesa primariamente rispettoso della gerarchia costituzionale dei beni giuridici, la lesione di suddetti beni – sia per l’agredito che per l’aggressore – vada soppesata in relazione al suo concreto impatto sulla qualità della vita (riferita sia ai profili psichici, che fisici). Per quanto concerne la libertà sessuale²³, ad esempio, a fronte di un – pur penalmente illecito, come congruamente sancito dalla Corte di Cassazione – fugace tocco delle terga non si potrà, secondo l’impostazione qui seguita, ritenere proporzionato accoltellare più volte l’aggressore al torace²⁴.

Ciò premesso, è logico – nel proposto modello di disciplina – che il parametro primario di riferimento deve essere la rilevanza, cioè il rango, attribuito ai rispettivi beni giuridici lesi e/o messi in pericolo dalla Costituzione²⁵.

²⁰ V. al riguardo F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 255, secondo il quale il raffronto va fatto, innanzitutto, tra l’offesa minacciata e quella arrecata, e non soltanto tra i beni, potendo lo stesso bene essere leso con intensità diversa.

²¹ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 393, il quale osserva, relativamente all’apparente soccombenza assiologico-costituzionale dei beni patrimoniali rispetto ai beni personali, che «non è affatto implausibile che l’intensità dell’offesa patrimoniale sia talmente elevata rispetto all’esiguità dell’offesa alla persona da capovolgere il giudizio di proporzione formulato in rapporto esclusivamente ai beni in sé considerati».

²² Sia consentito, al riguardo, il rinvio a F. MACRÌ, *La violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) nella giurisprudenza della suprema corte del 2015*, in *DPC-RT*, 1/2016, p. 164 ss.

²³ Cfr. al riguardo, relativamente all’ordinamento italiano, M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 885, secondo il quale «se si può reagire a un grave attentato alla libertà sessuale come un tentativo di stupro anche con un’arma da fuoco puntata agli organi vitali dell’aggressore, altrettanto non potrà dirsi nel caso si tratti di un atto sessuale di minore gravità, ai sensi dell’art. 609-*bis*, ultimo comma».

²⁴ Sempre che, adottando la consueta prospettiva oggettiva *ex ante*, sia escluso il rischio di “escalation” verso atti sessuali più intrusivi, tali da ledere in maniera incisiva la sfera sessuale della vittima, i quali potrebbero senz’altro giustificare una condotta reattiva come quella menzionata.

²⁵ Concorda al riguardo, in modo sostanzialmente unanime, la dottrina italiana: v. in particolare M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 884; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 306; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 271; G. MARINUCCI-E. DOLCIN-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 314; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 205 ss.; F.

Suddetto indicatore, peraltro, assume un ruolo dirimente nel caso siano a confronto beni giuridici eterogenei, pur non essendo agevole desumerne il rispettivo rango costituzionale, posto che la Costituzione (italiana, ma anche tedesca, francese, ecc.) non sempre offre indicazioni univoche in tal senso²⁶. A tal riguardo è condivisibile quanto suggerito da alcuni studiosi italiani, e cioè che occorrerebbe considerare il quadro normativo nel suo complesso²⁷, a partire dal “giudizio valoriale” espresso dal legislatore penale attraverso la misura della pena ricollegata alla lesione del bene²⁸: in alcuni codici penali però, e in particolare in quello italiano del 1930²⁹, le cornici edittali sono frutto di opzioni assiologiche emerse in epoche e contesti politici molto diversi, e negli ultimi anni talvolta anche influenzate dall’irrazionalità del c.d. “populismo penale”³⁰. L’entità della pena edittale, inoltre, «spesso dipende da considerazioni (attinenti per es. al particolare allarme sociale suscitato da una particolare condotta, alla speciale pericolosità o insidiosità dei mezzi utilizzati, all’elemento soggettivo, ecc.) ulteriori rispetto al mero valore del bene protetto»³¹.

Considerando, comunque, che quasi sempre il primo dei due beni giuridici da confrontare è la vita o l’incolumità fisica, si può senz’altro affermare che sicuramente tali beni giuridici personali sono gerarchicamente sovraordinati ai beni di rilevanza non personale (es.: patrimonio), o non personale “in senso stretto” (es: inviolabilità del domicilio)³².

La vita in sé, peraltro, andrebbe considerata prevalente su ogni altro bene giuridico, essendo con ogni evidenza il presupposto dell’esercizio di qualunque diritto³³: ciò nonostante, vi sono stati anche degli studiosi che – con particolare riferimento alla Costituzione tedesca – hanno sostenuto la prevalenza, o quanto meno l’equivalenza, del bene giuridico della dignità umana su

PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 393; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 380 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 935.

²⁶ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 306.

²⁷ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 393.

²⁸ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 306.

²⁹ Pur oggetto, dopo l’entrata in vigore della Costituzione del 1948, di numerose incisive riforme, le quali però – per quanto riguarda la parte speciale – sono state sempre settoriali, se non addirittura “puntuali”: in argomento v. F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., p. 252 ss.

³⁰ V. *supra*, Introduzione, nota 1.

³¹ F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 935.

³² V. al riguardo gli autori citati nelle due note precedenti e, altresì le riflessioni espresse *supra*, Cap. I, § 4, in materia di fondamento costituzionale del diritto di autodifesa necessitata.

³³ Per quanto concerne l’ordinamento italiano, nel quale è – criticabilmente – il diritto alla vita non è espressamente riconosciuto in Costituzione, bensì ritenuto pacificamente tutelato dall’art. 2 (oltre che dall’art. 27/4 Cost., relativo al divieto di pena di morte), la Consulta ha, in una pluralità di decisioni, sancito come la vita sia il primo dei diritti inviolabili dell’uomo: v., per tutte, Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35, in *Foro it.*, 1997, I, p. 653 ss.

quello della vita, adducendo – oltre ad argomentazioni meramente normative – che una vita senza dignità è una vita “priva di valore” (“wertlos”)³⁴.

Passando invece a considerare gli altri beni di natura personale frequentemente messi in pericolo nei casi oggetto della prassi giudiziaria, assumono rilievo segnatamente la libertà fisica, la libertà morale, la libertà sessuale, la personalità individuale, e la dignità umana. Tra gli stessi probabilmente – in astratto – sono la dignità umana e la personalità individuale ad occupare un rango leggermente più elevato³⁵, ma ad avviso dello scrivente la vita risulta sempre prevalente su di essi.

Ai fini della comparazione tra i beni giuridici contrapposti, dell’aggressore e dell’aggredito, un ruolo preminente è svolto dunque dalla valutazione dell’intensità della lesione arrecata/arrecabile agli stessi. Trattasi di un dato non sempre desumibile con certezza dal compendio probatorio, e ciò in particolare per i beni giuridici dell’aggredito, qualora gli stessi non siano già stati lesi in maniera particolarmente intensa dall’aggressore³⁶: nei casi dubbi, ad ogni modo, la concezione del diritto di autodifesa necessitata accolta induce a considerare ragionevole l’assunzione, da parte dell’aggredito, di un potenziale rischio di lesione di livello elevato del bene giuridico³⁷.

Nell’ambito del modello di legittima difesa accolto, peraltro, nei casi di aggressioni a beni personali la non gravità della lesione incombente (ove certa, e non soggetta a dubbi) dovrebbe implicare l’applicazione della “legittima difesa di beni non essenziali”, imponendosi dunque all’aggredito pure il rispetto del canone della proporzione³⁸.

Entrando più nello specifico, e considerando le frequenti ipotesi di con-

³⁴ Così A. KROSS, *Notwehr gegen Schweigegelderpressung*, Berlin, 2004, p. 82.

³⁵ Al riguardo v., nella dottrina penalistica italiana, in particolare G. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana*, Padova, 2005; F. PALAZZO, *La tutela della persona umana*, cit., p. 1 ss.

³⁶ Es.: donna che accoltelli mortalmente il bruto in una brevissima pausa tra una violenza sessuale penetrativa [stupro] ed un’altra.

³⁷ Ad esempio (riproponendo parzialmente l’esempio precedente) una donna, qualora aggredita con massiccia violenza fisica in una zona isolata da un uomo (pur fisicamente non possente), a seguito del tocco insistito del seno/delle terga potrà ragionevolmente presumere un pericolo di aggressione penetrativa, pur se in tale fase non potrebbe essere senz’altro escluso – le cronache giudiziarie lo confermano – che l’autore voglia limitarsi a meri palpeggiamenti di zone non genitali. In relazione alla libertà sessuale, invero, sarebbe ragionevole ipotizzare – pur trattandosi di una valutazione complessa, da incentrare sempre sulla considerazione di tutte le circostanze fattuali rilevanti – che in linea di massima la soglia della lesione “grave” scatta a partire del tocco delle zone genitali. Siffatta assunzione, del resto, è confermata dalle principali legislazioni penali in materia: anche in Italia, difatti, dove è previsto un delitto sessuale unico per tutte le tipologie di atti sessuali, un’analisi della giurisprudenza conferma che, nel caso di tocamenti non coinvolgenti le zone genitali, viene spesso applicata l’attenuante dell’art. 609-bis/3 c.p. (riduzione fino a due terzi): al riguardo sia consentito nuovamente il rinvio a F. MACRÌ, *La violenza sessuale*, cit., p. 171 ss.

³⁸ V. *infra*, in questo Capitolo, § 3.1.

dotte difensive indirizzate a provocare una grave lesione³⁹, che effettivamente cagionino la suddetta⁴⁰, si può ritenere che siffatto bene giuridico sia tendenzialmente equivalente, o leggermente prevalente/soccombente, su quelli personali summenzionati, qualora lesi in maniera grave⁴¹. Si dovrà invece, alla luce della centralità costituzionale della persona umana, sancire la netta soccombenza del bene meramente patrimoniale leso (anche se in modo grave) a fronte di una lesione grave dell'incolumità personale: concordandosi con la dottrina italiana⁴² che, di converso, un grave danno patrimoniale potrà essere considerato solo leggermente soccombente (se non equivalente, a seconda del caso concreto) rispetto ad una lesione non grave cagionata, con finalità difensive, all'aggressore. Considerazioni simili valgono poi per il confronto tra i preminenti beni personali citati e la vita, pur precisandosi che questa sarà sempre prevalente, seppure in caso di grave decurtazione dei primi (es.: violenza sessuale penetrativa), il "gradiente" di soccombenza non sarà elevato, posta la centralità di questi ai fini della stessa esistenza dell'essere umano: una lesione patrimoniale però, a prescindere dall'entità, sarà sempre massicciamente soccombente rispetto alla perdita della vita⁴³. Quanto appena detto sulle aggressioni meramente patrimoniali, chiaramente, non vale per quelle violente, in quanto plurioffensive: nel caso di rapina, difatti, andrà valutata *in primis* l'entità della lesione potenziale all'incolumità fisica, e quella (reale o potenziale) alla libertà morale, le quali raggiungeranno un'intensità particolarmente elevata, ad esempio, nel caso di arma puntata contro l'agredito.

Per il caso in cui i beni in gioco siano omogenei, e dunque di pari rango costituzionale, sarà dirimente l'intensità della lesione: posta la non "graduabilità" della lesione alla vita (se non in termini di maggiore o minore probabilità prognostica⁴⁴), il problema si pone in primo luogo per l'incolumità fi-

³⁹ Ai fini della gravità della lesione, si può fare riferimento – tendenzialmente – agli indici di cui all'art. 583 c.p. italiano (relativo ai delitti circostanziati di lesioni personali gravi e gravissime), e dunque alla malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, con una prognosi superiore ai 40 giorni, che produca l'indebolimento permanente di un senso o di un organo, ecc.

⁴⁰ Per quanto riguarda il caso in cui la condotta rivolta a cagionare la morte provochi una semplice lesione, il delitto di tentato omicidio (in Italia, ma non solo) non sarà di regola applicabile in assenza di dolo (il quale, in presenza di tutti i requisiti della legittima difesa, meno eventualmente la necessità e/o la proporzione, è raramente riscontrabile nella prassi).

⁴¹ Esempi: sequestro di persona con finalità estorsiva, violenza sessuale penetrativa, tortura di una certa durata o con strumenti particolarmente lesivi, ecc.

⁴² V. in tal senso, tra gli altri, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 306; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 256; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 314; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 205; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 393; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 936.

⁴³ Al riguardo v., nella recente giurisprudenza di legittimità italiana, quanto affermato in Cass., Sez. V, 26 novembre 2009, n. 47117, cit.: «la vita e l'incolumità della persona è enormemente più rilevante, sul piano della gerarchia dei valori costituzionali e di quelli penalmente protetti, dell'interesse patrimoniale».

⁴⁴ Trattasi, però, di diverso fattore, da valutare preliminarmente per determinare il be-

sica. A tal proposito si riproporrà quindi il delicato giudizio prognostico sul tipo di lesione fisica potenzialmente derivante dall'aggressione (più semplice quando l'agredito abbia già subito una ferita di una certa gravità), il quale – nella prospettiva qui adottata – andrà affiancato ad una valutazione sulla gravità della lesione fisica probabilisticamente derivante, secondo un osservatore ragionevole, dalla condotta dell'agredito (a prescindere dall'evento realizzatosi)⁴⁵.

Una volta delineati i parametri ed indicatori da considerare ai fini della valutazione di equivalenza, prevalenza o soccombenza tra beni giuridici, occorre da ultimo tradurre la suddetta in un giudizio sulla sussistenza o meno della proporzione tra difesa ed offesa. Trattandosi di “proporzione”, intesa quale antitesi di “sproporzione”, analogamente a quanto sostenuto dalla dottrina e giurisprudenza italiana⁴⁶ la stessa andrà ravvisata non solo in caso di equivalenza tra i beni, ma altresì quando il bene tutelato dall'agredito, tenendo presente l'intensità della lesione incombente sullo stesso, non sia “marcatamente” soccombente.

Applicando, pur con le dovute cautele, siffatto principio alle principali “contrapposizioni” tra beni giuridici riscontrabili nella prassi, le seguenti reazioni difensive andrebbero – in linea tendenziale, dovendosi sempre considerare le concrete circostanze della vicenda conflittuale – ritenute *proporzionate*:

ne giuridico effettivamente minacciato: valutazione, come già detto, particolarmente ardua, e che nei casi di dubbio irresolubile, sulla base del principio dell'innescò dell'aggressione anti-giuridica (*Veranlasserprinzip*), andrà risolto presumendo che il bene in pericolo è la vita, trattandosi di uno dei rischi di esito infausto del conflitto da addossare, tendenzialmente, sull'aggressore.

⁴⁵ Si consideri, per conferire maggiore concretezza all'opzione ermeneutica propugnata, il caso concreto oggetto di Cass., 5 marzo 2019, n. 9463, cit. (già trattato *supra*, Cap. II, § 1.1) nel quale è stata confermata la condanna per omicidio colposo (art. 589 c.p. italiano) di un imputato il quale, a fronte delle molestie subite dalla vittima, che si trovava in stato di evidente ubriachezza all'interno di un bar, si era limitato – come riconosciuto dagli stessi giudici in sede d'appello – ad «allontanarlo senza violenza ponendogli una mano sul petto», provocandone però la morte a causa della caduta provocata dalla perdita di equilibrio (dovuta allo stato di intossicazione alcolica). Nel caso di specie, invece, si sarebbe dovuto considerare come bene giuridico da mettere in comparazione con la lieve lesione (tendenzialmente alla libertà morale, e/o all'incolumità fisica) incombente sull'agredito, un lieve intaccamento dell'incolumità fisica dell'aggressore (esito “probabile” di una lievissima spinta come quella data dall'imputato).

⁴⁶ V. in *primis* F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 394, il quale acutamente rileva che «si deve ritenere che la reazione sia legittima non solo quando essa sia inferiore o equivalente all'aggressione, ma anche quanto – pur essendo superiore – non tramodi in un fatto decisamente incomparabile con l'aggressione», tenendo presente, al riguardo, che «l'agredito, nella situazione di tensione ed eccitazione in cui spesso si trova ad agire non ha – come si dice la bilancia in mano (*non habet staderam in manu*)». V. altresì M. CERASE, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 885; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 305; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 256; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 205 ss.; F. SIRACUSANO, *Difesa legittima*, cit., p. 381; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 936. Nella giurisprudenza italiana di legittimità v., per tutte, Cass., 10 novembre 2004, n. 45407, in *CP*, 2006, p. 2176 ss.

a) condotte prognosticamente “letali”, e a maggior ragione “normalmente” tali da cagionare mere lesioni (es.: sparo a una gamba correttamente eseguito), cagionanti la morte o gravi lesioni dell’aggressore, realizzate per neutralizzare un rischio di morte, o di grave lesione dell’incolumità fisica, dignità umana, personalità individuale, libertà sessuale, libertà fisica o libertà morale;

b) condotte prognosticamente tali da cagionare solo una lieve lesione (es. leggera spinta), causanti conseguenze fisiche lievi, o (non colposamente) anche più gravi, nell’aggressore, realizzate per neutralizzare un rischio di grave lesione ad un bene non personale di una certa rilevanza (pur di rango non primario) quali il patrimonio o l’inviolabilità del domicilio.

Saranno invece ritenute *sproporzionate* le seguenti reazioni difensive:

a) condotte prognosticamente tali da cagionare gravi lesioni (es.: sparo a una gamba correttamente eseguito), e a maggiore ragione dirette a causare la morte, cagionanti la morte o gravi lesioni dell’aggressore, realizzate per neutralizzare un rischio di lesione di lieve entità ad un bene personale (es. mero toccamento delle terga in assenza comprovata di rischio di escalation offensiva);

b) condotte prognosticamente tali da cagionare gravi lesioni (es.: sparo a una gamba correttamente eseguito), e a maggiore ragione dirette a causare la morte, da cui derivi la morte o gravi lesioni dell’aggressore, realizzate per neutralizzare un rischio di lesione, di qualunque entità, ad un bene non personale. Nel caso di lesioni patrimoniali tali da sottrarre all’agredito i mezzi stessi per condurre una vita dignitosa, va tenuta presente la possibilità (v. *infra*, § 4.2) che gli stessi vengano ripristinati – se non dall’aggressore stesso – da parte dello Stato;

c) condotte prognosticamente tali da cagionare una qualunque lesione, anche lieve⁴⁷, e causanti lesioni di qualunque entità (e a maggior ragione la morte), realizzate per neutralizzare un rischio di lesione dell’onore o della reputazione dell’agredito (posto il loro inferiore rango costituzionale, alla luce dell’evoluzione socio-culturale⁴⁸).

⁴⁷ Salvo considerare, al più, la possibilità di reputare proporzionate condotte riconducibili al paradigma delle percosse di cui all’art. 581 c.p. italiano, come ad esempio schiaffi leggeri, privi di una qualunque conseguenza medicalmente inquadabile nel concetto di “malattia”: v. sul punto F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, I, 7ª ed., Milano, 2019, p. 144 ss.

⁴⁸ V. al riguardo l’ampio approfondimento del tema da parte di F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 221 ss.; e altresì le condivisibili osservazioni di F. VIGANÒ, *art. 52 c.p.*, cit., p. 935, relative all’attuale netta primazia da riconoscere ai beni giuridici concernenti la dimensione fisica della persona rispetto quelli relativi all’onore o alla reputazione.

3. La stretta proporzione difensiva quale fattore di rischio per l'agredito, a tutela dei diritti dell'aggressore, costituzionalmente imposto? La possibile discriminazione ai danni degli aggrediti "deboli"

In coerenza con quanto detto sull'efficacia della reazione difensiva, in ottica sia normativa che empirica, è evidente che introdurre altresì un requisito di stretta proporzione tra reazione ed aggressione, accanto a quello di necessità, implica per l'agredito un potenziale aumento di rischio di lesione del bene giuridico minacciato.

Talvolta infatti la condotta difensiva necessaria, intesa – secondo la teoria qui accolta – come uso del “mezzo difensivo meno lesivo” a disposizione tra quelli efficaci, non è però rispettosa del canone di proporzione. Vi sono, del resto, talune situazioni concrete in cui, a causa della repentinità dell'aggressione, delle circostanze di tempo/luogo della stessa, e/o dell'elevata pericolosità soggettiva dell'aggressore (mascherato, fisicamente presentante, ecc.), l'unico modo efficace per neutralizzarne l'azione offensiva è colpirlo, tendenzialmente con un'arma (da fuoco, da taglio, ecc.)⁴⁹, in modo da cagionarne l'incapacità di movimento o di uso degli arti superiori: è evidente, pertanto, che siffatte condotte provocano frequentemente la morte, o gravi lesioni, e – focalizzandoci, come proposto, sul disvalore della condotta – sono altresì prognosticamente valutabili, da un osservatore ragionevole, come dirette a cagionare simili eventi.

In questi casi, pertanto, la proporzione tra la lesività di siffatte condotte⁵⁰ e la potenziale lesione ai beni giuridici dell'agredito potrebbe non essere sempre ravvisabile, sebbene l'utilizzo di un criterio prognostico⁵¹, la valorizzazione del disvalore di condotta, e una certa flessibilità nel giudizio di valore potrebbero incidere al riguardo.

A tal proposito, e a prescindere dalla qualità del bene giuridico a rischio, va evidenziata una rilevante conseguenza applicativa derivante dell'imposizione del limite della stretta proporzione, e cioè la tendenziale discriminazione nei confronti degli aggrediti “deboli”⁵². Ciò è conseguenza dalla tenden-

⁴⁹ Giungendosi a tale determinazione adottando una prospettiva *ex ante* secondo il parametro di un osservatore ragionevole, agente nella medesima situazione concreta dell'agredito (v. *supra*, Cap. IV, § 3.1).

⁵⁰ Atteso che, come si è visto *supra* nel § 2.1, il primo termine del giudizio di proporzione deve essere la lesività della condotta, e non quella dell'evento.

⁵¹ Non sempre utilizzato, peraltro, nella giurisprudenza italiana (v. Cap. II, § 1.1.2.2), e – seppur con una minor frequenza – in quella tedesca (v. Cap II, §§ 2.1.1 ss.).

⁵² Trattasi di circostanza tendenzialmente non approfondita né dalla dottrina italiana, né – salvo alcuni specifici aspetti come quelli relativi alla “legittima difesa preventiva” (tendenzialmente negata) nei casi di uccisione del “maltrattatore domestico” (“*Haustyrannen*”) da parte della moglie maltrattata – da quella tedesca. Di recente, però, la rilevanza della cri-

ziale impossibilità, da parte dei suddetti, di respingere efficacemente l'aggressione avvalendosi della mera forza fisica, rappresentando spesso per costoro l'uso di un'arma (quanto meno contundente) il mezzo difensivo efficace meno letale a disposizione.

Si consideri ad esempio un'intrusione notturna da parte di Tizio, giovane aggressore incappucciato e disarmato alto 180 cm per 85 kg di peso, nella casa isolata rispettivamente di Caio, trentenne agente delle forze speciali esperto di *krav maga*⁵³ con ampia esperienza di combattimento sul campo, alto 187 cm per 95 kg; e di Mevia, trentenne priva di qualunque addestramento nelle discipline marziali o di combattimento, alta 160 cm per 50 kg. Ipotizzando che Tizio incroci, in entrambe le aggressioni, rispettivamente Caio e Mevia è ragionevole presumere che l'aggressore, alla vista di un giovane uomo fisicamente preponderante, rinuncerebbe al piano criminoso; e che, in caso di conflitto fisico, Caio potrebbe riuscire – sfruttando l'ampia esperienza di combattimento – a immobilizzare, rendere inoffensivo o costringere alla fuga Tizio senza ricorrere a condotte dirette a ucciderlo o ferirlo gravemente. Nel caso di Mevia, al contrario, quasi sicuramente il mezzo difensivo effettivo meno letale a disposizione per respingere un'eventuale aggressione con finalità di stupro, se non l'unico, sarebbe l'uso di un affilato coltello da cucina (o, meno verosimilmente, di altro oggetto contundente come un martello⁵⁴), per accoltellare Tizio in zona vitale (es.: torace) posto che, ad esempio, una coltellata alla gamba – visti anche gli “eccitanti” effetti della (nor)adrenalina sull'aggressore⁵⁵ – difficilmente dissuaderebbe l'aggressore dal proseguire la condotta criminosa⁵⁶.

Non a caso l'esempio citato da molteplici autori, sia italiani⁵⁷ che tedeschi⁵⁸, di reazione difensiva necessaria, ma manifestamente non proporzionata, all'aggressione subita è quello del vecchio paralitico che spara “ad un

ticità in esame è stata, oltralpe, trattata *funditus* da C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 455 ss.

⁵³ Disciplina di combattimento ravvicinato e autodifesa di origine ebraica, e adottata soprattutto da parte dei membri dell'esercito israeliano, oltre che da corpi di polizia e operatori della sicurezza di altri paesi (tra cui Stati Uniti e Italia).

⁵⁴ Seppure l'uso di oggetti contundenti verosimilmente non potrebbe essere considerato quale “mezzo difensivo effettivo” nel caso di una donna di corporatura esile, la quale difficilmente potrebbe sferrare un colpo talmente forte da neutralizzare l'aggressore.

⁵⁵ V. supra, Cap. IV, § 4.2.1.1.

⁵⁶ Nello stesso senso si esprime C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 455, affermando al riguardo che «l'agredito inferiore fisicamente [all'aggressore], al di là della causazione di gravi lesioni o della morte dell'aggressore mediante l'uso di un arma, non ha tendenzialmente a disposizione nessun altro mezzo difensivo effettivo».

⁵⁷ V., in particolare G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 305. Analogo è l'esempio proposto da F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 391, e relativo ad un paralitico che, per salvarsi da un vile maltrattamento, possa unicamente azionare un congegno meccanico ineluttabilmente letale.

⁵⁸ V. per tutti J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 162.

giovane ladruncolo per farlo desistere dal rubare frutti dagli alberi”⁵⁹. Nessun autore, difatti, potrebbe affermare una scissione tra la necessità difensiva (presente) e la proporzione tra difesa e aggressione/offesa (assente) sostituendo, nel medesimo esempio di scuola, al vecchio paralitico l’appena menzionato giovane e robusto esperto di combattimento Caio: quest’ultimo, invero, avrebbe a disposizione una pluralità di mezzi difensivi effettivi “a bassa lesività”, come minacciare il ladruncolo, oppure immobilizzarlo in modo non lesivo⁶⁰.

In definitiva il requisito della proporzione, non adattandosi – se non parzialmente – alle peculiarità del caso concreto come il limite della necessità difensiva, implica per molti aggrediti “deboli” l’impossibilità di difendere il bene giuridico minacciato. Ciò nonostante, vi sono contundenti ragioni costituzionali – in parte già delineate – per mantenere comunque, quanto meno per la legittima difesa da aggressioni che non provochino il rischio di danni “esistenziali” irreversibili, il limite della stretta proporzione: oltre, ovviamente, ad una generale e ineludibile esigenza di proporzione in quanto tale quale IV pilastro della legittima difesa nel suo complesso.

3.1. *La reductio ad unum dogmatica dei casi in cui la reazione difensiva dovrebbe essere altresì “proporzionata”: il concetto di “aggressione non esistenziale”*

Si è appena visto che prescrivere la stretta proporzione della difesa all’aggressione/offesa comporta *de facto* l’imposizione, all’aggredito, dell’obbligo di accettare, a pena di incorrere in una possibile responsabilità penale, la perdita (totale o parziale) dei beni giuridici presi di mira dall’aggressore. Ciò, inoltre, tende a penalizzare gli aggrediti “deboli”, per i quali spesso l’unica condotta difensiva efficace è una reazione armata potenzialmente letale per l’aggressore: un limite di stretta proporzione della difesa rispetto all’offesa si traduce sostanzialmente nel privare costoro del diritto di autodifesa necessitata di beni giuridici diversi da quelli di rango primario (vita, dignità umana, ecc.).

Quanto appena esposto è alla base della posizione ermeneutica accolta dall’unanime giurisprudenza, e dalla prevalente dottrina, nell’ordinamento tedesco, per cui sarebbe incongruo introdurre in via interpretativa, nella disciplina dell’istituto, un limite di stretta proporzione della difesa all’aggressione normativamente non previsto⁶¹. La soluzione ivi adottata, per evitare di legit-

⁵⁹ Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 305.

⁶⁰ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 456.

⁶¹ Nella giurisprudenza dell’Alta Corte di Karlsruhe v., notabilmente, BGH, 22 novembre 2000 – 3 StR 331/00, cit.; BGH, 7 giugno 1983 – 4 StR 703/82, cit. In letteratura si esprimono in tal senso, tra i più autorevoli, V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 129; T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 28; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 89; V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 216 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 679; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 162. *Contra*, in particolare K. BERNSMANN, *Überlegungen*

timare condotte come l'uccisione di un non violento ladruncolo di frutta da parte di un paralitico, è stata dunque quella di ricorrere al requisito normativo della *Gebotenheit* (ammissibilità etico-sociale) per escludere dall'ambito di giustificazione condotte difensive sì necessarie, ma realizzate in contesti (es.: crassa sproporzione, o provocazione dell'agredito), tali da rendere inaccettabile a livello etico-sociale, e in particolare sulla base dei valori costituzionali, la concessione di un diritto di provocare finanche la morte dell'aggressore, qualora necessaria alla salvaguardia del bene giuridico minacciato⁶²: ciò in ossequio a quell'esigenza generale di proporzione tra difesa ed offesa che caratterizza comunque tutti i cinque ordinamenti trattati.

Siffatta soluzione peraltro, oltre ad essere affidata *in toto* alla giurisprudenza (non essendo normativamente definita la *Gebotenheit*), ad avviso dello scrivente è eccessivamente "parcellizzata" (non essendovi un principio unitario ispiratore, salvo il vago "abuso del diritto"⁶³), ma soprattutto sottrae al giudizio di proporzione alcune importanti tipologie di condotte difensive (soprattutto a tutela di beni patrimoniali) in distonia col carattere personalistico che – analogamente alla Costituzione italiana – caratterizza la *Grundgesetz* tedesca.

Si ritiene quindi opportuno elaborare ed adottare – con finalità dogmatiche, ma prima ancora garantiste e funzionali – il concetto di "aggressione non esistenziale". Al riguardo il punto di partenza (già ribadito più volte⁶⁴) è che le Costituzioni dei principali ordinamenti UE conferiscono carattere primario e fondamentale al diritto alla vita (presupposto di tutti gli altri), e altresì ai diritti personali tali da riempire di valore la vita umana quali, senza pretesa di esaustività, anzitutto la dignità umana, la personalità individuale, la libertà sessuale, la libertà fisica e la libertà morale. Aggredire in modo incisivo siffatti diritti, pertanto, significa attentare – provocando una lesione sovente (sempre, nel caso della vita) irreversibile – alla stessa esistenza dell'essere umano: si può parlare dunque di "aggressioni esistenziali".

Seppur anche altri diritti, come quelli patrimoniali, possano essere lesi in maniera tale da compromettere "alcune delle fondamenta essenziali dell'esistenza" (come ad esempio nel caso di incendio della casa, unico bene di valore di proprietà di un padre e della sua famiglia⁶⁵), va però considerato, come

zur tödlichen Notwehr, cit., p. 326 ss., il quale, partendo dall'obbligo statale di proteggere la vita dei cittadini, afferma la sussistenza di un diritto di autodifesa esteso sino all'uccisione dell'aggressore solo in caso di rischio di morte, o di menomazioni fisiche permanenti, per l'agredito; J. KASPAR, "Rechtserhaltung" als Grundprinzip der Notwehr?, cit., p. 59 ss., che fonda la sussistenza di un generale principio di proporzionalità tra difesa ed offesa sul parallelismo – già criticato nel capitolo I – tra reazione difensiva necessitata e pena.

⁶² V. *infra*, in questo Capitolo, §§ 5 ss.

⁶³ V. *infra*, in questo Capitolo, § 5.

⁶⁴ *In primis supra*, nel Cap. I, § 4.

⁶⁵ Così, nella dottrina tedesca, C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 457, il quale afferma che, in tali casi, sarebbe incongruo non ritenere giustificate, qualora rappre-

correttamente rilevato da alcuni studiosi⁶⁶, che la situazione patrimoniale anteriore all'offesa – almeno in astratto – è sempre pienamente ripristinabile. Diversa, di converso, è la situazione in caso di incisiva lesione dei diritti personali fondamentali: la vittima di una violenza sessuale penetrativa, pur ricevendo un sostanzioso risarcimento monetario, non potrà mai recuperare la pienezza – mai più ripristinabile – del godimento della propria libertà sessuale (senza considerare i frequenti danni psico-fisici permanenti derivanti dalla lesione di questo⁶⁷, e di altri fondamentali diritti della persona).

La concessione del diritto di autodifesa necessitata effettiva andrebbe dunque congruamente limitata dal rispetto della proporzione in senso stretto tra difesa e offesa nei soli casi di aggressioni “non esistenziali”. Quali aggressioni non esistenziali, in base a quanto detto, andrebbero qualificate le aggressioni a beni non personali (patrimonio, inviolabilità del domicilio [pur se proiezione della persona umana], onore, ecc.), e altresì le aggressioni a beni personali di lieve entità. Si ritiene dunque conforme ai principi costituzionali, nel caso in cui secondo il consueto parametro sia ravvisabile un'aggressione a beni personali, ma non tale da causare un danno suscettibile di provocare una *deminutio* del valore della persona (es.: schiaffi leggeri, molestie sessuali blande senza pericolo di escalation, ecc.), equiparare tale lesione, di “lieve entità”, a quelle meramente patrimoniali, e dunque imporre una reazione difensiva strettamente proporzionata.

4. Tesi propugnata: la proporzione in senso stretto quale requisito costituzionale della legittima difesa nelle ipotesi di aggressioni non esistenziali

Considerare non esistenziali talune aggressioni adottando il concetto di “lieve entità”, ovviamente, implica il mantenimento in capo all'organo giudicante di un rilevante potere discrezionale, ma appare preferibile per evitare che, ad es., il pluricitato anziano paralitico possa legittimamente uccidere con un'arma il giovane che si diverte a schiaffeggiarlo lievemente con – pur biasimevole – finalità di scherno.

Come si vedrà a breve (§ 4.2), per rimediare ai possibili danni “esistenziali” che potrebbe subire la vittima di una lesione patrimoniale di grave entità contro la quale – secondo il modello prospettato – non potrebbe reagire in

sentanti il mezzo difensivo meno lesivo a disposizione, eventuali condotte potenzialmente lesive della vita dell'aggressore.

⁶⁶ K. BERNSMANN, *Überlegungen*, cit., p. 315.

⁶⁷ Si pensi in particolare alla frequente verifica di postumi quali depressione, insonnia, paranoia, ecc., oltre alla sensazione di insicurezza nel camminare da soli la notte o in luoghi isolati, il blocco nel relazionarsi con altre persone, ecc.: effetti, questi ed altri, spesso riscontrabili anche nelle vittime di tortura, sequestro di persona, gravi aggressioni fisiche, ecc.

modo efficace ove ciò si traducesse in una condotta letale (o quasi) per l'aggressore, andrebbe introdotto un meccanismo, pur di non facile attuazione, di indennizzo da parte dello Stato del danno subito.

Quanto appena detto implica una necessaria bipartizione legislativa dell'istituto in due distinte previsioni (così come avvenuto in Francia, ma con ampie differenze rispetto a tale modello⁶⁸), che pone anzitutto la criticità data dalla frequente difficoltà, per l'agredito, di individuare tempestivamente il bene giuridico effettivamente posto in pericolo dall'aggressione, e dunque la caratterizzazione di quest'ultima come esistenziale o non esistenziale.

4.1. *La proporzione "in re ipsa" a fronte di aggressioni di non lieve entità a beni giuridici di natura personale corrispondenti a diritti fondamentali della persona (aggressioni esistenziali)*

La prima cosa che va sottolineata, pur evincibile da quanto sinora detto, è che in realtà, pur espungendo normativamente dalla disciplina della legittima difesa da aggressioni esistenziali il requisito della stretta proporzione, lo stesso è in realtà implicito, o immanente, vista la natura delle aggressioni in questione: per questo l'esigenza generale di proporzione è stata inserita tra i quattro ineludibili pilastri dell'istituto. Trattandosi invero di aggressioni di non lieve entità a diritti fondamentali di natura strettamente personale, appare pienamente conforme alla connotazione personalistica della nostra Costituzione⁶⁹ considerare pienamente lecita la condotta di un agredito che – nell'ottica oggettiva *ex ante* di un osservatore ragionevole – tenta di respingere, nei limiti di quanto necessario, un'aggressione potenzialmente lesiva degli stessi presupposti della sua esistenza umana. Appare dunque pienamente soddisfatto quel «bisogno di equilibrio e di misura in qualche modo "esterno" ai fondamenti dell'istituto», e altresì posto quell'argine «contro i rischi di una involuzione autoritaria o di un abuso individualistico della legittima difesa», la cui importanza per la democraticità dell'ordinamento in quanto tale è stata evidenziata da un autorevole studioso italiano⁷⁰.

Ciò considerato, peraltro, ci si potrebbe ragionevolmente domandare se sia veramente utile in concreto, al fine di massimizzare l'effettività del diritto di autodifesa necessitata nel pieno rispetto della Costituzione (e della CEDU), limitarsi a non richiedere la stretta proporzione nei soli casi di legittima difesa da aggressione esistenziale. Si potrebbe infatti obiettare che già attualmente, nell'ordinamento italiano che contempla la proporzione quale limite generale dell'istituto, condotte difensive letali poste in essere per respingere, ad es., un'aggressione di non lieve entità all'incolumità fisica sono costantemente ritenute – oltre che necessarie – proporzionate all'offesa, e dunque giustificate

⁶⁸ Per approfondimenti al riguardo v. *supra*, Cap. III, § 2.

⁶⁹ E altresì delle altre principali Costituzioni dell'Unione Europea.

⁷⁰ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 394.

dalla giurisprudenza. L'analisi delle recenti sentenze della Suprema Corte al riguardo non supporta però siffatta conclusione. Si possono, al riguardo, citare due casi paradigmatici:

1. Cass. n. 746/2019⁷¹: l'agredito, padre dell'aggressore, aveva colpito con una coltellata superficiale al torace e con due coltellate al collo l'assaltatore per difendersi da una violenta aggressione di quest'ultimo, ex pugile molto più robusto e giovane, condotta con oggetti contundenti e con pugni. L'aggressore aveva perso la vita a causa dell'ultima coltellata. La Suprema Corte ha confermato la sussistenza di un eccesso colposo (art. 55 c.p.), con conseguente condanna per il delitto di "Omicidio colposo" (art. 589 c.p.);

2. Cass. n. 45327/2019⁷²: l'agredita, compagna dell'aggressore 10 anni più giovane, alto 190 cm e del peso di 130 kg, aveva mortalmente colpito con una coltellata al torace quest'ultimo, il quale – dopo averle già causato gravi lesioni fisiche con maltrattamenti passati – la stava colpendo a mani nude con estrema violenza al viso e al corpo. Come nel caso precedente, si è ravvisata la sussistenza di un eccesso colposo⁷³.

4.2. L'auspicabilità di un indennizzo da parte dello Stato (anche all'agredito privato del diritto ad una reazione difensiva "effettiva" a fronte di aggressioni patrimoniali non violente

Nel modello di legittima difesa elaborato, e ancor più nell'attuale disciplina penale italiana⁷⁴, impone normativamente all'agredito di astenersi da reazioni difensive necessarie a tutelare il bene giuridico in pericolo, ma tali da lesionare in modo non proporzionato la sfera giuridica dell'aggressore, comporta in *re ipsa* un obbligo solidaristico di sopportare la lesione.

Seppur siffatta situazione, nel modello adottato, sarebbe limitata alle sole lesioni derivanti da aggressioni "non esistenziali", in talune concrete ipotesi, per lo più di lesioni patrimoniali, il danno concretamente subito dall'agredito potrebbe comunque pregiudicarne l'esercizio dei diritti costituzionali "esistenziali". Ciò, ovviamente, nella frequente evenienza di aggressore non identificato, o comunque incapiente.

Sarebbe pertanto auspicabile che lo Stato, in conseguenza della sua inadempienza all'obbligo di tutelare i beni giuridici del cittadino, e altresì della ne-

⁷¹ Cass., 9 gennaio 2019, n. 746, cit.

⁷² Cass., 10 settembre 2019, n. 45327, cit.

⁷³ Nella sentenza menzionata viene altresì affermata la non necessità della reazione difensiva (per gli approfondimenti al riguardo, e la critica a suddetta conclusione, v. *supra* Cap. IV, § 4.3.3.1): per quanto rilevante in questa sede, ad ogni modo, viene sostenuto che il mero puntare il coltello contro l'aggressore sarebbe altresì stato proporzionato all'aggressione (Cass., 10 settembre 2019, n. 45327, cit.).

⁷⁴ Nella quale l'art. 52 c.p. contempla il requisito della proporzione per tutte le tipologie di aggressione, e – come visto nel paragrafo precedente – la giurisprudenza di legittimità tende ad interpretarlo in modo restrittivo (nel senso di rigoroso per l'agredito).

gazione – con finalità solidaristiche e di garanzia dei diritti dell’aggressore – del diritto all’autodifesa necessitata nella sua “pienezza funzionale”, provvedesse quanto meno nei casi di lesioni più gravi all’indennizzo dell’agredito, qualora l’aggressore non lo facesse.

4.2.1. *La legislazione europea, la normativa tedesca (OEG 7.1.1985 e ss. modifiche), e la disciplina italiana (l. n. 122/2016 e ss. modifiche) in materia di indennizzo delle vittime di reati dolosi violenti*

La proposta, peraltro, si collega al più generale tema dell’indennizzo delle vittime da reato, il quale ha ricevuto particolare attenzione, negli ultimi decenni, da parte del Consiglio d’Europa (CdE) e dell’Unione Europea, con particolare riferimento ai reati violenti commessi “intenzionalmente”⁷⁵.

A tal proposito, rinviando per ulteriori approfondimenti alla letteratura in argomento⁷⁶, occorre rilevare come sin dal 1983, con la “Convenzione europea relativa all’indennizzo delle vittime di reati violenti” del 24 novembre 1983 del CdE⁷⁷, si fosse sancita (art. 2, lett. a) un’obbligazione residuale di riparazione del danno a carico dello Stato nei confronti di chi avesse sofferto “gravi pregiudizi al corpo o alla salute causati direttamente da un reato violento intenzionale”⁷⁸. Per quanto riguarda l’Unione Europea, le cui istituzioni sin dal

⁷⁵ L’uso di tale concetto, che interpretato secondo le categorie dogmatiche penalistiche dei paesi di *Civil Law* non dovrebbe includere quanto meno i reati violenti commessi con dolo eventuale, va però inteso – come fatto dalla normativa italiana di recezione – con riferimento all’intero ambito dei reati dolosi.

⁷⁶ V. in particolare, nell’ampia dottrina in lingua italiana in materia di tutela risarcitoria delle vittime di reato, C. AMALFITANO, *Sull’indennizzo delle vittime da reato l’Italia cerca di riparare*, in *GD*, 2016, n. 46, p. 38 ss.; I. ANRÒ, *L’ordinamento italiano e l’indennizzo alle vittime di reato, tra principio di uguaglianza e criteri di equità*, in *DPC*, 3/2019, p. 119 ss.; ID., *Tardiva trasposizione della direttiva 2004/80 e responsabilità dello Stato*, in *SIE*, 2018, p. 463 ss.; M. BONA, *Vittime di reati violenti intenzionali: la Corte di giustizia dichiara l’inadempimento dell’Italia*, in *RCP*, 2017, p. 470 ss.; ID., *La tutela risarcitoria statale delle vittime di reati violenti ed intenzionali: la responsabilità dell’Italia per la mancata attuazione della direttiva 2004/80/CE*, in *RCP*, 2009, p. 662 ss.; A.O. CASTELEIERO, *Il risarcimento della vittima nel procedimento penale spagnolo*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, a cura di L. Luparia, 2016, p. 323 ss.; G. CASAROLI, *La Convenzione europea sul risarcimento alle vittime dei reati violenti: verso la riscoperta della vittima del reato*, in *RIDPP*, 1986, p. 560 ss.; I. SADOWSKI, *L’indennizzazione delle vittime di reato in Francia*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, a cura di L. Luparia, 2016, p. 293 ss.; M. SCOLETTA, *Il risarcimento del danno da reato nel sistema penale italiano a fronte dei vincoli europei*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, a cura di L. Luparia, 2016, p. 307 ss.; M. VENTUROLI, *La tutela delle vittime nelle fonti europee*, in *DPC-RT*, 3-4/2012, p. 86 ss.

⁷⁷ Nello specifico v. G. CASAROLI, *La Convenzione europea sul risarcimento alle vittime dei reati violenti*, cit., p. 560 ss.; M. VENTUROLI, *La tutela delle vittime nelle fonti europee*, cit., p. 86 ss.

⁷⁸ E altresì a beneficio di “coloro che erano a carico della persona deceduta in seguito a un tale atto” (art. 2, lett. b).

1977 hanno emanato atti non vincolanti finalizzati a persuadere gli Stati membri a prevedere a livello legislativo strumenti per risarcire le vittime in questione⁷⁹, l'atto normativo essenziale al riguardo è la direttiva 2004/80/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, "relativa all'indennizzo delle vittime di reato"⁸⁰. La disposizione di maggiore rilievo è l'art. 12, in cui si esaurisce il Capo II dedicato ai "sistemi di indennizzo nazionale", il cui 2° comma dispone che: «tutti gli Stati membri provvedono a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime».

Passando alle trasposizione di questi principi e obblighi nei due ordinamenti principali analizzati, in Germania è previsto sin dal 1976 ("Legge per l'indennizzo delle vittime di reati violenti" – "*Opferentschädigungsgesetz*", d'ora in avanti OEG⁸¹, sostituita integralmente dalla legge omonima del 7.1.1985⁸²) l'obbligo da parte dello Stato⁸³ (che peraltro – diversamente dall'Italia – non è qualificato come residuale rispetto a quello del reo) di corrispondere un indennizzo ("*Versorgung*") alle vittime di reati violenti cagionanti un "danno alla salute"⁸⁴. Non sono previsti massimali relativi all'ammontare dell'indennizzo irrogabile, il quale può essere richiesto anche a compensazione dei danni fisici causati da una condotta violenta realizzata in legittima difesa ex § 32 StGB (es: rottura del polso a causa di un pugno sferrato all'aggressore): sono comunque risarcibili i danni e le spese derivanti dalla lesione alla salute sofferta, con esclusione dei danni morali e dei danni alle cose⁸⁵.

Passando all'Italia, va rilevato primariamente come il nostro Paese (al pari della Polonia) non abbia mai ratificato, e neanche firmato, la Convenzione

⁷⁹ A partire dalla Risoluzione (77) 27 del Comitato dei Ministri sul "Risarcimento delle vittime di crimini": al riguardo v. M. BONA, *La tutela risarcitoria*, cit., p. 664, il quale menziona altresì i principali atti non vincolanti precedenti la Direttiva del 2004, tra cui la "Risoluzione sulle vittime di violenza criminale" del 1989 del Parlamento Europeo, e la Decisione quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale 2001/220/GAI.

⁸⁰ Al riguardo v., *ex multis*, C. AMALFITANO, *Sull'indennizzo*, cit., p. 38 ss.; I. ANRÒ, *L'ordinamento italiano*, cit., p. 121 ss.; M. BONA, *Vittime di reati violenti*, cit., p. 470 ss.; M. VENTUROLI, *La tutela delle vittime*, cit., p. 94 ss.

⁸¹ Per approfondimenti sulla normativa in questione v., tra i tanti, J. BAUMANN, *Zurechnungskriterien beim Opferentschädigungsgesetz*, in *Sgb*, 1980, p. 221 ss.; R. GELHAUSEN-B. WEINER, *Opferentschädigungsgesetz Kommentar*, 6° ed., München, 2015; D. HEINZ, *Opferentschädigungsgesetz Kommentar*, München, 2008.

⁸² "*Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten*" (*Opferentschädigungsgesetz* – OEG) la cui attuale versione risale al 7 gennaio 1985 (BGBl. I, p. 1).

⁸³ In realtà, ai sensi del § 4/3 della legge in commento, gli oneri economici derivanti dall'erogazione degli indennizzi devono essere sopportati, al 78% dalla regione (*Land*) di commissione del reato.

⁸⁴ § 1/1 OEG.

⁸⁵ § 1/1 OEG. Ai sensi del 5° comma, hanno diritto al risarcimento – in caso di morte – anche i superstiti (coniuge, figli, ecc.).

CdE del 1983 relativa all'indennizzo delle vittime di reati violenti, a differenza di Germania, Francia e Spagna⁸⁶. Per quanto riguarda, invece, il recepimento della direttiva 2004/80/CE sull'indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti, a seguito dell'emanazione di una legge meramente disciplinante alcuni aspetti procedurali, (d.lgs. n. 204/2007)⁸⁷, e l'accertamento dell'infrazione da parte della sentenza della Corte di Giustizia UE con sentenza del 29 novembre 2007⁸⁸, il legislatore italiano ha introdotto un effettivo obbligo statale (sussidiario) di indennizzo delle vittime *de quibus* solo con la l. 7 giugno 2016, n. 122 (artt. 11-14)⁸⁹. Rimandando alla letteratura di settore per ulteriori dettagli⁹⁰, vanno evidenziati in questa sede gli ampi limiti della tutela risarcitoria garantita:

1. trattasi di obbligo sussidiario (ai sensi della OEG tedesca, al contrario, l'istanza può essere proposta sin da subito). Ai sensi dell'art. 12/1, lett. b), l. n. 122/2016, occorre infatti che la vittima – salvo autore ignoto – “abbia già esperito infruttuosamente l'azione esecutiva nei confronti dell'autore del reato per ottenere il risarcimento del danno”;

2. sono previsti – diversamente che in Germania – massimali molto bassi per il risarcimento (attualmente 3.000 € in generale, e 7.200 € di indennizzo fisso per l'omicidio)⁹¹;

3. salvo i casi di violenza sessuale e omicidio, l'indennizzo è elargito unicamente per la “rifusione delle spese mediche e assistenziali” (art. 11/2);

4. l'indennizzo è escluso in caso di percezione di un reddito annuo superiore a quello previsto per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato (art. 12/1, lett a).

⁸⁶ Come riscontrabile sul sito ufficiale del CdE (<https://coe.int>) la Germania ha firmato la predetta convenzione nel 1983, e ratificata nel 1996; la Francia l'ha firmata nel 1983 e ratificata nel 1990; mentre la Spagna ha proceduto ai due atti rispettivamente nel 2000 e nel 2001. A proposito del sistema di indennizzo delle vittime di reati violenti in tali ordinamenti v., per la Francia I. SADOWSKI, *L'indennizzazione delle vittime di reato in Francia*, cit., p. 293 ss.; per la Spagna invece v. A.O. CASTELEIRO, *Il risarcimento della vittima nel procedimento penale spagnolo*, cit., p. 323 ss.

⁸⁷ I. ANRÒ, *L'ordinamento italiano*, cit., p. 121 ss.

⁸⁸ Corte giust., 29 novembre 2007, causa C-112/07, *Commissione c. Italia*.

⁸⁹ Modificata in seguito dalla l. 20 novembre 2017, n. 167; e da ultimo dalla l. 30 dicembre 2018, n. 145.

⁹⁰ V., tra gli altri, C. AMALFITANO, *Sull'indennizzo*, cit., p. 38 ss.; I. ANRÒ, *L'ordinamento italiano e*, cit., p. 119 ss.; ID., *Tardiva trasposizione*, cit., p. 463 ss.; M. BONA, *Vittime di reati violenti*, cit., p. 470 ss.

⁹¹ Gli importi degli indennizzi sono attualmente stabiliti dall'art. 1 del decreto interministeriale del 31 agosto 2017 (pubblicato su *Gazzetta Ufficiale*, Serie Generale, n. 237 del 10 ottobre 2017).

4.2.2. Le criticità dell'introduzione in Italia di una normativa che preveda un obbligo risarcitorio (sussidiario) dello Stato per i danni "esistenziali" subiti dalle vittime di gravi aggressioni patrimoniali

Visto quanto appena detto in tema di indennizzo delle vittime di reati violenti in Italia, le prospettive per un'estensione normativa dell'obbligo risarcitorio dello Stato ai danni "esistenziali" subiti dalle vittime di gravi aggressioni patrimoniali appaiono – nel breve termine – tutt'altro che rosee. Se difatti già l'obbligo di indennizzo delle vittime di reati violenti *ex l. n. 122/2016* è previsto come residuale, e con massimali d'importo tali da consentire un ristoro del tutto marginale (si pensi, ad es., a casi di lesioni gravissime, ecc.⁹²), è del tutto inverosimile l'introduzione di norme che prevedano – pur solo in casi di danni veramente "esistenziali" – l'indennizzo, quanto meno al 50%, del danno economico derivante da aggressioni patrimoniali. Non possono inoltre ignorarsi le esigenze di contenimento della spesa pubblica italiana dovute alla notoria situazione finanziaria (bassa crescita del PIL, debito pubblico) attuale, che probabilmente ha anche inciso sulle criticate opzioni normative della *l. n. 122/2016*.

Pur in un simile contesto, è comunque auspicabile, qualora venga mantenuto l'attuale assetto normativo della legittima difesa (art. 52 c.p.), un potenziamento dei diritti in materia risarcitoria delle vittime di gravi aggressioni.

Altrimenti si perpetuerebbe, in comparazione alla Germania, la paradossale situazione per cui un aggredito ai propri diritti fondamentali, quali ad esempio l'incolumità fisica qualora vi sia un concreto rischio di serie lesioni, benefici nell'ordinamento tedesco sia del diritto a una reazione necessitata sproporzionata, che della facoltà di ottenere – senza attendere la conclusione del processo penale, e della procedura esecutiva – un risarcimento di consistenza "effettiva", non potendo invece godere in Italia di nessuna delle menzionate prerogative.

4.3. Il punctum dolens della frequente difficoltà per l'aggredito di individuare tempestivamente l'effettivo bene giuridico posto in pericolo dall'aggressione

Dalla scelta di differenziare la legittima difesa da aggressioni esistenziali e quella da aggressioni non esistenziali, prescrivendo solo in quest'ultima l'ulteriore limite della proporzione, conseguono senz'altro due problematiche:

1. in base a quale parametro temporale-personale (*ex ante* oggettivo, *ex ante* soggettivo, o *ex post*) determinare in sede giudiziaria, ai fini dell'applicazione dell'una o dell'altra previsione, se l'aggressione sia di tipo esistenziale o non esistenziale?

⁹² Per le quali, come visto nel paragrafo precedente, l'ammontare massimo dell'indennizzo ottenibile (*ex art. 1, decreto interministeriale 31 agosto 2017*) attualmente sarebbe 3.000 €.

2. nei numerosi⁹³ casi in cui, sulla base del parametro individuato, residuo dubbi sul carattere esistenziale o non esistenziale dell'aggressione posta in essere, occorrerà applicare la disciplina (più favorevole al "reo" aggressore, ove sopravvissuto) della legittima difesa da aggressioni non esistenziali, oppure quella (più favorevole al "reo" aggredito) della legittima difesa da aggressioni esistenziali?

Per quanto riguarda la prima questione, si ritiene inevitabile l'opzione a favore di una determinazione *ex ante* della tipologia di aggressione (esistenziale o no) in base al parametro dell'osservatore ragionevole che si trovi ad agire nelle medesime circostanze dell'aggredito. Trattasi, del resto, dello stesso parametro adottato sia per la valutazione sull'attualità dell'aggressione⁹⁴, sia per quella sulla necessità della reazione difensiva⁹⁵, con le quali il giudizio sulla tipologia di aggressione condivide senz'altro il carattere prognostico. È del resto il momento in cui l'aggredito si trova di fronte un soggetto potenzialmente in procinto di realizzare una condotta lesiva antigiuridica quello in cui costui dovrà decidere se l'aggressione è attuale, e se e quali reazioni adottare: tale scelta, pertanto, non potrà prescindere dalla considerazione della tipologia di bene giuridico minacciato, e dell'intensità del pericolo imminente.

Tenendo però presente la gran parte dei casi affrontati dalla prassi giudiziaria si ricava che il giudizio prognostico *ex ante* di cui sopra, in molte ipotesi, si tradurrà in un sostanziale dubbio sulla tipologia di bene giuridico minacciato, e/o sull'intensità della lesione arrecabile a quest'ultimo. In altre parole, atteso che molte aggressioni si svolgono con modalità (repentinità, uso di cappuccio, ecc.) e/o in circostanze (oscurità, prossimità alle stanze in cui dormono i familiari dell'aggredito, ecc.) tali da rendere arduo questo riscontro, occorrerà enucleare un criterio tale da garantire – pur nell'ineludibile considerazione delle peculiarità del caso concreto – una tendenziale uniformità applicativa.

Siffatto criterio dovrebbe essere quello definibile come "*in dubio pro aggredito*", nel senso che l'aggressione andrebbe presunta esistenziale, salvo il caso in cui fosse determinabile oltre ogni ragionevole dubbio la non esistenza della stessa⁹⁶.

Suddetto criterio, peraltro, sarebbe altresì un'applicazione del più generale principio "*in dubio pro reo*", sebbene anche l'aggressore – qualora soprav-

⁹³ Come è ragionevole prevedere accada spesso, vista la repentinità e "ambiguità" di numerose condotte di intrusione antigiuridica nella sfera giuridica altrui.

⁹⁴ V. *supra*, Cap. IV, § 3.1.

⁹⁵ V. *supra*, Cap. IV, § 4.1.

⁹⁶ Visto quanto detto in precedenza, l'aggressione andrebbe quindi qualificata "non esistenziale" qualora in sede processuale si stabilisse, oltre ogni ragionevole dubbio, la natura non personale (es.: mera violazione di domicilio senza rischi per l'incolumità delle persone presenti) del bene messo in pericolo, oppure la lieve entità del pericolo corso dal bene giuridico di natura personale (es.: mero tocco rapido delle terga, qualora sia escluso oltre ogni ragionevole dubbio il pericolo di *escalation*).

vissuto – potrebbe rivestire la qualifica di imputato, nell'eventuale processo per il reato commesso. A fondamento di tale opzione ermeneutica vanno poi annoverate considerazioni relative all'effettività della difesa, e più nello specifico alla più volte menzionata necessità che sia l'aggressore, in quanto soggetto postosi contro l'ordinamento, ad assumersi – pur non illimitatamente – il rischio di esito infausto del conflitto antiggiuridicamente causato (“*Veranlasserprinzip*”)⁹⁷.

4.4. La compatibilità della tesi sostenuta con l'art. 2 CEDU

La proposta di riforma della legittima difesa avanzata, incentrata sulla distinzione tra reazioni ad aggressioni esistenziali e reazioni ad attacchi privi di tale carattere, è altresì in *toto* compatibile con l'art. 2 CEDU. La norma in questione invero, nel consacrare il valore primario del diritto alla vita⁹⁸, prevede un'eccezione al rispetto dello stesso nel caso la condotta letale sia stata assolutamente necessaria «per garantire la difesa di ogni persona contro una violenza illegale» (art. 2/2, lett. a), CEDU)⁹⁹.

Pur se secondo parte della dottrina siffatta norma sarebbe inapplicabile ai rapporti tra privati, rappresentando un limite riferito alla sola sfera di attività dei pubblici poteri¹⁰⁰, numerosi altri studiosi hanno invece propugnato la tesi per cui la stessa sarebbe applicabile pure in siffatto ambito¹⁰¹. Secondo que-

⁹⁷ Per approfondimenti sul principio menzionato v., *supra*, Cap. IV, § 3.1; e Cap. V, § 2.1.

⁹⁸ La circostanza è peraltro confermata dall'essere tale diritto sancito nel primo articolo successivo all'art. 1 CEDU, stabilente l'obbligo di rispettare i diritti dell'uomo riconosciuti dalla Convenzione.

⁹⁹ Nell'ampia letteratura italiana sul tema, v. innanzitutto il recente approfondimento specifico di A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata*, cit., p. 1 ss.; e altresì F. BESAGNO, *Art. 2*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Commentario breve alla C.e.d.u.*, Padova, 2012, p. 36 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, p. 162 ss.; V. PLANTAMURA, *L'omicidio per legittima difesa*, cit., p. 197 ss.; S. ZIRULLA, *Art. 2. Diritto alla vita*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2009, p. 39 ss.

¹⁰⁰ Sostengono siffatta opinione, nella dottrina italiana, F. BESAGNO, *Art. 2*, cit., p. 36 ss.; F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica*, cit., p. 13 ss.; V. PLANTAMURA, *L'omicidio per legittima difesa*, cit., p. 197 ss. Nella letteratura tedesca sostengono siffatto orientamento, *ex plurimis*, A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 56; V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 22 ss.; T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 40; H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 349; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 104 ss.

¹⁰¹ Nella dottrina italiana accolgono la suddetta, in particolare, F. DIAMANTI, *Il diritto incerto*, cit., p. 1369; V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i ‘nuovi’ vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 42 ss.; F. VIGANÒ, *Spunti per un ‘progetto alternativo’ di riforma della legittima difesa*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 2034 ss. In quella tedesca v. H. FRISTER, *Zur Einschränkung des Notwehrrechts durch Art 2 der Europäischen Menschenrechtskon-*

sta tesi, pertanto, si dovrebbe considerare contraria all'art. 2 CEDU ogni condotta difensiva cagionante la morte di un aggressore che non abbia messo in pericolo violentemente diritti personali dell'agredito¹⁰².

Se peraltro la disciplina italiana della legittima difesa domiciliare di cui agli artt. 52/2 ss. c.p.¹⁰³, e anche la normativa tedesca di cui al § 32 StGB hanno sollevato dubbi su un possibile contrasto con la norma convenzionale *de qua*¹⁰⁴, a causa della presunzione assoluta (artt. 52/2 ss. c.p.)¹⁰⁵, e della mancata previsione (§ 32 StGB)¹⁰⁶, del requisito della proporzione tra difesa e aggressione/offesa¹⁰⁷, lo stesso non avviene certamente con riferimento al modello normativo in questa sede proposto. Secondo i dettami della proposta avanzata, infatti, l'uccisione dell'aggressore potrebbe essere giustificata solo qualora rappresentasse una reazione necessaria a neutralizzare un'aggressione esistenziale, cioè a tutelare un bene giuridico di natura personale oggetto di un'aggressione "di non lieve entità".

5. Le altre limitazioni etico-sociali/costituzionali del diritto di difesa ed il loro fondamento

Si è già trattato delle ulteriori – rispetto alla proporzione – limitazioni etico-sociali costituzionalmente orientate del diritto di autodifesa necessitata con riferimento al requisito della *Gebotenheit* previsto dalla disciplina tede-

vention, in *GA*, 1985, p. 553 ss.; K. HIMMELREICH, *Erforderlichkeit der Abwehrhandlung, Gebotensein der Notwehrhandlung; Provokation und Recht mißbrauch*, in *GA*, 1966, p. 129 ss.

¹⁰² Per tutti v., nella dottrina italiana, A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata*, cit., p. 6 ss.; F. VIGANÒ, *Spunti per un 'progetto alternativo'*, cit., p. 2039 ss. Nella dottrina tedesca sono orientati in tal senso, tra gli altri, H. FRISTER, *Zur Einschränkung des Notwehrrechts*, cit., p. 553 ss.; K. HIMMELREICH, *Erforderlichkeit der Abwehrhandlung*, cit., p. 133.

¹⁰³ Per approfondimenti sul punto v. lo studio particolareggiato di F. CONSORTE, *La presunzione di proporzione in una prospettiva internazionale: spunti interpretativi*, in *CP*, 2006, p. 2653 ss.

¹⁰⁴ Pur in assenza, al momento (marzo 2020), di una sentenza al riguardo della Corte EDU.

¹⁰⁵ V. al riguardo F. CONSORTE, *La presunzione di proporzione*, cit., 2653 ss.; F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica*, cit., p. 13 ss.; A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata*, cit., p. 6 ss.; F. VIGANÒ, *Spunti per un 'progetto alternativo'*, cit., p. 2039 ss.

¹⁰⁶ In argomento v., tra i più autorevoli, A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 56; V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 22 ss.; T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 40; H. FRISTER, *Zur Einschränkung des Notwehrrechts*, cit., p. 553 ss.; K. HIMMELREICH, *Erforderlichkeit der Abwehrhandlung*, cit., p. 133; H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechtes*, cit., p. 349; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 104 ss.

¹⁰⁷ Con riferimento, ovviamente, alla possibilità che venga giustificata l'uccisione volontaria dell'aggressore che non abbia posto in essere un'aggressione violenta a beni personali.

sca (§ 32 StGB)¹⁰⁸. Senza ripetere quanto già detto, va però rammentato che le stesse sono state enucleate per temperare l'eccessiva rigidità di una disciplina, come quella d'oltralpe, che non prevede in assoluto alcun limite di proporzione della reazione difensiva all'aggressione, potendo dunque in astratto consentire al vecchio paralitico di uccidere legittimamente il giovane ladrunco di frutta.

Posto che il modello di legittima difesa proposto si discosta nettamente, per le aggressioni non esistenziali (a fronte delle quali è imposto uno stretto vincolo di proporzione), da quello tedesco, è ridotta l'esigenza di introdurre ulteriori limitazioni etico-sociali. Le uniche due limitazioni da considerare sono infatti quelle concernenti le aggressioni provocate dall'agredito, oppure realizzate da soggetti non imputabili o non colpevoli per altra causa.

5.1. *Le aggressioni provocate dall'agredito*

Visto il patrocinio del fondamento ideologico personalistico dell'istituto, senza dubbio è l'ipotesi di aggressione provocata dall'agredito a porre le più pressanti esigenze di limitazione etico-sociale della facoltà difensiva normativamente concessa.

Nel caso in cui l'aggressione ingiusta rappresenti una risposta ad una condotta, pur non assurgente al rango di aggressione ingiusta, tale da configurarsi come comportamento "socio-eticamente censurabile" (riprendendo le parole usate dal BGH tedesco in una sentenza del 2011¹⁰⁹) dell'agredito, viene meno la stessa ragione di addossare principalmente sull'aggressore il rischio di "esito infausto del conflitto": in tal caso, difatti, l'inesco del conflitto è altresì riconducibile ad una condotta rimproverabile ("*vorwerfbar*", pur non sempre penalmente) dell'agredito, difettando il presupposto essenziale per applicare il *Veranlasserprinzip*.

Le condotte di provocazione riscontrabili nella prassi giudiziaria consistono spesso in comportamenti di tipo verbale, a volte offensivi dell'onore o reputazione del provocato, talora consistenti in sollecitazioni al combattimento (non assurgenti a vere e proprie offese all'onore, intendendo quest'ultimo alla luce dei valori costituzionali¹¹⁰). Al riguardo si tenga presente che, secondo la tesi qui sostenuta, una condotta offensiva dell'onore potrebbe al più giustificare una

¹⁰⁸ V. *supra*, Cap. II, § 2.1.2.2.

¹⁰⁹ BGH, 4 agosto 2010 – 2 StR 118/10, in *NstZ*, 2011, p. 82 ss. Cfr. al riguardo le riflessioni di U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 118.

¹¹⁰ V. al riguardo le condivisibili ed autorevoli riflessioni in materia di diritto all'onore di F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 221 ss., per il quale l'onore va considerato innanzitutto come il valore della persona dato dall'agire in conformità ai valori costituzionalmente sanciti, tra i quali certamente non può essere annoverato il patriarcale "coraggio" maschile consistente nel reagire violentemente ad ogni sollecitazione al combattimento. V. anche, nel medesimo senso, F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 935.

condotta reattiva anch'essa meramente verbale, ma non una condotta fisicamente violenta¹¹¹. Si consideri inoltre che, secondo il condivisibile orientamento prevalente nell'ordinamento tedesco, un'offesa verbale può sì costituire aggressione ingiusta, ma l'attualità della stessa cessa nel momento in cui la parola sia stata già proferita, dunque raramente si risconterà un'aggressione ingiusta e altresì attuale¹¹².

Se in Germania gran parte di queste condotte comportano una forte "limitazione" del diritto di autodifesa necessitata sancito dal § 32 StGB¹¹³, in Italia le suddette conducono ad una privazione totale di tale diritto, avendo la Corte di Cassazione esteso il limite della "non volontaria causazione del pericolo", previsto espressamente solo per lo stato di necessità (art. 54 c.p.), anche alla legittima difesa (art. 52 c.p.)¹¹⁴.

Nel quadro del modello di legittima difesa proposto si ritiene invece incongruo introdurre, sia in via normativa che interpretativa, un limite generale – applicabile a entrambe le varianti della legittima difesa¹¹⁵ – in caso di pericolo volontariamente causato dal soggetto, posto che le condotte costituenti "provocazione" andrebbero differenziate: si riterrebbe difatti congruo ricollegare la totale esclusione della scriminante (così come dell'applicazione della disciplina dell'eccesso¹¹⁶) alle sole provocazioni di gravità tale da poterle qualificare come aggressioni ingiuste, oppure connotate da un atteggiamento

¹¹¹ In tal senso anche F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 935. V. *supra*, in questo Capitolo, § 2.3.

¹¹² Per tutti v. V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 211, secondo i quali forse l'unico caso in cui una condotta ingiuriosa potrebbe configurarsi come aggressione ingiusta altresì caratterizzata dall'attualità, sarebbe quello di una serie di insulti continuati, per interrompere i quali l'ingiuriato potrebbe reagire usando violenza fisica contro l'altro soggetto.

¹¹³ Come statuito, *ex multis*, da BGH, 25 marzo 2014 – 1 StR 630/13, cit. (v. peraltro la trattazione specifica *supra*, Cap. II, § 2.1.2.2), il provocatore dovrebbe infatti allontanarsi dall'aggressore provocato, richiedere l'intervento delle autorità, oppure – qualora le due opzioni implicassero seri rischi – limitarsi per quanto possibile ad una "difesa di contenimento" ("*Schutzwehr*").

¹¹⁴ Tra le più recenti v. Cass., 4 dicembre 2017, n. 8185, in *italgiure.giustizia.it/snaccs*, secondo la quale «l'involontarietà del pericolo, sebbene non risulti espressamente richiesta dall'art. 52 cod. pen., è essenziale al concetto di legittima difesa perché la formula adoperata dall'art. 54 in tema di stato di necessità, richiamante un pericolo non volontariamente causato e non evitabile, è inclusa nel più lato concetto del pericolo attuale di una ingiusta offesa da cui si sia costretti a difendersi».

¹¹⁵ Atteso che si ritiene preferibile introdurre due distinte discipline della legittima difesa, una relativa alle aggressioni "esistenziali", e l'altra a quelle "non esistenziali".

¹¹⁶ Ciò in quanto, come pacificamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità sia italiana (Cass., 4 dicembre 2017, n. 8185, cit.) che tedesca (BGH, 27 ottobre – 3 StR 199/15, in *NstZ*, 2016, p. 333 ss.), le clausole relative all'eccesso di legittima difesa (sia che prevedano la non punibilità, sia che prevedano una punibilità per il reato colposo) non trovano applicazione qualora non siano ravvisabili *tout court* gli elementi costitutivi della scriminante.

psicologico incompatibile con l'*animus defendendi*¹¹⁷. In siffatti casi, la maggioranza degli studiosi tedeschi, così come la giurisprudenza d'oltralpe¹¹⁸, ritiene configurabile un "abuso del diritto" ("*Rechtsmissbrauch*") di difesa necessitata: l'ordinamento, invero, non può tollerare che taluno intenzionalmente si avvalga di un diritto per conseguire un obiettivo totalmente disapprovato dal sistema giuridico¹¹⁹.

Negli altri casi andrebbe invece sancita unicamente una limitazione, pur incisiva, del diritto di autodifesa necessitata, subordinata alla qualificazione come "gravemente colposa" della condotta del provocatore. Una simile limitazione andrebbe inserita per evitare – posta la valutazione della gravità della colpa sulla base di un parametro prognostico oggettivo – di consentire a soggetti violenti con spiccate tendenze all'ira di reagire violentemente, e senza che il (poco) colpevole provocatore abbia a disposizione il diritto di autodifesa necessaria, a provocazioni assolutamente blande – o nemmeno tali – nei confronti delle quali dovrebbero invece astenersi totalmente dal reagire con violenza. La limitazione del diritto di difesa necessitata, applicabile a entrambe le tipologie di aggressione contemplate ma *de facto* incidente soprattutto sul diritto di difesa da aggressioni esistenziali, consisterebbe nel fatto che, in caso di aggressione innescata da provocazione gravemente colposa (o connotata da dolo eventuale¹²⁰) l'originario provocatore non godrebbe del diritto di autodifesa nella sua interezza, bensì piuttosto:

1. qualora possibile senza gravi rischi dovrebbe allontanarsi dall'aggressore provocato, essendo dunque obbligato a fuggire (oppure a richiedere l'intervento delle autorità);

2. qualora le opzioni di cui sopra implicassero gravi rischi, dovrebbe limitarsi per quanto possibile ad una difesa passiva/di contenimento (ad esempio cercando di parare i colpi¹²¹, qualora non troppo forti), potendo realizzare una

¹¹⁷ V. al riguardo, nella letteratura tedesca, V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 236, i quali ricollegano l'assenza di "volontà di difesa" ("*Verteidigungswillen*"), necessaria ai fini della concessione della giustificazione ai sensi del § 32 StGB, ai casi provocazione intenzionale, come ad esempio (caso "84a", nella medesima pagina) qualora Tizio provochi intenzionalmente il meno prestante Caio, conoscendone il temperamento irascibile, al fine di poter poi lederne gravemente l'incolumità fisica. Concordano altresì al riguardo numerosi altri studiosi, tra i quali T. FISCHER, § 32 StGB, cit., rn. 42; U. KINDHÄUSER, § 32 StGB, cit., rn. 119 ss.; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 165.

¹¹⁸ BGH 22 giugno 2011 – 5 StR 202/11, in *NSiZ-RR*. 2011, p. 305 ss.; BGH 29 dicembre 1987 – 1 StR 642/87, in *NSiZ*. 1988, p. 269 ss.

¹¹⁹ In letteratura si esprimono in tal senso, *ex multis*, V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 237; U. KINDHÄUSER, § 32 StGB, cit., rn. 121; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 688; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 165.

¹²⁰ Più ardua, alla luce di quanto detto all'inizio del presente paragrafo, è configurare una provocazione con dolo intenzionale compatibile con l'*animus defendendi*.

¹²¹ Si consideri però, al riguardo, quanto ricavabile dagli studi delle scienze empiriche extra-giuridiche relativamente alle parate (v. *supra*, Cap. IV, § 4.2.2.2), e cioè che le stesse difficilmente rappresentano condotte difensivamente efficaci.

condotta difensiva attiva/aggressiva¹²² (ad esempio con l'uso di un'arma letale) unicamente come *extrema ratio*¹²³.

5.2. Le aggressioni da parte di soggetti non imputabili o non/parzialmente colpevoli per altra causa

Nel modello di legittima difesa elaborato, la limitazione etico-sociale del diritto di autodifesa nei casi di aggressione ad opera di soggetti non imputabili o non colpevoli per altra causa andrebbe senz'altro circoscritta in maniera sostanziale rispetto a taluni orientamenti dottrinali¹²⁴ e giurisprudenziali¹²⁵ tedeschi.

In *primis*, difatti, va ribadito che, accolta la tesi del fondamento ideologico personalistico dell'istituto, il soggetto che si difende da un'aggressione ingiusta esercita unicamente un diritto individuale all'autodifesa necessitata, e non agisce per la conservazione dell'ordinamento giuridico. Trasponendo ciò all'ambito delle aggressioni di soggetti non imputabili o non/parzialmente colpevoli, se ne ricava che le limitazioni di tale diritto non potranno essere fondate – come in Germania – sull'argomento che le esigenze di conservazione dell'ordinamento siano affievolite a fronte di un aggressore non pienamente colpevole¹²⁶.

In secondo luogo, la condizione menzionata dell'aggressore dovrebbe essere declinata in tre distinte categorie:

1. non piena colpevolezza/imputabilità causata colpevolmente dall'agredito;
2. non piena colpevolezza/imputabilità causata da fattori esterni;
3. non piena colpevolezza/imputabilità causata colpevolmente dallo stesso aggressore.

¹²² V., per approfondimenti sulla prassi giurisprudenziale tedesca al riguardo, *supra*, Cap. IV, § 2.1.2.2.

¹²³ In tal senso v., nella giurisprudenza tedesca sulla provocazione, BGH, 25 marzo 2014 – 1 StR 630/13, cit.

¹²⁴ V. al riguardo, *ex multis*, A. ENGLÄNDER, § 32 StGB, cit., rn. 45 ss.; V. ERB, § 32 StGB, cit., rn. 209 ss.; T. FISCHER, § 32 StGB, cit., rn. 37; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 400 ss.; H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 344 ss.; U. KINDHÄUSER, § 32 StGB, cit., rn. 108 ss.; V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 227 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 685 ss.; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 475 ss.; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 164 ss.

¹²⁵ Va comunque rilevato che tali casi non siano frequenti nella prassi applicativa del BGH: v. dunque, in particolare, BSG, 25 marzo 1999 – B 9 VG 1/98 R, in *NJW*, 1999, p. 2301 ss.; BGH 21 dicembre 1973 – 2 StR 544/73, in <https://research.wolterskluwer-online.de/>.

¹²⁶ Nella letteratura tedesca v., tra i tanti, A. ENGLÄNDER, § 32 StGB, cit., rn. 43; V. ERB, § 32 StGB, cit., rn. 209; U. KINDHÄUSER, § 32 StGB, cit., rn. 108; V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 227; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 686.

In generale, il principio base dovrebbe essere che il diritto di autodifesa necessitata, ricostruito in termini di effettività costituzionalmente orientata, non dovrebbe subire rilevanti limitazioni a fronte di un aggressore non pienamente colpevole/imputabile, non rivestendo la reazione difensiva alcuna funzione sanzionatoria¹²⁷, né di stabilizzazione dell'ordinamento, ma solo quella di tutelare beni giuridici dell'agredito. Gli unici casi, pertanto, in cui si potrebbe ammettere una limitazione del diritto di reazione difensiva dovrebbero essere quelli in cui la non piena colpevolezza dell'aggressore fosse colpevolmente causata dall'agredito: ipotesi, per altro, potenzialmente rientranti anche nell'ambito della provocazione.

Ci si riferisce infatti, fondamentalmente, a quelle condotte, come ad esempio l'entrare in un negozio armati di pistole giocattolo simulando una rapina, che inducendo in errore incolpevole il putativo aggredito sulla sussistenza di un'aggressione ingiusta, vedono costui aggredire senza colpevolezza (pensando di agire in legittima difesa) il putativo aggressore. Quest'ultimo, trovandosi ad agire come effettivo aggredito, dovrebbe pertanto congruamente essere limitato nelle sue facoltà di reazione difensiva alla stregua del provocatore (avendo realizzato, quanto meno, una provocazione gravemente colposa).

Le facoltà di reazione difensiva necessitata – e altresì strettamente proporzionata (qualora prescritto) – dell'agredito non dovrebbero, invece, essere in alcun modo limitate in presenza di un'aggressione ingiusta perpetrata da un soggetto non imputabile a causa di una propria condotta colpevole (es.: soggetto agente in stato di ubriachezza).

5.3. *Le aggressioni di particolare tenuità*

Come si è visto trattando dell'ordinamento tedesco¹²⁸, la mancata previsione del requisito della proporzione nel § 32 StGB ha spinto la giurisprudenza d'oltralpe a consolidare l'orientamento per cui la manifesta/crassa sproporzione¹²⁹ tra la reazione difensiva e l'aggressione non sarebbe etico-socialmente ammissibile (“*geboten*”), facendo quindi venir meno *in toto* la giustificazione della condotta lesiva sproporzionata¹³⁰. Una simile elaborazione ermeneutica, del resto, era senz'altro obbligata posto che, altrimenti, si sarebbe sancita la piena liceità anche di condotte, come quella plurimenzionata del pa-

¹²⁷ V. in tal senso, autorevolmente, F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 935, ad avviso del quale «se scopo primario della legittima difesa non è quello di sanzionare un comportamento riprovevole dell'agredito, (...) bensì quello di tutelare un interesse (...) che rischia di essere leso senza alcuna ragione giuridica, allora è evidente che – dal punto di vista dell'agredito – la situazione non muta affatto a seconda che l'aggressore sia o meno imputabile». Per approfondimenti sulla criticata concezione della legittima difesa come sanzione, v. *supra*, Cap. I, § 2.2.

¹²⁸ V. *supra*, Cap. II, § 2.1.2.2.

¹²⁹ La locuzione usata, in tedesco, è “*grobes Missverhältnis*”.

¹³⁰ BGH, 27 ottobre 2015 – 3 StR 199/15, cit.

ralitico che uccida il ladrunco di frutta, con tutta evidenza non ammissibili etico-socialmente in ossequio al carattere personalistico della *Grundgesetz* tedesca¹³¹.

In Italia, di converso, la presenza di un limite generale di proporzione¹³² ha impedito – a maggior ragione – la giustificazione di reazioni difensive ampiamente sproporzionate ad aggressioni di particolare tenuità.

Passando, infine, al modello di legittima difesa delineato, è agevole concludere che non vi è alcuna esigenza di introdurre una disciplina specifica per queste ipotesi, essendo tutte configurabili come “aggressioni non essenziali” (anche se relative a beni personali), *ergo* sottoposte al limite della stretta proporzione.

5.4. Le aggressioni tra soggetti legati da relazioni familiari o sentimentali

L’ultima costellazione di ipotesi per le quali dottrina¹³³ e giurisprudenza¹³⁴ tedesche hanno prospettato una possibile limitazione etico-sociale del diritto di autodifesa necessitata riguarda i casi in cui aggressore e aggredito siano legati da relazione “di speciale vicinanza” (“*besondere Näheverhältnisse*”)¹³⁵.

Nella pressoché totalità, trattasi di soggetti legati da relazioni familiari, e soprattutto di coniugi¹³⁶: per questi ultimi si è affermato che il diritto di autodifesa andrebbe temperato con l’obbligo di garanzia nei confronti dell’incolunità dell’altro coniuge, assunto con il matrimonio¹³⁷. Siffatta obbligazione, secondo tale orientamento, comporterebbe una limitazione delle facoltà di

¹³¹ Cfr. A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 44; V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 214 ss; T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 39; H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 346 ss.; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 112 ss.; V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 231 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 693 ss.; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 459 ss.; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 162 ss.

¹³² Salvo quanto disposto dagli interventi legislativi del 2006 e del 2019 in tema di legittima difesa domiciliare: al riguardo v. *supra*, Cap. II, § 1.2.

¹³³ A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., rn. 47 ss.; V. Erb, § 32 *StGB*, cit., rn. 219 ss; T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., rn. 37; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 114 ss.; V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 229 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 694 ss.; C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 488 ss.; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 164 ss.

¹³⁴ V. in particolare BGH, 18 aprile 2002 – 3 StR 503/01, in *NSiZ-RR*, 2002, p. 203 ss.; BGH, 11 gennaio 1984 – 2 StR 541/83, in *StV*, 1984, p. 200 ss.

¹³⁵ V. *supra*, Cap. II, § 2.1.2.2.

¹³⁶ Talvolta, però anche di fratelli (v. BGH, 1° giugno 2016 – 1 StR 597/15, in *NSiZ-RR*, 2016, p. 272 ss.); o di genitore e figlio (nella giurisprudenza italiana, dove non è prevista alcuna peculiarità applicativa, v. Cass., 9 gennaio 2019, n. 746, cit.).

¹³⁷ In tal senso, in particolare, v. V. ERB, § 32 *StGB*, cit., rn. 219; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., rn. 115; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 164.

fensive analoga a quella già vista per i casi di provocazione, e anzi ancora più estesa affermandosi che, qualora l'unico modo per evitare una lesione fisica fosse reagire in modo potenzialmente letale (ad es. accoltellando il marito violento), il coniuge aggredito dovrebbe tollerare le lesioni piuttosto che mettere a rischio la vita dell'altro¹³⁸.

Si è però obiettato, in modo integralmente condivisibile, che:

a) l'obbligo in questione riguarda la tutela da pericoli provenienti dall'esterno, o al più dal soggetto stesso (es.: tentativo di suicidio)¹³⁹;

b) nel momento in cui il coniuge aggressore stia usando violenza contro l'altro, è costui a violare per primo il dovere di solidarietà, e perciò non potrebbe pretendere dall'altro quel "sacrificio solidaristico" dato dalla rinuncia a esercitare tutte le facoltà offerte dall'incisiva disciplina normativa di cui al § 32 StGB¹⁴⁰.

In questa sede è chiaramente da accogliere la tesi per cui la sussistenza di un legame coniugale, familiare o sentimentale non debba costituire in sé una limitazione etico-sociale: tanto più che in numerosi casi ricorrenti nella prassi giurisprudenziale¹⁴¹, quali la legittima difesa contro un partner autore di maltrattamenti, considerazioni etico-sociali dovrebbero spingere semmai verso un "ampliamento", e non una limitazione, del diritto di autodifesa necessitata.

La rilevanza della relazione tra i soggetti, piuttosto, potrà talvolta assumere rilievo esclusivamente ai fini della determinazione della sussistenza di altri requisiti della legittima difesa, quali l'attualità dell'aggressione, o la necessità difensiva.

6. *L'animus defendendi* e la rilevanza del medesimo in virtù della matrice ideologica individualistica del modello di legittima difesa proposto

Si è visto nel Capitolo II che i due ordinamenti principali analizzati, cioè quello italiano¹⁴² e quello tedesco¹⁴³, hanno fatto scelte diametralmente opposte in tema di *animus defendendi* (volontà di difendersi/*Verteidigungswille*) quale requisito della legittima difesa, non richiedendosi il suddetto in Italia,

¹³⁸ BGH, 25 settembre 1974 – 3 StR 159/74, in *NJW*, 1975, p. 62 ss. In dottrina v., per tutti, J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 164.

¹³⁹ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 489. V., nello stesso senso, anche C. JÄGER, *Das dualistische Notwehrverständnis und seine Folgen für Verteidigung*, in *GA*, 2016, p. 263 ss.

¹⁴⁰ C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 489.

¹⁴¹ Nella giurisprudenza italiana v. la recente sentenza Cass., 10 settembre 2019, n. 45327, cit.; in quella tedesca v., in particolare, BGH, 26 aprile 1996 – 3 StR 113/1996, cit.

¹⁴² V. *supra*, Cap. II, § 1.1.1.

¹⁴³ V. *supra*, Cap. II, § 2.3.

in ossequio al principio di applicazione oggettiva delle scriminanti (art. 59/1 c.p.), al contrario di quanto risultante dalla disciplina tedesca.

In ossequio alla matrice ideologica personalistica del modello di legittima difesa proposto, peraltro, si ritiene auspicabile inserire l'*animus defendendi* tra gli elementi normativi strutturali dell'istituto. Nel momento in cui la legittima difesa è privata di qualunque connotazione funzionale alla riaffermazione dell'ordinamento, per assumere in pieno la natura di diritto fondamentale dell'uomo, occorre che la giustificazione si fondi, oltre che sui presupposti oggettivi già analizzati, anche su di un nesso soggettivo tra il soggetto e la condotta.

Considerate, ad ogni modo, le rilevanti criticità dell'accertamento di una vera e propria finalità difensiva, e il fatto che spesso l'essere umano – a fronte di talune aggressioni – non ha nemmeno il tempo per elaborare un vero e proprio atteggiamento psicologico strutturato, si ritiene congruo aderire alla teoria più estensiva tra quelle elaborate nella dottrina tedesca sull'esegesi della “volontà difensiva”. Secondo siffatto orientamento, prevalente in dottrina ma minoritario nella giurisprudenza del BGH, per il riscontro del requisito *de quo* basterebbe la provare la consapevolezza, nell'agredito reagente, delle circostanze (aggressione ingiusta ed attuale, ecc.) fondanti la giustificazione¹⁴⁴, non richiedendosi invece il riscontro di una – pur non esclusiva – finalità difensiva¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Sostengono la presente opzione ermeneutica, in particolare A. ENGLÄNDER, § 32 *StGB*, cit., m. 63; V. ERB, § 32 *StGB*, cit., m. 241; U. KINDHÄUSER, § 32 *StGB*, cit., m. 148; W. PERRON, § 32 *StGB*, cit., m. 63; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 719.

¹⁴⁵ Come già visto *supra*, Cap. II, § 2.3, un settore dottrinale minoritario (T. FISCHER, § 32 *StGB*, cit., m. 26; E. SCHMIDHÄUSER, *Die Begründung*, cit., p. 131), e la prevalente giurisprudenza (v. BGH, 8 marzo 2000 – 3 StR 67/00, cit.) ritengono invece che, pur non avendo efficacia preclusiva il concorrere di altre finalità (odio, vendetta, ecc.), ai fini dell'elemento soggettivo della scriminante in questione occorra che l'agente abbia agito con finalità difensiva, e che la stessa – pur non obbligatoriamente esclusiva – non sia tale da essere considerata “marginale”.

Capitolo VI

Eccesso di difesa e rischio “parzialmente consentito” tra antigiuridicità, colpevolezza e non punibilità

Sommario: 1. Le reazioni psico-fisiche eccessive (*rectius*: non fisiologiche) derivanti dallo stato di ansia, paura e/o stress determinato da un’aggressione altrui, ed il loro possibile inquadramento normativo. – 2. La classificazione oggettiva: eccesso estensivo ed eccesso intensivo. – 3. La diversa classificazione delle tipologie soggettive di eccesso difensivo. – 3.1. Le singole tipologie soggettive di eccesso difensivo. – 4. L’eccesso difensivo quale condotta parzialmente giustificata: la possibile configurazione di una clausola “semi-scriminante”. – 5. La legittima difesa putativa. – 5.1. L’ambito applicativo e i confini con l’eccesso estensivo temporale. – 5.2. Il presupposto applicativo: genuinità *versus* ragionevolezza.

La trattazione dei requisiti strutturali della legittima difesa ha visto emergere la rilevanza, sotto il profilo assiologico dei valori costituzionali ma altresì nella prospettiva funzionale dell’effettività difensiva, del *Veranlasserprinzip*, cioè del principio dell’innesco della situazione conflittuale¹, per cui l’aggressore, in ragione della condotta antigiuridica, dovrebbe – salvo talune ipotesi peculiari² – assumersi tendenzialmente il rischio di esito infausto del conflitto. L’uso dell’avverbio “tendenzialmente” è doveroso, perché sarebbe contrario alla configurazione liberale della scriminante *de qua* come *extrema ratio* difensiva consentire all’agredito qualunque tipo di reazione.

Occorre dunque inquadrare la questione dell’eccesso di legittima difesa nell’ambito di questa dicotomia tra un’assunzione limitata di rischio di esito infausto del conflitto (in termini di responsabilità penale o lesione di beni giuridici) da parte dell’aggressore, ed una legittimazione dell’agredito a realizzare una condotta rischiosa, cioè ad un rischio “parzialmente consentito”,

¹ Per approfondimenti sul principio menzionato v., *supra*, Cap. IV, § 3.1; Cap. V, §§ 2.1 e 4.3.

² Non, ad esempio, nei casi di provocazione realizzata con dolo o colpa grave (v. *supra*, Cap. V, § 5.2).

nel senso che costui verrebbe giustificato in caso di esito infausto del conflitto: in ipotesi di aggressione esistenziale, in particolare, l'agredito agirebbe lecitamente finanche qualora la reazione fosse, in termini di lesività, non proporzionata (in senso stretto) all'aggressione.

Ricadute penali dell'eccesso difensivo vanno poi configurate considerando la situazione psico-emotiva caratterizzante l'agredito nel momento della condotta eccedente, e i profili soggettivi della reazione.

Per quanto concerne i requisiti il cui superamento va inquadrato nell'ambito dell'eccesso, i suddetti – secondo la dottrina tedesca³ – sono:

1. l'attualità dell'aggressione, limite temporale il cui superamento configura il c.d. "eccesso estensivo";
2. la necessità difensiva, limite modale il cui superamento configura il c.d. "eccesso intensivo";
3. la stretta proporzione tra difesa e aggressione/offesa, limite etico-sociale costituzionalmente imposto per le aggressioni non esistenziali, il cui superamento configura altresì un eccesso intensivo.

In tutte le ipotesi in cui, al contrario, secondo un giudizio oggettivo *ex post* sia da escludere la stessa sussistenza di un'aggressione ingiusta, non si potrà mai configurare un'ipotesi di eccesso, ma semmai un errore sulla causa di giustificazione (legittima difesa putativa).

1. Le reazioni psico-fisiche eccessive (*rectius*: non fisiologiche) derivanti dallo stato di ansia, paura e/o stress determinato da un'aggressione altrui, ed il loro possibile inquadramento normativo

Trattando (Cap. IV) dei fattori da tenere presenti per determinare il "mezzo difensivo efficace meno lesivo" in cui si concreta, secondo la tesi accolta, la necessità difensiva, si è evidenziato l'importante ruolo delle reazioni psico-fisiche fisiologicamente riscontrabili nelle vittime di aggressioni di una certa gravità, quali effetti dell'ansia, paura e/o stress provocati dall'aggressione⁴.

Vi sono però casi in cui le reazioni psico-fisiche all'aggressione, pur innescate dalla stessa, non sono tuttavia qualificabili come "fisiologiche" facendo riferimento al più volte menzionato "osservatore ragionevole" agente nelle medesime condizioni dell'agredito⁵.

³ Nella quale il tema è stato particolarmente approfondito in relazione alla causa di non punibilità, di natura scusante, del § 33 StGB per le ipotesi di "eccesso difensivo astenico" (v. *supra*, Cap. II, § 2.2).

⁴ V. *supra*, Cap. IV, § 4.2.1.1.

⁵ Senza però essere caratterizzato da eventuali peculiarità temperamentali o caratteriali di costui: v. *supra*, Cap. IV, §§ 3.1 e 4.1.

In siffatte ipotesi occorre prima di tutto determinare quanto, in virtù del *Veranlasserprinzip*, l’aggressore debba essere “responsabilizzato”, e dunque assumere il rischio di esito infausto del conflitto.

Al riguardo, si potrebbe astrattamente asserire che l’aggressore, in quanto causa con la sua anti-giuridica condotta dei suddetti eccessi, dovrebbe essere privato di qualunque tutela giuridica da parte dell’ordinamento, e dunque che la condotta dell’aggregato andrebbe giustificata *tout court*, oppure che l’aggressore – quanto meno – non dovrebbe disporre del diritto di autodifesa necessitata a fronte della suddetta.

Oppure, in ottica ideologica opposta, si potrebbe accordare all’aggressore il diritto di avvalersi pienamente delle prerogative offerte dalla legittima difesa nei casi di eccesso dell’aggregato, focalizzandosi unicamente sul disvalore della violazione oggettiva, da parte del reagente, delle prescrizioni normative.

Alla luce della concezione dell’istituto accolta, però, entrambe le soluzioni vanno rigettate, non contemperando i due – talvolta confliggenti – interessi ad accordare da un lato una certa preferenza, nel conflitto, al soggetto rispettoso dell’ordinamento; e dall’altro a non escludere completamente dalla tutela giuridica chi ha violato la legge, anche per evitare possibili abusi dell’istituto per finalità di giustizia sommaria, se non di vendetta⁶.

A livello normativo, pertanto, ciò si traduce in una parziale tutela dell’aggressore a fronte di eccessi difensivi dovuti a reazioni fisio-psichiche non fisiologiche (se paramstrate con l’uomo medio): non sarà concessa la piena giustificazione del reagente, ma al contempo l’aggressore, in quanto comunque soggetto “cooperante” (in varia misura) nell’eccessiva reazione emotiva dell’aggregato, disporrà a sua volta di un diritto di autodifesa limitato, in quanto al contempo “provocatore” e interagente con soggetto la cui colpevolezza sia assente o ridotta. All’aggregato, al contrario, potrà applicarsi una scusante, o una riduzione della sanzione prevista per il reato colposo o doloso.

Ciò, ovviamente, non vale per quelle tipologie di eccesso – spesso intenzionali – commesse lucidamente da aggregati nei quali non siano ravvisabili reazioni psico-emotive non fisiologiche: per costoro, al più, si potrà configurare un’attenuazione di pena per l’eventuale delitto (di regola doloso) commesso.

Passando al piano delle concrete scelte effettuate negli ordinamenti italiano⁷ e tedesco⁸, il primo (fino al 2019) non prevedeva alcuna clausola di esclusione della colpevolezza per i casi di eccesso difensivo, contemplando al ri-

⁶ Cfr., nella dottrina italiana, le magistrali parole di F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 383 ss., il quale per casi analoghi ha affermato che non è possibile accettare, sotto il profilo dei valori dell’ordinamento «che si possa sacrificare la vita del ladro, solo perché egli si è – indubbiamente – messo dalla parte del torto», che «si rischierebbe, insomma, di arrivare ad una visione talmente integralistica del torto e della ragione da perdere di vista gli altri valori dell’ordinamento».

⁷ V. *supra*, Cap. II, §§ 1.2 e 1.3.

⁸ V. *supra*, Cap. II, § 2.2.

guardo solo una norma – valida per tutte le scriminanti – sancisce la punibilità a titolo di colpa degli eccessi colposi, sostanzialmente inutile in quanto meramente ricognitiva dei principi generali in tema di colpa⁹. La l. n. 36/2019, al contrario, ha introdotto una nuova scusante, chiaramente ispirata a quella del § 33 StGB¹⁰, ma ne ha incongruamente ristretto l'applicazione alle sole ipotesi di “legittima difesa domiciliare” ex artt. 52/2, 52/3 e 52/4 c.p. L'ordinamento tedesco, al contrario, ha tradizionalmente mostrato maggiore sensibilità per la spesso difficile condizione psico-emotiva dell'aggregato reagente, contemplando nel § 33 StGB una clausola generale di esclusione della colpevolezza per gli “eccessi astenici”.

Proprio la presenza di una siffatta esimente ha favorito, oltralpe, una serie di importanti studi sulla distinta caratterizzazione che può manifestarsi a livello psico-emotivo nell'aggregato a fronte dell'aggressione¹¹, in virtù dei quali i fattori emotivi *de quibus* andrebbero distinti in “stenici” e “astenici”¹². Le emozioni asteniche, cioè – senza pretesa di esaustività – paura, timore, panico, terrore, turbamento e confusione¹³, sarebbe infatti indicative di un soggetto auto-percependesi come minacciato, e dunque sintomatiche di una condizione di debolezza che l'ordinamento dovrebbe senz'altro valutare in modo favorevole: ciò a patto che queste reazioni siano determinate, quanto meno in modo prevalente, dall'aggressione anti-giuridica patita. A fronte di una simile dinamica d'azione, pertanto, sarebbe normativamente non esigibile – o comunque meno esigibile – la realizzazione di una condotta difensiva necessaria e/o proporzionata, oppure “temporalmente tempestiva”¹⁴. Diversa dovrebbe invece

⁹ V. al riguardo, nella dottrina italiana, S. CODA, *Riflessioni in tema di eccesso colposo*, cit., p. 65 ss.; C.F. GROSSO, (voce) *Eccesso colposo*, cit., p. 2 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 285 ss.; V. MASARONE, *Riflessioni sulla natura giuridica*, cit., p. 1056 ss.; P. NUVOLONE, *Le due forme dell'eccesso colposo*, cit., p. 613 ss.; M. SPINA, *La Cassazione considera (già) inutile quel che la politica promette di eliminare*, cit.

¹⁰ V. *supra*, Cap. II, § 1.2.

¹¹ V. al riguardo, tra i più autorevoli, A. ENGLÄNDER, § 33 StGB, cit., rn. 1 ss.; V. ERB, § 33 StGB, cit., rn. 1 ss.; T. FISCHER, § 33 StGB, cit., rn. 1 ss.; M. HEUCHEMER, § 33 StGB, cit., rn. 1 ss.; U. KINDHÄUSER, § 33 StGB, cit., rn. 1 ss.; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 427 ss.; G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, cit., p. 20 ss.; H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 490 ss.; T. MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, cit., p. 18 ss.; W. PERRON, § 33 StGB, cit., rn. 1 ss.; K. ROGALL, § 33 StGB, cit., rn. 1 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 991 ss.; R. SEEBERG, *Aufgedrängte Nothilfe*, cit., p. 175 ss. J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 182 ss.; F. ZIESCHANG, § 33 StGB, cit., rn. 1 ss.

¹² La menzionata classificazione si ritiene sia stata elaborata originariamente dal celeberrimo filosofo tedesco Immanuel Kant, che nella sua “Antropologia pragmatica” del 1798 identificò le emozioni steniche come quelle di tipo eccitante, e quelle asteniche con quelle che bloccano l'azione.

¹³ V. *supra*, Cap. II, § 1.2. Sia altresì consentito il rinvio a F. MACRÌ, *Uno studio comparatistico*, cit., p. 34.

¹⁴ V. al riguardo, tra gli autori tedeschi, A. ENGLÄNDER, § 33 StGB, cit., rn. 10 ss.; V. ERB, § 33 StGB, cit., rn. 19 ss.; T. MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, cit., p. 42 ss.; F. ZIESCHANG, § 33 StGB, cit., rn. 55 ss.

essere la considerazione normativa delle emozioni “steniche”, cioè odio, desiderio di vendetta, rancore, ira e collera, in quanto sintomatiche di uno stato di eccitazione, e dunque connotate da una carica di aggressività del reagente veicolata dalla reazione difensiva eccessiva, la quale in siffatte ipotesi contraddirebbe i valori ed i fini dell’ordinamento¹⁵.

Va poi evidenziato che raramente, nella prassi giudiziaria, vengono riscontrati eccessi difensivi realizzati in uno stato emotivo integralmente astenico, concorrendo spesso anche emozioni steniche¹⁶. Al riguardo si ritiene condivisibile l’orientamento accolto da giurisprudenza e dottrina tedesche maggioritarie con riferimento al § 33 StGB¹⁷, per cui sarebbe sufficiente ravvisare elementi concreti, desunti da un’analisi dettagliata degli accadimenti¹⁸, in virtù dei quali ritenere sussistente una “concausalità” (“*Mit-Ursächlichkeit*”) psichica prevalente di fattori emotivi astenici alla base della reazione eccessiva.

Concretizzando siffatte considerazioni in relazione al proponendo modello di legittima difesa, ne deriva che:

a) le conseguenze psico-fisiche *fisiologiche* – come già sostenuto¹⁹ – causate dall’impatto emotivo dell’aggressione potranno essere tenute presenti ai fini della determinazione della necessità difensiva (e, in minor misura²⁰, della proporzione), e dunque rilevare ai fini della giustificazione della condotta;

b) le conseguenze psico-fisiche *patologiche* causate da emozioni prevalentemente di tipo *astenico*, se scatenate dalla condotta aggressiva, potranno rilevare – in caso di eccesso difensivo – ai fini della concessione di una scusante, escludendo la colpevolezza²¹.

c) le conseguenze psico-fisiche *patologiche* causate da emozioni prevalentemente *steniche*, al contrario, non potranno rilevare²² ai fini dell’esclusione della colpevolezza.

¹⁵ In tal senso v., *ex multis*, T. FISCHER, § 33 StGB, cit., rn. 4; H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 491 ss.; U. KINDHÄUSER, § 33 StGB, cit., rn. 21 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 995 ss.; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 225. Sia nuovamente permesso il rimando a F. MACRÌ, *Uno studio comparatistico*, cit., p. 34.

¹⁶ F. BACCO, *Il “grave turbamento”*, cit., p. 65 ss.

¹⁷ V., in particolare V. ERB, § 33 StGB, cit., rn. 22; I. PUPPE, *Strafrecht*, cit., p. 229 ss.; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 433; F. ZIESCHANG, § 33 StGB, cit., rn. 63.

¹⁸ Si dovranno dunque considerare le circostanze di tempo e luogo, le caratteristiche di aggredito/i e aggressore/i, le armi utilizzate e loro tempistica, ecc.

¹⁹ V. *supra*, Cap. IV, § 4.2.1.1.

²⁰ Nel quadro della valutazione delle componenti dell’aggressione ingiusta, e delle peculiarità del conflitto dalla stessa innescato ai fini del giudizio di comparazione tra i beni giuridici, in cui si traduce il suddetto requisito (v. *supra*, Cap. V, § 2.3).

²¹ Nella dottrina italiana si è espresso recentemente a favore dell’introduzione di una scusante (pur riferita ai soli casi di eccesso colposo) in caso di terrore, grave turbamento o panico G. CARUSO, *Ancora a proposito della riforma della legittima difesa*, cit., p. 6 ss.

²² Salvo casi estremi che fanno venire meno l’imputabilità del soggetto.

2. La classificazione oggettiva: eccesso estensivo ed eccesso intensivo

Una volta determinata, in linea generale, la risposta normativa alle condotte costituenti eccesso di legittima difesa secondo il modello propugnato, occorre considerare il rilievo delle diverse tipologie di eccesso.

Si è già sottolineata (Cap. II) la centralità della bipartizione oggettiva delle tipologie di eccesso difensivo²³, tra eccesso “intensivo”²⁴ da un lato, ed eccesso “estensivo temporale”²⁵ dall’altro²⁶. L’eccesso intensivo si ha quando la condotta è sì rivolta a neutralizzare un’aggressione attuale, ma si realizza con modalità e/o intensità tali da superare i limiti della necessità e/o della proporzione. L’eccesso estensivo, invece, si verifica quando l’aggredito eccede i limiti temporali dell’attualità della legittima difesa, realizzando la propria condotta in un momento in cui l’aggressione non è ancora imminente (eccesso estensivo anticipato), oppure è già cessata (eccesso estensivo posticipato: a condizione che l’aggredito reagisca nell’immediatezza della cessazione²⁷).

Si è quindi visto che la giurisprudenza italiana, così come quella tedesca, tende a escludere tutti gli eccessi estensivi dall’applicazione delle norme di cui all’art. 55/1 c.p. (eccesso colposo, pur meramente dichiarativa)²⁸, e al § 33 StGB (scusante per i casi di eccesso astenico)²⁹. Alla luce di quanto detto sulle ragioni a fondamento di una disciplina di particolare favore per coloro che reagiscono spinti da fattori emotivi astenici innescati dall’aggressione ingiusta, occorre però accogliere l’opinione di quel settore dottrinale tedesco³⁰ per cui, anche in presenza di una condotta realizzata per neutralizzare un pericolo di aggressione non ancora insorto nella sua pienezza, o – a maggior ragione – un pericolo già insorto, pur se da poco cessato, è congruo applicare le

²³ Pur approfondita solo da parte della dottrina italiana, tra cui segnatamente F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 947. V. *supra*, Cap. II, § 1.3.

²⁴ Traduzione dell’espressione tedesca “*intensiver Exzess*” (talvolta anche sostituita da “*Exzess im Maß*”).

²⁵ “*Extensiver Exzess*” (altrimenti detto “*Exzess in der Zeit*”).

²⁶ In argomento v. nella letteratura tedesca, *ex plurimis*, A. ENGLÄNDER, § 33 StGB, cit., rn. 4 ss.; V. ERB, § 33 StGB, cit., rn. 9 ss.; U. KINDHÄUSER, § 33 StGB, cit., rn. 7 ss.; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 430 ss.; I. PUPPE, *Strafrecht*, cit., p. 229 ss.; C. ROXIN, *Über den Notwehrexzess*, cit., p. 105 ss.; R. SEEBERG, *Aufgedrängte Nothilfe*, cit., p. 180 ss.; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 225 ss.

²⁷ Nel caso contrario, come rilevato, verrebbe meno l’indefettibile legame tra aggressione anti-giuridica e condotta difensiva, la quale ultima deve avere unicamente l’obiettivo di neutralizzare l’incombente minaccia.

²⁸ V. *supra*, Cap. II, § 1.3.

²⁹ V. *supra*, Cap. II, § 2.2.

³⁰ V. in particolare M. HEUCHEMER, § 33 StGB, cit., rn. 8; W. PERRON, § 33 StGB, cit., rn. 7. Cfr. inoltre C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 1000, il quale sostiene la tesi che – sotto il profilo preventivo – venga meno l’esigenza dell’ordinamento di irrogare la pena anche nelle ipotesi di eccesso temporale.

previsioni in materia di eccesso difensivo. Nei casi di eccesso estensivo anticipato occorre poi che, in un’ottica *ex post*, venga ravvisata la sussistenza di un’ingiusta aggressione (pur non ancora attuale), posto che altrimenti andrebbe applicata unicamente la disciplina della scriminante putativa³¹.

3. La diversa classificazione delle tipologie soggettive di eccesso difensivo

Secondo la classificazione tradizionale delle tipologie soggettive di eccesso difensivo³², adottata sia dalla dottrina italiana³³ che da quella tedesca³⁴ (oltre che dalle rispettive giurisprudenze³⁵), si deve distinguere tra eccesso incolpevole, eccesso colposo ed eccesso doloso³⁶. Per quanto riguarda l’ordinamento italiano, inoltre, una tale tripartizione è altresì indotta dalla presenza di una norma specifica (art. 55/1 c.p., pur sostanzialmente superflua³⁷) dedicata espressamente all’eccesso colposo. Occorrerebbe dunque distinguere, accanto agli eccessi per i quali non si può formulare alcun rimprovero al soggetto, le condotte oltrepassanti i limiti della legittima difesa non volontarie ma comunque riconducibili ad un errore rimproverabile all’agente, da quelle propriamen-

³¹ In assenza di un’aggressione ingiusta infatti, come autorevolmente rilevato da F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 947, «l’eventuale reazione individuale si porrebbe in radicale contrasto con il generale divieto di autotutela, che è espressione diretta del principio del monopolio dell’uso della forza da parte dello Stato», non essendo dunque meritevole di quel trattamento privilegiato (consistente nella punibilità esclusa o attenuata) che si ritiene di accordare all’eccesso di legittima difesa.

³² V. *supra*, Cap. II, §§ 1.3 e 2.2.

³³ *Ex multis* v. A. BONFIGLIOLI, *Art. 55 c.p.*, cit., p. 350 ss.; A. CADOPPI-G. BILLO, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 339; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 289 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 352 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 274 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 355 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 947.

³⁴ V. *supra*, Cap. II, § 2.2.

³⁵ Per la giurisprudenza italiana di legittimità v. la recente Cass., 5 marzo 2019, n. 9463, cit., la quale ha ribadito il costante orientamento per cui «in tema di legittima difesa, l’eccesso colposo si verifica quando la giusta proporzione fra offesa e difesa venga meno per colpa, intesa come errore inescusabile, ovvero per precipitazione, imprudenza o imperizia nel calcolare il pericolo e i mezzi di salvezza, mentre si fuoriesce da esso tutte le volte in cui i limiti della necessità della difesa vengano superati in conseguenza di una scelta cosciente e volontaria». Nella giurisprudenza della Suprema Corte di Karlsruhe v. invece BGH, 16 agosto 1994 – 1 StR 244/94, in *NStZ*, 1995, p. 76; BGH, 21 giugno 1989 – 3 StR 203/89, in *NStZ*, 1989, p. 474.

³⁶ Nel panorama accademico tedesco, peraltro, è maggiormente diffusa la contrapposizione tra “eccesso difensivo cosciente” ed “eccesso difensivo incosciente” (“*bewusster*” e “*unbewusster*” *Notwehr excess*”), procedendosi ad una tendenziale assimilazione tra eccesso cosciente e doloso (“*vorsätzlicher*”).

³⁷ V. *supra*, in questo stesso Capitolo, § 1.

te volontarie in cui l'agredito è consapevole di poter neutralizzare l'attacco, ad es., con un mezzo (non letale) meno lesivo di quello utilizzato (letale)³⁸. L'eccesso doloso, quindi, comporta una punibilità per il delitto doloso sia nel nostro ordinamento, che in quello tedesco, eccetto che in quest'ultimo abbia una caratterizzazione astenica, potendo allora beneficiare della scusante di cui al § 33 StGB³⁹: salvo valutare, per il sistema italiano, l'impatto della nuova scusante di cui all'art. 55/2 c.p. (introdotta dalla l. n. 36/2019) per gli eccessi di legittima difesa domiciliare realizzati "in stato di grave turbamento"⁴⁰.

In Italia le ragioni di una mancata disciplina di favore (ad es.: la previsione di una circostanza attenuante *ad hoc*⁴¹) per l'eccesso difensivo doloso sono espresse icasticamente da una recente pronuncia della Suprema Corte: «tutte le volte in cui i limiti della necessità della difesa vengano superati in conseguenza di una scelta cosciente e volontaria», la reazione viene trasformata «in uno strumento di aggressione»⁴². Proprio questa incontestabile affermazione della Corte di Cassazione, però, può costituire il punto di partenza per una messa in discussione della classificazione tradizionale: «la trasformazione della reazione difensiva in strumento di aggressione», difatti, appare riscontrabile soprattutto – se non unicamente – nella condotta di chi intenzionalmente oltrepassa i limiti normativi, e non anche nell'azione difensiva di chi, per opporsi ad una ingiusta aggressione, reagisce in modo intenzionalmente autoprotettivo accettando il rischio di un eccesso difensivo⁴³. In secondo luogo, nella particolare situazione del conflitto innescato dall'aggressione ingiusta, la "costituzionalmente conforme" ripartizione del rischio di esito infausto del conflitto a detrimento dell'aggressore ("*Veranlasserprinzip*") conferisce ulteriore fondamento alla scelta di garantire un trattamento penale maggiormente favorevole a colui che agisce con intenzioni difensive, ma accettando consapevolmente il rischio di un superamento dei limiti difensivi. Se pertanto nei casi ordinari, in cui il soggetto non realizza la propria condotta illecita quale reazione ad un'aggressione ingiusta, molti ordinamenti⁴⁴ tendono – mediante

³⁸ Nella dottrina tedesca v., tra i più autorevoli, A. ENGLÄNDER, § 33 StGB, cit., m. 12; V. ERB, § 33 StGB, cit., m. 15; V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 341 ss.; U. KIND-HÄUSER, § 33 StGB, cit., m. 26 ss.; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 434; G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Heidelberg, 1976, p. 20 ss.; H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 492 ss.; W. PERRON, § 33 StGB, cit., m. 6; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 997 ss.; R. SEEBERG, *Aufge-drängte Nothilfe*, cit., p. 175 ss.; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 227.

³⁹ In tal senso BGH, 16 agosto 1994 – 1 StR 244/94, cit.; BGH, 21 giugno 1989 – 3 StR 203/89, cit.

⁴⁰ V. *supra*, Cap. II, § 1.2.

⁴¹ Salva l'applicabilità, nel codice penale italiano, della circostanza attenuante comune data dal "aver agito in stato di ira determinato da un fatto ingiusto altrui (art. 62, n. 2, c.p.).

⁴² Cass., 5 marzo 2019, n. 9463, cit.

⁴³ Sia tollerato un ulteriore rinvio a F. MACRÌ, *Uno studio comparatistico*, cit., p. 38.

⁴⁴ Non ad esempio quelli anglosassoni, con il concetto di "*recklessness*", o quello francese con quello di "*mise en danger*": trattasi, in entrambi i casi, di un *tertium genus* diverso dal dolo e dalla colpa, nel quale tendono a confluire (mediante una – ad avviso dello scri-

l’equiparazione normativa del dolo eventuale al dolo intenzionale⁴⁵ – a sanzionare severamente chi accetta consapevolmente il rischio di commissione dell’evento, diversa dovrebbe essere la soluzione per l’eccesso difensivo: in siffatte ipotesi, difatti, il comportamento rischioso dell’agredito rientrerebbe in quel già menzionato “rischio parzialmente consentito” accordato dall’ordinamento in virtù dell’aggressione ingiusta subita. In aggiunta, riuscire a distinguere in modo soddisfacente gli eccessi difensivi commessi con dolo eventuale da quelli realizzati con colpa cosciente è fattualmente molto difficile a fronte di una situazione psicologica, e di un contesto esterno, spesso complessi: trasformandosi, inoltre, in un compito quasi impossibile quando il difensore agisce in preda ad emozioni asteniche come la paura o il panico, come richiesto dalle clausole scusanti dell’art. 55/2 c.p. e del § 33 StGB⁴⁶.

3.1. *Le singole tipologie soggettive di eccesso difensivo*

Alla luce di quanto appena detto si ritiene congruo adottare una tripartizione diversa da quella tradizionale, distinguendo dunque l’eccesso incolpevole da quello non intenzionale colpevole, e infine da quello intenzionale⁴⁷.

L’eccesso incolpevole. L’eccesso incolpevole, spesso definito anche “fortuito”, si ha quando il superamento dei limiti normativi non è riconducibile ad una condotta quanto meno colposa dell’agredito⁴⁸. Tra gli esempi tipici

vente condivisibile – equiparazione sanzionatoria) dolo eventuale e colpa cosciente. Al riguardo v. F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., p. 143 ss. (per l’istituto francese), e p. 246 ss. (per la differente declinazione dell’elemento soggettivo nel *Common Law*, e nel *Draft Criminal Code* 1989, inglese)

⁴⁵ Nelle dottrina italiana v., tra i tanti. D. BRUNELLI-S. CANESTRARI *et al.*, *Il ‘Mistero’ del dolo eventuale. Scritti dal dibattito svoltosi a Perugia*, 27 gennaio 2012, Torino, 2012; L. CARBONI, *Il dolo eventuale dopo la sentenza Thyssenkrupp*, Milano, 2015; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 382 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 319 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 297 ss.; S. PROSDOMICI, *Dolus eventualis. Il dolo nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 266 ss. Nella letteratura tedesca v. invece, *ex multis*, H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 297 ss.; H.H. LESCH, *Dolus directus, indirectus und eventualis*, in *JA*, 1997, p. 802 ss.; C. MÜLLER, *Die Abgrenzung von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit*, in *JA*, 2013, p. 584 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 445 ss.; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht*, cit., p. 323 ss.

⁴⁶ V. In tal senso U. KINHÄUSER, § 33 *StGB*, cit., rn. 27, che critica incisivamente, a tal riguardo, l’opinione dottrinale di chi (come ad es. W. PERRON, § 33 *StGB*, cit., rn. 6) ritiene non configurabile un eccesso difensivo “astenico” di natura dolosa, escludendo pertanto gli eccessi difensivi dolosi dall’ambito applicativo del § 33 *StGB*.

⁴⁷ Sia consentito nuovamente il rinvio a F. MACRÌ, *Uno studio comparatistico*, cit., p. 38, scritto nel quale per la prima volta si è prospettata l’opportunità di adottare la presente classificazione.

⁴⁸ E, con tutta evidenza, a maggior ragione non sia di tipo intenzionale o comunque volontario (seppur, come detto, in *subiecta materia* si ritenga congruo equiparare il dolo eventuale alla colpa cosciente).

proposti vi è quello dell'agredito che, dovendo per rispettare i limiti della necessità e/o proporzione limitarsi a esplodere un colpo d'arma da fuoco in zona non vitale (oppure in aria), colpisce letalmente l'aggressore a causa, ad es., di una caduta imprevedibile di quest'ultimo. Visto quanto asserito sull'esegesi dei requisiti di necessità⁴⁹ e proporzione⁵⁰, peraltro, la ricostruzione degli stessi fondata su una prospettiva *ex ante* oggettiva, e su di una valutazione incentrata sul disvalore di condotta (e non di evento), implica una rilevante limitazione della possibilità di configurare un eccesso incolpevole. L'eccesso dovuto propriamente a caso fortuito, difatti, non sarebbe qualificabile come tale, trattandosi di un evento non considerabile *ex ante* ai fini della negazione della necessità difensiva, e comunque non valutabile nel giudizio di proporzione (in cui rileva la normale attitudine lesiva della condotta).

L'eccesso non intenzionale colpevole (colposo o con dolo eventuale).

Per i motivi appena esposti, si ritiene congruo inserire nella medesima categoria gli eccessi colposi e quelli commessi con dolo eventuale, cioè senza la deliberata intenzione di eccedere i limiti dell'istituto, però accettando il rischio di superamento degli stessi⁵¹. In tema di eccesso colposo si ritiene condivisibile la bipartizione, adottata da dottrina⁵² e giurisprudenza italiane, tra il superamento dei limiti normativi dovuto ad un errore-inabilità⁵³, e dunque realizzato durante la fase esecutiva della condotta difensiva, e quello dovuto a errore-motivo, cioè ad una erronea valutazione di ciò che costituisca reazione necessaria (o proporzionata), e dunque commesso in fase "ideativa"⁵⁴. Riguardo alla disciplina da applicare in tali casi, sarebbe auspicabile *in primis* accordare una scusante per i casi di eccesso condizionato da fattori emotivi astenici. Qualora invece non vi fossero i suddetti requisiti, sarebbe congruo stabilire – alla luce della parziale giustificazione della condotta di cui a breve si dirà – un'attenuazione obbligatoria della pena prevista per il reato colposo corrispondente: si riterrebbe inoltre opportuno applicare anche agli eccessi difensivi commessi con dolo eventuale la disciplina – o quanto meno le cornici edittali – dei reati colposi.

L'eccesso intenzionale. Qualora l'agredito intenzionalmente decida di superare i limiti della necessità e/o proporzione, oppure di agire deliberata-

⁴⁹ V. *supra*, Cap. IV, § 4.1.

⁵⁰ V. *supra*, Cap. V, § 2.1.

⁵¹ Circostanza, peraltro, di difficile riscontro probatorio, soprattutto con riferimento a vicende conflittuali dispiegantisi in modo confuso e repentino.

⁵² In argomento v., in particolare, S. CODA, *Riflessioni in tema di eccesso colposo*, cit., p. 65 ss.; C.F. GROSSO, (voce) *Eccesso colposo*, cit., p. 2 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 285 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 289 ss.; V. MASARONE, *Riflessioni sulla natura giuridica*, cit., p. 1056 ss.; P. NUVOLONE, *Le due forme dell'eccesso colposo*, cit., p. 613 ss.; M. SPINA, *La Cassazione considera (già) inutile quel che la politica promette di eliminare*, cit., p. 23 ss.

⁵³ V., tra le più recenti, Cass., 9 aprile 2018, n. 15713, cit.

⁵⁴ V. *supra*, Cap. II, § 1.3.

mente prima o dopo rispetto al lasso di tempo in cui l’aggressione è attuale, gran parte della ragioni alla base dell’ampia tutela accordata all’agredito esercitante il diritto di autodifesa necessitata vengono meno. La prima questione che si pone, al riguardo, è se sia congruo escludere tali tipologie di eccessi dall’applicazione della (proposta) scusante per le ipotesi di eccesso astenico. Va quindi segnalato, nella dottrina tedesca relativa alla clausola di non punibilità del § 33 StGB, l’orientamento minoritario per cui la consapevolezza di superare i limiti normativi sarebbe incompatibile con il riscontro di fattori emotivi prevalentemente astenici⁵⁵: occorre comunque concordare con la dottrina maggioritaria⁵⁶ e con la giurisprudenza⁵⁷ d’oltralpe, per cui non sussisterebbe suddetta incompatibilità in astratto, osservando però che l’alterazione emotiva alla base degli eccessi intenzionali sarà, in concreto, quasi sempre di tipo stenico (sovente collera, ira o desiderio di vendetta).

4. L’eccesso difensivo quale condotta parzialmente giustificata: la possibile configurazione di una clausola “semi-scrimnante”

Nel modello di disciplina dell’istituto proposto, come detto, si ritiene congruo inserire una clausola di non punibilità, di natura scusante, per gli eccessi difensivi di natura astenica, fondata sull’inesigibilità di una differente condotta da parte dell’agredito⁵⁸. Sotto un profilo dogmatico, si è già osservato⁵⁹ che la principale teoria accolta dalla dottrina tedesca per giustificare la non punibilità accordata agli “eccedenti astenici” dalla norma di cui al § 33 StGB è quella della “doppia riduzione di colpevolezza”⁶⁰. Secondo questa tesi la completa non punibilità sarebbe dunque derivante da una prima riduzione della colpevolezza, dovuta all’incidenza delle emozioni asteniche sulla “motivabi-

⁵⁵ W. PERRON, § 33 StGB, cit., nn. 6.

⁵⁶ V., tra i tanti, A. ENGLÄNDER, § 33 StGB, cit., nn. 12 ss.; V. ERB, § 33 StGB, cit., nn. 15; V. KREY-R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 341 ss.; U. KINDHÄUSER, § 33 StGB, cit., nn. 26 ss.; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 434; H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 492 ss.; T. MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, cit., p. 35 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 997; R. SEEGER, *Aufgedrängte Nothilfe*, cit., p. 175 ss.

⁵⁷ BGH, 16 agosto 1994 – 1 StR 244/94, cit.; BGH, 21 giugno 1989 – 3 StR 203/89, cit.

⁵⁸ A favore dell’introduzione, per tali condotte, di una scusante v. in particolare, nella dottrina italiana, A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 286 (in caso di eccesso di difesa causato da panico o terrore); 31 ss.; F. VIGANÒ, *Spunti per un ‘progetto alternativo’*, cit., p. 2059 ss.

⁵⁹ V. *supra*, Cap. II, § 2.2.

⁶⁰ “*Theorie der doppelten Schuldinderung*”: tra i principali fautori v. W. PERRON, § 33 StGB, cit., nn. 2; K. ROGALL, § 33 StGB, cit., nn. 1; H.J. RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit*, cit., p. 562; J. WESSELS-W. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 182; F. ZIESCHANG, § 33 StGB, cit., nn. 33 ss.

lità secondo diritto” del soggetto⁶¹, cui si sommerebbe un’ulteriore riduzione della colpevolezza conseguente alla riduzione dell’antigiuridicità, data dal fatto che la condotta dell’agredito sarebbe comunque giustificata nella porzione rientrante nei limiti temporali e/o modali normativamente stabiliti.

Il secondo pilastro di siffatta elaborazione, che si ritiene condivisibile, implica d’altro canto un’importante conseguenza anche per i casi di eccesso difensivo non influenzati in modo “patologico” da fattori emotivi di tipo astenico: ogni condotta colpevolmente superante i limiti della legittima difesa sarebbe, a prescindere dall’elemento psicologico, parzialmente giustificata. Per concretizzare il concetto, si pensi ad un’ipotesi di aggressione ingiusta violenta in cui la condotta necessaria⁶² fosse l’esplosione di uno o più colpi d’arma da fuoco in zona non letale⁶³, e l’agredito procedesse invece a indirizzare più colpi al torace dell’aggressore⁶⁴, uccidendolo: in tale ipotesi, la porzione non giustificata della condotta sarebbe quella oltrepassante la causazione di lesioni. Seppur appare, a primo acchito, dogmaticamente incongruo scindere una condotta materialmente unica come l’esplosione di uno o più spari⁶⁵, da un punto di vista giuridico è evidente il diverso – e maggiore – disvalore della condotta di chi cagiona la morte di un uomo (colposamente, con dolo eventuale, o con dolo intenzionale) in circostanze nelle quali l’ordinamento non gli consente di provocare alcuna lesione giuridica, rispetto al disvalore della condotta dell’agredito cui l’ordinamento permette di ledere lecitamente in modo incisivo la sfera giuridica dell’aggressore.

Un simile ragionamento, pur attagliandosi apparentemente alle sole ipotesi di eccesso intensivo (cioè rispetto ai canoni di necessità e/o proporzione), può comunque estendersi anche agli eccessi estensivi temporali: si può infatti cogliere anche qui, seppur in modo più figurativo, la parziale liceità di una condotta difensiva realizzata, ad esempio, in un momento immediatamente successivo alla cessazione dell’attualità dell’aggressione ingiusta. Anche in tale ipotesi, invero, è evidente la minore contraddizione rispetto ai valori dell’or-

⁶¹ Cfr. T. MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, cit., p. 56 ss.; F. ZIESCHANG, § 33 *StGB*, cit., nn. 33 ss.

⁶² Ciò in quanto, trattandosi di un’aggressione “esistenziale”, non sarebbe di converso prescritto il rispetto dell’ulteriore limite della proporzione tra difesa e aggressione/offesa.

⁶³ Un caso assolutamente verosimile e non di scuola, seppur non così frequente secondo l’esegesi orientata all’effettività difensiva accolta in questa sede: v. *supra*, Cap. IV, §§ 4.2.1.1, 4.2.2.2 e 4.3.3.2.

⁶⁴ Qualora invece la morte fosse provocata – in assenza di profili di colpa del reagente (i quali andrebbero ovviamente valutati secondo uno standard di diligenza “ridotto”, in considerazione delle circostanze accompagnanti la condotta) – da una condotta, in ottica prognostica, indirizzata a colpire il soggetto (il cui decesso fosse ad es. causato dalla rottura dell’arteria femorale) in zona non letale, la stessa sarebbe integralmente giustificata in termini di necessità (la quale si dovrebbe infatti, secondo la concezione propugnata, incentrare sul disvalore di condotta: v. *supra*, Cap. IV, § 4.2).

⁶⁵ Esprime tale posizione critica, seppur isolatamente nella letteratura d’oltralpe, I. PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 229, nota 2.

dinamento della condotta di chi uccide (quanto meno colposamente) taluno in un momento immediatamente successivo ad una grave aggressione di quest’ultimo, rispetto a chi uccide in assenza di siffatta circostanza. L’obiezione che si potrebbe fare, comunque, è che in suddette ipotesi dovrebbe applicarsi la legittima difesa putativa: si ritiene però configurabile quest’ultima – come si vedrà a breve – solo in assenza di un’aggressione ingiusta *tout court*, o – successivamente alla cessazione della stessa – quando è passato un certo lasso di tempo tale da farla ritenere, in ottica oggettiva, completamente esaurita⁶⁶.

In considerazione di ciò, si riterrebbe opportuno configurare una clausola “semi-scriminante” per le ipotesi di eccesso difensivo colpevole, cui non sia applicabile la clausola scusante per gli eccessi “astenici”⁶⁷. Una simile soluzione, del resto, non sarebbe neanche innovativa nel panorama europeo: l’ordinamento spagnolo, invero, contempla (art. 21.1 c.p.e.) in generale l’istituto della “esimente incompleta”, spesso applicata agli eccessi intensivi di legittima difesa⁶⁸, e che comporta un dimezzamento del minimo editale applicabile⁶⁹.

La riduzione di pena dovuta a tale clausola “semi-scriminante” non dovrebbe quindi, come già accennato, essere sottoposta – relativamente all’ordinamento italiano – alla disciplina generale delle circostanze del reato, ma essere applicata sulla pena determinata in esito al procedimento di commisurazione⁷⁰. La misura dell’attenuazione sanzionatoria, alla luce di quanto detto, dovrebbe essere senz’altro ampia in caso di eccesso colpevole non intenzionale, ed inferiore in ipotesi di eccesso intenzionale: la stessa, inoltre, non dovrebbe essere fissa, in considerazione della variabile ampiezza del superamento dei limiti dell’istituto.

5. La legittima difesa putativa

Per quanto riguarda la scriminante putativa, si ritiene ineludibile, così come avviene attualmente nell’art. 59/4 c.p. italiano⁷¹, contemplare un trattamento

⁶⁶ Di tal guisa si recepiscono le condivisibili obiezioni all’applicazione della disciplina dell’eccesso difensivo agli eccessi estensivi di F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 947, per il quale, una volta che il pericolo sia ormai cessato, l’eventuale reazione individuale sarebbe in radicale contrasto col generale divieto di autotutela.

⁶⁷ Suggestiscono autorevolmente, *de iure condendo*, l’inserimento nel codice italiano di un’ipotesi di eccesso doloso di legittima difesa sanzionato in modo nettamente più lieve rispetto al reato non scriminato A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 286; 31 ss.; F. VIGANÒ, *Spunti per un ‘progetto alternativo’*, cit., p. 2060.

⁶⁸ Per approfondimenti sull’istituto menzionato, v. *supra*, Cap. III, § 1.2.

⁶⁹ Come già segnalato nel paragrafo citato nella nota precedente, *ex art.* 70.1 c.p.e. la pena inferiore di un grado si determina adottando come minimo editale quello del delitto *de quo* ridotto della metà.

⁷⁰ Prima dell’eventuale riduzione di pena applicata in caso di scelta del rito abbreviato.

⁷¹ In argomento v., tra gli altri, A. CADOPPI-G. BILLO, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 338 ss.; G.

normativo analogo a quello dell'errore sul fatto, cui l'errore sulla scriminante – per quanto vi sia chi lo equipara ad un errore sul precetto⁷² – è senz'altro affine: adottando un esempio ispirato a un caso realmente accaduto⁷³, il gioielliere che spara ad un simulato rapinatore (che per scherzo finge un assalto armato) è tendenzialmente consapevole che la legge richiede un'aggressione ingiusta ai fini della reazione difensiva violenta, ma erra nel valutare la situazione di fatto, ritenendola tale da giustificare l'esplosione di colpi d'arma da fuoco indirizzati a parti vitali dell'apparente aggressore.

Un vero e proprio errore sul precetto, al contrario, si avrebbe nella ben diversa ipotesi in cui l'agredito fosse stato consapevole che, nel caso di specie, la reazione difensiva necessaria avrebbe dovuto limitarsi all'esplosione di un colpo in zona non vitale dell'aggressore, ma – ritenendo non sussistente il limite legislativo della necessità difensiva – avesse proceduto ugualmente a sparargli mortalmente al torace, ritenendo erroneamente di agire in modo lecito⁷⁴.

Una volta determinata la disciplina da applicare alla legittima difesa putativa, occorre però chiarirne l'ambito applicativo, con particolare riferimento alla delimitazione rispetto all'eccesso estensivo temporale; e altresì valutare se occorre richiedere, oltre alla genuinità della convinzione erronea in capo all'agente, altresì la ragionevolezza dell'errore secondo il parametro di un osservatore ragionevole.

Il criterio generale di distinzione tra legittima difesa putativa ed eccesso, di cui però si devono specificare le concrete conseguenze applicative, è quello della mancata sussistenza di un'aggressione ingiusta: ciò discende dal significato proprio dell'aggettivo "putativo", designante un accadimento non realmente esistente, ma solo ritenuto tale dal soggetto errante. La differenza, come

DE VERO, *Le scriminanti putative*, cit., p. 773 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 288 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 274; T. PADOVANI, (voce) *Difesa legittima*, cit., p. 513 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 354 ss.; G. PECORELLA, *Semantica versus ideologie*, cit., p. 16 ss.; F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 948 ss.

⁷² Siffatta posizione è sostenuta in particolare da un settore minoritario della dottrina tedesca (K.H. GÖSSEL, *Strafrecht. Fälle und Lösungen*, 8ª ed., Erlangen, 2001 p. 191 ss.; H. PÄFFGEN, *Vorbem. § 32 StGB*, in *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 5ª ed., Band 1, 2017, m. 107 ss.), sostenitore della c.d. "teoria rigorosa della colpevolezza" ("*strenge Schuldtheorie*"). Secondo costoro, la mancata consapevolezza dell'antigiuridicità della condotta escluderebbe unicamente la colpevolezza, ma non il dolo, e pertanto alla legittima difesa putativa andrebbe applicata la più rigorosa disciplina dell'errore sul precetto (che nel codice penale tedesco è regolata dal § 17 StGB).

⁷³ Trattasi del famoso, e già menzionato, caso dello sfortunato calciatore della Lazio Re Cecconi: v. al riguardo Trib. Roma, 20 febbraio 1977, Tabocchini, cit.

⁷⁴ Cfr. – con riferimento al caso del soggetto che ritenga assente il limite dell'attualità dell'aggressione – nel contesto giuridico tedesco V. ERB, § 32 *StGB*, cit., m. 247; e nella giurisprudenza dell'Alta Corte di Karlsruhe, BGH, 30 ottobre 1986 – 4 StR 505/86, in *NstZ*, 1987, p. 172 ss.

sottolineato da attenta dottrina⁷⁵, è sostanziale, visto che l’aggressore “putativo” è in realtà un terzo innocente⁷⁶, e pertanto l’agredito putativo non dovrebbe godere dei medesimi privilegi normativi accordati all’agredito reale (ad es. dell’applicazione delle prospettate “clausole semi-scriminanti”).

5.1. *L’ambito applicativo e i confini con l’eccesso estensivo temporale*

Si è appena visto che presupposto fondamentale per il riscontro di un’ipotesi di legittima difesa putativa è l’insussistenza di un’aggressione ingiusta. Lo stesso non pone certamente problemi nei casi di aggressione simulata per scherzo, o semplicemente percepita come tale da un soggetto, ad es., affetto da disturbi/patologie psichiche come le manie di persecuzione⁷⁷: si configurano, per converso, possibili criticità nelle ipotesi in cui un’aggressione ingiusta sia insorta ma non sia ancora entrata nella fase attuale, oppure sia appena cessata.

La tipologia di eccesso difensivo che pone problemi di interferenza con la scriminante putativa è dunque l’eccesso estensivo temporale, ed in particolare quello posticipato, in cui la reazione avviene dopo la cessazione dell’attualità dell’aggressione⁷⁸. A tal proposito, si ritiene funzionale partire dalla considerazione del “caso Maiocchi”, affrontato nel 2006 dalla giurisprudenza italiana⁷⁹: il gioielliere Tizio, insieme al padre, viene aggredito con una pesante

⁷⁵ Così si esprimono F. CINGARI, *Per una riforma*, cit., p. 8; M. SPINA, *La Cassazione considera (già) inutile quel che la politica promette di eliminare*, cit., p. 30. Cfr. anche M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 536 ss.; V. PLANTAMURA, *L’omicidio per legittima difesa*, cit., p. 870 ss.

⁷⁶ Salvo considerare le conseguenze che il suddetto deve sopportare in caso di simulazione che colposamente crei nel putativo aggredito un’incolpevole convinzione di essere ingiustamente aggredito, cioè il rischio di subire conseguenze lesive da parte di un soggetto la cui condotta non sia penalmente sanzionabile, e senza potersi avvalere pienamente della legittima difesa, essendo la suddetta (v. *supra*, Cap. V, §§ 5.2 e 5.3) limitata dal fatto che, al contempo, il simulato aggressore abbia realizzato una provocazione colposa, e il putativo aggredito reagente agisca senza colpevolezza.

⁷⁷ Si consideri, ad esempio, l’ipotesi – non certo scolastica – in cui il soggetto in questione scambi per un rapinatore un passante che chieda una semplice informazione. Simile, per molti aspetti, a questo esempio è il celebre caso del 1984 di Bernhard Goetz (al riguardo v. l’accurata trattazione di A. SZEGO, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 196 ss.; e G. FLETCHER, *Eccesso di legittima difesa*, cit.), nel quale un cittadino bianco, mosso probabilmente da un sentimento di estrema insicurezza e condizionato da stereotipi razzisti, esplose molteplici colpi di arma contro quattro giovani neri disarmati seduti accanto a lui in un vagone della metropolitana di New York, uno dei quali gli aveva chiesto (senza profirire alcuna minaccia) la dazione di cinque dollari.

⁷⁸ V. *supra*, in questo stesso Capitolo, § 2.

⁷⁹ Corte Ass. Milano, 24 maggio 2006, Maiocchi, sentenza annotata da F. CIPOLLA, *La reazione violenta del derubato*, cit., p. 2353 ss.; e anche da R. PALAVERA, *La bilancia e pistola*, cit., p. 1665 ss.

mazza ferrata dall'aggressore Caio, affiancato da un secondo aggressore; a seguito della reazione armata dei due aggrediti, gli assalitori escono dalla gioielleria e, nel momento in cui sta entrando nella vettura, Caio viene colpito mortalmente da un colpo esplosivo da Tizio⁸⁰.

La Corte italiana, al riguardo, ha ravvisato nella condotta di Tizio gli estremi della legittima difesa putativa (art. 59/4 c.p. italiano), accertando però al contempo la colposità della condotta. Senza entrare nel merito dei profili concernenti l'elemento soggettivo⁸¹, va rilevato che il colpo era stato esplosivo immediatamente dopo la cessazione di un'aggressione ingiusta. Se dunque a stretto rigore si potrebbe affermare che nel caso di specie la vittima era un terzo "innocente" (*rectius*: "non aggressore"), e dunque che andrebbe condivisa la riconduzione della fattispecie nell'alveo della legittima difesa putativa, a ben vedere non può essere ignorata la stretta correlazione con l'aggressione ingiusta appena terminata. La realizzazione della reazione eccessiva in stato di errore sull'effettiva attualità di un'aggressione ingiusta cessata da pochissimo tempo, comporta un'esigenza di tutela simile a quella di un aggredito che eccede (unicamente) nell'intensità modale della reazione difensiva, potendosi in entrambi i casi ravvisare un influsso causale dell'originaria condotta aggressiva, e dunque un'applicazione del *Veranlasserprinzip*, la quale non può invece aversi nell'ipotesi di aggressione ingiusta sussistente unicamente nella mente del reagente⁸². Ipotizzando però che l'aggredito, nel caso in esame, avesse inseguito per alcuni minuti l'aggressore in automobile, e una volta raggiunto lo gli avesse sparato letalmente, il nesso con l'aggressione ingiusta sarebbe invece venuto meno, escludendosi dunque l'eccesso difensivo temporale⁸³.

Traendo le conclusioni delle riflessioni ancora svolte, la disciplina della legittima difesa putativa andrebbe applicata unicamente:

- a) nel caso di aggressione ingiusta mai concretizzatasi;
- b) nel caso di aggressione ingiusta non ancora sussistente⁸⁴ (secondo una valutazione *ex post*), seppur vi siano elementi tali da far presumere che lo sarà in futuro;

⁸⁰ Riguardo tale caso giurisprudenziale, v. V. PLANTAMURA, *L'omicidio per legittima difesa*, cit., p. 888.

⁸¹ In relazione al quale, a seconda dei dettagli dello svolgimento della convulsa fase conflittuale scaturita dall'aggressione ingiusta, si sarebbe potuto altresì ipotizzare un addebito di dolo eventuale, se non intenzionale (seppure, nel nostro ordinamento, entrambi comportino l'applicazione del delitto – nel caso l'omicidio volontario – doloso, salva la rilevanza per la commisurazione della pena *ex art.* 133/1 c.p.)

⁸² Salvo, come già sottolineato, l'eventuale responsabilità del soggetto che induce in errore il putativo aggredito simulando, per scherzo o altro motivo, un'aggressione verosimile.

⁸³ In questa ipotesi, ad ogni modo, in difetto dell'*animus defendendi* verrebbero altresì meno i presupposti per l'applicazione della legittima difesa putativa e ci si troverebbe di fronte ad una sostanziale vendetta, o ad una condotta di stampo "giustizialista".

⁸⁴ Ribadendosi, come detto *supra* (Cap. IV, § 3.1), che è possibile configurare un'aggressione ingiusta sussistente, ma non ancora attuale.

c) nel caso di aggressione ingiusta cessata, qualora l'agredito non agisca nell'immediatezza della cessazione della stessa.

5.2. *Il presupposto applicativo: genuinità versus ragionevolezza*

Nel Cap. II⁸⁵ si è osservato che la giurisprudenza italiana prevalente⁸⁶ richiede, ai fini del riscontro della scriminante putativa, che l'errore del putativo aggredito sia determinato da elementi oggettivi tali da far sorgere la convinzione di trovarsi di fronte ad un'aggressione ingiusta⁸⁷. Occorre pertanto affrontare la questione se, in ottica *de iure condendo*, sia congruo (in via normativa o anche solo esegetica) sancire un tale requisito quale presupposto per l'applicazione della disciplina della scriminante putativa, oltre a quello indeffettibile della genuinità dell'errore.

Adottando un approccio meramente dogmatico, andrebbe senz'altro prescritta la genuinità dell'errore (intesa come sussistenza effettiva dell'errore in capo al soggetto) dell'agente come unico presupposto, rilevando la ragionevolezza oggettiva dello stesso unicamente ai fini dell'addebito colposo⁸⁸.

Occorre però tenere presente che l'errore è un fenomeno psichico attinente al foro interiore del soggetto e, non essendo pertanto osservabile esternamente, non possono ignorarsi le criticità probatorie riscontrabili qualora l'invocazione dell'errore sia fondata unicamente sulle dichiarazioni dell'imputato, e lo stesso appaia ben poco ragionevole ad un osservatore esterno.

Si ritiene però che il rigido standard di ragionevolezza oggettiva fissato dalla nostra Suprema Corte non tiene in adeguato conto l'esigenza di dare piena applicazione, nel settore *de quo*, ai postulati del principio di colpevolezza. Lo stesso condurrebbe infatti ad ascrivere – in assenza del riconoscimento di un eccesso difensivo (art. 55/1 c.p.⁸⁹) – una responsabilità per delitto doloso ad un soggetto che, qualora l'errore fosse genuino, agirebbe al più in colpa grave relativamente alla non ragionevolezza oggettiva dell'errore. In caso di estrema irragionevolezza dell'errore, però, sarebbe difficile – salvo si accerti che il putativo aggredito soffra, ad es., di manie di persecuzione⁹⁰ – ritenere credibile la genuinità dell'errore.

⁸⁵ V. *supra*, Cap. II, § 1.3.

⁸⁶ Da ultimo v. Cass., 11 ottobre 2018, n. 52646, cit.; e Cass., 27 gennaio 2016, n. 6024, cit. *Contra*, curiosamente, la sentenza d'appello che ha deciso il caso appena esaminato: Corte Ass. Milano, 24 maggio 2006, Maiocchi, cit.

⁸⁷ Cass., 11 ottobre 2018, n. 52646, cit.

⁸⁸ Ed eventualmente anche ai fini della commisurazione della pena, in relazione alla deviazione dagli standard di diligenza oggettivi che il giudice dovrebbe a tal fine considerare.

⁸⁹ A seguito della l. n. 36/2019 anche art. 55/2 c.p., per i casi di eccesso difensivo astenico rispetto ai limiti della legittima difesa domiciliare.

⁹⁰ V. sul punto specifico, G. TANDURA-D. TONION, *Difesa legittima putativa, errore e vizio parziale di mente*, in *RP*, 1999, p. 1127 ss.; F. VIGANO, *Art. 52 c.p.*, cit., p. 949.

Si ritiene dunque auspicabile, senza procedere ad alcuna modifica normativa, che la giurisprudenza adotti un'esegesi intermedia, tale da escludere l'applicazione della disciplina della scriminante putativa qualora l'errore appaia oggettivamente caratterizzato da un'estrema irragionevolezza (ma non da irragionevolezza limitata, rispetto al parametro della piena ragionevolezza oggettiva), salvo i casi di particolari patologie del soggetto.

Capitolo VII

Prospettive *de iure condendo* e conclusioni

Sommario: 1. L’auspicabile costituzionalizzazione del diritto di difesa privata per casi in cui lo Stato non possa assolvere al suo obbligo di tutela della sicurezza del cittadino. – 2. Classificazione dogmatica e conseguenze sanzionatorie delle condotte di reazione difensiva. – 2.1. Le condotte difensive giustificate. – 2.2. Le condotte difensive non punibili/scusate. – 2.3. Le condotte difensive per le quali sarebbe opportuno sancire una consistente mitigazione sanzionatoria rispetto alle ordinarie pene dei delitti colposi e dolosi, in quanto “semi-scriminate”. – 3. Come innestare il propugnato modello differenziato “duale” di disciplina della legittima difesa nell’ordinamento giuridico italiano (e potenzialmente anche in altri ordinamenti europei). – 3.1. Soluzione preferibile: l’introduzione di un impianto normativo radicalmente diverso da quello attuale. – 3.2. Soluzione alternativa “legislativa”: una riforma legislativa *soft* degli attuali artt. 52 e 55 c.p., specificando i parametri attraverso i quali determinare l’attualità dell’aggressione, la necessità della reazione difensiva e la proporzione tra difesa e offesa. – 3.3. Soluzione alternativa “giurisprudenziale”: il mantenimento, previa abolizione della “legittima difesa domiciliare” e introduzione di una nuova disciplina dell’eccesso, dell’attuale assetto normativo della legittima difesa. – 4. Brevi riflessioni finali.

Nei precedenti capitoli¹ sono già stati delineati, alla luce degli approfondimenti dogmatici e dell’analisi della prassi degli ordinamenti trattati², i tratti distintivi di una disciplina normativa della legittima difesa conforme al fondamento ideologico individualistico, ed a due esigenze preminenti da contemperare:

1. accordare all’agredito un diritto di legittima difesa che gli consenta di respingere effettivamente l’aggressione ai beni giuridici;

2. riaffermare il carattere personalistico del dettato costituzionale, conservando doverosi spazi di tutela per l’aggressore qualora la condotta di costui – secondo il parametro oggettivo *ex ante* – non provochi un rischio di grave lesione di beni giuridici personali dell’agredito.

¹ Soprattutto nei Capp. IV, V e VI.

² Con particolare riferimento all’ordinamento italiano e a quello tedesco.

A tal fine si riterrebbe opportuno, *in primis*, sancire costituzionalmente il diritto all'autodifesa necessitata, quale diritto preesistente alla creazione dell'ordinamento, che quest'ultimo dovrebbe riconoscere, specificandone però al contempo la connotazione meramente difensiva, ed il carattere eccezionale rispetto al fondamentale principio del monopolio statale dell'uso della forza.

1. L'auspicabile costituzionalizzazione del diritto di difesa privata per casi in cui lo Stato non possa assolvere al suo obbligo di tutela della sicurezza del cittadino

Si è già sottolineato, trattando del fondamento ideologico della legittima difesa³, che nella prospettiva personalistica – in ossequio ai dettami giusnaturalistici – il diritto di autodifesa necessitata (*Notwehr*) è uno dei fondamentali diritti naturali dell'uomo⁴: lo stesso, invero, costituisce la trasposizione giuridica dall'istinto di sopravvivenza, che spinge l'essere umano a difendere la propria vita e le “correlate posizioni necessarie” (es.: integrità fisica, libertà personale, ecc.)⁵, ad ogni costo⁶.

L'ideale stipulazione del contratto sociale, tradottosi per l'Italia nell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948, incentrata sul valore preminente dei diritti umani (a partire dalla vita e dalla dignità umana), pur sancendo il dovere del cittadino di affidare alle pubbliche autorità il monopolio della forza, ha però al contempo sancito la consacrazione di un diritto alla sicurezza dell'individuo, con il corrispettivo obbligo statale di garantirne la tutela⁷.

Proprio in considerazione di tale innegabile diritto alla sicurezza⁸ – pur attualmente enucleabile dall'art. 2 Cost. – sarebbe auspicabile dedicare una specifica norma costituzionale al diritto all'autodifesa necessitata, attribuito ai cit-

³ V. *supra*, Cap. I, § 4.

⁴ Prerogativa giuridica la cui sussistenza sarebbe ravvisabile già nello stato di natura pre-statale (“*vorstaatlichen Naturstand*”: in tal senso C. RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung*, cit., p. 52 ss.).

⁵ V. sul punto M. PAWLIK, *Die Notwehr*, cit., p. 270, e le sue riflessioni sul punto in relazione alla dottrina filosofica kantiana.

⁶ V. *supra*, Cap. I, § 4.

⁷ Dal punto di vista storico, si consideri che già nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 si trovasse solennemente sancito, all'art. 2, il “diritto alla sicurezza” tra i diritti naturali ed inalienabili dell'uomo (cfr. T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, cit.).

⁸ Sul tema delle recenti evoluzioni del diritto alla sicurezza, con particolare riferimento all'ordinamento italiano v. le autorevoli considerazioni critiche di L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., p. 8, secondo la quale «la sicurezza, da condizione necessaria per l'esercizio dei diritti, è assurda essa stessa a diritto, diventando strumento di ampliamento del controllo penale e di limitazione dei diritti individuali».

tadini in via assolutamente residuale nei casi in cui lo Stato non riuscisse, per qualunque ragione, a garantire una effettiva tutela dei beni giuridici individuali.

Una siffatta previsione, del resto, non dovrebbe entrare nel dettaglio della disciplina dell'istituto (compito spettante alla legislazione penale), bensì unicamente sancire il pieno fondamento democratico dello stesso, procedendo dunque a stabilire due ineludibili limiti:

1. il principio di **necessità difensiva**, potendo la condotta violenta essere lecita solo qualora necessaria alla neutralizzazione (o quanto meno limitazione) del rischio di lesione di un bene giuridico derivante da un'aggressione antiggiuridica.

2. la fondamentale **esigenza di proporzione**, complessiva, tra la difesa e l'aggressione, con il conseguente divieto di realizzare condotte intenzionalmente orientate a provocare la morte, o gravi lesioni, all'aggressore qualora quest'ultimo non metta in pericolo beni giuridici di natura personale.

2. Classificazione dogmatica e conseguenze sanzionatorie delle condotte di reazione difensiva

In conclusione della presente trattazione, si ritiene opportuno fornire uno schematico quadro delle tipologie di condotte difensive per le quali sarebbe opportuno sancire la piena liceità/giustificazione; di quelle cui sarebbe auspicabile concedere la non punibilità, in quanto scusate; ed infine di quelle cui si potrebbero applicare le innovative⁹ "clausole semi-scriminanti", configuranti riduzioni obbligatorie – pur in misura variabile – di pena¹⁰.

2.1. Le condotte difensive giustificate

Principiando dalle condotte difensive da qualificare come lecite, secondo il modello propugnato sono tali quelle caratterizzate dai seguenti requisiti:

1. realizzazione a fronte di un'**aggressione ingiusta** effettivamente sussistente (la cui valutazione, in tal caso, deve avvenire in ottica *ex post*¹¹);

2. commissione nel frangente temporale in cui l'aggressione ingiusta è **attuale** (circostanza da riscontrare *ex ante* facendo riferimento ad un osservatore ragionevole che agisca nelle medesime condizioni oggettive dell'agredito¹²);

3. **necessità difensiva** per la neutralizzazione – o quanto meno attenua-

⁹ Pur ispirato alle "esimenti incomplete" di cui all'art. 21.1 c.p.e. spagnolo.

¹⁰ Tenendo presente la disciplina delle circostanze del reato di cui al codice penale italiano, ed in particolare quella del "concorso di circostanze aggravanti ed attenuanti" (art. 69 c.p.), pertanto, per l'istituto *de quo* dovrebbe essere espressamente sancita la non applicabilità di siffatta disciplina.

¹¹ V. *supra*, Cap. IV, § 2.3.

¹² V. *supra*, Cap. IV, § 3.1.

zione – dell’aggressione/offesa, da intendersi come utilizzo del mezzo difensivo efficace disponibile meno lesivo per l’aggressore¹³ (la quale andrà valutata secondo il medesimo criterio *ex ante* utilizzato per l’attualità dell’aggressione¹⁴).

4. *animus defendendi*, inteso estensivamente come “volontà difensiva”, da ritenersi sussistente qualora il soggetto agisca nella consapevolezza delle circostanze oggettive (appena esposte) fondanti la giustificazione¹⁵.

Se gli appena elencati quattro requisiti sono *condiciones sine quibus non* per la concessione della giustificazione a prescindere dal bene giuridico messo in pericolo dall’aggressione, e dall’intensità e modalità di quest’ultima, nel caso di aggressioni non esistenziali è richiesto altresì il rispetto del canone di stretta **proporzione** tra difesa ed aggressione/offesa¹⁶: un’esigenza complessiva di proporzione, peraltro, caratterizza l’istituto in quanto tale, ed è infatti ravvisabile altresì qualora il soggetto reagisca nel rigoroso rispetto dei quattro limiti sopra elencati ad una grave aggressione a fondamentali beni giuridici personali¹⁷.

2.2. Le condotte difensive non punibili/scusate

Per quanto riguarda invece l’ambito delle condotte difensive cui accordare la non punibilità in ragione della colpevolezza assente – o comunque ampiamente ridotta – dell’agredito, lo stesso dovrebbe comprendere gli eccessi difensivi, sia intensivi che estensivi¹⁸, caratterizzati dall’incidenza di fattori emotivi astenici (paura, terrore, ecc.)¹⁹.

Presupposti ineludibili ai fini del riscontro di un eccesso “scusabile” dovrebbero quindi essere la sussistenza oggettiva (valutata *ex post*) di un’aggressione ingiusta, e l’*animus defendendi*: in assenza dell’aggressione ingiusta, difatti, si potrebbe al più configurare una legittima difesa putativa, mentre senza la volontà difensiva non si potrebbe parlare di eccesso “difensivo”, configurandosi la condotta – quanto meno in prevalenza – quale aggressione offensiva, e non reazione difensiva. Per quanto riguarda l’elemento soggettivo, non si ritiene auspicabile imporre limitazioni, sebbene *de facto* solo raramente gli eccessi astenici intenzionali potranno essere scusati, posta la già segnalata difficile compatibilità degli stessi con il riscontro dell’*animus defendendi*.

Così come già adesso accade nell’ordinamento italiano (*ex artt.* 55/1 e 59/4 c.p.), e in quello tedesco (§ 16 StGB, applicato analogicamente alla le-

¹³ V. *supra*, Cap. IV, § 4.2.

¹⁴ V. *supra*, Cap. IV, § 4.1.

¹⁵ V. *supra*, Cap. V, § 6.

¹⁶ V. *supra*, Cap. V, § 4.

¹⁷ V. *supra*, Cap. V, § 3.1.

¹⁸ V. *supra*, Cap. VI, § 2.

¹⁹ V. *supra*, Cap. VI, § 1.

gittima difesa putativa), andrebbe mantenuta anche la non punibilità degli eccessi difensivi incolpevoli e della legittima difesa putativa incolpevole.

2.3. Le condotte difensive per le quali sarebbe opportuno sancire una consistente mitigazione sanzionatoria rispetto alle ordinarie pene dei delitti colposi e dolosi, in quanto “semi-scriminate”

Una rilevante novità rispetto a quanto attualmente previsto negli ordinamenti italiano e tedesco, seppur parzialmente sovrapponibile all’istituto della “esimente incompleta” di cui all’art. 21.1 del testo punitivo spagnolo, sarebbe l’introduzione di una clausola definibile “semi-scriminante” per gli eccessi difensivi non scusabili, in quanto non influenzati – in misura “patologica” – da fattori emotivi astenici come ansia o terrore.

Così come nell’ordinamento spagnolo²⁰, suddette clausole semi-scriminanti dovrebbero contemplare un’importante riduzione di pena rispetto a quella prevista per il reato doloso o colposo commesso, da applicare obbligatoriamente una volta stabilita la pena mediante i consueti parametri di commisurazione (senza, ovviamente, tenere conto della parte “scriminata” della stessa, onde evitare una duplicazione della mitigazione sanzionatoria).

Le reazioni difensive cui applicare suddette clausole dovrebbero essere gli eccessi difensivi colposi o con dolo eventuale, da un lato, e gli eccessi difensivi intenzionali dall’altro, sempre che non si possa applicare loro la summenzionata clausola scusante.

Si riterrebbe peraltro opportuno differenziare, per le ragioni già esplicate, la riduzione di pena contemplata per gli eccessi difensivi commessi con colpa o dolo eventuale da quella prevista per gli eccessi difensivi intenzionali: nel primo caso la pena potrebbe essere ridotta, orientativamente, da un terzo a due terzi; mentre per gli eccessi intenzionali la decurtazione sanzionatoria potrebbe variare, in linea di massima, da un sesto ad un terzo. La cornice edittale di riferimento, ovviamente, sarebbe quella del delitto doloso nel caso di eccesso intenzionale, e quella del delitto colposo per gli eccessi colposi: per gli eccessi con dolo eventuale, secondo quanto detto in precedenza sarebbe auspicabile applicare – *quoad penam* – il compasso edittale contemplato per il reato colposo²¹, sebbene una simile soluzione porterebbe ad aporie sistematiche, e dunque se ne ritiene improbabile l’implementazione legislativa.

Stabilire la mitigazione sanzionatoria in misura variabile, peraltro, consentirebbe al giudice di adeguarla all’effettiva misura dell’eccesso realizzato dall’agredito rispetto ai limiti normativamente prescritti.

²⁰ Nel quale è contemplata una riduzione di pena fino alla metà: v. *supra*, Cap. III, § 1.2.

²¹ V. *supra*, Cap. VI, § 3.2.

3. Come innestare il propugnato modello differenziato “duale” di disciplina della legittima difesa nell’ordinamento giuridico italiano (e potenzialmente anche in altri ordinamenti europei)

In conclusione, si ritiene opportuno fornire delle indicazioni più precise sulle concrete modalità con cui il concetto di *fair risk* difensivo costituzionalmente orientato, ed il modello di disciplina duale di legittima difesa che dovrebbe introdurlo nell’ordinamento, dovrebbe essere implementato.

Le considerazioni proposte, come accennato, riguarderanno in concreto l’ordinamento penale italiano quale modificato – in materia di legittima difesa – dalle riforme legislative del 2006 e del 2019. Ciò nonostante, la propugnata concezione personalistica della legittima difesa effettiva costituzionalmente orientata appare potenzialmente inseribile anche negli altri sistemi giuridici democratici dell’Unione Europea, posta la similitudine dei principi espressi dalle Costituzioni ivi vigenti, ed il comune vincolo al rispetto dei principi della CEDU.

3.1. Soluzione preferibile: l’introduzione di un impianto normativo radicalmente diverso da quello attuale

La soluzione preferibile sarebbe una riforma normativa radicale incentrata essenzialmente su due o tre articoli codicistici, inseriti *ex novo* o comunque riformati rispetto a quelli attualmente vigenti.

Presupposto dell’inserimento di siffatta nuova disciplina sarebbe peraltro, come già sottolineato, l’abolizione integrale della norme, introdotte con le ll. nn. 59/2006 e 36/2019, in materia di legittima difesa domiciliare, sempre che le stesse non saranno, in futuro, dichiarate incostituzionali della Consulta²².

Una seconda peculiarità relativa all’ordinamento italiano concerne il principio dell’applicazione oggettiva delle cause di giustificazione (art. 59/1 c.p.), il quale per le già dette ragioni andrebbe – quanto meno per la legittima difesa, quale scriminante “conflittuale”²³ – eliminato, imponendosi il riscontro di una volontà difensiva in caso all’agredito quale requisito generale, necessario anche ai fini dell’applicazione della disciplina dell’eccesso difensivo. In aggiunta, occorrerebbe altresì espungere l’attuale previsione dell’art. 55/1 c.p., in quanto norma pleonastica, meramente dichiarativa dei principi generali in tema di colpa²⁴.

Sarebbe dunque auspicabile, anzitutto, una modifica sostanziale dell’attuale testo dell’art. 52 c.p., nel quale il 1° comma potrebbe essere dedicato alla legittima difesa di beni essenziali, ed il 2° alla legittima difesa di beni non esi-

²² V. *supra*, Cap. II, § 1.2.

²³ V. *supra*, Introduzione.

²⁴ V. *supra*, Cap. II, § 1.3.

stenziali. Come già precisato, i requisiti comuni dovrebbero essere la sussistenza di un'aggressione ingiusta, l'attualità della suddetta, la necessità della condotta difensiva per neutralizzare l'aggressione e l'*animus defendendi*; mentre per la legittima difesa di beni non essenziali sarebbe altresì prescritta la stretta proporzione tra difesa ed aggressione/offesa (che negli altri casi sarebbe "*in re ipsa*"). La formulazione, inoltre, potrebbe auspicabilmente comprendere una valutazione sui requisiti dell'attualità e necessità di tipo oggettivo e prognostico, e declinare il concetto di "reazione difensiva necessaria" quale scelta del mezzo difensivo meno lesivo a disposizione nella concreta situazione conflittuale.

Si potrebbe poi inserire un'ulteriore previsione, attualmente contemplata solo per la legittima difesa domiciliare dall'art. 55/2 c.p., contenente una clausola di non punibilità, fondata sull'inesigibilità (*ergo* una "scusante"), per gli eccessi difensivi realizzati sotto il decisivo influsso di fattori emotivi astenici determinati nell'agente dall'aggressione ingiusta.

Da ultimo, sarebbe senz'altro innovativa l'introduzione di una clausola "semi-scriminante" tale da determinare una riduzione effettiva di pena per gli eccessi difensivi, mitigazione sanzionatoria di maggiore entità per gli eccessi non intenzionali (potenzialmente anche fino a due terzi, o altrimenti fino alla metà), e meno consistente per quelli intenzionali (tendenzialmente non superiore ad un terzo). Si potrebbe poi sancire esplicitamente l'applicazione di siffatta clausola sia agli eccessi intensivi, che a quelli estensivi²⁵, mediante il riferimento esplicito al superamento dei limiti dati dalla necessità difensiva, dalla proporzione, e dall'attualità del pericolo/aggressione.

3.2. Soluzione alternativa "legislativa": una riforma legislativa soft degli attuali artt. 52 e 55 c.p., specificando i parametri attraverso i quali determinare l'attualità dell'aggressione, la necessità della reazione difensiva e la proporzione tra difesa e offesa

Il modello di legittima difesa prospettato potrebbe essere innestato anche con un intervento legislativo di minore impatto, e dunque "politicamente" più agevole da approvare.

Si tratterebbe quindi, oltre alla più volte ribadita abolizione delle previsioni in materia di legittima difesa domiciliare, di arricchire il testo dell'attuale art. 52, inserendo nei commi successivi al 1°²⁶ norme definitorie dei principali requisiti attualmente contemplati dalla disposizione *de qua*. Sarebbe pertanto auspicabile, *in primis*, la specificazione dell'obbligo di valutare l'attualità dell'aggressione e la necessità della difesa in ottica *ex ante* prendendo a riferimento un osservatore ragionevole agente nelle medesime condizioni (og-

²⁵ A patto che, per gli eccessi estensivi "posticipati", la reazione avvenga immediatamente dopo la cessazione dell'attualità dell'aggressione: v. *supra*, Cap. VI, § 4.

²⁶ Attualmente dedicati (dal 2° al 4°) alla disciplina della legittima difesa domiciliare.

gettive, non soggettive) dell'agredito. In aggiunta, sarebbe opportuno definire la necessità difensiva come scelta del mezzo difensivo efficace per neutralizzare (anche solo parzialmente) l'aggressione, che sia al contempo il meno lesivo a disposizione del reagente, ed inserire il requisito dell'*animus defendendi*. Andrebbe poi stabilito il principio per cui la necessità difensiva, ma soprattutto la proporzione tra difesa ed offesa, andrebbero valutate con riferimento alle potenzialità lesive della condotta²⁷.

Per quanto riguarda specificamente la proporzione sarebbe invece auspicabile, oltre a sancire in assoluto l'illiceità di ogni condotta rivolta a cagionare la morte o gravi lesioni a fronte di un'aggressione a beni giuridici non personali – nei quali andrebbe esplicitamente inclusa l'invulnerabilità del domicilio²⁸ – la previsione di una presunzione *relativa* di proporzionalità delle reazioni difensive, pur se rivolte a provocare la morte o gravi lesioni all'aggressore, realizzate a fronte di aggressioni a beni giuridici di natura personale: la presunzione, secondo i dettami teorici accolti, sarebbe smentita nel caso di lieve entità della lesione minacciata sui menzionati beni giuridici personali (es.: fugace tocco delle terga senza rischio di *escalation*).

Relativamente alla clausola scusante per gli eccessi difensivi di tipo “astenoico”, la modifica richiesta sarebbe minima, occorrendo unicamente sostituire – nel testo dell'art. 55/2 c.p. – il riferimento alle norme sulla legittima difesa domiciliare (artt. 52/2 ss. c.p.) con quello alla disciplina generale della legittima difesa (art. 52 c.p. *tout court*). Per quanto riguarda le clausole “semi-scriminanti”, invece, le stesse andrebbero inserite in un articolo (o anche in un comma) codicistico a parte, caratterizzato dal contenuto esplicito nel precedente paragrafo.

3.3. Soluzione alternativa “giurisprudenziale”: il mantenimento, previa abolizione della “legittima difesa domiciliare” e introduzione di una nuova disciplina dell'eccesso, dell'attuale assetto normativo della legittima difesa

Per concludere, vanno considerate le possibilità di recepire il modello di legittima difesa qui elaborato a legislazione (italiana) vigente, e dunque unicamente attraverso un'evoluzione della prassi interpretativa della Corte di Cassazione.

Sempre ipotizzando l'espunzione dal sistema della disciplina della legittima difesa domiciliare, l'ampliamento degli spazi di giustificazione finalizzato a garantire un diritto di autodifesa necessitato effettivo, ma al contempo costituzionalmente orientato, potrebbe essere anche conseguito in via esecutiva.

A tal fine occorrerebbe anzitutto adottare, sostanzialmente e non solo for-

²⁷ V. *supra*, Cap. V, § 2.1.

²⁸ Qualora, ovviamente, non vi fossero rischi concreti – sempre da valutare in ottica *ex ante* – per l'incolumità fisica, o altri beni giuridici personali, del reagente o di altri eventuali soggetti residenti nel domicilio.

malmente, un criterio di valutazione *ex ante* oggettivo per il riscontro dei requisiti dell'attualità del pericolo e della necessità difensiva, e focalizzare quest'ultima sulle reali possibilità difensive dell'agredito nella concreta situazione conflittuale, tenendo presenti gli apporti delle scienze empiriche extra-giuridiche, ad esempio in tema di reazioni fisiologiche alle situazioni di ansia, paura e/o stress²⁹.

Per quanto riguarda la proporzione, sarebbe sufficiente utilizzare come primo termine di valutazione del giudizio comparativo, in sede processuale, la condotta difensiva nella sua "naturale" connotazione lesiva, focalizzandosi dunque sul disvalore di condotta; ed in aggiunta considerare conformi al canone di proporzione anche condotte difensive ad alta lesività, qualora realizzate per neutralizzare, o ridurre, il rischio di una lesione di non lieve entità ad un bene giuridico personale di rango primario. Sarebbe comunque impossibile introdurre in via pretoria – salvo ricorrere all'analogia *in malam partem* – il requisito dell'*animus defendendi*, posto il principio dell'applicazione oggettiva delle cause di giustificazione di cui all'art. 59/1 c.p.

Maggiori criticità, di converso, si incontrerebbero nell'estendere la non punibilità a tutti gli eccessi difensivi incisivamente influenzati da fattori psico-emotivi di tipo astenico, eziologicamente connessi all'aggressione ingiusta: gli stessi, difatti, al momento sono unicamente limitati alla legittima difesa domiciliare, ai sensi dell'art. 55/2 c.p., ed in prospettiva la non punibilità degli stessi potrebbe essere mantenuta – visto il riferimento agli artt. 52/2 ss. c.p. – unicamente qualora non venisse abolita la disciplina della legittima difesa domiciliare, che invece si ritiene fortemente contraria alla concezione dell'istituto patrocinata.

Infine, sarebbe impossibile procedere – senza interventi normativi – all'introduzione di clausole "semi-scriminanti", potendosi unicamente adottare delle prassi sanzionatorie tali da applicare, alle ipotesi di eccesso difensivo, il minimo della pena edittale con contemporanea applicazione (con giudizio di prevalenza su eventuali circostanze aggravanti concorrenti) delle circostanze attenuanti generiche (art. 62-*bis* c.p.), e della circostanza attenuante comune dell'aver agito in stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui (art. 62, n. 2, c.p.).

4. Brevi riflessioni finali

In conclusione, si ritiene che il modello di legittima difesa effettiva costituzionalmente orientata prospettata possa rappresentare – al di là delle diverse possibili modalità di "innesto" nell'ordinamento giuridico – un antidoto razionale³⁰ all'irrazionalità delle derive populistiche che stanno pericolosamente prendendo piede in Italia, e altresì in molti altri Paesi.

²⁹ V. *supra*, Cap. IV, § 4.2.1.1.

³⁰ Cfr., in punto di legislazione penale razionale, L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, cit., p. 137 ss.

Al *far west* prospettato ai consociati da taluni esponenti politici, fondato sull'immediato "riscontro emotivo", *ergo* irrazionale, dell'immagine evocativa del cittadino che può armarsi e difendersi senza limiti da chiunque osi invadere la sua sfera giuridica, si oppone l'antidoto razionale del *fair risk*.

L'idea del *fair risk*, della ripartizione equa e congrua del rischio di esito infausto del conflitto innescato dall'aggressione fondata sulla centralità della persona umana nella nostra Costituzione, può senz'altro rappresentare un'alternativa appetibile di stampo squisitamente personalistico alle derive "apparentemente" statalistiche per cui al cittadino dovrebbe accordarsi un sostanziale diritto di uso delle armi in sostituzione, se non addirittura rappresentanza, delle pubbliche autorità. Tali derive, in realtà, non rappresentano neanche un rafforzamento del ruolo dello Stato, bensì una sostanziale ammissione – da parte di quest'ultimo – dell'incapacità di garantire, con un apparato di forze dell'ordine che eserciti le sue funzioni in totale trasparenza e nel pieno rispetto dei diritti fondamentali, quel diritto alla sicurezza che spetta costituzionalmente a tutti i consociati³¹.

A questa effettiva strumentalizzazione del cittadino, prospettata ingannevolmente come estensione dei diritti di quest'ultimo ("la difesa è sempre legittima"), va contrapposta una disciplina della legittima difesa quale *extrema ratio*, che valorizzi l'umanità di entrambi i soggetti del conflitto innescato dall'aggressione, e sancisca "razionalmente" in modo chiaro l'illiceità della soppressione della vita umana per la tutela di beni meramente patrimoniali, o comunque agli stessi assimilabili (come l'inviolabilità del domicilio in quanto tale).

Questo modello, per avere un minimo di "fattibilità" politica, non potrebbe peraltro ignorare la forte domanda di effettività del diritto di autodifesa necessitata che – al di là delle strumentalizzazioni populistiche – proviene dal corpo elettorale, e che è compatibile sia con la Costituzione che con la CEDU nel momento in cui vi siano beni giuridici fondamentali di natura personale in gioco (e sussista il rischio di una grave lesione degli stessi).

A tal riguardo, la razionalità e i valori etico-sociali della nostra Carta Fondamentale si coniugano nel sancire che il *fair risk*, nel caso di un conflitto – ad esempio – che metta in pericolo la vita di un aggressore ingiusto e quella di un aggredito innocente (*rectius*: che non abbia violato la sfera giuridica altrui), sia da allocare principalmente sulle spalle dell'aggressore.

³¹ Analogamente, di recente, L. RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit., p. 4, per cui – con riferimento alla riforma italiana del 2019 «ampliando gli ambiti di liceità dell'autotutela, il legislatore ammette la propria assenza, o comunque l'incapacità di un intervento tempestivo, e concede al cittadino una vera e propria delega (in bianco) ad applicare quella che è stata correttamente definita la pena privata dell'eccesso colposo incolpevole».

Bibliografia

- ABRAMS K.-KEREN H., *Who's Afraid of Law and the Emotions?*, in *Minnesota Law Review*, 94/2010, p. 1997 ss.
- AGUADO CORREA T., *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Granada, 2004.
- ALWART H., *Zum Begriff der Notwehr*, in *JuS*, 1996, p. 953 ss.
- ANASTASIA S.-ANSELMINI M.-FALCINELLI D., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Milano, 2020.
- ANGELINI M., *L'elemento soggettivo nella scriminante di legittima difesa*, in *IP*, 2001, p. 191 ss.
- AZZALI G., *L'eccesso colposo*, Milano, 1965.
- BAITEL I.-DELIU D., *Kinematic Analysis of the Cross Punch Applied in the Full-Contact System Using Inertial Navigation Technology and Surface Electromyography*, in *PSBS*, 117/2014, p. 335 ss.
- BALDÓ LAVILLA F., *Estado de necesidad y legitima defensa*, Barcellona, 1994.
- BANDES S.A.-BLUMENTHAL J.A., *Emotion and the Law*, in *ARLSS*, 8/2012, p. 161 ss.
- BASILE F., *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *DPC*, 13 marzo 2012, p. 1 ss.
- BAUMANN J., *Zurechnungskriterien beim Opferentschädigungsgesetz*, in *Sgb*, 1980, p. 221 ss.
- BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007.
- BERNER A.F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 18^a ed., Lipsia, 1898.
- BERNSMANN K., *Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensdrohenden Angriffen*, in *ZStW*, 1992, p. 290 ss.
- BESAGNO F., *Art. 2*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Commentario breve alla C.e.d.u.*, Padova, 2012, p. 36 ss.
- BEVERE P., *La legittima difesa*, Torino, 2019.
- BITZILEKIS N., *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, Berlin, 1984.
- BLEI H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 18^a ed., München, 1983.
- BOJARSKI M., *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Varsavia, 2017, p. 166 ss.
- BONA M., *La tutela risarcitoria statale delle vittime di reati violenti de intenzionali: la responsabilità dell'Italia per la mancata attuazione della direttiva 2004/80/CE*, in *RCP*, 2009, p. 662 ss.

- BONA M., *Vittime di reati violenti intenzionali: la Corte di giustizia dichiara l'inadempimento dell'Italia*, in RCP, 2017, p. 470 ss.
- BONFIGLIOLI A., *Art. 55 c.p.*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-P. VENEZIANI, *Codice penale commentato*, Torino, 2018, p. 350 ss.
- BORN U., *Die Rechtfertigung der Abwehr vorgetäuscher Angriffe*, Spardorf, 1984.
- BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^a ed., Paris, 2011.
- BOULOC B.-MATSPOULOU H., *Droit pénal général et procédure pénale*, 19^a ed., Paris, 2011.
- BRUNELLI D.-CANESTRARI S. et al., *Il 'Mistero' del dolo eventuale. Scritti dal dibattito svoltosi a Perugia*, 27 gennaio 2012, Torino, 2012.
- CADOPPI A., «Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto». *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1377 ss.
- CADOPPI A.-BILLO G., *Art. 52 c.p.*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-P. VENEZIANI, *Codice penale commentato*, Torino, 2018, p. 328 ss.
- CADOPPI A.-VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018.
- CANNON W.B., *The Emergency Function of the Adrenal Medulla in Pain and the Major Emotions*, in *AJP*, 33/1914, p. 356 ss.
- CARBONI L., *Il dolo eventuale dopo la sentenza Thyssenkrupp*, Milano, 2015.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, Pisa, 1877.
- CARRARA F., *Diritto della difesa pubblica e privata*, in *Opuscoli*, I, 1878, p. 107 ss.
- CARUSO G., *Delitti di schiavitù e dignità umana*, Padova, 2005.
- CARUSO G., *Ancora a proposito della riforma della legittima difesa. Tra ragioni di 'liceità' e cause di 'scusa'*, in *AP*, 3/2018, p. 1 ss.
- CASAROLI G., *La Convenzione europea sul risarcimento alle vittime dei reati violenti: verso la riscoperta della vittima del reato*, in *RIDPP*, 1986, p. 560 ss.
- CASTELEIERO A.O., *Il risarcimento della vittima nel procedimento penale spagnolo*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, a cura di L. Luparia, 2016, p. 323 ss.
- CAVALIERE A., *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000.
- CERASE M., *Art. 52 c.p.*, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, II, Milano, 2010, p. 873 ss.
- CERRINA FERONI C.-MORBIDELLI G., *La sicurezza: un valore superprimario*, in *PC*, 1/2008, p. 31 ss.
- CHOI C., *Notwehr und "gesellschaftliche Sitten"*, Freiburg, 1988.
- CHRISTIAN S., *Der Erlaubnistatbestandsirrtum in der Falllösung*, in *JA*, 2016, p. 32 ss.
- CINGARI F., *Per una riforma della disciplina dell'eccesso di legittima difesa*, in *AP*, 3/2018, p. 6 ss.
- CIOPPA G., *In tema di legittima difesa putativa*, in *GP*, 2003, p. 257 ss.

- CIPOLLA F., *La reazione violenta del derubato, tra la nuova legittima difesa e il problema della ragionevolezza della erronea supposizione della causa di giustificazione*, in *GM*, 2007, p. 2353 ss.
- CIVOLI C., *Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono*, in *Enc. dir. penale italiano*, V, Milano, 1904, p. 1 ss.
- CLERICI C.A.-VENERONI L., *The Impossible Escape: Studies on the Tonic Immobility in Animals from a Comparative Psychology Perspective*, New York, 2012.
- COCCO G., *Punibilità nella teoria del reato*, in *Dig. pen.*, IX agg., Milano, 2016, p. 516 ss.
- COCCO G., *La punibilità quarto elemento del reato*, Milano, 2017.
- CODA S., *Riflessioni in tema di eccesso colposo*, in *RP*, 1/2012, p. 65 ss.
- CODACCIONI V., *La légitime défense*, Paris, 2019.
- CONSORTE F., *La presunzione di proporzione in una prospettiva internazionale: spunti interpretativi*, in *CP*, 2006, p. 2653 ss.
- CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018.
- CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 5 maggio 2019, p. 1 ss.
- CONSULICH F., *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *DPC-RT*, 3/2019, p. 1 ss.
- CORDOBA RODA J., *Las eximentes incompletas en el Còdigo penal*, Oviedo, 1966.
- CORNELLI R., *Argomenti criminologici sulla legittima difesa*, in *DPP*, 2019, p. 987 ss.
- CRATTY B., *Motorisches Lernen und Bewegungsverhalten*, Frankfurt am Main, 1975.
- CRUM A.J. et al., *The Role of Stress Mindset in Shaping Cognitive, Emotional and Physiological Responses to Challenging and Threatening Stress*, in *ASC*, 2017, p. 379 ss.
- DE FRANCESCO G., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018.
- DE LA CUESTA AGUADO P., *El fundamento de la justificación*, in F. MORALES PRATS et al., *Represión penal y estado de derecho*, Cizur Menor, 2018, p. 313 ss.
- DE VERO G., *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *RIDPP*, 1998, p. 773 ss.
- DE VERO G., *Corso di diritto penale*, I, 2^a ed., Torino, 2012.
- DESORTES F.-LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, 13^a ed., Paris, 2006.
- DIAMANTI F., *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *RIDPP*, 2016, p. 1343 ss.
- DIAZ PALOS F., *La legitima defensa (Estudio técnico-jurídico)*, Barcelona, 1971.
- DIAZ PALOS F., (voce) *Miedo insuperable*, in *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, XVI, Barcelona, 1978, p. 345 ss.
- DOLCINI E., *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *DPP*, 2006, p. 431 ss.

- DONINI M., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in RIDPP, 2016, p. 698 ss.
- DONINI M., *Populismo e ragione pubblica: il post illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019.
- EBERT F., *Grundlagen des Selbstverteidigungsrechts: Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen*, Köln, 2017.
- ENGISCH K., *Auf der Suche nach Gerechtigkeit*, München, 1971.
- ENGLÄNDER A., § 32 StGB, in *Matt – Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar*, 2013.
- ERB V., *Zur aushöhlung des Notwehrrechts durch lebensfremde tatrichterliche Unterstellungen*, in *NstZ*, 2011, p. 186 ss.
- ERB V., § 32 StGB, in *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, 3^a ed., §§ 1-37, 2017.
- ERB V., § 33 StGB, in *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, 3^a ed., §§ 1-37, 2017.
- ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.
- EYSENCK M. et al., *Anxiety and Cognitive Performance: Attentional Control Theory*, in *Emotion*, 7/2007, p. 336 ss.
- FARANDA C., *L'eccesso colposo*, Milano, 1984.
- FELBER R., *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen*, München, 1979.
- FENUCCI T., *Quanto spazio c'è per un diritto individuale alla sicurezza nell'ordinamento costituzionale italiano? Brevi osservazioni*, in *Federalismi.it*, 25 novembre 2015, p. 1 ss.
- FERRAJOLI L., *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, 1/2019, p. 79 ss.
- FERRI E., *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, 1878.
- FERRI E., *Principi di diritto criminale*, Torino, 1921.
- FEUERBACH A., *Lehrbuch der gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11^a ed., Gießen, 1832.
- FIANDACA G.-LEINIERI G., *Art. 52 c.p.*, in G. FORTI-S. SEMINARA-G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, 2017, p. 226 ss.
- FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Bologna, 2019, p. 298 ss.
- FICHTE J.G., *Rechtslehre – vorgetragen von Ostern bis Michaelis 1812*, Leipzig, 1920.
- FIORETTI G.-GERBOGLIO A., *La legittima difesa. Studio giuridico*, Torino, 1894.
- FISCHER T., § 15 StGB, in *Fischer Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66^a ed., 2019.

- FISCHER T., § 32 StGB, in *Fischer Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66^a ed., 2019.
- FISCHER T., § 33 StGB, in *Fischer Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66^a ed., 2019.
- FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo*, in A. CAVALIERE et al. (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, p. 137 ss.
- FLETCHER G., *Eccesso di legittima difesa*, trad. di M. Senore, Milano, 1995.
- FLETCHER G., *Grammatica del diritto penale*, trad. di M. Papa, Bologna, 2004.
- FLORA G., *La difesa “è sempre legittima”?*, in *Discrimen*, 2/2019, p. 17 ss.
- FLORIAN E., *Parte generale del diritto penale*, I, 1925, p. 496 ss.
- FORNASARI G., *Legittima difesa*, in G. FORNASARI-A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, 3^a ed., Milano 2012, p. 55 ss.
- FRANKE A., *Das Gesetz der StraÙe: Wer zuerst zuschlägt kann nicht geschlagen werden, realistische Strassenselbstverteidigung “Be real”*, Göttingen, 2014.
- FREUND G., *Richtiges Entscheiden: am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht*, in *GA*, 1991, p. 387 ss.
- FRISCH W., *Vorsatz und Risiko – Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Voratzes*, Köln, 1983.
- FRISTER H., *Zur Einschränkung des Notwehrrechts durch Art 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in *GA*, 1985, p. 553 ss.
- FRISTER H., *Die Notwehr im System der Notrechte*, in *GA*, 1988, p. 291 ss.
- FROSALI R.A., *Sistema penale italiano*, II, Torino, 1958, p. 317 ss.
- FROSINI T.E., *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in www.forumcostituzionale.it.
- FUCHS H., *Grundfragen der Notwehr*, Wien, 1986.
- GALLAS W., *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, in *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, 1979, p. 155 ss.
- GALLO M., *Due o tre cose sul nuovo volto della legittima difesa*, in *AP*, 2/2019, p. 1 ss.
- GARCIA RIVAS N., *Las causas de justificaciòn en el còdigo penal español*, in AA.VV., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2016, p. 245 ss.
- GARGANI A., *Il diritto di autotutela in un privato domicilio*, in *Studium Iuris*, 2006, p. 960 ss.
- GARGANI A., *Il diritto all'autotutela in un privato domicilio: un'ipotesi speciale di legittima difesa?*, in C. PIEMONTESE (a cura di), *La riforma della legittima difesa e della recidiva tra teoria e prassi*, Pisa, 2008, p. 19 ss.
- GARGANI A., *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 CEDU*, in *LP*, 14 febbraio 2019, p. 1 ss.
- GATTA G.L., *Sulla legittima difesa “domiciliare”: una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*, in *DPC*, 22 ottobre 2018, p. 1 ss.
- GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in *DPC*, 1^o aprile 2019, p. 1 ss.

- GEILEN G., *Notwehr und Notwehrexzess*, in *Jura*, 1981, p. 200 ss.
- GELHAUSEN R.-WEINER B., *Opferentschädigungsgesetz Kommentar*, 6^a ed., München, 2015.
- GENSIKOWSKI P., *Nowelizacja art. 25 § 3 kodeksu karnego*, in *PP*, 9/2009, p. 125 ss.
- GIUPPONI T.F., *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali*, in AA.VV., *Diritti umani. Trasformazioni e reazioni*, a cura di S.Vida, Bologna, 2009, p. 275 ss.
- GÓMEZ BENITEZ J.M., *Teoria jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1987.
- GÓRAL R., *Obrona konieczna w praktyce*, Varsavia, 2011.
- GÖSSEL K.H., *Strafrecht. Fälle und Lösungen*, 8^a ed., Erlangen, 2001.
- GRAY G.-MCNAUGHTON N., *The Neuropsychology of Anxiety*, 2^a ed., Oxford, 2003.
- GROSSO C.F., *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961.
- GROSSO C.F., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964.
- GROSSO C.F., voce *Eccesso colposo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 2 ss.
- GROSSO C.F., *La difesa legittima dopo la L. 26 aprile 2019, n. 36*, in *DPP*, 2019, p. 888 ss.
- HAAGENARS M. et al., *Aversive Life Events Enhance Human Freezing Responses*, in *Journal of Experimental Psychology: General* 2012, 141/2012, p. 98 ss.
- HAAS R., *Notwehr und Nothilfe: zum Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe*, Frankfurt am Main, 1978.
- HASSEMER W., *Die provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts*, in *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, 1979, p. 225 ss.
- HEFFTER A.W., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes*, 6^a ed., Braunschweig, 1857.
- HEGEL G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlino, 1820.
- HEGER F.-KÜHL K., § 33 StGB, in *Lackner/Kühl Kommentar Strafgesetzbuch*, 29^a ed., 2018.
- HEINRICH B., *Deckt § 33 StGB auch den extensiven Notwehrexzess*, *Examinatorium Strafrecht-AT-Schuld 1-Notwehrexzess – Arbeitsblatt nr. 30*, 1^o ottobre 2018, in www.jura.uni-tuebingen.de.
- HERZBERG R.D., *Erlaubnistatbestandsirrtums und Delikttaufbau*, in *JA*, 1989, p. 243 ss.
- HEUCHEMER M., *Die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums in der Klausur*, in *JuS*, 2012, p. 795 ss.
- HEUCHEMER M., § 33 StGB, in *Heintschel-Heinegg Kommentar Strafgesetzbuch*, 40^a ed., 2018.
- HIGUERA GUIMERA J.F., *La eximente de miedo insuperable en el Derecho Penal comun y militar*, Barcellona, 1991.
- HIMMELREICH K., *Erforderlichkeit der Abwehrhandlung, Gebotensein der Notwehrhandlung, Provokation und Recht mißbrauch*, in *GA*, 1966, p. 129 ss.
- HRUSCHKA J., *Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitssurteils nach heutigem Strafrecht*, in *GA*, 1980, p. 1 ss.

- IGLESIAS RIO M.A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legitima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Granada, 1999.
- IGLESIAS RIO M.A., *Perspectiva historico-cultural y comparada de la legitima defensa*, Burgos, 1999.
- INSOLERA G., *Dalla legittima difesa all'offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica dell'art. 52 c.p.*, in www.questionegiustizia.it, 28 gennaio 2019, p. 1 ss.
- INSOLERA G.-MANNA A.-MAZZACUVA N.-PULITANO D.-RISICATO L.-SOTIS C. *et al.*, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *DPC*, 21 dicembre 2016, p. 2 ss.
- ISENSE J., *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin, 1983.
- JACOPIN S., *Droit pénal général*, 2^a ed., Paris, 2014.
- JÄGER C., *Das dualistische Notwehrverständnis und seine Folgen für Verteidigung*, in *GA*, 2016, p. 258 ss.
- JAKOBS G., *Schuld und Prävention*, Heidelberg, 1976.
- JAKOBS G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a ed., Berlino, 1991, p. 377 ss.
- JĘDRZEJEWSKI Z., *Obrona konieczna, agresywny i defensywny stan wyższej konieczności w prawie cywilnym i karnym*, 2018, p. 171 ss.
- JESCHECK H., *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, Berlin, 1988.
- JESCHECK H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechtes. Allgemeiner Teil*, 5^a ed., 1996, Berlin, p. 336 ss.
- JIMENEZ DIAZ M.J., *El exceso intensivo en la legitima defensa*, Granada, 2007.
- JONES J.G.-HARDY L., *The Academic Study of Stress in Sport*, in J.G. JONES-L. HARDY (a cura di), *Stress and Performance in Sport*, Chichester, 1990, p. 3 ss.
- KANIA A., *Mój dom moją twierdzą*, in *NKPK*, 48/2018, p. 13 ss.
- KARGER B., *Forensische Ballistik von Schussverletzungen, in Rechtsmedizin*, 3-4/2001, p. 104 ss.
- KARGL W., *Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr*, in *ZStW*, 1998, p. 38 ss.
- KASISKE P., *Begründung und Grenzen der Nothilfe*, in *Jura*, 2004, p. 832 ss.
- KASPAR J., *“Rechtsbewährung” als Grundprinzip der Notwehr?*, in *RW*, 2013, p. 40 ss.
- KAUFMANN A., *Zum Stande der Lehre von personalen Unrecht*, in *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin, 1974, p. 393 ss.
- KINDHÄUSER U., *§ 33 StGB, in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 5^a ed., Band 1, 2017.
- KIOUPIS D., *Notwehr und Einwilligung*, Baden Baden, 1992.
- KLEINE B.-ROSSMANITH W., *Hormone und Hormonsystem: Lehrbuch der Endokrinologie*, 3^a ed., Berlin, 2014.
- KLESCZEWSKI D., *Ein zweischneidiges Recht*, in *Festschrift für E.A. Wolff*, Berlin, 1998, p. 225 ss.
- KLOSE P., *Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot*, in *ZStW*, 1977, p. 61 ss.

- KLUZA J., *Nowe granice obrony koniecznej? Uwagi na tle nowelizacji kodeksu karnego z 8 grudnia 2017 roku*, in *RPES*, 3/2018, p. 87 ss.
- KOCH B., *Prinzipientheorie der Notwehrein-schränkungen*, in *ZStW*, 1992, p. 785 ss.
- KOCH M., *Die aufgedrängte Nothilfe im Strafrecht*, Aachen, 2003.
- KÖHLER M., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, 1997, p. 265 ss.
- KORIATH H., *Einige Gedanken zur Notwehr*, in *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, München, 2001, p. 361 ss.
- KRATSCHE D., *§ 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, in *GA*, 1975, p. 65 ss.
- KRATSCHE R., *Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift für Diedrich Oelehr*, Köln, 1985, p. 65 ss.
- KREY V.-ESSER R., *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6^a ed., Stuttgart, 2016.
- KROSS A., *Notwehr gegen Schweigegelderpressung*, Berlin, 2004.
- KÜHL K., *Die "sozialethischen Einschränkungen" des Notwehr*, in *Jura*, 1990, p. 244 ss.
- KÜHL K., *Angriff und Verteidigung bei der Notwehr*, in *Jura*, 1993, p. 57 ss.
- KÜHL K., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8^a ed., München, 2017.
- LANG P., *Die Anwendung psychophysiologischer Methoden in Psychotherapie und Verhaltensmodifikationen*, in N. BIRNBAUMER (a cura di), *Psychophysiologie der Angst*, 2^a ed., München, 1977, p. 15 ss.
- LENCKNER T., *§ 34 StGB*, in *S/S Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 18^a ed., 1976.
- LENCKNER T., *Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14.06.1972 – 2 StR 679/71*, in *JZ*, 1976, p. 253 ss.
- LESCH H.H., *Dolus directus, indirectus und eventualis*, in *JA*, 1997, p. 802 ss.
- LEVITA C., *Das Recht der Notwehr*, Gießen, 1856, p. 18 ss.
- LEVITT E., *Die Psychologie der Angst*, 5^a ed., Stuttgart, 1987.
- LIMBURSKA A., *Niekarałność przekroczenia granic obrony koniecznej*, in *CPKNP*, 4/2017, p. 7 ss.
- LUDWIG D., *"Gegenwärtiger Angriff", "drohende" und "gegenwärtige Gefahr" im Notwehr- und Notstandsrecht*, Frankfurt am Main, 1991.
- LUZON PEÑA D.M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., Buenos Aires, 2002.
- MACRÌ F., *La violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) nella giurisprudenza della suprema corte del 2015*, in *DPC-RT*, 1/2016, p. 164 ss.
- MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, in *DPC-RT*, 3/2019, p. 26 ss.
- MACYOUNG M., *A Professional's Guide to Ending Violence Quickly*, Boulder, 1996.
- MAGALDI M.J., *La legítima defensa en la Jurisprudencia española*, Barcelona, 1976.
- MAIHOFFER W., *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Frankfurt am Main, 1968.
- MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i 'nuovi' vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES-V.

- ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 1 ss.
- MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017.
- MANNA A., *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017.
- MANNA A., *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *AP*, 3/2018, p. 1 ss.
- MANTOVANI F., *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *RIDPP*, 2006, p. 432 ss.
- MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, 10^a ed., Milano, 2017.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, I, 7^a ed., Milano, 2019.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, 5^a ed., II, Torino, 1985, p. 374 ss.
- MAREK A., *Obrona konieczna w prawie karnym*, Varsavia, 2008.
- MARINUCCI G., (voce) *Cause di giustificazione*, in *Dig. pen.*, III, Torino, 1988, p. 130 ss.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Milano, 2019.
- MARNEROS A., *Affekttaten und Impulstaten*, Stuttgart, 2006.
- MARONEY T., *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, in *LHB*, 30/2006, p. 119 ss.
- MASARONE V., *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p. 1056 ss.
- MAŚNICKA M., *Wpływ ideologii ZSRR na kształt instytucji obrony koniecznej w Polsce i w Niemczech*, in *PRPC*, 2/2011, p. 315 ss.
- MAY R., *The Meaning of Anxiety*, New York, 1950.
- MAYAUD Y., *Art. 122-5*, in *Code pénal annoté Dalloz*, 114^a ed., Paris, 2017.
- MAYER H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, 1967.
- MELUZZI A., *Prefazione*, in R. PARADISI, *Il diritto negato. Alle origini della legittima difesa: l'eterno conflitto tra Antigone e Creonte*, Torino, 2019, p. IX.
- MILITELLO V., *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione*, in *RIDPP*, 2006, p. 826 ss..
- MILLER R., *Meditations on Violence: A Comparison of Martial Arts Training & Real World Violence*, Boston, 2008.
- MIR PUIG S., *Derecho penal. Parte general*, 10^a ed., 2015.
- MITSCH W., *Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe*, in *JA*, 1989, p. 79 ss.
- MOZGAWA M., *Obrona konieczna w polskim prawie karnym*, in *AUMC sectio G*, 60(2)/2013, p. 171 ss.
- MÜLLER C., *Die Abgrenzung von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit*, in *JA*, 2013, p. 584 ss.
- MUÑOZ CONDE F.-GARCIA ARAN M., *Derecho Penal. Parte General*, 9^a ed., Valencia, 2015.

- NIEUWENHUYTS A.-OUDEJANS R., *Anxiety and perceptual-motor performance*, in *PR*, 2012, p. 747 ss.
- NIPPERT A.-TINKL C., *Erlaubnistatbestandsirrtum? Auswirkungen der ex ante-bzw. ex-post-Beurteilung der Rechtsfertigungslage von § 32 und § 34 StGB*, in *JuS*, 2002, p. 964 ss.
- NUVOLONE P., *Le due forme dell'eccesso colposo*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, p. 613 ss.
- OETKER F., *Notwehr und Notstand*, in AA.VV., *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil 2*, Berlin, 1908, p. 252 ss.
- OTTO H., *Gegenwärtiger Angriff (§ 32 StGB) und gegenwärtige Gefahr (§§ 34, 35, 249, 255 StGB)*, in *Jura*, 1999, p. 552 ss.
- PADOVANI T., *La condotta omissiva nel quadro della difesa legittima*, in *RIDPP*, 1970, p. 677 ss.
- PADOVANI T., (voce) *Difesa legittima*, in *Dig. pen.*, III, Torino, 1989, p. 498 ss.
- PADOVANI T., *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *GD*, 13/2006, p. 52 ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, 11^a ed., Milano, 2017, p. 201 ss.
- PAEFFGEN H., *Vorbem. § 32 StGB*, in *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 5^a ed., Band 1, 2017.
- PAGLIARO A., *Difesa legittima*, in C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, II, Milano, 2007, p. 272 ss.
- PALAVERA R., *La bilancia e pistola: la prova dell'elemento psicologico "oltre ogni ragionevole dubbio" in un caso di legittima difesa putativa*, in *RIDPP*, 2006, p. 1665 ss.
- PALAZZO F., *La riforma dell'art. 52 c.p.: aggiornamento o trasfigurazione della legittima difesa*, in A. BERNARDI *et al.* (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, p. 53 ss.
- PALAZZO F., *Costituzione e scriminanti*, in *RIDPP*, 2009, p. 1033 ss.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2018, p. 379 ss.
- PALAZZO F., *Il volto del sistema penale e le riforma in atto*, in *DPP*, 1/2019, p. 5 ss.
- PALAZZO F., *La tutela della persona umana: dignità, salute, scelte di libertà*, in *DPC*, 23 settembre 2019, p. 1 ss.
- PALAZZO F.-PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, 3^a ed., Torino, 2013, p. 87 ss.
- PALIERO C.E., *La Legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione)*, in *LP*, 2006, p. 569 ss.
- PANEBIANCO G., *La legittima difesa*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico|pratico di diritto penale*, I, *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, Torino, 2010, p. 362 ss.
- PANKSEPP J., *The Psychoneurology of Fear*, in G. BORROW *et al.* (a cura di), *Handbook of Anxiety*, 3, *The Neurobiology of Anxiety*, Amsterdam, 1990, p. 3 ss.

- PAPA M., *L'America che si incendia e le colpe del Grand Jury*, in *www.questione giustizia.it*, 11 dicembre 2014.
- PAPA M., *La tutela penale del patrimonio nel diritto anglo-americano*, Milano, 2018.
- PAPA M., *Fantastic voyage: attraverso la specialità del diritto penale*, 2^a ed., Torino, 2019.
- PARADISI R., *Il diritto negato. Alle origini della legittima difesa: l'eterno conflitto tra Antigone e Creonte*, Torino, 2019.
- PAWLIK M., *Die Notwehr nach Kant und Hegel*, in *ZStW*, 2002, p. 259 ss.
- PECORELLA G., *Semantica versus ideologie. L'errore sulle c.d. Cause di esclusione della pena*, in *AP*, 2/2019, p. 1 ss.
- PEDRAZZI C., (voce) *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 146 ss.
- PELLETIER H., *Art. 122-5*, in *Code pénal annoté LexisNexis*, 28^a ed., Paris, 2016.
- PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco?*, in *OC*, 5/2019, p. 106 ss.
- PELISSERO M., *Politica, consenso sociale e dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio*, in *AP*, 1/2019, p. 1 ss.
- PERRON W., § 32 *StGB*, in *Schönke/Schröder Kommentar Strafgesetzbuch*, 30^a ed., 2019.
- PERRON W., § 33 *StGB*, in *Schönke/Schröder Kommentar Strafgesetzbuch*, 30^a ed., 2019.
- PETROCELLI B., *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940.
- PIERDONATI M., *La proporzione nella legittima difesa: il "momento" e la "base del giudizio"*, in *IP*, 2003, p. 587 ss.
- PISA P., *La legittima difesa tra far west ed Europa*, in *DPP*, 2004, p. 797 ss.
- PISANI N., *La legittima difesa*, in M. RONCO (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale*, 2, *Il reato*, tomo II, 2^a ed., Bologna, 2011, p. 724 ss.
- PLANTAMURA V., *L'omicidio per legittima difesa*, parte I, in *AP*, 3/2014, p. 858 ss.
- PLANTAMURA V., *L'omicidio per legittima difesa*, parte II, in *AP*, 1/2015, p. 194 ss.
- PRADEL J., *Legittima difesa (Francia)*, in J. PRADEL-A. CADOPPI (a cura di), *Casi di diritto penale comparato*, Milano, 2005, p. 56 ss.
- PRADEL J., *Droit pénal général*, 19^a ed., Paris, 2012.
- PRADEL J.-VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 10^a ed., Paris, 2016.
- PRODOMICI S., *Dolus eventualis. Il dolo nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993.
- PULITANÒ D., *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, in *DPC-RT*, 2017, p. 262 ss.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, 8^a ed., Torino, 2019.
- PULITANÒ D., *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *DPC*, 5/2019, p. 205 ss.
- PUPPE I., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3^a ed., Baden Baden, 2016.

- QUINTANAR DIEZ M., *La eximente de miedo insuperable*, Madrid, 1998.
- QUINTERO OLIVARES G., *Parte General del Derecho Penal*, 4ª ed., Madrid, 2010.
- RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, 6ª ed., Torino, 2017.
- RENOUET H., *Droit pénal général*, Paris, 2011.
- REQUEJO CONDE C., *La legittima defensa*, Valencia, 1999.
- RISICATO L., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019.
- RISICATO L., *Le interferenze tra anti giuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *LP*, 28 giugno 2019, p. 1 ss.
- RÖBER H., *Kalter Stahl: Messerangriffe, Messerabwehr und Messerkampf*, Norderstedt, 2007.
- ROBINSON P.H. et al., *Criminal Law*, 4ª ed., New York, 2016.
- ROGALL K., § 32 StGB, in *Systematischer Kommentar Strafgesetzbuch*, 9ª ed., Band 1, 2017.
- ROGALL K., § 33 StGB, in *Systematischer Kommentar Strafgesetzbuch*, 9ª ed., Band 1, 2017.
- ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, 3ª ed., I, Milano, 2004, p. 554 ss.
- RONCO V., (voce) *Legittima difesa*, in *Dig. pen.*, agg., 2008, II, p. 642 ss.
- RÖNNAU T., *Grundwissen-Strafrecht: Versuchsbeginn*, in *JuS*, 2013, p. 879 ss.
- ROSENAU H., *Der Notwehrexzess*, in *Festschrift für Werner Beulke*, Heidelberg, 2015, p. 225 ss.
- ROXIN C., *Die "sozialethischen Einschränkungen" des Notwehrrechts. – Versuch einer Bilanz*, in *ZStW*, 1981, p. 68 ss.
- ROXIN C., *Über den Notwehrexzess*, in *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Göttingen, 1985, p. 105 ss.
- ROXIN C., *Von welchem Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus?*, in *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio, 1985, p. 137 ss.
- ROXIN C., *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, trad. di S. Moccia, Napoli, 1996.
- ROXIN C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4ª ed., 2006, München.
- RÜCKERT C., *Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht*, Tübingen, 2017.
- RUDOLPHI H.J., *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der Fahrlässigkeitslehre*, in *JuS*, 1969, p. 549 ss.
- RUDOLPHI H.J., *Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 371 ss.
- RUGGIERO G., *La proporzionalità nel diritto penale*, Napoli, 2018.
- SADOWSKI I., *L'indennizzazione delle vittime di reato in Francia*, in *AA.VV., Lo statuto europeo delle vittime di reato*, a cura di L. Luparia, 2016, p. 293 ss.
- SAGE G., *Motor Learning and Control: a Neuropsychological Approach*, Dubuque, 1984.

- SAINZ CANTERO J.A., *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Granada, 1965.
- SANCHEZ GARCIA M.I., *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, Barcelona, 1995.
- SAPONE N., *Il concorso di colpa del danneggiato*, Milano, 2007.
- SCALFARI E., *La legislazione italiana in materia di detenzione e porto d'armi*, in *SIS*, 2/2016, p. 33 ss.
- SCHAFFSTEIN F., *Der Maßstab für das Gefährurteil beim rechtfertigenden No- tstand*, in *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Köln, 1978, p. 89 ss.
- SCHIAFFO F., *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, Napoli, 1998.
- SCHMIDT N. et al., *Exploring Human Freeze Responses to a Threat Stressor*, in *JBTEP*, 39/2008, p. 292 ss.
- SCHMIDHÄUSER E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2^a ed., Tübingen, 1984.
- SCHMIDHÄUSER E., *Anmerkung zu BayObLG, Beschluß von 13.12.1990 – Rreg 5 St 152/99*, in *JZ*, 1991, p. 937 ss.
- SCHMIDHÄUSER E., *Die Begründung der Notwehr*, in *GA*, 1991, p. 97 ss.
- SCOLETTA M., *Il risarcimento del danno da reato nel sistema penale italiano a fronte dei vincoli europei*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, a cura di L. Luparia, 2016, p. 307 ss.
- SEEBERG R., *Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess*, Frankfurt am Main, 2004.
- SEELMANN K., *Grenzen privater Nothilfe*, in *ZStW*, 1977, p. 36 ss.
- SEELMANN K., *Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 21.03.2001 – I StR 48/01*, in *JR*, 2002, p. 249 ss.
- SELYE H., *Stress in Health and Disease*, Oxford, 1976.
- SENGBUSCH R., *Die Subsidiarität der Notwehr*, Berlin, 2008.
- SICILIANO D., *Das Leben des fliehenden Diebes: ein strafrechtliches Politikum*, 2^a ed., Frankfurt am Main, 2013.
- SIDDLE B., *Sharpening the Warrior's Edge: The Psychology & Science of Training*, Belleville, 2008.
- SIRACUSANO F., *Difesa legittima*, in A. CADOPPI et al. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, II, *Il reato*, Milano, 2013, p. 360 ss.
- SORDINO M., *Droit pénal général*, 3^a ed., Paris, 2009.
- SPAGNOLO G., *Gli elementi soggettivi nelle scriminanti*, Padova, 1980, p. 33.
- SPENDEL G., § 32 StGB, in *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 11^a ed., Band 2, 2003.
- SPIELBERGER C.D.-SARASON I.G., *Stress and Anxiety*, London, 1985.
- SPINA M., *La Cassazione considera (già) inutile quel che la politica promette di eliminare. Il paradosso dell'eccesso colposo di legittima difesa (art. 55 c.p.)*, in *DPC*, 7/2018, p. 21 ss.
- SPINAS G.-FISCHLI S., *Endokrinologie und Stoffwechsel*, 2^a ed., Stuttgart, 2011.
- SROUR M., *Gli Stati Uniti e le armi da fuoco*, in *SIS*, 2/2016, p. 3 ss.

- STEFAŃSKI R., *Kodeks karny. Komentarz*, Varsavia, 2015, p. 245 ss.
- STRATENWERTH G., *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Navarra, 2005.
- SURACE G.M., *Il delitto d'impeto. Scenari psicopatologici, criminologici e forensi sul crimine efferato da impulso irresistibile*, Catanzaro, 2005, p. 60 ss.
- SVEBAK S.-STORFJELL O., *The Effect of a Threatening Context upon Motivation and Task induced Pshysiological Changes*, in *British Journal of Psychology*, 73/1982, p. 505 ss.
- SZAFRANIEC M., *Przekroczenie granic obrony koniecznej w polskim prawie karnym*, Cracovia, 2004.
- SZEGO A., *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Padova, 2003.
- TABASZEWSKI T., *Eksces intensywny obrony koniecznej w orzecznictwie*, in *PP*, 12/2010, p. 71 ss.
- TANDURA G.-TONION D., *Difesa legittima putativa, errore e vizio parziale di mente*, in *RP*, 1999, p. 1127 ss.
- TAYLOR S. et al., *Biobehavioral Responses to Stress in Females*, in *Psychological Review*, 107/2000, p. 411 ss.
- TELESCA M., *Le proposte di legge in tema di legittima difesa "domiciliare" ovvero l'impervia strada dell'oggettivazione della paura*, in *LP*, 5 ottobre 2017, p. 1 ss.
- THOMAS S., *Die gerechtfertige Züchtigung?*, in *ZRP*, 1977, p. 181 ss.
- THOMPSON G., *Die Tür: Erfahrungen eines Rausschmeissers*, 6^a ed., Ostheim, 2009.
- TOSS M., *Die Schlägerei: Selbstverteidigung im Straßenkampf*, Norderstedt, 2008.
- TRAIANOS A.-HAHN H., *Selbstschutz nach plan*, Berlin, 2013.
- TRAPERO BARREALES M.A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Granada, 2000.
- TUELLER D., *How close is too close?*, in *SWAT Magazine*, marzo 1983, p. 1 ss.
- VALLE MUÑIZ J.M., *Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español*, in *ADP*, 1992, p. 561 ss.
- VALLE MUÑIZ J.M., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Barcelona, 1994.
- VAN RIENEN R., *Die "soziaethischen" Einschränkungen des Notwehrrechts*, Baden Baden, 2008.
- VARONA GOMEZ D., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, 2000.
- VENTUROLI M., *La tutela delle vittime nelle fonti europee*, in *DPC-RT*, 3-4/2012, p. 86 ss.
- VIGANÒ F., *Spunti per un 'progetto alternativo' di riforma della legittima difesa*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 2034 ss.
- VIGANÒ F., *Sulla 'nuova' legittima difesa*, in *RIDPP*, 2006, p. 189 ss.
- VIGANÒ F., *Art. 52 c.p.*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, I, 4^a ed., 2015, p. 945 ss.

- VILA B.J.-MORRISON G.B., *Biological Limits to Police Combat Handgun Shooting Accuracy*, in *AJPo*, 13/1994, p. 1 ss.
- VON DER PFORDTEN D., *Zu den Prinzipien der Notwehr*, in *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber*, Heidelberg, 2003, p. 359 ss.
- VON JHERING R., *La lotta per il diritto*, Roma, 1960.
- WAGNER H., *Individualistische oder überindividualistische Notwehr begründungen*, Berlin, 1984.
- WALIKO T.J. et al., *Biomechanics of the Head for Olympic Boxer Punches to the Face*, in *BJSM*, 39/2005, p. 710 ss.
- WARDA G., *Die Eignung der Verteidigung als Rechtfertigungs element bei der Notwehr*, in *Jura*, 1990, p. 344 ss.
- WESSELS J.-BEULKE W.-SATZGER H., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 46^a ed., Heidelberg, 2016.
- WISEMAN J., *City-Survival – Das Handbuch zur Selbstverteidigung*, 6^a ed., Stuttgart, 2011.
- WRÓBEL W.-ZOLL A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Cracovia, 2013, p. 348 ss.
- YERKES R.-DODSON J., *The Relation of Strength of Stimulus to Rapidity of Habit-Formation*, in *JCNP*, 18/1908, p. 459 ss.
- ZIELINSKI D., *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973.
- ZIESCHANG F., § 32 StGB, in *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 12^a ed., Band 2, 2011.
- ZIESCHANG F., § 33 StGB, in *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 12^a ed., Band 2, 2011.
- ZIRULIA S., *Art. 2. Diritto alla vita*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2009, p. 39 ss.
- ZIRULIA S., *Rapina in tabaccheria e limiti della legittima difesa*, in *CM*, 2009, p. 873 ss.

Finito di stampare nel mese di maggio 2020
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Per i tipi Giuffrè:

Diritto penale comparato

1. J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Edizione italiana a cura di V. Militello, 2004.
2. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, 2004.
3. J. PRADEL-A. CADOPPI (a cura di), *Casi di diritto penale comparato*, 2005.
4. M. DONINI-M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, 2007.
5. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, 2011.

Diritto penale internazionale

1. A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, 2006.
2. E. AMATI-V. CACCAMO-M. COSTI-E. FRONZA-A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Seconda edizione, 2010.

3. L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della corte penale internazionale*, 2009.
4. A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, 2010.

Diritto penale europeo

1. G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, 2007.
2. B. SCHÜNEMANN (a cura di), *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, I, Edizione italiana a cura di V. Militello, 2007.
3. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, 2010.
4. V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, 2011.
5. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, 2012.

Per i tipi Giappichelli:

Diritto penale internazionale

5. E. AMATI-M. COSTI-E. FRONZA-P. LOBBA-E. MACULAN-A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Terza edizione, 2016.

Diritto penale comparato

6. F. MACRÌ, *Femicidio e tutela penale di genere*, 2017.
7. V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, 2018.

8. V. MILITELLO-A. SPENA (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, 2018.
9. V. MILITELLO-A. SPENA-A. MANGIARACINA-L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, 2019.
10. A. ESPOSITO, *La confisca urbanistica. Una storia a più voci*, 2020.
11. F. MACRÌ, *Effettività e limiti costituzionali della legittima difesa: dal far west al fair risk*, 2020.

