



Diritto Penale " class="voce">

La difesa è sempre legittima? No.

di [Giuseppe Amara](#)

15 marzo 2019

La difesa è sempre legittima? No.

di Giuseppe Amara

Il presente breve scritto si pone l'obiettivo di inquadrare le recenti modifiche normative di cui alla proposta di legge C1390-A in tema di legittima difesa, approvata, in testo unificato, lo scorso 6 marzo 2019 dalla Camera dei Deputati, individuando possibili spunti di riflessione per la quotidiana applicazione giurisprudenziale, in attesa della conclusione dell'iter legislativo in corso, per cui è prevista una seconda votazione del Senato della Repubblica, per il prossimo 26 marzo 2019.

Sommario: 1. Premessa.- 2. Lavori preparatori.- 3. Modifiche normative.- 4. Spunti di riflessione.-

1. Premessa.

Lo scorso 6 marzo 2019, la Camera dei Deputati, a larga maggioranza (373 voti favorevoli, 104 contrari e 2 astenuti), ha approvato, con modifiche, la proposta di legge in tema di legittima difesa C. 1309-A, già trasmessa dal Senato il 25 ottobre 2018. Il voto del Senato della Repubblica, in sede di seconda lettura, è previsto per il prossimo 26 marzo. Alla Camera, la proposta di legge 1309 risulta abbinata alle proposte 274 – 580 – 607 – 1303 ed approvata, in testo unificato, dopo una prima presentazione avvenuta lo scorso 23 marzo 2018.

2 . Lavori preparatori.

Dalla lettura dei lavori preparatori della proposte di legge, cui risulta abbinata la 1309-A approvata lo scorso 6 marzo, si evince come la genesi della riforma, fortemente criticata anche dalla Dottrina^[1], è da rinvenire nel filone della produzione normativa emergenziale^[2] e spesso compulsiva, correlata alla necessità di dare una risposta di natura politica ad esigenze securitarie, sollecitate da fatti di cronaca nera e relativi esiti giudiziari.

Del tutto chiarificatori, in tal senso, sono taluni passaggi dell'introduzione alla proposta C-274, passaggi che si ritiene di riportare in virgolettato, stante l'eloquente messaggio espresso. Si legge infatti come: « recenti fatti di cronaca relativi a violente aggressioni in abitazioni private a scopo di furto e a rapine presso attività commerciali quali la rivendita di tabacchi, di prodotti petroliferi o di preziosi che vengono sempre più di frequente perpetrati ai danni di nostri concittadini, ci impongono, nella nostra responsabilità di legislatori, di verificare che il nostro ordinamento sia adeguato per contrastare e prevenire tali fenomeni », con l'ulteriore chiara affermazione del principio della privata difesa, integrativo/sostitutivo all'intervento dello Stato, per cui « La repressione e la prevenzione dei reati spettano innanzitutto allo Stato, ma è necessario predisporre strumenti adeguati di tutela, nei casi in cui ci sia un pericolo imminente e l'impossibilità di scongiurarla attraverso il tempestivo intervento delle Forze dell'ordine ».

Ripercorrendo ancora le dichiarazioni d'intenti dei firmatari della proposta, si evince la ritenuta non adeguatezza dell'attuale configurazione della scriminante di cui all'art. 52 c.p., peraltro già significativamente riformulata nel 2006, con la legge n. 59, nella misura in cui prevede, ai fini del riconoscimento della stessa, la necessaria proporzionalità tra offesa ed azione difensiva: « La norma dell'articolo 52 del codice penale appare, infatti, insufficiente a garantire una possibilità di difesa da aggressioni violente, soprattutto nella parte in cui richiede, affinché ricorra la legittima difesa, la proporzionalità tra difesa e offesa ».

Chiara espressione di sfiducia nell'operato della Magistratura è la successiva precisazione formulata dai firmatari della proposta di legge, ovvero l'opportunità di modifica del testo legislativo, non già sottesa all'introduzione di un'area di impunità di condotte da ritenersi “reazioni spropositate per attacchi privi di una reale offensività”, bensì motivata dal bisogno di reagire alla sostanziale disapplicazione giurisprudenziale dell'esimente. Si legge: « tale norma si è nei fatti tradotta, anche attraverso la sua interpretazione giurisprudenziale, in una sostanziale inapplicabilità dell'esimente in esame. Si è perciò fatta avanti nell'opinione pubblica la convinzione che difendersi possa paradossalmente far passare l'aggredito dalla parte del torto ».

Evidente, quindi, il dichiarato intento di limitare l'area di discrezionalità nell'interpretazione dell'autorità giudiziaria, in un'ottica di sfiducia del suo operato, ponendo paletti alla valutazione del fatto da parte del Giudice ed introducendo una serie di presunzioni legali che possano, in via preventiva, perimetrarne la decisione.

3. Modifiche normative.

Venendo al testo della riforma, all'articolo 52 del codice penale sono apportate le seguenti modifiche: a) al secondo comma, dopo la parola: « sussiste » è inserita la seguente: « sempre », avverbio che qualifica, in termini di assolutezza, il rapporto di proporzione come precisato al primo comma della disposizione, ogni qual volta si procede per fattispecie di reato poste in essere con violazione di domicilio (nella sua estensione ricomprensiva anche gli esercizi commerciali) ed ai fini difensivi ivi indicati (difesa della propria o altrui incolumità, nonché di beni propri o altrui, quando non vi è desistenza del reo e vi è pericolo di aggressione); b) al terzo comma, le parole: « La disposizione di cui al secondo comma si applica » sono sostituite dalle seguenti: « Le disposizioni di cui al secondo e al quarto comma (di nuova introduzione) si applicano »; c) dopo il terzo comma è aggiunto il seguente quarto comma: « Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone ». Con tale ulteriore previsione si intende introdurre, di fatto, una presunzione di sussistenza della scriminante, già rimarcata con l'introduzione dell'avverbio “sempre” di cui al secondo comma, ma che, nei casi indicati, sembrerebbe prescindere da una verifica della necessità della difesa e, soprattutto, come parrebbe desumersi anche dai lavori preparatori, del rapporto di proporzione con l'offesa, sul punto, si tornerà in seguito.

Ancora, si interviene sulla disciplina dell'eccesso colposo, introducendo, dopo il primo comma dell'articolo 55 c.p., quella che si ritiene essere una nuova causa di non punibilità, peraltro dall'incerta applicazione, ovvero: « Nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, numero 5), ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto ».

Contestualmente, si incide sui profili risarcitori civili correlati al fatto illecito, modificando l'art. 2044 c.c., in particolare, prevedendo un'esclusione assoluta di responsabilità nei casi in cui l'agente ha agito, in presenza dei presupposti di cui all'art. 52 c.p., commi 2, 3 e 4, precisando

inoltre come, nel caso di cui all'articolo 55 c.p. comma 2, « al danneggiato è dovuta una indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in essere dal danneggiato ».

Che detta proposta sia fortemente correlata all'esigenza di contrasto alla diffusa percezione di insicurezza è confermato anche dalla contestuale modifica di altre fattispecie di parte speciale poste a tutela del patrimonio, intervenendo con un ulteriore, significativo, inasprimento delle cornici edittali, già ritoccate in precedenti interventi normativi (anche questa tecnica normativa è esemplificativa di quella “legislazione compulsiva” di origine simbolica^[3], funzionale a soddisfare il bisogno di rigore percepito dalla comunità e la sequenziale ricerca di sicurezza, quanto meno apparente).

Ed in particolare: all'articolo 614 c.p. sono apportate le seguenti modifiche: a) al primo comma, le parole: « da sei mesi a tre anni » sono sostituite dalle seguenti: « da uno a quattro anni »; b) al quarto comma, le parole: « da uno a cinque anni » sono sostituite dalle seguenti: « da due a sei anni ».

Ancora, all'art. 624bis c.p. (norma che, negli ultimi anni, assurge a campo di gioco elettivo per cercare consenso, cavalcando le diffuse esigenze securitarie), vengono apportate le seguenti modifiche: a) al primo comma, le parole: « da tre a sei anni » sono sostituite dalle seguenti: « da quattro a sette anni »; b) al terzo comma, le parole: « da quattro a dieci anni e della multa da euro 927 a euro 2.000 » sono sostituite dalle seguenti: « da cinque a dieci anni e della multa da euro 1.000 a euro 2.500 ».

Infine, all'art. 628 c.p., sono apportate le seguenti modifiche: a) al primo comma, la parola: « quattro » è sostituita dalla seguente: « cinque »; b) al terzo comma, alinea, la parola: « cinque » è sostituita dalla seguente: « sei » e le parole: « da euro 1.290 a euro 3.098 » sono sostituite dalle seguenti: « da euro 2.000 a euro 4.000 »; c) al quarto comma, la parola: « sei » è sostituita dalla seguente: « sette » e le parole: « da euro 1.538 a euro 3.098 » sono sostituite dalle seguenti: « da euro 2.500 a euro 4.000 ».

Contestualmente, inoltre, vengono previsti correttivi in tema di sospensione condizionale, ammissione al gratuito patrocinio e formazione ruoli d'udienza. In particolare: si modifica, in caso di condanna, l'articolo 165 c.p., prevedendo che la sospensione condizionale della pena per il reo sia subordinata al pagamento integrale alla parte offesa del risarcimento del danno; ancora, si interviene sulla disciplina del patrocinio a spese dello stato, con l'introduzione dell'art.

115bis d.p.r. 115/02, prevedendolo in favore di colui che sia stato assolto, prosciolto o il cui procedimento penale sia stato archiviato per fatti commessi in condizioni di legittima difesa o di eccesso colposo di legittima difesa.

In conclusione, si prevede una nuova ipotesi (comma ater) di priorità assoluta nella formazione dei ruoli d'udienza (art. 132bis disp.att. c.p.p) in relazione ai processi « relativi ai delitti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi in presenza delle circostanze di cui agli articoli 52, secondo, terzo e quarto comma, e 55, secondo comma, del codice penale ».

4. Spunti di riflessione.

Il testo, così come formulato, prospetta una serie di dubbi interpretativi.

Innanzi tutto, l'inserimento dell'avverbio “sempre”, al secondo comma dell'art. 52 c.p., nel rafforzare la disposizione introdotta con la legge n. 59/06, introduce, sostanzialmente, una presunzione di sussistenza del rapporto di proporzione di cui al primo comma della disposizione, ogni qual volta si procede per fattispecie di reato poste in essere con violazione di domicilio (e luoghi equiparati, quali gli esercizi commerciali) e con i fini difensivi ivi indicati (propria o altrui incolumità, beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione).

Invero, tale presunzione di sussistenza del rapporto di proporzione si ritiene non possa prescindere, nell'applicazione concreta, dalla previa verifica degli ulteriori presupposti dell'esimente, con peculiare riferimento al bilanciamento dei contrapposti beni giuridici che vengono in gioco. È questo un percorso ermeneutico già adottato dalla recente giurisprudenza [\[4\]](#) e dal quale, con ogni probabilità non ci si discosterà anche in futuro. Risulta, infatti, del tutto necessario procedere in tale direzione, al fine di salvaguardare una norma che, diversamente, allontanandosi da un'interpretazione costituzionalmente orientata (in ossequio all'art. 2 CEDU – 117 comma 1 Cost.), presenta aspetti di potenziale – seppur marcato – contrasto con il rispetto dei diritti fondamentali della persona, ed in particolare dei beni giuridici della vita e dell'incolumità fisica, con sequenziali profili di evidente incostituzionalità. Si pensa, in particolare, alle ipotesi ove vengono in gioco i fini difensivi di cui alla lettera b del comma 2 dell'art. 52 c.p. (beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione).

Per taluno [\[5\]](#), invece, acutamente, questa modifica sarebbe una “non modifica”, nel senso che, aldilà del valore volutamente simbolico che assume, non è comunque idonea ad incidere sulla disposizione di cui al secondo comma, così come giudizialmente interpretata ed applicata negli ultimi anni, dopo la sua introduzione nel 2006, in quanto: « Dire che il rapporto di proporzione sussiste “sempre”, senza modificare le situazioni, normativamente descritte, in relazione alle

quali la presunzione opera, non sposta di un millimetro, a me, pare, il problema sul tappeto ».

Ancor più problematica, è l'introduzione del successivo comma 4 ove si inserisce, in sostanza, una presunzione di sussistenza di legittima difesa nella condotta di colui che compie un « atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone ».

Oltre l'utilizzo di formule indeterminate che destano significativi dubbi interpretativi se portate alla loro massima espansione, non può non segnalarsi come un'interpretazione letterale ed apodittica del testo, lungi dall'escludere la legittimità di reazioni spropositate a condotte non offensive, porterebbe ad ampliare a dismisura l'ambito di operatività dell'esimente, ritenendo comunque legittimo "l'atto" oppositivo a condotte tipiche (624bis c.p. – 624, 625 c.p.) di frequentissima applicazione nella quotidiana prassi giurisprudenziale, non differenziando, in alcun modo, la natura della reazione, la sua proporzione con l'offesa ed introducendo, pertanto, una presunzione di legittimità dell'operato del privato – che, peraltro, potrà trovare applicazione ancor più ampia, a mente il disposto di cui al comma 4 dell'art. 59 c.p.

La norma, così come strutturata, si presta a profili di dubbia costituzionalità che si ritiene potranno essere superati soltanto grazie al doveroso accertamento della sussistenza dei requisiti della necessità della difesa e della proporzione tra la difesa e l'offesa, presupposti che comunque permangono indefettibili per l'accertamento dell'operatività della scriminante di cui all'art. 52 c.p. Attività interpretativa costituzionalmente orientata della Magistratura che, senz'altro, presterà il fianco a critiche, spesso slegate dal doveroso attento studio delle carte processuali, ma che potrà garantire il pieno rispetto della Carta, a mente il doveroso bilanciamento tra beni di rango costituzionale.

Una soluzione interpretativa diversa pare francamente improbabile e, con buona verosimiglianza, condurrebbe a tensioni costituzionali della norma che introduurrebbe, nell'ordinamento, un preceppo contrario a principi costituzionali e sovranazionali.

Venendo poi alla modifica in tema di eccesso colposo, innanzi tutto, è evidente come anche questa previsione sia funzionale a circoscrivere ulteriormente l'ambito di valutazione del Giudice, sostanzialmente sottraendogli la verifica dell'assenza di colpa dell'agente che, nei casi indicati (aver agito nelle condizioni di cui all'art. 61 n. c.p., ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto), si presume, pertanto, non esservi. L'interpretazione letterale del testo, peraltro, conduce ad evidenti profili di indeterminatezza applicativa; invero, se il richiamo alle condizioni di cui all'art. 61 n. 5, non destà particolari

problemi, alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale già consolidata, di converso, alquanto problematico si ritiene l'accertamento in concreto dell'ulteriore ipotesi, ovvero quella di aver agito in uno stato di "grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto": l'indagine soggettiva di tale stato d'animo non può che preannunciarsi particolarmente ardua, stante l'assoluta genericità dell'ipotesi normata – grave turbamento – e l'imperscrutabilità del campo di studio. Gli elementi del fatto, pur potendo qualificare l'elemento psicologico che sorregge la condotta – peraltro con le note difficoltà –, si dubita potranno acquisire una connotazione talmente individualizzante, tale da aiutare l'investigatore a provare qualcosa che va ben oltre la prova dell'elemento soggettivo e che trasconde nelle più intime e remote convinzioni dell'agente. Definizione normativa, peraltro, che richiama possibili tensioni con la norma di cui all'art. 90 c.p. che espressamente nega la rilevanza, ai fini dell'esclusione, ovvero dell'attenuazione dell'imputabilità, degli stati emotivi o passionali, intesi quali « fattori che non attengono alla sfera intellettiva o volitiva del soggetto ma a quella sentimentale o affettiva (es. collera; gioia, paura, ansia) »^[6], ricomprendendo, per l'appunto, quello che parrebbe essere il concetto di "grave turbamento"). Infine si ritiene che, anche tale nuova disposizione, qualora approvata senza modifiche, dovrà necessariamente andare incontro ad un'interpretazione che sia costituzionalmente orientata, non ritenendo possa trovare spazio, nel nostro ordinamento, una presunzione *tout court* di assenza di colpa, di fronte a condotte che, dalle emergenze processuali, si evince chiaramente siano censurabili in punto di colpa, diversamente creando aree di impunità incompatibili con il sistema.

[1] Si vuol far riferimento, in particolare, al comunicato emesso dall'AIDP, nel luglio 2018, in relazione alle differenti proposte di legge, all'epoca sul tavolo, ovvero: nn. 274, 308 e 580, comunicato dagli intenti chiaramente esplicitati nel titolo: "La riforma della legittima difesa deve essere conforme ai principi costituzionali e sovranazionali e non può ingannare i cittadini. Nessuna riforma potrà impedire indagini e processi, che si svolgono anche quando si uccide il cane del vicino",

[2] AA.VV., *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, a cura di S. Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei?*, in Diritto Penale Contemporaneo, 4/2013, p. 4 e ss. ed amplissima bibliografia ivi menzionata; R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in Diritto Penale Contemporaneo, 3/2017, p. 233 e ss.

[3] A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico* in *LA SOCIETÀ PUNITIVA Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; F. SGUBBI, *Presentazione*, in Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Cedam, 2006;

[4] A titolo meramente esemplificativo Cass. Sez. IV pen., 20 giugno 2018, n. 29515; Cass. Sez. III pen., 9 luglio 2018, n. 30910; Cass. Sez. 1 pen., 8 marzo 2007 n. 16677; ed ancora: Cass. Sez. V pen., 30 marzo 2017, n. 44011, ove si legge in un inequivoco passaggio della motivazione: « La giurisprudenza di questa Corte ha, però, precisato che non ogni pericolo che si concretizza nell'ambito del domicilio giustifica la reazione difensiva, atteso che, come suggerito all'interprete dalla collocazione della norma di nuovo conio dopo quella di cui all'art. 52, comma 1, cod. pen., restano fermi i requisiti strutturali stabiliti dalla disposizione generale: il pericolo attuale di offesa ingiusta e la costrizione e la necessità della difesa, dai quali scaturisce l'inevitabilità dell'uso delle armi come mezzo di difesa della propria o dell'altrui incolumità o, alle condizioni date, dei beni propri o altrui »;

[5] G. Gatta, *Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;

[6] M. Romano – G. Grasso, *Commentario Sistematico del Codice Penale – II art. 85 – 149*, Giuffrè. 1996 p. 44;