

Cendon / Book

DIRITTO PENALE

Professional

LEGITTIMA DIFESA E STATO DI NECESSITÀ

Mario Talani

L'autore

Mario Talani è magistrato ordinario e presta servizio presso il Tribunale di Foggia con funzioni di giudice penale.

Ha conseguito il titolo di Dottore di Ricerca in Dottrine generali del diritto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Foggia.

Ha pubblicato numerosi articoli di dottrina su varie riviste giuridiche specializzate, fra cui Rivista Penale, Archivio Nuova Procedura Penale, L'Indice Penale, Giurisprudenza di Merito, e Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana.

L'Opera

Si intende offrire al lettore una aggiornata descrizione degli istituti della legittima difesa e dello stato di necessità, entrambi importanti scriminanti, cause oggettive di esclusione del reato.

INDICE

Capitolo Primo

LA LEGITTIMA DIFESA

1. Concetto e *ratio* dell'istituto
2. Pericolo attuale di un'offesa ingiusta
3. Proporzione tra offesa e difesa

Capitolo Secondo

LO STATO DI NECESSITA'

1. Concetto e *ratio* dell'istituto
2. Il pericolo attuale di un danno grave alla persona
3. Proporzione tra fatto e pericolo

Bibliografia

Capitolo Primo

LA LEGITTIMA DIFESA

- *La legittima difesa è una scriminante codificata prevista dall'art. 52 c.p., giustificata dall'esigenza, per l'uomo, di conservare se stesso e i propri beni, reagendo alle aggressioni altrui, in attività di autodifesa. Essa costituisce una deroga al principio del monopolio statale dell'uso della forza, imposta da situazioni in cui lo Stato, per ragioni contingenti, non è in grado di intervenire in modo immediato per tutelare beni giuridici individuali, oggetto di aggressioni di terzi.*

APPLICAZIONI – La legittima difesa è espressione del principio di autotutela privata autorizzata dall'ordinamento, quando l'intervento statale non può essere immediato. Essa costituisce un istituto di difesa diretta, con cui l'ordinamento autorizza una condotta nociva per l'aggressore.

ASPETTI PROCESSUALI – Deve essere esclusa la scriminante della legittima difesa - in quanto non è ravvisabile l'estremo della involontarietà del pericolo - allorché alcuno utilizzi la situazione di fatto, pur da altri causata, per offendere e difendersi insieme contribuendo, consapevolmente ed in maniera decisiva, alla insorgenza di un pericolo attuale sia per gli altri che per sé ed al quale egli si espone, così, del tutto liberamente. E' stata recisamente negata l'esimente di cui all'art. 52 c.p. all'imputato il quale, animato dalla volontà di colpire coloro che lo stavano aggredendo, ha consapevolmente esploso colpi di arma da fuoco verso i suoi assalitori non solo e non tanto per tutelare se stesso ma piuttosto per aggredire a sua volta, capovolgendo la situazione (Cass. pen., Sez. I, 8 febbraio 2008 n. 14943, Giuliano).

ULTIME – Nella sentenza Cass. pen. n. 691/2013 si evidenzia che la causa di giustificazione prevista dall'art. 52, comma secondo, c.p., così come modificato dalla legge n. 59/2006, non consente un'indiscriminata reazione nei confronti del soggetto che si introduca fraudolentemente nella dimora altrui ma presuppone un pericolo attuale per l'incolumità fisica dell'aggredito o di altri (nel caso di specie la Corte ha escluso la configurabilità della scriminante per essersi l'aggressore introdotto non nell'abitazione ma in altro fabbricato in costruzione ad essa attiguo, sempre di proprietà dell'aggredito, dal quale, tuttavia, non sarebbe stato possibile raggiungere con immediatezza la casa di quest'ultimo).

CASISTICA

- Cass. pen., Sez. III, 29 gennaio 2013 n. 15366, Pellegrino – Le modifiche apportate dalla legge n. 59 del 2006 all'art. 52 c.p. non hanno comportato l'abrogazione di norma incriminatrice, bensì la chiarificazione, mediante una presunzione di proporzionalità a favore della reazione di difesa in luoghi di domicilio o ad essi equiparabili, del concetto di proporzionalità, già del resto evincibile dal primo, ed originariamente unico, comma dell'art. 52 c.p..

- Cass. pen., Sez. I, 22 novembre 2011 n. 47662, Fioramonte – Ai fini della configurabilità dell'eccesso colposo di legittima difesa, occorre preliminarmente accertare l'eventuale inadeguatezza della reazione difensiva, per eccesso nell'uso dei mezzi a disposizione dell'agredito nel particolare contesto spaziale e temporale nel quale si svolsero i fatti, e successivamente procedere all'ulteriore differenziazione tra eccesso dovuto ad errore di valutazione ed eccesso consapevole e volontario, poiché soltanto il primo rientra nello schema dell'eccesso colposo, mentre il secondo costituisce scelta volontaria, estranea alla predetta scriminante.

- Cass. pen., Sez. V, 14 maggio 2008 n. 25653, Diop e altro – Ai fini del riconoscimento della causa di giustificazione della legittima difesa, il requisito della necessità della difesa, anche a seguito delle modifiche apportate all'art. 52 c.p. dalla legge n. 59 del 2006, va inteso nel senso che la reazione deve essere, nelle circostanze della vicenda apprezzate *ex ante*, l'unica possibile, non sostituibile con altra meno dannosa egualmente idonea alla tutela del diritto (in applicazione di tale principio la Suprema Corte ha censurato la decisione con cui il giudice di appello ha ritenuto insussistente detto requisito nei confronti di un soggetto, ricacciato nella propria abitazione dal suo dirimpettaio e ivi colpito insieme alla figlia con un bastone, senza spiegare adeguatamente in che modo la dinamica degli eventi e la loro progressione concreta consentissero o meno all'imputato, che a quel punto dell'aggressione si era procurato un coltello da pesca, con il quale aveva ferito il vicino di casa, di porre in essere senza pericolo per sé e per la figlia, un'iniziativa qualificabile come *commodus discensus*).

SOMMARIO

1. Concetto e *ratio* dell'istituto.
2. Pericolo attuale di un'offesa ingiusta.
3. Proporzione tra offesa e difesa.

1. Concetto e ratio dell'istituto.

Legislazione: 52 c.p.

Bibliografia: Grosso 1974; Mantovani 1988; Fiandaca-Musco 1989.

La legittima difesa è riconosciuta come scriminante (o causa di giustificazione o causa oggettiva di esclusione del reato) dai diversi sistemi di diritto penale.

Il fondamento di tale esimente risiede nella necessità, per l'uomo, di conservare se stesso e i propri beni, opponendosi alle aggressioni altrui, nell'esercizio di autodifesa, in adesione all'antico principio *vim vi repellere licet*.

La legittima difesa costituisce una deroga al principio del monopolio statale dell'uso della forza, deroga che opera in presenza di situazioni in cui lo Stato non è in grado di intervenire in modo tempestivo per una tutela immediata ed efficace dei beni giuridici individuali, minacciati da ingiuste aggressioni di terzi.

La legittima difesa costituisce una delle forme di autotutela, riconosciute dall'ordinamento al cittadino, in deroga al suddetto principio generale secondo cui la tutela dei diritti del cittadino spetta unicamente allo Stato.

La legittima difesa rappresenta un residuo di autotutela che lo Stato concede al cittadino, nei casi in cui l'intervento dell'Autorità non può risultare tempestivo (Fiandaca-Musco 1989, 212). E' da considerare manifestazione del principio di autotutela privata consentita dall'ordinamento, in deroga al monopolio statale dell'uso della forza, nei casi in cui l'intervento pubblico non possa essere tempestivo e, quindi, efficace. E', dunque, un istituto di difesa diretta attraverso cui viene autorizzato un comportamento nocivo per l'aggressore (Grosso 1974, 37).

La sussistenza della legittima difesa, quale scriminante, esclude che il fatto commesso costituisca illecito, e cioè scrimina, *ab origine*, il fatto, operando oggettivamente in quanto priva il fatto del disvalore oggettivo.

Infatti, le scriminanti sono particolari situazioni in presenza delle quali un fatto, che altrimenti sarebbe reato, tale non è perché l'ordinamento giuridico lo autorizza. Le scriminanti escludono l'offesa. In presenza di esse manca l'offesa in quanto il bene non è più tutelato dalla norma.

Il primo elemento oggettivo, costitutivo della scriminante legittima difesa, è la necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta.

La reazione dell'aggregato è autorizzata dall'ordinamento giuridico perché l'offesa dell'aggressore è necessaria per salvare l'interesse dell'aggregato.

Affinchè ricorra la legittima difesa occorre che vi sia una situazione di pericolo attuale, tale da imporre una reazione al fine di evitare di subire l'offesa ingiusta. Pertanto, vi è la necessità di agire (o di reagire) per rimuovere il pericolo attuale di lesione di un bene.

La reazione dell'aggregato è indispensabile per tutelare il suo interesse in pericolo.

Pertanto, la condotta difensiva dell'aggregato è necessitata, in quanto dettata dall'esigenza di neutralizzare il pericolo, pur avendo cura di provocare all'aggressore il minor nocumento. Del resto, condivisa la necessità di autorizzare il soggetto aggregato a reagire all'offesa ingiusta nei casi in cui non sia possibile ricorrere all'intervento dell'autorità, la reazione dell'aggregato è ammissibile solo per produrre nocumenti che siano indispensabili ad assicurare la difesa.

La necessità di realizzazione di un fatto di reato (reato necessario) è dettata dall'esigenza di neutralizzare il pericolo attuale di un'offesa ingiusta.

La necessità della condotta difensiva indica assenza di altra possibilità di salvare il bene aggregato, ugualmente efficace e moralmente accettabile. Necessità significa impossibilità di scegliere fra più soluzioni e di agire diversamente. La difesa del bene aggregato non deve risultare possibile se non attraverso quella reazione difensiva, considerata l'inidoneità di condotte alternative lecite o comunque meno lesive di quella in concreto tenuta.

In tema di legittima difesa la necessità deve essere valutata non in astratto, ma in concreto, tenendo conto delle condizioni dell'aggregato, dei mezzi di cui disponeva, delle circostanze di tempo, di luogo e di modo dell'aggressione.

La necessità di difendersi, a rigore, non esiste quando il privato ha un'ulteriore alternativa, potendo evitare l'offesa attraverso un'altra possibilità materiale, quale la fuga (Mantovani 1988, 260).

In ordine alla possibilità di evitare il pericolo con la fuga, si ritiene, comunemente, che, quando questa è possibile, comoda, non vile o non disonorevole, bisogna evitare la reazione, preferendo, per ragioni di cautela, una fuga che sia non pericolosa, sicura, agevole e decorosa (cd. *commodus discensus*).

La Cassazione ha precisato che "non sussiste il requisito della necessità della reazione armata tutte le volte in cui l'aggregato possa, senza alcuna difficoltà, rifugiarsi nella propria abitazione (dalla quale invocare soccorso) o comunque allontanarsi dal luogo dell'aggressione armata"

(Cass. pen., Sez. I^a, 10 dicembre 2008, n. 4890, Barletta, in *CED Cassazione*, 2009).

Il soggetto non è obbligato a fuggire quando con la fuga esporrebbe sé od altri ad un danno, ad esempio rischiando l'infarto o investendo i passanti per sfuggire all'aggressore.

2. Pericolo attuale di un'offesa ingiusta.

Legislazione: 52 c.p.

Bibliografia: Manzini 1981; Antolisei 1982; Boscarelli 1990.

Altro elemento costitutivo della scriminante legittima difesa è il pericolo attuale di un'offesa ingiusta.

Pericolo attuale di un'offesa ingiusta, a cui è ammesso reagire fino al limite della proporzione, non è un qualsivoglia pericolo, ma un pericolo determinato che deve essere considerato in un momento particolare.

Si afferma, comunemente, che pericolo significa probabilità o apprezzabile grado di possibilità di un evento temuto.

Il pericolo di un'offesa ingiusta deve essere attuale, e cioè consistere o in un male già in corso d'attuazione nel momento della reazione difensiva ovvero in una possibilità di offesa imminente (pericolo imminente o incombente), scaturente da una situazione che, se non interrotta, produrrebbe subito la lesione del diritto. Esso deve essere percepibile come una realtà presente e non come un'eventualità futura, per quanto prossima e probabile (Boscarelli 1990, 2). La situazione oggettiva, da cui può verificarsi, alla luce delle leggi di esperienza, la lesione del bene, deve essere già presente: l'offesa è "nell'aria", sta per verificarsi, rendendo intempestivo il ricorso all'intervento dell'Autorità.

"L'attualità del pericolo richiesta per la configurabilità della scriminante della legittima difesa implica un effettivo, preciso contegno del soggetto antagonista, prodromico di una determinata offesa ingiusta, la quale si prospetti 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"

(Cass. pen., Sez. I^a, 27 gennaio 2010, n. 6591, Celeste, in *CED Cassazione*, 2010).

Il pericolo può sussistere ed essere attuale anche dopo la consumazione del delitto, se l'offesa dell'aggressore perdura ancora (cd. pericolo perdurante), rendendo più intensa l'offesa del bene giuridico, come si verifica nei reati permanenti (es.: sequestro di persona).

Non ricorre legittima difesa nel caso di pericolo futuro o di pericolo già esaurito. La reazione ad un pericolo futuro sarebbe ingiustificata, potendo l'agredito ricorrere all'intervento dello Stato. In tal caso, infatti, non sussiste quella necessità di azione immediata che facoltizza il privato a sostituirsi all'Autorità, nell'impossibilità temporale di sollecitare il suo intervento. La reazione ad un pericolo ormai esaurito si risolverebbe in vendetta o rappresaglia, essendo cessata la possibilità della lesione.

In ordine alle circostanze da porre a base del giudizio di probabilità o possibilità del pericolo occorre utilizzare il criterio della prognosi postuma, in virtù del quale occorre chiedersi se un uomo medio, posto nella stessa situazione in cui si è trovato l'agente, avrebbe ritenuto probabile o possibile la verifica dell'evento, sulla base delle circostanze conoscibili al momento dell'azione.

Il pericolo attuale è di un'offesa ingiusta. L'offesa è ingiusta quando arrecata *contra ius*, ossia contraria ai precetti dell'ordinamento giuridico, e *non iure* (ossia in difetto di autorizzazione da parte dell'ordinamento).

Un'offesa non ingiusta non è giuridicamente "offesa". Non costituisce, di certo, offesa ingiusta, il fatto che viene compiuto nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere, ad esempio da un agente della forza pubblica che esegue una perquisizione nei casi

consentiti dalla legge. Pertanto, chi tentasse, con la violenza, di impedire l'atto, non potrebbe invocare la scriminante della legittima difesa.

Il termine "offesa" qui corrisponde a quello di lesione giuridica (Manzini 1981, 383).

Il pericolo, che facoltizza la legittima difesa, può riguardare un'offesa fisica o morale. La legittima difesa è ammessa anche di fronte al pericolo di uso di mezzi non violenti (ad es. di un narcotico).

L'espressione "offesa" postula che il pericolo di offesa provenga da un'aggressione, ossia da una condotta umana. Condizione, questa, da considerare sussistente anche nell'ipotesi in cui a minacciare l'offesa sia un animale o una cosa inanimata, utilizzati da taluno come mezzo di offesa.

Difendibile è qualsiasi diritto, proprio o altrui. La norma impiega questa espressione ampia, idonea a ricomprendere beni di natura non soltanto personale (vita e integrità fisica, libertà personale, onore e riservatezza, ecc.), ma anche patrimoniale (proprietà o altro diritto reale, possesso, diritti di godimento).

La difesa di un terzo aggredito è il cd. soccorso difensivo. L'art. 52 c.p. equipara al proprio il diritto altrui. Accanto alla difesa dei diritti propri è prevista la difesa altruistica dei diritti altrui. Soggetto passivo dell'offesa può essere non solo l'autore della reazione difensiva ma anche un terzo.

Occorre evidenziare che vi sono dei casi in cui nessuno dei contendenti può fruire dell'esimente della legittima difesa. Ciò si verifica quando le offese reciproche, e cioè incrociate, sono assolutamente contemporanee, e nel caso della rissa. Infatti, l'art. 52 c.p. richiede la presenza di un aggressore e di un aggredito, non di due o più aggressori-aggrediti. Nel caso di offese reciproche il soggetto non agisce per difendersi, ma per offendere e, perciò, non ricorrono gli estremi della scriminante in parola (Antolisei 1982, 255).

3. *Proporzione tra offesa e difesa.*

Legislazione: 52 c.p.

Bibliografia: Antolisei 1982; Dolcini-Marinucci 1999.

Ulteriore elemento costitutivo della scriminante della legittima difesa è la proporzione tra offesa e difesa.

L'elemento della proporzione va concepito come un giudizio che si instaura tra gli interessi in gioco dell'aggredito e dell'aggressore. Esso esprime un rapporto di equilibrio tra il bene dell'aggredito, posto in pericolo dall'aggressore, e il bene dell'aggressore sacrificato mediante l'azione difensiva.

Per valutare la proporzione occorre considerare tutte le modalità che caratterizzano la situazione di fatto che si è verificata quali la direzione della condotta (aggressione ad un bene personale, ad un bene patrimoniale), il modo con il quale si manifesta, i mezzi a disposizione dell'aggressore, la sua abilità nell'usarli, gli strumenti difensivi a disposizione dell'aggredito, ecc.

Il giudizio di proporzione va effettuato con un giudizio *ex ante*, e cioè riportandosi al momento dell'azione e tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto.

La legittima difesa dovrà essere esclusa nei casi in cui il pregiudizio arrecato dall'aggressore risulti essere notevolmente superiore a quello minacciato all'aggredito, così da apparire palesemente eccessiva la difesa.

La proporzione tra offesa e difesa costituisce l'applicazione più evidente del principio del bilanciamento degli interessi. Essa sussiste quando il nocumento cagionato dall'agredito all'aggressore risulta essere inferiore, uguale o tollerabilmente superiore a quello subito.

Tale proporzione non deve essere intesa in senso troppo assoluto, perché altrimenti non si potrebbe difendere la propria libertà sessuale, sacrificando la vita dell'aggressore. Non potrà, invece, ammettersi che per salvare bene di secondo ordine, se ne sopprima uno di primaria importanza (Antolisei 1982, 258).

Il principio del bilanciamento degli interessi esige che l'interesse dell'agredito sia difeso con il minor danno per l'aggressore, con il minor costo sociale.

Se il conflitto intercorre tra beni omogenei (ad es. integrità fisica contro integrità fisica) si dovrà porre a confronto il rispettivo grado di lesività dell'azione aggressiva e dell'azione difensiva. Nel caso di conflitto tra beni eterogenei dovrà farsi ricorso ad indici diversi, quali l'eventuale rilevanza costituzionale del bene, l'entità della sanzione prevista in caso di violazione del bene, la valutazione effettuata da norme extrapenal.

La Cassazione ha affermato che "il requisito della proporzione tra offesa e difesa viene meno nel caso di conflitto fra beni eterogenei, allorché la consistenza dell'interesse leso (la vita della persona) sia molto più rilevante sul piano della gerarchia dei valori costituzionali, di quello difeso (l'integrità fisica), ed il danno inflitto con l'azione difensiva (la morte dell'offensore) abbia un'intensità e un'incidenza di gran lunga superiore a quella del danno minacciato (lesioni personali, neppure gravi al momento dell'inizio dell'azione omicida)"

(Cass. pen., Sez. I[^], 26 novembre 2009, n. 47117, Carta, in *CED Cassazione*, 2009).

L'aumento della criminalità e il senso collettivo di insicurezza ha comportato un'espansione dell'applicazione della scriminante in parola. Infatti, con legge 13 febbraio 2006 n. 59 sono stati introdotti nell'art. 52 c.p. un secondo e un terzo comma. Con essi si è statuito che: nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione. La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

La legge n. 59/2006 è intervenuta a contenere la discrezionalità giudiziaria all'atto di riconoscere la proporzionalità della reazione difensiva rispetto ad aggressioni invasive domiciliari o nei luoghi di esercizio di attività professionali. Ha effettuato ciò introducendo una presunzione legale di proporzione tra offesa e difesa:

"la legge n. 59/2006 ha stabilito la presunzione della sussistenza del requisito della proporzione tra offesa e difesa, quando sia configurabile la violazione di domicilio dell'aggressore, ossia l'effettiva introduzione del soggetto nel domicilio altrui (nella specie, brandendo come arma una bottiglia di vetro rotta), contro la volontà dei soggetti legittimati ad escluderne la presenza"

(Cass. pen., Sez. I[^], 16 febbraio 2007, n. 12489, Amoroso e altro).

"La causa di giustificazione prevista dall'art. 52, comma secondo, c.p., come modificato dalla legge n. 59/2006, non consente un'indiscriminata reazione nei confronti del soggetto che si introduca fraudolentemente nella dimora altrui ma presuppone un pericolo attuale per l'incolumità fisica dell'agredito o di altri"

(Cass. pen., Sez. IV[^], 14 novembre 2013, n. 691, Gallo Cantone).

La previsione del requisito della non desistenza pone sull'agredito l'onere di intimare all'aggressore-intruso l'abbandono dell'azione criminosa, avvertendolo che, in mancanza di desistenza e in presenza di pericolo di aggressione, farà uso di arma per difendersi.

L'art. 55 c.p. prevede l'eccesso colposo nelle cause di giustificazione. Nella legittima difesa l'eccesso colposo si verifica in caso di superamento colposo dei limiti imposti dalla necessità della difesa.

L'intento del soggetto aggredito è quello di difendere un diritto proprio o altrui dal pericolo attuale di un'offesa ingiusta mentre, per colpa, debbono essere superati i limiti della proporzione tra difesa ed offesa imposti dall'art. 52 c.p..

In presenza di eccesso colposo si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.

Ad es. sarà responsabile di omicidio colposo chi uccide quando per difendersi o salvarsi sarebbe stato sufficiente percuotere.

“Il riconoscimento o l'esclusione della legittima difesa, reale o putativa, e dell'eccesso colposo nella stessa costituiscono un giudizio di fatto, insindacabile in sede di legittimità quando gli elementi di prova sono stati puntualmente accertati e logicamente valutati dal giudice di merito”

(Cass. pen., Sez. I^a, 19 febbraio 2013, n. 3148, Mariani),

e “devono essere accertati con un giudizio *ex ante* calato all'interno delle specifiche e peculiari circostanze concrete che connotano la fattispecie da esaminare”

(Cass. pen., Sez. I^a, 5 marzo 2013, n. 13370, Mazzotta).