

SENATO DELLA REPUBBLICA – Commissione 2a Giustizia

Audizione del 19.9.2018 del prof. Francesco Palazzo, già ordinario di diritto penale nell'Università degli Studi di Firenze,

relativa ai ddl 5, 199, 234, 253, 392, 412, 563 e 652 in materia di legittima difesa

1. Ringrazio l'On.le Commissione per l'invito e procedo ad alcune brevissime considerazioni preliminari.

Debbo innanzitutto ricordare che l'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, della quale il sottoscritto fa parte, ha già avuto modo di formulare un articolato documento (24 luglio 2018) (allegato al presente testo), nel quale ha manifestato motivata preoccupazione per proposte di riforme dirette a eliminare il requisito obiettivo della proporzione dalla struttura della legittima difesa. A quel documento hanno espresso adesione l'Unione delle Camere Penali Italiane e alcune voci della Magistratura associata. Anche taluni autorevoli studiosi espressi a titolo individuale hanno manifestato analoga preoccupazione e contrarietà (ad esempio Padovani, Pulitanò, Moccia).

Peraltro, anche muovendo dalla convinzione che l'attuale disciplina della legittima dia luogo ad alcune criticità applicative tali da non assicurare la necessaria certezza e sicurezza nell'esercizio del diritto di autodifesa, occorrerà che le eventuali modifiche normative siano progettate in modo da essere realmente utili e giuridicamente fattibili. Soluzioni innovative inutili o, peggio, giuridicamente inaccettabili perché tecnicamente confuse oppure perché incompatibili con principi costituzionali, pregiudicherebbero gli obiettivi della riforma e sarebbero destinate ad essere neutralizzate o dalla dichiarazione d'incostituzionalità o da un'interpretazione giurisprudenziale "correttiva".

2. Le considerazioni seguenti riguarderanno esclusivamente le proposte in materia di legittima difesa, con esclusione dunque di quei ddl (234 e 412) che si limitano a prevedere inasprimenti sanzionatori per taluni reati. A questo proposito, sia sufficiente ricordare come tutta la dottrina penalistica sia da sempre contraria a procedere sulla strada degli inasprimenti sanzionatori (fra l'altro, dopo i recenti interventi già nello stesso senso operati dalla l. 103/2017).

Gli inasprimenti sanzionatori sono unanimemente ritenuti inutili perché incapaci – oltre certi limiti – di potenziare l'efficacia deterrente della minaccia sanzionatoria. Mentre, d'altra parte, comportano conseguenze di disarticolazione del sistema sotto il profilo tanto sostanziale quanto processuale, creando sproporzioni e distorsioni cui immancabilmente la giurisprudenza tenterà di reagire con interpretazioni correttive.

3. Limitandoci dunque all'esame, necessariamente sommario, dei ddl specificamente relativi all'istituto della legittima difesa, i maggiori nodi

problematici possono essere raggruppati intorno a tre diverse tematiche: a) profili *processuali*; b) profili *sostanziali*, a loro volta distinguibili a seconda che concernano i *requisiti oggettivi* di struttura della scriminante ovvero i criteri d'*imputazione soggettiva* del fatto commesso in reazione all'aggressione; c) le eventuali *conseguenze civili* del fatto difensivo.

4. Per quanto riguarda i profili *processuali*, è stato sottolineato ormai in diverse sedi come l'esclusione della punibilità per legittima difesa non può che presupporre un accertamento e un controllo di tipo giurisdizionale. Solo l'"irrelevante" giuridico può sottrarsi all'accertamento giurisdizionale, mentre è assolutamente pacifico che il fatto difensivo, lungi dall'appartenere all'irrelevante giuridico, è oggetto di ben due qualificazioni normative: la qualificazione del fatto come offensivo in quanto conforme alla fattispecie incriminatrice e la qualificazione della sua liceità in quanto conforme alla fattispecie scriminante.

Ed in questo senso una componente di discrezionalità nell'accertamento giurisdizionale è intrinseco ed ineliminabile come lo è in tutti i casi in cui sia necessario verificare la corretta qualificazione di un fatto storico alla luce di una o più norme giuridiche. Pretendere di eliminare radicalmente la discrezionalità giudiziale significherebbe pretendere l'impossibile estromissione del fatto difensivo dall'area del giuridicamente "rilevante". Semmai, va osservato come la discrezionalità giudiziale venga piuttosto fomentata da norme o tecnicamente imperfette oppure – peggio – in tensione con i principi fondamentali. L'uno e l'altro rischio è presente in talune disposizioni di alcuni ddl, sulle quali non è qui il caso di indugiare.

Meritevole di attenzione è invece la preoccupazione che i procedimenti per fatti che si assumono commessi in legittima difesa si svolgano speditamente e si concludano con una pronta archiviazione allorché la situazione scriminante risulti manifestamente dalle indagini. E' questa una questione prima di tutto di sensibilità dei pubblici ministeri, che potrebbe però trovare un'ulteriore risposta attraverso una specifica previsione in tal senso nella disciplina dei presupposti legittimanti la richiesta di archiviazione.

Infine, del tutto condivisibile è l'idea (presente ad esempio nel ddl 563 all'art. 2) di sollevare l'"aggredito" che si è difeso da tutte le spese e gli oneri di giustizia. Non sembrano infatti determinanti gli eventuali dubbi di costituzionalità nascenti dalla disparità di trattamento tra l'"aggredito" e il comune soggetto indagato/imputato che veda poi esclusa la propria responsabilità. Mentre l'esito assolutorio di quest'ultimo rientra invero nella normale eventualità dell'accertamento processuale necessariamente aperto all'una come all'altra soluzione, nel caso della legittima difesa il soggetto aggredito muove da una situazione di svantaggio (l'aggressione) che egli ha subito in ragione dell'impossibilità o incapacità dello Stato di tutelarlo. Così che

l'esonero dalle spese processuali si giustifica ragionevolmente come espressione di solidarietà da parte dello Stato.

5. I profili sicuramente più spinosi sono quelli attinenti ai *requisiti oggettivi* della legittima difesa e ai criteri di *imputazione soggettiva* del fatto difensivo.

Una forte raccomandazione s'impone preliminarmente al riguardo. Ed è quella di evitare in ogni caso l'inaccettabile commistione del piano oggettivo con quello soggettivo: oltre che concettualmente errata, siffatta commistione è giuridicamente esposta al rischio di forti censure anche costituzionali. Non è pensabile che la valutazione della proporzione o addirittura dell'esistenza del pericolo di aggressione venga effettuata alla stregua dell'atteggiamento psicologico dell'agredito o del presunto tale (v. in questa direzione i ddl 199 e 253).

Una simile vera e propria inversione dei piani si risolverebbe nella sostanza in una finzione, che desume l'esistenza di un requisito oggettivo da un atteggiamento psicologico. Finzione, da un lato, inutile in quanto esistono a questo scopo le disposizioni sull'imputazione soggettiva, vigenti od eventualmente riformate. Ma finzione, dall'altro lato, altresì suscettibile di incorrere in censure di costituzionalità nella misura in cui rimette la valutazione di illiceità e antiggiuridicità di un fatto pur sempre offensivo di un bene giuridico alla variabilità delle reazioni soggettive dell'agredito (o presunto tale).

Ciò premesso in linea generale, è la *proporzione* il requisito sul quale si concentrano gli intenti riformistici.

Va sottolineato innanzitutto che non appare del esatto quanto si è detto (ddl 563) sulla presunta rispondenza della proporzione quale requisito limitativo all'ideologia autoritaria ispiratrice del codice Rocco, che in effetti ebbe ad introdurre quel limite: quasi che lo Stato fascista intendesse con ciò circoscrivere quanto più possibile il diritto individuale di autodifesa del singolo in ossequio al principio del monopolio statale della forza. In realtà, la profonda innovazione del codice del '30 andava proprio nel senso opposto di una dilatazione dello spettro applicativo della legittima difesa, che in effetti venne estesa anche alla tutela dei diritti patrimoniali. Il requisito della proporzione si rese, dunque, necessario al fine di compensare e controbilanciare tale dirompente estensione onde evitare di legittimare intollerabili situazioni di manifesta incommensurabilità tra aggressione e reazione.

Tanto precisato, l'idea di fare a meno della proporzione, o attraverso la sua eliminazione "secca" o attraverso l'introduzione di presunzioni legislative, avvia il discorso riformatore verso lo scivolamento su un pericoloso piano inclinato sotto il profilo dei principi fondamentali. In effetti, una volta eliminata la proporzione – *in toto* ovvero in rapporto a certe situazioni particolari tipizzate (la difesa domiciliare *in primis*) – essa fatalmente riemerge nell'applicazione

giurisprudenziale attraverso l'altro requisito fondamentale della scriminante costituito dalla *necessità* difensiva. Come puntualmente è dimostrato sia dalla giurisprudenza tedesca che, pur in assenza di un requisito legislativo espresso di proporzionalità, tende a introdurlo in via pretoria; e come è stato pure puntualmente dimostrato dal sostanziale ridimensionamento cui la giurisprudenza italiana ha sottoposto la riforma del 2006. Ed invero costituisce un argomento logicamente irrefragabile quello per cui – salvi casi particolarissimi di unica *chance* di salvamento – una reazione sproporzionata rispetto all'offesa risulta fatalmente *non necessaria* proprio nella misura in cui essa eccede la consistenza dell'aggressione. In questo senso, ad esempio, il citato documento dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale ha correttamente osservato che la proporzione costituisce una sorta di requisito implicito in quello della necessità. E in questo senso si spiega agevolmente anche il “diritto vivente” tedesco che, muovendo dalla *necessità difensiva* come pilastro portante della legittima difesa (la parola *Notwehr* [legittima difesa] in tedesco risulta composta da *Not* [necessità] e *Wehr* [difesa]), ha finito per ricavare in via giurisprudenziale il requisito della proporzione.

Vero tutto ciò, il legislatore riformatore – scivolando sul piano inclinato di cui si diceva – si avvia, in questo senso coerentemente, a fare il gran passo di *eliminare lo stesso requisito della necessità difensiva*, rendendo legittima la difesa *solo perché tale*, cioè in quanto reattiva ad un'aggressione ingiusta (ddl 563 e 652). In un certo senso, il nesso tra aggressione e reazione difensiva viene così ridotto a quello di mera consecuzione cronologica e di efficienza difensiva della reazione.

Sul piano dei principi, una simile operazione riformatrice viene giustificata mediante una duplice argomentazione, suggestiva ma destinata fatalmente a scontrarsi col dettato costituzionale e coi principi sovranazionali. Da un lato, si suggerisce l'idea che la legittimità della difesa in quanto tale deriverebbe da un diritto soggettivo all'autotutela difensiva, quasi nell'implicito riconoscimento di un soverchiante e cieco istinto di conservazione che non conosce limiti. Dall'altro lato, si suggerisce l'idea della legittima ed incondizionata soccombenza di chi, essendosi messo “dalla parte del torto”, è giusto che subisca la riaffermazione dell'ordine e del diritto, secondo un meccanismo dall'evidente sapore moralistico e – soprattutto – punitivo.

Senonché, né l'uno né l'altro argomento è compatibile col nostro assetto costituzionale (anche a prescindere da ogni altra considerazione in ordine alle possibili conseguenze “sociologiche” e pratiche di un simile messaggio valoriale). L'idea di un diritto soggettivo all'autotutela privata sganciato dalla necessità difensiva urta irrimediabilmente contro il principio del necessario bilanciamento tra diritti, secondo il quale non esiste nel nostro ordinamento nessun diritto che possa “tirannicamente” sfuggire al bilanciamento con altri diritti pure costituzionalmente riconosciuti. L'idea, poi, che la difesa sia

comunque legittima in quanto assolverebbe ad una pubblicistica funzione di riaffermazione del diritto, qualificandosi così sostanzialmente come una sanzione punitiva dotata altresì di efficacia deterrente, non tiene conto del fondamentale principio – affermato ormai in modo stringente dalla Costituzione e dagli atti internazionali – della necessaria proporzionalità della risposta sanzionatoria e punitiva all’illecito. E poiché si tratta di un principio generalissimo, non si vede perché non debba valere – forse addirittura *a fortiori* – anche nei confronti della reazione difensiva del privato.

6. Passando ora ai *criteri soggettivi* d’imputazione del fatto difensivo in eccesso dai limiti della proporzione, sicuramente più ampio è lo spazio di manovra che si apre al legislatore riformatore. In effetti, sembra al riguardo che la vigente disciplina presenti una sorta di lacuna legislativa sulla quale bene si potrebbe intervenire per corrispondere alle esigenze socialmente più avvertite (ddl 253 e soprattutto 392).

L’attuale disciplina ricavabile dai principi e dall’art. 55 c.p. prevede, in sostanza, tre ipotesi fondamentali di eccesso dai limiti: quello doloso (e quasi di scuola) di chi in un certo senso “approfitta” dell’aggressione ingiusta per reagire eccessivamente a causa di malanimo, odio, inimicizia verso l’aggressore; quello colposo di chi, pur volendo il fatto eccessivo, lo realizza a causa di negligenza, trascuratezza o superficialità nella valutazione della “consistenza” dell’aggressione ovvero per incapacità o imperizia nell’uso dei mezzi difensivi; e quello incolpevole di chi, pur non rendendosi conto dei limiti difensivi e del loro superamento da parte sua, non è meritevole di alcun rimprovero di superficialità o imperizia.

Nella vigente disciplina legislativa manca la previsione di una situazione più ambigua e sfumata che è poi quella che più spesso ricorre nella realtà pratica. E cioè l’ipotesi in cui l’eccesso è bensì doloso perché accompagnato dalla consapevolezza del superamento dei limiti, o quanto meno dal forte dubbio che potranno essere superati, ma il comportamento è motivato da uno stato di alterazione psichica riconducibile all’effetto emotivo prodotto dall’aggressione. In queste ipotesi, esclusa la riconducibilità tanto all’eccesso colposo che a quello incolpevole in ragione della consapevolezza del superamento dei limiti, si può pericolosamente e irragionevolmente aprire la strada della responsabilità addirittura dolosa o a tutto concedere colposa attraverso però espedienti o forzature interpretative che, in quanto tali, si collocano in un’area di intollerabile incertezza applicativa.

Per far fronte a queste situazioni, che sono poi quelle di maggiore criticità applicativa, sarebbe adeguata una norma che prevedesse l’efficacia esimente, più precisamente “scusante” (di esclusione della colpevolezza), delle situazioni in cui l’eccesso di difesa è riconducibile al turbamento psichico determinato dall’aggressione e dalle sue modalità complessive.

Una volta che il legislatore avesse imboccato questa via, gli si aprirebbero poi ulteriori opzioni per definire più dettagliatamente la disciplina. E così, in primo luogo, il legislatore potrebbe delimitare la rilevanza scusante del turbamento psichico a determinate situazioni fattuali predefinite dalla legge, in presenza delle quali sia ragionevole supporre più probabile l'esistenza del turbamento psichico comunque da accertare in concreto dal giudice: potrebbero così rilevare il contesto domiciliare ovvero anche il tempo notturno (così tanto ridicolizzato in precedenti polemiche, ma ovviamente non privo di un suo significato sotto il profilo qui considerato).

In secondo luogo, il legislatore potrebbe pur sempre muovere dall'individuazione legislativa di alcune situazioni "topiche" per l'insorgenza del turbamento psichico e poi effettuare una più radicale scelta nel senso della presunzione legale da quelle situazioni dell'esistenza del turbamento psichico, che sarebbe così sottratto all'accertamento in concreto da parte del giudice.

Infine, l'efficacia scusante potrebbe essere attribuita alla presenza del turbamento psichico come tale, cioè a prescindere dalla previsione legislativa e dall'esistenza in concreto di predeterminate situazioni fattuali indizianti la maggiore probabilità della reazione emotiva dell'agredito: perché, ad esempio, non riconoscere la scusante quando il turbamento psichico è dovuto ad un contesto spaziale come una strada o un quartiere particolarmente malfamati o addirittura alle condizioni soggettive dell'agredito rese specialmente reattive da pregressi traumi già subiti? La scusante, insomma, potrebbe avere un raggio d'azione anche più vasto del domicilio e dei luoghi equiparati una volta che sia imperniata sull'esistenza effettiva, da accertare in concreto, del turbamento psichico. E forse corrisponderebbe in modo più adeguato alla realtà delle cose e alle esigenze applicative poste dalla realtà.

La soluzione della scusante del turbamento psichico, in tutte le sue possibili forme di configurazione esaminate, pone ancora due problemi di disciplina. Il primo concerne la possibilità di estendere la portata della scusante oltre l'ipotesi dell'eccesso dai limiti oggettivi della legittima difesa, fino cioè all'ipotesi di obiettiva inesistenza della stessa. Non si ignora che le due situazioni sono diverse e che – come è stato da taluno osservato – il problema riguarda principalmente i casi in cui un'aggressione sia comunque in atto e sia essa la causa scatenante del turbamento. Ma non è escluso che anche l'erronea supposizione di una necessità difensiva inesistente possa essere indotta da un turbamento psichico indotto da situazioni obiettive e soggettive sulle quali avrebbe potuto essere esercitato un più vigilante controllo, che però è mancato proprio a causa del turbamento. L'estensione della scusante impedirebbe al giudice di addurre la presenza della colpa mediante l'adozione di criteri di "agenti modello" eccessivamente rigorosi, venendo invece incontro ad una esigenza di maggiore concretizzazione del giudizio di colpevolezza. Indubbiamente il punto rimane comunque estremamente delicato.

Il secondo problema concerne l'eventuale esclusione di ogni conseguenza civile di tipo risarcitorio per colui cui sia riconosciuta la scusante del turbamento psichico. Potrebbe essere opportuna la previsione espressa di una simile disposizione (come fa il ddl 5), senza che ciò comporti plateale violazione dei principi. In effetti, la scusante del turbamento psichico si colloca in un terreno ancora non del tutto arato dalla riflessione penalistica: e cioè tra la colpa, che potrebbe ben sussistere quale mancata attivazione da parte dall'aggredito di una doverosa maggiore attenzione e ponderazione, e la colpevolezza intesa come normalità dei processi più profondi di motivazione all'agire, che invece può ben essere esclusa dalla presenza del turbamento psichico. In queste condizioni, una espressa disposizione di esonero delle conseguenze civili sarebbe decisamente opportuna e conciliabile coi principi fondamentali evolutivamente intesi.